



DEBATES
CONTEMPORÁNEOS
EN DERECHO DE
FAMILIAS, DE
INFANCIAS Y DE
ADOLESCENCIAS.
RETOS Y OPORTUNIDADES

Compiladores/Coordinadores

Jorge Eduardo Vásquez Santamaría

Ana María Roldán Villa

DEBATES
CONTEMPORÁNEOS
EN DERECHO DE
FAMILIAS, DE
INFANCIAS Y DE
ADOLESCENCIAS.

RETOS Y OPORTUNIDADES

Compiladores/Coordinadores
Jorge Eduardo Vásquez Santamaría
Ana María Roldán Villa

Debates contemporáneos en derecho de familias, de infancias y de adolescencias. Retos y oportunidades [Recurso electrónico] / Elvigia Cardona Zuleta, Ana Patricia Pabón Mantilla, María Isabel Uribe López, Doris Elena Acevedo López, Dignay Virginia Montealegre Avendaño, Katherin Montoya Betancur; compiladores, Jorge Eduardo Vásquez Santamaría, Ana María Roldán Villa. — Medellín: Fondo Editorial Universidad Católica Luis Amigó, 2022 (Colección jurídica)

99 p.

ISBN: 978-958-8943-80-0

DISCRIMINACIÓN SEXUAL EN EL TRABAJO; DERECHO LABORAL; DERECHO DE FAMILIA-PROYECTOS; FAMILIA-LEGISLACIÓN-PROYECTOS; IGUALDAD DE GÉNERO-LEGISLACIÓN-PROYECTOS; JURISPRUDENCIA FEMINISTA; ABORTO-LEGISLACIÓN-PROYECTOS; DERECHOS REPRODUCTIVOS; SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL; ABUSO DEL NIÑO; PADRES E HIJOS; CÓDIGO CIVIL-REFORMAS; UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA-PROYECTOS; DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO; INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO-LEGISLACIÓN; Cardona Zuleta, Elvigia; Pabón Mantilla, Ana Patricia; Uribe López, María Isabel; Acevedo López, Doris Elena; Montealegre Avendaño, Dignay Virginia; Montoya Betancur, Katherin; Vásquez Santamaría, Jorge Eduardo; compilador; Roldán Villa, Ana María, compiladora

DEBATES CONTEMPORÁNEOS EN DERECHO DE FAMILIAS, DE INFANCIAS
Y DE ADOLESCENCIAS. RETOS Y OPORTUNIDADES

© Universidad Católica Luis Amigó

ISBN (Versión digital):

978-958-8943-80-0

<https://doi.org/10.21501/9789588943800>

Fecha de edición:

13 de junio de 2022

Compiladores/Coordinadores:

Jorge Eduardo Vásquez Santamaría / Ana María Roldán Villa

Autores:

Elvigia Cardona Zuleta
Ana Patricia Pabón Mantilla
María Isabel Uribe López
Doris Elena Acevedo López
Dignay Virginia Montealegre Avendaño
Katherin Montoya Betancur

Prologuista:

Santiago Mesa Correa

Directora de la colección:

Ana María Roldán Villa

Jefe Fondo Editorial:

Carolina Orrego Moscoso

Asistente Editorial:

Luisa Fernanda Córdoba Quintero

Diagramación y diseño:

Arbey David Zuluaga Yarce

Corrección de estilo:

Carlos Andrés Gallego Arroyave

Editor:

Fondo Editorial Universidad Católica Luis Amigó
Transversal 51A 67B 90. Medellín, Antioquia-Colombia
Tel: (604) 448 76 66
www.ucatolicaluisamigo.edu.co – fondo.editorial@amigo.edu.co

Capítulos resultado de investigación y de divulgación

Esta obra ha sido evaluada por pares, aprobada por el Fondo Editorial de la Universidad Católica Luis Amigó y editada bajo procedimientos que garantizan su normalización. Cumple, además, con el depósito legal en los términos de la normativa colombiana (Ley 44 de 1993, Decreto reglamentario No. 460 de marzo 16 de 1995, y demás normas existentes).

Hecho en Colombia / Made in Colombia

Publicación financiada por la Universidad Católica Luis Amigó.

Los autores son moral y legalmente responsables de la información expresada en este libro, así como del respeto a los derechos de autor; por lo tanto, no comprometen en ningún sentido a la Universidad Católica Luis Amigó. Así mismo, declaran la inexistencia de conflictos de interés de cualquier índole con instituciones o asociaciones comerciales.

Para citar este libro siguiendo las indicaciones de la cuarta edición en español de APA:

Vásquez Santamaría, J. E., & Roldán Villa, A. M. (Comps.). (2022). *Debates contemporáneos en derecho de familias, de infancias y de adolescencias. Retos y oportunidades*. Fondo Editorial Universidad Católica Luis Amigó. <https://www.funlam.edu.co/uploads/fondoeditorial/xxxx>



El libro *Debates contemporáneos en derecho de familias, de infancias y de adolescencias. Retos y oportunidades*, publicado por la Universidad Católica Luis Amigó, se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar 4.0 Internacional. Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden encontrarse en <http://www.funlam.edu.co/modules/fondoeditorial/>

ÍNDICE GENERAL

Pág.

PRESENTACIÓN

PRÓLOGO

Santiago Mesa Correa

TEXTOS DERIVADOS DE INVESTIGACIÓN

MUJERES TRABAJADORAS Y FUERO DE MATERNIDAD: LOS OBSTÁCULOS PARA SU GARANTÍA EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN 10

Elvigia Cardona Zuleta

Ana Patricia Pabón Mantilla

CAMBIOS EN EL DERECHO DE LAS FAMILIAS EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA A LA LUZ DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO 32

María Isabel Uribe López

DERECHO IUS FUNDAMENTAL DE LAS MUJERES A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO (IVE) EN CONDICIONES DE ACCESIBILIDAD, CALIDAD Y RESPETO 55

Elvigia Cardona Zuleta

TEXTOS ACADÉMICOS

DEBATE INTERDISCIPLINARIO SOBRE EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL: ¿ES REALMENTE UNA FORMA DE MALTRATO INFANTIL? 76

Doris Elena Acevedo López

Dignay Virginia Montealegre Avendaño

Katherin Montoya Betancur

PRESENTACIÓN

La presente obra es la segunda edición del texto *Debates contemporáneos en derecho de familias, de infancias y de adolescencias*, y tiene como propósito ilustrar a los lectores sobre estos temas, que por su actualidad y constante evolución requieren discusiones continuas desde diferentes disciplinas y enfoques. Basta con reflexionar acerca del concepto de familia para comprender cómo este se ha ido transformando y diversificando, pasando de la concepción tradicional de familia nuclear, conformada por hombre y mujer, a otras como las familias homoparentales, monoparentales, adoptivas o multiespecie; o examinar los fenómenos jurídicos de la maternidad subrogada, la adopción de parejas del mismo sexo o la interrupción voluntaria del embarazo, las cuales han transfigurado la realidad.

Esta transformación ha sido producto de reivindicaciones sociales y culturales promovidas por colectivos y organizaciones sociales que, bajo la premisa de la igualdad y la diferencia, han logrado la inclusión de nuevas realidades, de las que se derivan nuevas instituciones, derechos y obligaciones que requieren ser reguladas jurídicamente. Dichas realidades son complejas, y, por tanto, no han sido ajenas a detractores, críticas e intensos debates jurídicos, psicológicos, sociológicos y antropológicos, sobre los cuales la academia y la investigación están llamados a generar espacios de reflexión que permitan una mayor comprensión.

Debates contemporáneos en derecho de familias, de infancias y de adolescencias. Retos y oportunidades es producto del ejercicio investigativo de las autoras, quienes, a partir de sus afinidades personales y profesionales contribuyen al quehacer científico y al entendimiento de asuntos actuales como los obstáculos de las mujeres trabajadoras y el fuero de la maternidad, la interrupción voluntaria del embarazo, la alienación parental y los proyectos de reformas del código civil sobre el derecho de familia desde un enfoque jurisprudencial. Esperamos que los lectores se sumerjan en la lectura amena y fluida de este texto, disfruten de este valioso aporte, el cual les permitirá aproximarse a nuevas perspectivas de estas realidades y enriquecer sus conocimientos.

PRÓLOGO

Nuevas realidades en el Derecho de Familia

Santiago Mesa Correa*

Que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad es algo que repetimos mucho en diferentes espacios, haciendo eco de la Constitución Política de 1991. Es justo preguntar si aquel no se ha vuelto un mero lema vacío, si realmente abordamos los problemas familiares con la seriedad y cuidado que merecen y, ante todo, si las instituciones con que cuenta nuestro ordenamiento jurídico responden a la realidad cambiante de las familias contemporáneas. Nuestra vinculación a la tradición jurídica romana nos hizo comprender el Derecho de Familia durante mucho tiempo como el producto de las relaciones de poder y jerarquía que ejerce una figura central – el *pater* – sobre todo lo que hay en la casa –*domus*–: mujer; hijos; esclavos; animales y bienes. La autoridad paterna se reflejaba, sobre todo, desde personas hasta cosas, y configuraba parte esencial del derecho civil romano, que, a su vez, por los vericuetos de la historia, configuró la base de nuestro Derecho de Familia.

¿Esas instituciones nacidas en un pasado distante son aptas para regular nuestra realidad familiar hoy en día? Este libro contribuye a encontrar una respuesta, desde una perspectiva crítica y con el aporte de académicos dedicados que entregan el valioso producto de unas investigaciones certeras. Los temas acá tratados son variados. Un eje temático se centra los cambios que se han dado por vía jurisprudencial para resolver ciertos problemas que las leyes y codificaciones en su concepción original han dejado por fuera; otro, analiza las propuestas que se estudian para un futuro no muy lejano, tal como el proyecto de un nuevo Código Civil o la eliminación de las causales de divorcio para pasar en Colombia la página de un sistema basado en la *culpabilidad* de uno de los cónyuges.

* Abogado de la Institución Universitaria Visión de las Américas, especialista en Derecho Procesal de la Universidad Pontificia Bolivariana.

También se trata en este libro un tema ineludible; cuál es la transformación de las relaciones de poder que marcaron originalmente la concepción jurídica sobre la familia. El artículo 42 de la Constitución Política de 1991 consagra la igualdad de derechos y deberes entre todos los miembros de la familia. Esta norma es el reflejo de una visión y una voluntad política que quiso darle a la sociedad colombiana la posibilidad de trascender unas formas de relacionarse al interior de la familia que debemos reconocer como nocivas en muchos aspectos. La dominación absoluta que quiso ejercer el hombre sobre la mujer estaba amparada por el orden jurídico. Por ejemplo, hasta no hace mucho, históricamente nuestro Código Civil estaba lleno de normas que suprimían los derechos de las mujeres casadas para administrar su patrimonio y el producto de su trabajo. Tan solo en el año 1932 fue derogado el artículo 1805: establecía que el marido era jefe de la sociedad conyugal y como tal administraba libremente *sus* bienes y los de *su* mujer (Ley 84 de 1874). Especial atención debe poner el lector en el uso de los pronombres posesivos, que caracterizan la redacción de ciertas normas y permiten ver la forma en que el legislador concebía el papel de la mujer dentro de la familia.

Necesario es, entonces, repensar la composición de la familia y la asignación de roles a sus integrantes, desde los roles laborales y la generación de dinero para el hogar, hasta las tareas del cuidado doméstico y la reproducción, función impuesta tradicionalmente a las mujeres como el resultado de cierta predestinación, como la respuesta al llamado natural y supuestamente irrefutable que siente toda mujer para ser madre. Pero ¿y qué pasa si no quiere serlo? La respuesta más común de los ordenamientos jurídicos ha sido el castigo para aquellas que se nieguen a cumplir esta función, a través de las normas que penalizan la interrupción del embarazo.

Por último, otro eje temático importante que encontramos en este libro tiene que ver con las diferentes formas de violencia que afectan a las familias. Las investigaciones que componen este eje son especialmente relevantes en una sociedad como la nuestra, donde es verdad cantada que las instituciones del orden jurídico son escasas e ineficaces frente a la violencia intrafamiliar. La Constitución Política de 1991 estableció un principio de responsabilidad para que las diferentes formas de violencia fueran atendidas prontamente por la misma familia, la sociedad y el Estado. Esto cuando los sujetos pasivos de las conductas violentas son niños, niñas y adolescentes. Pero, también, en el caso de otros sujetos que cuentan con especial protección, como las mujeres, los actores mencionados tienen la obligación de brindar atención integral y otorgar garantías a la víctima para que pueda superar el hecho violento y sus consecuencias; ante todo, para que no vuelvan a ocurrir.

Estos temas descritos son abordados acá con una mirada experta y partiendo de la perspectiva de género, utilizada por los investigadores con el ánimo de saldar una deuda histórica que tienen las instituciones colombianas con las víctimas de tantas formas de violencia al interior de las familias. Se resalta acá la importancia que tiene el análisis de nuevas formas

de violencia que quizá han estado siempre presentes, pero nunca habían sido advertidas y reconocidas abiertamente. Nombrarlas es un primer paso para entenderlas y plantear propuestas tendientes a su solución.

Por todo lo ya descrito, este es un libro valioso para quienes somos apasionados del Derecho de Familia y constituye al mismo tiempo un aporte vital para la sociedad actual. Las investigaciones aquí reunidas cuentan con la participación de especialistas en áreas estratégicas para dilucidar los temas abordados, tales como el Derecho, la Psicología, el Trabajo Social, la Educación y la Filosofía. Con este aporte interdisciplinario se enriquece el producto final, se hace más ameno y logra su cometido: impactar positivamente una realidad marcada por la adversidad y por cambios que se producen a ritmo vertiginoso.

Referencias

Constitución Política de Colombia (7 de julio de 1991). Gaceta Oficial No. 116.

Ley 84 de 1873. (1873). *Código Civil de los Estados Unidos de Colombia*. Diario Oficial 2867 del 26 de mayo de 1873.

Ley 28 de 1932. (1932). *Sobre reformas civiles (régimen patrimonial en el matrimonio)*. Diario Oficial 22139 del 12 de noviembre de 1932.

TEXTOS DERIVADOS DE INVESTIGACIÓN

MUJERES TRABAJADORAS Y FUERO DE MATERNIDAD: LOS OBSTÁCULOS PARA SU GARANTÍA EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN¹

Elvigia Cardona Zuleta*, Ana Patricia Pabón Mantilla**

Resumen

El presente capítulo tiene como finalidad presentar el debate frente a las barreras que enfrentan las mujeres trabajadoras para la garantía del *Fuero de Maternidad*. Estos obstáculos se analizan en dos sentidos, en primer lugar, las sentencias de la Corte Constitucional generaron un espacio que desarrolló subreglas para garantizar derechos a las mujeres trabajadoras con relaciones de trabajo formales, que fueron progresivas hasta el 2018, pero que contienen estereotipos de género sobre la mujer y la maternidad. Y, en segundo lugar, llamando la atención frente a modalidades difusas de contratación, en donde queda de manifiesto la superioridad del discurso económico sobre la garantía de los derechos. En términos metodológicos se recurre a la revisión documental de referentes teóricos y de las sentencias de la Corte Constitucional para el periodo 2000-2020.

Palabras clave

Fuero de Maternidad; Derechos Laborales; Precariedad laboral; Globalización; Feminismo.

¹ Resultado del proyecto de investigación terminado "Las pruebas en derecho de familia, infancia y adolescencia desde el enfoque de equidad de género para las mujeres", ejecutado entre abril de 2018 y febrero de 2019.

* Abogada y Magíster en Educación de la Universidad de Antioquia, profesora de tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó, líder del grupo de investigación Jurídicas y Sociales. Correo electrónico: elvigia.cardonazu@amigo.edu.co. Orcid: 0000-0002-2486-6867

** Abogada y filósofa, especialista en Docencia Universitaria, magíster en Hermenéutica Jurídica y Derecho, doctora en Derecho. Profesora Titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (Unab), Bucaramanga, Colombia. Líder del grupo de investigación Teoría del Derecho y Formación Jurídica. Correo electrónico: apabon742@unab.edu.co. Orcid: 0000-0002-2550-135X

Abstract

The purpose of this chapter is to present the debate against the barriers faced by working women for the guarantee of the Maternity Jurisdiction. These obstacles are analyzed in two ways, first, the Constitutional Court rulings created a space that developed sub-rules to guarantee rights to women workers with formal employment relationships, which were progressive until 2018, but contain gender stereotypes about women and motherhood. And, secondly, drawing attention to vague contracting modalities, where the superiority of the economic discourse over the guarantee of rights is evident. In methodological terms, the documentary review of theoretical references and the judgments of the Constitutional Court for the period 2000-2020 is used.

Keywords

Maternity Jurisdiction; Labor Rights; Job Insecurity; Globalization; Feminism.

Introducción

“Mediante el trabajo ha sido como la mujer ha podido franquear la distancia que la separa del hombre. El trabajo es lo único que puede garantizarle una libertad completa”. (Beauvoir, 1949, p. 245)

Actualmente se avizora el desmonte de la progresividad de los derechos laborales, el trabajo digno, el trabajo decente, así como algunos fueros objetos de protección presentes en la Constitución Política de 1991 y desarrollados por la Corte Constitucional. Hoy se enfrentan a la tensión que se deriva de una economía en crisis, que ha modificado la forma en que las empresas contrataban a sus empleados bajo parámetros de salario y jornada mínima, prestaciones sociales y pago a seguridad social, con fueros como el sindical, de personas en situación de discapacidad y de maternidad, entre otros; a la emergencia de otras figuras jurídicas menos garantistas, como los contratos de franquicias, las plataformas colaborativas, la desconcentración de servicios bancarios, el trabajo en casa, por señalar algunos ejemplos. Esto ha llevado a nuevas formas de precarizar el trabajo, derivado de los procesos de globalización, el uso poco ético de las TIC.

