



Vigilada Mineducación

Fundamento jurídico de las reclamaciones por anticoncepción fallida en el marco de la jurisprudencia del consejo de estado desde una perspectiva de género

Sara Gómez Ramírez

Trabajo de grado

Asesor: Antonio Barboza Vergara

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO
MEDELLÍN
2022**

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	5
1. CONCEPTOS INTRODUCTORIOS DE LAS ACCIONES JUDICIALES RELACIONADAS CON EL NACIMIENTO	7
1.1. Introducción	7
1.2. Origen de las acciones por anticoncepción fallida	8
1.2.1. El caso “Zepeda vs. Zepeda”: Primera demanda por vida insatisfactoria	8
1.2.2. El caso “Custodio vs. Bauer”: Limitación a la doctrina de la bendición.....	9
1.3. Definición general de las acciones por anticoncepción fallida	10
1.4. Motivos para etiquetar un embarazo como no deseado.....	11
1.5. Efectos del embarazo no deseado en la salud mental de las mujeres	12
1.6. Supuestos de hecho de las acciones judiciales por anticoncepción fallida.....	13
1.7. Responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por un nacimiento no deseado.....	14
1.7.1. Las acciones por anticoncepción fallida en el marco de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.....	15
1.7.2. Las acciones por anticoncepción fallida en el marco de la jurisprudencia del Consejo de Estado	15
1.8. La vulneración al derecho a la libertad reproductiva como un daño indemnizable en las reclamaciones por anticoncepción fallida	23
1.9. Relevancia constitucional de las acciones por anticoncepción fallida	24
1.9.1. Los derechos sexuales y reproductivos en el contexto nacional e internacional	24
1.9.2. La fusión de la anticoncepción fallida y la autonomía reproductiva	27
1.10. Las mujeres en las acciones por anticoncepción fallida	29
1.11. Conclusión.....	33
2. TEORÍA DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO PARA RESOLVER LAS RECLAMACIONES POR ANTICONCEPCIÓN FALLIDA	35
2.1. Introducción	35
2.2. Precisiones previas acerca del feminismo	37
2.2.1. Los derechos sexuales y reproductivos a través de la mirada de las teorías feministas ..	38
2.2.2. Feminismo reproductivo	39
2.3. Atención en salud y perspectiva de género	41
2.3.1. El discurso androcéntrico de la medicina.....	43

2.3.2. Clasificación de los sesgos de género en salud	44
2.3.3. Otros tratos diferenciados.....	47
2.3.4. El rol de los médicos en la garantía de los derechos sexuales y reproductivos.....	47
2.4. Herramientas que otorga el movimiento de la Justicia Reproductiva	49
2.4.1. Origen del enfoque de la Justicia Reproductiva.....	49
2.4.2. El reconocimiento de la justicia reproductiva en la jurisprudencia Constitucional	52
2.5. El aporte del paradigma de la interseccionalidad como sistemas de opresión entrelazados	53
2.5.1. Origen y definición del enfoque interseccional.....	53
2.5.2. Aproximación a la interseccionalidad por parte de la Corte Constitucional de Colombia..	58
2.5.3. Enfoque de género en perspectiva interseccional.....	63
2.6. La perspectiva de género en la decisión judicial.....	64
2.6.1. La necesidad de la transversalización del género en la función judicial	64
2.6.2. Incorporación deficiente de la perspectiva de género según la Corte Constitucional	65
2.6.3. Recopilación de los criterios desarrollados por la Comisión Nacional de Género	67
2.6.3.1. Criterios orientadores para determinar si estamos ante un caso de género	68
2.6.3.2. Criterios orientadores relacionados con la decisión judicial	69
2.6.4. Estrategia adicional para incorporar la perspectiva de género en las decisiones judiciales	71
2.6.4.1. La pregunta por las mujeres	72
2.6.4.2. La pregunta por el género.....	76
2.6.4.3. La eficacia de la decisión judicial	77
2.7. Limitaciones del género	78
2.8. Conclusión.....	79
3. ¿LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LAS RECLAMACIONES POR ANTICONCEPCIÓN FALLIDA RESUELTAS POR EL CONSEJO DE ESTADO, TIENE COMO BASE UNA ADECUADA PERSPECTIVA DE GÉNERO?	85
3.1. Introducción	85
3.2. Incorporación de la perspectiva de género según el Consejo de Estado	87
3.3. Déficits en materia de perspectiva de género que subyacen a los fallos del Consejo de Estado que se han pronunciado sobre la anticoncepción fallida.....	89
3.4. La anticoncepción fallida: ¿Es un caso de género?.....	91
3.5. Obligación de emplear la perspectiva de género en los casos de anticoncepción fallida.....	93
3.6. Preguntas claves que revelan la discriminación de género	94
3.6.1. ¿Quién hace que?	95
3.6.2. ¿Quién es dueño de qué?.....	96

3.6.3. ¿Quién es responsable de qué?.....	97
3.6.4. ¿Quién tiene derecho a qué?.....	99
3.6.5. ¿Quién controla qué?.....	100
3.6.6. ¿Quién decide qué?	101
3.6.7. ¿Por qué? ¿Cuál es la base de la situación?.....	102
3.6.7.1. Acceso a la información en materia reproductiva en el continente americano	103
3.6.7.2. Derechos sexuales y reproductivos en el sector rural.....	105
3.6.7.3. Las mujeres rurales en el conflicto y posconflicto	107
3.6.7.4. Las mujeres y la precariedad económica.....	109
3.7. Propuesta de solución: Reparación transformadora	111
3.8. Conclusión.....	113
4. Conclusiones	116
Referencias.....	119

Introducción

En una zona rural de Colombia, una mujer cuenta la historia más dolorosa que ha tenido que vivir. Esta historia comienza con la decisión de no traer más hijos al mundo porque quería enfocarse en crecer en el campo profesional, por lo tanto, luego de una profunda reflexión, toma la decisión de realizarse una ligadura de trompas, como método anticonceptivo definitivo, pero esta fue realizada de manera incorrecta y queda en embarazo en contra de su voluntad. Esta mujer al encontrarse afligida por esta concepción desea interponer una demanda en contra de la institución de Salud. Esta situación que transgredió el proyecto de vida que esta mujer tenía trazado, nos lleva a pensar si ella podría eventualmente demandar por los daños causados con ocasión de la anticoncepción fallida.

El presente trabajo surge a partir del interés de hallar una solución adecuada para las reclamaciones por anticoncepción fallida desde una perspectiva de género, ya que no es admisible aceptar remedios judiciales iguales para todas las mujeres que sufren un embarazo no deseado, debido a que las mujeres en situación de vulnerabilidad o que pertenecen a grupos discriminados se perjudican en proporción mayor que las demás mujeres.

Este texto consta de tres partes. En el primer capítulo, se abarcarán los conceptos introductorios relacionadas con las reclamaciones por anticoncepción fallida, se expondrá en qué ocasiones y cómo el Consejo de Estado ha fallado este tipo de casos y se resaltarán la relevancia constitucional de este tipo de acciones judiciales.

En el segundo capítulo, considerando que las mujeres no son un grupo homogéneo, se construye una teoría de la perspectiva de género adecuada, haciendo especial énfasis en el enfoque interseccional y en la justicia reproductiva, que se ajusta a las diferentes realidades de las mujeres colombianas. En particular, esta perspectiva detecta que la situación de vulnerabilidad de las demandantes es producto de la intersección de varias de sus identidades. Las secciones de este capítulo.

En el tercer capítulo, se establecerá si el fundamento jurídico que ha empleado la jurisprudencia del Consejo de Estado tiene como base una adecuada perspectiva de género. De este análisis, será posible identificar algunos déficits en materia de perspectiva de género

que subyacen a los fallos de esta Corporación al no considerar la situación diferenciada de las mujeres que tienen un embarazo no deseado.

Esta investigación es de tipo dogmática y de análisis jurisprudencial. Así las cosas, se emplearon herramientas investigativas, como lo son, la recolección, análisis e interpretación documental. Además, el presente estudio se desarrolló a partir de un enfoque cualitativo, debido a que se pretende analizar si los pronunciamientos del Consejo de Estado sobre anticoncepción fallida tienen como base una adecuada perspectiva de género. El alcance en el que se encuentra fundamentada la investigación es descriptiva, ya que se analizarán tres sentencias del Consejo de Estado que se han pronunciado de manera implícita y explícita sobre la anticoncepción fallida.

Se manifiesta que estas técnicas de investigación permiten evidenciar un déficit en materia de perspectiva de género que subyacen los fallos del Consejo de Estado que se han pronunciado sobre la anticoncepción fallida, lo cual posibilita que se perpetúen los estereotipos y roles de género existentes en nuestra sociedad. Cabe destacar que, por medio del análisis documental, se pretende examinar un amplio bagaje normativo en la esfera nacional como internacional, así como realizar una recolección de información bibliográfica sobre la anticoncepción fallida, el derecho al acceso a la información en materia reproductiva y a la autodeterminación reproductiva. De la jurisprudencia seleccionada se procederá a extraer las reglas que serían aplicables a casos futuros y semejantes, para de manera subsidiaria comentar críticamente estas sentencias desde un enfoque de género y enfoque interseccional, para establecer posteriormente como los fallos de este tipo pueden incorporar una adecuada perspectiva de género.

La presente investigación revela cuál es la adecuada fundamentación jurídica de las reclamaciones por anticoncepción fallida en el marco de la jurisprudencia del Consejo de Estado, desde un enfoque de género en perspectiva interseccional. Este enfoque empleado previamente por la Corte Constitucional en otros ámbitos engloba la complejidad de las identidades y su relación con las desigualdades sociales.

1. CONCEPTOS INTRODUCTORIOS DE LAS ACCIONES JUDICIALES RELACIONADAS CON EL NACIMIENTO

1.1.Introducción

Este capítulo se enfocará en la noción y fundamentos de las reclamaciones judiciales tocantes con el hecho de vivir o con el nacimiento, específicamente se concentrará en las demandas por anticoncepción fallida –en adelante RAF–. El presente apartado resulta fundamental porque realizará un estudio conceptual sobre este tipo de demandas que desafían la santidad de la vida humana, que permitirá comprender las particularidades de este tipo de reclamaciones y cómo ha sido su acogida y regulación a nivel nacional e internacional. Es así como, su desarrollo ofrecerá mayor claridad en cuanto a esta temática y planteará la posible relación entre la responsabilidad patrimonial del Estado por la anticoncepción fallida y los derechos fundamentales de las mujeres.

Este capítulo pone en evidencia que el Consejo de Estado a la hora de resolver las reclamaciones por anticoncepción fallida ha empleado una óptica basada en los derechos sexuales y reproductivos, y dará indicios sobre la aplicación deficiente de la perspectiva de género y del enfoque interseccional a la hora de resolver este tipo de controversias.

Este capítulo se encuentra dividido en tres secciones. En la primera se desarrolla un panorama general del origen, la definición y los hechos que dan lugar a las RAF y la diferencia que presenta con las demás acciones judiciales relacionadas con el nacimiento. De igual forma, este apartado destaca el hecho de que un embarazo no siempre es deseado y que de hecho existe muchas mujeres que desean evitar o retrasar la concepción por diferentes razones. La segunda sección presenta a grandes rasgos los tres casos que fueron identificados en la jurisprudencia del Consejo de Estado, resaltando la posición teórica adoptada por este tribunal y los elementos comunes de las providencias judiciales que se han pronunciado sobre el tema. En la tercera sección se hará alusión a la normatividad vigente sobre los derechos sexuales y reproductivos, haciendo énfasis en el derecho a la autodeterminación

reproductiva, de manera seguida se señalará la relevancia constitucional de las reclamaciones por anticoncepción fallida y si en este tipo de casos se efectúa algún pronunciamiento específico sobre los derechos humanos de la mujer que sufre un embarazo no deseado.

Este capítulo defiende la idea de que las mujeres deberían tomar decisiones sobre sus vidas reproductivas sin ningún tipo de interferencia, optando por el número de hijos que desean y propone como obstáculo a la libertad de decidir la concepción no planificada.

En el derecho comparado las acciones por “wrongful conception”¹ o demandas por anticoncepción fallida, hacen parte de un conjunto de acciones judiciales que proponen como supuesto de responsabilidad la vida humana, dentro del cual se encuentran también las acciones por “wrongful birth” (nacimiento injusto) y “wrongful life” (vida injusta). Este tipo de acciones son posibles exclusivamente en el campo de la responsabilidad médica (Lamo Blanco & Lamo Blaco, 2017, sec. Introducción).

A partir de estos dos casos, se dice que emanan las acciones por anticoncepción fallida, vida injusta y nacimiento injusto. Es importante acotar que en el presente trabajo sólo se abarcarán las acciones por anticoncepción fallida en el marco de la jurisprudencia del consejo de estado por las razones que más adelante se exponen.

1.2. Origen de las acciones por anticoncepción fallida

1.2.1. El caso “Zepeda vs. Zepeda”: Primera demanda por vida insatisfactoria

Pese a que existen antecedentes más lejanos en diversos sistemas jurídicos nacionales, la doctrina sitúa la génesis de las reclamaciones anteriormente mencionadas en Estados Unidos, de manera concreta en el caso *Zepeda vs. Zepeda* en el año 1963, en el cual el demandante exigía de su padre un resarcimiento por el daño antijurídico que se le había causado por el hecho de haber nacido en circunstancias sociales y familiares desfavorables. A este tipo de eventos se les denominó en su momento “disadvantage” o “dissatisfied life”, es decir, vida desventajosa o insatisfactoria (Macía Morillo, 2003, p. 18).

¹Este tipo de demandas también se denominan en Estados Unidos como “wrongful pregnancy”. No obstante, en el presente trabajo se aludirá a ellas como anticoncepción fallida.

Particularmente, el aludido caso se trataba de una persona sana que indicaba que su padre le había mentido a su madre en reiteradas ocasiones, pues le había prometido casarse sólo para tener relaciones sexuales con ella, a pesar de que el hombre ya se encontraba casado. En consecuencia, las pretensiones se encaminaban hacia la indemnización de los perjuicios que le había causado el ser un hijo ilegítimo, con múltiples desventajas en materia familiar y hereditaria, discriminado socialmente al tener que soportar el estigma de ser un hijo extramatrimonial nacido de una unión ilícita. En su momento, la Corte de Apelaciones del Estado de Illinois halló configurado un daño y manifestó que efectivamente era atribuible al demandado, pero no ordenó indemnización alguna por el miedo de que se incentivarán en el futuro demandas relacionadas con cualquier otra peculiaridad perjudicial con la que se pudiera nacer, por ejemplo, con determinada raza, nivel de riqueza, parentesco, rasgos hereditarios, zona de residencia, pertenencia a un grupo vulnerable, entre otros (Rondón Echeverry, 2018, p. 21).

Sin embargo, de manera posterior este tipo de acciones fueron rechazadas de manera tajante por parte de la justicia norteamericana debido a la inexistencia de un daño en el mero hecho de vivir en contextos familiares o sociales desafortunados y porque transgrede intereses generales de la sociedad, como el orden público y el respeto al principio constitucional de la vida (Miranda Acuña, 2018, p. 30).

1.2.2. El caso “Custodio vs. Bauer”: Limitación a la doctrina de la bendición

Cabe considerar, por otra parte, el caso Custodio vs. Bauer del año 1967, el cual se considera como un precedente trascendental en el progreso de este tipo de reclamaciones de responsabilidad, dado que se trata de una de las primeras demandas por anticoncepción fallida aceptadas por el sistema judicial estadounidense que favoreció la aprobación de una nueva clase de daños antijurídicos. En este sentido, antes del referido pronunciamiento la doctrina catalogaba la vida como una bendición o un bien que imposibilitaba cualquier pretensión de resarcimiento. Sin embargo, en este fallo se establecieron ciertos matices a esta teoría, manifestando que no en todos los casos el nacimiento constituye un beneficio (Miranda Acuña, 2018, p. 102).

Así las cosas, el Tribunal de Apelación de California condenó al médico de la señora Custodio porque realizó de manera negligente el procedimiento de esterilización de ligadura de trompas. En consecuencia, posibilitó el nacimiento de un décimo hijo que no fue consentido por parte de los padres. La sentencia imponía a cargo del demandado el pago de todos los gastos de crianza que acarrearía la vida del niño, pero aclarando que la compensación no correspondía al nacimiento del niño como tal, sino al perjuicio patrimonial que se le había causado a los padres al propiciar arbitrariamente la concepción de un hijo adicional (Miranda Acuña, 2018, p. 102).

1.3. Definición general de las acciones por anticoncepción fallida

En las acciones por anticoncepción fallida la titularidad para reclamar el interés jurídico que se discute en el proceso la ostentan los padres de un niño sano, pero no deseado, quienes demandan; i) al médico o personal de salud, invocando su negligencia en la realización de un procedimiento de esterilización u otro método anticonceptivo o aborto, o por la inobservancia de su deber de información, o deficiencia en la prescripción de un método anticonceptivo y, ii) a un productor y/o proveedor de métodos y productos anticonceptivos, ya sea por los errores en la fabricación de un dispositivo de planificación, y/o por la negligente administración del mismo. Dicha falta de diligencia o equivocación conlleva al nacimiento imprevisto de un hijo saludable pero no anhelado, cuya concepción en realidad había sido evadida a través del uso de algún método de anticoncepción (Lamo Blanco & Lamo Blaco, 2017, p. 8).

De ahí que, la pretensión en las demandas de responsabilidad por anticoncepción fallida sea la indemnización de los perjuicios producto de una fallida técnica de anticoncepción empleada. Es preciso señalar que el nacimiento no deseado de descendencia en óptimas condiciones de salud es lo que constituye, en principio, el presupuesto necesario, y el motivo por el cual se interpone la respectiva acción, porque si no fuera por la mala práctica médica, la madre no hubiera quedado en estado de embarazo. Así las cosas, los padres son los que rechazan la gestación en la medida en que no se lleva a cabo la procreación voluntaria, sino en contra del deseo de los padres, lo cual implica experimentar una maternidad y paternidad impuesta (Miranda Acuña, 2018, p. 32-33).

En esa misma línea, las decisiones judiciales que ordenan que los médicos deben responder por su actuar negligente, admiten que en la actual relación médico-paciente que se caracteriza por ser horizontal y que se aleja del paternalismo médico, el paciente se convierte en el protagonista en la toma de decisiones sobre su salud, de manera que se incorpora el elemento de la autonomía, el cual tiene a su vez el derecho a forjar su plan de vida (Medina & Winograd, 2002, p. 433). Es así, como estos nuevos escenarios de responsabilidad permitieron probar que existen embarazos no deseados derivados de la anticoncepción fallida. De hecho, existe una pluralidad de razones aceptables para renunciar a la descendencia voluntariamente, las cuales cada vez son acogidas con mayor frecuencia por las mujeres.

1.4.Motivos para etiquetar un embarazo como no deseado

En un primer momento, es importante acotar que el embarazo no deseado es aquel que se origina sin el deseo o programación previa, y puede ocurrir a cualquier edad y en cualquier estrato socioeconómico. Para impedirlo es indispensable el conocimiento y adecuado uso de los métodos anticonceptivos (Osasun Eskola, 2020).

Dentro de este orden de ideas, existen numerosas razones que permiten considerar el nacimiento de un niño como no deseado, que dependen en gran parte del entorno en que cada pareja o mujer se desenvuelva, tal es el caso cuando el nacimiento se presenta como consecuencia directa de una relación sexual no consentida, en los que ha mediado un acceso carnal violento o abusivo, o cuando la madre ha sido víctima de alguna agresión sexual. En estas situaciones, el carácter no deseado respecto del nacimiento del niño proviene concretamente de aquel sentimiento de aversión que la madre pudiera llegar a sentir respecto de su hijo, por considerar que es el producto de una experiencia desgarradora; el abandono del padre durante el embarazo; la falta de preparación psicológica o de madurez necesaria para hacerse cargo de una responsabilidad tan trascendental como la de ser padres pues implica un gran sacrificio que no todas las personas están dispuestas a asumir (Miranda Acuña, 2018, pp. 34–35), la ausencia de oportunidades de la familia y las deficientes condiciones económicas que puedan experimentar los padres.

A su vez, se cataloga como no deseado un nacimiento porque los padres habían tomado la decisión previa de no tener hijos, de tal manera que las demás personas, las instituciones sociales y el Estado, deben ser neutrales y no deben inmiscuirse con esa elección porque estos tienen la libertad para establecer lo que es conveniente para ellos, a fin de impulsar el tipo de vida que ansían (Gallego García, 2005, p. 196), los cuales no se encuentran en la obligación de dar mayores explicaciones sobre su elección.

1.5.Efectos del embarazo no deseado en la salud mental de las mujeres

Igualmente, experimentar un embarazo no deseado e inesperado tiene repercusiones negativas sobre la mujer, el padre, el hijo, la relación de pareja y la familia en general. Resulta lógico que estas consecuencias se agraven en el caso de las madres, tal como lo manifiesta el Grupo Médico por el Derecho a Decidir [GDC] (2011) que hace parte de la Red Global “Doctors for Choice”, debido a que numerosas investigaciones han confirmado la existencia de un riesgo elevado para la mujer de sufrir secuelas negativas para su salud durante y con posterioridad a un embarazo no planeado. De manera coherente y sistemática, en diferentes análisis, el embarazo no deseado ha revelado ser uno de los principales factores de riesgo relacionados con la aparición de la depresión y de un menor equilibrio emocional durante el embarazo, el postparto y por periodos más prolongados. Usualmente, las mujeres que durante el control prenatal relatan no querer el embarazo tienen, el doble de riesgo de padecer síntomas depresivos, ansiedad, o de tener mayores niveles de estrés y de fatiga mental, en la medida en que sienten menos amor propio, menos confianza y aceptación de sí mismas (p. 9).

En este sentido, el Grupo de Médicos al valorar estos descubrimientos, cuestionaron si este menoscabo de la salud mental de las mujeres puede ser resultado de componentes no relacionados con el embarazo como tal, como un acceso bajo a recursos económicos y sociales, la crisis de pareja, la ruptura de uniones y divorcios, el bajo rendimiento escolar, la ausencia de una red de apoyo de familia y amigos, el consumo de drogas, la tolerancia de la violencia, en cuyo caso una maternidad no elegida no tendrían ninguna incidencia en el riesgo de alteración de la salud. Sin embargo, estos análisis indican que, si bien algunas situaciones psicosociales desfavorables pueden ser más frecuentes entre mujeres que perciben embarazos

no deseados, la sola presencia del embarazo no esperado se relaciona necesariamente con una mayor afectación de la salud mental de las mujeres (GDC Colombia, 2011, p. 11).

Así las cosas, una gestación no deseada puede generar comportamientos depresivos en una mujer que no se siente emocional ni socialmente dispuesta para asumir ese compromiso de vida. Incluso, el Grupo Médico por el Derecho a Decidir (2011) señaló que la práctica clínica les permitió tener una relación inmediata con las mujeres que se encuentran en dicha posición, en donde pudieron entender que el hecho de continuar con un embarazo no esperado se traduce, para muchas en una tortura psicológica (p. 14). Como lo hacen notar los referidos autores (2011): “La maternidad es un estado que se conquista (mental y emocionalmente) y, por tanto, un embarazo no deseado impide esta apropiación por parte de las mujeres” (p. 18).

1.6. Supuestos de hecho de las acciones judiciales por anticoncepción fallida

Avanzando en el tema, la ilustre académica estadounidense Shari S. Weinman (1991) sintetiza los supuestos de las reclamaciones por anticoncepción fallida y resalta que en Estados Unidos la tendencia es a aceptar este tipo de acciones judiciales:

A wrongful conception/pregnancy cause of action arises when the mother has a healthy child after a health care provider fails to successfully perform sterilization on either parent, the health-care provider fails to successfully perform an abortion, or the health-care provider prescribes a birth control device that fails to prevent conception. The trend among state courts is to allow a claim for wrongful conception/pregnancy. In most cases, the courts allow recovery for medical expenses, pain and suffering during the pregnancy, and loss of consortium." In some cases, the courts direct that any damages awarded be offset by the benefits of having a child (p. 179)².

A continuación, se procederá a desglosar cada uno los supuestos de anticoncepción fallida en el marco de la medicina siguiendo la clasificación brindada por los autores Jorge Eduardo y Laura María Lamo Blanco, los cuales no son taxativos.

² Tal como lo traduce el documento de Shari S. Weinman (1991), las acciones por anticoncepción fallida surgen cuando la madre tiene un hijo sano después de que un profesional de la salud no realiza con éxito la esterilización de cualquiera de los padres, no logra realizar con éxito un aborto o prescribe un dispositivo anticonceptivo que no previene la concepción. La tendencia entre los tribunales estatales es a permitir una demanda por concepción/embarazo ilícito. En la mayoría de los casos, los tribunales permiten la recuperación de los gastos médicos, el dolor y el sufrimiento durante el embarazo y la pérdida del consorcio. En algunos casos, los tribunales ordenan que cualquier daño otorgado sea compensado por los beneficios de tener un hijo (p. 179). (Traducción libre de la autora)

El primer supuesto corresponde a la práctica de un procedimiento médico quirúrgico de esterilización definitiva, dentro del cual, señala la autora española Andrea Macía Morillo (2003), se pueden dar dos supuestos disímiles. El primero corresponde a la realización negligente o defectuosa de la esterilización (Ligadura de trompas o vasectomía), la segunda al incumplimiento del deber de información por parte del médico, lo cual se traduce en que este omite brindar datos relevantes, como lo son los riesgos de fracaso de la respectiva cirugía (pp. 26–27) o no se señala las precauciones, contraindicaciones y sugerencias a tener en cuenta una vez culminada la intervención médica (Miranda Acuña, 2018, p. 37).

El segundo supuesto hace referencia a la prescripción o aplicación de un método anticonceptivo que no impide efectivamente el embarazo. En este caso, se demanda a los profesionales del equipo de salud debido a que aplicaron un método anticonceptivo ineficaz, o prescribieron un medicamento inapropiado según las particularidades clínicas, sociales y personales del paciente. También, cobija los casos cuando no se prescribe método anticonceptivo alguno, en la medida en que el médico creyó que su paciente era infértil cuando realmente no lo era (Lamo Blanco & Lamo Blaco, 2017, pp. 12–13).

Continuando con el asunto, en el tercer supuesto nos encontramos en presencia de la realización de un aborto que no fue exitoso. Por ese motivo, ocurre el nacimiento de un menor sano, pero indudablemente no deseado (Lamo Blanco & Lamo Blaco, 2017, p. 13).

Vamos a ver ahora el cuarto supuesto concerniente a los embarazos no detectados con anterioridad al transcurso del plazo fijado legalmente para la interrupción de este. A tal efecto, a la mujer se le arrebató la posibilidad de interrumpir el embarazo dentro del plazo fijado por ley para practicarlos, ya que el embarazo no fue descubierto por el médico a tiempo, estando en la capacidad de hacerlo (Miranda Acuña, 2018, p. 43).

1.7. Responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por un nacimiento no deseado

El derecho público se ha enfrentado a estos supuestos foráneos que pretenden ampliar el derecho de daños, el cual no es un tema exento de controversia en la medida en que la delimitación del daño implica considerar que una nueva vida podría eventualmente causar daño y hasta estropear la vida de los mismos progenitores. A simple vista, es difícil

pensar que un hijo podría afectar a los padres, sin embargo, gracias a los cambios sociales y a los avances tecnológicos en la medicina es posible detectar consecuencias jurídicas en caso de que un niño venga al mundo sin ser deseado (Proceso 41262 de 2016).

1.7.1. Las acciones por anticoncepción fallida en el marco de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

En un primer momento, se realizó la búsqueda en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia empleando los términos “Anticoncepción fallida”, “Concepción no querida”, “wrongful conception”, “Concepción como daño”, “Nacimiento no deseado”, sin embargo, no se encontraron sentencias que resolvieran concretamente este tipo acciones.

Pero si detectó un primer antecedente remoto cuyos hechos se ajustan a la perfección a los supuestos de anticoncepción fallida, el cual corresponde a una providencia de la Sala de Casación Civil, con Magistrada Ponente Ruth Marina Díaz Rueda del 12 de julio de 2011, con número de expediente 08001-3103-013-2005-00124-01, en donde el señor Henry Gallego Soto solicitó que se declarará a Profamilia civilmente responsable por los perjuicios que le causó el nacimiento de un hijo después de que se le realizará la vasectomía o esterilización masculina el 14 de agosto de 1989, la cual resultó fallida, por lo que se vio obligado a sostener un hijo más a pesar de que habían tomado la decisión de no tener más descendientes por la difícil situación económica que atravesaba. Sin embargo, las pretensiones fueron negadas debido a que la concepción se produjo en virtud de una recanalización espontánea de los conductos deferentes, no por la negligencia del médico que realizó el referido procedimiento quirúrgico.

Se resalta que este caso el accionante fue únicamente el padre, quien fue el que se practicó la esterilización y la parte accionada fue Profamilia, excluyéndose al profesional de la salud que practicó el procedimiento quirúrgico en la referida institución.

1.7.2. Las acciones por anticoncepción fallida en el marco de la jurisprudencia del Consejo de Estado

Después de realizar una búsqueda en la jurisprudencia del Consejo de Estado empleando los mismos términos, se evidenció que hasta el momento existen tres pronunciamientos relacionados de manera directa e indirecta con las reclamaciones por anticoncepción fallida, los cuales se describirán a continuación. Por este hallazgo preponderante, se circunscribe el análisis posterior a las tres providencias del Consejo de Estado, de manera que se excluye el caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia.

1.7.2.1.El caso de Jorge Zamudio Santana y Cecilia Cortés Tocachón vs. El Hospital Regional ‘el salvador’ de Ubaté E.S.E

En primer lugar, encontramos una providencia del 2 de noviembre del año 2011, con Consejero Ponente Danilo Rojas Betancourth y con radicado número 25000-23-26-000-1997-15222-01 (21157). En este caso, los señores Jorge Zamudio Santana y Cecilia Cortés Tocachón interpusieron una acción de reparación directa en contra del Hospital Regional ‘el salvador’ de Ubaté E.S.E porque ésta quedó en embarazo después de que se le realizará una cirugía de ligadura de trompas. Cabe destacar que la paciente se sometió al procedimiento quirúrgico de esterilización definitiva debido a que ya tenía el número de hijos que deseaba y consideraba que no se encontraba en las condiciones económicas adecuadas para sufragar los gastos de un nuevo hijo. Así las cosas, según el Consejo de Estado, el daño alegado por los demandantes se concentró en la vulneración de su derecho al libre desarrollo de la personalidad en la medida en que ya habían tomado la decisión de no tener más hijos.

Adicionalmente, las pretensiones de la demanda correspondían a la indemnización atinente a los gastos futuros del menor, a los perjuicios morales en la medida en que frustró el proyecto de venta de artesanías de la señora Cortés y al daño emergente correspondiente al pago del salario de la persona contratada en oficios domésticos por 9 meses, el valor de los gastos de la vivienda y los costos económicos del embarazo. Sin embargo, la Corporación indicó que el Hospital demandado no incurrió en una falla en la prestación del servicio médico en la medida en que el embarazo se produjo en razón a una recanalización espontánea de las trompas de Falopio, la cual es una consecuencia natural y atípica, que se presenta en ocasiones con posterioridad a la operación de ligadura de trompas. Por lo tanto, la Corporación plantea que no es un procedimiento médico cien por ciento efectivo para evitar un embarazo futuro.

En este sentido, el Consejo de Estado señaló que el Hospital no falló en su deber de informar a los demandantes los riesgos que se corrían mediante la ligadura de trompas en lo concerniente a las cuestiones de fertilidad, de manera que este cumplió a cabalidad con los estándares de calidad establecidos por la *lex artis* médica. De este modo, se observa que los demandantes asistieron a una orientación psicológica de manera previa a la intervención quirúrgica y firmaron la autorización de esterilización, en la cual de manera clara se les indicó que si “el procedimiento resulta exitoso, impedirá definitivamente la capacidad de concebir o engendrar un hijo” (Proceso 21157 de 2011), esto es, en dicho documento se expresó, que si fracasaba el procedimiento era posible que pudiera procrear de nuevo, de esta forma se les dio a conocer la existencia de este riesgo específico. Por este motivo, se negaron las pretensiones de la demanda pues la Corporación se centró simplemente en el consentimiento informando brindado por la paciente para, después, inferir que habían sido suficientemente explicadas las probabilidades de éxito de la intervención. Evidentemente, esta sentencia no hizo alusión a la libertad reproductiva como lo hacen los fallos posteriores, sino que alude de manera exclusiva al derecho a la información en el proceso de ligadura de trompas.

Por cierto, a lo largo de la sentencia no se hace mención de manera explícita al nacimiento de un hijo no deseado, ni al término de anticoncepción fallida o “wrongful conception”, pero se trae a colación este pronunciamiento porque el supuesto de hecho se hubiera podido encuadrar como una reclamación por anticoncepción fallida, posición que es respaldada por el mismo Consejo de Estado en la sentencia que se expondrá a continuación, ya que la misma Corporación la clasifica y la cita expresamente como un antecedente inmediato de una acción por anticoncepción fallida en el ordenamiento jurídico colombiano.

1.7.2.2.El caso de “Helena y Nicolás” vs. E.S.E. Moreno y Clavijo de Arauca: Sentencia pionera en las acciones por anticoncepción fallida

En segundo lugar, encontramos la sentencia más importante en la materia del 5 de diciembre de 2016, con Consejero Ponente Ramiro Pazos Guerrero y con radicado número 81001-23-31-000-2009-00051-01(41262). En esta ocasión, “Helena” y su hijo “Nicolás”³ interpusieron una acción de reparación directa en contra del E.S.E. Moreno y Clavijo de Arauca y E.P.S.

³ En la aludida sentencia se suprimen los nombres reales de las partes con el propósito de proteger su derecho a la intimidad. Por lo tanto, se alude a la demandante como “Helena” y a su hijo como “Nicolás”.

COMPARTA. A grandes rasgos, la demandante acudía por voluntad propia a un programa de planificación familiar, en el cual se le aplicaba una vez al mes por vía intramuscular el anticonceptivo Nofertyl. A pesar de que había tomado la decisión de limitar el número de hijos por razones económicas, por falta de preparación psicológica y porque ya tenía otros 4 hijos, concibió un quinto descendiente puesto que falló el método de anticoncepción. Desde la demanda destaca que la entidad prestadora de los servicios de salud nunca le informó el grado de eficacia ni el margen de error del método anticonceptivo que se le venía suministrando. Ciertamente, esta situación la consideró dañina la accionante y, por lo tanto, pretendió imputarla a la referida institución pública de servicios de salud y a la EPS Comparta.

Las pretensiones de la demanda resultan originales debido a que solicitaron entre otras cosas, el resarcimiento por los daños morales a raíz de la angustia y desasosiego que le causó a la demandante un embarazo no esperado; por concepto de daño emergente futuro solicitó afiliar a su hijo al Sistema General de Seguridad Social en Salud, garantizar la educación primaria, básica, secundaria y universitaria del menor y sufragar una pensión de vida equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, hasta que el niño cumpliera los 25 años.