Hoy estamos lejos de la promesa constitucional del trabajo como un derecho fundamental, en el cual el Estado colombiano debe garantizar, en términos del trabajo digno, como lo interpretó la Corte Constitucional en los siguientes elementos mínimos:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (Const., 1991, Art. 53)

Esta promesa se encuentra también en el concepto de *trabajo decente* propuesto por la Organización Internacional del Trabajo (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2016) en el cual se conjugan cuatro objetivos estratégicos: primero, creación de trabajo; segundo, garantías de los derechos de los trabajadores; tercero, extender la protección social; y cuarto, promover el diálogo social. Todo esto, desde lógicas que reconozcan la importancia del desarrollo de las capacidades humanas, al configurar una perspectiva del desarrollo humano, centrada en conceptos, tales como, libertad, capacidades y agencia, las posibilidades reales del desarrollo fundadas en la idea de aumento de la riqueza de la vida humana, en lugar de la riqueza de la economía en las que las personas viven (Sen, 1998).

El texto que se propone aborda la discusión sobre el cumplimiento de las garantías constitucionales a las mujeres trabajadoras. Para esto, se sugiere analizar dos problemas: el primero referido a la forma en que las sentencias de la Corte Constitucional desarrollan el fuero de maternidad, cuyo contenido fue progresista hasta el 2018, fecha en la que inició el desmonte del principio de solidaridad. El análisis del contenido de esta jurisprudencia muestra que contienen presupuestos-estereotipos de género sobre la relación mujer-maternidad. Estos presupuestos de producción e interpretación generan un desmonte o una garantía poco efectiva frente a los derechos de las mujeres, pues incluyen medidas de distribución sin proponer un discurso que avance en el reconocimiento simbólico. El segundo problema, que constituye una brecha que impide materializar los derechos de las mujeres trabajadoras, está marcado por las modalidades de contratación difusa, que dejan ver la insuficiencia de la interpretación tradicional del fuero de maternidad.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional que se analiza desarrolló subreglas aplicables a las modalidades de contratación laboral ordinarias, pero que no tienen aplicación para las modalidades de contratación en formatos difusos. Subreglas que ya de por sí son insuficientes para el contrato laboral ‘tradicional’.

Las nuevas modalidades precarias de contratación laboral muestran, de forma más intensa, las falencias y problemas que ya operaban en la producción e interpretación clásica-tradicional de la Corte Constitucional. Insuficiente porque partía de ciertos presupuestos excluyentes. Esta insuficiencia queda más patente a la luz de la precarización laboral producto de un proceso de globalización que prioriza solamente lo económico.

¿Qué es el fuero de maternidad? la palabra *fuero* de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española en su quinta acepción señala: “Privilegio, prerrogativa o derecho moral que se reconoce a ciertas actividades, principios, virtudes, etc., por su propia naturaleza” (2020, párr. 1). De allí que en nuestro derecho moderno se señala la expresión *Fuero de Estabilidad Laboral*, para referirse a un conjunto de derechos y garantías del orden constitucional para proteger los derechos de los trabajadores y garantizar la no desmejora de sus condiciones a raíz de la prevalencia de otras situaciones, tales como el derecho a la libre asociación, contemplado en el artículo 39 de la Constitución Política, que origina el fuero sindical. Así mismo, el derecho a la igualdad y no discriminación (Const., 1991, Art. 13) que da lugar al fuero de protección especial para las mujeres y las personas con alguna discapacidad, en el marco de las acciones de protección que el Estado debe adelantar para garantizar la igualdad real de las personas.

Para puntualizar: el desmonte de los fueros y la progresividad de los derechos laborales deviene de los procesos de globalización económica y de la crisis del Estado de bienestar. Crisis que tiene múltiples causas, tales como:

Tendencias económicas planetarias, movimientos masivos de refugiados e inmigrantes, hostilidad popular a los impuestos, debilitamiento de sindicatos y partidos obreros, ascenso de antagonismos nacionales y étnico-raciales, decadencia de las ideologías en pro de la solidaridad, y hundimiento del socialismo de Estado. (Fraser, 2015, p. 139)

Estas preocupaciones han sido abordadas por Aguirre y Pabón (2021) al analizar el fuero de maternidad desde la óptica neoliberal. Lo que implica en estos tiempos “avanzar a un nuevo paradigma, el de la equiparación en el que hombres y mujeres asuman corresponsablemente el cuidado y el trabajo doméstico” (Monterrosa Baleta, 2020, p. 15), así como la necesidad de extender la garantía de la estabilidad laboral y ocupacional reforzada a otras formas contractuales para que por conexidad se logre la efectividad de los derechos fundamentales, a partir de la acción de tutela y pronunciamientos de la Corte Constitucional (Almanza Junco, 2021; Solano Bent, 2019; Delgado Motoa, 2019).

Otros estudios, se han enfocado en demostrar cómo la forma en que se regula y protege la maternidad en Colombia: “contribuye a la naturalización social del cuidado como una tarea femenina” (Ramírez Bustamante, 2019, p. 246), como las diferentes sentencias sobre fuero de maternidad, aunque indemnizan y/o reincorporan los puestos de trabajo, no compulsan copias por el delito de discriminación (Herrera Rodríguez, 2020), o denuncian lo que ocurre en contratos de mujeres futbolistas profesionales donde no hay garantías a la maternidad, ni fueros de estabilidad (Sierra Caballero, 2020).

Finalmente, el ascenso de ideologías económicas disfrazadas de competitividad, emprendimiento, autonomía y autogestión, que ponen en peligro conquistas logradas por los movimientos sociales en torno a los derechos laborales y su progresividad en favor de la ganancia de unos pocos. Esto no ha sido ajeno a los pronunciamientos de la Corte Constitucional y que da cuenta del influjo de una racionalidad económica que ha colonizado todos los espacios de la vida cotidiana y ha terminado desdibujando el discurso de los derechos, dando paso a un *homo oeconomicus*, en donde el trabajo como categoría política se diluye (Brown, 2015, p. 38).

En este contexto, el presente capítulo tiene como propósito presentar el debate frente al *fuero de maternidad*, entendido como expresión de una protección constitucional a las mujeres durante el embarazo, parto y lactancia. Este debate cobra importancia debido a la emergencia de nuevos formatos difusos de contratación y subcontratación de las mujeres. Un análisis desde el enfoque de equidad de género resulta importante para develar cómo algunas medidas son insensibles al género y crean barreras para el acceso al mercado laboral por parte de las mujeres, convirtiéndose en caldo de cultivo para la informalidad laboral y la precarización del trabajo.

Metodología

Este trabajo parte del paradigma de la investigación cualitativa crítica, en la que se apuesta por “la construcción de un tipo de conocimiento, que permite captar el punto de vista de quienes la producen y viven la realidad social y cultural, cuya existencia transcurre en los planos de lo subjetivo y lo intersubjetivo” (Sandoval Casilimas, 2002, p. 34). Además, se parte del enfoque teórico feminista propuesto por Alda Facio Montejó (1992) desde el cual es posible comprender la presencia del androcentrismo, el sexismo y las concepciones sobre la mujer en el proceso de producción e interpretación de normas jurídicas en nuestro contexto.

Facio Montejó (1992), señala que la sociedad entraña una concepción frente a la mujer, que actualmente sigue vigente, frente a estas tres dimensiones de lo que significa ser mujeres, se produce, aplica e interpreta la norma a partir de tres tipos de mujer, que son compartidos y reproducidos por la cultura:

1) mujeres alibí –mujeres que se han comportado como hombres y han logrado sobresalir en el campo masculino a pesar de ser mujeres y no por ser mujeres; 2) mujeres madres –mujeres cuya razón de ser es únicamente la maternidad o que se destacan por ser madres de grandes hombres o; 3) mujeres víctimas-mujeres que no son sujetas de su propia historia, sino que son objeto de todo tipo de vejámenes. (p. 187)

Reiteramos la importancia de estos presupuestos porque son fundamentales para develar el tipo de mujer en la que se fundan las decisiones estatales y de los organismos internacionales, puesto que las mujeres-madre se conciben en el seno de familias heteronormativas idealizadas en las cuales se asigna al padre el rol de proveedor y a la madre el rol de cuidadora universal, siguiendo la categoría de Fraser (1997) como una esencia natural asociada a su condición biológica.

En este sentido la discriminación de las mujeres derivada de la función biológica que entraña la reproducción se:

expresa en la negación del derecho al trabajo sobre una supuesta defensa de la maternidad y el cuidado de hijos e hijas, donde en el fondo del asunto se encuentra una visión de la maternidad como un asunto privado y no como una responsabilidad social. (Escuela Nacional Sindical [ENS], 2007, p. 29)

De esta forma, se presupone que aquellas mujeres que son madres, pero que tienen que asumir ambos roles de proveedora y cuidadora, emergen como víctimas, mujeres que requieren protección especial y que, por lo tanto, requieren ser salvadas. Con lo anterior no se quiere señalar que no sea necesaria la implementación de un fuero como el de maternidad, puesto que ante una sociedad que margina y discrimina, este fuero se constituye en una garantía de la estabilidad laboral, pero si se quiere llamar la atención frente a que no es

un fuero universal, objetivo y generalizado a todas las mujeres en el territorio colombiano, puesto que beneficia de manera exclusiva a la mujer-trabajadora-formal, dejando por fuera las mujeres de la economía colaborativa, con trabajos informales-independientes, dependientes, rurales o sin acceso a servicios de salud. Junto a lo anterior esta concepción limitada del fuero de maternidad encubre un fundamento que puede ser valorado como estereotipado, el cual es proteger a las mujeres trabajadoras en tanto mujeres-madres “dadoras de vida”, (Corte Constitucional, T-176 de 2005) no como mujeres con proyectos de vida que importen. De igual forma, la revisión de literatura permitió identificar la forma en que los fueros de maternidad penalizan en términos económicos la maternidad.²

En cuanto a la estrategia de investigación se recurre a la revisión documental compuesta por 46 sentencias de Corte Constitucional bajo la categoría “fuero de maternidad” para el periodo 2000-2020, con apoyo del software Atlas.Ti, develando el lenguaje que utilizan las normas y que entraña una concepción de mujer, así como las dimensiones de la protección denominada fuero de maternidad en el marco de los contratos laborales, para luego confrontarlo con los formatos difusos de vinculación. Se recurre al análisis de contenido para establecer relaciones semánticas que faciliten el análisis y presentación de resultados.

Mujeres, mujer trabajadora y Constitución de 1991: alcance del Fuero de Maternidad

La Constitución de 1991 representa un hito en la historia constitucional de Colombia. Puede leerse desde la teoría constitucional como el resultado de una convocatoria del poder constituyente, en el que por primera vez participan grupos tradicionalmente excluidos de la esfera de lo público, como es el caso de las mujeres. Esta lectura romántica de la Constitución se empieza a debilitar cuando, desde distintas perspectivas, se valora que la Constitución de 1991 no logra la legitimidad refundadora que estaba en sus aspiraciones tempranas (Curiel, 2013; Mejía, 2007). La representación de las mujeres y la forma en que el discurso alrededor de la garantía de los derechos de las mujeres se incluyó muestra una arista de este problema.

Movimientos sociales como el de *Mujeres por la Constituyente* y el *Comité de Madres Comunitarias* se destacaron en el debate previo a la constituyente, sus exigencias de representación se hicieron visibles en el I Congreso Nacional Pre-constituyente realizado en julio de 1990, en el que se abordaron aspectos que debían ser tenidos en cuenta en la discusión de la reforma a la Constitución, como la propuesta de incluir un artículo en el que el Estado se

² En la revisión del estado de la discusión pueden consultarse los resultados de investigaciones que analizan las distintas inequidades que viven las mujeres en el mundo del trabajo y que están relacionadas con la maternidad, pueden verse las publicaciones de Olarte y Peña (2010); Molinos Iragorri (2012); Botello y López (2015); Arango Thomas et al. (2016); Ramírez et al. (2017); Ramírez Bustamante (2019); Solano Bent (2019); Delgado Mota (2019); Porras Santillana y Rodríguez Morales (2019); Monterrosa Baleta (2020); Herrera Rodríguez (2020); Sierra Caballero (2020); Porras Santillana y Ramírez Bustamante (2021); Aguirre y Pabón (2021); Almanza Junco (2021) y Rodríguez (2021).

comprometiera a proteger “de manera especial la libre opción de la mujer a la maternidad, y todos los procesos biológicos, psicológicos y socio culturales que de ésta se deriven” (Quintero, 2005). Pese a estas iniciativas sociales, finalmente la Asamblea Nacional Constituyente representó el producto del triunfo de dos sectores tradicionales y la conciliación con el grupo emergente como tercera fuerza y “fueron las mayorías las que determinaron el futuro de la Constitución, además de la falta de representación fáctica de mujeres y otros grupos minoritarios dentro de la Asamblea” (Coral Lucero, 2011, p. 56).

Las mujeres que participaron en el proceso resultaron electas a la Asamblea gracias a las alianzas con sus partidos y en los debates terminaron sacrificando las agendas de género de los movimientos sociales, desconociendo en algunos casos las exigencias de los grupos de mujeres de base.

La consagración del nuevo articulado de la Constitución no logró materializar todas las aspiraciones de las mujeres de base, sin embargo, ha representado un texto con un importante potencial, a partir de la incorporación de algunos enunciados normativos que posteriormente han permitido agenciar algunas reivindicaciones a través del litigio estratégico y de la movilización de grupos de mujeres, con las mismas herramientas que el constituyente incluyó, como es el caso de la acción de tutela y de los derechos de igualdad y libertad que hacía parte de la agenda pro derechos humanos.

La hermenéutica constitucional permitió avanzar, con el desarrollo de algunos derechos sociales, en el caso de las mujeres vinculados a la maternidad, desde una visión esencialista sobre las mujeres: garantizarles estabilidad en el trabajo porque son dadoras de vida.

Los principales logros para la garantía de los derechos de las mujeres a partir de la Constitución de 1991 parten de que se ha:

desarrollado una jurisprudencia de igualdad que trabaja por la igualdad formal como objetivo, han cambiado los centros y periferias del derecho constitucional poniendo en el centro el tema de género, han variado los supuestos del derecho constitucional como la distinción entre lo público y lo privado, y han avalado la creación de un lenguaje institucional propio para el análisis de los asuntos de género. (Buchely Ibarra, 2014, p. 104)

Esto se logró en primer lugar con la consagración de la igualdad formal ante la ley y luego, a partir de la jurisprudencia constitucional, con el desarrollo del mandato del párrafo segundo del artículo 13 de la Constitución, en el que se da inicio al desarrollo de medidas para la igualdad material (Const., 1991, Art. 13). El legislador también reforzó acciones de discriminación positiva como las leyes de cuotas electorales o el enfoque de género en la ley de restitución de tierras del 2011.

La consagración de este artículo y del reconocimiento de categorías sospechosas de discriminación permitió la inclusión de un lenguaje de género que posibilitó nombrar nuevas categorías de análisis y evaluar el lenguaje de la ley con la finalidad de determinar si se trataba de un lenguaje constitucionalmente inadmisibles.

Se optó por la inclusión en el debate constitucional de asuntos que no hacían parte de la tradición, pero que sí afectan la vida cotidiana y que permitieron pensar en la idea de la constitucionalización a la vida cotidiana (Restrepo, 2002). Un ejemplo de esto se observa en el caso de la discusión sobre la seguridad, que empieza a ser valorado no solo como un asunto de soberanía y decisiones de defensa del Estado, se incorpora la discusión sobre la seguridad de las mujeres y niñas en la calle, en la vida doméstica y en la escuela (Buchely Ibarra, 2014).

Otro logro está atado a que desde 1991 se consolida la idea de bloque de constitucionalidad, el Estado ya no es solo un Estado Constitucional, sino convencional de Derecho. Esta última idea se ve reflejada en la fuerza que toma el discurso de los derechos humanos como un instrumento para exigir al Estado estándares de protección de derechos. Para el caso de las mujeres, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, tratado adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1981, al reconocer las discriminaciones que viven las mujeres y la necesidad de garantizar su derecho al trabajo, insta a los estados parte a:

a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;

b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1981, párr. 58-59)

En este mandato se incorpora un fuero especial para las mujeres en el que se pretende evitar la pérdida del empleo y las prestaciones sociales con ocasión de la licencia de maternidad, así como el disfrute de la licencia de lactancia.

De ahí que en Colombia se establecieron los preceptos constitucionales referidos al trabajo digno y “la protección especial a la mujer, a la maternidad” (Const., 1991, Art. 53), y la promesa constitucional frente a la obligación del Estado de carácter prestacional: “Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada” (Const., 1991, Art. 43). Preceptos desarrollados por la Corte Constitucional a partir del análisis sistemático del texto constitucional:

los artículos 13, 16, 42, 43, 44 y 53 de la Constitución, según los cuales la mujer gestadora de vida ocupa un lugar preferente en la sociedad que debe ser garantizado por el Estado, como quiera que en ella se integra la defensa de la vida del nasciturus, de la integridad familiar y del derecho a ser madre, sin que por esta decisión sea objeto de discriminación de género. (Corte Constitucional, T-494 de 2000; T-1153 de 2000)

Aunque vale la pena anotar que en el Código Sustantivo del Trabajo (CST), ya se tenía contemplada la prohibición del despido de la mujer gestante en el artículo 239 (modificado por la Ley 1822 de 2017): “ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa” (Código Sustantivo del Trabajo, 1950, Art. 239); y en el artículo 240 señala los elementos objetivos para solicitar el permiso de despido, así como el artículo 241 indica la nulidad del despido. Para puntualizar en términos legales el Estado Colombiano ha cumplido con sus obligaciones internacionales al contemplar el fuero de maternidad según los estándares, en cuanto a prohibir el despido y, además amplió la licencia de maternidad a 18 semanas (Ley 1822, 2017, Art. 1) y la licencia de paternidad a 2 semanas, con posibilidad de licencia parental compartida de las últimas 6 semanas de la licencia de maternidad (Ley 2114, 2021, Art. 1).

Sin embargo, la tensión surge frente a las modalidades de contratación utilizadas, puesto que entienden que ocurre una discriminación frente a la mujer por parte de su empleador que vulnera los derechos al mínimo vital de la mujer y su familia y que el fuero de maternidad opera “independientemente del tipo de relación laboral” (Corte Constitucional, T-885 de 2003).

Posteriormente, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el Convenio C-183 de 2000³ sobre la protección a la maternidad, establece dos precisiones: la primera frente a la concepción de mujer “el término mujer se aplica a toda persona de sexo femenino, sin ninguna discriminación, y el término hijo a todo hijo, sin ninguna discriminación” (Art. 1); y la segunda, en cuanto a que “se aplica a todas las mujeres empleadas, incluidas las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente” (Art. 2).

Adicionalmente, el Convenio C-183 de 2000, señala las medidas frente a la salud, las disposiciones pecuniarias y la licencia de maternidad, establece los siguientes mandatos como protección al empleo de las mujeres y la no discriminación: 1) la prohibición “al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia [de maternidad], o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional” (Art. 8), para ello introduce la inversión de la carga de la prueba y será el empleador quien demuestre que no hizo el despido a causa de la condición de embarazo, parto o lactancia; 2) la garantía para las mujeres “de retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad” (Art. 8); y 3) “la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un

³ A la fecha de presentación de esta publicación, este convenio no ha sido ratificado por Colombia.

empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada” (Art. 9). En este sentido, los estados partes tienen la obligación de garantizar el empleo y la no discriminación de las mujeres a causa del embarazo, parto y lactancia, lo que se constituye en el denominado *fuero de maternidad*.

Fuero de maternidad y jurisprudencia constitucional

Frente al incumplimiento del mandato constitucional del fuero de maternidad y los conflictos laborales que se generan, las mujeres recurren a la acción de tutela como mecanismo para hacer valer sus derechos, dando lugar a que sea la Corte Constitucional en sede de revisión quien unifique los criterios, aclare y resuelva los vacíos al alcance de la norma de acuerdo a la tipología de contratación, en el entendido de que el fuero de maternidad es una manifestación de la estabilidad laboral reforzada que se consolida:

Como una garantía estructurada “históricamente a partir de la salvaguarda del derecho a la igualdad de las mujeres en el trabajo” y consistente en “una acción afirmativa en favor de aquellas”, destinada a responder “a la desventaja que afrontan, pues deben soportar los mayores costos de la reproducción y la maternidad”, tradicionalmente asumidos “únicamente por las mujeres”. (Corte Constitucional, C118 de 2020)

Así, el fuero de maternidad ha sido reiterado por la Corte Constitucional en sentencia T-043 de 2020 como una “una acción afirmativa destinada a garantizar que las mujeres no sean discriminadas en el trabajo a causa de su rol reproductivo” (núm. 15) y desde la Sentencia SU-075 de 2018 se señaló que la finalidad de esta institución “es impedir la discriminación que, a raíz del embarazo, pueda sufrir la mujer, específicamente la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión de esa condición o de la lactancia” (párr. 25).

Ahora bien, en Sentencia SU-070 de 2013 se establece el alcance de la protección del fuero de maternidad, cuando se presenten estas dos condiciones: “a) la existencia de una relación laboral o de prestación y, b) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguiente al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación”. El alcance de dicha protección varía según si el empleador o contratante conoce o no la situación y el tipo de contrato, esto generó un cambio de línea en las decisiones que se presentaban al respecto, en lo que la magistrada María Victoria Calle Correa, en el salvamento de voto, señala que la decisión representa la:

MUJERES TRABAJADORAS Y FUERO DE MATERNIDAD: LOS OBSTÁCULOS PARA SU GARANTÍA EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN

Regresividad en los derechos laborales, puesto que la ineficacia del despido trae consigo el reintegro y en los fallos finalmente por vía de la interpretación se determinan alcances modulados a partir de si el empleador conoce o no del embarazo de la empleada, dando lugar a que opere la indemnización por terminación del contrato y el pago de la seguridad social por el periodo del embarazo y tres meses adicionales al parto. (Corte Constitucional, SU-070 de 2013)

A continuación, se resumen las subreglas jurisprudenciales que se derivan de la línea desarrollada por la Corte Constitucional en interpretación del mandato constitucional y convencional:

Tabla 1. Alcance de la protección del fuero de maternidad según tipología de contrato

Tipo de contrato	El empleador conoce la situación y no acude al inspector de trabajo para la autorización.	El empleador no conoce de la situación y aduce justa causa.	El empleador no conoce la situación y no tiene justa causa.
A término indefinido	Ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. (Corte Constitucional, SU-070 de 2013)	Se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa causa. (Corte Constitucional, SU-070 de 2013)	Se ordenará el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, los cuales serán compensados con las indemnizaciones recibidas por concepto de despido sin justa causa. (Corte Constitucional, SU -070 de 2013)
A término fijo	Ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir por la duración del embarazo y 3 meses más luego del parto. (Corte Constitucional, SU-070 de 2013)	Se podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. (Corte Constitucional, SU-070 de 2013)	Si la desvincula antes del vencimiento del contrato, sin alegar justa causa, o terminado por vencimiento del plazo: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; la renovación del contrato sólo será procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen. (Corte Constitucional, SU-070 de 2013)
Contrato por obra o labor	Ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. (Corte Constitucional, SU-070 de 2013)	Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. (Corte Constitucional, SU-070 de 2013)	Si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. (Corte Constitucional, SU-070 de 2013)
Cargo libre nombramiento y remoción	Si el empleador tuvo conocimiento antes de la declaratoria de insubsistencia habría lugar al reintegro y al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir. (Corte Constitucional, SU-070 de 2013)	Si el empleador no tuvo conocimiento, se aplicará la protección consistente en el pago de cotizaciones requeridas para el reconocimiento de la licencia de maternidad. (Corte Constitucional, SU-070 de 2013)	
Cargo de carrera	i) Cuando deba surtir el cargo de la mujer embarazada o lactante en provisionalidad por quién ganó el concurso de méritos, se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad. ii) si hubo supresión del cargo o liquidación de la entidad, se le debe garantizar a la trabajadora en provisionalidad, la permanencia en el cargo hasta que se configure la licencia de maternidad o de ser ello imposible, el pago de salarios y prestaciones, hasta que la trabajadora adquiera el derecho a gozar de la licencia. (Corte Constitucional, SU-070 de 2013)		

Continúa en la página siguiente

Continúa en la página anterior

Carrera administrativa en entidad en liquidación	(i) En el caso de la liquidación de una entidad pública, si se crea con posterioridad una entidad destinada a desarrollar los mismos fines que la entidad liquidada, o se establece una planta de personal transitoria, producto de la liquidación, habría lugar al reintegro en un cargo igual o equivalente y al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir; (ii) si no se crea una entidad con mismos fines o una planta de personal transitoria, o si el cargo se suprimió por necesidades del servicio, se deberá ordenar el pago de los salarios y prestaciones hasta que se configure el derecho a la licencia de maternidad. (Corte Constitucional, SU-070 de 2013)
Cargos en provisionalidad o periodo de prueba de carrera administrativa	Sentencia T-494 de 2000, se había pronunciado en favor del reintegro de una mujer en cargo de provisionalidad. Ley 909 de 2004, artículo 51 Protección a la maternidad: “No procederá el retiro de una funcionaria con nombramiento provisional” (Ley 909, 2004, Art. 51) “Cuando un cargo de carrera administrativa se encuentre provisto mediante nombramiento en período de prueba con una empleada en estado de embarazo, dicho periodo se interrumpirá y se reiniciará una vez culmine el término de la licencia de maternidad.” (Ley 909, 2004, Art. 51) Ratificado en las Sentencias T-885 de 2003 y T-173 de 2005
Contrato en cooperativa de trabajo asociado	Se demuestre la existencia de un contrato realidad, la cooperativa y la empresa donde se encuentra realizando labores, serán solidariamente responsables. (Corte Constitucional, SU-070 de 2013)
Contrato en empresa de servicios temporales	Reglas aplicables a los contratos de término fijo o para los contratos por obra o labor. (Corte Constitucional, T-472 de 2002; T-534 de 2009, SU-070 de 2013)
Contrato de prestación de servicios	La trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrarse la existencia de un contrato realidad, se aplican las reglas de los contratos a término fijo. (Corte Constitucional, SU-070 de 2013) En caso de que la actuación del empleador sea discriminatoria, opera el reintegro y el ofrecimiento de disculpas por la conducta contraria a los valores constitucionales. (Corte Constitucional, T-043 de 2020)

Adicionalmente, la Sentencia SU-075 de 2018 (Corte Constitucional) considera que el pago de seguridad social por parte del empleador es una carga adicional, “el deber de garantía asistencial” está a cargo del Estado y no puede constituir una carga para el empleador.

El desarrollo de la jurisprudencia constitucional en materia de fuero laboral de maternidad ha generado múltiples fallos de revisión, lo que muestra cómo en los distintos distritos judiciales este sigue siendo un asunto de debate frecuente y en muchas ocasiones los jueces de instancia no acogen las subreglas constitucionales. Una de las funciones de la revisión de tutelas es justamente unificar criterios y orientar a los juzgadores de instancia, quienes sin embargo no siempre siguen los preceptos jurisprudenciales.

Formatos difusos de contratación y el desdibujamiento paulatino del fuero de maternidad

No te contrato, te incorporo.
No repartes para nosotros, realizas un servicio.
No tienes un contrato, tienes objetivos. Respetas estándares de entrega.
No cobras un salario, sino honorarios.
No fichas, estás disponible.
Tú decides, eres el dueño de tu destino.
¿Tienes tu propio vehículo o te lo alquilamos?
Diálogo en la película *Sorry We Missed*, dirigida por Ken Loach (2019)

En el marco de la globalización y el desarrollo del neoliberalismo entendido como una racionalidad económica que moldea las distintas dimensiones de la vida humana (Brown, 2015) nos ubicamos frente a un sistema económico que “ha desconocido e invisibilizado otras singulares expresiones económicas. Así, otras realidades económicas han sido soslayadas o tratadas como inmaduras, inferiores, subordinadas, residuales, subdesarrolladas y al margen de las tendencias económico/desarrollistas y capitalocentristas, modernas” (Quijano, 2013, p. 106).

El neoliberalismo en el plano económico va de la desregulación al control del mercado (Brown, 2015). El mercado determina las distintas relaciones humanas. Las personas se asumen como capital humano en todos los escenarios de la vida cotidiana, espacios que han sido colonizados por lo económico, en donde desde el emprendimiento y la autogestión somos responsables de nuestro propio bienestar y competimos entre sí por conseguirlo (Curran y Hill, 2019).

Las tendencias económicas mundiales que ahondan las brechas de desigualdad, en la búsqueda de sus ganancias por vía del desmedro de los intereses de sus empleados, nos han traído hasta este punto. Hoy, pese a la normatividad (regulación/control), seguimos de cara a contratos que disfrazan la relación laboral: tales como el boom de las cooperativas de trabajo asociado, las empresas temporales de servicios, los contratos sindicales que, pese a sus prohibiciones de suministrar personal para el cumplimiento del giro normal de las actividades de las empresas beneficiarias, sin control (desregulación).

¿De qué forma impacta este fenómeno global a las mujeres? Buena parte de los movimientos de mujeres ha concentrado su lucha en visibilizar y reivindicar el valor del trabajo reproductivo (de cuidado) y “el acceso al mercado laboral reglado (durante mucho tiempo espacio reservado para los hombres) como medio para conseguir los plenos derechos de ciudadanía” (Alario Trigueros, 2020, p. 147).

La visión de las mujeres como cuidadoras universales y la falta de reconocimiento del valor del trabajo reproductivo de por sí las ha ubicado en un punto en donde la maternidad ha generado una penalización en sus ingresos y las ha excluido del mundo laboral formal (Olarte & Peña, 2010). Esta exclusión se manifiesta en que las mujeres con hijos se ven forzadas a asumir trabajos de menos horas, por cuenta propia, sin contratos de trabajo, para poder conciliar su vida familiar con la obtención de recursos económicos, esto tiene como consecuencia además de trabajos precarios o no remunerados, poca o nula cobertura de los riesgos cubiertos por la seguridad social y a largo plazo la imposibilidad de contar con una pensión de vejez.

Esta situación ha sido advertida por distintos sectores en donde se han emitido pronunciamientos al respecto. Es el caso del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en las “Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de Colombia” (2019), en el que manifiesta su preocupación respecto a “que las mujeres del sector informal carezcan de cobertura de los servicios de seguridad social, en particular de protección de la maternidad, y que siga recayendo sobre las mujeres una carga desproporcionada del trabajo de cuidados no remunerados” (2019, p. 13).

Teniendo en cuenta este panorama el Comité recomienda al Estado colombiano que:

[Aumente] el acceso de las mujeres al sistema nacional de seguridad social, en particular a la protección de la maternidad, elabore programas coordinados de protección social y compensación para las mujeres y aumente los incentivos para la distribución equitativa del trabajo de cuidados no remunerado. (2019, p. 13).

Así, la Constitución de 1991, que incorpora por primera vez la voz de cuatro mujeres en la Asamblea Nacional Constituyente, que promulgó la igualdad formal ante la ley y la obligación del Estado de promover condiciones para que esta fuese real y efectiva, también incorporó un componente económico que promovió la iniciativa privada, que le dio protagonismo a la empresa y a la apertura económica, componente que terminó invadiendo y colonizando todos los aspectos de la vida cotidiana y cuya racionalidad volvió a dejar en desventaja a los que siempre habían estado por fuera de la distribución.

La primera puntada que desmorona el fuero de maternidad en términos formales vino de la misma Corte Constitucional, quien desde su interpretación (esencialista de género) había protegido a las mujeres, por ser dadoras de vida, en una jurisprudencia en donde se protege a las mujeres trabajadoras por ser madres y como mecanismo de proteger a las familias, a sus hijos, no necesariamente los proyectos de vida autónoma de las mujeres y su libertad sexual y reproductiva, pues esta pasa a un segundo plano, desplazado por el arquetipo de la mujer madre.

La Corte Constitucional en la Sentencia SU-075 de 2018 propone una interpretación en la que valora que las medidas que tienen como finalidad proteger la maternidad en el trabajo, terminan afectando desproporcionadamente a los empleadores, sin lograr la eliminación de la discriminación hacia las mujeres gestantes ocasionando un desincentivo a la contratación de mujeres, potencialmente madres. Para la Corte:

La obligación de asumir el pago de las cotizaciones en seguridad social impone una carga económica desproporcionada para el empleador, toda vez que la desvinculación de la trabajadora no responde a su estado de gravidez, sino al ejercicio de su libertad contractual. (Corte Constitucional, SU-075 de 2018)

La Corte modifica las subreglas jurisprudenciales precedentes recordándole al Estado su deber de cubrir prestaciones sociales. Como hojas al viento, este recordatorio no tiene fuerza alguna en un contexto de informalidad y precariedad laboral.

Las medidas legislativas que autorizan formatos difusos de contratación o que desregulan por omisión, terminan de difuminar la posibilidad de asegurar la cobertura de prestaciones sociales por maternidad, deja a las mujeres como auto responsables de su bienestar y les impide condiciones para corregir injusticias distributivas.

Conclusiones

Establecer un balance instrumental, cuantitativo y métrico sería desalentador, se han hecho cosas progresistas a partir de la Constitución de 1991, se han logrado estándares de protección significativos para grupos tradicionalmente discriminados. Sin embargo, no hay que desconocer, que muchas de esas medidas no han logrado trascender del plano de lo simbólico.

La exclusión de las mujeres y las injusticias basadas en género encuentran factores individuales, familiares, sociales y estructurales que exigen medidas transformativas para su eliminación. Las luchas por el derecho al trabajo son luchas por la autonomía económica como un mecanismo para el acceso a la ciudadanía y a una vida libre de violencias. El trabajo digno como presupuesto es una condición sin la cual, no se asegura un mínimo de dignidad, en un contexto invadido por las relaciones de mercado y de capital.

El fuero de maternidad y su desarrollo constituyó un estándar pro derechos, que paso inicialmente del discurso liberal y progresivamente incorpora elementos del Estado Social de Derecho, como el principio de solidaridad, sin embargo, esta última etapa de la línea jurisprudencial en materia de garantía de los derechos a las mujeres gestantes en el trabajo ha tenido un retroceso con la decisión de 2018.

Ahora, el entusiasmo con que se estudian estas subreglas de garantía de derechos laborales a las mujeres gestantes se queda corto, en un escenario en donde prima la informalidad, la precariedad laboral, los formatos difusos de contratación y en donde cada vez es más difícil acceder al trabajo digno, estable y formal.

Desde esta perspectiva, las medidas normativas se pueden leer como intentos por asegurar la justicia distributiva, para una clase trabajadora, privilegiada, entre los menos privilegiados. La legislación protege a todas las mujeres trabajadoras con relaciones laborales formales. La jurisprudencia mediante la acción de tutela protege a las mujeres trabajadoras con menores ingresos, en relaciones laborales formales, con contratos de trabajo, escrito o verbal y con órdenes de prestación de servicios que esconden contratos realidad, pero no asegura ninguna posibilidad de reclamación para las mujeres que no están en ninguno de estos grupos y que producto de las injusticias de reconocimiento, terminan asumiendo la penalidad por maternidad y en relaciones difusas que esconden un desmonte de las garantías mínimas para las trabajadoras.

La Constitución de 1991 pese a su potencial transformador y pese a ser la más garantista de las constituciones, sigue a la espera de que sus intérpretes, que el legislador y el administrador incluyan medidas transformativas que permitan erradicar las distintas formas de exclusión hacia las mujeres. Pese a los pendientes, y ante las voces que piden reformas, cabe advertir que quedan muchas cosas por hacer con esta Constitución y no estamos en un momento en el que los factores reales de poder parezcan más progresistas, finalmente el desmonte de las garantías sociales que se habían logrado con el texto de 1991 y su poco avance es el resultado de una racionalidad económica que ha permeado todas las esferas de la vida, luego no es una reforma jurídica la solución mágica al problema.

Referencias

- Almanza Junco, J. E. (2021). Constitucionalización de los derechos laborales a través del desarrollo jurisprudencial en el caso de la estabilidad laboral y ocupacional reforzada. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 23(1), 1-17. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.10026>
- Aguirre, J., & Pabón, P. (2021). Fuero de maternidad y racionalidad neoliberal: del entusiasmo al desencanto ante la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. En L. Porras Santillana y N. Ramírez Bustamante (Eds.), *Mucho camello, poco empleo: por qué el trabajo de las mujeres en Colombia es escaso, desvalorado y mal remunerado*. Universidad de los Andes.