Básicamente, el problema jurídico para la Corporación consistió en verificar “si el nacimiento de un hijo “no deseado” puede ser considerado en sí mismo como un evento lesivo para los padres y si la concepción no querida corresponde stricto sensu a la transgresión de una garantía jurídicamente protegida” (Proceso 41262 de 2016).

Vale la pena hacer hincapié en que este fallo fue el primero en analizar propiamente las reclamaciones por anticoncepción fallida. A lo largo de la sentencia se empleó en varias ocasiones el término de anticoncepción fallida, concepción no querida, “wrongful conception” y las distinguió de las acciones por nacimiento y vida injusta. De ahí que, realizó un estudio de derecho comparado, de acuerdo con el cual se identificaron tres tesis en relación con la existencia de un daño en el caso de la concepción y posterior nacimiento de un niño sano, pero no querido, las cuales se expondrán a continuación:

La tesis restrictiva, defendida en algunos estados de Estados Unidos, señala que el nacimiento de un hijo sano no puede considerarse como dañino. Notablemente, este enfoque rechaza todo tipo de pleito que gire en torno al nacimiento de un hijo como un menoscabo, a pesar

de que exista negligencia del profesional responsable de la contracepción, puesto que no es una consecuencia perjudicial compensable desde el punto de vista legal (Proceso 41262 de 2016).

La tesis moderada o teoría de la separación (Trennungslehre), proveniente de la doctrina alemana, propone distinguir desde el plano teórico entre el nacimiento del niño y los gastos que suscita su sostenimiento. Por esta razón, el daño indemnizable en estos casos son los últimos, perspectiva que intenta circunscribir los perjuicios a un contexto predominantemente patrimonial.

Gracias a los pronunciamientos realizados por el Tribunal Supremo Español, se ha incorporado una tesis más amplia, articulada desde el ángulo de los derechos fundamentales, por lo cual el daño reparable en los eventos de anticoncepción fallida corresponde a la vulneración de la libertad de procrear como expresión del libre desarrollo de la personalidad, lo cual evita lesionar la dignidad humana del niño que acaba de nacer de forma no planeada.

Finalmente, el Consejo de Estado optó por la tesis amplia para resolver el caso concreto y determinó que en efecto había un verdadero perjuicio en la medida en que se transgredió la libertad reproductiva de la mujer pues no se le permitió decidir de manera libre e informada en el ámbito reproductivo. Además, aclaró que en Colombia la vida de quien está por nacer no puede ser considerada, de ninguna manera, un perjuicio.

En este sentido, la entidad declaró responsable al hospital demandado, puesto que consideró que incurrió en una falla del servicio porque no observó el deber de informar apropiadamente a la paciente sobre las ventajas, los defectos y los peligros del método utilizado, lo que llevó a que la demandante no pudiera, a fin de cuentas, decidir autónomamente en lo que respecta a la composición de su familia y a su proyecto de vida.

En atención a lo cual, reconoció una compensación por concepto de daño moral, equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes. No obstante, no concedió el daño a las garantías jurídicamente protegidas (Libertad reproductiva) por considerar que el daño moral era suficiente (Rojas, 2017). Tampoco accedió a reconocer los daños patrimoniales atinentes a los gastos futuros del menor, porque eso sería asignarle al prestador de salud una obligación de resultado. Así las cosas, el hospital público no debe asumir las consecuencias materiales

de la anticoncepción fallida, excepto cuando se haya garantizado la eficacia absoluta del método propuesto o se exprese que los gastos a asumir son más elevados a los que por naturaleza se imponen en esta clase de incidentes.

En pocas palabras, en el caso citado se aprecia una transgresión a la libertad reproductiva, en tanto se probó que, aunque la demandante buscaba una asesoría en materia de planificación familiar, solo le fue administrado un medicamento sin proporcionarle información básica sobre su apropiada utilización (ventajas, desventajas y margen de error), eventualidad que le impidió ejercer su derecho en forma plena, lo que en opinión de la Sala le produjo un daño antijurídico resarcible, en cuanto generó transformaciones radicales en su plan de vida que preliminarmente había determinado al limitar el número de hijos porque consideraba que era la mejor decisión para su vida.

1.7.2.3.El caso de Maricella Carvajal González y otros vs. El Hospital Universitario del Valle del Cauca “Evaristo García” E.S.E

En tercer lugar, cabe considerar una última sentencia del 06 de julio de 2017, con Consejera Ponente Marta Nubia Velásquez Rico y con radicado número 76001-23-31-000-2005-04752-01(40051). En este caso, la señora Maricella Carvajal González y su compañero permanente, el señor Edil Muñoz Muñoz, interpusieron una acción de reparación directa en contra del Hospital Universitario del Valle del Cauca “Evaristo García” E.S.E, dado que el 9 de enero de 2004 a la señora Maricella Carvajal se le realizó una histerectomía (o por lo menos eso creía ella), la cual implica una extracción total del útero o matriz, intervención que impide que pueda concebir en el futuro. Sin embargo, el 24 de junio de 2005 se comprobó que estaba en embarazo a pesar de que tenía el pleno convencimiento que no podía procrear, lo cual representó para la demandante y su familia perjuicios morales y psicológicos, porque la condición económica de estos hacía imposible que pudieran responder por la manutención del niño que nació. En realidad, se le había realizado una histerorrafia o sutura de la ruptura del útero por una expulsión parcial de la placenta en el trabajo de parto, no una histerectomía, pero por error, en la epicrisis se registró este último procedimiento.

Una vez revisada la historia clínica de la paciente, el Consejo de Estado no detectó anotaciones que permitieran demostrar la planificación familiar que utilizaba la demandante ni que fuera su deseo acoger algún método con este objetivo el día que fue atendida por los

médicos del Hospital. Además, la paciente no consintió en ningún momento en la histerectomía, al punto que no existe un documento denominado “consentimiento informado” para que se le practicara, por lo que no se observó que la intención de la paciente estuviera orientada al sometimiento de esa cirugía ni de un mecanismo anticonceptivo, especialmente cuando la cirugía que se alega que se practicó, esto es, la “histerectomía”, no es distinguida en el campo de la medicina, como un mecanismo contraceptivo. Además, la demandante se limitó a probar el daño a partir de la divergencia de expresiones utilizadas en la epicrisis y en la historia clínica; de hecho, no se percibe que, posterior al alumbramiento del segundo hijo, la señora Carvajal haya optado por la esterilización quirúrgica, lo que hubiera permitido comprender que este era su propósito antes de tener su tercer hijo.

En consecuencia, no se confirmó por parte de los demandantes la voluntad clara de restringir su reproducción, lo cual era fundamental para determinar si, en el presente caso, la discrepancia detectada entre la epicrisis y la historia clínica constituía una falla en el servicio médico prestado. El Consejo de Estado recalcó que, en casos como el presente, el daño emana como consecuencia de la afectación de un querer legítimo individual, que altera un proyecto de vida o infringe la libre decisión en la conformación de la familia. Sin embargo, ese daño, como cualquier otro, debe ser cierto, determinado o determinable y aparecer justificado, carga que le corresponde a quien lo soporta y sin que para ello sea suficiente la afirmación posterior de sentirse lesionado por el hecho de la procreación, ya que debe acreditar la certeza del daño y, por lo tanto, se requiere demostrar la existencia de una decisión autónoma, personal y definitiva previa de restringir el número de hijos.

En todo caso, el Consejo de Estado encuadro el anterior supuesto, como un evento de anticoncepción fallida, pues así se señala de manera expresa en el contenido de la providencia y en particular en la descripción del problema jurídico que es idéntico al del fallo del 2016 que se citó de manera precedente. Sin embargo, negó la aludida reclamación, ya que la accionante no había exteriorizado ni adelantado actuaciones que propiciaran la no procreación. Según la Corporación en la medida en que se trataba de un evento de anticoncepción fallida, para que existiera un daño debía acreditarse inexorablemente una lesión al derecho a la libertad reproductiva a través de cualquier medio probatorio.

1.7.2.4. Elementos comunes en los casos de anticoncepción fallida

En función de lo planteado, a pesar de que hasta el momento sólo existe un caso en el que prosperó la acción por anticoncepción fallida, en los tres fallos es posible detectar una serie de semejanzas fácticas que resulta pertinente resaltar. Así pues, en dos de ellos se evidencia que las demandantes se habían sometido a un método definitivo (ligadura de trompas) o temporal (anticonceptivo inyectable) de planificación familiar con el propósito de evitar un embarazo no deseado, es decir, ambas pretendían planear su familia a través de procedimientos y productos anticonceptivos porque no querían dejar que semejante decisión dependiera del azar, en el caso restante, la paciente tenía la convicción de que se le había realizado una extracción total del útero, de manera que era impensable la posibilidad de quedar en estado embarazo, pues la histerectomía es el único procedimiento que previene en un cien por ciento el embarazo, en otras palabras, en los tres casos las mujeres tenían cierto control sobre su propia reproducción y tenían la certeza que no deseaban tener más hijos por el momento pues tenían otros proyectos en mente. Además, Dichas mujeres tenían la intención de sostener relaciones sexuales sin el riesgo de quedar en embarazo, es decir, ellas desligaron la idea de que las relaciones sexuales implicaban la necesaria procreación.

Igualmente, en los tres casos las mujeres se enfrentaron a un embarazo no planificado de tal forma que los nacimientos de los niños fueron catalogados por ellas como no deseados porque provienen de hogares vulnerables que se encuentran atravesando problemas económicos que les impide brindarle a sus hijos el bienestar y la calidad de vida que se merecen, pues innegablemente dichas necesidades económicas aumentan con el embarazo y el nacimiento de un hijo que llegó sin ser deseado. Por lo tanto, vieron frustrada la decisión sobre la propia maternidad. De manera posterior al nacimiento del hijo no planeado, dos de las tres mujeres se sometieron a una cirugía de ligadura de trompas, lo cual ratifica la decisión definitiva de planificación familiar que habían tomado previamente.

Francamente, estas mujeres no quisieron aceptar sin más una maternidad no deseada porque se les transgredió el plan de vida que habían trazado, es decir, se les arrebató ese control que creyeron tener sobre su propio cuerpo y sexualidad, de ahí que presentaron dificultades para adaptarse a su nuevo rol y costear a un nuevo miembro de la familia a causa de un deficiente presupuesto familiar. En consecuencia, consideraron que los hospitales públicos (y no el médico) debían asumir la carga de criar a un hijo no deseado, en medio de problemas

económicos (Arias-García & López-Martínez, 2014, pp. 89–90). Es decir, se subraya que en Colombia los demandantes no dirigen la acción en contra del personal de la salud, sino en contra de la institución a la que pertenecen.

Otro aspecto en común es que estas familias sintieron un gran dolor y angustia porque un tercero tomó la decisión por ellos de criar un hijo, elección que es quizá la más importante que se toma en la vida. De igual modo, en los tres casos se evidencia que son las mujeres las que se sometieron a un método de planificación familiar, no los hombres. Por último, en cuanto a los actores del proceso judicial, se manifiesta que en dos de los tres casos ambos padres actuaron como demandantes, en el caso restante, la accionante fue únicamente la madre.

1.8. La vulneración al derecho a la libertad reproductiva como un daño indemnizable en las reclamaciones por anticoncepción fallida

Esta teoría que el Consejo de Estado ha aplicado en la resolución de los casos e identifica como la tesis amplia es una teoría defendible y fuerte para proceder con un auténtico juicio de responsabilidad en los casos de anticoncepción fallida. En efecto, esta postura tiene como propósito principal identificar la existencia de un daño que pueda estimarse antijurídico por lesionar intereses que resultan protegidos por el ordenamiento jurídico, y tiene la ventaja de eludir de la mejor manera el impedimento que supone la dependencia ineludible con el hecho del nacimiento (Miranda Acuña, 2018, p. 227). Cabe decir que en opinión de Miranda Acuña (2018), en el marco de estas reclamaciones no resultaría acertado identificar el daño en la libertad reproductiva con total independencia del hecho del nacimiento puesto que este es un presupuesto inevitable para aquellas. Por lo tanto, revela cierta relación ineludible entre el daño que se estima indemnizable y el comienzo de la vida humana (p. 228).

En relación con lo expuesto, es importante resaltar de qué forma se vulnera el derecho a la libertad reproductiva en los supuestos más destacados de las acciones por anticoncepción fallida. El primero de ellos hace referencia a aquellos casos en los que la negligencia médica se relaciona con la práctica deficiente de la técnica empleada o la negativa a llevar a cabo la interrupción del embarazo. En estos casos, resulta clara la contradicción existente entre la decisión tomada por parte del paciente en virtud de su derecho a la autodeterminación

reproductiva, y la conducta del personal de la salud que se estima negligente, pues el nacimiento del niño se lleva a cabo en contra del consentimiento de los padres. Ello implica una fuerte traición al ejercicio de los derechos reproductivos del paciente, de quien se espera pueda decidir de manera libre y responsable asuntos tan íntimos y esenciales de su personalidad como lo es el número de hijos que considere más adecuado para realizar el proyecto de su existencia (Miranda Acuña, 2018, p. 230).

El segundo supuesto atiende precisamente a aquellos casos en los que la reclamación de responsabilidad se basa en la falta de información, en especial la que se refiere a los riesgos de fracaso de las intervenciones o cuidados postquirúrgicos. En estas circunstancias la privación a la libertad de procrear se origina en la ausencia de la información necesaria para tomar decisiones correctas y plenamente libres según las prioridades de cada persona. Por ello, la falta de asesoría elimina la posibilidad de dar rumbo a la propia existencia y de tomar decisiones responsables en torno a la reproducción, quebrantando de manera directa la libertad de procreación futura y, más concretamente, el derecho a la libertad reproductiva del paciente (Miranda Acuña, 2018, p. 230).

1.9.Relevancia constitucional de las acciones por anticoncepción fallida

Como se ha afirmado en los párrafos anteriores, en las reclamaciones por anticoncepción fallida, el Consejo de Estado ha incorporado en sus providencias un enfoque basado en derechos humanos, en la medida en que le otorga prelación a los derechos sexuales y reproductivos como derechos fundamentales, en consonancia con los acuerdos internacionales, el movimiento feminista global y los diversos pronunciamientos jurisprudenciales realizados por la Corte Constitucional que presentan como apremiante la protección de la actividad sexual y las decisiones reproductivas por las profundas repercusiones que tienen en la salud de las mujeres (Vargas Trujillo et al., 2012, p. 27).

1.9.1. Los derechos sexuales y reproductivos en el contexto nacional e internacional

En un primer momento, conviene poner énfasis en la noción y regulación actual de los derechos sexuales y reproductivos en el ordenamiento jurídico colombiano con el propósito

de brindar un poco de contexto antes de explorar cómo el Consejo de Estado incorporó un enfoque de derechos en la providencia que resolvió el caso de anticoncepción fallida.

De acuerdo con la definición del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Naciones Unidas, los derechos sexuales y reproductivos son un “conjunto de derechos y libertades, entre las que están, además del acceso a bienes y servicios relativos al disfrute del derecho a la salud, las decisiones libres y responsables con respecto a los asuntos relacionados con el propio cuerpo y la propia salud sexual y reproductiva” (Dejusticia, s.f.). Esta clase de derechos son sumamente relevantes porque son catalogados como los más humanos de los derechos, en cuanto, integran la órbita más íntima de las personas (Oficina de Promoción Social, 2018, p. 1).

Además, de conformidad con la Sentencia T-732 de 2009 de la Corte Constitucional, se debe tener presente que los derechos sexuales y los derechos reproductivos no son garantías análogas. Por lo tanto, es de suma importancia distinguir los derechos sexuales de los reproductivos, ya que sexualidad y reproducción son dos esferas distintas de la vida del hombre y la mujer. La primera no debe ser interpretada simplemente como un mecanismo para alcanzar la segunda, por consiguiente, se debe desvincular los derechos sexuales de la maternidad. A pesar de ello, no se puede desconocer que los derechos sexuales y reproductivos están innegablemente enlazados puesto que la libertad en las decisiones reproductivas favorece una vida sexual sin riesgos de embarazos no deseados, así pues, cada uno de estos conceptos conserva un significado inherente, pero emanan de un eje común (Dejusticia, s.f.).

De igual forma, es especialmente importante decir que la salud reproductiva es una situación total de bienestar corporal, mental y social, y no de simple ausencia de malestares o padecimientos, en todas las cuestiones concernientes con el sistema reproductivo y su buen funcionamiento. Por consiguiente, la salud reproductiva abarca la posibilidad de contar con una vida sexual agradable y sin la amenaza latente de la reproducción, y la autonomía para determinar hacerlo o no, en qué momento y con qué periodicidad. Esta última circunstancia comprende el derecho del hombre y la mujer a adquirir información en materia de planificación familiar, y relacionada con otros métodos para el control de la fertilidad y natalidad que se encuentren permitidos, y disponer de productos confiables, eficaces,

económicos y admisibles desde el punto de vista científico; el derecho a acceder servicios sanitarios apropiados que posibiliten los embarazos y los nacimientos sin contratiempos y que proporcionen a las parejas la más alta probabilidad de tener hijos en buen estado de salud (Programa de Acción de la Conferencia Internacional para la Población y el Desarrollo, de las Naciones Unidas, documento A/S-21/5/Add.1, párr. 64, como se citó en, Vargas Trujillo et al., 2012, p. 27).

Por otro lado, “la salud sexual es un estado de bienestar físico, mental y social en relación con la sexualidad. Requiere un enfoque positivo y respetuoso de la sexualidad y de las relaciones sexuales, así como la posibilidad de tener experiencias sexuales placenteras y seguras, libres de toda coacción, discriminación y violencia” (Organización Mundial de la Salud, como se citó en, Dejusticia, s.f.).

Aquí es importante recordar que los seres humanos tenemos proyectos de vida diferentes, incluso opuestos, en cuanto a la conformación de una familia. Se reitera que la experiencia de tener un hijo debería ser buscada, anhelada y compartida por la pareja, creando los mejores escenarios que favorezcan un embarazo saludable (Blog Hakuna Matata, s.f.).

Asimismo, los derechos sexuales y reproductivos permiten que las mujeres posterguen el proceso reproductivo de manera que decidan si quieren evitar o retrasar un embarazo con la ayuda de métodos de control de natalidad y garantizan que pueda acceder a ellos a través del sistema de salud. Además, protegen la decisión de decidir qué método se adapta más al cuerpo, a las necesidades y al momento de la vida de cada individuo (Dejusticia, s.f.).

Siguiendo en este razonamiento, Colombia reconoce el derecho a la autodeterminación reproductiva o libertad de procreación, el cual hace referencia a la facultad de las personas de determinar autónomamente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, el cual ha sido catalogado como un derecho básico de la pareja que se traduce en la decisión libre de conformar una familia según los deseos, ideales y propósitos particulares de cada una. Esto se encuentra consagrado en el artículo 42 de la Carta Política y en el artículo 39-11 del Código de Infancia y Adolescencia (Rondón Echeverry, 2018, p. 105).

En relación con este tema, Colombia debe observar una serie de estándares de derechos humanos que deben tenerse en cuenta en el estudio de las situaciones que comprometen la

sexualidad, la salud sexual y reproductiva (Vargas Trujillo et al., 2012, p. 32). Tal es el caso del artículo 16, ordinal e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales señalan que todas las personas tienen derecho a decidir por voluntad propia si quieren o no tener descendientes, el número y espaciamento entre ellos y a recibir información veraz y libre de ideas preconcebidas para tomar decisiones sobre la vida reproductiva (Vargas Trujillo et al., 2012, p. 36).

En cuando a la libertad, se tiene que el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, revelan el respeto a la decisión autónoma de las personas en relación con la reproducción. En consecuencia, los profesionales de la salud tienen la obligación de ayudar a las personas a la hora de tomar decisiones sexuales y reproductivas autónomas, de manera que se les proporcione información real, objetiva, exenta de prejuicios y coacción. Por lo que todas las personas tienen derecho a decidir en materia sexual y reproductiva de forma fundamentada y libre de discriminación y amenaza (Vargas Trujillo et al., 2012, p. 47).

1.9.2. La fusión de la anticoncepción fallida y la autonomía reproductiva

La incursión progresiva de este tipo de casos en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y la incorporación de un enfoque basado en los derechos pone en evidencia que los pacientes están comenzando a concebir que son sujetos de derechos en materia de sexualidad y reproducción. De forma simultánea, los profesionales de la salud, poco a poco se están identificando como titulares de obligaciones, de manera que están reconociendo que tienen un rol fundamental en la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de sus pacientes, si se tiene en cuenta que en realidad son los principales responsables de la materialización de esta clase de derechos, situación que hasta hace poco era desconocida tanto para los pacientes como para los médicos (Vargas Trujillo et al., 2012, p. 16, 95).

Por lo tanto, para el Consejo de Estado en los eventos de anticoncepción fallida el daño está constituido por la afectación de una serie de derechos sexuales y reproductivos, específicamente, por la vulneración del derecho a la libertad reproductiva o el derecho a la libre decisión de procrear y el derecho a la información en materia de planificación familiar y es un daño antijurídico debido a que es una carga que las mujeres no se encuentran en el deber de soportar de acuerdo con la Constitución Política de Colombia (Rondón Echeverry, 2018, p. 104).

Así las cosas, el análisis de la Corporación se centró en verificar si el nacimiento de un hijo no deseado corresponde a la transgresión de una garantía jurídicamente protegida, por lo que acudió a la normatividad internacional de los derechos de la salud sexual y reproductiva y a las recomendaciones realizadas por Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a la información como componente de la libertad reproductiva. De manera acertada, el Consejo de Estado no sólo hizo una referencia general a las aludidas normas, sino que señaló el nivel de aplicación de estas en la providencia y los efectos jurídicos que se resultan de su utilización en los casos concretos de anticoncepción fallida.

Asimismo, acudió a las interpretaciones realizadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-131 de 2014 sobre los referidos derechos, la cual emplea el término de autodeterminación reproductiva (En cambio, el Consejo de Estado habla de libertad reproductiva) para referirse a la posibilidad de elegir la cantidad de integrantes de una familia, garantía que a su vez permite el disfrute de otros derechos fundamentales como el derecho a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a la información, a la salud y a la educación. Al mismo tiempo, la Corte insiste en que este derecho prohíbe cualquier intromisión externa en la toma de este tipo de decisiones personales, la cual reconoce de manera implícita que la mujer se encuentra en la potestad de renunciar de manera temporal o permanente al rol de la reproducción pues su destino no es ser madre. Por ende, el examen realizado por el Consejo de Estado integró el enfoque basado en los derechos de manera que reconoció a las mujeres como agentes que se involucran en las decisiones que les conciernen, en vez de simples destinatarios pasivos de servicios de salud, de esta manera se busca reforzar las capacidades de los garantes de derechos (Para el caso concreto, el Estado) de respetar, proteger y

garantizar los derechos sexuales y reproductivos (United Nations Population Fund [UNFPA], 2020).

Como resultado de lo anterior, la sentencia detectó un punto de equilibrio entre la autonomía de la mujer y la vida del hijo no deseado, de manera que optó por darle prevalencia a los derechos de la mujer demandante sin lesionar la dignidad del recién nacido, en la medida en que estimó que estas tienen la capacidad de obrar y el derecho a decidir si desean o no quedar embarazadas o si quieren aplazar su embarazo porque consideran que no es el momento apropiado para traerlos al mundo, es decir, tienen derecho a decidir el tipo de familia que desean formar, a través del uso de anticonceptivos modernos (Grupo de Sexualidad y Derechos sexuales y Reproductivos -Dirección de Promoción y Prevención, 2016). Es más, todas tienen derecho a decidir en qué momento formar una familia sin desistir de su sexualidad y sin que los médicos interfieran en las elecciones sobre el propio cuerpo, la sexualidad y reproducción.

Por consiguiente, se puede inferir que aún existe un ámbito del individuo que es autónomo al ámbito del poder público, que es el que atañe al derecho a decidir de forma autónoma, responsable e informada sobre el número de los hijos u optar por no tenerlos sin ningún tipo de intromisión del Estado, lo cual reivindica que el cuerpo de las mujeres es un estado soberano (Trosman, 2004). Así las cosas, la maternidad debe ser deseada, elegida, voluntaria e informada, lo que implica que es una decisión que le corresponde exclusivamente a la mujer, en la medida en que no debe estar supeditada al esposo, al padre, al amigo, al galeno o al político de turno (Sentencia T-627 de 2012).

1.10. Las mujeres en las acciones por anticoncepción fallida

Llegados a este punto, se procederá a verificar si el Consejo de Estado en la providencia del año 2016 realizó algún pronunciamiento particular sobre las mujeres al ser la maternidad un mandato socialmente impuesto, justificado en la naturalizada suposición de que los cuerpos de estas son objetos de reproducción imperativa, lo cual históricamente ha anulado su agencia reproductiva. Desde luego, las tradiciones machistas asignan ciertos roles a hombres y mujeres, y ubican a estas últimas en una situación de desventaja social y económica, pues se consideran valiosas en la medida en que pueden procrear. Indudablemente, esto vulnera el

derecho fundamental de la mujer a decidir sobre su cuerpo (Dávila et al., 2018, p. 71, 72, 97, 99, 101). Adicionalmente, la maternidad es un asunto que afecta uno de los ámbitos más íntimos de la vida personal de la mujer (Jaramillo Sierra, 2019b, p. 91), en la medida en que estas son las que sobrellevan los efectos biológicos del embarazo, el parto y la lactancia (Organización Panamericana de la Salud: Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud, 2009).

Antes que nada, el Consejo de Estado identifica que Colombia le debe garantizar a la mujer los mismos derechos que al hombre en relación con la capacidad de decidir autónoma y responsablemente el número de sus hijos y el espaciamiento entre los nacimientos y a contar con el conocimiento, la educación y los mecanismos que les permita disfrutar esos derechos, según lo ordena el artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Además, el artículo 12 de la referida Convención establece la necesidad de suprimir los actos de discriminación hacia la mujer en la esfera de la atención médica, el cual envuelve los que aluden a la planificación de la familia.

De igual forma, el Consejo de Estado hace referencia al informe denominado “Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011), en donde se destaca que el derecho de las mujeres a la información en materia reproductiva es vulnerado con mayor intensidad y frecuencia, lo cual a su vez afecta el disfrute de los demás derechos de la población femenina. En particular, las mujeres rurales, pobres, indígenas, afrodescendientes y migrantes suelen experimentar mayores obstáculos para acceder a información completa, pertinente y comprensible en materia sexual y reproductiva. Ciertamente, las mujeres son calificadas como población vulnerable debido a que se enfrentan a mayores barreras para obtener orientación que les permita cuidar de su salud reproductiva (p. 3).

Asimismo, la Corporación manifiesta que el ejercicio del derecho a la libertad sexual depende en gran medida de la orientación que se brinde al respecto. En materia de planificación familiar se tiene que las mujeres pueden elegir entre diferentes métodos anticonceptivos, de los cuales deben conocer a profundidad sus ventajas, desventajas, riesgos y efectividad antes de tomar cualquier tipo de decisión. Por lo tanto, el tipo de anticonceptivo que seleccionen

depende de diferentes factores como lo es la salud de la mujer, la aspiración de tener hijos en el futuro, la necesidad de prevenir infecciones de transmisión sexual, entre otras cosas.

Para respaldar lo anterior, el Consejo de Estado citó la sentencia T-627 de 2012, en la cual la Corte Constitucional advierte que la información es esencial para el ejercicio de los derechos fundamentales en general, ya que permite conocer su naturaleza y las herramientas para hacerlos valer, cuando se trata de los derechos reproductivos ésta se vuelve trascendental, especialmente en el caso las mujeres. Siguiendo a la Corte Constitucional (2012), existen dos razones para considerar lo anterior. La primera es que, esta categoría de derechos concede fundamentalmente prerrogativas para decidir autónomamente sobre diversos aspectos de la reproducción y, sin información sobre las alternativas disponibles y la forma de ejecutarlas, resulta complicado dar cumplimiento a dichas elecciones. La segunda, porque uno de los mecanismos para continuar con la discriminación histórica sufrida por las mujeres ha sido justamente, impedir y entorpecer el acceso a información veraz e imparcial en este ámbito con el propósito de negarles el control sobre este tipo de decisiones.

Por otro lado, en el momento de analizar los daños inmateriales derivados de la vulneración a la libertad reproductiva que sufrió la demandante “Helena”, el alto Tribunal manifestó que la interferencia con la conformación del núcleo familiar repercute de manera directa en la mujer en la medida en que es la que experimenta los cambios emocionales y las transformaciones anatómicas, fisiológicas y bioquímicas del proceso del embarazo y parto. Por lo tanto, es innegable el malestar que esta experimenta en virtud de una gestación no deseada. De lo anterior, el Consejo de Estado concluyó que la mujer como sujeto de derechos ostenta la titularidad sobre sus funciones corporales, incluso frente a la más innata como es la reproducción, de modo que la violación a su derecho a decidir por voluntad propia y con la información suficiente sobre la conformación de la familia crea una situación innegable de angustia y consternación, la cual indefectiblemente debe ser reparada (Proceso 41262 de 2016).

En consecuencia, según el Consejo de Estado el daño moral ha de presumirse en dichos eventos porque resultaría desmedido solicitar la prueba de ese íntimo sentimiento de dolor y sufrimiento. Después de todo, la reparación a “Helena” se limitó a una compensación

económica, lo cual nos lleva a pensar si realmente fue una reparación integral o si por el contrario la dejó en la misma situación de discriminación en la que se encontraba.

Las afirmaciones anteriores sugieren que aparentemente en los casos de anticoncepción fallida se ha juzgado con perspectiva de género, ya que el Consejo de Estado reconoce que las mujeres se ven especialmente afectadas cuando ocurre un embarazo no deseado y que el no suministro de información en materia reproductiva constituye una forma específica de discriminación de género en la medida en que interfiere con el derecho de la mujer a tomar decisiones en relación con la cantidad de hijos. Sin embargo, se detectó que el Consejo de Estado a pesar de que advirtió sobre la vulneración al derecho a la libertad reproductiva de la accionante, a lo largo de la sentencia no empleó el término “perspectiva de género” ni “enfoque de género” ni sugirió que la perspectiva de género es un factor a tener en consideración en el análisis de las acciones por anticoncepción fallida (Torres Díaz, 2017).

Asimismo, el Consejo de estado no aludió a la noción de interseccionalidad o enfoque interseccional, ni al concepto de enfoque de género en perspectiva interseccional, como tampoco se detuvo a analizar a partir de una perspectiva de género, cómo los derechos humanos de las mujeres, especialmente de aquellas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, se ven especialmente afectados ante un embarazo no deseado en virtud de una anticoncepción fallida, lo cual resulta fundamental en la medida en que una anticoncepción fallida implica *per se* efectos diferenciados sobre la vida de las mujeres, principalmente la de aquellas en contextos de mayor vulnerabilidad por condiciones de género, clase, nacionalidad, raza, etnia, edad y migración.

Esta Corporación no evaluó la situación y calidad de los accionantes, considerando los aspectos subjetivos, en lo relativo a las circunstancias fácticas específicas de estos, de manera que se evidenció que omitió verificar si en los casos concretos se hallaban una serie de elementos que determinarían formas particulares y concretas de vulnerabilidad. Por ejemplo, la sentencia del año 2016 no partió de que la accionante era una mujer rural, responsable de 5 hijos menores de edad, con precariedad económica, residente en un municipio priorizado para el posconflicto, lo cual le impidió al magistrado percibir apropiadamente la realidad que vivía la actora y reconocer su especial estado de vulnerabilidad.

Dicho lo anterior, se evidencia que los mencionados funcionarios judiciales han empleado una limitada perspectiva constitucional a la hora de resolver las reclamaciones por anticoncepción fallida.

1.11. Conclusión

En definitiva, se manifiesta que las reclamaciones por anticoncepción fallida provenientes del derecho extranjero han llegado a Colombia de manera reciente, lo que lleva a los jueces y a la comunidad jurídica en general a plantearse cuál es la mejor forma de resolver este tipo de controversias sin acudir una solución neutral y sin descuidar la especial protección a la que tienen derecho las mujeres.

Se destaca que en Colombia los tres casos que se han detectado se han originado en demandas por anticoncepción fallida por razones netamente económicas, en donde los demandantes buscan aligerar la carga económica, cuyas sentencias han adoptado una solución que no viola el valor intrínseco de la vida humana.

Así las cosas, como quedó en evidencia las reclamaciones por anticoncepción fallida ocupan un lugar central en el campo de la responsabilidad civil médica como en el derecho constitucional, ya que más allá de entender que la concepción no querida implica el sostenimiento económico del menor y una serie de erogaciones repentinas, se requiere analizar las repercusiones negativas que representa un embarazo no planeado para el proyecto de vida de la mujer. De ahí que es dable afirmar que la anticoncepción fallida le arrebató a la mujer el poder de decidir sobre su propio cuerpo. Por esta razón, surge el interés por abarcar las reclamaciones por anticoncepción fallida desde una perspectiva de género.

Tal como se manifestó, el Consejo de Estado ha acudido a un enfoque de derechos para resolver las reclamaciones por anticoncepción fallida, pero de la lectura de las tres providencias judiciales no es claro si el fundamento jurídico que ha empleado esta Corporación tiene como base una adecuada perspectiva de género. Desde ya es posible afirmar que este tipo de controversias merecen un análisis especial cuando la madre es la que demanda, porque sin duda alguna son las principales afectadas con un embarazo no planificado, no siendo posible naturalizar la gestación que se presenta en tales circunstancias.

El fin último de la mujer no es la maternidad, la procreación en contra de la voluntad de la mujer debe ser tratado como cualquier otro daño que merece ser reparado en su integridad.

2. TEORÍA DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO PARA RESOLVER LAS RECLAMACIONES POR ANTICONCEPCIÓN FALLIDA

2.1. Introducción

El siguiente apartado tiene el objetivo de construir una teoría de la perspectiva de género propia de las demandas por anticoncepción fallida, es decir, enfocada en el ámbito reproductivo, con el fin de determinar si la fundamentación jurídica empleada por el Consejo de Estado considera la situación diferenciada de las mujeres e incluyen la perspectiva de género.

Para cumplir con dicho objetivo, se acudirá a diferentes postulados teóricos de los estudios de género, como lo son, los conceptos de androcentrismo, patriarcado, el enfoque de la justicia reproductiva y el paradigma de la interseccionalidad, que resultan de gran utilidad a la hora de delimitar la teoría que se propone en el presente trabajo, teoría que pretende superar el alcance de la perspectiva de género que se conoce hasta el momento. A lo largo de este capítulo se demostrará que el sistema de salud y el derecho poseen raíces androcéntricas y de manera simultánea hará el intento de agrupar una variedad de categorías analíticas que nos permitirán arribar a una teoría que fusione en especial el género y la interseccionalidad.

Este capítulo se divide en seis secciones. La primera de ellas efectúa una introducción sobre la definición del feminismo y su relación con los derechos sexuales y reproductivos, la cual concluirá que el feminismo reproductivo corresponde a la corriente que más afinidad tiene con las reclamaciones por anticoncepción fallida al sostener que el derecho “maternaliza” los cuerpos de las mujeres cuando las constriñe o alienta a tener hijos.

La segunda sección se centra en el discurso androcéntrico que ha estado presente en la medicina a lo largo de los años, el cual se refleja en prejuicios de los mismos profesionales de la salud, para demostrar lo anterior se realizará una clasificación de los sesgos de género en salud y señalará el papel fundamental que juegan los profesionales de la salud en la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

La tercera sección traerá a colación el enfoque de la justicia reproductiva y especificará el alcance limitado de los derechos reproductivos al ignorar problemas sociales como la pobreza y la raza, que en realidad es lo que les impiden a las personas disfrutar de dichos derechos, así se destacará su origen, concepto y la incorporación precaria que ha tenido en la jurisprudencia constitucional. Este enfoque se considerará relevante ya que prescribe que la capacidad para determinar el propio destino reproductivo está directamente relacionada con las circunstancias propias del entorno. La cuarta sección realizará una explicación somera del paradigma de la interseccionalidad como marco teórico que permite identificar qué sucede cuando se cruzan numerosas categorías y ubica a las mujeres fuera del modelo tradicional de la mujer blanca, heterosexual y sin carencias económicas, para poner en evidencia que existen otro tipo de mujeres que son discriminadas por ser rurales, indígenas, negras, jóvenes, pobres y con orientaciones sexuales diversas. En particular, se mencionará la aproximación a la interseccionalidad por parte de la Corte Constitucional y el enfoque de género en perspectiva interseccional, posición que se considera novedosa debido a que el Consejo de Estado no ha empleado hasta el momento este enfoque para resolver los casos por anticoncepción fallida. Sin duda alguna, la teoría de género que se propone deberá partir del enfoque de género en perspectiva interseccional pues un embarazo no deseado no afecta a todas las mujeres por igual. Con ello se quiere significar que la situación de vulnerabilidad y las diferentes identidades de la mujer que procrea en contra de su voluntad construyen formas específicas de discriminación que deben ser analizadas para encontrar una solución verdaderamente justa.

En quinto lugar, se señala la importancia y la obligatoriedad de emplear la perspectiva de género a la hora de resolver los casos que involucren mujeres en los escenarios judiciales. Además, se realizará un resumen de los criterios orientadores desarrollados por la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, en este mismo sentido se realizará una descripción de las herramientas para la aplicación del enfoque de género en la administración de justicia elaboradas por la académica Isabel Cristina Jaramillo, esta estrategia la denominó “Momentos de la decisión judicial con perspectiva de género”, la cual se encuentra conformada por tres momentos que debe agotar todo administrador de justicia: la pregunta por las mujeres, la pregunta por el género y la pregunta por la eficacia de la decisión judicial.

En la sexta de sección, se presentará las limitaciones del género a la hora de resolver las reclamaciones por anticoncepción fallida. Es así como se manifestará que el género es una categoría de opresión, pero no la única. De ahí que, si se acude solamente al género se realizaría un análisis parcial del caso de estudio, ya que no sería posible comprender de forma completa la identidad del sujeto procesal ni detectar la manera en que confluyen en forma interseccional una variedad de factores de vulnerabilidad y riesgos de discriminación.

Los resultados del presente capítulo son de vital importancia porque arrojarán la teoría más apropiada desde el punto de vista de la libertad reproductiva, que se deberá emplear en los casos de anticoncepción fallida si se quiere tener como base una adecuada perspectiva de género. Esta teoría se nutre en gran medida por los aportes desarrollados por la Corte Constitucional y parte de la base fundamental que según los atributos específicos de una mujer esta se verá perjudicada por varios factores a la vez que le impiden tomar decisiones reproductivas libres y responsables. Esta teoría no considera al hombre como parámetro normativo, sino que le da prevalencia a la especificidad del género y demás criterios sospechosos de discriminación. Ya con esta cuestión resuelta será posible identificar los déficits en materia de perspectiva de género que subyacen a los tres fallos del Consejo de Estado que se han pronunciado sobre la anticoncepción fallida.

2.2. Precisiones previas acerca del feminismo

El feminismo es un discurso político que se funda en la justicia. El feminismo es una teoría y práctica política estructurada por mujeres que, después de examinar el contexto en el que viven, toman conciencia de las discriminaciones que soportan por la única razón de ser mujeres y resuelven coordinarse para terminar con ellas, para transformar la sociedad. En vista de las circunstancias, el feminismo se exterioriza como filosofía política y a la vez como movimiento social. El discurso, la reflexión y la práctica feminista implican una ética y una manera de estar en el mundo. La toma de conciencia feminista moldea, ineludiblemente, la vida de cada una de las mujeres que se acercan a él (Varela, 2019a, pp. 20,21,22), por lo que encaminan su actuar a “desmontar el prejuicio de que la biología determina lo femenino, mientras que lo cultural o humano es una creación masculina” (Varela, 2019d, p. 234).

El eje sobre el cual se ha erigido la doctrina feminista es justamente establecer que las mujeres son agentes de su propio destino y que el hombre ni es el estándar con el que compararse ni es el sexo neutro, por lo que se debe descartar que “hombre” es equivalente de “persona” (Varela, 2019a, p. 23). Cuando se utilizan las gafas violetas, por fin se entiende que no existen argumentos naturales que respalden la división desigual de poder entre hombres y mujeres.

Con el propósito de evidenciar las relaciones de los derechos sexuales y reproductivos y las propuestas feministas, se hará una breve referencia a estos, no sólo por ser pertinentes al objeto de investigación, sino porque la revisión de este camino conduce a la construcción de una teoría de la perspectiva de género para resolver las controversias en torno a la anticoncepción fallida. Posteriormente, se expondrán de manera particular los postulados del feminismo reproductivo.

2.2.1. Los derechos sexuales y reproductivos a través de la mirada de las teorías feministas

Al hablar de los derechos sexuales y reproductivos es preciso tener en cuenta la importancia que estos han tenido en la configuración de las teorías feministas, si bien en cuanto derechos se encuentran en cabeza de todos y todas, estos pueden ser abarcados de manera diferente en función de diversos colectivos.

En efecto, para muchas feministas la gran debilidad de las mujeres en materia de sexualidad y reproducción está en la “raíz” (de esa manera surgen los radicales) de la situación de desventaja y falta de poder de las mujeres. Para estas feministas es esencial tener presente que el hecho de que las mujeres sean tratadas como meros objetos de placer (como en la pornografía) o de reproducción (como cuando se prohíbe la interrupción voluntaria del embarazo) está asociado con el hecho de que sean discriminadas vertical y horizontalmente en el ámbito laboral, estén peor pagadas que los hombres, y deban desempeñar una doble e incluso triple jornada laboral. Por un lado, al considerarse como objetos sexuales se espera que conserven una posición de sumisión para que el deseo erótico de dominación de los hombres pueda verse complacido. Por otro lado, en cuanto objetos de reproducción, se ven

en la obligación de experimentar las exigencias físicas y psicológicas de los procesos de gestación, parto, lactancia y crianza (Vargas Trujillo et al., 2012, pp. 56–57).

Sin embargo, para las feministas que no asumen que la sexualidad y la reproducción constituyen la causa de la opresión de las mujeres, estos derechos son importantes porque en ellos se evidencia la ausencia de poder que se origina en otros escenarios y contextos socioculturales: como las mujeres tienen menor acceso a la educación y a la información, disponen de menos poder para gestionar los tratamientos médicos y menores posibilidades de atender su salud de forma oportuna; y ante la escasez de recursos económicos se encuentran limitadas para obtener servicios médicos de calidad, acceder a servicios de saneamiento básico, de emplear el tiempo suficiente para instaurar procesos judiciales o administrativos con el fin de lograr la efectiva protección de sus derechos y de huir de las violencias cotidianas (Vargas Trujillo et al., 2012, p. 75).

2.2.2. Feminismo reproductivo

Como se explicitó, abarcar la totalidad de feminismos es una tarea que excede esta investigación que tiene por objeto construir una teoría de la perspectiva de género para luego evaluar la fundamentación jurídica empleada por el Consejo de Estado a la hora de resolver las reclamaciones por anticoncepción fallida.

La autora más destacada del feminismo reproductivo es Shulamith Firestone. En su libro denominado *The Dialectic of sex* del 1970, plantea que al emplear el método del materialismo histórico con el fin de analizar la opresión de las mujeres se puede colegir que la esencia material de esta dominación reposa en los siguientes hechos básicos que en todo caso pueden mutar:

1. Que las mujeres a lo largo de la historia, antes de la llegada del control de la natalidad, estuvieron siempre a merced de su biología – la menstruación, la menopausia, las “enfermedades de mujeres”, constantes y dolorosos partos, lactancia y cuidado de niños – todo lo cual las hace dependientes de los hombres – ya sea su

hermano, su padre, su esposo, su amante, su clan, su gobierno, o la comunidad en general – para su supervivencia física.

2. Que los infantes humanos se toman un mayor tiempo para crecer que los animales, que por lo tanto son incapaces, y que al menos por un período son dependientes de los adultos para su supervivencia.

3. Que la interdependencia básica de madre e hijo ha existido en alguna forma en cada sociedad, del pasado y del presente y por lo tanto ha modelado la psicología de cada mujer madura y de cada niño.

4. Que la diferencia reproductiva natural entre los sexos llevó directamente a la división de trabajo en los orígenes de la clase, así como produjo un paradigma de casta – de discriminación basada en características biológicas (Firestone, 2000, como se citó en Jaramillo Sierra & Alfonso Sierra, 2008, pp. 218–219).

En el planteamiento de la feminista canadiense-estadounidense, si se tiene en cuenta que lo humano es la superación de la naturaleza, en vez de proponer que estos hechos naturales sean “ajustados” o “considerados” para que las mujeres puedan beneficiarse de prerrogativas sociales como el trabajo pagado, lo adecuado es combatir directamente los medios de reproducción. Esto implica la recuperación de la propiedad de las mujeres sobre sus cuerpos y el control absoluto de la fertilidad humana. La derrota de la diferencia sexual se ocasionaría cuando la reproducción de la especie humana por uno de los sexos para el beneficio de ambos fuera sustituida (al menos con la alternativa de) por la reproducción artificial: los niños nacerían de ambos padres por igual; la sujeción del niño hacia la madre se cambiaría por una dependencia mucho más reducida, de manera que la debilidad física de los niños en relación con los adultos se vería nivelada en el ámbito cultural. En este orden de ideas, según el feminismo reproductivo el control absoluto de las mujeres sobre la reproducción supondría la despenalización del aborto, la adaptación de técnicas de reproducción que abarquen no sólo el cuerpo de las mujeres y la modificación de las costumbres en torno a la crianza con el fin de que las “desfeminizara”. A este respecto, Mary Joe Frug realizó un estudio de la “maternalización” de las mujeres en su “Manifiesto Jurídico Feminista Posmoderno”. En efecto, Frug plantea que el derecho indudablemente “maternaliza” los cuerpos de las mujeres cuando las constriñe o alienta a tener hijos y a arrogarse responsabilidades desmedidamente

mayores a las de los hombres en la acción de criar a los hijos (Jaramillo Sierra & Alfonso Sierra, 2008, p. 219-220).

En tal sentido, Frug distingue una serie de normas como directamente implicadas con la “maternalización” de las mujeres, como las vinculadas con la regulación de la fertilidad, el control de la natalidad y la reproducción, con la custodia, el pago de la cuota de alimentos y las concernientes con la regulación laboral (Jaramillo Sierra & Alfonso Sierra, 2008, p. 220).

En palabras de la aludida Autora:

Las normas jurídicas permiten y, en ocasiones, ordenan la maternalización del cuerpo femenino. Esto se da a través de disposiciones que recompensan a las mujeres por asumir completamente la responsabilidad de los hijos después del parto y con aquellas que penalizan conductas —tales como la sexualidad o el trabajo en el mercado laboral— que entren en conflicto con la maternidad. La maternalización se da también a través de normas tales como las restricciones al aborto que obligan a las mujeres a convertirse en madres, y a través de normas de derecho de familia que favorecen a las madres sobre los padres. Otro significado de ‘cuerpo femenino’ es, entonces, un cuerpo ‘para’ la maternidad. El discurso jurídico apoya este significado (Frug, 2005 como se citó en Cartabia Groba, 2015, p. 187).

2.3. Atención en salud y perspectiva de género

El sistema de salud en Colombia se construye sobre la base de la equidad, en la medida en que pretende que todas las personas sin importar su género, capacidad de pago, nivel educativo, posición cultural, étnica y geográfica accedan sin discriminación alguna, a servicios de salud de calidad, apropiados y oportunos. Por lo tanto, el Estado debe hacer un esfuerzo especial para garantizar la atención sanitaria a los grupos históricamente marginados de la sociedad, como se ha manifestado uno de esos colectivos vulnerables son las mujeres. Sin embargo, desde la reforma del sistema de seguridad social en salud no se consideró la especificidad del género, lo cual explica en gran medida la invisibilidad de la mujer y la consolidación de masculinidades hegemónicas en el entorno médico (Hernández Bello, 1998, p. 7).

Debe señalarse que el entorno cultural, socioeconómico, político y jurídico incide en la salud sexual y reproductiva de las personas. En particular, las normas sociales son expectativas comunes o pautas informales aceptadas por un grupo de personas que establecen la manera en que se debe actuar. Se exteriorizan como: a) la expresión de ideologías acerca de la sexualidad (“los hombres tienen la potestad de controlar el cuerpo de las mujeres” o “las mujeres deben dedicarse a las labores domésticas y de cuidado”), b) conductas que se estiman adecuadas o no (“es aceptable tener relaciones heterosexuales, pero no con personas del mismo sexo”) y c) estándares de comportamiento que se consideran como naturales (las relaciones sexuales sin protección; la existencia concomitante de diversas parejas sexuales; las relaciones sexuales pagadas; el abuso y el acoso sexual; el matrimonio infantil e involuntario; la mutilación genital femenina, pruebas de virginidad y la esterilización forzada). Los profesionales de la salud por lo general aplican las mismas normas y suelen reproducirlas en sus relaciones con los pacientes. En consecuencia, las normas culturales y sociales sobre la sexualidad pueden perjudicar el acceso efectivo a los tratamientos o servicios médicos referentes a la salud sexual y reproductiva (Organización Mundial de la Salud & Human Reproduction Programme, 2018, p. 9).

Tradicionalmente, la salud de las mujeres ha estado atada a la diferencia biológica reproductiva, lo cual se manifiesta en los planes y servicios prestados que se orientan de manera principal al rol reproductivo de la mujer, dejando de lado enfermedades crónicas que las afectan de manera especial y diferenciada. Es indiscutible que la salud reproductiva es una preocupación significativa, no obstante, al margen de esta circunstancia biológica, las mujeres presentan otros problemas de salud que requieren de asistencia médica prioritaria. Es así como las mujeres han sido destinatarias de los servicios de salud como esposas y madres, más que como mujeres. Si bien existen diferencias arbitrarias entre hombres y mujeres en lo relativo al acceso a los servicios de salud, dichas desigualdades se intensifican cuando las mujeres pertenecen a un estrato socioeconómico bajo, lo que significa que las mujeres más pobres se convierten en el grupo poblacional que inevitablemente tiene un acceso más desigual a los servicios sanitarios (Hernández Bello, 1998, pp. 9, 11, 32).

Se destaca que la Organización Mundial de la Salud acuñó el término de equidad en salud con el propósito de examinar la existencia de diferencias en salud entre los diversos grupos

de la sociedad que se clasifican según el sexo, la edad, la nacionalidad, la raza, el lugar de residencia, los cuales presentan discrepancias relevantes en cuanto a la esperanza de vida, mortalidad, calidad de vida y nivel de educación. Por otro lado, la equidad de género implica disminuir las diferencias en cuanto al acceso a servicios de salud y la posibilidad de desarrollarse según el proyecto de vida que cada individuo se trace y no de acuerdo con creencias de género que designan atributos a las personas conforme sus características biológicas (Hernández Bello, 1998, p. 13).

Como es conocido, el postulado de la equidad en salud aún no se ha materializado, si se tiene en cuenta que la discriminación entrecruzada y los estereotipos de género todavía se presentan con especial intensidad en el área de la salud, cuyas conductas y respuestas varían de manera drástica en función del sexo del paciente, lo cual, en vez de transformar las relaciones de género, perpetúa visiones sesgadas de la realidad a partir de los prejuicios de los mismos profesionales de la salud.

A este respecto, en sentencia del Consejo de Estado del proceso 36.725 (2013) se plantea que:

Quizá no existe un ámbito en el que se constaten más claramente los tratos discriminatorios que en el de la salud, pues lo que inicialmente “podría catalogarse de barrera que impide el acceso por igual a hombres y a mujeres se vincula principalmente con el modelo patriarcal que aún predomina culturalmente y se resiste a ser superado.

En efecto, el concepto de sesgo alude a la existencia de un error sistemático que entraña resultados desacertados. A pesar de que es más utilizado en el campo de la investigación, también el ejercicio de la medicina puede ser sesgado, cuando en ella se provocan errores o incumplimientos persistentes, cuyas consecuencias son perjudiciales para uno de los sexos. Por ejemplo, la desacreditación constante de las quejas somáticas de las mujeres por motivo de su género, que generan infradiagnósticos o diagnósticos inoportunos respecto a los hombres (Tasa-Vinyals et al., 2015, p. 16).

2.3.1. El discurso androcéntrico de la medicina

En el pasado, para la ciencia médica analizar al hombre equivalía a estudiar al ser humano. Sin embargo, esta concepción comenzó a cambiar en los años setenta, debido a que los sesgos

de género en la salud fueron ampliamente divulgados por movimientos feministas, resaltando la falta de neutralidad de la medicina. Sin embargo, todavía, se evidencia la presencia de un modelo androcéntrico de atención médica proveniente del siglo XIX, cuyo eje principal es el hombre y el comportamiento del cuerpo masculino en la investigación, el diagnóstico y en los tratamientos terapéuticos. En ese sentido, era usual que en la investigación y en los ensayos clínicos dirigidos a ambos sexos intervinieran solo hombres. La principal consecuencia de la falta de representación de las mujeres es una comprensión incompleta de la biología femenina. Uno de los argumentos para excluir al género femenino en las investigaciones médicas es que se suele asumir que las mujeres son más sensibles y frágiles en la medida en que están supeditadas a períodos hormonales que pueden alterar los resultados, un mito que ya ha sido descartado científicamente en varias oportunidades, cuyo único efecto es perjudicar a la población femenina (E. Martín, 2020).

2.3.2. Clasificación de los sesgos de género en salud

Por otro lado, Vázquez-Santiago & Garrido Peña (2016), sugieren que los sesgos de género en el sistema de salud español se ubican en tres niveles: el sesgo cognitivo, el sesgo social y el sesgo institucional (p. 77). Ahora bien, se procederá a explorar de manera breve cada uno de los sesgos que proponen los aludidos autores.

El sesgo cognitivo

Como se manifestó, la medicina ha recurrido a un prototipo de cuerpo que formalmente era asexuado pero que era exclusivamente androcéntrico. El cuerpo masculino simbolizaba al ser humano universal. Por lo tanto, mucha de la información, la educación y la percepción clínica ha sido indiferente a las divergencias de sexo y de género. Esta insensibilidad hacia la diferencia sexo/género ha tenido como consecuencia la construcción de esquemas cognitivos clínicos marcados por un profundo sesgo de género que han generado un fuerte impacto en la enseñanza de las disciplinas médicas en España, que se caracteriza por ser profundamente sexista. En consecuencia, los indicadores y conocimientos médicos están en muchos casos distorsionados por un enfoque androcéntrico del cuerpo, de la salud y de la patología (Vázquez-Santiago & Garrido Peña, 2016, p. 77).

En palabras de Vázquez-Santiago & Garrido Peña (2016): “El «ojo clínico» ha sido, pues, un «ojo masculino»” (p. 77). Esto implica la invisibilización del cuerpo de la mujer en todo aquello que no afecta directamente la función reproductiva, lo cual clarifica por qué las mujeres siguen muriendo de causas prevenibles (Ayala-real & Sánchez Díaz, 2004, p. 55). Este sesgo cognitivo de género ha dado como resultado graves errores desde el punto de vista científico, con efectos irremediables para la calidad de vida de las mujeres. Es más, de alguna manera la medicina ha contribuido a que las mujeres sean desterradas de su propio cuerpo y de las decisiones en materia sexual y reproductiva (Vázquez-Santiago & Garrido Peña, 2016, p. 77). De igual forma, estos autores resaltaron que los sesgos cognitivos en salud se han concentrado en tres ámbitos específicos: la investigación, el diagnóstico y las terapias.

En tal sentido, la investigación ha excluido a las mujeres de espacios tan importantes como los ensayos clínicos o los estudios epidemiológicos. Los grupos en los que se han probado nuevos medicamentos o nuevas terapias han sido ajenos al sexo/género. El diseño experimental de los ensayos clínicos ha ignorado el sexo a la hora de la selección de los grupos experimentales. La consecuencia es que cada vez que se ha logrado conocer el sexo de los participantes, la presencia masculina era mayoritaria, y casi siempre absoluta. En el ámbito de la sintomatología se han asumido como universales los síntomas del cuerpo masculino, desconociendo el conjunto de síntomas del cuerpo de la mujer. De las distorsiones introducidas por el fuerte sesgo cognitivo en el campo de la investigación y el diagnóstico se ha derivado una orientación terapéutica imperfecta, en el que se han desconocido los efectos desfavorables específicos de las mujeres, de manera que no se ha dedicado suficiente tiempo en fijar las terapias sobre aquellas patologías que tienen una mayor repercusión en las mujeres (Vázquez-Santiago & Garrido Peña, 2016, p. 77).

El sesgo social

La desarticulación tradicional entre el sistema de salud y las desigualdades sociales en que se configura la sociedad civil ha propiciado que la asistencia médica ignore las condiciones de vida asimétricas en que viven los hombres y las mujeres. La medicina no solo trabaja como si el cuerpo de las mujeres fuera equivalente al de los hombres, sino también como si los contextos sociales de ambos fueran iguales, al ignorar una sociedad basada en la división sexual del trabajo y el desbalance entre la vida familiar y laboral que soportan las mujeres.

Resulta fundamental que los médicos tengan presente que no existe un único modelo de cuerpo, pues no solo está dividido por el sexo, sino que también lo está por el género, y prescindir de esta diferencia es en lo que consiste el sesgo social de género en salud. Este sesgo hace que se desatienda la doble jornada laboral de las mujeres, la carga de las tareas domésticas, del cuidado y de la reproducción. Así las cosas, la dominación masculina lleva a, por un lado, la indiferencia en lo relativo a los entornos desiguales, y por otro, a dar carácter médico a las molestias sociales de las mujeres, como si se tratará de enfermedades exclusivamente corporales. El sesgo cognitivo ignora los síntomas físicos y los trata en términos psicológicos, mientras que el sesgo social convierte en cuadros patológicos, situaciones que no son médicas, sino estructurales o interpersonales. Esto se traduce en una medicalización de los malestares sociales. En conclusión, el sesgo social en salud se resume en la representación y la naturalización del rol social de las mujeres como subordinadas, cuidadoras y reproductoras (Vázquez-Santiago & Garrido Peña, 2016, p. 78).

El sesgo institucional

El sesgo institucional incorpora los roles que el sesgo cognitivo y social atribuyen a las mujeres, y que se sintetizan en tres conceptos: inferioridad, cuidado y reproducción, lo cual implica un diseño institucional del sistema de salud fuertemente marcado por la discriminación de género y el androcentrismo.

La subalternidad social de género en las profesiones de la salud denota que, aunque se han feminizado profesiones tradicionalmente masculinas como la medicina, las mujeres se siguen ubicando predominantemente en carreras más relacionadas con los aspectos del cuidado y hasta hace poco consideradas como inferiores, como en el caso de enfermería, que siempre ha sido una profesión feminizada y en las que se detecta una subestimación de sus capacidades y técnicas. Adicionalmente, a pesar de que las mujeres son mayoría en el sistema de salud, los cargos directivos y más cualificados son ocupados predominantemente por los hombres, lo cual impacta el crecimiento profesional y la realización personal de las mujeres (Vázquez-Santiago & Garrido Peña, 2016, p. 78). Este fenómeno que es conocido como “el techo de cristal” fue construido por el sistema patriarcal, el cual instaura una barrera invisible que frena el progreso laboral de la población femenina y se encuentra intacto en cualquier

entidad del sector salud, esta metáfora debe ser derribada con la ayuda de los profesionales de la salud de sexo masculino (Fundación Oxfam Intermón, s.f.).

2.3.3. Otros tratos diferenciados

Por otro lado, varias investigaciones revelan que las médicas ejercen un modelo de atención más enfocado en el paciente, pues le dedican más tiempo a la consulta, suministran más información e incluyen al paciente en la toma de decisiones médicas que le perjudican. Sin embargo, esto no siempre es un valor que se resalta, en cierto modo por la presión de la productividad propia del sistema de salud y por su pilar hegemónico androcéntrico (Vázquez-Santiago & Garrido Peña, 2016, p. 79).

Adicionalmente, resulta pertinente resaltar que el ámbito sanitario es usual que las mujeres reciban un trato discriminatorio en forma de burlas, trato injusto, infantilización (la mujer adulta es tratada como si fuera una niña), sobreprotección, falta de credibilidad o injerencia arbitraria en decisiones relativas al proyecto de vida. Específicamente, en un estudio realizado en Cataluña en el año 2016 se detectaron tres tratos discriminatorios que las mujeres sufren con mayor frecuencia: los casos atinentes con la salud mental durante y después del embarazo, el *infradiagnóstico*, esto es, el hecho de adjudicar síntomas al trastorno mental cuando realmente se debe a otras causas y la intromisión por parte de los profesionales de la salud en la elección de ser o no madre (Obertament, s.f.).

Socialmente las mujeres tienen menos credibilidad que los hombres y diversos estudios demuestran que se prescriben más medicamentos ansiolíticos y antidepresivos a mujeres en tanto que a los hombres se les realizan más exámenes físicos. Esto se debe a la predisposición popular de pensar que la molestia de las mujeres se debe más a motivos psicológicos porque se considera que sus procesos emocionales son más agudos, de manera que sus síntomas se encuentran más relacionados con desequilibrios hormonales, manías o reacciones exageradas ubicando a la mujer en una condición de vulnerabilidad a la hora de buscar ayuda médica (Obertament, s.f.).

2.3.4. El rol de los médicos en la garantía de los derechos sexuales y reproductivos

Para Vargas Trujillo et al. (2002) los profesionales de la salud, las universidades y las clínicas, se sitúan en el foco del debate como principales garantes de los derechos sexuales y reproductivos. Por un lado, porque han sido los encargados de la producción de conocimiento especializado y de las políticas sobre salud sexual y reproductiva, lo cual implica que sean una importante fuente de conocimiento sobre las prácticas implicadas en la conservación e impulso de la salud en el campo de la sexualidad. Por otro lado, porque en muchos casos son los primeros en comunicarse con los individuos que experimentan una diversidad de situaciones de salud asociadas con el desenvolvimiento de la sexualidad, la práctica de la actividad sexual y las relaciones de pareja, entre las cuales se localizan cuestiones alusivas a la exploración y aprobación del cuerpo, el comienzo de la actividad sexual, el hallazgo de la orientación sexual y las variadas formas de violencia de género (p. 95).

Adicionalmente, se ha corroborado que en el desempeño de la profesión las mujeres suelen imitar las nociones de feminidad y masculinidad que justifican las relaciones desiguales en relación con los hombres que sobresalen en su contexto sociocultural (Vargas Trujillo et al., 2012, p. 102). Sin embargo, todavía no se ha comprendido cómo trazar estrategias de intervención en el sistema de salud para corregir los indicadores de salud sexual y reproductiva⁴.

De la bibliografía revisada es posible evidenciar que el diagnóstico de género de los servicios de salud no es positivo en la medida en que el ejercicio de la medicina, la cultura organizacional y el funcionamiento del sistema de salud se encuentran altamente masculinizados lo cual se refleja en las diversas prácticas descalificadoras que perpetúan la desigualdad de género y la conservación de las normas culturales y sociales respecto a la sexualidad. El primer paso para transformar este panorama es la construcción de una profesión médica desligada del hombre, cuya operación erradique cualquier obstáculo que evite una participación igualitaria de mujeres en todos los espacios y aspectos de la profesión. No cabe duda de que este cambio cultural debe comenzar con los mismos hombres,

⁴ Los estudios que se han elaborado para mejorar estas intervenciones, especialmente en Estados Unidos y Canadá, se dirigen a cuatro problemáticas: 1) los recursos materiales disponibles en el sistema de salud y los valores que prevalecen en la repartición de dichos recursos; 2) las aptitudes que las facultades de medicina siembran en sus estudiantes a través del proceso de educación; 3) los comportamientos del profesional de la salud en cuanto a la sexualidad; 4) las construcciones de género, es decir, las normas, expectativas y rasgos que se asigna socialmente a las personas de conformidad con la categoría sexual que les ha sido atribuida al nacer en función del aspecto de sus genitales (Scott, J.W, 1986, como se citó en, Vargas Trujillo et al., 2012, p. 96).

profesionales médicos y con el hecho de entender que la salud sexual y reproductiva también es un asunto de los hombres (Organización Médica Colegial de España, 2018). Lo anterior, posibilita la incorporación de la perspectiva de género en el área de la salud y la garantía efectiva de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, tomando en consideración a su educación, edad, posición económica, y raza (Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial [CNGRJ], 2013, p. 30).

2.4. Herramientas que otorga el movimiento de la Justicia Reproductiva

Como es sabido, los derechos reproductivos pretenden garantizar el acceso a una gama completa de servicios de salud reproductiva. Sin embargo, esta noción suele ignorar problemas sociales más profundos como la pobreza y la raza, que en realidad es lo que les impiden a las personas disfrutar de dichos derechos. Por lo tanto, actualmente no basta con hablar de derechos reproductivos, en la medida en que este discurso se circunscribe a un enfoque netamente jurídico e individual de los derechos, que no examina otros obstáculos que existen en el acceso efectivo para ciertas poblaciones. Por ejemplo, la comunidad LGBTIQA se encuentra entre los grupos que más pasan desapercibidos al referirse a los derechos reproductivos. Esta omisión no es coincidencia, sino que es una consecuencia directa de la existencia de sociedades heteronormadas y cisonormadas (Grupo de Información en Reproducción Elegida [GIRE], 2020, parr. 2) las cuales otorgan prelación a las relaciones heterosexuales al considerarlas naturales y, por ende, se encargan de invisibilizar a los grupos que rompen el esquema impuesto por los patrones heterosexuales hegemónicos.

2.4.1. Origen del enfoque de la Justicia Reproductiva

Ahora bien, la justicia reproductiva hace referencia a un movimiento creado en 1994 por mujeres de color en muchas comunidades en Estados Unidos que sentían que el concepto de “elección” era muy restringido y que no funcionaba para ellas. Todas afrontaban una serie de opresiones reproductivas en sus comunidades, de manera que percibieron que la capacidad para determinar su propio destino reproductivo está directamente relacionada con las circunstancias propias del entorno, por lo tanto, estas no son sólo un asunto de autodeterminación (Gold, 2019, p. 62), sino que estas elecciones están condicionadas por la necesidad insatisfecha de la anticoncepción, la falta de información, la falta de educación, la

pobreza, la violencia del contexto, las brechas de acceso a servicios de salud sexual y reproductiva y la ausencia de profesionales capacitados con enfoques diferenciales (Fondo de Población de las Naciones Unidas [UNFPA Colombia], 2021, para. 3).

A este respecto, la organización Forward Together et al. (2017) propone la siguiente definición de justicia reproductiva:

El hecho de que todas las personas tengan el poder social, político y económico y los recursos para tomar decisiones saludables por sí mismas y sus comunidades acerca de su género, sus cuerpos, su sexualidad y su familia (p. 3).

Desde luego, la población rural femenina afectada por el desplazamiento forzado o que ha vivido en zonas con escasa presencia del Estado, mortificada por el conflicto, abrumada por la violencia de género y oprimida por masculinidades violentas, son quienes llevan las obligaciones más intensas de la procreación, de la planificación familiar, de la crianza, de la maternidad, y son quienes más se ven afectadas por la no disponibilidad y la falta de acceso a servicios de salud sexual y reproductiva. Paralelamente, los obstáculos institucionales y los imaginarios culturales sobre las creencias de género y el goce de la autonomía sexual y reproductiva son circunstancias que tienen repercusiones desmedidas sobre las mujeres campesinas (Dávila et al., 2018, p. 16).

La anterior afirmación es respaldada por la experta española en feminismo radical y violencia de género. En palabras de Varela (2019):

El cuerpo femenino ha sido territorio conquistado y arrebatado durante siglos. Aún hoy lo es en buena parte del mundo. El cuerpo femenino en toda su extensión: sexualidad, salud, belleza y capacidad reproductora. El patriarcado se ha empeñado en negar la sexualidad de las mujeres, su placer y su deseo, y al mismo tiempo se ha encargado de imponer cánones estéticos al margen del riesgo que estos tienen para la salud. También se ha encargado de decidir, sin tener en cuenta a las mujeres, sobre la maternidad. Según las necesidades, las autoridades religiosas y políticas han impuesto leyes de control de natalidad, han prohibido los métodos anticonceptivos, han regulado el derecho al aborto y se han apropiado de los hijos y de las hijas de las mujeres al negar autoridad a las madres (p. 330).

De igual forma, la justicia reproductiva se fundamenta en el entendimiento de que las opresiones relacionadas con la raza, clase, género, religión e identidad sexual operan de manera simultánea. Así pues, según los atributos específicos de una mujer esta se verá perjudicada por varios factores a la vez que le impiden tomar decisiones reproductivas libres

y responsables. Como se observa, este movimiento reúne los postulados de la justicia social, justicia racial, derechos humanos, y se orienta hacia la interseccionalidad. De manera que, integra todos los movimientos e insiste en la experiencia de vida de las colectividades en situación de vulnerabilidad, cuyo derecho a decidir sobre su vida reproductiva y a elegir el número de hijos se encuentra relegado.

En contraste, se reitera que los derechos reproductivos se concentran en una sola problemática, de manera que omiten el hecho de que, para las personas de color y las mujeres sin recursos, usualmente invisibilizadas, es posible que no haya opciones sobre quedar embarazadas o traer un hijo al mundo. De suerte que, la justicia reproductiva va más allá del derecho a elegir, pues el poder decisión de las mujeres sobre su cuerpo y el ejercicio de sus derechos se encuentra supeditado a una serie de variables históricas, institucionales, sociales y económicas que propician la coerción y la discriminación en los ámbitos de la sexualidad y la reproducción, por lo tanto, hace visible las condiciones de varios sectores vulnerables de la sociedad. Además, este movimiento incluye el derecho a no tener hijos, a tenerlos, a tenerlos en un entorno seguro y, ante todo, a preservar la autonomía sexual.