- Alario Trigueros, M. (2020). Mujeres en el mercado laboral: la batalla inacabada. *Gaceta sindical: reflexión y debate*, (34), 145-162. <https://www.ccoo.es/ace7406ba3d2ec62422a-f8159b3b78e4000001.pdf#page=222>
- Arango Thomas, L., Castellani, F., & Lora Torras, E. (2016). *Desempleo femenino en Colombia*. Banco de la República.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (3 de septiembre de 1981). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>
- Botello, H., & López Alba, A. (2015). El efecto de la maternidad sobre los salarios femeninos en Latinoamérica. *Semestre Económico*, 17(36), 13-37. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/economico/article/view/1442/1563>
- Beauvoir, S. (1949). *El Segundo Sexo* (sexta edición 2015). Ediciones Cátedra.
- Buchely Ibarra, L. (2014). Género y constitucionalismo. Una mirada feminista al derecho constitucional colombiano. *Ciencia Política*, 9(18), 83-107. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/cienciapol/article/view/52309/52055>
- Brown, W. (2015). *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*. Zone Books.
- Código Sustantivo del Trabajo [CST]. (1951). Decreto Ley 3743 de 1950. 7 de junio de 1951 (Colombia).
- Comisión Económica Para América Latina. (10 de febrero de 2021). *La pandemia del COVID-19 generó un retroceso de más de una década en los niveles de participación laboral de las mujeres en la región*. <https://www.cepal.org/es/comunicados/la-pandemia-covid-19-genero-un-retroceso-mas-decada-niveles-participacion-laboral>
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (2019). *Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de Colombia*. ONU. <https://www.refworld.org/es/pdfid/5ce587b24.pdf>
- Constitución Política de Colombia [Const.]. (7 de julio de 1991). http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Coral Lucero, J. I. (2011). Constitucionalismo sin consenso: una crítica a la Constitución de 1991. *Revista Criterio Jurídico*, 11(2), 51-67.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-118 de 2020. (M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo: 15 de abril de 2020).

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-043 de 2020. (M. P. José Fernando Reyes Cuartas: 10 de febrero de 2020).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-075 de 2018. (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado: 24 de julio de 2018).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 586 de 2016. (M. P. Alberto Rojas Ríos: 26 de octubre de 2016).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-070 de 2013. (M. P. Alexei Julio Estrada: 13 de febrero de 2013).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-534 de 2009. (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto: 6 de agosto de 2009).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-173 de 2005. (M. P. Jaime Araújo Rentería: 28 de febrero de 2005).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-885 de 2003. (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra: 2 de octubre de 2003).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-494 de 2000. (M. P. Alejandro Martínez Caballero: 4 de mayo de 2000).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1153 de 2000. (M. P. Alejandro Martínez Caballero: 1 de septiembre de 2000).
- Curiel, O. (2013). *La nación heterosexual. Análisis del discurso jurídico y el régimen heterosexual desde la antropología de la dominación*. Brecha lésbica.
- Curran, T., & Hill, A. P. (2019). Perfectionism is increasing over time: A meta-analysis of birth cohort differences from 1989 to 2016. *Psychological Bulletin*, 145(4), 410–429. <https://doi.org/10.1037/bul0000138>
- Delgado Mota, B. (2019). El derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, alcance de la protección constitucional por vía de tutela en Colombia. *Revista Dixi*, 21(30), 1-20. <https://doi.org/10.16925/2357-5891.2019.02.06>
- Decreto 3716 de 1994 [Ministerio de Trabajo y Seguridad Social]. *Por medio del cual se establece un procedimiento en materia de Salud Ocupacional*. Noviembre 3 de 1994.

- Escuela Nacional Sindical [ENS]. (2007). *Mujeres, trabajo, vida y comercio. Curso virtual Libre comercio y contratación de derechos, dos caras de la moneda*. Fondo Editorial Escuela Nacional Sindical.
- Facio Montejó, A. (1992). *Cuando el género suena cambios trae (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. ILANUD.
- Fraser, N. (1997). *Iustitia interrupta. Reflexiones críticas desde la posición 'postsocialista'*. Siglo del Hombre Editores.
- Fraser, N. (2015). *Fortunas del Feminismo*. Traficantes de Sueños.
- Herrera Rodríguez, J. M. (2020). ¿La dignidad cabe en un bolsillo? Reflexiones sobre la protección de la mujer embarazada, frente al delito de discriminación en Colombia. *Inciso*, 22(1), 75-101. <http://dx.doi.org/10.18634/incj.22v.1i.1032>
- Ley 909 de 2004. *Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*. Septiembre 23 de 2004. D.O. 45680
- Ley 2114 de 2021 [Congreso de la República de Colombia]. *Por medio de la cual se amplía la licencia de paternidad, se crea la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial, se modifica el artículo 236 y se adiciona el artículo 241A del Código Sustantivo del Trabajo, y se dictan otras disposiciones*. 29 de julio de 2021.
- Ley 1822 de 2017 [Congreso de la República de Colombia]. *Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del código sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones*. Enero 4 de 2017.
- Ley 909 de 2004 [Congreso de la República de Colombia]. *Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*. Septiembre 23 de 2004.
- Mejía Quintana, O. (2007). Elites, eticidades y Constitución. Cultura política y poder constituyente en Colombia. En G. Hoyos Vásquez (Ed.), *Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía* (pp. 235-256). CLACSO.
- Molinos Iragorri, C. (2012). La Ley de protección a la maternidad como incentivo de participación laboral femenina: el caso colombiano. *Coyuntura Económica: Investigación Económica y Social*, 52(1), 93-116.

- Monterrosa Baleta, V. (2020). La legislación sobre licencias de maternidad y paternidad como factor de igualdad entre hombres y mujeres: el caso colombiano. *Precedente: Revista Jurídica*, 17(1), 69-96.
- Olarte, L., & Peña, X. (2010). El efecto de la maternidad sobre los ingresos femeninos. *Ensayos sobre Política Económica*, 28(63), 190-231. https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/espe_063-5.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (2016). *Trabajo Decente en las Américas: Una agenda hemisférica: 2006-2015*. OIT. http://www.summit-americas.org/pubs/ilo_decent_work_2006-2016_sp.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (2012). *Igualdad de género y trabajo decente: Convenios y recomendaciones claves de la OIT para la igualdad de género*. OIT. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_norm/—normes/documents/publication/wcms_088160.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (15 de junio de 2000). *C-183 Convenio sobre la protección de la maternidad*. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183
- Porras Santillana, L., & Rodríguez Morales, A. (2019). “El papá de mi hijo es la calle”: conciliando el trabajo productivo y reproductivo en las calles de Bogotá. *Revista CS*, (Especial), 271-301. <https://doi.org/10.18046/recs.iEspecial.3220>
- Porras Santillana, L. & Ramírez Bustamante, N. (2021). ¿Qué sabemos sobre el trabajo de las mujeres en Colombia? En L. Porras Santillana & N. Ramírez Bustamante (Eds.), *Mucho camello, poco empleo: por qué el trabajo de las mujeres en Colombia es escaso, desvalorado y mal remunerado* (pp. 29-58). Universidad de los Andes.
- Quijano Valencia, O. (2013). EcoNOMía, ecoSIMías y perspectivas decoloniales: Elementos sobre visiones y prácticas de diferencias económico/cultural. En C. Walsh (Ed.), *Pedagogías Decoloniales. Prácticas insurgentes de resistir, (re) existir, y (re) vivir*. Tomo I. (pp. 105-144).
- Quintero, B. (2005). Las mujeres colombianas y la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 – participación e impactos. En S. Montaña & V. Aranda (Eds.), *Reformas constitucionales y equidad de género* (pp. 269-285). CEPAL.
- Ramírez Bustamante, N. (2019). “A mí me gustaría, pero en mis condiciones no puedo”. Maternidad, discriminación y exclusión en el trabajo formal de confección en Colombia. *Revista CS*, (Especial), 241-270. <https://doi.org/10.18046/recs.iEspecial.3239>

- Ramírez Bustamante, N., Tribín, A. M., & Vargas, C. (2017). Consecuencias indirectas de la legislación sobre licencias de maternidad en Colombia. *Reportes del Emisor: Investigación e información económica*, (214). <https://publicaciones.banrepcultural.org/index.php/emisor/article/view/7924/8307>
- Real Academia Española. (2020). *Diccionario de la lengua española* (edición del Tricentenario). <https://dle.rae.es>
- Rodríguez, A. (2021). ¿Quién protege más la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en el estado de embarazo? Análisis de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional. En L. Porras Santillana & N. Ramírez Bustamante (Eds.), *Mucho camello, poco empleo: por qué el trabajo de las mujeres en Colombia es escaso, desvalorado y mal remunerado* (pp. 115-139). Universidad de los Andes.
- Restrepo, E. (2002). Reforma Constitucional y Progreso Social: La “Constitucionalización de la Vida Cotidiana” en Colombia. *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*, (14). 1-13. <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/17497>
- Sandoval Casilimas, C. A. (2002). *Investigación Cualitativa*. ICSES.
- Sen, A. (1998). *Bienestar, justicia y mercado*. Paidós Ibérica.
- Sierra Caballero, J. A. (2020). La maternidad, ¿un derecho de la mujer olvidado por FIFA? *Revista e-mercatoria*, 19(1), 91-113. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/7249/9962>
- Solano Bent, E. (2019). Estabilidad ocupacional reforzada en Colombia: una mirada crítica desde la jurisprudencia. *JurídicasCUC*, 15(1), 47-68. <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.15.1.2019.02>

CAMBIOS EN EL DERECHO DE LAS FAMILIAS EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA A LA LUZ DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO¹

María Isabel Uribe López*

Resumen

El propósito del texto es analizar con perspectiva de género algunas de las reformas propuestas por la Universidad Nacional de Colombia al Derecho de las Familias con perspectiva de género, lo que implicó llevar a cabo una investigación cualitativa y documental, en la cual se hizo una revisión del libro de las Familias contenido en el Proyecto de Reforma del Código Civil de la Universidad Nacional de Colombia y se comparó este con la regulación que al respecto está contenida en el Código Civil, en la Constitución Política de 1991 y en la jurisprudencia constitucional, a su vez se revisaron pronunciamientos de juristas, conceptos de universidades e investigaciones que se han ocupado de la constitucionalización del Derecho de Familia. En los resultados se exponen algunos de los hallazgos que permiten problematizar la propuesta desde la óptica expuesta y visualizar sus fortalezas, finalmente, el texto concluye que el Proyecto de Reforma del Código Civil de la Universidad Nacional de Colombia no consigue recoger las reformas introducidas en la jurisprudencia constitucional en la institución de las Familias, por lo que adoptarlo tal y como fue propuesto implica un retroceso para el derecho de las familias y con ello para la misma institución.

Palabras clave

Derecho de las Familias; Perspectiva de género; Reforma al Código Civil.

¹ Capítulo derivado de la investigación en curso “Subjetividad del operador jurídico en la aplicación de la perspectiva de género en el derecho de familia”, realizada en el marco del Doctorado en Estudios de Familia de la Universidad de Caldas.

* Abogada, especialista en Derecho de Familia, magíster en Educación, docente tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, adscrita al Grupo de Investigación Diverser. Orcid: 0000-0003-2749-3637

Abstract

The text analyzes with a gender perspective some of the reforms proposed by the National University about Family law in Civil Code Project. This was compared with the regulation in the Civil Code, in the Political Constitution of 1991 and in the constitutional jurisprudence. Some of the findings are exposed to problematize the proposal and to visualize its strengths. The text concludes that Civil Code Project of the National University of Colombia does not manage to collect the reforms introduced in the constitutional jurisprudence in the institution of Families.

Keywords

Family law; Civil Code Project; Gender perspective.

Introducción

“El poder de definir es el poder de conformar la cultura, es el poder de establecer lo que es y lo que no es, es el poder de escoger los valores que guiarán a una determinada sociedad.” (Facio Montejo, 1992, p. 21)

Reflexionar sobre las propuestas de reforma, en este caso el análisis del Proyecto de Reforma de Código Civil de Colombia de la Universidad Nacional de Colombia, es ocuparse de un llamado que hace el Ministerio de Justicia y del Derecho (s.f.) a hacer las observaciones pertinentes, pero va más allá, es un deber como abogados e incluso como ciudadanos, porque, como lo indica Facio Montejo (1992), se está estableciendo lo que es y lo que no es, los valores que guiarán una sociedad deben permear la construcción de un Código Civil porque éste se ocupa de nuestras relaciones como sujetos de derecho, en el caso del derecho de familia, porque el Proyecto quiere recoger las reformas y los pronunciamientos que se han dado producto de la dinamización de las relaciones familiares, los cuales han implicado pronunciamientos de las altas cortes, leyes que han sido posteriores al Código Civil y convenciones que han sido ratificadas por Colombia, este texto considera que tendría que ir incluso más allá, porque finalmente eso ya está.

En el evento propuesto por la Universidad Nacional de Colombia para hacer entrega del Proyecto, los diferentes docentes que participaron hicieron referencia a las razones que justifican la presentación del Proyecto de Reforma, indicando con relación al Derecho de Familia las siguientes: la necesidad de constitucionalizar el derecho privado, armonizar éste con normas internacionales, reconocer nuevas tipologías de familias y la función social del Derecho. Adicionalmente, expusieron la tarea de enraizar las normas en la cultura, socializar la propuesta y retroalimentarla con la intervención de los abogados y académicos.

La metodología para acercarse a la reflexión puede ser muy variada, el propósito de este artículo es hacerlo desde la constitucionalización del derecho de familia, entendido, según Esborraz (2015), como la sinergia de dos procesos: “el particular interés demostrado por las Constituciones de la América Latina en regular de manera especial y en forma detallada las relaciones familiares (...) en el cual la “unidad social” es la familia y no el individuo aislado” (p. 49), y “al considerarse la Constitución (así como también los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional) como un mandato directo del poder constituyente al poder constituido, cuya resultante es la “constitucionalización” e “internacionalización” de todo el ordenamiento jurídico” (p. 49). Finalmente, la constitucionalización del Derecho de las Familias “ha incidido directa y profundamente sobre el concepto mismo de familia al imponer una relectura de las relaciones familiares a la luz de los derechos fundamentales” (p. 49).

Es desde esta sinergia que, entre otras, se hace posible hablar de la igualdad entre los hijos al interior y por fuera del matrimonio, de la protección a los diferentes tipos de relaciones como: las familias homoparentales, poliamorosas, multi-especie, entre otras; de la necesidad de revisar cada caso con perspectiva de género y con enfoques diferenciales, de visualizar las tipologías de violencias que se presentan en una forma de relación que en principio se entendía privada.

Cuando Facio Montejo (1992) retoma las instituciones que contribuyen a mantener el patriarcado, las enumera así: “la familia patriarcal, la maternidad forzada, la educación androcéntrica, la heterosexualidad obligatoria, las religiones misóginas, la historia robada, el trabajo sexuado, el derecho monosexista, la ciencia ginope, etc.” (p. 28), lo que lleva a pensar en los grandes debates que han ocupado el Derecho de las Familias desde que comenzó su constitucionalización con la Carta Política de 1991 como un llamado a aplicar la perspectiva de género, para poner ejemplos: el derecho al aborto, los matrimonios homosexuales, la adopción homoparental, los derechos de los transexuales y los transgéneros, el poliamor, la gestación por sustitución, entre otros.

En el Derecho de las Familias, es necesario preguntarse por el número de víctimas de violencia intrafamiliar, por los procesos de alimentos, custodia y visitas que en un buen número de ocasiones se constituyen en espacios para violentar a las mujeres que buscan la protección integral de sus hijos, por los abusos sexuales de niños, niñas y adolescentes en las familias, por la concepción de la discapacidad en relación con los derechos sexuales y reproductivos, por la violencia ginecobstétrica, por los roles de las mujeres en las familias, las valoraciones de las pruebas en los procesos de divorcio y otro tipo de figuras como el feminicidio y su relación con la estructura de las familias.

Así, este texto “pretende reconocer esa protección [la que el Derecho otorga a las mujeres], analizar su particular condición consagrada en normas vinculantes y garantizar su pretensión de un trato igual y no discriminación” (Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, 2011, p. 28), todo esto comparado con lo que propone el Proyecto, porque del 2011, cuando la Comisión deja clara su pretensión, al 2021 son diversas las sentencias que han reafirmado la necesidad de aplicar la perspectiva de género en el derecho de las familias.

Es de anotar que hay un plus en “la perspectiva de género [la cual] lleva implícita, no sólo la variable clase, sino todas las variables imaginables, precisamente porque las mujeres pertenecemos a todas las clases, edades, razas, etnias, creencias, opciones sexuales, etc.” (Facio, 1992, p. 24). Parfraseando a Alda Facio (1992): el género implica unas atribuciones sociales dadas a los sexos, que se hacen con fundamento en estereotipos que permiten ubicar un sexo sobre el otro, los varones sobre las hembras, con fundamentos en constructos sociales que hacen parecer como biológicos o naturales los roles asignados, desde donde se puede indicar que las mujeres por ser mujeres son subordinadas y los hombres por ser hombres son privilegiados:

La pertenencia a un sexo es una categoría social que debe formar parte de cualquier análisis de lo social porque, aunque (a grosso modo) es la naturaleza la que dictamina a qué sexo se pertenece, es la sociedad (siempre y en todo momento) la que dictamina qué características y cuánto poder deben y pueden tener uno y otro sexo (...). Con la conciencia de que el sexo es una categoría socialmente relevante hablamos de que hacer un análisis de género es hacer un análisis que toma la variable sexo como central, explicitando en todo momento desde cuál sexo se hace dicho análisis y cuáles son los efectos o circunstancias en uno y otro y las relaciones entre ellos. (Facio, 1992, p. 42)

Adicionalmente, frente al diagnóstico de las desigualdades y la discriminación desde organismos internacionales, Nicole Bidegain Ponte (2017) indica que, ante la naturaleza generalizada de la discriminación, se debe contribuir a erradicar las desigualdades de género en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible que se traza la Agenda para el Desarrollo Sostenible 2030, este es el resumen del diagnóstico:

Se han constatado resistencias políticas y culturales a la igualdad de género, inercias institucionales, falta de asignación de recursos y muchas veces de voluntad política. Estos elementos han obstaculizado las transformaciones necesarias para garantizar el ejercicio pleno de los derechos de las mujeres y eliminar las brechas de desigualdad. (p. 7)

Llevar a cabo las reformas con perspectiva de género y aplicarlas con dicha perspectiva son condiciones para poder hablar de la materialización de los Derechos Humanos, porque estos conllevan concretar los enfoques diferenciales en acciones, en el campo que nos ocupa, el derecho de familia, de ello depende la democratización familiar, es decir, la transformación de las relaciones familiares se puede dar y puede permitir a las familias caminar hacia su democratización, entendiéndola como un enfoque que:

Promueve procesos de corresponsabilidad entre los géneros, reconocimiento de la autoridad de las mujeres equitativamente con los hombres, reconocimiento de los niños y niñas como sujetos de derechos y agentes activos en la toma de decisiones familiares, transformar el adultismo en un vínculo de escucha emocional y respeto de madres, padres e hijos. Promueve procesos de transformación de los sistemas de autoridad familiares, en función de que las políticas públicas reconozcan las nuevas diversidades familiares, afianzando el poder y la autoridad de las mujeres, el respeto a las elecciones sexuales diversas, la conciliación entre familia y trabajo para las mujeres y el desarrollo de nuevas masculinidades que puedan participar en los procesos de equidad y democratización de las familias. (Schmukler, 2013, pp. 207-208)

Por su parte y desde una visión institucional, la Comisión Nacional de Género Rama Judicial (CNGRJ), creada en el 2008, en sus publicaciones y algunos de sus objetivos, pareciera comprender que la perspectiva de género está encaminada a la equidad de género para las mujeres, sin embargo, en su texto: “Dos malentendidos y dos retos para la justicia con perspectiva de género” (2016) describe la perspectiva de género como una forma de garantizar el derecho a la justicia de género entendida como la garantía de “los derechos de todas las personas, sin distinción de sexo, orientación sexual e identidad de género, y también adoptar medidas jurídicas, políticas públicas y prácticas encaminadas a superar las causas estructurales de exclusión de grupos sociales históricamente discriminados” (p. 8).