En esta misma línea, la justicia reproductiva admite que las variadas formas de opresión social y la discriminación imposibilitan que las personas formen familias saludables de manera libre y responsable, por lo que la libertad reproductiva requiere abordar todas las formas de desigualdades desde los distintos ejes de intersección. Es importante tener presente, que las mujeres con los recursos adecuados pueden elegir al quedar en estado de embarazo seguir con su proceso de gestación o someterse a un procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo. Por lo tanto, la falta de acceso a los métodos de planificación familiar se traduce para muchas mujeres en la inexistencia de la elección, es decir, muchas mujeres no gozan de autonomía para decidir sobre el uso de anticonceptivos. Asimismo, la decisión de continuar con el embarazo o de interrumpirlo también puede ser impuesta por las circunstancias de la vida o las mismas intromisiones estatales (Gold, 2019, pp. 62-63).

En resumidas cuentas, el enfoque de la justicia reproductiva provee un marco útil para entender que las decisiones reproductivas dependen de un contexto sociocultural y no de la mera voluntad, cuyo compromiso teórico con el paradigma de la interseccionalidad implica que la identidad “mujer” no sea el único elemento significativo para la determinación de los

sujetos de derechos. Por consiguiente, la justicia reproductiva va más allá del derecho al aborto al sumergirse en el mundo de las desigualdades sociales (Radi, 2019, pp. 138-139). Por lo tanto, resulta apremiante centrarse en las vivencias de aquellas que no tienen representación, en la medida en que es esencial para precisar la cuestión de fondo con el propósito de garantizar la autonomía corporal y la capacidad de planificar la familia, lo cual posibilita el empoderamiento y la agencia de las mujeres (Foward Together et al., 2017, p. 4).

2.4.2. El reconocimiento de la justicia reproductiva en la jurisprudencia Constitucional

En la jurisprudencia revisada para este trabajo no hay un desarrollo claro del enfoque de la justicia reproductiva para señalar cuáles son los atributos que lo fundamentan y en que situaciones se debe acudir al mismo.

Sin embargo, es dable manifestar que este enfoque es reconocido de manera implícita por la Corte Constitucional de Colombia (2021)⁵ al resolver un caso relacionado con la industria del entretenimiento virtual para adultos y una modelo *webcam* que se encontraba en estado de embarazo cuando se le terminó su contrato de trabajo. En este caso la Corporación manifestó que existe un fenómeno estructural que abarca a las mujeres como colectivo y que aqueja principalmente a las más vulnerables, cuyas posibilidades reales de autodeterminación dependen de circunstancias como el estrato socioeconómico, el estatus migratorio, el origen étnico-racial, la edad, la situación de discapacidad, la educación, entre otras. Por esta razón, la Corte consideró que la falta de ingresos monetarios y la situación de pobreza (extrema) que impide satisfacer las necesidades más básicas obliga a ciertas mujeres a optar por dicho oficio con el único fin de subsistir y resistir a la miseria, de ahí que las decisiones que toman las mujeres sobre sus cuerpos se encuentran atadas a las condiciones materiales de vida que de encontrarse en otro contexto diferente no las tomarían (Sentencia T-109). Así las cosas, en la industria del sexo no existe la soberanía del cuerpo porque sus trabajadoras no toman decisiones libres sobre sus propios cuerpos.

⁵ Se efectuó un rastreo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, empleando descriptores como “JUSTICIA REPRODUCTIVA” y “ENFOQUE”, sin embargo, no existen hasta el momento pronunciamientos judiciales que apliquen de manera explícita el enfoque de la justicia reproductiva.

2.5. El aporte del paradigma de la interseccionalidad como sistemas de opresión entrelazados

Teniendo en cuenta que el enfoque de la justicia reproductiva incorpora de manera especial la perspectiva interseccional, se considera pertinente brindar una explicación sobre sus principales postulados y la forma en que la Corte Constitucional lo ha incorporado a la hora de resolver diferentes casos.

2.5.1. Origen y definición del enfoque interseccional

El concepto de interseccionalidad fue adoptado por la abogada afroestadounidense Kimberlé Crenshaw en el año 1998⁶, como un interrogante a la dogmática jurídica y a las críticas feministas y raciales del derecho. Su proposición conceptual se instala en la aparición de otras corrientes al interior de los Estudios Críticos del Derecho (CLS) en Estados Unidos (Pérez Lledó, 1993, p. 342).

La interseccionalidad se enunció como una metáfora para personificar, por una parte, la ubicación de las mujeres afroamericanas subordinadas paralelamente en lo que concierne a la raza y género⁷, la multidimensionalidad de sus experiencias, y, por otra parte, su marginación en la legislación y las políticas norteamericanas antidiscriminatorias, feministas y antirracistas⁸. Además, hizo hincapié en como percibían discriminaciones cualitativamente

⁶ Fue un concepto acuñado en virtud de una acción de grupo que estaba acompañando de mujeres estadounidenses que trabajaban en la General Motors. Las mujeres afroestadounidenses que trabajan en esta industria se compararon tanto con los hombres afroestadounidenses como con los hombres blancos y observan que su condición de mujeres negras les dificulta obtener asensos y posibilidades de mejoramiento de su condición como mujeres trabajadoras de manera estructural en la compañía. En la construcción del caso, la abogada se da cuenta de la perversión del derecho que corresponde a la ceguera del derecho antidiscriminatorio frente a situaciones complejas de discriminación: ser una mujer negra trabajadora. La lógica del derecho es bastante perjudicial, pues cuando se quiere alegar la discriminación porque se reconoce que se es víctima de una discriminación por la conjunción de varios criterios sospechosos de discriminación en una realidad concreta, el derecho exige que la misma víctima pruebe que fue discriminada por ser mujer, por ser negra, por ser pobre, por ser trabajadora, en vez de entender que son situaciones inescindibles una de la otra. Por eso, adopta el concepto de interseccionalidad y esto no puede significar una carga acumulativa en el tema probatorio, sino un deber del derecho entender la complejidad de la vida humana (Vergel, C. [@perspectivapucp]. (2021, 05 28). *Presentamos, por 2do año consecutivo, el evento «Mujeres Constitucionalistas frente al bicentenario - Perú 2021»* [Tweet]. Twitter. <https://twitter.com/perspectivapucp/status/1398288114620284933>).

⁷ El surgimiento del concepto de “interseccionalidad” posibilitó el desenmascaramiento de los feminismos blancos burgueses como cómplices de la opresión de las mujeres de color y como favorecedores de la hegemonía occidental (Lugones, M. (2005). Multiculturalismo radical y feminismos de mujeres de color. *Revista Internacional de Filosofía Política*, 25, 65).

⁸ Desde ese momento se acuñó el término de feminismo interseccional, el cual sostiene que existen múltiples ejes de discriminación entrecruzados. Este feminismo es el que desecha la universalidad de la experiencia de mujer, el cual es construido por la diversidad de mujeres y sus experiencias (Alabau, I. (2021). *Feminismo interseccional: qué es, tipos, libros y frases*. Psicología-Online. <https://www.psicologia-online.com/feminismo-interseccional-que-es-tipos-libros-y->

desiguales en relación con las mujeres en general y a los hombres afroamericanos (Zota Bernal, 2015, p. 68).

Haciendo alusión a Zota-Bernal (2015), sostiene que:

Desde este punto de vista, Crenshaw evidenció que la definición de “mujer” se acercaba a las experiencias de mujeres blancas, de clase media y heterosexuales y la noción de “afroamericano” aludía a hombres, heterosexuales, afro (Crenshaw, 1989); con esto ejemplificaba como las categorías raza y género se definían en términos del grupo dominante, pese a la heterogeneidad de las mujeres y la población afro descendiente que pretendían representar. De esa manera las mujeres afro descendientes estaban ausentes en los conceptos de género y raza que inspiraban el derecho y las políticas feministas y antidiscriminatorias de la época (p. 68).

Es preciso tener presente que la aplicación del enfoque interseccional implica que quien administra justicia, quien interpreta la norma, quien adjudica el derecho, debe comprender que todo ser humano se encuentra atravesado por una triada elemental: clase, sexo y raza⁹. En consecuencia, va a considerar que dentro de los múltiples criterios sospechosos de discriminación (hablando en términos constitucionales colombianos), esos tres siempre son obligatorios tenerlos en cuenta a la hora de analizar un caso de discriminación. Sin embargo, la ciencia social ha manifestado que la noción de interseccionalidad es un concepto dinámico, de manera que hay personas que son discriminadas en razón de su nacionalidad, estrato socioeconómico, orientación sexual y no siempre forzosamente debido a la clase, sexo y raza. Como se verá más adelante, esta última tendencia que es más integral y exhaustiva ha sido adoptada por la jurisprudencia constitucional colombiana (Vergel, 2021).

Así pues, la noción de interseccionalidad establece un paradigma de análisis y una herramienta para la justicia racial y de género que sugiere reconocer los escenarios en los que

frases-4679.html). Dicho de otra manera, es un feminismo que lucha por los derechos de todas las mujeres, pero sin desconocer que una mujer blanca, heterosexual, con un nivel adecuado de ingresos y acceso a la educación conserva ciertos privilegios sobre las demás (Rociosileo. (2017, December 12). *¿Qué es el feminismo interseccional?*. Escritura Feminista: Comunicación Con Perspectiva de Género).

⁹ Para explicar, la multidimensionalidad de las discriminaciones contra las mujeres afroamericanas, Crenshaw empleó la metáfora del tránsito vehicular en un cruce de carreteras. En la intersección es posible viajar en cuatro direcciones, un accidente de tránsito puede ser causado por un carro desde alguna de esas direcciones o inclusive por algunos o todos los que se encuentren en la ruta. Dicho con otras palabras, las discriminaciones pueden ser provocadas por una sola causa – clase, género, raza- pero a su vez por la interrelación de estas y en consecuencia ser experimentada como mujeres afro, lo cual no es comparable con la adición de cada una de esas circunstancias (Crenshaw, K. (1989). Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. University of Chicago Legal Forum, 1. <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8/>).

confluyen diversos patrones de discriminación, forjando una intersección de identidades y, con ello, diversas maneras de percibir la vivencia de la discriminación. En tales circunstancias, este marco teórico permite identificar qué sucede cuando se cruzan numerosas categorías, esto es, el modo en que se van forjando historias de vida de resistencia a compuestas y simultáneas violencias.

Al analizar la situación de las mujeres, especialmente, si cruzamos el género con la pertenencia a una determinada raza, lengua, clase social, generación, orientación sexual, identidad de género, situación socioeconómica, lugar de residencia, religión, entre otras categorías, a medida que le añadimos estas variables, las opresiones de la vida de las mujeres se ensanchan. Por poner un ejemplo, las situaciones de violencias que experimenta una mujer adulta, blanca, de clase media, que reside en un país industrializado son diferentes a las que soporta una mujer indígena, joven, trans, en situación de pobreza, que vive en una zona rural de un país no industrializado. Desde luego, la situación de esta segunda mujer está afectada por distintas exclusiones sociales y problemas estructurales que la primera no padece o por lo menos no con la misma fuerza (Mujeres Activando, s.f.-a).

En este sentido, este concepto se ha convertido en la noción empleada para designar la perspectiva teórica y metodológica que busca advertir sobre la percepción cruzada de las relaciones de poder y sobre la complejidad de la vida humana. Sin embargo, se destaca que este enfoque no es novedoso dentro del feminismo y, en efecto, en la actualidad existe un consenso para resaltar que las teorías feministas habían percibido este problema antes de que fuera nombrado (Viveros Vigoya, 2016, p. 2).

Siendo las cosas así, resulta claro que la interseccionalidad es una herramienta para el análisis, el ejercicio del derecho y la formulación de políticas públicas, que aborda múltiples discriminaciones y permite comprender la manera en que una combinación de diferentes identidades condiciona el disfrute de los derechos fundamentales de las mujeres. De suerte que, ubica a las mujeres fuera del modelo tradicional de la mujer blanca, heterosexual y sin carencias económicas, para poner en evidencia que existen otro tipo de mujeres que son discriminadas por ser rurales, indígenas, negras, jóvenes, pobres y con orientaciones sexuales diversas (Mujeres Activando, s.f.-b).

Si bien todas las mujeres de alguna u otra forma sufren discriminación de género, existen otros factores como la raza, el color de la piel, la casta, la edad, la etnicidad, el idioma, la familia, la orientación sexual, la religión, el estrato socioeconómico, la cultura, la ubicación geográfica y el estatus como migrante, indígena, refugiada, desplazada, persona con VIH/SIDA, o que vive en una zona de conflicto, que se agrupan para establecer la posición social de una mujer. Se quiere con ello significar que la interseccionalidad es un enfoque analítico para estudiar, concebir y responder a las maneras en que el género se cruza con otras identidades y cómo estos encuentros contribuyen a formar experiencias exclusivas de opresión y privilegio (Association for Women's Rights in Development [AWID], 2004, p. 1).

Sucede pues que, la hipótesis de la transversalidad implica comprender que la gente experimenta identidades compuestas, integradas por varios niveles, que se derivan de las dinámicas sociales, la historia y el funcionamiento de las estructuras de poder. Las personas pertenecen a más de una comunidad a la vez, por lo tanto, pueden vivir opresiones y privilegios de manera convergente. De ahí que, el análisis interseccional tiene como propósito reconocer las variadas identidades, presentar los diferentes tipos de discriminación y obstáculos que se dan como consecuencia de la unión de un conjunto de identidades. En ese sentido, pretende abarcar las formas en las que el racismo, el patriarcado, la opresión de clase y otros sistemas de discriminación configuran desigualdades que estructuran las posiciones relativas de las mujeres (AWID, 2004, p. 2).

Por lo tanto, la interseccionalidad difiere de algunos de los enfoques más conocidos sobre el género, pues estos se centran únicamente en las relaciones de género. Si bien es usual aseverar que las mujeres no son un sector uniforme, los alcances de ello suelen olvidarse a la hora de su aplicación. En efecto, se suele indicar que “las mujeres pobres son las más perjudicadas” y que “las mujeres de otras razas tienen experiencias desiguales” pero en la práctica sus vivencias permanecen invisibles, de manera que los problemas que perjudican especialmente a ciertas mujeres pueden quedarse sin una solución apropiada (AWID, 2004, p. 3). De igual forma, muchos enfoques de tipo legal perciben la discriminación sobre una base de múltiples factores, que se afectan entre sí, donde cada uno hace su contribución al fenómeno general de la desigualdad. Pero el problema reside en que dichos enfoques no

reconocen la unidad de la materia que ocurre allí donde se topan los distintos tipos de discriminación.

La interseccionalidad también es particularmente útil para poder suplir y sortear desaciertos de origen histórico. En particular, dentro del sistema de las Naciones Unidas la discriminación racial y la de género han sido abarcadas a través de mecanismos separados y paralelos (Las Convenciones sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y de todas las Formas de Discriminación en Contra de las Mujeres). Distinciones de este tipo también pueden evidenciarse en los instrumentos establecidos a nivel nacional. Sin embargo, esta manera de describir a través de categorías únicas no refleja la realidad de que todas las mujeres tienen identidades múltiples y, por lo tanto, pueden afrontar de manera concomitante formas de discriminación entrecruzadas (AWID, 2004, p. 4). No obstante, se destaca que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha señalado desde el año 2000 la importancia de emplear una metodología de análisis interseccional en situaciones donde concurren discriminaciones por motivo de la raza y género (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General 25, 2000).

En contraste, un enfoque interseccional, no implica clasificar a las personas en alguna categoría exacta para poder protegerla. Aunque muchas leyes y convenios de derechos humanos vigentes se han interpretado de manera reducida para tratar sólo una forma de discriminación a la vez, estas interpretaciones difieren de las verdaderas intenciones de los instrumentos que buscan precisamente proteger contra la discriminación. Siendo de ese modo, para construir un sistema de derechos humanos realmente efectivo se debe revolver las deficiencias de los marcos conceptuales y crear interpretaciones más situadas dentro de un contexto concreto (AWID, 2004, p. 4).

En relación a la idea anterior, se debe tener en cuenta que aquello que funciona para impulsar los derechos de ciertas mujeres seguramente no sea igual de efectivo en el caso de las mujeres segregadas. La subordinación de tipo interseccional tiende a ser ignorada, pues tiene lugar en los márgenes y en circunstancias complejas. En consecuencia, si las metodologías de análisis son concluyentes y verticales, es poco probable que se pueda descubrir verdaderamente las debilidades y las experiencias de los distintos tipos grupos de mujeres (AWID, 2004, p. 4).

De igual forma, el uso del paradigma de la interseccionalidad supone reevaluar un enfoque de “abajo hacia arriba” en la investigación y el análisis. Al recopilar información se debe hacer la siguiente pregunta: ¿cómo verdaderamente viven sus vidas las mujeres?, resaltando así los distintos factores que inciden en las vidas de las mujeres. En este sentido, se requiere generar indagaciones específicas acerca de las vivencias de aquellas mujeres que se encuentran excluidas, las más pobres entre las pobres, y también acerca de aquellas que soportan distintas formas de opresión, en la medida en que la realidad social es la que finalmente permite probar la discriminación (AWID, 2004, p. 5).

Llegados a este punto, resulta claro que el mandato de la interseccionalidad depende del sujeto en cuestión. Por lo tanto, tal como lo sugiere la jurista costarricense Alda Facio, al interpretar la norma se requiere preguntar quién es el destinatario de la adjudicación y a quien se está dejando por fuera. Por ejemplo, para el caso específico de las sentencias, se debe analizar en qué mujer estaba pensando el juez cuando redactó el fallo y en qué mujer no estaba pensando (Vergel, 2021).

2.5.2. Aproximación a la interseccionalidad por parte de la Corte Constitucional de Colombia

En cuanto al enfoque interseccional la jurisprudencia constitucional aún no ha construido un conjunto de subreglas específicas¹⁰ a la hora de su aplicación como lo ha hecho con el enfoque de género¹¹ (Vergel, 2021). Sin embargo, se evidencia que la Corte Constitucional

¹⁰ Algunas de las reglas construidas por la Corte Constitucional y dirigidas a la administración de justicia son: analizar los hechos, las pruebas y normas con base a la interpretación sistemática de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal se justifica un trato diferencial; no tomar decisiones con base en estereotipos de género; evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer que hay diferencias contextuales, relacionales, interpersonales en las interacciones entre hombres y mujeres; flexibilización de la carga probatoria en considerar el rol perpetuador de las decisiones judiciales de las dinámicas de discriminación. Este conjunto de pautas abarca el papel de interpretación de las normas y de las pruebas que tiene a cargo la administración de justicia e insiste en dos elementos: 1) lectura contextualizada de la discriminación o de la violencia discriminadora, y 2) prohibición absoluta de recurrir a estereotipos de género, ya sea en la forma de evaluar las pruebas, en la forma de practicar las diligencias, en la forma de construir la argumentación y mucho menos a la hora de adoptar las medidas para superar la situación de discriminación, tutelar los derechos de la mujer o de la víctima de discriminación (Vergel, C. [@perspectivapucp]. (2021, 05 28). *Presentamos, por 2do año consecutivo, el evento «Mujeres Constitucionalistas frente al bicentenario - Perú 2021»* [Tweet]. Twitter. <https://twitter.com/perspectivapucp/status/1398288114620284933>).

¹¹ Se efectuó un rastreo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, empleando como descriptor “INTERSECCIONAL”, cuya búsqueda arrojó 43 registros, lo que permite concluir que el criterio interseccional si ha sido empleado de manera explícita en providencias judiciales desde el año 2014, a saber, en la Sentencia T-878 de 2014, Sentencia T-141 de 2015, Sentencia T-099 de 2015, Sentencia T-077 de 2016, Sentencia T-448 de 2018, Sentencia T-468 de 2018, Sentencia T-376

tiene un entendimiento propio sobre el concepto de la interseccionalidad de manera que lo ha aplicado en diversas ocasiones a la hora de dirimir los conflictos que se le presentan¹².

A tal efecto, la Corte ha indicado que el juez a la hora de examinar el componente subjetivo relacionado con las circunstancias fácticas particulares de los sujetos procesales debe indagar por la convergencia de múltiples circunstancias de desigualdad que se fusionan e intensifican la situación de debilidad de estos¹³. Por ejemplo, señala que se debe poner énfasis en aspectos como la condición de mujer, madre cabeza de familia, mujer gestante, persona en situación de pobreza. Ciertamente, esta verificación le exige al juez constitucional asumir un enfoque interseccional con el fin de valorar cómo la intersección simultánea de diversos motivos discriminatorios ocasiona una vulneración específica y cualificada sobre la persona, menoscabo que sólo es posible detectar reconociendo la concurrencia de dichos factores de riesgo, en vez de valorarlos de forma individual (Sentencia T-109 de 2021)¹⁴.

Para esta Corporación, la interseccionalidad es una noción crucial que permite identificar la manera en que se origina la discriminación de la mujer en razón del sexo y género en concurrencia con otros motivos de discriminación¹⁵. Por lo tanto, se recurre al criterio de la interseccionalidad para indagar la forma compleja y dinámica en que operan en la realidad diversos órdenes estructurales de desigualdad que, de manera simultánea, ahondan los

de 2019, entre muchas otras. Por el contrario, la búsqueda con el descriptor “FEMINISMO INTERSECCIONAL” arrojó cero registros.

¹² Para la Corte Constitucional el criterio interseccional corresponde a una herramienta de hermenéutica jurídica: “*Ante la colisión de diversos componentes de desigualdad se ha implementado el concepto de interseccionalidad, el cual permite, por un lado, comprender la complejidad de la situación y, por otro, adoptar las medidas, adecuadas y necesarias para lograr el respeto, protección y garantía de sus derechos. Concepto que se ha ido desarrollando en los casos de violencia cometidos contra la mujer, respecto de las cuales, por su género, per se están expuesta a factores estructurales de desequilibrio en la sociedad*” (Sentencia T-448 de 2018).

¹³ Se efectuó un rastreo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, empleando descriptores como “INTERSECCIONAL”, “INTERSECCIONALIDAD” y “ENFOQUE INTERSECCIONAL”, sin embargo, no existen hasta el momento pronunciamientos judiciales que apliquen la perspectiva interseccional.

¹⁴ Por lo tanto, la Corte Constitucional descarta una perspectiva aritmética/categorial, la cual consiste en enumerar uno que otro factor de exclusión y discriminación que se detecta en un caso concreto, sin abordar el entorno en el que se encuentra y sus interacciones. Por ejemplo, implica analizar la experiencia como “mujer” e “inmigrante”, no como “mujer inmigrante” (Zota Bernal, A. C. (2015). Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. *Eunomia. Revista En Cultura de La Legalidad*, 0(0), 67–85. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2016.2803>).

¹⁵ Se efectuó un rastreo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, empleando como descriptor “INTERSECCIONAL”, cuya búsqueda arrojó 1 registro, correspondiente a la Sentencia con radicado Radicación No. 11001-02-03-000-2019-00839-00 del 11 de abril de 2019, con magistrado ponente Luis Armando Tolosa Villabona. En palabras de la Corte: “*el tribunal accionado omitió evaluar el aspecto discriminatorio acaecido en el trámite de desacato, a partir de un enfoque interseccional, cuya herramienta de análisis permite identificar las múltiples opresiones que sufren mujeres como la tutelante, por la intersección de aspectos como clase y condición económica*”. Este entendimiento se acompaña con el de la Corte Constitucional.

escenarios de inequidad instituidos por el sexo y el género, lo cual le ha permitido a la Corte descubrir y evaluar situaciones de intensa vulnerabilidad en aquellas mujeres:

Expuestas a más de un factor de discriminación como, por ejemplo, su edad, en el caso de las niñas o adultas mayores; su situación financiera, cuando tienen escasos recursos económicos; su situación de salud física o psicológica, como sucede en el caso de quienes se encuentran en estado de discapacidad; su orientación sexual; su condición de víctimas de violencia o del conflicto armado, de desplazamiento forzado, de refugiadas; de migrantes; de mujeres que habitan en comunidades rurales o remotas; de quienes se encuentran en condición de indigencia, las mujeres recluidas en instituciones o detenidas; las mujeres indígenas, afro descendientes o miembros de población Rrom; las mujeres en estado de embarazo, cabeza de familia, víctimas de violencia intrafamiliar, entre otros (Sentencia T-448 de 2018).

No obstante, la sentencia T-448 (2018) indica que no es posible desagregar cada uno de los citados factores de riesgo, porque precisamente una de las exigencias de la perspectiva interseccional es analizar el panorama de manera global, de tal forma que posibilite contemplar la complejidad con que funciona los diversos órdenes de desigualdad a que están expuestos los diferentes actores y que los convierten en sujetos de especial protección constitucional.

En esa misma línea, la Corte Constitucional ha manifestado que la aplicación del enfoque interseccional corresponde a un deber estatal de obligatorio cumplimiento para todos los funcionarios que administran justicia a la hora de valorar las vulneraciones de los derechos fundamentales de las mujeres, con el fin último de entender a cabalidad los perjuicios que experimenta esta población, porque sólo en la medida en que se comprenda la realidad que rodea a los sujetos procesales, es posible reconocer su especial estado de vulnerabilidad. En palabras de la Corte Constitucional en la Sentencia SU-659 (2015):

La judicatura no tiene dentro de sus alternativas ser sensible o no a las violaciones a los derechos fundamentales a las mujeres, niñas o adolescentes. Esta es una obligación internacional, cuyos desarrollos no son una liberalidad o discrecionalidad del operador judicial. En todos los casos en los que se discutan vulneraciones a los derechos fundamentales, como se verá a continuación, los Juzgados, Tribunales y Cortes del país, deben aplicar estrategias de documentación, investigación e interpretación de los hechos, en los que se ponga de relieve cada uno de los elementos, así como sus

dimensiones y rol que jugaron, para que ocurriera una violación a las garantías fundamentales las mujeres.

Existen al menos dos formas opuestas para abordar hechos como los que aquí se fallan. Una primera, de manera ágil, desinteresada homogeneizante, y sin relevar los detalles de cada vulneración. Por el contrario, otra estrategia en la que cada uno de los elementos que concurrieron en la violación de las garantías fundamentales, deben dimensionarse adecuadamente, y darle el peso. A esta obligación de documentación de agresiones contra los derechos fundamentales, en la que cada elemento se valora adecuadamente, se le denomina investigación interseccional (Sentencia SU-659 de 2015).

A grandes rasgos, la Corte Constitucional ha señalado la importancia de adoptar un enfoque interseccional que implique un análisis de las articulaciones de los sistemas de opresión, cuando la persona que reclama estar sometida a actos de discriminación pertenece a más de un grupo históricamente discriminado o a entornos culturales diferenciados. Específicamente ha sido empleado para resolver, por un lado, casos de pueblos indígenas y afrocolombianos, por otro lado, casos de personas con orientaciones sexuales o identidades de género no mayoritarias, en situación de discapacidad, o provenientes de entornos rurales (Sentencia T-141 de 2015). Además, ha sido aplicado para destacar la singular situación que afrontan las personas en las que, además de la condición de víctimas de desplazamiento forzado, experimentan otras circunstancias tales como edad avanzada o cuya identidad de género o étnica y la orientación sexual, que puede intensificar su estado de vulnerabilidad.

Por otro lado, en estos casos la Corte Constitucional ha distinguido entre acto y escenarios discriminatorios. El concepto de acto discriminatorio hace referencia a:

La conducta, actitud o trato de que pretende - consciente o inconscientemente - anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales (Sentencia T-098 de 1994).

Así las cosas, los actos de discriminación pueden ser de carácter intencional o no, de manera que no resulta relevante si el actor tiene la intención de hacer daño, sino si en efecto vulneró los derechos fundamentales de un tercero al recurrir a una serie de prejuicios y estereotipos relacionados con criterios sospechosos de discriminación como la raza, sexo, origen nacional o familiar, entre otros. Esto resulta fundamental porque hoy en día subsisten modelos clasistas, sexistas y racistas arraigados en las instituciones sociales, en especial en las

prácticas cotidianas que suelen invisibilizar y estimar como naturales tratamientos desiguales o formas de relación en las que se ubica en situación de desventaja a unas personas en relación con las demás. De hecho, la Corte ha indicado que se puede configurar un acto de discriminación como consecuencia de la aplicación fiel de una disposición legal que instaure un criterio de diferenciación injustificada e irracional (Sentencia T-141 de 2015).

Sin embargo, es dable destacar que no todo tratamiento diferenciado puede ser catalogado como un acto de discriminación, sino sólo aquellos que no sean justificados teniendo en cuenta los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Por consiguiente, la Corte afirmó que la verificación de un acto discriminatorio implica probar que corresponde a un trato desigual, que la desigualdad sea infundada, es decir, que carezca de fundamento y razonabilidad constitucional y la presencia de un perjuicio (cree un daño, genere una carga o le impida a una persona acceder a determinado bien) (Sentencia T-341 de 2011).

De manera similar, en la sentencia T-141 (2015) se advirtió que en algunas circunstancias la discriminación de una persona no se materializa de forma concreta en un solo suceso, sino que funciona por medio de diversos y discretos instrumentos de discriminación y exclusión que acaecen en presencia de otras personas y, que, de manera global, desarrollan un escenario de discriminación. En estas condiciones, con el fin de valorar la real repercusión que un acto, o un conjunto de actos, calificados de discriminatorios pudo haber tenido sobre los derechos fundamentales de una persona, ha revelado la Corte que el examen del juez no se puede circunscribir a un evento particular, sino que debe abarcar el entorno y la coyuntura en el cual se origina, con el fin de establecer si la persona perjudicada ha experimentado un escenario de discriminación.

Se plantea entonces la necesidad de reconocer que la interseccionalidad es la verdadera forma en que funciona la discriminación e identificar las diferencias entre las mujeres para poder extraer las soluciones justas a los casos concretos, teniendo en cuenta que la vivencia de las mujeres está supeditada no solamente por su condición de mujeres, sino por su raza, pertenencia a un grupo étnico y estrato social (Jaramillo Sierra, 2020, parr. 7). Por ende, es pertinente que la administración de justicia examine la convergencia de una pluralidad de factores socioculturales que intensifican la situación de vulnerabilidad de las mujeres y que

contemplan las necesidades particulares de estas en los diversos escenarios de sus vidas (Organización Mundial de la Salud & Human Reproduction Programme, 2018, p. 6).

2.5.3. Enfoque de género en perspectiva interseccional

La Corte Constitucional asegura la importancia de fusionar el enfoque de género con el paradigma de la interseccionalidad, a esta mezcla lo ha denominado enfoque de género en perspectiva interseccional¹⁶, la cual permite analizar la afectación de los derechos fundamentales de las mujeres. Sólo a través de esa óptica holística se logra contemplar verdaderamente el contexto en el que se ubica la controversia constitucional (Sentencia T-109 de 2021).

Como se manifestó, para la Corte Constitucional, el concepto de “interseccional” es un concepto en evolución, que puede implicar la obligación para el juez de 1) impulsar, construir, y decretar pruebas que le permitan percatarse de cuál es la interseccionalidad importante en el caso concreto. El Alto Tribunal Constitucional ha dicho concretamente que el enfoque interseccional implica justamente esa contextualización de la discriminación, por lo que el juez debe tener presente que pueden haber varios criterios sospechosos de discriminación, que determinen y estructuren la condición vivida por la víctima de discriminación, y 2) tener presente la interseccionalidad a la hora de valorar cada uno de los posibles derechos fundamentales transgredidos en el caso concreto (Vergel, 2021).

En los dos deberes mencionados, se observa la conexión con algunas de las subreglas hermenéuticas y procesales que la Corte ha implementado en materia de enfoque de género. De la misma forma que con el enfoque de género, ya se pasó por ese momento dogmático en donde la Corte estaba totalmente distraída con los conceptos y el ámbito de aplicación de la discriminación, para comprender que esto se debe que convertir en pautas de conducta de la administración de justicia. Eso involucra un posicionamiento de la justicia constitucional que conciba que uno de los retos constitucionales de cara a la discriminación es garantizar que

¹⁶ Se efectuó un rastreo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, empleando como descriptor “ENFOQUE DE GÉNERO EN PERSPECTIVA INTERSECCIONAL”, cuya búsqueda arrojó un registro, correspondiente a la Sentencia T-109 de 2021. Sin embargo, en la búsqueda realizada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, se observó que hasta el momento no se ha empleado el enfoque de género en perspectiva interseccional.

haya verdad, justicia, reparación y no repetición frente a hechos específicos de discriminación (Vergel, 2021).

Como se anticipó, el objeto de este trabajo consiste en identificar esos elementos teóricos que son útiles en el discurso jurídico y en el marco de un debate concreto: la resolución de las reclamaciones por anticoncepción fallida desde una adecuada perspectiva de género. Así, como se ha expuesto, de lo que se trata es de identificar si desde los enfoques expuestos y desarrollados por el Alto Tribunal Constitucional, pueden encontrarse elementos para este debate. Desde ya, es dable manifestar que se comparte la incorporación de un enfoque amplio de la discriminación como fusión de opresiones, en la medida en que denotan una imbricación entre el embarazo, la maternidad, una situación económica precaria y la violación a la libertad reproductiva. Con ello se quiere significar que la interseccionalidad le otorga un marco de referencia al operador jurídico, en donde la simple analogía con la intersección permitirá demostrar que las mujeres en situación de vulnerabilidad no son notadas, básicamente porque no se advierten las categorías que se entrelazan. Una vez que se descubre la intersección, se revela la verdadera discriminación (Lugones, 2005, p. 68).

2.6. La perspectiva de género en la decisión judicial

La mayoría de los Estados han emitido leyes que salvaguardan los derechos de las mujeres y promueven la igualdad de género. Sin embargo, estas leyes poco pueden hacer para mejorar la existencia de la población femenina si no se aboga por su real materialización. No hay pretextos válidos para justificar por qué los Estados aún no han implementado completamente las leyes nacionales y las normas internacionales aprobadas durante las últimas décadas con el propósito de acabar con la discriminación y la violencia de género. A este respecto, la Corte Constitucional (2021) plantea que el derecho a la igualdad es desconocido debido al orden creado por el entrecruzamiento de prácticas sexistas como es el ejercicio imperativo del rol reproductivo, el cual tiene una consecuencia subordinante que específicamente perjudica a las mujeres, agudizándose además las profundas inequidades existentes por circunstancias socioeconómicas, migratorias, étnico-raciales, etarias y de discapacidad (Sentencia T-109 de 2021).

2.6.1. La necesidad de la transversalización del género en la función judicial

Desde finales de los años noventa, se ha subrayado insistentemente la relevancia de que todas las personas tengan la habilidad de advertir las diferencias entre hombres y mujeres y de tomar decisiones de acuerdo con estas diferencias. A esto se le ha denominado la transversalización del enfoque de género. Supone que en vez de delegar a unos pocos profesionales el entender y abarcar dichas diferencias, se convierta en un quehacer colectivo afrontar esta misión, lo que supone integrar el género en toda institución o actuación (Jaramillo Sierra, 2019b, p. 28).

Entre las personas que deben percatarse de estas diferencias de manera prioritaria, se encuentran los funcionarios al servicio de la administración de justicia. En efecto, diversas normas internacionales de derechos humanos exigen la aplicación de la perspectiva de género como categoría de análisis en el ejercicio de la función judicial. Por lo tanto, en cumplimiento de los principios de igualdad y no discriminación, los operadores de justicia deben convertirse en los principales garantes de los derechos fundamentales de las mujeres, lo cual requiere de habilidades para descubrir las relaciones desiguales de género y la situación de discriminación e inferioridad que viven las mujeres colombianas en cada pleito que llega a sus escritorios.

En este punto es conveniente señalar que la Constitución Política de Colombia consagra en los artículos 13 y 43 el derecho a la igualdad, en la Convención sobre todas las Formas de Eliminación de Discriminación contra la Mujer, hay un artículo explícito que plantea la obligación de los Estados de eliminar usos, costumbres y prejuicios como parte de la táctica que se debe abordar para garantizar la igualdad de las mujeres y la Convención de Belém Do Pará le exige a los Estados tener en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón de su sexo, raza, condición étnica y posición económica desfavorable. Asimismo, se trae a colación la Ley 1719 de 2014, la cual consagra una serie de mandatos para el juez sobre cómo interpretar la norma sin acudir a imaginarios y estereotipos de género (Escuela Judicial RLB, 2020).

2.6.2. Incorporación deficiente de la perspectiva de género según la Corte Constitucional

En relación con la problemática expuesta, en el salvamento parcial de voto de los magistrados

Gloria Stella Ortiz, José Fernando Reyes y Alberto Rojas a la sentencia SU-677 (2017), se señaló que la perspectiva de género debe ser implementada en la resolución judicial, aunque las partes involucradas en el proceso no la hayan solicitado y esto no sólo es oportuno incluirlo en los casos relacionados con mujeres. Por supuesto, como esta perspectiva revela los impactos normativos diferenciados y busca remedios a través del derecho, el elemento decisivo para establecer si en un proceso se debe o no acudir a la perspectiva de género es la existencia de situaciones desiguales de poder o de escenarios de desigualdad estructural fundados en el sexo, el género o las orientaciones sexuales de los individuos. Por lo tanto, su aplicación no depende de la materia en cuestión o la instancia en la que se resuelve, pues si el análisis del caso muestra ese tipo de relaciones o inequidades, la perspectiva de género brinda un método apropiado e imperativo de interpretación y argumentación jurídica.

De igual forma, los aludidos magistrados plantean que en Colombia la situación no es muy diferente, a pesar de ser un país progresista en sus avances jurídicos, la aplicación del enfoque de género es un tema que aún se considera polémico e inexplorado. Estos manifestaron que la misma Corte Constitucional aún no ha asumido que juzgar con perspectiva de género implica materializar el derecho a la igualdad y que, de hecho, significa cumplir la obligación constitucional de luchar contra la discriminación y corregir, en un caso concreto, situaciones asimétricas de poder para garantizar la dignidad de cada individuo¹⁷. En opinión de la Corte, esta supuesta neutralidad normativa tiene graves secuelas, pues cuando un tribunal constitucional se rehúsa a acudir a la perspectiva de género crea precedentes que perjudican la consolidación de un Estado Social de Derecho. Así las cosas, debe quedar muy claro que adoptar el enfoque de género no es algo voluntario, y tampoco se trata de un antojo o de un abuso del derecho del operador jurídico, en realidad, el logro efectivo de la igualdad material

¹⁷ En cambio, la académica Carolina Vergel considera que el juez constitucional ha entendido que emplear un enfoque de género significa dar ejemplo en la forma de aplicar las reglas y subreglas establecidas por la Corte Constitucional y hacer un examen en clave constitucional de cómo han sido adelantado los procesos penales, de familia, administrativos que revictimizan a las mujeres. Adicionalmente, en las decisiones de la Corte que incluyen el enfoque de género se observa un claro protagonismo de la violencia contra la mujer, de manera que el ámbito constitucional se volvió un escenario de protección para la vida de las mujeres y de su derecho a no estar expuestas a la violencia (Vergel, C. [@perspectivapucp]. (2021, 05 28). *Presentamos, por 2do año consecutivo, el evento «Mujeres Constitucionalistas frente al bicentenario - Perú 2021»* [Tweet]. Twitter. <https://twitter.com/perspectivapucp/status/1398288114620284933>).

es un precepto constitucional y de derecho internacional de urgente aplicación (Sentencia SU-677 de 2017).

A pesar de la obviedad del mandato constitucional, para la Corte no es raro que aún se considere al hombre como parámetro normativo y se impongan en el sistema judicial las visiones patriarcales que han dominado durante décadas y que optan por ignorar la especificidad del género. Por esta razón, la búsqueda de la igualdad no puede olvidar los comienzos de esta lucha de derechos ni las aterradoras premisas que han permitido la discriminación por la no de aplicación del enfoque de género. El riesgo de mantener una mentalidad cerrada frente al género es real y va en aumento en el ejercicio del poder judicial, por lo tanto, es deber de la Corte Constitucional ponerse los lentes de género para aclarar cuanto antes su visión y apropiarse de estas nuevas ideas e impedir la prolongación o el regreso de modelos discriminatorios que han deteriorado profundamente el género humano (Sentencia SU-677 de 2017).

Por las limitaciones de este trabajo, sólo se hará se hará una breve referencia a algunas de las herramientas desarrolladas por la Rama Judicial para la incorporación de la perspectiva de género en las sentencias judiciales, por su conexión temática con el objetivo planteado en esta investigación.

2.6.3. Recopilación de los criterios desarrollados por la Comisión Nacional de Género

En función de lo planteado, es cierto que la justicia salvaguarda los derechos fundamentales de los grupos vulnerables, pero a su vez, perpetúa patrones de desigualdad y discriminación, lo cual ha perjudicado con mayor intensidad a las mujeres a lo largo de la historia. Tomando en consideración esta hipótesis, en los últimos años las Altas Cortes colombianas han efectuado una deliberación frente a su papel en la construcción de la igualdad y sugieren a partir de la práctica, ciertas pautas para facilitar la toma de decisiones judiciales con una perspectiva que subraye las desigualdades y la discriminación como una forma de ayudar, desde el poder judicial, a vencerlas (CNGRJ & Consejo Superior de la Judicatura, 2016, p. 11). Así pues, la CNGRJ elaboró un informe de especial trascendencia para los operadores

jurídicos, el cual se denomina: “Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género”.

En tales circunstancias, es primordial reconocer que existe una población que no accede en condiciones de igualdad a la justicia y, por lo tanto, no pueden llegar a las instancias judiciales por numerosas razones y que, al margen de las carencias económicas, es precisamente la discriminación en razón del género un factor que repercute de manera alarmante en los injustificados límites al acceso a la administración de justicia. Por este motivo, es fundamental que todas las mujeres conozcan sus derechos y la forma de frenar su transgresión a través de las herramientas jurídicas existentes para obtener su respectivo amparo y oportuno resarcimiento jurídico (CNGRJ & Consejo Superior de la Judicatura, 2016, sec. Introducción).

En esta misma línea, es imperativo tener presente que el prejuicio de género duerme de manera silenciosa en el subconsciente de los jueces colombianos al omitir incorporar la perspectiva de género en sus decisiones judiciales como instrumento analítico idóneo para desenmascarar situaciones de discriminación, lo cual repercute en los roles y oportunidades que las mujeres tienen en la sociedad. De ahí que, la desigualdad de género es un hecho notorio que no puede minimizarse ni ignorarse, pues estas siguen sin disfrutar de los mismos derechos que los hombres. Por lo tanto, es una obligación constitucional del poder judicial visibilizarlo en sus decisiones a través de la adopción de medidas afirmativas con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos humanos, en igualdad de condiciones para los géneros (CNGRJ & Consejo Superior de la Judicatura, 2016, p. 41).

A continuación, se procederá a exponer de manera sucinta los criterios orientadores que desarrolló la CNGRJ para determinar si estamos ante un caso de género y en relación con la aplicación de la perspectiva de género en la decisión judicial.

2.6.3.1. Criterios orientadores para determinar si estamos ante un caso de género

Con el ánimo de que la administración de justicia ajuste la aplicación del derecho a un enfoque de género, resulta pertinente que el operador comience detectando la conexión entre los hechos y el derecho, con el fin de determinar si se está ante una cuestión de equidad de género, para lo cual la CNGRJ (2016) propone tener en consideración dos elementos:

En primer lugar, si en el caso concreto se encuentra presente una mujer. Aquí hay una primera alerta que revela que atañe a un tema de género, esta verificación debe ser respaldada con el estudio de los derechos fundamentales transgredidos, para ello un instrumento significativo, es examinar los derechos garantizados por la normatividad internacional y nacional. Este primer indicio hace énfasis en el hecho biológico, es decir, en el sexo, el cual es un punto de partida ineludible para contemplar los derechos de la mujer y su reconocimiento mediante fallos judiciales. Cabe resaltar que, para poder solucionar los conflictos en los que estén involucradas las mujeres, en muchas ocasiones se requiere emplear una perspectiva de género, como un criterio ineludible para administrar justicia, de lo contrario podría emanar una situación de discriminación contra la mujer y una eventual responsabilidad estatal. En segundo lugar, de forma semejante los hechos y derechos en conflicto le permiten al juez determinar si la decisión judicial tratará sobre un tema de equidad de género. Algunos temas recurrentes son, una mujer en embarazo, una mujer cabeza de hogar o víctima de desplazamiento forzado. También, cuestiones relacionadas con los derechos sexuales y reproductivos o los actos de violencia contra la población femenina (CNGRJ & Consejo Superior de la Judicatura, 2016, pp. 19–20).

En aras de facilitar la anterior tarea, la CNGRJ (2016) elaboró ciertos interrogantes cruciales para identificar las relaciones de poder entre las partes, que pueden contribuir a dar indicios de estar frente a un escenario de discriminación de género en un caso concreto. Las preguntas que se deben realizar las personas que intervienen en la administración de justicia son las siguientes: ¿Quién hace qué? ¿Cómo, con qué? ¿Quién es dueño de qué? ¿Quién es responsable de qué? ¿Quién tiene derecho a qué? ¿Quién controla qué? ¿Quién decide qué? ¿Quién recibe qué? ¿Por qué? ¿Cuál es la base de la situación? (pp. 20-21).

2.6.3.2. Criterios orientadores relacionados con la decisión judicial

En esta misma línea, la CNGRJ (2016) elaboró una serie de pautas que pretenden servir de guía en la resolución del litigio y en la construcción de una sentencia con perspectiva de género, las cuales les indican a los operadores jurídicos cuando encender las alarmas, de modo que generen alternativas de solución desde una óptica de análisis respetuosa de los derechos de las mujeres (pp. 30–41).

Esta institución señala que, es necesario tener en cuenta que la norma no es neutra. Es por ello que el logro de la equidad de género no es solamente un tema de normatividad, sino un tema de interpretación de la norma y del contexto del caso, es más bien, un hábito de pensamiento que debe tenerse como guía.

De igual forma, los jueces están sumergidos en un contexto social y cuando operan, lo hacen en medio de ese panorama. De modo que, la imparcialidad e independencia siempre deben encauzar la decisión judicial para erigir una verdadera justicia social. En especial, el fallador no debe estar cooptado por sus propios prejuicios contra las mujeres a la hora de tomar una decisión, sino que debe desechar esos pensamientos que perpetúan la desigualdad.

La CNGRJ recuerda que las mujeres son sujetos de especial protección, por lo tanto, existe un conjunto de normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad que las protegen. En consecuencia, estos presupuestos jurídicos deben ser obligatoriamente valorados por el juez a la hora de resolver un caso. Además, este debe analizar en su decisión las relaciones de poder que perjudican la libertad y la dignidad de las mujeres. Por esta razón, es preciso que se indague por el rol de la mujer tanto en el ámbito laboral como familiar y por lo que se espera que esta haga o deje de hacer en los mismos.

Desde luego, el reconocimiento del derecho requiere que esa mujer que hace parte del proceso verdaderamente tenga el derecho a que se les garantice el mismo mediante la sentencia judicial. Esta cuestión posibilita la construcción continua de pronunciamientos judiciales con perspectiva de género, porque si la mujer no tuviere el derecho, aunque la providencia se lo conceda, ello quebrantaría la dignidad de la mujer porque no se trata de

obsequiarle unos derechos de los cuales no sea titular, sino por el contrario reconocerle aquellos que le corresponden.

Como es sabido, el artículo 13 de la Constitución Política al consagrar el derecho a la igualdad establece la prohibición de discriminación debido al sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión o por motivos políticos. Estos términos corresponden a los “criterios sospechosos de discriminación”. Por ende, en aquellos casos en los cuales el juez localiza estas categorías, es preciso que determine si el trato diferente tiene su causa en una situación de discriminación.

Sin lugar a duda, la realización de los derechos fundamentales de las mujeres implica una visión holística, por tal razón no es suficiente encontrar una solución para el caso concreto, sino que también se debe contemplar la inclusión de políticas públicas y la mediación de otros órganos del Estado para que se garantice la eficacia del derecho a la igualdad de las mujeres. De ahí que, el juez debe tener en cuenta que una consagración formal de un derecho no conlleva a su efectividad material, por lo tanto, tiene el deber de emplear el test de igualdad estableciendo las medidas afirmativas requeridas para hacer real el derecho a la igualdad.

A fin de cuentas, es prioritario para la decisión judicial tener en cuenta los riesgos de género de acuerdo con la posición en la que se encuentre la mujer (privada de la libertad, víctima de desplazamiento forzado, indígena, afrodescendiente, etc.). Por lo que es indispensable que se enfatice en las situaciones que revelan cuándo la mujer es más vulnerable por ser mujer y cuáles son los principales inconvenientes que se exteriorizan, por ejemplo, la violencia sexual o la explotación doméstica (CNGRJ & Consejo Superior de la Judicatura, 2016, pp. 30–41).

2.6.4. Estrategia adicional para incorporar la perspectiva de género en las decisiones judiciales

Ahora bien, de cara al objetivo general, resulta necesario hacer una revisión de la estrategia desarrollada por Jaramillo Sierra (2019) para lograr pronunciamientos judiciales que incorporen la perspectiva de género, esta estrategia la denominó “Momentos de la decisión judicial con perspectiva de género”, la cual se encuentra conformada por tres momentos que

debe agotar todo administrador de justicia: la pregunta por las mujeres, la pregunta por el género y la pregunta por la eficacia de la decisión judicial¹⁸ (p. 40).

2.6.4.1. La pregunta por las mujeres

En primer lugar, esta autora señala que una forma de descubrir a las mujeres en los diferentes casos es a través de tres interrogantes: “1) ¿dónde están las mujeres en este caso? 2) ¿qué sabemos sobre el impacto del sexo en este tipo de casos? 3) ¿debemos tener en cuenta diferencias entre las personas más allá del sexo?”. Así, propone que localizar a las mujeres implica detectar indicadores que revelen la situación de manera diferenciada para hombres y mujeres, buscar estudios que clarifiquen estas diferencias, y recolectar información para comprender a profundidad el caso concreto (Jaramillo Sierra, 2019a, p. 42, 48).

Además, se debe reconocer las racionalizaciones que tenemos para no gastar energías innecesarias en el rastreo de información y en el estudio pormenorizado de la norma. Algunas de las racionalizaciones que se han identificado en el área del género son: “a los hombres también les pasa; las mujeres mienten para causarles daño a los hombres; no es cuestión de género sino de clase; hay que resolver primero otros problemas (raza, etnia, clase, etc.)”. Se denominan como racionalizaciones porque son instrumentos defensivos sin una fundamentación lógica y científica, que se emplean para desatender una solicitud determinada y justificada por parte de las mujeres o de los movimientos feministas (Jaramillo Sierra, 2019b, p. 50).

Una vez se ubique la información pertinente, es esencial identificar por qué esta es clave para el juez y debe ser parte de su labor, y no de las partes del proceso, ubicarla. Los jueces deben hacerse cargo del elemento técnico de la decisión judicial, la imparcialidad exige explicar en qué medida la decisión a adoptarse se encuentra en sintonía con el derecho (no es simplemente invocar una ley) y dar cuenta del derecho de cara a los principios constitucionales. Adicionalmente, la normatividad vigente le permite al juez emplear los indicios como prueba y exige que se aplique la sana crítica como herramienta para valorar

¹⁸ Según la clasificación de Jaramillo (2019).

las pruebas de manera global. Lo anterior, implica que el juez aluda a información general del entorno para tomar decisiones concretas.

Por ende, para incluir la perspectiva de género en la decisión judicial, se requiere deducir hechos desconocidos de hechos conocidos utilizando la lógica y las reglas de la experiencia. Parte de estas reglas de la experiencia son los conocimientos que se poseen sobre el género, incluyendo los que se obtienen de los aludidos estudios estadísticos (Jaramillo Sierra, 2019, pp. 51- 52).

En este orden de ideas, localizar a las mujeres es el primer paso para comprender si el sexo de la persona interesa para analizar el caso concreto. Sin embargo, no se puede otorgarles la misma importancia a todas las diferencias. Según Jaramillo Sierra (2019), hay tres formas de afrontar estas diferencias desde el ordenamiento jurídico colombiano: 1) exigir que quien evoca una diferencia usando el sexo como criterio pruebe que es relevante (el sexo como categoría sospechosa); 2) comprender que una vez se ha justificado que la diferencia tiene consecuencias es viable tomar medidas para modificarla; y 3) procurar que las acciones no sean solamente en provecho de las mujeres, sino también en beneficio de los hombres (p. 53).

En esta línea, la Corte Constitucional ha utilizado la noción de categoría sospechosa en el juicio de igualdad. Concretamente, en la sentencia C-481 (1998), expone la siguiente definición:

[...] en últimas, categorías que '(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.

Esta perspectiva fue reiterada en la sentencia T-141 de 2015, donde se manifiesta que la raza y el sexo son categorías de esta naturaleza. De igual forma, en la sentencia T-291 de 2016 se

indica que en las categorías sospechosas se aplica la carga dinámica de la prueba, en cabeza de quien es señalado de haber discriminado.

En el caso del sexo dos tipos de diferencias se han estimado defendibles en el derecho colombiano: las divergencias que emanan de los distintos roles de hombres y mujeres en la reproducción y las diferencias que conducen a imponer la igualdad que no se da “naturalmente” en las dinámicas sociales.

El trato diferencial a las mujeres debido a su rol en la reproducción está garantizado constitucionalmente en los artículos 42 y 43, que consagran la igualdad entre hombres y mujeres, pero también la protección de las mujeres durante el embarazo y después del parto. Así las cosas, la Corte Constitucional ha desarrollado este mandato constitucional estableciendo un fuero reforzado para las mujeres embarazadas, facultando el uso de la tutela para el cobro de la licencia de maternidad, ha declarado admisible una edad inferior para el acceso de las mujeres a la pensión de vejez y ha declarado a las mujeres cabeza de familia sujetos de especial protección constitucional. Por su parte, el Consejo de Estado ha extendido el fuero de maternidad a mujeres en cargos de libre nombramiento y remoción, a contratistas del estado y a parejas del mismo sexo. Así mismo, esta Corporación ha determinado que en casos de mortalidad materna en los que la mujer embarazada acudió a todos los controles y tenía buena salud, el hospital donde aconteció el parto tiene la carga de demostrar que adoptó todas las medidas tendientes a evitar la muerte de la mujer gestante (Jaramillo Sierra, 2019b, p. 57).

Las medidas para mejorar la situación de diferenciación sexual que se califica como una de discriminación basada en el sexo pueden también dirigirse a los hombres, en especial, pueden apuntar a que la población masculina ejerza labores habitualmente catalogadas como femeninas. La Corte Constitucional ha indicado que no se puede restringir el acceso de los hombres a las labores de limpieza y oficios varios, que debe darse igual trato a las mujeres y a los hombres que tienen a su cargo hijos y no tienen pareja, y que los hombres que se dediquen a ser madres comunitarias deben tener la misma protección laboral de las mujeres (Jaramillo Sierra, 2019b, p. 82).

Retomando el enfoque interseccional previamente expuesto, el activismo feminista ha resaltado que no todas las mujeres sufren las mismas exclusiones o se perjudican con la misma intensidad por la pobreza. Así, aunque dos individuos que en todo son iguales menos en su sexo, tienden a ser tratados distinto por razón solamente de su sexo, cuando existen otras diferencias entre ellos, estas pueden fragmentar su experiencia de la diferencia sexual. Esta fragmentación puede implicar simples diferencias de priorización o interés, o verdaderas luchas por hacer prevalecer una perspectiva sobre otra. Un ejemplo del primer caso es el de las reclamaciones por iguales salarios e iguales oportunidades de avance profesional. En este caso, las mujeres adineradas y de clase media - alta tienen un interés más claro en lograr al menos estar en la misma posición de los hombres; mientras que las mujeres pobres se consideran más cercanas a los hombres que están en su misma situación de ganar un salario mínimo y ser agredidas por sus patrones (Jaramillo Sierra, 2019b, p. 86).

Un ejemplo del segundo tipo de división es el que se ha dado entre mujeres blancas y negras en torno a la intensificación del castigo para agresores en casos de violencia doméstica. Las mujeres negras en estos casos han señalado que, debido al sesgo de la raza del sistema penal en contra de los hombres negros, las medidas que hacen más sencillo sancionar a agresores, terminan favoreciendo el encarcelamiento de los hombres negros. En los Estados Unidos, donde se ha presentado de manera más clara el problema de la reclusión de los hombres negros, las mujeres negras han mostrado más apoyo a los hombres negros que a las mismas mujeres. Estos dos ejemplos combinan las preocupaciones de raza con las de discriminación de las mujeres.

En contraste, en América Latina ha sido más significativo la segmentación de las mujeres en el eje de clase, origen familiar y etnia. Cada vez resulta más incuestionable, sin embargo, que factores como la edad, la residencia, la nacionalidad, la orientación sexual y las creencias religiosas crean prejuicios que deben ser tenidos en cuenta a la hora de realizar el estudio del caso concreto. Entre otras cosas, la libertad reproductiva corresponde a uno de los focos más problemáticos para evaluar las diferencias entre las mujeres (Jaramillo Sierra, 2019b, pp. 86–87).

Como se manifestó en el primer capítulo, la libertad reproductiva comprende los derechos a decidir autónomamente el número y espaciamiento de los hijos, en especial, la posibilidad de acceder a abortos legales, a tratamientos para el control de la fertilidad, a la asistencia médica oportuna durante el embarazo y después del parto. Así pues, la libertad reproductiva de las mujeres tiene una repercusión significativa en las discriminaciones y en la pobreza que sufren, debido a la falta de servicios de cuidado infantil y la obligación económica que asumen las mujeres en relación con el cuidado de sus hijos. No obstante, esta libertad reproductiva, se ve condicionada de varias formas. Como es sabido, antes del año 2006 la normatividad colombiana no consagraba ninguna situación en la que las mujeres pudieran acceder a abortos dentro del sistema de salud ni comprendía anticonceptivos en el Plan Obligatorio de Salud. En la actualidad, el acceso al aborto continúa sometido a numerosos obstáculos. Es más, el maltrato obstétrico es un fenómeno común, que es experimentado por muchas mujeres que mueren a diario como consecuencia de este tipo de violencia. Por otra parte, no todas las mujeres coinciden en resaltar la libertad reproductiva de las mujeres. Para algunas, esto se traduce en una desestimación de la naturaleza del cuerpo femenino, destinado a la reproducción e inhábil para encontrar la satisfacción de otra forma. Para otras, resaltar la libertad frente a la reproducción esconde la unión entre el sexo y reproducción y, especialmente, que gran parte del tiempo las mujeres no son autónomas en la sexualidad. Así las cosas, las mujeres afrocolombianas e indígenas han sugerido que la maternidad tiene una posición fundamental en sus comunidades, no simplemente como concreción de la feminidad sino también de la nacionalidad. Para ellas, la maternidad es la base del plan de vida de las mujeres, es decir, significa autorrealización (Jaramillo Sierra, 2019a, p. 90-92).

2.6.4.2. La pregunta por el género

El segundo paso de la decisión judicial con perspectiva de género consiste en identificar las creencias de género que se encuentran ocultas en las llamadas reglas de la experiencia, para poder examinarlas de manera crítica. Por lo tanto, el Juez debe tener claro una serie de conceptos básicos para poder reconocer sin demora las creencias de género en cada caso concreto. En tales circunstancias, se debe partir de la categoría de género como concepto fundamental en los análisis feministas, la cual se usa para adjudicar el conjunto de

atribuciones sociales que se les hacen a las personas de conformidad con su sexo. En esta línea, las creencias de género son certezas construidas socialmente, a través de los tiempos, respecto a los hombres y las mujeres. Además, aluden a afirmaciones en la medida en que no corresponden a la realidad heterogénea y compleja de los hombres y de las mujeres, al hacer referencia a generalizaciones sobre un amplio grupo de personas a partir de unas cuantas variables. Igualmente, estas creencias se refieren a normas y expectativas sobre lo que deberían ser y hacer los hombres y las mujeres en una sociedad determinada. Estas instauran una de las piedras angulares de la inequidad entre hombres y mujeres. Por una parte, los estereotipos preservan el sistema de desigualdades en el ámbito económico, político y social, ya que es interiorizado por los hombres y mujeres a cargo de las decisiones en estas esferas. (Jaramillo Sierra, 2019, pp. 102-103).

Además, los estereotipos de género corroboran las desigualdades entre unos y otras, ya que los rasgos asignados a los hombres son más estimados que los rasgos atribuidos a las mujeres. Por ejemplo, racionalidad, independencia y pragmatismo –reconocidos como cualidades masculinas– son más apreciadas, en contraste con sociabilidad, interdependencia y sensibilidad, cualidades atribuidas a las mujeres. A saber, algunas creencias de género son: “las mujeres honestas prefieren no denunciar la violencia sexual. Las mujeres que denuncian la violencia sexual mienten”, “las mujeres autorizan la violación desde el momento en que se visten de manera sugerente, aceptan una invitación a ciertos lugares o de ciertas personas, consumen drogas o consumen alcohol en exceso”, “la violencia sexual es menos grave que otros tipos de violencia” (Jaramillo Sierra, 2019, pp. 103, 109, 113, 119).

2.6.4.3. La eficacia de la decisión judicial

El tercer momento de la decisión judicial con perspectiva de género hace referencia a los factores que pueden aumentar la eficacia de un fallo y las herramientas para estimular la participación de quien administra justicia. Desde luego, uno de los impedimentos más significativos en la materialización de las transformaciones legales es que las providencias de los funcionarios en realidad se ejecuten. Así las cosas, con el propósito de que una decisión judicial dirima un conflicto depende de una adecuada argumentación que incluya razones de

índole moral, político, económico o cultural, del destinatario de la orden (quien puede no estar dispuesto a obedecer) y del contenido de la orden, que a su vez va a depender de las objeciones políticas, limitaciones económicas para diversos actores, condicionamientos de tipo legal y restricciones operativas (Jaramillo Sierra, 2019b, p. 154).

Según Jaramillo Sierra (2019) algunas de las herramientas para incrementar la eficacia de las decisiones judiciales son emplear un lenguaje claro y directo, incluir la normatividad constitucional e internacional, hacer referencia a los aspectos sustantivos del caso y no meramente a los procesales. Finalmente, fuera de citar las normas, se recomienda dar razones y ofrecer una justificación válida con el fin de que la ciudadanía comprenda plenamente las decisiones adoptadas por la administración de justicia (p. 174).

2.7. Limitaciones del género

Como se anticipó, la categoría fundamental de análisis feminista corresponde al género, no porque corresponda dentro de todos los feminismos como el principal o único sistema de opresión, pues la mayoría distinguirá otros tipos de dominaciones, sino porque será la idea central de análisis crítico para el feminismo. De hecho, los elementos que proporciona la crítica feminista al derecho se derivan de la construcción de esta categoría de análisis, pues en función de esto se configura la consideración de que el sistema sexo – género insta una relación de poder que pone en situación de desigualdad a las mujeres por medio de la naturalización de rasgos que son contruidos socialmente. Esta relación de poder las margina del derecho, aseverándose que el derecho es androcéntrico, esto es, ha sido erigido por hombres y para hombres, sin tener en cuenta a las mujeres, pero no se reconoce como tal, sino que se encubre en neutralidad, ciencia y generalidad a través de tales naturalizaciones y sistemas dualistas excluyentes que no simbolizan en absoluto la realidad (Pérez Gaona, 2021, p. 94).

Como lo afirma la jurista feminista, el género no es cuestión de mujeres, sino una perspectiva de análisis crítica. En particular, Facio (1999) plantea que:

Hacer un análisis de género no es hacer un análisis tomando en cuenta la categoría social “sexo” y agregándole luego un análisis de clase, raza, etc. Implica mucho más. Implica romper con las dicotomías de nuestra manera de pensar el mundo en blanco o negro, racional o afectivo, bueno o malo, yo y “lo otro”, etc. Implica un análisis más rico y siempre posible de ser enriquecido con otras perspectivas (p. 30).

Como quedó en evidencia, a pesar de que el género constituye un referente teórico esencial al estar presente en los diferentes niveles de opresión, no se debe abordar como si fuera una categoría única y excluyente (Zapata Galindo et al., 2014, p. 23), pues si se acude solamente al género se realizaría un análisis parcial del caso de estudio, ya que no sería posible comprender de forma completa la identidad del sujeto procesal ni detectar la manera en que confluyen en forma interseccional una variedad de factores de vulnerabilidad y riesgos de discriminación, tampoco sería posible detectar las jerarquías existentes entre las mismas mujeres. De ahí que se acepte que el género es una categoría de opresión, pero no la única.

En este orden de ideas, pese a la importancia que se le atribuye al sistema de opresión fundado en el género al interior de los feminismos, estos no descartan otras opresiones; serán esencialistas del género aquellos que califican el género como el sistema básico de opresión (aunque no el único) y antiesencialistas del género aquellos que piensan que el género es uno de los sistemas de opresión existentes, pero no el único, ni el más significativo (Jaramillo Sierra, 1997), sino que está cruzado por otras calidades como la clase o la raza (Pérez Gaona, 2021, p. 104). Como se pudo evidenciar, la presente investigación adopta esta última postura que aboga por la opresión múltiple en simultáneo que recoge el enfoque interseccional.

2.8. Conclusión

A modo de cierre, se manifiesta que se ha reconocido la existencia de mujeres que sufren discriminación en algún momento de su vida fundado en más de un factor mezclado con su sexo, lo que aumenta la probabilidad de padecer sucesos de violencia y otras transgresiones de sus derechos fundamentales (Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], 2019, p. 35). Además, las consideraciones expuestas permiten corroborar que tanto el derecho como la medicina son disciplinas masculinas y jerarquizadas, cuyo punto de partida

no es un sujeto abstracto, sino el hombre, por lo tanto, la distribución que estas hacen es desigual en tanto relega a las mujeres, en especial a las mujeres que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

El presente capítulo desarrolla una teoría amplia de la perspectiva de género que se nutrió de los recientes aportes elaborados por parte de la Corte Constitucional, la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial y la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Se pretende fusionar la perspectiva de género con el criterio de la interseccionalidad, así pues, este último enfoque se introduce para enriquecer al primero, en donde se descarta un enfoque restrictivo de los derechos fundamentales de las mujeres, en especial, de los derechos sexuales y reproductivos, es decir, la concepción de poner por delante la opresión de género en perjuicio de una visión más global de las desigualdades estructurales y la opresión múltiple (raza, clase y género). A pesar de lo anterior, se acepta que existe consenso en la teoría y práctica feminista acerca de catalogar al género como un sistema de opresión esencial (pero no el único) (Pérez Gaona, 2021, p. 104).

Así pues, se trata de una teoría de la perspectiva de género que sostiene un discurso feminista interseccional que supera el análisis meramente unidimensional, pues no centra la mirada únicamente en el género porque la opresión de género trata a todas las mujeres como si fueran iguales y la realidad indica que el género no es el único factor que agobia a las mujeres que crecen en medio del sexismo, racismo, capitalismo y clasismo. Además, la práctica que se fundamenta exclusivamente en el género protege los intereses de un conjunto específico y exclusivo de mujeres, no la de todas.

Ciertamente, la teoría propuesta sugiere analizar como las mujeres experimentan el género, ya sea desde la raza, la clase social, el nivel de educación alcanzado, etc. (Pinto, 2008, parr. 4). De ahí que, para comprender a cabalidad la discriminación interseccional es primordial acudir a la perspectiva de género, en la medida en que la vulneración puede aumentar por el hecho simple hecho de ser mujeres (Sordo Ruz, 2017, p. 14).

Lo más importante es que la teoría amplia de la perspectiva de género que se propone en la presente investigación revela una crítica a la hegemonía racista, clasista y sexista, y reconoce que no existe una opresión común y homogénea para todas las mujeres, por lo tanto, abarca los contrastes de ese sometimiento compartido. Resalta que no es necesario sostener la existencia de una opresión colectiva, pero si resultar fundamental ahondar en las opresiones y dominaciones concretas que afectan a cada una de las mujeres (Pinto, 2008, parr. 6–7).

Se manifiesta que en la Constitución de 1991 caben diferentes enfoques jurídicos de protección a los derechos sexuales y reproductivos que parten de la fusión de las estructuras de opresión. Debido a lo anterior, la administración de justicia tiene la imperiosa obligación constitucional de ir más allá de la mera aplicación del enfoque de género en la resolución de las controversias en torno a la anticoncepción fallida. Por lo tanto, debe introducir una interpretación múltiple de la discriminación y explorar otras herramientas y nuevas categorías analíticas como lo son los conceptos de androcentrismo, patriarcado, el enfoque de la justicia reproductiva y el paradigma de la interseccionalidad, cuando, en ejercicio de sus funciones, deban resolver casos que involucren los derechos humanos de las mujeres, lo cual les permitirá detectar las formas entrecruzadas de discriminación y como esta unión inescindible es lesiva para las mujeres de forma diferenciada.