Partiendo de la idea del género como un instrumento de análisis que permite describir las relaciones de poder entre hombres y mujeres, la perspectiva de género permite identificar la condición de subordinación de las mujeres en el derecho de familia, la pregunta por la relación-obligación de la mujer con los menores de edad, las personas de la tercera edad y cualquier persona al interior de una familia que requiera unos cuidados particulares, establecer cómo opera el control de los cuerpos de las mujeres a través de la naturalización de esa relación mujer-cuidado en escenarios jurídicos, que en parte pueden constituirse en escenarios de violencias económicas o institucionales. Abordar la temática desde esta perspectiva es intentar develar los problemas de estas relaciones, interpretar los sistemas de dominación que se generan, se justifican y se naturalizan, visibilizar los hechos que en ocasiones no son ni siquiera cuestionados y que se hacen evidentes porque están inmersos en el Proyecto presentado.

La perspectiva de género implica entonces pensarse la comprensión de la diferencia entre hombres, mujeres y otras identidades, el entendimiento de que esto marca un acceso desigual al poder, la exigencia de un lenguaje incluyente y no sexista, unas implicaciones epistemológicas, teóricas, metodológicas, técnicas, axiológicas y ontológicas, con implicaciones en la forma en la que debería plantearse una reforma, su contenido y posterior aplicación.

Hacer un análisis de la propuesta de reforma a la luz de los pronunciamientos constitucionales, y con ellos de la transversalización de la perspectiva de género, es una tarea fundamental, más aún cuando esta implica un nuevo código civil, no debe perderse de vista que las normas que regulan las Familias y sus diferentes instituciones tienen su fundamento en Colombia en el Código Civil de 1873, adoptado por la Ley 57 de 1887, y si bien ha tenido modificaciones, la pregunta que se abre ahora con el Proyecto de Reforma es, de la mano de Duch Álvarez (2002), si responden a este espacio y este tiempo habitado por las familias colombianas y sus integrantes.

Los doctrinantes del Derecho de Familia han planteado una pregunta adicional: “¿es suficiente un libro?” (Montoya Pérez, 2020), comentaristas del Proyecto de Reforma, como el profesor Montoya Pérez (2020), ven con buenos ojos la aparición de un libro que regule la Familia, sin embargo, la invitación que se ha hecho a reflexionar al respecto ha venido acompañada de la necesidad de retomar el Colegio de Abogados de Familia y la posibilidad de proponer una articulación en las diferentes normas que la regulan, los pronunciamientos de la Corte y las particularidades de un Derecho que ha dejado de comprenderse como derecho privado y se entiende con una naturaleza particular, que ya no se puede encasillar en ese modelo dicotómico derecho público-derecho privado.

Para lograr el propósito trazado el texto se divide en dos acápites, sin ánimo de completitud, buscando hacer unas anotaciones sobre la temática que permitan abrir la discusión al respecto: primero, reflexiones sobre el Derecho de las Familias en Colombia con posterior-

ridad a la Carta Política de 1991, es un numeral que se ocupa de la regulación jurídica de las Familias y la Constitucionalización de las Familias en Colombia, el segundo acápite se titula: Observaciones frente a los cambios propuestos en el Derecho de las Familias en el Proyecto de Reforma al Código Civil de la Universidad Nacional de Colombia, para terminar con las conclusiones a modo de reflexiones.

Metodología

La investigación se enmarca en un paradigma cualitativo el cual, para este producto en particular, permitió cruzar disciplinas, áreas del conocimiento y problemáticas (Galeano Marín, 2004, p. 17), como lo son en este caso las derivadas del Derecho, los Estudios en Familia y los Estudios de Género. La investigación buscó llevar a cabo una triangulación entre discursos oficiales, doctrinarios y el contenido del Proyecto de Reforma.

Se recurrió al diseño documental, para la revisión de las sentencias, las normas, el Proyecto de Reforma del Código Civil de la Universidad Nacional de Colombia, los conceptos de doctrinantes y juristas, entre otros. Por su parte la estrategia de investigación documental permitió hacer un análisis descriptivo de los objetos de estudio. En términos éticos:

Como acto de descubrimiento, agregan Strauss & Corbin (2002: 1-16), la investigación cualitativa requiere por parte del investigador: gusto por el trabajo con los datos, flexibilidad, actitud reflexiva, apertura, devoción por su labor, capacidad de tolerar la ambigüedad y sensibilidad social. Galindo (1998: 9-31) también enfatiza el carácter creativo, innovador y propositivo de la investigación, señalando la estrecha relación que hay entre ciencia y heurística, como dos elementos que se requieren recíprocamente. (López, 2005, p. 90)

El enfoque es feminista, lo anterior no es más que comprender el sentido del feminismo:

El feminismo sostiene que las mujeres de todas las clases, razas, etnias, edades, discapacidades, creencias, opciones sexuales, etc., son discriminadas, subordinadas y oprimidas en razón de su sexo: que tienen experiencias, vivencias y necesidades que no son tomadas en cuenta ni satisfechas y que para eliminar esa discriminación y subordinación y para satisfacer sus necesidades, se requieren cambios profundos en la distribución del poder político, económico y social entre los sexos. (Facio Montejo, 1992, p. 31)

Es por esto que se constituye a sí mismo como teoría, movimiento social, movimiento político y metodología, en sí mismo “teoría / práctica / conciencia” (p. 32), una forma de vivir: “De esta manera, el feminismo no se circunscribe a luchar por los derechos de las mujeres, sino a cuestionar profundamente y desde una perspectiva nueva, todas las estructuras de poder, incluyendo (pero no reducidas a ésta), las de género” (p. 32).

Reflexiones sobre el Derecho de las Familias en Colombia con posterioridad a la Carta Política de 1991

El Derecho de Familia, la Infancia y la Adolescencia tiene unas responsabilidades históricas que cumplir de cara a la equidad de género, a la promoción de los derechos humanos, a la prevención de las violencias contra los grupos vulnerables que hacen parte de las familias y a la atención de estas violencias con perspectiva de género en los diferentes ámbitos donde se puedan dar.

Esta responsabilidad la ha asumido la Corte Constitucional, ya que no se puede negar que ante la situación en la que se encontraban algunas tipologías familiares, violencias intra-familiares, sujetos dentro de las familias, entre otros, los reconocimientos judiciales a través de las sentencias de la Corte Constitucional han sido una posibilidad de no ser discriminados, de materializar sus derechos a través del uso alternativo del Derecho, pues:

Las normas de género tienen mucho que ver con cómo y de qué manera podemos aparecer en el espacio público; cómo y de qué manera se distinguen lo público de lo privado y cómo esta distinción se instrumentaliza al servicio de las políticas sexuales; quién estará criminalizado según la apariencia pública; quién no será protegido por la ley o, de manera específica, por la policía, en la calle, o en el trabajo o en casa. ¿Quién será estigmatizado?, ¿quién será objeto de fascinación y placer de consumo?, ¿quién tendrá asistencia médica ante la ley?, ¿qué relaciones íntimas serán reconocidas ante la ley? Sabemos de todas estas cuestiones por los transgresores activistas, por el feminismo, por las políticas de parentesco queer, y también a través del movimiento por el matrimonio gay y las reivindicaciones de las personas trabajadoras sexuales de cara a la seguridad pública y la emancipación económica. Por tanto, estas normas no son sólo instancias de poder, y no sólo reflejan relaciones más amplias de poder, sino que son una manera a través de la cual opera el poder. (Butler, 2009, p. 323)

La Constitución Política de Colombia (1991), en el primer inciso del artículo 42, estipula: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla” (Art. 42). Volver sobre este primer inciso tiene una razón de ser: poner una alerta, debido a que incluso las normas contenidas en la Carta Política están enmarcadas en una visión monogámica y heterosexual de la Familia, sin embargo, este acápite busca evidenciar cómo ese concepto de Familia ha sido superado por las interpretaciones que la Corte Constitucional ha hecho, permitiendo pensar en la materialización de la igualdad, la diversidad, la libertad, entre otros principios y derechos contemplados en la Constitución Política.

Para ejemplificar lo manifestado, la Corte Constitucional indicó: “a la luz del ordenamiento superior la familia heterosexual y monogámica tiene una protección especial por parte del Estado” (Corte Constitucional de Colombia, SU-617 de 2014). Sin embargo, en esta misma Sentencia la Corte manifiesta: “también es cierto que la propia Carta Política

admite, reconoce y protege la diversidad de estructuras familiares” (Corte Constitucional, 2014, SU-617), este reconocimiento es muy importante de cara a la posibilidad del Derecho de crear realidades, sobre el que se volverá más adelante, en materia de Derecho de Familias este poder cobra especial relevancia porque como lo indica el antropólogo Duch Álvarez (2002) la familia es:

La que permite la primera, y casi siempre, decisiva instalación de los individuos y grupos humanos en el espacio y en el tiempo, que siempre es su espacio y su tiempo (...) ha constituido la célula social y cultural más significativa, porque en ella y a través de ella han tenido lugar las transmisiones más influyentes, persistentes y eficaces para la existencia humana. (p. 21)

Como bien lo señala el autor, en la Familia se materializa un entramado biológico, cultural, jurídico y afectivo. Preguntarse por cómo regula el derecho colombiano la Familia es a su vez preguntarse por cómo ha influenciado el derecho internacional esa regulación, por la jurisprudencia de las altas cortes sobre los conflictos que se han presentado en materia de familia, la constitucionalidad de las normas que lo conforman y por las propuestas de modificaciones que se plantean.

Es entonces el inciso primero del artículo 42 de la Carta Política una forma de no perder de vista que las normas, incluso las constitucionales, están permeadas por estereotipos y prejuicios, entendidos como representaciones culturales que “se instalan y legitiman en la forma en que se abordan las relaciones familiares y el surgimiento en lo cotidiano de discursos que se reiteran en diferentes escenarios para enmascarar las desigualdades estructurales de la realidad” (Cardona, 2018, p. 190).

Incluso es necesario anotar que normas posteriores siguen reproduciendo estas ideas; la Ley 1361 de 2009 por medio de la cual se crea la Ley de Protección Integral a la Familia, a casi dos décadas de esa primera regulación repite ese primer inciso del artículo 42 en su artículo segundo, el cual contiene las definiciones de la norma, es decir, a pesar de las múltiples interpretaciones de las que ha sido objeto el concepto de Familia por parte de la Corte Constitucional, en el 2009 el legislador continúa recogiendo la definición de la Carta Política de Familia, así el problema también es el legislador, es un asunto de técnica legislativa y de la incapacidad que ha demostrado el Congreso de recoger en las normas los procesos de constitucionalización.

Ahora, la constitucionalización del derecho de las familias en Colombia pasa por una lectura de las regulaciones a la luz del bloque de constitucionalidad, con el lente de un Estado Social de Derecho y bajo las limitaciones y posibilidades que albergan las convenciones y tratados ratificados por Colombia que entran a ser parte de ese bloque de constitucionalidad. La comprensión de la Familia como un sujeto de derechos, como la ha definido la Corte Constitucional, implica la obligación del Estado de protegerla y de amparar a sus miembros, a algunos de ellos atendiendo a su estado de vulnerabilidad o a la protección reforzada de

la que son sujetos, por ejemplo: los niños, niñas y adolescentes, las mujeres o los adultos mayores, entre otros. Esta tarea implicará, en algunas ocasiones, resguardarlos incluso de la idea de familia contenida en ese primer inciso del artículo 42 de la Carta Política.

Regulación jurídica de las Familias

[...] quitarles la máscara a las estructuras sociales, a los discursos, a las ideologías y a las epistemologías que respaldan tanto el statu quo como toda una variedad de formas de privilegio. En el terreno epistemológico, el privilegio blanco, masculino, elitista, heterosexual, imperialista y colonial actúa con frecuencia imponiendo su poder para reivindicar la objetividad y la neutralidad. (Kincheloe, 2008, p. 39)

Este apartado describe la forma en la que se concibe la Familia en el Derecho Internacional, posteriormente se harán algunas observaciones sobre cómo la concibe la Carta Política y las sentencias de la Corte Constitucional. Para hacer este análisis se retomarán los instrumentos y las normas y se harán comentarios al respecto con fundamento en la perspectiva de género.

Como lo anotan Uribe Arzate y Bustamante Medrano (2019), estudiar el derecho a la familia es hacer “el análisis de un derecho humano apenas germinal que, en nuestra opinión, puede potenciar el disfrute de otros derechos humanos” (p. 1). Este carácter germinal contrasta con su consagración en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (s.f.), la cual fue aprobada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, debido a que esta contempla los derechos que todo ser humano debe tener de forma inalienable para materializar la libertad, la igualdad y la dignidad, en sus preceptos se refiere en cuatro artículos a la Familia: 12, 16, 25 y 26; el numeral tercero del artículo 16 la define: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (Art. 16), con lo que la ubica como un sujeto de especial protección para el derecho internacional y, al estar consagrada en este instrumento universal, genera obligaciones para los Estados, con antelación, la norma indica la libertad para conformarla, solo limitada en términos de edad, y la igualdad de los derechos de sus miembros.

Adicionalmente, el artículo 25 de esta Declaración concreta derechos de la Institución, los cuales podrían sintetizarse en el derecho de la familia y de sus integrantes a vivir bien, es decir, contar con los medios para tener un nivel de vida adecuado en lo económico, en la salud, la alimentación, la vivienda, entre otros, los cuales deberán asegurarse incluso a través de subsidios; protección que se amplía en el artículo 12, el cual contempla que ninguna familia podrá ser objeto de injerencias arbitrarias. Por último, el artículo 26 indica un derecho de unos de los integrantes de la familia sobre otros, al indicar que los padres podrán determinar la educación que darán a sus hijos.

Por su parte, en 1959 la Declaración Universal de los Derechos del Niño se refiere a la Familia, de conformidad al paradigma de la época, como una especial protección a los niños que tenían sus derechos amenazados, inobservados o vulnerados, por lo que su alusión a la familia indica que un niño no puede ser discriminado en razón de ésta (s.f., párr. 6) y que el Estado está obligado a cuidar de los niños a quienes su familia no les pueda garantizar el desarrollo integral adecuado, una protección encaminada a la subsistencia. Esta Declaración tiene un giro con la Convención sobre los Derechos del Niño firmada por las Naciones Unidas en 1989, la cual concibe a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos de especial protección:

Según la perspectiva que presenta la Convención, el niño es un individuo y un miembro de una familia y una comunidad, con derechos y responsabilidades apropiados para su edad y su madurez. Reconocer los derechos de la infancia de esta forma permite concentrarse en el niño como un ser integral. Si en una época las necesidades de los niños se consideraron un elemento negociable, ahora se han convertido en derechos jurídicamente vinculantes. (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, s.f.)

Razón por la cual ese catálogo de derechos vincula a los Estados que tienen la obligación de promoverlos y prevenir situaciones que puedan amenazarlos, inobservarlos o vulnerarlos, la violación de éstos debe ser atendida de forma integral, es decir, implica una atención multinivel e interdisciplinar de los sujetos, las familias y las comunidades afectadas.

En dicha Convención la Familia se ve como una institución garante de Derechos, de acuerdo con lo señalado en el Preámbulo:

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989)

Adicionalmente, en su articulado la Convención reconoce el Derecho de la Familia y de los padres a que los Estados les respeten sus responsabilidades, derechos y deberes en el cuidado de los niños (Art.5), de igual forma, entiende las relaciones familiares como parte del derecho a la identidad (Art.8) y la unión de la familia como un derecho. El artículo noveno es la fuente del derecho a la unidad de la familia que contempla el derecho constitucional, de este se desprende que los padres no puedan ser separados de sus hijos excepto cuando se tomen este tipo de medidas para proteger el interés superior del niño, niña o adolescente, atendiendo a los procesos judiciales que contemplen los países con este fin; en el ámbito de las relaciones familiares que implican padres e hijos ubicados en diferentes países, la Convención contempla como materialización de la unidad familiar la reunificación.