En esta línea, una adecuada fundamentación jurídica de las reclamaciones por anticoncepción fallida requiere defender un feminismo antiesencialista de género que reconozca más de un eje de opresión, de manera que emplee un enfoque de la justicia reproductiva conjugado con un enfoque de género en perspectiva interseccional, que abarque tanto el análisis de las mujeres como de los hombres, en la medida en que resulta apremiante intervenir con estos últimos desde el enfoque de género, de lo contrario el juez inevitablemente resolvería el caso desde una perspectiva netamente masculina que imponga una idea determinada de ser mujer. Se reitera que en el discurso feminista del juez deberá necesariamente integrar no sólo el género, sino también la clase, la raza y demás identidades que hace parte inherente de la mujer. De ahí que la interseccionalidad se convierte en un concepto central en la teoría de género planteada en la presente investigación en la medida en que se consideran perspectivas

compatibles y complementarias dado que permiten calificar de heterogéneo a los grupos indefensos (Zota Bernal, 2015, p. 82).

En particular, el operador judicial debe comprender que los hechos se desarrollan en un contexto determinado que se encuentra marcado por un sistema de organización social hegemónico y opresor de las mujeres denominado el patriarcado (Martín, S. 2007, p. 90). A su vez, debe indagar por la construcción social de la masculinidad y sobre la existencia en la sociedad de una masculinidad homofóbica, racista, heterosexista y machista que se deriva precisamente de ese sistema patriarcal y también debe preguntarse por los modelos de masculinidad alternativos, de forma que no se centre simplemente en la situación de discriminación estructural que ha padecido la mujer a lo largo de la historia, porque más allá de entender que la mujer es un sujeto subordinado, es entender al actor que ejerce esa subordinación y que alternativas se le pueden ofrecer para abandonar tal posición de poder.

Adicionalmente, el análisis del juez debe tener en cuenta que en el campo de la salud sexual y reproductiva se evidencia una gran inequidad sanitaria, en la medida en que para el grupo poblacional más pobre, de menor nivel de escolaridad, sin cobertura del sistema de seguridad social en salud, habitantes de las zonas rurales o de conflicto y en particular, para las mujeres, los riesgos vinculados con la sexualidad y la reproducción son mucho mayores, cuya tasa de fecundidad es más alta que para los demás los grupos demográficos. Por ende, es fundamental tener presente que los determinantes socioeconómicos de la reproducción que inciden en los embarazos no deseados abarcan factores como la edad, el nivel educativo de los padres, la condición socioeconómica, la ocupación de las mujeres, la cantidad de hijos y el método de anticoncepción empleado (Hernández & Rodríguez, 2016, pp. 15, 26).

En consecuencia, a la hora de fallar las reclamaciones por anticoncepción fallida resulta fundamental implementar acciones que tengan en cuenta los rasgos y necesidades específicas de cada una de las mujeres intervinientes, es decir, implica una intervención focalizada que examine no sólo el género del actor sino también la raza, nacionalidad, clase, nivel educativo, estatus socio económico como características diferenciales de las personas, que en un momento histórico, social y cultural concreto pueden aumentar la carga de desigualdad,

provocando experiencias notablemente disímiles entre los individuos. Ello supondría incluir en el análisis cuestiones como que los conceptos de la sexualidad y reproducción han sido contruidos por hombres, cuyo contexto histórico en el que se desarrollan sus pilares se encuentra marcado por la marginación de las mujeres. Desde una comprensión feminista del derecho se cuestionaría entonces la aducida neutralidad y universalidad de los referidos conceptos para indicar que son categorías que favorecen a los hombres e impone una jerarquización que se fundamenta en naturalizaciones de quien debe asumir la carga de la reproducción.

En tales circunstancias, cuando un juez deba resolver un caso de una paciente que quedó en estado de embarazo de forma no deseada debido a que el profesional de la salud no le informó que existía la posibilidad de un embarazo en caso de que fallará el método de anticoncepción, debe ubicar en un primer plano a la paciente y analizar la intersección entre varios ejes de acuerdo con el contexto de la misma, lo cual podría configurar una forma específica de discriminación. Al igual debe examinar si el médico es hombre, si acudió o no a estereotipos de género al brindar la atención en salud y si este creó las condiciones necesarias para que la paciente tomará una decisión informada, es decir, debe verificar en qué medida el mismo personal de salud contribuye a la inequidad en materia de salud.

Se destaca que un embarazo no deseado debe ser un asunto de interés para el juzgador debido a que, en el contexto de la maternidad, de la sexualidad y de la reproducción se configura un sistema de poder, el cual implica consecuencias adversas para la madre y el hijo. Sin embargo, se debe tener en cuenta que no afecta de manera homogénea a todas las mujeres, puesto que son más profundas las alteraciones en la población femenina en situación de vulnerabilidad, cuya afectación dependerá de las circunstancias materiales de existencia de estas como lo es ser una madre adolescente o soltera, pertenecer a un estrato socioeconómico bajo o la falta de acceso a métodos de planificación familiar. Cabe señalar que el mismo hecho del embarazo no planeado consolida el estado de exclusión social en el que las mujeres se encontraban previamente, dado que la mayoría se ven en la obligación de abandonar su empleo y estudios, lo que en últimas disminuye la calidad de vida de estas. En este caso, se

articulan múltiples formas de discriminación y violencia que puede sufrir una mujer embarazada por su sexo, raza, etnia y situación económica.

Así las cosas, en vez de concebir la salud de las mujeres exclusivamente por medio del género, es ineludible contemplar otras categorías sociales con el propósito apreciar a cabalidad la variedad de problemas de salud de las mujeres y la responsabilidad compartida del hombre en el ámbito de la planificación familiar, porque sólo de esa forma es posible brindar una adecuada protección al derecho de las mujeres a decidir sobre su salud sexual y reproductiva, específicamente garantizar la posibilidad de ejercer el derecho a procrear o no. Por lo tanto, será tarea de la administración de justicia acreditar que una mujer vive en la intersección de más de una categoría de opresión (Lugones, 2005, p. 68).

Por último, resulta fundamental señalar que, el feminismo reproductivo podría conducir a interrogantes sobre el papel que juega la diferencia reproductiva natural en la forma en que los jueces perciben la anticoncepción fallida y si estos están dispuestos a alejarse de posturas que vinculan a la mujer con naturalizaciones originarias de procesos biológicos como la gestación y la maternidad. Por lo demás, posibilitará que el operador jurídico cuestione la fusión entre los estereotipos de género que imponen a las mujeres el cuidado de sus hijos y la heteronormatividad de la sociedad en el arreglo familiar, circunstancias que complejizan la situación de las mujeres que tienen un embarazo no deseado y la vivencia de la maternidad (Zota Bernal, 2015, p. 81).

3. ¿LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LAS RECLAMACIONES POR ANTICONCEPCIÓN FALLIDA RESUELTAS POR EL CONSEJO DE ESTADO, TIENE COMO BASE UNA ADECUADA PERSPECTIVA DE GÉNERO?

3.1. Introducción

Como se anticipó, el objeto de este trabajo consiste en establecer si el fundamento jurídico que ha empleado la jurisprudencia del Consejo de Estado al resolver las reclamaciones por anticoncepción fallida tiene como base una adecuada perspectiva de género. Así como se ha expuesto, de lo que se trata específicamente es de identificar los déficits en materia de perspectiva de género que subyacen a los fallos del Consejo de Estado que se han pronunciado sobre la materia en cuestión.

Para abordar este objetivo, se analizaron las providencias judiciales del Consejo de Estado que resolvieron los casos por anticoncepción fallida a la luz de la teoría de la perspectiva de género construida en el segundo capítulo, con el fin de evaluar la fundamentación jurídica utilizada hasta el momento por la alta Corte. Por lo tanto, se retomarán los principales aportes teóricos de la teoría de género que se propone en la presente investigación.

De la misma forma, el presente capítulo tiene el fin de formular una propuesta de solución para las reclamaciones por anticoncepción fallida a partir del análisis efectuado de la metodología interseccional, al considerarse un elemento indispensable en la reparación en Colombia. Se asume que la reparación se encuentra rigurosamente atada al deber del juez de reconocer las necesidades de las pacientes que asisten a la consulta de planificación familiar, tomando en consideración las relaciones de discriminación histórica que pueden haber sufrido (Bolaños & Flisi, 2017, p. 8).

Este capítulo se divide en seis secciones. La primera de ella expondrá la forma en que el Consejo de Estado ha incorporado la perspectiva de género en las reclamaciones por anticoncepción fallida. Desde ya se manifiesta que estas providencias judiciales no proponen específicamente la aplicación de la perspectiva de género a la hora de resolver este tipo de

controversias. Resulta pertinente aclarar que este estudio parte de la hipótesis según la cual las mujeres con menores recursos tienen mayores dificultades para acceder a información fidedigna sobre control natal y planificación familiar. En la segunda sección, se señalarán en términos generales los déficits en materia de perspectiva de género que subyacen a los fallos del Consejo de Estado que se han pronunciado sobre este tipo de controversias para concluir que las providencias del Consejo de Estado que se han emitido sobre las reclamaciones por anticoncepción fallida no tienen como base una adecuada perspectiva de género al omitir analizar cada uno de los elementos que contribuyeron a la vulneración de la libertad reproductiva de las demandantes. En la tercera sección, se analizará si un caso de anticoncepción fallida es un tema de género, cuestión que se considera de vital importancia para determinar si estas reclamaciones requieren de la posterior aplicación de la perspectiva de género. En la cuarta sección, se manifestará que el presente trabajo de investigación parte de la idea de que la perspectiva de género se deberá emplear de manera imperativa a la hora de resolver las reclamaciones por anticoncepción fallida debido a que son las mujeres las que sufren el mayor impacto de la reproducción y de una concepción no esperada. Sin embargo, se argumentará que no siempre será imperativo acudir a la perspectiva de género, sino sólo cuando se identifica individuos en situación de vulnerabilidad que sufren desigualdades entrecruzadas.

En la quinta sección, en aras de complementar lo anterior se procederá a realizar un ejercicio que propone la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial con el propósito de detectar relaciones asimétricas de poder y discriminación de género en los casos de concepción no querida. Para lograr este fin se resolverán las siete preguntas que esta entidad propone para determinar si se trata de un caso de género a luz de los tres casos de anticoncepción fallida que ha conocido el Consejo de Estado, estos interrogantes corresponden a los siguientes: ¿Quién hace qué?, ¿Quién es dueño de qué?, ¿Quién es responsable de qué?, ¿Quién tiene derecho a qué?, ¿Quién controla qué?, ¿Quién decide qué? ¿Por qué? ¿Cuál es la base de la situación? Esta última pregunta es crucial en la medida en que pone en contexto un hecho y permite abordar la situación a partir de las prácticas y costumbres de un territorio determinado. Como se verá el hecho de poder resolver los anteriores interrogantes sin mayor dificultad es un indicio de que las reclamaciones por anticoncepción fallida son un caso de

género que ameritan que la decisión sea formulada con perspectiva de género. En la séptima sección, se realizará una propuesta de solución diferente y más apropiada a las empleadas por el Consejo de Estado, solución que se cataloga como interseccional al considerar la situación diferenciada de las demandantes como mujeres que experimentan dificultades económicas y se ven en la obligación de traer un hijo al mundo. Por último, se hará referencia a unas breves conclusiones sobre las aludidas temáticas.

Así las cosas, este capítulo permitirá conocer cuál es la adecuada fundamentación jurídica de las reclamaciones por anticoncepción fallida desde una perspectiva de género, partiendo de los pronunciamientos efectuados por el Consejo de Estado.

3.2. Incorporación de la perspectiva de género según el Consejo de Estado

Las providencias que resuelven las reclamaciones por anticoncepción fallida se concentraron en indicar de manera general acerca de la garantía de los derechos sexuales y reproductivos sin discriminación de género, particularmente, indicaron que la decisión libre sobre la procreación es catalogada como un bien jurídicamente protegido en el derecho interno, independientemente del género de su titular y que, por lo tanto, corresponde a los administradores de justicia procurar porque su aplicación práctica no estipule ningún tipo de distinción injustificada, sin proponer específicamente la aplicación de la perspectiva de género a la hora de resolver las reclamaciones por anticoncepción fallida¹⁹.

En este marco, el Consejo de Estado no propone que las reclamaciones por anticoncepción fallida sean abordadas desde el “enfoque de género”, como medida afirmativa para el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de las mujeres. A pesar de que se toman como referencia diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos²⁰, no

¹⁹ El Consejo de Estado se limita a realizar una descripción de cómo se encuentra regulado el derecho a la información y la libertad reproductiva en el ordenamiento jurídico colombiano y como ha sido el entendimiento de la Corte Constitucional.

²⁰ Por ejemplo, el Consejo de Estado trae a colación la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo e indica que: *“La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, (...) entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente*

se manifiesta que este tipo de controversias requieran resolverse con esta perspectiva diferencial.

Por otro lado, si bien es cierto que el Consejo de Estado cita en el Proceso 41262 del año 2016 el informe denominado “*Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos*” para resaltar que las mujeres se encuentran dentro de los grupos vulnerables que se les trasgrede con mayor intensidad el derecho a la información como componente de la libertad reproductiva, lo hace como *obiter dicta* al corresponder a argumentos complementarios que respaldan el fundamento jurídico de la providencia judicial.

En esta misma línea, a pesar de que la Corporación manifiesta que las anomalías que obstaculizan el acceso a información apropiada, veraz y suficiente sobre planificación familiar pueden involucrar la responsabilidad de la institución de salud en casos de anticoncepción fallida, cuando estas sean relevantes en la transgresión al ejercicio informado de la libertad reproductiva de la paciente (Proceso 41262 de 2016), no se detiene a diferenciar las mayores afectaciones que puede generar un embarazo no deseado en una mujer que se encuentra en un contexto determinado ni que implicaciones tiene que el núcleo familiar de las demandantes quede conformado por un número determinado de hijos.

El daño antijurídico resarcible y la reparación de perjuicios no es analizado a la luz de la afectación del proyecto de vida personal y familiar de las demandantes. Sin embargo, el análisis del daño inmaterial demuestra a grandes rasgos que se tuvo en cuenta que la transgresión a la libertad reproductiva tiene incidencia directa en el cuerpo de la mujer, hecho que es suficiente para inferir que la madre definitivamente sufre un impacto emocional y psíquico ante un embarazo no deseado.

prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 41262 (C.P. Ramiro Pazos Guerrero; 5 de diciembre de 2016).

Conviene poner énfasis en que el Consejo de Estado no está de acuerdo con imponer a la institución de salud la carga de resarcir las secuelas materiales de la concepción, el nacimiento y la crianza del hijo, porque considera que implicaría fijarle una obligación de resultado, que supondría que el prestador del servicio médico debe encargarse de las consecuencias materiales de la anticoncepción fallida. Lo que nos lleva a preguntarnos: ¿Por qué los padres de un menor no deseado se encuentran en la obligación de asumir las consecuencias económicas de la anticoncepción fallida en especial cuando ambos se encuentran en una situación económica precaria? ¿Son los factores socioeconómicos de las mujeres una variable que las ponga en una situación de mayor vulnerabilidad respecto a la anticoncepción fallida?

Estos interrogantes resultan pertinentes porque en Colombia las demandas que se han presentado hasta el momento son porque el embarazo no deseado se desenvuelve en un contexto de pobreza y precariedad económica, que impide satisfacer las necesidades básicas de un hijo que nace en contra de la voluntad de los padres. De ahí que, el factor socioeconómico tiene una relación estrecha con el surgimiento de las reclamaciones por anticoncepción fallida en la jurisprudencia colombiana.

Así las cosas, este estudio parte de la hipótesis según la cual las mujeres con menores recursos tienen mayores dificultades para acceder a información fidedigna sobre control natal y planificación familiar, por lo tanto, son mayores las probabilidades que estas tienen de quedar en embarazo de forma no deseada²¹.

3.3. Déficits en materia de perspectiva de género que subyacen a los fallos del Consejo de Estado que se han pronunciado sobre la anticoncepción fallida

De lo anterior se extrae, que las providencias del Consejo de Estado que se han pronunciado sobre las reclamaciones por anticoncepción fallida no tienen como base una adecuada perspectiva de género. Como quedo en evidencia, se detectó una aplicación precaria de la

²¹ Muchas de esas concepciones no deseadas llevan a que las mujeres sin capacidad económica acudan a abortos inseguros.

perspectiva de género, es más, se podría afirmar que esta Corporación ha omitido la aplicación de un enfoque diferencial e interseccional cuando una mujer que se encuentra en situación de vulnerabilidad y expuesta a discriminaciones estructurales sufre un embarazo no deseado.

Además, es dable afirmar que los magistrados no analizaron como la intersección de las categorías diferenciales en un contexto determinado (mujer embarazada/sin recursos económicos/rural/desempleada/con educación precaria/madre de varios hijos) puede generar desventajas y opresiones específicas para la mujer, por lo tanto, en principio se considera que no se logró una reparación integral, apropiada y transformadora al omitir analizar cada uno de los elementos que contribuyeron a la vulneración de la libertad reproductiva de las demandantes.

Al aplicar (aunque de forma precaria) el enfoque de género de manera aislada dejó desprotegida a las demandantes pues cada una se ubicaba en más de una categoría de enfoque diferencial y en quien confluyen otras categorías de diferencia que no hace que el daño se incremente, sino que esta intersección genera experiencias sustantivamente diferentes entre una mujer y otra que amerita un estudio detallado. De ahí que, el Consejo de Estado no interpretó interseccionalmente el enfoque de género. Es así, como las providencias judiciales que resuelven las reclamaciones por anticoncepción fallida han quedado incompletas, y no han sido idóneas para eliminar la discriminación ni para responder de manera apropiada a las necesidades de las mujeres que quedan en embarazo de manera no deseada. Para solucionar este problema hizo falta aplicar la metodología interseccional (Bolaños & Flisi, 2017, pp. 15-16).

De ahí que es dable afirmar que, la Alta Corte no empleó el análisis interseccional para caracterizar el daño y ordenar las reparaciones según la mujer, tampoco analizó el impacto especial y desproporcionado de un embarazo involuntario según las particularidades de la accionante. Así las cosas, las sentencias del Consejo de Estado no han tenido el impacto esperado en la situación fáctica y social de las mujeres que viven una maternidad no deseada,

ya que las soluciones brindadas fueron pensadas para la mujer empleada del sector formal de la economía, esto es, una mujer sin carencias económicas.

De lo anterior, se logra identificar que una providencia judicial neutral, que no tenga en cuenta la perspectiva de género, que no considere la realidad de discriminación de las mujeres en el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, ni el impacto de las labores de cuidado del hogar y de los hijos, son decisiones construidas desde la realidad del hombre y desde los estereotipos de género que existen en cada sociedad.

3.4. La anticoncepción fallida: ¿Es un caso de género?

El primer paso para determinar si las reclamaciones por anticoncepción fallida resueltas por el Consejo de Estado han empleado una adecuada perspectiva de género, es determinar si este tipo de controversias realmente ameritan la aplicación de un enfoque de género. Para lograr lo anterior, se acudirán a los criterios orientadores desarrollados por la CNGRJ, los cuales fueron expuestos en el capítulo precedente, para determinar si estamos ante un caso de género cuando ocurre un embarazo no deseado debido a que falla el método anticonceptivo.

En primer lugar, se manifiesta que en las acciones por anticoncepción fallida se encuentra de por medio una mujer que estaba planificando a través de cualquier método anticonceptivo, quien manifiesta que se le vulneró el derecho a determinar libre y responsablemente el número de hijos y el derecho a la información en materia de planificación familiar, cuyo desenlace corresponde un embarazo no deseado. Claramente, estos derechos fundamentales hacen parte de sus derechos sexuales y reproductivos consagrados en los artículos 16 y 42 de la Constitución Política y en diversos instrumentos internacionales vinculantes para Colombia. En consecuencia, el acceso a toda una gama de métodos anticonceptivos tanto temporales como definitivos con consentimiento informado con el propósito de limitar la

descendencia efectivamente es un tema de género, si se tiene en cuenta que son las mujeres las que sufren el mayor impacto de la reproducción y de una concepción no esperada²².

Lo anterior se encuentra respaldado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016), la cual es enfática en resaltar que la salud reproductiva tiene repercusiones específicas para las mujeres debido a que es el sexo con la aptitud biológica del embarazo y parto, lo cual a su vez se relaciona con el derecho a desarrollar su proyecto de vida y a tomar decisiones autónomas sobre su propio cuerpo, y estar libre de toda violencia o discriminación en materia de salud (p. 47).

Específicamente, en las reclamaciones por anticoncepción fallida, se tiene que los embarazos de las accionantes a pesar de que se trataron de procesos naturales no obedecieron propiamente al ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, ya que fue una concepción no deseada, que estaban tratando de evitar a toda costa. Asimismo, la salud de las demandantes se alteró por las consecuencias físicas y psicológicas que resultan del hecho de estar embarazadas y estas fueron las que sufrieron una serie de daños morales por la angustia, dolor y desasosiego que les ocasionó una gestación no programada. Con el nacimiento del hijo no deseado las demandantes, además de cumplir con las labores domésticas del hogar debieron dedicar gran parte de su tiempo a la crianza de un hijo más, porque como es sabido el hombre normalmente no asume este tipo de responsabilidades en el hogar, especialmente en el cuidado de los hijos, lo cual es respaldado por la existencia de creencias de género que refuerzan el rol de la mujer como cuidadora. Indiscutiblemente, esta carga de cuidado se incrementa al ser un niño no querido.

En consecuencia, los padres de los hijos “no deseados” no debieron conciliar el ámbito productivo con el reproductivo²³, sino que la carga recae de manera exclusiva en las madres. Al fin y al cabo, el proyecto de vida que se alteró por los embarazos no deseados fue el de

²² A este respecto, la Corte Constitucional plantea que: “Aun cuando tanto hombres como mujeres son titulares de algunas de las manifestaciones de los derechos reproductivos, en general, la mayoría de estas se encuentra en cabeza de las mujeres, por ser ellas quienes sufren el mayor impacto de la reproducción. Así, pues su protección no puede perder de vista el elemento de género cuando aborda su protección y respeto”. (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-732 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: 15 de octubre de 2009).

²³ En este punto se debe analizar la discriminación laboral a mujeres embarazadas, cuando por ejemplo se encuentran temporalmente incapacitadas para realizar su trabajo en virtud de una dolencia médica relativa al embarazo o el parto.

las accionantes, porque a pesar de que ya habían planeado su futuro, se vieron en la obligación de ajustarse repentinamente a su nueva realidad que contradice abiertamente las decisiones que habían tomado en el ámbito personal, de allí nació su frustración e inestabilidad emocional que las llevó a presentar las acciones de reparación directa que estamos analizando en la presente investigación.

Desde una perspectiva más general, los derechos sexuales y reproductivos protegen la facultad de las mujeres de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y reproducción, lo cual incluye el derecho a recibir información completa y veraz que les permita elegir el método anticonceptivo que más se ajuste a sus necesidades y preferencias. Estos derechos a su vez se articulan con las garantías de igualdad y equidad de género pues el Estado debe velar especialmente por la protección de los grupos tradicionalmente marginados y excluidos de oportunidades (Sentencia T-665 de 2017).

Resulta pertinente aclarar, que cuando el demandante sea el padre de un menor no deseado también se debe considerar que se trata de un tema de género en la medida en que el derecho a determinar el número de hijos es una garantía que se encuentra en cabeza de la pareja, no sólo de la mujer. De ahí que, se debe analizar con especial cuidado cuando los hombres toman la determinación de no tener hijos y falla por ejemplo la vasectomía (modalidad de control de la natalidad masculino), en donde la posición de vulnerabilidad social del padre del menor será fundamental para el análisis del caso.

3.5. Obligación de emplear la perspectiva de género en los casos de anticoncepción fallida

Partiendo del hecho de que las reclamaciones por anticoncepción fallida son un tema de género, la presente investigación considera que corresponde a un deber de vital importancia de los jueces adoptar un enfoque diferencial en función del género a la hora de resolverlas con el fin de evitar que se perpetúen las distintas formas de discriminación en los servicios de salud, de manera que el contenido de la sentencia deberá incorporar los términos “perspectiva de género” y/o “enfoque de género” y deberá advertir que la perspectiva de género es un factor a tener en consideración en el análisis de las acciones por anticoncepción fallida.

De hecho, y tal como se explicó en los acápites precedentes, las decisiones judiciales acerca de las mujeres que sufren un embarazo no deseado debido a que falla el método anticonceptivo, no pueden ser indiferentes a las situaciones y necesidades especiales de las mujeres, a la violencia a la que se encuentran expuestas, ni a su posición de desventaja, y que cuando se desconocen estos escenarios, se podría agravar el desequilibrio que históricamente ha existido entre hombres y mujeres. Aunque se defiende la tesis de que los operadores jurídicos deben adoptar sus decisiones con un enfoque de género en perspectiva interseccional en el que sean valoradas las necesidades específicas de las mujeres, así como la situación de discriminación en los diversos escenarios de la vida económica, política y social, difiere de las consecuencias que se extraen de esta conclusión, pues este tratamiento diferencial únicamente es procedente en aquellas circunstancias en los que, indudablemente, el sujeto se encuentra en una situación de desventaja, y cuando tal situación tiene una relación de conexidad directa con el asunto respecto del cual se exige el tratamiento específico (Sentencia T-362 de 2020).

Con ello se quiere significar que a pesar de que se trata de un tema de género, no siempre será imperativo acudir a la perspectiva de género para resolver las reclamaciones por anticoncepción fallida, sino sólo cuando se identifica individuos en situación de vulnerabilidad que sufren desigualdades entrecruzadas.

3.6. Preguntas claves que revelan la discriminación de género

En este sentido, se comprende que las reclamaciones por anticoncepción fallida efectivamente corresponden a un tema de equidad de género²⁴. En aras de respaldar lo anterior, a título ilustrativo se procederá a resolver algunas de las preguntas que propone la

²⁴ A pesar de que el Consejo de Estado no ha reconocido expresamente que las reclamaciones por anticoncepción fallida se tratan de un tema de género, si se detecta que ha incluido argumentos que permiten inferir lo anterior al manifestar que las personas no tienen el deber jurídico de procrear. De ahí que la libertad reproductiva se vulnera “*cuando se impide en forma injustificada la procreación o, por el contrario, se la propicia en forma no consentida. De igual manera, surge su vulneración cuando en forma no consentida se interrumpe el proceso de gestación*”. Además, ha manifestado que la mujer “*ostenta la titularidad sobre sus funciones corporales, aún frente a la más natural como es la reproducción*” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 41262 (C.P. Ramiro Pazos Guerrero; 5 de diciembre de 2016).

CNGRJ, las cuales fueron expuestas en el segundo capítulo, con el fin de reconocer las relaciones de poder entre las partes y demostrar la existencia de discriminación de género en este tipo de controversias en particular.

3.6.1. ¿Quién hace que?

Se debe partir del carácter de los demandantes en el medio de control de reparación directa.

En el caso de Cecilia Cortés Tocachón y su compañero, ya contaban con el número de hijos que deseaban y se encontraban en una situación económica precaria. Se destaca que el embarazo no deseado de la señora Cortés hizo que desatendiera sus actividades económicas y el cuidado personal de sus otros tres hijos menores de edad, si se tiene en cuenta que es la que se encuentra a cargo de la crianza de los mismos²⁵.

En el caso de “Helena y Nicolás”, esta se trata de una mujer rural (Reside en Tame, Arauca), con 4 hijos, con baja escolaridad y desempleo, quien atravesaba una difícil situación socioeconómica, por lo tanto, tomó la decisión de limitar el número de hijos. Sin embargo, quedó en embarazo de forma no deseada, de manera que está entró en conflicto con su propio embarazo y con las normas sociales que se refieren a la maternidad. Así las cosas, esta mujer se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a la condición de pobreza en la que vive ella y su núcleo familiar. Además, esto implica que el quinto hijo que nació producto de la anticoncepción fallida crezca y se desarrolle en una familia de bajo nivel educativo y económico, lo que supone a su vez la transmisión intergeneracional de la pobreza.

Así pues, la demandante hace parte de un grupo social marginado y discriminado, que por la condición real en la que vive se halla en circunstancias de debilidad manifiesta, en la medida en que el goce efectivo de sus derechos fundamentales se ve limitado por la crisis del sector rural ocasionado por el conflicto armado colombiano. En resumen, la situación de vulnerabilidad de aquella es producto de la intersección de varias de sus identidades: mujer,

²⁵ De la narración de los hechos no se logró conocer el lugar de residencia de los demandantes, a pesar de que es de vital importancia este dato para la aplicación del enfoque de género en perspectiva interseccional.

pobre, campesina, no educada, con precariedad laboral, en contexto de abondo estatal, presencia de masculinidades violentas y probable víctima del conflicto armado)²⁶.

La señora Maricella Carvajal González y su compañero permanente, son personas que viven en situación de pobreza y que, por lo tanto, su capacidad económica no les permitía sostener a otro hijo más²⁷. En definitiva, las tres demandantes pensaron que su situación personal o el contexto social en el que se encontraban era inconveniente para criar a sus hijos.

Por otro lado, los demandados son la Empresas Sociales del Estado, es decir, los distintos hospitales públicos, quienes son los señalados como los responsables de la falla en la prestación de los servicios de planificación familiar. Se destaca que de los presupuestos fácticos no es posible determinar si los profesionales de la salud que brindaron la atención fueron hombres o mujeres. De hecho, en la narración de los hechos no se observa mayor esfuerzo por esclarecer esta cuestión, a pesar de que se considera un asunto relevante de cara a la aplicación de una adecuada perspectiva de género.

Finalmente, se manifiesta que en el momento de identificar y reparar a las accionantes es indispensable valorar el sistema de discriminación en el que estas se desenvuelven con el fin de alcanzar una reparación transformadora (Bolaños & Flisi, 2017, p. 15), partiendo de la categoría de diferencia relativa al nivel socioeconómico de las madres que viven una maternidad no deseada.

3.6.2. ¿Quién es dueño de qué?

Las decisiones sobre la planificación familiar, de las cuales depende la reproducción son decisiones personales que se encuentran en cabeza de los demandantes. Las decisiones que estos tomaron de no tener más hijos no debieron estar limitada por los prestadores de salud

²⁶ No existen intersecciones buenas o malas. Son las creencias de género y las normas sociales las que replican contextos de antipatía y humillación, además, las que hacen que algunos individuos se encuentren en peligro de violación de sus derechos debido a la confluencia de sus categorías de diferencia (Bolaños, T., & Flisi, I. (2017). *Enfoque diferencial e interseccional*. Fundación Max Planck para la Paz Internacional y el Estado de Derecho – Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas. <https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/enfoquediferencialeinterseccional.pdf>).

²⁷ En la narración de los hechos no se logró conocer el lugar de residencia de los demandantes, a pesar de que es de vital importancia este dato para la aplicación del enfoque de género en perspectiva interseccional.

ni por ningún tercero. En otras palabras, los demandantes tienen derecho a determinar qué es lo que hacen con sus propios cuerpos, porque sus cuerpos les pertenecen.

Cabe considerar por otra parte, que las accionantes probablemente son dependientes económicamente de sus compañeros, lo cual les reduce la capacidad de hacer elecciones autónomas, en especial, si se tiene en cuenta que tienen más de una persona a su cargo (todas cuentan con numerosos hijos). En consecuencia, ellas de alguna manera se encuentran subordinadas al sexo masculino. De igual forma, se resalta que, en las zonas rurales es común que el hombre sea el proveedor y jefe del hogar, lo cual permite respaldar la anterior afirmación.

Además, es dable aseverar que las instituciones públicas de salud demandadas son “dueñas”, es decir, son las que poseen la formación académica, los conocimientos técnicos y la experiencia en materia de planificación familiar. Por lo tanto, esta es la parte de la relación que tiene poder, de modo que fue la que actuó con una fuerza dominante sobre las pacientes accionantes. Se habla entonces de la autoridad irrefutable del Estado como prestador del servicio de salud.

3.6.3.¿Quién es responsable de qué?

La atención en materia de planificación familiar la recibió cada una de las demandantes en las distintas instituciones públicas de salud. Es así como se alega que las IPS no brindaron a las demandantes una asesoría de calidad pues no les informaron la eficacia, las ventajas, desventajas y riesgos del método de planificación familiar que cada una eligió. Por lo tanto, la elección que estas hicieron en su momento no fue informada, ya que no tenían plena comprensión sobre cómo funcionaba los métodos elegidos. Sin duda, el hospital debió proporcionar toda la información relevante al respecto para que las demandantes seleccionaran el método anticonceptivo más adecuado según sus necesidades.

En consecuencia, se manifiesta que los demandados son los responsables del nacimiento no deseado producto de una anticoncepción fallida, lo cual compromete en el presente caso la responsabilidad del Estado como prestador del servicio de salud. En particular, son señalados

como responsables de impedir que las accionantes hicieran una elección sobre su vida, la elección de ser madre (una vez más). El riesgo de que los profesionales de la salud no suministren información suficiente sobre planificación familiar es que la mujer quede en embarazo de manera no deseada. Por lo tanto, es un riesgo muy grave para la mujer con pocos recursos. Aquí es importante subrayar que los médicos que atendieron a las accionantes no incorporaron en la atención brindada una perspectiva de género y un enfoque de derechos, si se tiene en cuenta que no dimensionaron que tan importante era el contenido de la información que se le debía suministrar a las pacientes en materia de planificación familiar, la cual al ser deficiente provocó de manera involuntaria un embarazo no querido.

Ahora bien, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su recomendación general Nro. 21 (1994), explicó que con el objetivo de adoptar una decisión con conocimiento de causa sobre medidas anticonceptivas seguras y confiables, las mujeres deben tener información acerca de los métodos anticonceptivos y su funcionamiento, así como las garantías de acceder a educación sexual y servicios de planificación de la familia, como lo dispone el artículo 10 h) de la Convención, dicha información debe estar científicamente constatada y no ser discriminatoria. En esta misma línea, en la recomendación General Nro. 24 (1999), indica que el artículo 14 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, exige que los Estados garanticen a la mujer rural el acceso a servicios apropiados de asistencia médica, incluso información, consejería y servicios en materia de planificación familiar (parr. 28).

En todo caso, el Estado colombiano tienen la obligación de respetar, preservar y garantizar el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. Sobre el particular, el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (2006), asevera que:

13. El derecho al más alto nivel posible de salud entraña que las mujeres tienen derecho a servicios relacionados con el embarazo y el período posterior al nacimiento y a otros servicios e información sobre la salud sexual y la salud reproductiva. Esos derechos abarcan la realización de intervenciones técnicas clave para evitar la mortalidad derivada de la maternidad, lo que incluye el acceso a una partera capacitada, la atención obstétrica de emergencia, la educación e información sobre la salud

sexual y la salud reproductiva, servicios de práctica del aborto en condiciones seguras en los casos en que el aborto no sea contrario a la ley y otros servicios relacionados con la salud sexual y la salud reproductiva (p. 6).

Obligaciones que claramente no observaron las instituciones de salud demandadas, pues brindaron un servicio de mala calidad y llevaron a cabo un tratamiento de planificación familiar sin el consentimiento libre y pleno de las pacientes.

3.6.4. ¿Quién tiene derecho a qué?