Por su parte la legislación en Colombia se ocupa del sistema familiar desde el Derecho de Familia, el cual a su vez regula tres subsistemas en Colombia: el de parejas compuesto por la pareja y la unión marital de hecho; el de la filiación ocupándose de la biológica; la civil y la que se lleva a cabo a través de otros medios y el de parientes, este último se ocupa de regular las relaciones de consanguinidad, la afinidad y el parentesco civil. Adicionalmente, aparece una preocupación por las relaciones de hecho de las cuales se ha ocupado la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Constitucionalización de las Familias en Colombia

La Constitucionalización del Derecho de las Familias es un proceso que implica la lectura de la institución de la Familia a la luz de los derechos fundamentales, sin dejar de lado la premisa de este escrito: las familias no responden a una única estructura, sus formas de constitución son múltiples, e incluso para antropólogos, como Duch Álvarez (2002), sería posible identificar la crisis de la figura de la Familia, entendida como estructura de acogida fundamental del ser humano, como co-descendencia, precisamente porque la crisis se da cuando ese grupo, la familia, al que el ser humano estaba vinculado, al cual pertenecía, ahora “se ha diluido en un número infinito de unidades individuales” (Poirier, 1987, como se cita en Duch, 2002, p. 23). Comprender esta multiplicidad de formas de familia, es materializar el principio de pluralismo de la Constitución, es viabilizar las diferentes posibilidades que tienen los miembros de una familia para conformarla de acuerdo con sus intereses y necesidades, es comenzar a hablar del Derecho de las Familias y no de la familia.

Ahora:

El punto álgido de esta controversia se sitúa en la constitucionalidad de las instituciones que sirven para la vida humana plena. La parte nodal está en la existencia de la familia como núcleo y contexto de cualquier posibilidad de desarrollo pleno. (Uribe Arzate & Bustamante Medrano, 2019, p. 2)

En Colombia, esa constitucionalización pasa también por el llamado de la Corte Constitucional a aplicar la perspectiva de género, las razones de esto las resume la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial (2018) en “no se otorga igual valor, iguales derechos, responsabilidades y oportunidades a hombres y mujeres y que a las mujeres por el hecho de serlo se les menosprecia y se les pone en desventaja en relación con los varones”(p. 13) situación que se ha materializado con ayuda del Derecho. Debido a que:

De acuerdo a ciertas elaboraciones de teorías lingüísticas, el carácter performativo del lenguaje alude a la capacidad que tiene éste para crear situaciones o instaurar realidades en el mundo, superando la función estrictamente nominativa e instrumental. (Véase Austin, 1971, Benveniste, 1985). En el campo del discurso jurídico, estas consideraciones se enmarcan dentro de lo que Hall (2010) refiere como el rol constitutivo de los regímenes de representación, que trasciende la mera esfera discursiva y enunciativa, proyectándose hacia la construcción de la vida social y política.

Así las cosas, los textos jurisprudenciales de la Corte constitucional, por su carácter interpretativo del estatuto superior, la Constitución de 1991, tienen un gran potencial para definir categorías y subjetividades, a las que se le[s] atribuyen ciertas características. (Rosas Guevara, 2013, p. 98)

Frente al derecho: las sentencias van a crear unas realidades en lo jurídico caso en el cual es claro que el derecho es “un lenguaje que al nombrar la vida social también la crea y no sólo a través de significados sino también de actividades concretas” (Lemaitre Ripoll, 2009, p. 198). Esta creación y su reconocimiento en el ámbito constitucional ha sido muy amplia, por ejemplo, frente al Derecho de Familia, en la Sentencia C-519 de 2019, la Corte indica:

La familia es el primer lugar en el que estas expectativas e identidades se enseñan y reproducen, dado que este es el espacio de socialización y de asimilación de las primeras reglas sociales. Entre ellas se encuentran las que se refieren a la diferencia sexual de las personas y aparatos de imposición de las reglas, concurren para que ello opere. En la historia del derecho de familia y del derecho penal, son conocidas reglas dirigidas, por ejemplo, a sancionar formas de relaciones afectivas no heterosexuales o formas de familias no monogámicas. En el mismo sentido, en el pasado no tan reciente, el derecho civil ha preferido y reforzado los acuerdos familiares que materializan determinados valores religiosos, y ha desplazado o discriminado modelos familiares que resultan diversos o alternativos (señalados en su momento como desviados, anormales o “antinaturales”). (Corte Constitucional de Colombia, C-519 de 2019)

Estas consideraciones de la Corte Constitucional reafirman la necesidad de ser muy cuidadosos con las normas y las realidades que crean, sus repercusiones en la vida de los seres humanos, en su cotidianidad cuando se trata del Derecho de las Familias.

Observaciones frente a los cambios propuestos en el Derecho de las Familias en el Proyecto de Reforma al Código Civil de la Universidad Nacional de Colombia

“Emplear un determinado lenguaje es estar de acuerdo con un conjunto de patrones de conducta socialmente preestablecidos”
(Corte Constitucional de Colombia, SU-214 de 2016)

Una de las preguntas que podrían hacerse frente a este numeral es porqué hablar del Derecho de las Familias, la respuesta tendría que ser que la constitucionalización de esta área del Derecho ha pasado por el reconocimiento y la protección a los diferentes tipos de Familias, los análisis que se hagan al respecto no deberían volver en ningún momento al deseo de una familia nuclear, monogámica y heterosexual como único modelo de familia protegido por la legislación colombiana y si se acepta esto como premisa, las múltiples configuraciones de familia protegidas constitucional y legalmente, el lenguaje debería rebelarse a esa idea del

Derecho de Familia y responder a las diferentes realidades sociales que pueden acogerse a la institución nombrándolas como Familias, al respecto indica la Corte Constitucional, considerando la trayectoria del reconocimiento de las diferentes estructuras familiares:

No compartimos la consideración según la cual la familia heterosexual y monogámica tiene una protección especial por parte del Estado. Entendemos que se trata de un desafortunado obiter que, además de carecer de toda justificación constitucional, no refleja la consolidada jurisprudencia de esta Corte sobre la igual dignidad de todas las formas de familia, expresada de manera unánime en la sentencia C-577 de 2011. (Corte Constitucional de Colombia, SU617 de 2014)

Porque las familias son “estructuras conformadas por vínculos jurídicos o naturales, que surgen a partir de la convivencia y que se fundan en el afecto, el respeto, la protección, la ayuda mutua, la comprensión y la solidaridad” (Corte Constitucional de Colombia, C-026 de 2016) sin atender a diferencias en la protección estatal a la que tienen derecho debido al sexo o el género de los miembros que la conforman.

Estas reflexiones de cara al Proyecto de Reforma de Código Civil de Colombia, implican inicialmente hacer una trazabilidad de la construcción del Proyecto, el cual es una propuesta de la Universidad Nacional, “resultado del esfuerzo de un grupo de profesores liderado por José Alejandro Bonivento y Pedro Lafont Pianeta” (Ministerio de Justicia y del Derecho, s.f.), el cual se presentó el 30 de junio de 2020 con motivo de los 150 años de la fundación de esta institución educativa, el Proyecto está “inspirado en un texto profundo que el profesor Arturo Valencia Zea presentó y elaboró en el año 1983” (Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2020, p. 2).

En materia del Derecho de las Familias, indicará el profesor Lafont (Universidad Nacional de Colombia–UN Televisión, 2020) en la presentación del Proyecto, sobre el Libro V, que a su juicio contiene un reconocimiento de la institución de familia de una forma amplia, atendiendo a principios de diversidad, inclusión, multidisciplinariedad e igualdad, que permiten hablar de la modernización del Derecho de Familia y su constitucionalización. Un ejemplo de lo anterior se evidencia en el Artículo 1598: “Se reconocen todas las familia [sic] cualquiera que sea su conformación o nacionalidad de sus integrantes” (Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2020).

Es posible hacerle algunas preguntas al Proyecto; se hará relación de las que ocupan a la autora de este capítulo por la conexión que tienen con los temas de su interés, por ejemplo, de cara al reconocimiento que la Corte Constitucional viene haciendo de los animales no humanos como sujetos de derecho, qué papel tiene este reconocimiento en el Proyecto, lo anterior es una observación que, de cara al objetivo del escrito, se pregunta por el rol de estos en las familias multi-especies o trans-especies, en la posibilidad que tiene el proyecto no solo de actualizar las instituciones a las realidades sociales de las que se ha venido ocupando

el derecho, sino de prever reconocimientos, que si bien se vienen haciendo por la vía de tutela, son conflictos que se han presentado y que no se están ocupado de un bien, sino de un sujeto al interior de la Familia.

Un primer elemento que permite indicar que, al abordar las relaciones familiares el Proyecto del Código hace referencia a las familias matrimoniales, extramatrimoniales y de crianza, dejando de lado otras tipologías familiares por ejemplo las familias multi-especie, poliamorosas y las monogámicas, frente a las cuales también se han presentado conflictos que han tenido que ser resueltos por la jurisdicción.

Otra observación frente al Proyecto es que en ocasiones vuelve sobre la visión binaria donde está ausente la perspectiva de género que protege las familias homoparentales y deja de lado directrices constitucionales en las que se ha reiterado que: “la familia es un concepto dinámico, lo que implica que su conformación es múltiple y está fundada en un concepto pluralista, que va mucho más allá que la integración a través de la pareja biparental” (Corte Constitucional de Colombia, C-107 de 2017). Por lo tanto, no existe actualmente en Colombia un concepto único y excluyente de familia, y no es deseable que exista, por eso la apuesta sigue siendo en plural y por lo plural, por las familias.

Sería importante llamar la atención sobre aspectos que se considerarían superados como los contemplados por el último inciso del artículo 55 en el Proyecto, que indica:

La mujer casada podrá tomar el apellido del marido precedido o no de la partícula de, para lo cual deberá dejarse constancia al momento de contraer matrimonio. El marido podrá oponerse a que la mujer se identifique con su apellido cuando lo empleare en una actividad diferente a la vida conyugal. (Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2020)

Lo anterior causa asombro, porque la preposición “de” tiene un significado y remite nuevamente al poder creador del lenguaje en el que se concibe a la mujer como una posesión del hombre, adicionalmente, le da la potestad a este de que se oponga al uso de la partícula, pareciera indicar que él puede determinar cuándo su cónyuge “merece” usar la partícula, al respecto la Corte Constitucional recuerda:

La superioridad masculina al interior de la familia, tenía múltiples maneras de evidenciarse. Una de ellas estaba ligada al apellido. Al momento de casarse la esposa o bien asumía el apellido del cónyuge, o su apellido familiar iba acompañado de la preposición “de” y el apellido de su esposo. Esto representaba una clara contradicción con los valores ilustrados de igualdad, libertad y solidaridad de todos los individuos, y la situación de las mujeres al interior de las sociedades occidentales centrales en la que lo masculino se privilegiaba sobre lo femenino. Por ello no es extraño que los primeros movimientos de mujeres registrados reivindicaran el reconocimiento de los derechos a la igualdad entre el hombre y la mujer al interior de la familia como mantener su propio apellido. Además, que se reconociera el derecho al divorcio, una edad mínima para contraer matrimonio, y la proscripción del matrimonio forzado, o decidiera en igualdad de condiciones con su esposo en la educación de los hijos. (Corte Constitucional, C-519 de 2019)

Adicionalmente, la propuesta de artículo debe revisarse con cuidado porque no es posible pasar por alto la idea intrínseca en este de que el matrimonio se da entre un hombre y una mujer, es de anotar, que el mismo artículo permite llegar a un acuerdo sobre el orden de los apellidos del niño o la niña, recogiendo así lo ordenado en la Sentencia C-519 de 2019, en la que la Corte Constitucional resalta que “La Constitución es un texto vivo que se adapta a la realidad” (Corte Constitucional de Colombia, C-519 de 2019) y haciendo un análisis de la situación de la mujer como grupo y de la aplicación de la perspectiva de género en el Derecho de Familia indica:

La categoría “género” permite comparar a hombres y mujeres, y también establecer una relación de comparación entre las parejas homoparentales y las parejas heterosexuales. En efecto, el demandante señala que la preferencia sexual (por personas del mismo sexo o de un sexo diferente “al propio”) no debe ser un obstáculo para que las personas deban gozar de los mismos derechos, y señala que, en la actualidad, de manera paradójica, las parejas homoparentales, en virtud de la Sentencia SU-696 de 2015, sí pueden elegir el orden de los apellidos, mientras las parejas heterosexuales no pueden hacerlo. (Corte Constitucional de Colombia, C519 de 2019)

Y con fundamento en este y otros argumentos la Corte Constitucional decide solicitarle al Congreso de la República que adapte la regulación a la Constitución y mientras lo hace “el padre y la madre de común acuerdo, podrán decidir el orden de los apellidos de sus hijos. Si no hay acuerdo entre los padres, se resolverá por sorteo realizado por la autoridad competente para asentar el registro civil” (Corte Constitucional, C519 de 2019). Como se verá la regulación propuesta al respecto, frente a los apellidos de los hijos no es entonces novedosa, solo recoge lo estipulado por la jurisprudencia.

En cuanto a la regulación del matrimonio, esta se fundamenta en la jurisprudencia constitucional, en tanto que como se verá en la Tabla 1, supera la regulación establecida en el Código Civil y la actualiza de acuerdo a los pronunciamientos.

Tabla 1. Definición de matrimonio en ambos cuerpos normativos

Código Civil vigente	Proyecto de reforma del Código Civil
Artículo 113. El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.	Artículo 1605. En virtud del matrimonio dos personas convienen establecer una comunidad doméstica con el fin de formar una familia y de auxiliarse mutuamente, dentro de un plano de igualdad y mutuo respeto.

De lo que se puede concluir que la regulación propuesta recoge la posibilidad de que el matrimonio se dé entre dos personas del mismo sexo, como está establecido en Colombia, figura a la que se le conoce como matrimonio igualitario, que tiene su origen en la Sentencia de la Corte Constitucional C577 de 2011, en la que se resuelve:

CUARTO.-EXHORTAR al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas. (Corte Constitucional de Colombia, C-577 de 2011)

QUINTO.–Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual. (Corte Constitucional de Colombia, C-577 de 2011)

Reconociéndose esta Sentencia como un avance, sobre todo en la concepción de Familias, no deja de llamar la atención que el llamado en últimas no es a regular el matrimonio, se trata de un vínculo contractual, lo que reafirma nuevamente el poder performativo del derecho, sin embargo, el caos que produjo el llamado “vínculo contractual”, del cual hace un recorrido Colombia Diversa (s.f.).

El Proyecto recoge la jurisprudencia y desvincula el matrimonio de la reproducción, la cual está establecida como su finalidad de acuerdo con la regulación vigente.

En cuanto a lo manifestado por el Proyecto frente al divorcio, es de anotar que no contempla causales de divorcio, habla de una cláusula en el primer inciso del:

Artículo 1659. El cónyuge que haya infringido grave y injustificadamente sus deberes u obligaciones y haya sido la razón esgrimida para adelantar el divorcio podrá el otro reclamar la pensión alimenticia consagrada en este Código y la indemnización de los daños morales sufridos. (Universidad Nacional de Colombia, s.f.)

La cual resulta abierta y puede generar inestabilidad para personas especialmente protegidas por el derecho, como la mujer y los hijos menores de edad, a quienes difícilmente se les venía protegiendo sus derechos a través de sentencias en procesos de divorcio contencioso. El Proyecto de Código contempla la posibilidad de que el cónyuge culpable sea quien solicite el divorcio, puede considerarse esta la oportunidad de actualizar la institución de la Familia, sin embargo, no puede ser a costa de los grupos especialmente protegidos, por lo que es totalmente acertado afirmar: “si ya en vigencia de la cláusula general de responsabilidad los jueces negaban las pretensiones indemnizatorias con fundamento en la inexistencia de normas específicas, esta opción de regulación podría conducir a una equivocada idea de taxatividad de eventos dañinos” (Observatorio sobre Vigencia y Reforma del Código Civil Colombiano, 2020, p. 57).

Así las cosas, hasta ahora se podría decir que el Proyecto de Código reconoce tres tipologías de familia: la matrimonial, la extramatrimonial y la de crianza; siendo esto insuficiente frente a las realidades actuales, la postura frente a lo anterior no es unánime, como se puede desprender de la presentación del Proyecto de Código y de las reflexiones del profesor Quiroz en uno de los conversatorios organizados por el área de Derecho Privado de la Universidad Externado quien manifestó las siguientes ideas que posteriormente fueron recogidas en la relatoría del espacio presentada como anexo del Concepto del Observatorio:

CAMBIOS EN EL DERECHO DE LAS FAMILIAS EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA A LA LUZ DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

En lo que concierne al Libro V (Derecho de familia), destacó el reconocimiento de todas las formas de familia y la prohibición de atentar contra la equidad de género, pero sugirió repensar la interacción con el Código de la Infancia y la Adolescencia y la necesidad de diferenciar el régimen matrimonial y extramatrimonial. (Observatorio sobre Vigencia y Reforma del Código Civil Colombiano, 2020, pp. 179-180)

Por su parte, en materia de visitas, un apartado del último inciso del artículo 1841 del Proyecto (2020) llama la atención: “el cumplimiento de la obligación de suministrar alimentos, será una condición para que el alimentante pueda ser oído en la reclamación de la custodia, el cuidado o la visita personal y la de cualquier derecho sobre los mismos” (p. 391), en consonancia con el primer inciso del:

Artículo 1760. Al padre o madre de cuyo cuidado se sacaren los hijos, no por eso se le prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que resulten convenientes para el desarrollo del menor y siempre que cumpla con su obligación alimenticia. En caso contrario, se suspenderá y, si fuere el caso, se le negará ese derecho. (p. 373)

Lo cual vuelve sobre la idea del progenitor proveedor y deja de lado la complejidad de las relaciones familiares, el derecho del niño, niña o adolescente de ver y compartir con su progenitor, supeditando la relación a un aspecto económico, reducción superada por la jurisprudencia que se ha ocupado del asunto.

Hay una pregunta que queda después de estas reflexiones, la pertinencia de la reforma, sobre todo teniendo en cuenta algo que ya manifestaba el profesor Hinestrosa (2005): “el tema de la familia, como se anotó, ha sido insistentemente retocado y podría decirse que está al día” (p. 25), esto lo manifestaba en el 2005, quince años de jurisprudencia constitucional y de normas, solo por mencionar el Código de Infancia y Adolescencia y la Ley 1996 de 2019, siguen ubicando el Derecho de las Familias en un plano diferente a las demás materias reguladas por el Código Civil que requieren de una actualización urgente de cara a las realidades que enfrentan, para las que un Código de más de cien años y una jurisprudencia más limitada, en número, en interpretaciones, en tipos de casos, entre otros, no tienen respuesta.

Esto no quiere decir que no sea posible y deseable una reforma al Código Civil, de hecho, lo es, en palabras de Alarcón Peña y Villalba Cuéllar (2020):

El momento es propicio, la necesidad es palpable, existen juristas y académicos competentes para asumir una reforma seria; solo falta un poco más de voluntad en el propósito de iniciar los estudios y las discusiones. Si lo logramos, tal vez podamos hacer un aporte a las generaciones futuras de abogados y al derecho privado colombiano. (p. 13)

En el caso del Derecho de las Familias se requiere unificar, pero no es admisible el retroceder en los derechos y reconocimientos que han venido con normas posteriores al Código Civil vigente y con la jurisprudencia constitucional, el objetivo mínimo de la codificación tiene que ser recoger las interpretaciones que han constitucionalizado el derecho de las familias, porque realmente el objetivo tendría que ser el actualizar el derecho de

las familias a las realidades que enfrenta Colombia teniendo como punto de partida los procesos de constitucionalización que se han dado, esto permitiría responder a una crítica que el profesor Villamil Portilla (Ámbito Jurídico, 2020) hace al Código Civil vigente: “Es un código machista y blanco” (Ámbito Jurídico, 2020), ahora frente a esta crítica el profesor indicaba es un Código que “se desmorona por declaraciones de inconstitucionalidad por normas que agravan el género” (Ámbito Jurídico, 2020), por lo que el Proyecto en ningún caso puede contribuir a su reconstrucción.

La Corte Constitucional ha sido reiterativa, ha indicado la necesidad de que la perspectiva de género permee los análisis de los jueces para tomar decisiones, incluso con llamados a la “Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla para que incluya en el programa de formación la perspectiva de género y la capacitación sobre enfoque diferencial desde su dimensión económica a jueces” (Corte Constitucional de Colombia, T-093 de 2019) como el que hace en la Sentencia T-093 de 2019, que no es más que la reiteración del llamado de la Comisión Nacional de la Rama Judicial (2011) a aplicar lo siguiente:

Hermenéutica de género: La inserción del enfoque de género en las sentencias judiciales requiere además de la norma de la interpretación (...) desmantelamiento de los prejuicios que se suscitan alrededor del género y que impiden una construcción social sana, que propenda por un trato diferencial que permita superar el supuesto igualitarismo entre hombres y mujeres. (p. 27)

Si este ha sido un camino recorrido durante décadas es apenas lógico que los juristas que se han acercado a la revisión del Proyecto señalen con vehemencia:

el proyecto de código adolece de una completa falta de consideración de los enfoques diferenciales que hoy resultan de obligatoria consideración por orden de la Corte Constitucional, en virtud del mayor peso que toda decisión, judicial o administrativa, puede tener en ciertos grupos poblacionales vulnerables o históricamente discriminados, como los niños, niñas y adolescentes, las personas con discapacidad, los ancianos y, en fin, las mujeres. (Observatorio sobre Vigencia y Reforma del Código Civil Colombiano, 2020, p. 50)

Adolecer de esta consideración a más de treinta años de la Constitución Política de 1991 no es viable, implica un retroceso jurídico inadmisibles porque afecta los pilares fundamentales del Estado social de derecho comprometido con la igualdad, el pluralismo y la diversidad. Lo anterior se hace evidente en el recuento que hace el observatorio sobre: la involución en el tratamiento de las personas con discapacidad; el desconocimiento del niño, niña y adolescente como sujeto de derechos y su tratamiento como menor; la legitimidad, con la consecuente ilegitimidad, del hijo o la hija; el trato desigual frente al establecimiento de perjuicios frente al divorcio y la separación de la unión marital de hecho; las consecuencias en los sujetos especialmente protegidos en la familia de la caducidad de los efectos patrimoniales del divorcio; las inconsistencias en la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida que contempla; la diferencia entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales; el desconocimiento de la regulación del Código de Infancia y Adolescencia en materia de adopción y de alimentos; algunas atribuciones que se le reconocen al represen-

tante del niño, niña o adolescente y limitaciones a la patria potestad de padres privados de la libertad o con discapacidad que resultan injustificadas; el desconocimiento del tratamiento de la violencia intrafamiliar, entre muchos otros.

Conclusiones

Un proyecto que implica reformar el estatuto que regula las relaciones cotidianas de los sujetos de derecho implica una discusión amplia y de largo aliento que no puede perder de vista los avances de la jurisprudencia constitucional, la normas posteriores al Código Civil, el Bloque de Constitucionalidad y la protección jurídica que con ellos se da a los sujetos especialmente protegidos que integran las familias, este es un mínimo, porque el objetivo tendría que ser superar dichas normas y actualizar las instituciones del Derecho de las Familias a las realidades del país.

La perspectiva de género, como los demás enfoques diferenciales, deben ser el compromiso de los juristas que diseñen las normas que impactaran la vida de los ciudadanos, como lo es un libro de las Familias en un Proyecto de Código Civil, el fundamento de este compromiso está en el Derecho Internacional, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en el bloque de constitucionalidad.

Las normas que contempla el Proyecto de Reforma del Código Civil presentado por la Universidad Nacional merecen muchas observaciones a la luz de los avances que el Derecho de las Familias ha tenido particularmente a través de la jurisprudencia que se ha dado en los 30 años de la Constitución Política de 1991.

Referencias

Alarcón Peña, A., & Villalba Cuellar, J. C. (2020). Reflexiones sobre la posible reforma al Código Civil colombiano. *Prolegómenos*, 23(45), 9-13. <https://doi.org/10.18359/prole.4512>

Ámbito Jurídico. (15 de julio de 2020). *Videocolumnita: Edgardo Villamil Portilla* [Video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=APGQIq85kQE>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (s.f.). *La Declaración Universal de Derechos Humanos*. Recuperado el 15 de enero de 2020, de <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

- Bidegain Ponte, N. (2017). *La Agenda 2030 y la Agenda Regional de Género. Sinergias para la igualdad en América Latina y el Caribe*. ONU – CEPAL. https://www.cepal.org/sites/default/files/news/files/la_agenda_2030_y_la_agenda_regional_de_genero._sinergias_para_la_igualdad_en_america_latina_y_el_caribe_0.pdf
- Colombia Diversa. (s.f.). *Matrimonio igualitario en Colombia*. Recuperado el 26 de abril de 2022, de http://www.colombia-diversa.org/p/matrimonio-igualitario_45.html
- Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial. (2011). *Criterio de Equidad para una Administración de Justicia con Perspectiva de Género*. Escala S.A. <https://colombia.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/MDGJUSTICIA12jun.pdf>
- Comisión Nacional de Género. (2016). *Dos malentendidos y dos retos para la justicia con perspectiva de género*. Imprenta Nacional. <https://videoteca.ramajudicial.gov.co/Fuente/Detalle/2793>
- Constitución Política de Colombia [Const.]. (7 de julio de 1991). http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-577 de 2011 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: 26 de julio de 2011).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-617 de 2014 (M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez: 28 de agosto de 2014).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-214 de 2016 (M. P. Alberto Rojas Ríos: 28 de abril de 2016).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-026 de 2016 (M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez: 3 de febrero de 2016).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-107 de 2017 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva: 22 de febrero de 2017).
- Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-239 de 2018 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado: 26 de junio de 2018).
- Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia T-093 de 2019 (M. P. Alberto Rojas Ríos: 5 de marzo de 2019).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-519 de 2019 (M. P. Alberto Rojas Ríos: 5 de noviembre de 2019).

- Duch Álvarez, L. (2002). *Antropología de la vida cotidiana. Simbolismo y salud*. Trotta.
- Esborraz, D. F. (2015). El concepto constitucional de familia en América Latina. *Revista de Derecho Privado*, (29), 15-55. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4323/4907>
- Facio Montejó, A. (1992). *Cuando el género suena cambios trae (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. ILANUD.
- Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. (2020). *Primera versión del Proyecto de Código Civil de Colombia: Reforma del Código Civil y su unificación en obligaciones y contratos con el Código de Comercio*. Universidad Nacional de Colombia. http://derecho.bogota.unal.edu.co/fileadmin/Codigo_Civil/Proyecto_Codigo_Civil_de_Colombia_Primer_Version_Digital.pdf.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2006). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Nuevo Siglo. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (s.f.). Preguntas frecuentes acerca de la Convención sobre los Derechos del Niño. Respuestas a tus preguntas sobre la Convención. <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/preguntas-frecuentes>
- Galeano Marín, M. E. (2004). *Diseño de proyectos de investigación cualitativa*. Fondo Editorial Universidad EAFIT.
- Hinestrosa, F. (2005). El Código Civil de Bello en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, (10), 5-27. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/582>
- Kincheloe, J. (2008). La pedagogía crítica en el siglo XXI: Evolucionar para sobrevivir. En P. McLaren y J. Kincheloe (Eds.), *Pedagogía crítica—De qué hablamos, dónde estamos* (pp. 25-69). Grao. http://www.ecominga.uqam.ca/ECOMINGA_2011/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE_LECTURE_5/1/5.Kincheloe.pdf
- Lemaitre Ripoll, J. (2009). Legalismo feminista: los derechos de las mujeres en los años noventa. En J. Lemaitre Ripoll (Ed.), *Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales* (pp.197-238). Siglo del Hombre Editores.
- Ley 1361 de 2009. *Por medio de la cual se crea la Ley de Protección Integral a la Familia*. 3 de diciembre de 2009. D.O. No. 47552.
- López, G. (2005). *Hojas en la tormenta: un estudio fenomenológico sobre la diversidad sexual en la escuela*. [Tesis de maestría, Universidad de Antioquia]. Repositorio Digital. <http://ayura.udea.edu.co:8080/jspui/handle/123456789/1329>

Ministerio de Justicia y del Derecho. (s.f.). *Proyecto de Código Civil de Colombia*. <https://www.minjusticia.gov.co/Sala-de-prensa/Paginas/comunicado-de-prensa.aspx>

Montoya Pérez, G. (15 de julio de 2020). *Disertación e intercambio de los ponentes en torno al tema de las carencias de la filiación consanguínea, en el contexto colombiano*. [Conferencia]. <https://www.youtube.com/watch?v=4cqHGpg86gw&t=1s>

Observatorio sobre Vigencia y Reforma del Código Civil Colombiano. (2020). *Concepto observaciones críticas sobre el Proyecto de Código Civil presentado por la Universidad Nacional. Departamento de Derecho Civil*. Universidad Externado de Colombia. <https://observatoriocodigocivil.uexternado.edu.co/2020/10/23/observatorio-presenta-concepto-al-ministerio-de-justicia-sobre-proyecto-de-codigo-civil-de-la-u-nacional/>

Rosas Guevara, M. I. (2013). El rol performativo de la jurisprudencia constitucional respecto a la comunidad negra como entidad jurídica. *Diálogos de saberes*, (39), 89-104. <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.39.2013.1809>

Schmukler, B. E. (2013). Democratización familiar como enfoque de prevención de violencia de género: experiencias en México. *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, (5), 199-221. http://revlatinofamilia.ucaldas.edu.co/downloads/Rlef5_11.pdf

Universidad Nacional de Colombia–UN Televisión. (30 de junio de 2020). *Presentación virtual de la primera versión del Proyecto de Código Civil de Colombia* [Video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=rsyq5dkysw>

Universidad Nacional de Colombia. (s.f.). *Proyecto de Código Civil de Colombia -Primera versión*. Recuperado el 26 de abril de 2022, de http://derecho.bogota.unal.edu.co/file-admin/Codigo_Civil/Proyecto_Codigo_Civil_de_Colombia_Primer_Version_Digital.pdf

Uribe Arzate, E., & Bustamante Medrano, M. G. (2019). Notas sobre el derecho humano a la familia como derecho motor para el ejercicio de otros derechos humanos. *Vniversitas*, 68(138). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj138.ndhf>

DERECHO IUS FUNDAMENTAL DE LAS MUJERES A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO (IVE) EN CONDICIONES DE ACCESIBILIDAD, CALIDAD Y RESPETO¹

Elvigia Cardona Zuleta*

Resumen

Actualmente el debate sobre la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en Colombia se enmarca entre su configuración como un delito contemplado en el Código Penal (Art. 122) y la despenalización cuando se presenta una de sus causales introducidas al ordenamiento jurídico colombiano por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006. De allí que cabe preguntarse por la naturaleza y alcance jurídico de la IVE a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional 2009-2019. Metodológicamente se acude al diseño cualitativo y la revisión documental desde el enfoque teórico de los feminismos jurídicos, para concluir que la IVE es un derecho fundamental de las mujeres en el marco de los derechos sexuales y reproductivos, pues más que el procedimiento en sí, el núcleo esencial del derecho también lo componen la atención oportuna, de calidad, respetuosa y sin prejuicios por parte de los operadores del Sistema General de Salud.

Palabras clave

Interrupción voluntaria del embarazo (IVE); Derechos sexuales y reproductivos; Despenalización del aborto; Feminismo jurídico; Derechos humanos.

¹ Capítulo derivado de la investigación terminada: “Debates Contemporáneos del Derecho de Familia desde la Perspectiva de Género”. Investigadora principal: Elvigia Cardona Zuleta, coinvestigadora: María Isabel Uribe López. Investigación financiada por la Universidad Católica Luis Amigó y la Consultoría Jurídica Feminista para la Equidad convocatoria interna 2020, código 0502021267, adscrito al Grupo de Investigación Jurídicas y Sociales, ejecutado entre febrero-octubre de 2020.

* Magíster en Educación, abogada, profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó, adscrita al Grupo de investigación Jurídicas y Sociales. Correo electrónico: elvigia.cardonazu@amigo.edu.co. Orcid: 0000-0002-2486-6867

Abstract

Currently, the debate on the voluntary interruption of pregnancy (IVE) in Colombia is framed between its configuration as a crime contemplated in the Penal Code (art. 122) and decriminalization when one of the grounds for decriminalization introduced into the Colombian legal system by the Constitutional Court in judgment C-355 of 2006. Hence, it is worth asking about the nature and legal scope of the IVE based on the pronouncements of the Constitutional Court 2009-2019. Methodologically, qualitative design and documentary review are used from the theoretical approach of legal feminism. To conclude that the IVE is a fundamental right of women within the framework of sexual and reproductive rights, that more than the procedure itself, the essential core of the right is also made up of timely, quality, respectful and non-judgmental care by part of the operators of the General Health System.

Keywords

Voluntary interruption of pregnancy (VIP); Sexual and reproductive rights; Decriminalization of abortion; Legal feminism; Human rights.

Introducción

“Los derechos de las mujeres no entran en conflicto con los derechos de sus propios hijos; la aparición de dicho conflicto es una señal de que algo está mal en la sociedad. Cuando las mujeres tengan el respeto sexual y la flexibilidad laboral que necesitan, ya no buscarán como sustituto la sangrienta injusticia del aborto”. (Frederica Mathewes-Green)

Este capítulo se deriva de la investigación ejecutada en 2020 denominada *Debates contemporáneos del derecho de familia desde perspectiva de Género*, en la cual se planteó como uno de los objetivos específicos: comprender la incidencia de los Derechos Sexuales y Reproductivos (DSyR) en el Derecho de Familia a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana 2009-2019, así que uno de los DSyR que emerge con respecto a las familias es la interrupción voluntaria del embarazo (IVE).

La IVE en Colombia se enmarca entre su configuración como un delito contemplado en el Código Penal (art. 122) y la despenalización cuando se presenta una de estas situaciones: i) la continuación del embarazo representa un riesgo para la salud de la mujer, ii) hay graves malformaciones en el feto y iii) el embarazo sea el resultado de un delito como la violencia sexual, el incesto o la inseminación sin consentimiento. Estas causales de despenalización son introducidas al ordenamiento jurídico colombiano por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, ratificada en la sentencia SU-096 de 2018, lo que hace que sea un debate complejo de tipo “político-criminal” (Posada-Maya, 2020).

Además, la Corte Constitucional señala la presencia de los estereotipos y prejuicios arraigados en la cultura jurídica y en la sociedad, que anulan los derechos de las mujeres, por lo que se justifica un análisis desde la perspectiva de género del campo jurídico, al persistir en nuestra sociedad

i) el reforzamiento del paradigma social construido en torno al hombre, y a partir del cual se deriva la concepción de la mujer como débil y sumisa; ii) su escasa participación en los espacios decisorios del Estado; iii) la designación de roles de género, junto con la consecuente desvalorización de su papel como sostén económico de la familia; iv) su cosificación como elemento direccionado al hogar, a su esposo y a la procreación; v) su invisibilización en los distintos estamentos normativos y; vi) la discriminación y la violencia de género, junto con la consecuente impunidad de estas conductas; son algunos de los estereotipos y escenarios concretos en los que se manifiesta esta cuestión. (Corte Constitucional de Colombia, SU096 de 2018, p. 19)

Así mismo, la Corte Constitucional ha instado, mediante las Sentencias T-532 de 2014 y SU-096 de 2018, al Congreso de la República de Colombia para que expida una ley sobre el derecho al aborto, el número de semanas límites para la práctica, los límites a la objeción de conciencia y otros aspectos relacionados con la prestación del servicio médico pre y

posaborto, sin embargo, al momento de presentar este capítulo, dicho mandato no ha sido cumplido, por lo que jurisprudencia constitucional entra a llenar el vacío legislativo por vía del derecho a la igualdad y el acatamiento de los precedentes constitucionales.

Cobra importancia la revisión de la IVE como un derecho fundamental en tanto en el plano internacional, producto de los movimientos sociales, Argentina se suma a los países en que se permite la IVE, mediante la Ley 27.610 del 14 de enero de 2021, en donde se establece como límite las primeras 14 semanas de gestación (Art. 4), los derechos frente al sistema de salud para la atención al aborto y posaborto consistentes en: trato digno, privacidad, confidencialidad, autonomía de la voluntad, acceso a la información, calidad (Art. 5) Asimismo, se pronuncia sobre la niñez y adolescencia, la situación de discapacidad, los procedimientos y las obligaciones de las entidades de salud.