Se reitera que las accionantes tienen derecho a la autodeterminación reproductiva, lo cual implica decidir en qué momento desean procrear o no y a recibir la información pertinente y sin prejuicios por parte del médico tratante, lo anterior, en caso de que se quiera controlar la natalidad a través de métodos anticonceptivos modernos. Se plantea entonces que las accionantes tienen derecho a participar activamente en la consulta médica de planificación familiar. Además, tiene derecho a la información y al consentimiento. De manera que, el consentimiento promueva la idea de autonomía individual de la persona e incentive la toma de decisiones propias de manera racional, concibiendo al “proceso de información no como una concesión graciable del médico, sino como un verdadero derecho del paciente” (Parra, 2013, p. 1579).

Así las cosas, la anticoncepción es un derecho que se encuentra en cabeza de cada mujer y hombre demandante, el cual puede ser ejercido de forma autónoma para vivir la sexualidad desligada de la reproducción. Es esencial que este sea respetado porque posibilita la toma de decisiones independientes sobre el cuerpo y permite desarrollar la vida de conformidad con la voluntad de cada individuo (UNFPA, 2018, parr. 1).

Además, las pacientes tienen derecho a que se le protejan las decisiones que adoptan respecto de su plan de vida. Así, la autodeterminación reproductiva implica estar libre de todo tipo de intromisiones, como la violencia, la coacción y la discriminación. Por consiguiente, se considera transgredido este derecho cuando un individuo no puede “alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia” de forma caprichosa, irracional e infundada (Sentencia T-665 de

2017), el referido derecho le fue vulnerado a las demandantes, en la medida en que eligieron por ellas las situaciones que le dan sentido a su vida y las privaron de la capacidad de trazar su propio camino.

3.6.5. ¿Quién controla qué?

Como es sabido, la relación médico-paciente es una relación asimétrica de poder, es decir, no es una relación entre iguales, pues el paciente acude al profesional ante un percance de salud y, en muchos casos, motivado por el desconocimiento de lo que le ocurre y de cómo resolverlo. Normalmente, en este tipo de relaciones las actitudes del médico son: distancia, indiferencia, frialdad y ambigüedad (Mucci, 2007, p. 63). Por ello, hay un evidente desequilibrio que se produce entre el conocimiento y el uso de un lenguaje técnico por parte del médico experto y la ignorancia del paciente, en donde se ubica a este último en una posición de subordinación. Es preciso subrayar la gran importancia que actualmente tiene el suministro de información por parte del galeno al paciente, en la medida en que resulta incuestionable que el no entendimiento de las circunstancias que rodean su padecimiento, de las posibilidades de éxito del tratamiento o intervención a la que va a someterse, así como de los riesgos que estos suponen, restringen la posibilidad de que el paciente pueda autodeterminarse y elegir libremente si desea o no una intromisión en su propio cuerpo (Parra, 2013, pp. 1578-1579).

Sin duda, en la relación entre los hospitales públicos y las pacientes se evidencia una asimetría de información (Repullo, 2014, parr. 2), si se tiene en cuenta que el médico que las atendió tiene más preparación académica, conocimiento y poder que las mismas pacientes. De ahí que, estas no tuvieron otra opción que someterse a la voluntad del médico, de manera que asumieron un rol pasivo en la consulta de planificación familiar. Como las entidades de salud son la principal fuente de información, controlan innegablemente el contenido de la información que se le brindó a las demandantes en cuanto al control de la natalidad, información que al ser insuficiente afectó la autodeterminación reproductiva de cada una porque el médico no tuvo en cuenta sus valores y metas a largo plazo, es decir, las excluyó

del proceso de toma de decisiones, lo que en últimas se traduce en una forma indirecta de controlar la sexualidad de estas mujeres.

3.6.6. ¿Quién decide qué?

Las instituciones públicas de salud al no proporcionar información sobre los riesgos de fracaso y las probabilidades de embarazo del método de anticoncepción, impidió que las pacientes emitieran un consentimiento verdaderamente informado²⁸. Por lo tanto, el privilegio de decidir lo tuvo el hospital público, aunque no se ajustará a las necesidades de las pacientes. Por lo tanto, estos interfirieron de manera injustificada en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las accionantes. En suma, estas no pudieron elegir libremente si deseaban o no someterse a la aplicación del método de planificación familiar, lo cual les impidió en últimas restringir su proceso reproductivo. En este punto resulta pertinente cuestionarnos ¿Dónde está la voz de las pacientes en semejante decisión tan relevante?²⁹ ¿Quién decidió sobre si las demandantes debían o no utilizar métodos anticonceptivos?

Desde luego, el médico de las IPS demandadas debió cederles el poder a las pacientes de decidir ser madre y en qué momento preciso. También es necesario recordar que, las mujeres se exponen a que durante la consulta de planificación familiar no se tome el consentimiento informado, de manera que a menudo se les excluyen del proceso de adopción de decisiones informadas sobre su cuerpo y salud reproductiva, lo cual se encuentra sometido al estereotipo de que estas no tienen la capacidad de tomar tales decisiones de forma responsable.

Adicionalmente, las creencias de la sociedad acerca del rol apropiado de la mujer juegan un papel fundamental en las elecciones que adopte la misma mujer, en la medida en que se espera que toda mujer acepte la maternidad no intencionada sin más. Hoy en día las mujeres que no quieren ser madres llevan prejuicios, pues en la sociedad está mal visto admitir que no se quiere ser madre, ya que implica ir “en contra de la naturaleza” y refleja un

²⁸ Las demandantes fueron víctimas de coacción reproductiva en la medida en que la conducta omisiva de los profesionales de la salud implicó ejercer un control sobre la salud reproductiva de estas.

²⁹ La decisión de ser madres es una de las decisiones más importantes que se toman en la vida. Por lo tanto, debe ser una decisión pensada, consciente e informada.

comportamiento egoísta. En efecto, todavía no se visualiza a las mujeres al margen de su rol de la maternidad (Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, n.d., parr. 7,8,12) . En tal sentido, las accionantes simplemente pedían que se le respetará la decisión que habían tomado de no tener más hijos.

3.6.7. ¿Por qué? ¿Cuál es la base de la situación?

Actualmente, en Colombia no existen condiciones que permitan a las mujeres determinar su vida reproductiva: hay elevados números de adolescentes embarazadas, trabas en el acceso a servicios como la anticoncepción de emergencia y el aborto por violación; violencia obstétrica y mujeres que mueren en el parto por motivos que se pueden prevenir. A las fallas estructurales del sistema de salud se suma el hecho de que las mujeres siguen ocupando un rol principal en las labores del hogar y de cuidado, las cuales cargan con esta falta de acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, que afecta de manera particular a quienes, de por sí, viven en condiciones de múltiple discriminación, como las niñas y adolescentes, las mujeres indígenas y las personas en situación de discapacidad (Grupo de Información en Reproducción Elegida [GIRE], 2018, p. 9).

La determinación de procrear o abstenerse de hacerlo incide directamente sobre el proyecto de vida de las mujeres, ya que es en sus cuerpos en donde tiene lugar el proceso de gestación y han sido históricamente despojadas del control sobre su cuerpo por parte de la familia, la sociedad, el Estado y los grupos armados ilegales (Sentencia T-627 de 2012). Desde luego, las mujeres pertenecen a uno de esos grupos de la sociedad que a lo largo de la historia han sido objeto de discriminación y el reconocimiento de sus derechos ha sido el resultado de un proceso lento de transformación social, política, legislativa y jurisprudencial.

Como es conocido, tradicionalmente la titularidad sobre el cuerpo de las mujeres les ha pertenecido a otros, su padre o familia elegían sobre él, eran guardianes de la virginidad, la cual sería cedida a quien fuera su pareja o esposo, quien también actuaría como su propietario. Así las cosas, la maternidad no se trataba de una elección, se concebía como un compromiso familiar y social que estaba atado al hecho de ser mujer, así como el hecho de

ser responsable del funcionamiento del hogar y del cuidado de los miembros de la familia (UNFPA, 2018, parr. 2).

Con los colectivos feministas, las mujeres reclamaron que merecían ser tratadas como personas, de manera que les otorgaran los mismos derechos de los que disfrutaban los hombres, lo cual no sólo se refería a la participación política, a mejores escenarios laborales, sino también, a algo primordial, el derecho a decidir sobre su propio cuerpo. La aparición de la anticoncepción tuvo un papel principal, ya que permitió que las mujeres tuvieran la facultad de elegir tener hijos, cuántos, con quién, y cuándo; hecho decisivo para la igualdad de género (UNFPA, 2018, parr. 3).

Cabe resaltar que las violaciones de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer por lo general están arraigados a las normas sociales en el ámbito de la sexualidad femenina. Las ideas patriarcales de los roles de la mujer en la familia implican que en muchas ocasiones se estime a las mujeres únicamente en virtud de su capacidad reproductiva. El matrimonio infantil, la mutilación genital femenina, el embarazo precoz o los embarazos continuos, tiene consecuencias desfavorables para la salud de la mujer, que en ocasiones resultan mortales. Adicionalmente, es habitual que la sociedad censure a las mujeres infértiles, por lo que son objeto de estigmatización y de diversas trasgresiones de derechos humanos (Naciones Unidas, 2014, p. 54).

3.6.7.1. Acceso a la información en materia reproductiva en el continente americano

Por otro lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (2011) ha corroborado que las mujeres en el continente americano enfrentan una serie de obstáculos para lograr el acceso a información sobre salud, especialmente en el ámbito de la salud sexual y reproductiva. Se reitera que las mujeres son quienes más limitaciones afrontan en el acceso a información en materia de salud y estas se intensifican cuando la información trata sobre cuestiones relacionadas con la salud sexual y reproductiva, lo cual es muy delicado, si se tiene en cuenta que el acceso a la información está asociado con la realización de otros derechos humanos, y por tanto la inobservancia de este derecho para las mujeres puede producir una vulneración generalizada de sus derechos (p. 1).

Ciertamente, la CIDH (2011) ha establecido que el pleno goce de los derechos humanos de las mujeres no es posible de lograr sin un acceso oportuno a servicios integrales de atención en salud, así como a información y educación en la materia para que las mujeres adopten decisiones autónomas, motivadas y responsables respecto a la sexualidad y reproducción, incluyendo la planificación familiar. En esta misma línea, este órgano señala que el derecho de las mujeres a acceder a la información en materia reproductiva hace surgir una obligación positiva en cabeza del Estado colombiano, por las limitaciones que acostumbran a tener la población femenina, particularmente, las mujeres rurales, pobres, indígenas, afrodescendientes y las migrantes, situación que restringe sus posibilidades de estimular su potencial y sus habilidades (pp. 3-13). En este sentido, se comprende que la falta de información acerca de los métodos anticonceptivos conlleva una falta de control sobre sus vidas y entornos, que implica que las mujeres procreen en contra de su voluntad y esa imprevista situación provoca inevitablemente una serie de frustraciones sociales y personales en la medida en que sus proyectos de vida cambian radicalmente.

Por otro lado, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer [CEDAW] (1999), ha enfatizado en que las mujeres adultas y las adolescentes en muchos países en desarrollo carecen de acceso suficiente a la información y los servicios necesarios para garantizar la salud sexual. Dicha afirmación es particularmente relevante en el caso de mujeres y adolescentes que se encuentran en situación de exclusión y especial vulnerabilidad. Por lo tanto, ha sostenido que los Estados deben garantizar sin prejuicio ni discriminación, el derecho a la información, educación y servicios sobre salud sexual para todas las mujeres. En particular, la CEDAW ha señalado la obligación de los Estados de garantizar información y servicios necesarios para abarcar cuestiones relativas al VIH/SIDA y otras enfermedades transmitidas por contacto sexual, incluso información y orientación detallada sobre todos los métodos de planificación familiar (parr. 28).

De igual modo, los Estados Parte deben interpretar e implementar las medidas sobre la atención en salud que abarcan los derechos de la mujer, de manera diferencial, es decir, desde el punto de vista de los intereses propios de la mujer, ya que en la asistencia sanitaria se debe

tener en cuenta los factores exclusivos de la mujer en relación con el hombre, como los siguientes:

a) Factores biológicos que son diferentes para la mujer y el hombre, como la menstruación, la función reproductiva y la menopausia.

b) Factores socioeconómicos que son diferentes para la mujer en general y para algunos grupos de mujeres en particular. Por ejemplo, la desigual relación de poder entre la mujer y el hombre en la familia y en el lugar de trabajo puede repercutir de manera negativa en la salud y la nutrición de la mujer. Las distintas formas de violencia de que ésta pueda ser objeto pueden afectar a su salud. Las niñas y las adolescentes con frecuencia están expuestas a abuso sexual por parte de parientes y hombres mayores; en consecuencia, corren el riesgo de sufrir daños físicos, psíquicos y embarazos no deseados. Algunas prácticas culturales, como la mutilación genital de la mujer, implican también un alto riesgo de muerte y discapacidad.

c) Entre las variables psicosociales que son diferentes para el hombre y la mujer se encuentra la depresión en general y la depresión en el período ulterior al parto en particular, así como otros problemas psicológicos, como los que producen trastornos del apetito, tales como anorexia y bulimia.

d) La divulgación de la información confidencial afecta tanto al hombre como a la mujer, pero puede desincentivar a la mujer de buscar asesoramiento y, por ende, afectar negativamente su salud y calidad de vida. En consecuencia, la mujer estará menos dispuesta a obtener atención médica para tratar enfermedades de los órganos genitales, emplear métodos anticonceptivos o atender casos de abortos defectuosos, y de violencia sexual (CEDAW, 1999, parr. 12)³⁰.

3.6.7.2. Derechos sexuales y reproductivos en el sector rural

Desde una perspectiva más general, se resalta que el proceso de reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos consagrados en la normatividad nacional e internacional es más lento en las zonas rurales de Colombia, si se compara con el centro urbano. Se manifiesta que esta divergencia denota a simple vista una debilidad institucional de los

³⁰ El derecho a la intimidad de las mujeres que voluntariamente interrumpen su embarazo se encuentra permanentemente en riesgo. Un ejemplo de esto son los casos donde profesionales de la salud o jueces, sin conocer si están cometiendo un delito, divulgan sus datos personales o hasta las denuncian. Para el 2016 existían alrededor de 1.604 procesos penales abiertos en contra de mujeres que se realizaron abortos, y que, de acuerdo con el Fiscal General de la Nación, llegaron en su mayor parte a la Fiscalía por las acusaciones de los mismos galenos que asistieron a estas mujeres (Chaparro González, N., Guzmán, D. E., & Rojas Castro, S. (2018). *Lo que no debe ser contado Tensiones entre el derecho a la intimidad y el acceso a la información en casos de interrupción voluntaria del embarazo*).

municipios de la periferia. En particular, en estos territorios la situación de la mujer rural es degradante e indigna debido a que la población femenina que desconoce la existencia del derecho al aborto es innumerable, el derecho a la autodeterminación reproductiva aún se encuentra supeditado a las normas culturales sobre la maternidad y aún subsiste una cultura machista que tiene una influencia directa sobre el ejercicio de la libertad sexual y reproductiva de las mujeres. Incluso, en estas zonas los grupos armados ilegales han desarrollado tácticas de dominación concentradas en los cuerpos de las mujeres (Dávila et al., 2018, sec. introducción).

Desde luego, la población rural femenina que ha vivido en zonas con escasa presencia del Estado, mortificada por el conflicto, abrumada por la violencia de género y oprimida por masculinidades violentas, son quienes llevan las obligaciones más intensas de la procreación, de la planificación familiar, de la crianza, de la maternidad, y son quienes se ven más afectadas por la no disponibilidad y la falta de acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva. Paralelamente, los imaginarios culturales sobre las creencias de género y el goce de la autonomía sexual y reproductiva son circunstancias que tienen repercusiones desmedidas sobre las mujeres campesinas (Dávila et al., 2018, p. 16). Lo anteriormente mencionado, incide de manera negativa en la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres que residen en el campo, considerando que muchas nunca han tenido acceso a métodos de planificación familiar, lo que impide que estas tengan el control pleno sobre su sexualidad (Kanem, 2018, parr. 1).

La insuficiente garantía de derechos fundamentales y de servicios básicos ha tenido espinosas consecuencias en el progreso de quienes viven en las zonas periféricas del país, secuelas que tienen un efecto diferenciado en el caso de las mujeres, ya que les impide realizar su proyecto de vida de manera autónoma, pues es un denominador común los embarazos periódicos no planeados, lo cual revela que los cuerpos de las mujeres se encuentran al servicio de los hombres y de la institucionalidad, es decir, allí las mujeres no son agentes de sus propios destinos (Jaramillo Sierra, 2019a, parr. 8).

La evidencia de la investigación reciente muestra como el fenómeno de la debilidad del Estado es un factor explicativo del déficit de los derechos sexuales y reproductivos entre las pobladoras del campo. Si apelamos a un ejemplo, Dávila et al. (2018) refiriéndose a la

situación en Montes de María, sostienen que el conflicto configuró un enfoque característico de los derechos sexuales y reproductivos por medio de prácticas hostiles, en la medida en que los grupos al margen de la ley se apropiaron de los cuerpos de la mujer, despreciaron su autonomía, sus decisiones concernientes a la reproducción, la sexualidad y el papel que quieren ejecutar en la vida (p. 47).

3.6.7.3. Las mujeres rurales en el conflicto y posconflicto

Como lo señala el documento denominado *Posconflicto y Violencia Sexual*, en particular, Arauca fue una de las regiones con las tasas más altas de violencia sexual entre 2008 y 2017. En efecto, cuatro de los municipios que conforman esta región (Araucita, Fotul, Saravena, Tame) hacen parte de los territorios priorizados para la formulación de políticas en el marco del proceso de justicia transicional. Además, esta región se encuentra en alto riesgo de violencia sexual por parte de los grupos armados ilegales que en la actualidad tienen presencia en la zona (Bautista Revelo et al., 2018, pp. 21–27).

Lo anterior, permite inferir que la vulneración de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en el espacio público se incrementa con la presencia de los actores armados. Además, la violencia en el espacio privado, efectuada por familiares, es incesante y la cantidad de mujeres víctimas de los tipos de violencia sexual tocantes con el control de la vida social, la violación, el servicio doméstico, el embarazo, la anticoncepción, el aborto y la prostitución forzada es mayor para quienes el agresor es un familiar (Sánchez Gómez et al., 2017, p. 19).

En suma, los municipios incluidos en los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) comparten dos rasgos elementales que los hacen frágiles y proclives a forjar escenarios de impunidad y pasividad frente a delitos como la violencia sexual. Por una parte, se trata de municipios en los que la presencia de actores armados ha sido un factor invariable a lo largo de la historia, lo que ha supuesto en muchas ocasiones, la convivencia cotidiana de la población civil con órdenes de género armados que emplean la violencia sexual como herramienta de escarmiento y opresión. Por otra parte, los municipios PDET además se han distinguido por los altos índices de pobreza, economías ilícitas y por la debilidad institucional

para responder a las necesidades en derechos y servicios básicos para las poblaciones que allí residen.

Así las cosas, los casos de violencia sexual en los territorios PDET han sido altísimos, ya que, por un lado, la tesis del continuum de violencia sexual revela cómo, a pesar de que la guerra impone unas lógicas de género particulares de órdenes armados, estas se cruzan continuamente con los órdenes de género cotidianos que generan impunidad y permisividad a la violencia sexual. Por otro lado, la doctrina comparada que analiza el comportamiento de la violencia sexual en contextos de posconflicto ha señalado la predisposición a que estos casos incrementen una vez los grupos armados dejan las armas. En relación con el continuum de la violencia sexual, el caso colombiano muestra que, por un lado, la guerra impuso unas lógicas de género particulares que no se limitan a las dinámicas de violencia de género de la cotidianidad. El establecimiento de órdenes de género armados para intimidar a las localidades, el uso del cuerpo como un instrumento para pelear el territorio con el adversario, y las diversas formas en que los actores armados etiquetaron los “cuerpos desagradables” o “no queridos”, son algunas de las particularidades señaladas por el Centro Nacional de Memoria Histórica y por numerosas organizaciones de mujeres como usos de la violencia sexual en la guerra. Por otro lado, el hecho de que el comportamiento de la violencia sexual en los territorios más azotados por el conflicto armado ha sido continuo e intenso tanto en tiempos de conflicto y de no conflicto (Bautista Revelo et al., 2018, p. 28-30).

En este sentido, las personas que han cohabitado en Colombia de forma cotidiana con la guerra han naturalizado órdenes de género extremadamente bélicos en los que la autoridad y la virilidad se exteriorizan por medio del ejercicio de poder excesivo y de las armas. Esas son las masculinidades estimadas y exigidas por las comunidades en tiempos de guerra, y suprimirlas para que se adecuen a contextos de paz es un desafío complicado. Este escenario perjudica de forma específica a las mujeres campesinas, que son quienes han experimentado con mayor severidad las repercusiones del conflicto armado y quienes, se encuentran en una situación de alto riesgo de violencia sexual y de la permanencia prolongada de otro tipos de agresiones en sus vidas cotidianas (Bautista Revelo et al., 2018, p. 34-60).

En definitiva, a pesar de los estándares fijados por las disposiciones normativas, subreglas jurisprudenciales, tratados internacionales de derechos humanos sobre el acceso a los

servicios de salud sexual y reproductiva, aún persisten prejuicios, patrones culturales y normas sociales en el personal de salud que presta el servicio en las zonas de la periferia, en particular, los que surgen en razón del género, contra los principales usuarios de este tipo de servicios, que son las mujeres. Por lo tanto, no es raro encontrar una disponibilidad inadecuada de servicios y actitudes negativas por parte de los prestadores de servicios de salud que impiden que las mujeres rurales obtengan información precisa, servicios confidenciales o que empleen métodos anticonceptivos de forma eficaz.

Se quiere con ello significar que, esta precariedad del sistema de salud plantea amenazas particulares para las mujeres en situación de vulnerabilidad como las que se encuentran en condición de pobreza o que viven en entornos rurales. Se reitera que la anticoncepción es fundamental para permitir que las personas tomen decisiones sobre su autonomía reproductiva. Es por ello, que los Estados deben garantizar el acceso a la información y los servicios anticonceptivos como una medida esencial para que las personas puedan evitar embarazos no deseados que podrían tener un alto impacto en sus vidas y en su salud (Center for Reproductive Rights, 2020, parr. 5). Se plantea entonces, que los métodos anticonceptivos hacen parte de los servicios de salud reproductiva que las mujeres colombianas pueden decidir libremente, al menos en el papel.

3.6.7.4. Las mujeres y la precariedad económica

Es importante acotar que las mujeres rurales pasan gran parte del tiempo trabajando en el campo y cuidando de los niños más pequeños o de parientes enfermos, no obstante, su trabajo no es pagado y la relevancia de lo que hacen no se identifica en absoluto. Las mujeres trabajan en el sector informal, usualmente en labores arriesgadas y mal pagadas, en las que se desconoce sus garantías laborales (Amnistía Internacional, 2009, p. 11).

Generalmente, las mujeres son objeto de discriminación múltiple: las discriminan por ser mujeres y por formar parte de un grupo en situación de vulnerabilidad. Las mujeres que se encuentran en una situación económica precaria también se afrontan a discriminación estrictamente por su pobreza. Este tipo de discriminación compuesta está intrínsecamente ligada con la violencia contra las mujeres: define el tipo de violencia que soportan, y en algunas circunstancias hace que estén más propensas a convertirse en foco de ciertas formas

de violencia por ubicarse en una posición social menos favorable que otras mujeres y porque sus agresores saben que es menos probable que denuncien las agresiones o pidan asistencia legal. Es así como la discriminación a la que se enfrentan las mujeres con frecuencia hace que queden excluidas del acceso a la justicia o los servicios de salud, una marginación que procede de la necesidad y a su vez la hace afianzar aún más. Muchas mujeres que viven en condiciones de pobreza no tienen acceso a los servicios de salud porque no pueden pagarlos o no pueden sufragar el transporte hasta los hospitales. Otras se enfrentan a una serie de obstáculos porque son analfabetas, no hablan el idioma oficial o no han recibido la información que requieren (Amnistía Internacional, 2009, p. 18), lo que en ocasiones hace que los embarazos aumenten porque muchas mujeres no tienen acceso a métodos de planificación familiar, a pesar de que lo único que desean es una vida sin hijos.

Ciertamente, una de esas causas de esta problemática es el legado patriarcal, de conformidad con la cual, se ha creído que el rol de la mujer concierne especialmente al ámbito privado. Una de las consecuencias nefastas de esta creencia es que mujeres competentes, preparadas para involucrarse en la esfera pública, sean “invisibles” (Jaramillo Sierra, 2019b, p. 71), y deban aceptar una maternidad forzada, de la cual siempre estarán arrepentidas.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en Sentencia C-335 ha indicado que:

La discriminación y la violencia contra la mujer están a su vez fundados sociológicamente en prejuicios y estereotipos de género que han motivado la idea de la independencia, dominancia, agresividad, e intelectualidad del hombre y de la emotividad, compasión y sumisión de la mujer, situación que ha causado una desafortunada discriminación de las mujeres en roles intelectuales y de liderazgo que históricamente ha sido reforzada mediante la violencia, a través de la agresividad masculina aprendida en la infancia como estereotipo y luego desarrollada como forma de dominación (2013).

En definitiva, si apelamos a las reclamaciones por anticoncepción fallida, se tiene que algunas de las accionantes son mujeres rurales con grandes necesidades económicas, las cuales ya son madres de varios hijos y no deseaban tener más. Una de ellas reside en Tame, Arauca. Este punto es muy importante porque como se expuso, corresponde a un municipio priorizado por ser de los territorios más afectados por el conflicto armado, lo cual nos permite inferir que la accionante experimentó la guerra de cerca y sobrevivió a distintas formas de violencia que irrumpieron en su territorio. Aquí es donde debemos preguntarnos si esta sufrió la guerra en su propio cuerpo, si fue víctima de desplazamiento forzado, si le asesinaron a algún

familiar o si es la propietaria de la tierra en la que vive. El hecho de vivir especialmente en dicho municipio aumenta la posibilidad de sufrir pobreza y discriminación interseccional, como en efecto ocurre con dicha accionante.

En efecto, el ejercicio anterior permite verificar que en las reclamaciones por anticoncepción fallida efectivamente existe una relación desigual de poder entre las accionantes y los médicos adscritos a los hospitales públicos demandados, en donde quedó en evidencia que las decisiones que afectan el cuerpo de la mujer les fueron arrebatados al suministrar información incompleta en lo relativo a la contracepción, lo que derivó en embarazos sin consentimiento. Además, quedó demostrado que poder decidir sobre la salud, el cuerpo y la vida sexual es un derecho fundamental que se encuentra en cabeza de cada mujer accionante.

Así las cosas, se sugiere que todo administrador de justicia al analizar las reclamaciones por anticoncepción fallida emplee como estrategia principal la resolución de cada uno de los interrogantes que fueron presentados con el ánimo de aplicar un adecuado enfoque diferencial de manera interseccional, en la medida en que sin duda traza el camino para descubrir una verdadera situación de vulnerabilidad o discriminación de género en los casos de un embarazo no deseado. Comenzar con el estudio de estos interrogantes permite realizar un análisis de “abajo a arriba” enfocado en las violaciones de los derechos sexuales y reproductivos que sufren las mujeres en situación de desventaja. Los interrogantes que fueron presentados permiten comprender que la decisión de ser madre se encuentra ligada a vivencias externas derivadas del contexto social de las demandantes y que se trata de una decisión que debe ser ejercida de manera libre e informada. Por lo tanto, resulta pertinente reiterar que el análisis interseccional posibilita resolver situaciones de discriminación, ya que permite entender la realidad de las personas e interpretar la norma de acuerdo con esa realidad.

3.7. Propuesta de solución: Reparación transformadora

Se considera que los casos de anticoncepción fallida ameritan una reparación transformadora³¹, la cual no solo resarza el daño, sino que ajuste los estereotipos y

³¹ En términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

costumbres que perpetúan la discriminación contra la población femenina, es decir, que tenga un efecto correctivo. De esta manera, el administrador de justicia debe incorporar un enfoque género en perspectiva interseccional desde el análisis del daño lo que le permitirá decretar medidas de reparación congruentes con dicho estudio respondiendo a cada uno de los rasgos específicos de las demandantes y propiciando así, una superación de la norma social que identifica a la mujer con el ser madre. En todo caso, se manifiesta que la reparación debe ser proporcional a la gravedad de las violaciones y del daño sufrido. Lo que implica que no puede haber una única forma de reparación igual para todas las mujeres que quedan en embarazo de forma no deseada, pues esta dependerá de las necesidades propias de cada una (Bolaños & Flisi, 2017, p. 10-24, 30). Inexcusablemente tanto el daño moral como el daño patrimonial deben ir fusionados si se pretende una reparación integral del daño. Además, del daño moral procede también la indemnización por la lesión meramente económica, en la medida en que el sostenimiento de un hijo implica un alto costo que no todos los padres pueden sufragar y el hecho de que un hijo llegue de forma no deseada incrementa la precariedad económica de la familia.

Llegados a este punto, una adecuada fundamentación jurídica de las reclamaciones por anticoncepción fallida desde un enfoque de género en perspectiva interseccional implica contemplar un “subsidio por maternidad” mensual³² con el propósito principal de compensar el tiempo que no trabajaron las madres durante el periodo de gestación y después del parto³³ o compensar el tiempo que interrumpieron su proyecto de vida por motivo de la maternidad no deseada.

Se trata de un apoyo económico que corresponde a un monto de dinero que se pagaría de manera mensual en retribución al tiempo que dedican al trabajo doméstico, de cuidado y crianza del hijo que nació producto de la anticoncepción fallida o que compensa el hecho de no poder desarrollar una actividad remunerada o por realizarla en menor medida de lo que hubieran querido. Lo anterior se acompasa con la realidad social pues las mujeres realizan mayores actividades no remuneradas e informales, perciben un salario inferior al hombre, lo

³² Es una compensación económica “con sentido”, pues permite encauzar la vida de las madres y persigue la independencia económica, dinero que podrán emplear para el sostenimiento del hijo no deseado, gastos médicos y pagar los estudios que habían abandonado por el hecho del embarazo, lo cual no implica un enriquecimiento para la demandante.

³³ Además, reemplaza la licencia de maternidad en caso de que las mujeres que encuentren desempleadas.

cual tiene un impacto en la imposibilidad de generar ingresos propios o suficientes con el acaecimiento del estado de embarazo. En últimas lo que se pretende es crear un entorno propicio para que las mujeres desarrollen el proyecto de vida que anhelaban antes del embarazo.

Esta protección económica³⁴ se encuentra dirigida únicamente a madres que se encuentren atravesando problemas económicos, de manera que guarde una relación entre la calidad de vida de la persona y su realidad social. Esta suma dineraria que se propone le permitirá a la mujer redireccionar de nuevo el proyecto de vida que se había trazado de manera previa al embarazo no deseado, interrupción que en todo caso no se encontraba obligada a soportar por la autonomía corporal de la cual es titular. De ahí que se propicia un restablecimiento de la esfera económica en consonancia con el concepto de proyecto de vida.

En definitiva, es evidente que las mujeres son las que predominantemente y de forma gratuita se hacen cargo de las labores del cuidado del hogar -de los niños- lo cual es fundamental para garantizar el bienestar de los infantes. En consecuencia, la dificultad de conciliar la maternidad con el trabajo genera un costo en la oportunidad de la mujer de acceder al mercado laboral y a un trabajo decente, por lo que termina accediendo a trabajos en condiciones de salarios bajos, informalidad y desigualdad respecto del contexto y condiciones laborales de la población masculina, lo que en últimas les impide alcanzar una situación económica más adecuada.

Se aclara, que esta propuesta de solución no pretende ser comprensiva ni conclusiva, sino que ofrece una fuente de inspiración para que los jueces conciban medidas interseccionales y transformadoras conforme con las realidades de las mujeres que procrean en contra de sus deseos y sin consentimiento.

3.8. Conclusión

³⁴ Cuando el padre sea el demandante según la tesis expuesta no tendría derecho al reconocimiento del “subsidio por maternidad”, ya que no se evidencia la necesidad de implementar una medida compensatoria del cuidado no remunerado. El hombre no debe suspender su actividad laboral ante el nacimiento de un hijo no deseado, como si ocurre en el caso de las mujeres quienes tienen que conciliar la vida familiar con la laboral.

Las reclamaciones por anticoncepción fallida son un caso de género que ameritan tener como base un adecuado enfoque de género en perspectiva interseccional, si se tiene en cuenta que se trata de situaciones que revelan relaciones de poder y la existencia de normas culturales sobre la maternidad que condicionan las providencias judiciales que resuelven este tipo de casos. Asimismo, se parte del supuesto de que la pobreza entorpece el derecho a decidir sobre el propio cuerpo de forma libre y autónoma.

A pesar de lo anterior, quedó en evidencia que las providencias del Consejo de Estado que se han pronunciado sobre las reclamaciones por anticoncepción fallida no tienen como base una adecuada perspectiva de género, en especial, se evidencia que han omitido acudir a una perspectiva de análisis que le permita visibilizar las dinámicas de discriminación que han sufrido las mujeres a lo largo de la historia, análisis que deben comprender necesariamente el enfoque interseccional. Aunque las mujeres son un colectivo históricamente marginado el Consejo de Estado no realizó un abordaje ajustado a sus necesidades y características.

En la presente investigación se ubica en un primer plano al enfoque diferencial, como aquella réplica al reconocimiento de que un embarazo no deseado impacta de manera diferente y desproporcionada a las mujeres y sectores sociales más indefensos. Las vulneraciones diferenciadas o desmedidas exigen del estado intervenciones diversas, ajustadas al daño y concretas según el grupo de personas afectadas, lo que permitirá garantizar los derechos fundamentales y dignificar a los accionantes en sus proyectos de vida. Por otro lado, como se ha manifestado la interseccionalidad se posiciona como un instrumento metodológico que ayuda a optimizar este proceso de respuesta diferencial y a modificar el contexto de discriminación estructural que surge en la prestación de los servicios de salud derivado del rol de reproducción que recae en las mujeres, como es el caso de la coacción reproductiva. Esta investigación mostró cómo el análisis interseccional aporta a la implementación del enfoque de género y a la determinación de una reparación apropiada, que responda congruentemente a las afectaciones diferenciales que sufre las mujeres posibilitando así recobrar su dignidad (Bolaños & Flisi, 2017, pp. 8–9), si se tiene en cuenta que los embarazos no deseados se inscriben en contextos complejos.

Es así como en los fallos judiciales, se aboga por la implementación de una medida positiva que permita compensar el tiempo en el que las mujeres interrumpieron su proyecto de vida por garantizar el cuidado del hijo producto de una concepción no querida, esta compensación resolverá las desventajas económicas que perjudican las oportunidades de aquellas mujeres que se ubican en la intersección entre varias desigualdades específicas, lo que permite dignificarlas en su singularidad y fortalecer su plan de vida. Además, permitirá aligerar la sobrecarga del trabajo de cuidado al poder costear un centro infantil.

La interseccionalidad se encuentra atada con el enfoque de género y lo complementa. De hecho, la interseccionalidad se alinea con los objetivos del enfoque de género. Los dos son herramientas analíticas que permiten mejorar la construcción de las providencias judiciales que giran en torno a la anticoncepción fallida al acudir a un enfoque más sistemático y comprensivo. Es así como la interseccionalidad nutre los enfoques diferenciales, ya que contribuye a que ninguna de las categorías de enfoque diferencial que coinciden en una persona quede ensombrecida por otra; incrementando la comprensión de las exigencias de la población, integrando en el análisis variados elementos de diferencia e incluyendo un estudio de las discriminaciones estructurales y sus interrelaciones (Bolaños & Flisi, 2017, pp. 18-19).

En suma, los casos de anticoncepción fallida no será posible abordarlo adecuadamente, si la administración de justicia continúa enfocándose en la homogenización de las experiencias femeninas y en un prototipo de mujer (perteneciente al grupo dominante) sin tener en cuenta el contexto social, histórico, político y cultural en el que ocurre la consulta de planificación familiar y la consiguiente concepción no querida. Finalmente, lo que se propone es una forma de lectura particular para este tipo de reclamaciones, en particular se refiere a una lectura y a un diagnóstico interseccional que evitará que se perpetúen los prejuicios sociales en materia de salud sexual y reproductiva y el binomio mujer-madre³⁵.

³⁵ Algunas de los estereotipos sobre la maternidad que las mujeres ya no quieren escuchar: “Ninguna madre se arrepiente de haber tenido a su bebé; tener un bebé es lo más importante en la vida; las mujeres que rechazan ser madres son egoístas; si el marido desea ser padre, su mujer le debería darle un bebé (Murnau, M. [@feministailustrada]. (2021, septiembre). *Creencias sobre la maternidad que muchas mujeres se han cansado de escuchar* [Fotografía]. Instagram. https://www.instagram.com/p/CTcBQ6eImfE/?utm_medium=copy_link).

4. Conclusiones

Como quedó en evidencia, se hizo un rastreo tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como en el Consejo de Estado empleando los términos “Anticoncepción fallida”, “Concepción no querida”, “wrongful conception”, “Concepción como daño”, “Nacimiento no deseado”, sin embargo, sólo se encontraron sentencias que resolvieran este tipo acciones en el Consejo de Estado.

Es así, como se encontró que en los últimos años el Consejo de Estado ha dictado tres sentencias relacionadas con las reclamaciones por anticoncepción fallida, siendo la del año 2016 el fallo pionero que se pronunció de manera expresa sobre este tipo de demandas, adoptando la tesis amplia, la cual indica que el daño reparable corresponde a la vulneración de la libertad reproductiva. En este sentido, el Consejo de Estado ha acudido a un enfoque de derechos para resolver las reclamaciones por anticoncepción fallida, pero de la lectura de las tres providencias judiciales no es claro si el fundamento jurídico que ha empleado esta Corporación tiene como base una adecuada perspectiva de género.

A simple vista, es posible creer que en los casos de anticoncepción fallida se ha juzgado con perspectiva de género, ya que el Consejo de Estado reconoce que las mujeres se ven especialmente afectadas cuando ocurre un embarazo no deseado y que el no brindar de información en materia reproductiva constituye una forma específica de discriminación de género en la medida en que interfiere con el derecho de la mujer a tomar decisiones en relación con la cantidad de hijos que desea. Sin embargo, se detectó que el Consejo de Estado a lo largo de la sentencia no empleó el término “perspectiva de género” ni “enfoque de género”.

El Consejo de estado tampoco no aludió a la noción de interseccionalidad o enfoque interseccional, ni al concepto de enfoque de género en perspectiva interseccional, ni se detuvo a analizar a partir de una perspectiva de género, cómo los derechos humanos de las mujeres, especialmente de aquellas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, se ven afectados ante un embarazo no deseado en virtud de una anticoncepción fallida, lo cual resulta fundamental en la medida en que una anticoncepción fallida envuelve efectos diferenciados sobre la vida de las mujeres, principalmente la de aquellas en contextos de

mayor vulnerabilidad por condiciones de género, clase, nacionalidad, raza, etnia, edad y migración. También, se encontró que esta Corporación no valoró la situación y calidad de los demandantes, de manera que no verificó si en los casos concretos se encontraban una serie de elementos que determinarán formas particulares y concretas de vulnerabilidad.

Así las cosas, se evidencia que el Consejo de Estado ha empleado una limitada perspectiva constitucional a la hora de resolver las reclamaciones por anticoncepción fallida. Por lo tanto, se vio la necesidad de elaborar una teoría de la perspectiva de género que permitiera resolver este tipo de reclamaciones teniendo como base una adecuada perspectiva de género.

La teoría desarrollada en el presente trabajo es una teoría amplia de la perspectiva de género que se alimentó de las contribuciones realizadas por parte de la Corte Constitucional, la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial y la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Se cataloga como una teoría novedosa porque fusiona la perspectiva de género con el criterio de la interseccionalidad. Se trata entonces, de una teoría de la perspectiva de género que sostiene un discurso feminista interseccional que supera el análisis meramente unidimensional, pues no centra la mirada exclusivamente en el género porque la opresión de género trata a todas las mujeres como si fueran iguales y la realidad indica que el género no es el único factor que afecta a las mujeres que crecen en medio del sexismo, racismo, capitalismo y clasismo.

En esta línea, una adecuada fundamentación jurídica de las reclamaciones por anticoncepción fallida requiere abogar por un feminismo antiesencialista de género que reconozca más de un eje de opresión, de manera que emplee un enfoque de la justicia reproductiva fusionado con un enfoque de género en perspectiva interseccional. Resulta fundamental que en el discurso feminista del juez integre no sólo el género, sino también la clase, la raza y demás identidades que hace parte inherente de la mujer.

En consecuencia, a la hora de fallar las reclamaciones por anticoncepción fallida resulta fundamental implementar acciones que tengan en cuenta los rasgos y necesidades específicas de cada una de las mujeres intervinientes, es decir, implica una intervención focalizada que examine no sólo el género del actor sino también la raza, nacionalidad, clase, nivel educativo,

estatus socio económico como características diferenciales de las personas, que en un momento histórico, social y cultural concreto pueden incrementar la carga de desigualdad, provocando experiencias marcadamente disímiles entre los individuos. En tales circunstancias, cuando un juez deba resolver un caso de una paciente que quedó en estado de embarazo de forma no deseada debido a que el profesional de la salud no le informó que existía la posibilidad de un embarazo en caso de que fallara el método de anticoncepción, debe ubicar en un primer plano a la paciente y analizar la intersección entre varios ejes de acuerdo con el contexto de la misma, lo cual podría configurar una forma específica de discriminación.

Esta esta misma línea, es dable concluir que las reclamaciones por anticoncepción fallida son un caso de género que ameritan tener como base un adecuado enfoque de género en perspectiva interseccional, si se tiene en cuenta que se trata de situaciones que revelan relaciones de poder y la existencia de normas culturales sobre la maternidad que condicionan las providencias judiciales que resuelven este tipo de casos. Asimismo, se parte del supuesto de que la pobreza entorpece el derecho a decidir sobre el propio cuerpo de forma libre y autónoma.

Esta investigación mostró cómo el análisis interseccional aporta a la implementación del enfoque de género y a la determinación de una reparación apropiada, que responda congruentemente a las afectaciones diferenciales que sufre las mujeres posibilitando así recobrar su dignidad (Bolaños & Flisi, 2017, pp. 8–9), si se tiene en cuenta que los embarazos no deseados se inscriben en contextos complejos.

Finalmente, en las sentencias judiciales, se aboga por la implementación de una medida positiva que permita compensar el tiempo en el que las mujeres interrumpieron su proyecto de vida por garantizar el cuidado del hijo producto de una concepción no querida, esta compensación resolverá las desventajas económicas que perjudican las oportunidades de aquellas mujeres que se ubican en la intersección entre varias desigualdades específicas, lo que permite dignificarlas y respetar su plan de vida.

Referencias

- Amnistía Internacional. (2009). *La trampa del género: Mujeres, violencia y pobreza*.
<https://www.amnesty.org/en/documents/act77/009/2009/en/>
- Arias-García, F., & López-Martínez, M. A. (2014). Responsabilidad del estado por anticoncepción fallida: Estudio de caso sobre el ajuste de paradigmas. *Revista Principia Iuris*, 22(22), 87–106.
http://www.henrry.tipica.org/xwuqiwajlhasdf7985644Tipica2/pdf/N2V3_canon_e_es_tudio_caso_barras_bravas.pdf
- Association for Women’s Rights in Development [AWID]. (2004). Interseccionalidad: Una herramienta para la justicia de género y la justicia económica. *Derechos de Las Mujeres y Cambio Económico*, 9, 1–8.
https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/nterseccionalidad_-_una_herramienta_para_la_justicia_de_genero_y_la_justicia_economica.pdf
- Ayala-real, L. G., & Sánchez Díaz, G. (2004). Identidades masculinas y la salud de las mujeres. *Perinatol Reprod Hum*, 18(1).
- Bautista Revelo, A. J., Capacho Niño, B., & Martínez Osorio, M. (2018). *Posconflicto y violencia sexual: La garantía de la interrupción voluntaria del embarazo en los municipios priorizados para la paz*. Dejusticia. <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2018/02/Posconflicto-y-violencia-sexual.pdf>
- Blog Hakuna Matata. (n.d.). *¿Qué es un proyecto de vida? Cómo se hace y su importancia*. Retrieved March 24, 2021, from <https://www.hakunamatata.com.co/blog-hakuna-matata/psicologia/proyecto-de-vida/>
- Bolaños, T., & Flisi, I. (2017). *Enfoque diferencial e interseccional* (Fundación Max Planck para la Paz Internacional y el Estado de Derecho – Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (ed.)).
<https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/enfoquedi ferencialeinterseccional.pdf>
- Cartabia Groba, S. (2015). *Justicia reproductiva: Corte IDH, “Caso artavia murillo y otros (fertilización in vitro) vs. costa rica”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 noviembre de 2012, serie c n° 257*. chrome-

- extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.corteidh.or.cr%2Ftablas%2Fr34449.pdf&clen=117114&chunk=true
- Center for Reproductive Rights. (2020, June 4). *Los servicios de salud sexual y reproductiva son esenciales durante la pandemia de Covid-19*.
<https://reproductiverights.org/los-servicios-de-salud-sexual-y-reproductiva-son-esenciales-durante-la-pandemia-de-covid-19/>
- Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. (n.d.). *Mujeres que no quieren ser madres cargan prejuicios*. Retrieved April 24, 2021, from
<http://www.humanas.cl/mujeres-que-no-quieren-ser-madres-cargan-prejuicios/>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos*.
https://www.cidh.oas.org/pdf_files/mujeresaccesoinformacionmateriareproductiva.pdf
- Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial [CNGRJ]. (2013). *Política Pública en salud sexual y reproductiva con perspectiva de género y reflexiones sobre el lugar de lo femenino*. <https://videoteca.ramajudicial.gov.co/Fuente/Detalle/2854>
- Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial [CNGRJ], & Consejo Superior de la Judicatura. (2016). *Criterios de Equidad para una administración de Justicia con perspectiva de género*.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW). (1999). *La Mujer y La Salud: Recomendación General 24* (Vol. 24).
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1280.pdf?view=1>
- Connell, R. W. (1995). *Masculinities*. University of California Press.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (2019). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 14: Igualdad y no discriminación*. https://www.lai.fu-berlin.de/disziplinen/gender_studies/miseal/publicaciones/pub_dateien/GuaDesdeUnEnfoqueInterseccional-MISEAL_F.pdf
- Dávila, M. X., Martínez, M., & Chaparro, N. (2018). Un camino truncado: Los derechos sexuales y reproductivos en Montes de María. *Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Documentos 46*, 1–112.
<https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2019/01/DD-46->

MONTESDEMARIA-WEB-2-1.pdf

- Dejusticia. (n.d.). *¿Qué son los Derechos Sexuales y Reproductivos?* Retrieved March 23, 2021, from <https://www.dejusticia.org/especiales/derechos-sexuales-reproductivos/>
- Facio, A. (1999). *Género y Derecho*. <http://fundacionjyg.org/wp-content/uploads/2018/05/Genero-y-Derecho.pdf>
- Faur, E. (2004). *Masculinidades y desarrollo social: Las relaciones de género desde la perspectiva de los hombres*.
- Fondo de Población de las Naciones Unidas [UNFPA]. (2018, July 11). *La Anticoncepción es un Derecho Humano Sexual y Reproductivo*. [https://colombia.unfpa.org/es/news/la-anticoncepción-es-un-derecho-humano-sexual-y-reproductivo](https://colombia.unfpa.org/es/news/la-anticoncepcion-es-un-derecho-humano-sexual-y-reproductivo)
- Fondo de Población de las Naciones Unidas [UNFPA Colombia]. (2021). *Profesionales de enfermería, claves para reducir las brechas en salud sexual y reproductiva en Colombia*. Noticias. <https://colombia.unfpa.org/es/news/profesionales-de-enfermeria-claves-para-reducir-las-brechas-en-salud-sexual-y-reproductiva>
- Forward Together, Coalición de California por la Libertad Reproductiva, California Latinas for Reproductive Justice, Organización para la Oportunidad y Derechos Reproductivos para las Latinas en Colorado, & Instituto Nacional de Latinas para la Salud Reproductiva. (2017). *Guía de referencia de la justicia reproductiva para los medios de comunicación: Una guía para el reportaje sobre el aborto y la comunidad latinx*. <https://forwardtogether.org/wp-content/uploads/2017/12/RJ-Media-Guide-Spanish-FINAL.pdf>
- Fundación Oxfam Intermón. (n.d.). *Techo de cristal: Conoce los obstáculos que frenan tu progreso laboral*. Oxfam Intermón. Retrieved July 17, 2021, from <https://blog.oxfamintermon.org/techo-de-cristal-conoce-los-obstaculos-que-frenan-tu-progreso-laboral/>
- Gallego García, G. M. (2005). El derecho a la vida en la Constitución Colombiana: Principios constitucionales y derechos fundamentales. *Nuevo Foro Penal*, 68, 188–239.
- Gold, M. (2019). De los derechos reproductivos a la justicia reproductiva. *Medicina Social*, 1(2).
- Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE). (2020). *Justicia reproductiva*

- para todas y todes*. Animal Político. <https://www.animalpolitico.com/punto-gire/justicia-reproductiva-para-todas-y-todes/>
- Grupo de Información en Reproducción Elegida [GIRE]. (2018). *La pieza faltante. Justicia Reproductiva*. https://despenalizaciondelaborto.org.co/wp-content/uploads/2019/04/JusticiaReproductiva_Gire.pdf
- Grupo de Sexualidad y Derechos sexuales y Reproductivos -Dirección de Promoción y Prevención. (2016). *ABECÉ sobre anticoncepción*. <https://www.youtube.com/watch?v=fAYEninfoyo&list=PLRU0t3ok4xRkWi5Gc9LV0VBJdLHPFJw>
- Grupo Médico por el Derecho a Decidir (GDC Colombia). (2011). *Embarazo no deseado, continuación forzada del embarazo y afectación de la salud mental Red Global Doctors for Choice*. www.glyphosxp.com
- Hernández Bello, A. (1998). *Perspectiva de género en la reforma de la seguridad social en salud en Colombia*. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/5279-perspectiva-genero-la-reforma-la-seguridad-social-salud-colombia>
- Hernández, L. M., & Rodríguez, D. M. (2016). *Factores asociados a embarazo no deseado en mujeres en edad reproductiva en Colombia 2010* [Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Universidad CES]. <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/12116/HernandezBohorquez-LauraMarcela-2016.pdf?sequence=1>
- Instituto Nacional de las Mujeres (INMUJERES). (n.d.). *Proyecto de vida - Familias y sexualidades: Prevención del embarazo en adolescentes*. Familias y Sexualidades: Prevención Del Embarazo En Adolescentes. Retrieved March 26, 2021, from http://familiasysexualidades.inmujeres.gob.mx/cap_08.html
- Jaramillo Sierra, I. C. (1997). Estudio preliminar. La crítica feminista al derecho. In Siglo del Hombre editores (Ed.), *Robin West, Género y teoría del derecho*. Ediciones Uniandes e Instituto Pensar.
- Jaramillo Sierra, I. C. (2019a). *Las culpas en la mortalidad materna: Cuando las mujeres se convierten en meras incubadoras*. Semana. <https://www.semana.com/opinion/articulo/mortalidad-materna-columna-de-isabel-c-jaramillo-sierra/614053/>

- Jaramillo Sierra, I. C. (2019b). *Módulo de formación autodirigida para los jueces y juezas: Herramientas para la aplicación del enfoque de género en la administración de justicia*. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” & Consejo Superior de la Judicatura. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m7-1.pdf>
- Jaramillo Sierra, I. C. (2019c, May 9). *Las culpas en la mortalidad materna: cuando las mujeres se convierten en meras incubadoras*. Semana. <https://www.semana.com/opinion/articulo/mortalidad-materna-columna-de-isabel-c-jaramillo-sierra/614053/>
- Jaramillo Sierra, I. C. (2020, July 2). *La violencia y las diferencias entre mujeres*. Semana. <https://www.semana.com/opinion/articulo/la-violencia-y-las-diferencias-entre-mujeres-isabel-cristina-jaramillo/683628/>
- Jaramillo Sierra, I. C., & Alfonso Sierra, T. (2008). *Mujeres, cortes y medios : La reforma judicial del aborto* (Siglo del Hombre Editores (ed.); 1st ed.). Universidad de los Andes.
- Kanem, N. (2018, March 8). *Proteger los derechos reproductivos de las mujeres rurales: Una ruta hacia un mundo más equitativo*. Fondo de Población de Las Naciones Unidas Colombia. <https://colombia.unfpa.org/es/news/proteger-los-derechos-reproductivos-de-las-mujeres-rurales-una-ruta-hacia-un-mundo-más-0>
- Lamo Blanco, J. E., & Lamo Blaco, L. M. (2017). Las acciones por wrongful conception en el ordenamiento jurídico colombiano: La vida sana no deseada resultante de un mecanismo de anticoncepción fallido como un daño indemnizable [Pontificia Universidad Javeriana]. In *Pontificia Universidad Javeriana* (Vol. 1, Issue 1). <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/34116>
- Lugones, M. (2005). Multiculturalismo radical y feminismos de mujeres de color. *Revista Internacional de Filosofía Política*, 25, 61–76. <https://www.redalyc.org/pdf/592/59202503.pdf>
- Macía Morillo, A. (2003). *La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)* [Universidad Autónoma de Madrid]. <http://hdl.handle.net/10486/4418>
- Martín, E. (2020, July 1). *Sesgos de género en la salud*. Médicos Del Mundo. <https://www.medicosdelmundo.org/actualidad-y-publicaciones/noticias/sesgos-de->

genero-en-la-salud

- Martín, S. (2007). Los estudios de la masculinidad: Una nueva mirada al hombre apartir del feminismo. In *Mer i Tor ras (ed.) , Cuerpo e identidad I* (Edicions U, pp. 89–112). <https://cositextualitat.uab.cat/wp-content/uploads/2011/09/04.-Los-estudios-de-la-masculinidad.pdf>
- Medina, G., & Winograd, C. (2002). “Wronful birth”, “Wrongful life” y “Wronful Pregnancy”: Análisis de la jurisprudencia norteamericana. Reseña de jurisprudencia francesa. In Rubinzal -Culzoni editores (Ed.), *Daños en el derecho de familia*. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/22391>
- Ministerio de Salud Publica y Bienestar Social de la Republica del Paraguay. (2014, October 11). *Importancia de la Planificación familiar*. <https://www.mspbs.gov.py/portal/2900/importancia-de-la-planificacion-familiar.html>
- Miranda Acuña, J. R. (2018). *Responsabilidad patrimonial por “wrongful conception”, “wrongful birth” y “wrongful life”* [UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID]. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=134071>
- Mucci, M. (2007). La relación medico-paciente ¿Un vínculo distinto o distante? *Psicodebate*, 8(0), 61–78. <https://doi.org/10.18682/pd.v8i0.417>
- Mujeres Activando. (n.d.-a). *Interseccionalidad* . Feminismos. Retrieved April 24, 2021, from <https://www.mujeresactivando.org/concepto/interseccionalidad/>
- Mujeres Activando. (n.d.-b). *Paradigma de la Interseccionalidad*. Feminismos. Retrieved April 24, 2021, from <https://www.mujeresactivando.org/concepto/paradigma-de-la-interseccionalidad/>
- Naciones Unidas. (2014). *Los derechos de la mujer son derechos humanos*. https://www.ohchr.org/documents/publications/hr-pub-14-2_sp.pdf
- Obertament. (n.d.). *infradiagnóstico*. Infradiagnostic. Retrieved May 3, 2021, from <https://obertament.org/es/infradiagnostic-8m>
- Oficina de Promoción Social. (2018). *Derechos sexuales y derechos reproductivos en salud*. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/derechos-sexuales-derechos-reproductivos-r1904-2017.pdf>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en

- Guatemala [OACNUDH]. (2015). *Herramienta para la incorporación del enfoque de derechos humanos y la perspectiva de género en la elaboración de sentencias relativas a delitos de feminicidio y otras formas de violencia contra la mujer*. Herramienta para la incorporación del enfoque de derechos humanos y la perspectiva de género en la elaboración de sentencias relativas a delitos de feminicidio y otras formas de violencia contra la mujer
- Organización Médica Colegial de España. (2018, November 27). *Las mujeres ocupan solo el 20% de los puestos de dirección, aunque son más del 50% de la plantilla médica*. MédicosyPacientes.Com. <http://www.medicosypacientes.com/articulo/las-mujeres-ocupan-solo-el-20-de-los-puestos-de-direccion-aunque-son-mas-del-50-de-la>
- Organización Mundial de la Salud, & Human Reproduction Programme. (2018). *La salud sexual y su relación con la salud reproductiva: Un enfoque operativo*. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/274656/9789243512884-spa.pdf>
- Osasun Eskola. (2020). *Embarazo no deseado*. Departamento de Salud Eusko Jaurlaritza. <https://www.osakidetza.euskadi.eus/cuida-salud/-/embarazo-no-deseado/>
- Parra, D. (2013). La obligación de informar al paciente. Cuestiones sobre el derecho a ser informado. *Revista Medica Chile*, 141, 1578–1583. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872013001200012
- Pérez Gaona, M. A. (2021). *El reconocimiento de los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia de la Corte Constitucional a través de los lentes del feminismo jurídico*. Universidad Eafit.
- Pérez Lledó, J. A. (1993). *El movimiento Critical Legal Studies*. Universidad de Alicante.
- Pinto, K. (2008). *La opresión múltiple: Género, raza, clase*. Desde El Margen. <http://desdelmargen.net/la-opresion-multiple-genero-raza-clase/>
- Planned Parenthood. (n.d.). *Cómo Prevenir un embarazo y las ETS*. Retrieved March 24, 2021, from <https://www.plannedparenthood.org/es/temas-de-salud/para-adolescentes/como-prevenir-un-embarazo-y-las-ets>
- Radi, B. (2019). Injusticia reproductiva : Entre el derecho a la identidad de género y los derechos sexuales y reproductivos. *Salud Feminista*, 1996, 125–143.
- Repullo, J. R. (2014, April 2). “¿Cómo manejamos la asimetría de información entre

- médicos y pacientes sin perder la confianza?”*. Médicos y Pacientes.Com.
<http://www.medicosypacientes.com/articulo/como-manejamos-la-asimetria-de-informacion-entre-medicos-y-pacientes-sin-perder-la>
- Rojas, S. (2017). *La responsabilidad por la anticoncepción fallida o ‘wrongful conception.’* *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis-jurisprudencial/civil-y-familia/la-responsabilidad-por-la-anticoncepcion-fallida>
- Rondón Echeverry, I. H. (2018). *La vida como daño antijurídico reparable: La responsabilidad del Estado en los casos wrongful conception/birth/life* [Universidad Nacional de Colombia]. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/69183>
- Ruiz-Navarro, C. (2019, July 11). *Autonomía reproductiva*. *El Espectador*.
<https://www.elespectador.com/opinion/autonomia-reproductiva-columna-870255/>
- Sánchez Gómez, O. A., Carrillo Urrego, A., Babativa Márquez, J. G., Rengifo, M. del P., & Silva Miguez, L. (2017). *Encuesta de Prevalencia de Violencia Sexual en contra de las mujeres en el contexto del conflicto armado colombiano 2010-2015* (D. Cancino (ed.)). <https://humanidadvigente.net/wp-content/uploads/2017/08/Encuesta-de-prevalencia-de-violencia-sexual-CSCG.pdf>
- Sordo Ruz, T. (2017). *Guía sobre discriminación Interseccional: El caso de las mujeres gitanas*.
https://www.gitanos.org/upload/18/56/GUIA_DISCRIMINACION_INTERSECCIONAL_FSG.pdf
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2015). *Protocolo para Juzgar con perspectiva de género: Haciendo realidad el derecho a la igualdad* (2da edición). Pino Suárez 2, Col. Centro, Delegación Cuauhtémoc.
https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_perspectiva_genero.pdf
- Tasa-Vinyals, E., Mora-Giral, M., & Raich-Escursell, R. M. (2015). Sesgo de género en medicina: Concepto y estado de la cuestión. *Revista Iberoamericana de Psicología*, 113, 14–25. <https://core.ac.uk/download/pdf/78526971.pdf>
- Torres Díaz, M. C. (2017, April 5). *Justicia y género: de la teoría iusfeminista a la práctica judicial*. *Revista Catalana de Dret Públic- RCDP Blog*. <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2017/04/05/justicia-y-genero-de-la-teoria-iusfeminista-a-la->

practica-judicial-maria-concepcion-torres-diaz/

- Trosman, C. (2004). *El cuerpo: Un estado soberano*. Topía: Un Sitio de Psicoanálisis, Sociedad y Cultura. <https://www.topia.com.ar/articulos/el-cuerepo-un-estado-soberano>
- United Nations Population Fund (UNFPA). (2020). *El enfoque basado en los derechos humanos*. <https://www.unfpa.org/pcm/node/9888>
- Varela, N. (2019a). ¿Qué es el feminismo? La metáfora de las gafas violetas. In *Feminismo para principiantes*. Penguin Random House Grupo Editorial.
- Varela, N. (2019b). El cuerpo de las mujeres: El botín máspreciado. In *Feminismo para principiantes*. Penguin Random House Grupo Editorial.
- Varela, N. (2019c). La masculinidad: ¿Y los hombres qué? In *Feminismo para principiantes*. Penguin Random House Grupo Editorial.
- Varela, N. (2019d). La mirada feminista ¿Para qué sirven las gafas? In *Feminismo para principiantes*. Penguin Random House Grupo Editorial.
- Vargas Trujillo, E., Jaramillo Sierra, I. C., & Trujillo Maza, E. M. (2012). *Médicos y derechos : El papel de la formación médica en la garantía de los derechos sexuales y reproductivos* (Ediciones Uniandes (ed.); 1 eds.). Universidad de los Andes.
- Vázquez-Santiago, S., & Garrido Peña, F. (2016). El enfoque de género en las necesidades de atención sociosanitaria. *Elsevier España*, 26(1), 76–80.
<https://doi.org/10.1016/j.enfeli.2015.09.003>
- Vergel, C. (2021). *Enfoque de género e interseccionalidad: ¿Cómo proteger a los grupos vulnerables en contextos adversos?* Mujeres Constitucionalistas Frente Al Bicentenario -Peru 2021.
<https://twitter.com/perspectivapucp/status/1398288114620284933>
- Viveros Vigoya, M. (2016). La interseccionalidad: Una aproximación situada a la dominación. *Debate Feminista*, 52, 1–17. <https://doi.org/10.1016/j.df.2016.09.005>
- Weinman, S. S. (1991). Birth Related Torts: Can They Fit the Malpractice Mold. *Missouri Law Review*, 56(1).
<https://scholarship.law.missouri.edu/mlrhttps://scholarship.law.missouri.edu/mlr/vol56/iss1/14>
- Zapata Galindo, M., Cuenca, A., & Puga, I. (2014). *Guía desde un enfoque interseccional: Metodología para el Diseño y Aplicación de Indicadores de Inclusión Social y*

Equidad en Instituciones de Educación Superior de América Latina (Instituto de Estudios Latinoamericanos de la Freie Universität Berlin (ed.)). https://www.lai.fu-berlin.de/disziplinen/gender_studies/miseal/publicaciones/pub_dateien/GuaDesdeUnEnfoqueInterseccional-MISEAL_F.pdf

Zota Bernal, A. C. (2015). Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. *Eunomía. Revista En Cultura de La Legalidad*, 0(0), 67–85. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2016.2803>

Marco normativo

Constitución Política

Constitución Política de Colombia [Const]. Arts. 13, 16, 42, 43. 7 de julio de 1991 (Colombia).

Leyes

Ley 1719 de 2014. Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones. 18 de junio de 2014. D.O. 49.186.

Jurisprudencia nacional

Corte Constitucional

Corte Constitucional, Sentencia T-098 de 1994 (M.P; Eduardo Cifuentes Muñoz: 7 de marzo de 1994).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481 de 1998 (M.P; Alejandro Martínez Caballero: 09 de septiembre de 1998).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-732 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: 15 de octubre de 2009).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-341 de 2011 (M.P; Humberto Antonio Sierra Porto: 5 de mayo de 2011).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-627 de 2012 (M.P; Humberto Antonio Sierra Porto: 10 de agosto de 2012).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-335 de 2013 (M.P; Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: 13 de junio de 2013).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-274 de 2015 (M.P; Jorge Iván Palacio Palacio:12 de mayo de 2015).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-659 de 2015 (M.P; Alberto Rojas Ríos: 22 de octubre de 2015).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-141 de 2015 (M.P; María Victoria Calle: 27 de marzo de 2015).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-291 de 2016 (M.P; Alberto Rojas Ríos: 02 de junio de 2016).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-677 de 2017 (M.P; Gloria Stella Ortiz Delgado: 15 de noviembre de 2017).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-665 de 2017 (M.P; Gloria Stella Ortiz Delgado: 30 de octubre de 2017).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-448 de 2018 (M.P; Antonio José Lizarazo Ocampo: 16 de noviembre de 2018).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-362 de 2020 (M.P; Luis Guillermo Guerrero Pérez: 31 de agosto de 2020).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-109 de 2021 (M. P; Alberto Rojas Ríos: 27 de abril de 2021).

Consejo de Estado

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 36.725 (C.P; Stella Conto Díaz del Castillo; 28 de febrero de 2013).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 21157 (C.P. Danilo Rojas Betancourth; 2 de noviembre de 2011).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 40051 (C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; 6 de julio de 2017).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 41262 (C.P. Ramiro Pazos Guerrero; 5 de diciembre de 2016).

Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 08001-3103-013-2005-00124-01 (M.P. Ruth Marina Díaz Rueda: 12 de julio de 2011).

Jurisprudencia Internacional

I.V.* vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Cte. IDH (30 de noviembre de 2016).

Normas de derecho internacional y reportes de organismos internacionales

A.G. Res A/61/338. El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 61 sesión (13 de septiembre de 2006). <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/61/338>

Cartabia Groba, S. (2015). Justicia reproductiva: Corte IDH, “Caso artavia murillo y otros (fertilización in vitro) vs. costa rica”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 noviembre de 2012, serie c n° 257. <chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcgiclfndmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.corteidh.or.cr%2Ftablas%2Fr34449.pdf&clen=117114&chunk=true>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (22 de noviembre de 2011). *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos* (OEA Ser.L/V/II. Doc.61).

<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/mujeresaccesoinformacionmateriareproductiva.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 14: Igualdad y no discriminación (Reporte No. 14). Claudio Nash. https://www.lai.fu-berlin.de/disziplinen/gender_studies/miseal/publicaciones/pub_dateien/GuaDesdeUnEnfoqueInterseccional-MISEAL_F.pdf

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). Artículo 9. 9 de junio de 1994.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Artículo 11. 18 de diciembre de 1979.

Hernández Bello, A. (mayo de 1998). Perspectiva de género en la reforma de la seguridad social en salud en Colombia (Serie No. 73). Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/5279-perspectiva-genero-la-reforma-la-seguridad-social-salud-colombia>

Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General 25 de 2000, relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género.

Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General 21, igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares (13º período de sesiones 1994). [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/A_49_38\(SUPP\)_4733_S.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/A_49_38(SUPP)_4733_S.pdf)

Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General 24, La Mujer y la Salud (20º período de sesiones 1999). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4738_S.pdf

Naciones Unidas (2014). *Los derechos de la mujer son derechos humanos* (HR/PUB/14/2). https://www.ohchr.org/documents/publications/hr-pub-14-2_sp.pdf

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala (Diciembre de 2015) Herramienta para la incorporación del enfoque de derechos humanos y la perspectiva de género en la elaboración de sentencias relativas a delitos de feminicidio y otras formas de violencia contra la mujer. https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/Herramienta_DHVSG_alta.pdf

Organización Mundial de la Salud & Human Reproduction Programme. (2018). La salud sexual y su relación con la salud reproductiva: Un enfoque operativo. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/274656/9789243512884-spa.pdf>

Blog

Fundación Oxfam Intermón (s.f). Techo de cristal: Conoce los obstáculos que frenan tu progreso laboral. <https://blog.oxfamintermon.org/techo-de-cristal-conoce-los-obstaculos-que-frenan-tu-progreso-laboral/>

Noticias

Fondo de Población de las Naciones Unidas (2021). Las mujeres tienen derecho a acceder a servicios de salud sexual y reproductiva de calidad. <https://colombia.unfpa.org/es/news/las-mujeres-tienen-derecho-acceder-servicios-de-salud-sexual-y-reproductiva-de-calidad>

Twitter

Vergel, C. [@perspectivapucp]. (2021, 05 28). *Presentamos, por 2do año consecutivo, el evento «Mujeres Constitucionalistas frente al bicentenario - Perú 2021»* [Tweet]. Twitter. <https://twitter.com/perspectivapucp/status/1398288114620284933>

Tesis

Hernández, L. M., & Rodríguez, D. M. (2016). *Factores asociados a embarazo no deseado en mujeres en edad reproductiva en Colombia 2010* [Tesis de especialización, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Universidad CES]. Repositorio Institucional EDocUR. <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/12116/HernandezBohorquez-LauraMarcela-2016.pdf?sequence=1>

Pérez Gaona, M. A. (2021). *El reconocimiento de los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia de la Corte Constitucional a través de los lentes del feminismo jurídico*. [Tesis de maestría, Universidad Eafit]. Repositorio Institucional Universidad Eafit. <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/29628>

Video de YouTube

Escuela Judicial RLB, (2020, noviembre, 24), *Desarrollos recientes en materia de Enfoque de Género en la Decisión Judicial* [Video], YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=n3vau_zKrOo&t=1s.