Adicionalmente, se tienen referentes de investigaciones recientes que consideran la IVE como derecho fundamental asociado a los DSyR y señalan las barreras de acceso a la información en las rutas de atención en salud (Hincapié Ochoa & Cardona Zuleta, 2019). Además, pese a tener garantía constitucional, es un derecho con acceso restringido en la ruralidad y que en el marco del COVID-19 las garantías son nulas (Parra-Granados & Mondragón-Duarte, 2020). Finalmente, la penalización del aborto “representa un exceso de la intervención punitiva respecto a los derechos constitucionales de la mujer” (Posada-Maya, 2020, p. 14).

El análisis, a partir del enfoque de género, permite desentrañar cómo las normas (o su ausencia), aunque aparentemente son elaboradas de forma igualitaria, al momento de la aplicación evidencian que “los requisitos que rodean su interpretación han sido elaborados por hombres pensando en una determinada situación o contexto” (Larrauri, 2000, p. 1), situación que al construir y dotar de significado un tipo específico de *mujer*, quizás la madre, lo que hace es “es regular, canalizar, de forma indirecta, el comportamiento que se observará hacia ellas” (Larrauri, 2000, p. 1), por ejemplo, en el contexto penal: penalización del aborto; en el contexto del juez de tutela: cuando las mujeres acuden a pedir protección a sus DSyR en busca de la justicia de género en el plano judicial (Torres-Sánchez, 2020); y en sistema general de salud: cuando enfrentan la negación injustificada del procedimiento IVE por la presencia de prejuicios y estereotipos de género (Hincapié Ochoa & Cardona Zuleta, 2019).

Para finalizar, vale aclarar que se parte de la tesis de que la IVE es un derecho fundamental de las mujeres enmarcado en los DSyR e introducido al ordenamiento jurídico por la vía del precedente de la Corte Constitucional, así que se presenta, en un primer apartado, la metodología que incluye el enfoque teórico desde los feminismos jurídicos; en un segundo apartado, se presentan cifras del aborto y la IVE para dimensionar el alcance del problema; en un tercer apartado, se presenta el marco normativo internacional y, finalmente, se presentan los criterios adicionales aplicables al núcleo esencial del derecho fundamental a la IVE.

Metodología

En términos metodológicos esta investigación es de corte cualitativo de revisión documental, se concentra en la normativa internacional y los pronunciamientos de la Corte Constitucional, desde la perspectiva crítica que ofrece la autora Alda Facio Montejo quien señala que “hacer un análisis de un texto o de contexto desde la Perspectiva de género significa, primero que nada, tener conciencia de que las mujeres POR SU SEXO, ocupan un lugar subordinado en nuestra sociedad” (1992, p. 41), en ese sentido las normas recogen los valores y funciones asignadas a las mujeres como la reproducción, que si bien tiene una connotación naturalista y biológica, puede implicar en algunas ocasiones afectaciones a los DSyR de las mujeres.

Para adelantar la revisión de sentencias, en el equipo de investigación se elabora una *ficha para el análisis de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional desde el enfoque de equidad de género* (Uribe López & Cardona Zuleta, 2020). Al analizar la página de la Corte Constitucional, se encontraron asociados a la categoría IVE 74 registros, en un primer momento se eliminan las sentencias duplicadas o mal categorizadas, lo que permite establecer un corpus de 10 sentencias entre 2009 y 2019.

Se escogieron para el análisis las siguientes sentencias, reunidas en torno a la categoría *Reglas adicionales del derecho a la IVE*, referida a situaciones en las que la Corte Constitucional insta a las EPS y el Estado para emitir los protocolos y procedimientos sobre la IVE (Corte Constitucional, T627 de 2012; T967 de 2016), con las subcategorías: asistencia médica, accesibilidad, gratuidad, accesibilidad a la información, calidad, aceptabilidad y respeto.

Mediante el apoyo del software Atlas.Ti, se organizó la información para el establecimiento de las recurrencias temáticas, las reiteraciones de la Corte Constitucional respecto al alcance de la IVE y la interdependencia con otros derechos fundamentales, permitiéndonos explorar dos (2) categorías emergentes que enriquecen el análisis, ordenadas según su recurrencia:

Carencia de objeto por daño consumado, se refiere a situaciones que llegaron a revisión de Corte Constitucional, pero que no se alcanza a realizar la IVE por negligencia/omisión de la EPS, por la solicitud de requisitos adicionales injustificados en la EPS o por decisión de las mujeres de desistir del procedimiento (Corte Constitucional, T585 de 2010; T959 de 2011; T636 de 2011; T841 de 2011; T301 de 2016; T731 de 2016; SU096 de 2018).

Exhorto al Congreso y otras instituciones para que regulen la IVE, se refiere a sentencias en que en la parte resolutoria se hace un llamado al Congreso, la Superintendencia Nacional de Salud (SNS) y Minsalud para que regule el número de semanas o las limitaciones a la IVE (Corte Constitucional, SU096 de 2018; T532 de 2014).

Finalmente, se realizó un derecho de petición de información al Ministerio de Salud, ante la falta de cifras sobre la IVE disponibles en páginas web oficiales y se revisa la página web de la Fiscalía General de la Nación, por considerar que los datos numéricos enriquecen el análisis.

Lo que dicen las cifras

A continuación, se presentan a modo de contexto las cifras referentes al aborto como delito y a la IVE como derecho, para dimensionar las dos caras de la moneda, dado que nuevamente toma relevancia en nuestro país, al reabrirse el debate sobre la importancia de que se legisle sobre la IVE, impulsado por los movimientos sociales feministas latinoamericanos².

En primer lugar, el Código Penal colombiano, en el artículo 122 penaliza a las mujeres que causen o permitan el aborto y con ello al médico(a), partera o particular tratante, a una pena privativa de la libertad de 16 a 54 meses:

Tabla 1. Cifras de denuncias por aborto por etapa procesal y año (Art. 122)

Etapa / año	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	Total
Investigación	5	6	2	2	7	5	1	1	29
Indagación	343	334	391	331	383	400	310	219	2711
Juicio	7	9	14	15	10	7	1	3	66
Ejecución de Penas	46	24	28	38	15	14	4	3	172
Total	401	373	435	386	415	426	316	226	2978

Nota: Elaboración propia a partir de las cifras disponibles con corte a diciembre de 2020. Fiscalía General de la Nación. (2020). Datos Abiertos. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/gestion/estadisticas/delitos/>

Como puede observarse en la tabla, entre 2013 y 2020 se tienen en Colombia que del total de casos, 2.711 mujeres (91 %) se encuentran en etapa de indagación, lo que quiere decir que la Fiscalía ha formulado imputación porque razonablemente se considera que es autora del delito aborto. De las cifras, el lector puede observar también la demora para acceder a la etapa siguiente que sería el juicio, es decir, que han pasado entre 1 y 6 años para que un juez valore y emita sentencia condenatoria o absolutoria, así para esta etapa se tienen

² Al momento de la presentación de este capítulo la Ola Verde ha impulsado la normatividad en Argentina sobre la despenalización del aborto, como se indicó en la introducción mediante Ley 27.610 de 2021. Así mismo al momento de presentar este capítulo cursa ante la Corte Constitucional colombiana una demanda para despenalizar totalmente el aborto frente a la cual la Corte con votación de 6-3, el 27 de mayo de 2021, decidió no citar a audiencia pública. Puede consultarse nota de prensa en: <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/aborto-en-colombia-corte-constitucional-no-hara-audiencia-publica-591676>

66 mujeres (2 %) a las que se les ha adelantado el juicio y 172 mujeres (5,7 %) en etapa de ejecución de penas, es decir, reclusas de entre 16 a 54 meses, según la graduación que se haga de la pena teniendo en cuenta los atenuantes o agravantes que se presenten.

Así mismo, puede notarse una reducción para 2019 con 314 casos, reducción que puede coincidir con la expedición de la Sentencia SU-096 de 2018, como también una reducción significativa en las cifras de 2020 que cierra con 226 casos que pueden explicarse por el COVID-19, que coincide con un descenso general en los demás delitos asociado posiblemente a las dificultades para acceder a las instituciones públicas y privadas derivadas del confinamiento preventivo obligatorio, “en especial por parte de las mujeres que habitan en centros poblados rurales debido a la restricción de su locomoción, falta de acceso a internet y a servicios de salud idóneos” (Parra-Granados & Mondragón Duarte, 2020, p. 49).

Siguiendo a Luigi Ferrajoli (2008), las normas que penalizan el aborto no solo prohíben una manera de actuar, “sino que impone un larga y gravosa serie de obligaciones: la obligación de convertirse en madre contra la propia voluntad y por lo tanto de sufrir no solo el embarazo y el parto, sino una verdadera alteración de la vida” (p. 1). Así, se da lugar a tratar a la mujer como un ser carente de voluntad y control sobre su propio cuerpo, que perpetúa la idea de la mujer con fines reproductivos, bajo la óptica y control de “otros”: su familia, su cónyuge o compañero, incluso los médicos y funcionarios, que recriminan y evitan brindar la información completa y oportuna sobre los procedimientos.

En segundo lugar, el Código Penal colombiano también contempla en el artículo 123 la figura del *aborto sin consentimiento*, para aquellas personas que causen aborto a las mujeres, con prisión de 64 a 180 meses, situación que también es preocupante, por considerarse una violencia sexual y reproductiva que en algunos casos es ejercida por parte del abusador sexual, la pareja, expareja o miembros de la familia de mujer gestante. Se presentan las siguientes cifras:

Tabla 2. Cifras de denuncias por aborto no consentido por etapa procesal y año (Art. 123)

Etapa / año	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	Total
Investigación	0	0	1	0	1	0	0	0	2
Indagación	24	29	19	23	26	30	23	15	189
Juicio	0	1	1	3	1	2	1	0	9
Ejecución de penas	2	0	2	1	1	0	0	0	6
Total	26	30	23	27	29	32	24	15	206

Nota: Elaboración propia a partir de las cifras disponibles con corte a diciembre de 2020. Fiscalía General de la Nación. (2020). Datos Abiertos. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/gestion/estadisticas/delitos/>

Puede observarse en la tabla cómo entre 2013 y 2020 se tiene un total de 206 casos, de los cuales 6 están en ejecución de penas, lo que significa que, en un periodo de 7 años, solo se han condenado 6 personas por este delito y entre 2018 y 2020, no se han tenido condenas frente a esta violencia física, lo que muestra la otra cara de la moneda: la impunidad de los agresores(as) que mediante actos de violencia causan abortos no consentidos a las mujeres.

Las cifras presentadas son preocupantes si se tiene en cuenta la reafirmación de la Corte Constitucional, mediante la Sentencia de Unificación SU096 de 2018 que reitera los eventos despenalizados en la Sentencia C-355 de 2006 y las obligaciones del Estado colombiano, en cumplimiento de sus responsabilidades internacionales, a partir de Convenciones como la CEDAW(ONU) y Belem do Pará (OEA) sobre la protección de las mujeres y la erradicación de todas las formas de violencias, permite y garantiza la IVE, como un derecho de las mujeres.

En tercer lugar, de acuerdo con la respuesta a la petición elevada ante el Ministerio de Salud y Protección Social (Minsalud), se recopilan cifras sobre el aborto mediante el Registro Individual de Prestación de Servicios de Salud (RIPS), de las cuales no es posible especificar cuántos casos son IVE y cuántos se derivan de las complicaciones médicas propias del embarazo, enfermedades o accidentes, señalado en la respuesta del Ministerio:

No obstante, la Interrupción Voluntaria del Embarazo, según lo previsto en la Sentencia C-355 de 2006, no constituye una variable para el reporte de un procedimiento de aborto. Generalmente, y en el caso de abortos médicos, las variables de reporte pueden estar soportadas en la descripción de complicaciones derivadas del embarazo, la ocurrencia de un aborto espontáneo o de un aborto incompleto. De esta manera, y ante la diversidad de causas, así como de diagnósticos asociados a un procedimiento de aborto, no es posible identificar de los datos para los diagnósticos de aborto médico (que incluye los abortos por las causales definidos a la Sentencia C - 355 de 2006), cuáles corresponden en específico a Interrupciones Voluntarias del Embarazo. (Minsalud, 2020, p. 2)

En este sentido, la siguiente tabla presenta el total de abortos médicos reportados entre 2009 y 2019, por tipo de procedimiento médico en Colombia en mujeres de 15 a 49 años con corte al 2 de mayo de 2020.

Tabla 3. Cifras de atención relacionadas con situaciones de aborto entre 2009-2019

Agrupación de diagnósticos	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Aborto médico: incompleto, complicado	392	365	527	467	420	516	462	316	392	492	999
Aborto médico: incompleto, sin complicación	1554	1374	1665	1613	1904	2540	2230	1641	2185	2885	3630
Aborto médico: completo con complicaciones	252	341	391	204	187	284	421	215	265	364	876
Aborto médico: completo sin complicación	965	823	1076	1114	1267	2028	3438	6231	9171	11586	12783
Falla de la inducción médica del aborto con complicaciones	56	49	65	60	51	59	81	86	124	143	763
Extracción menstrual	2076	1066	1056	1181	1206	1107	1182	484	973	992	1573
Problemas relacionados con embarazo no deseado	518	286	477	944	1399	1361	1363	916	1822	3022	4429
Total general	5813	4304	5257	5583	6434	7895	9177	9889	14932	19484	25053

Nota: La tabla representa la respuesta al Derecho de Petición radicado 202021001559761 del 6 de octubre de 2020.

De la tabla presentada, puede observar el lector una tendencia incremental del total de procedimientos médicos practicados, que impiden hacer análisis de promedios y medias, por la distorsión que puede generar el incremento que se presenta a partir de 2018, que puede coincidir con la reafirmación de la Corte Constitucional de las causales de la IVE, sin embargo, no es posible señalar dicha relación, porque como lo informa Minsalud al marcar los diagnósticos a partir de la Clasificación Internacional de Enfermedades CIE, no es posible separar los casos, para indicar cuáles corresponden a la IVE. No obstante, mientras en 2009 se registraron 5.813 procedimientos médicos, comparado con 2019 que presenta 25.053 procedimientos médicos, pueden notarse picos incrementales a partir de 2017, siendo tendencia en el incremento en el diagnóstico *Aborto médico completo sin complicaciones* que pasó de 965 casos en 2009 a 12.783 casos en 2019.

En cuanto a los diagnósticos denominados *Aborto médico: incompleto con o sin complicaciones*, *Falla de la inducción médica del aborto* y *Problemas relacionados con embarazo no deseado*, pueden eventualmente asociarse con algunas prácticas de aborto realizadas de forma insegura, en condiciones insalubres, con medicamentos no autorizados, vencidos o sustancias nocivas, que incrementan los daños a la salud de las mujeres, quienes acuden a los servicios médicos al presentarse “hemorragia excesiva o tardía, infección genital y pelviana, embolia” (Minsalud, 2020, p. 1), entre otras complicaciones médicas.

En el caso del aborto médico incompleto sin complicaciones, en 2009 presenta 1.154 casos y se incrementa a 3.630 en 2019, y en el caso de aborto médico incompleto con complicaciones de 392 casos en 2009 se incrementa a 999 casos en 2019. Así mismo, el diagnóstico *Falla de la inducción médica del aborto con complicaciones* de 56 casos en 2009 pasa a 763 casos en 2019, finalmente el diagnóstico *Problemas relacionados con embarazo no deseado* de 518 casos en 2009 se incrementa a 4.429 casos en 2019.

Para puntualizar, las cifras aportadas resultan desconcertantes y desalentadoras, porque la experiencia nos enseña que el incremento en las cifras, a veces no coincide con un incremento en el respeto de la libertad individual y el ejercicio de los derechos de las mujeres, al contrario, se puede presumir que quizás el incremento de las cifras de IVE lo que refleja son las fallas desde la educación, la salud, la equidad y la justicia para prevenir y erradicar la violencia sexual y de género, que evitan la toma de decisiones informadas y la autodeterminación sobre el propio cuerpo.

Normas de carácter internacional aplicables al derecho a la IVE

En primer lugar, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Convención CEDAW) entrada en vigor en 1981 establece unas obligaciones para los Estados Parte, entre ellas:

d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación; (...) f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; y (...) g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer. (Art. 2)

En este sentido, en Colombia, no se han logrado superar estos tres mandatos, dado que estamos inmersos en un sistema jurídico que no logra liberarse de prácticas discriminatorias evidentes en la redacción de los textos legales, adicionalmente, frente a los DSyR señala: “la mujer y el hombre tienen derecho a decidir libremente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos, así como a acceder a la información, a la educación y a los medios que les permitan ejercer ese derecho” (ONU, 1981, Art.16).

Ahora bien el Comité CEDAW vela por el cumplimiento de las obligaciones adquiridas y, como parte de su función, realiza informes sobre el estado de los derechos de los países miembros, mediante la expedición de recomendaciones. En estos informes indica y explica el alcance de los derechos y la reinterpretación a partir de los casos individuales y los hallazgos en los informes, así en su Recomendación General número 24 del 2 de febrero de 1999 sobre la Mujer y la Salud, enfatizó “la negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria” y entre las obligaciones de los Estados reitera:

c) Dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual ... En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos. (Comité CEDAW, 1999, párr. 31)

También encontramos el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (aprobada mediante Ley 64 de 1968), que señala que “todas las personas tienen derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental” (Art. 12), así mismo, el Comité DESC es el encargado de vigilar y emitir informes sobre el estado del PIDESC, y en cumplimiento de ello emitió la Observación General número 22 de 2016 relativa al derecho de la salud sexual y reproductiva, la cual se trae en extenso dada su importancia y posibilidad de exigibilidad en el marco de protección internacional. Esta Observación General, parte del reconocimiento de las barreras que se enfrentan:

Debido a los numerosos obstáculos jurídicos, procedimentales, prácticos y sociales, el acceso a todos los establecimientos, servicios, bienes e información en materia de salud sexual y reproductiva se ve seriamente restringido. De hecho, el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva sigue siendo un objetivo lejano para millones de personas, especialmente para las mujeres y las niñas, en todo el mundo. (ONU, 2016, párr. 2)

De esta forma recuerda los elementos que configuran el DSyR, incluye un grupo de derechos, sin que medien situaciones de violencia o coacción frente a las decisiones libres y responsables frente “al propio cuerpo y salud sexual y reproductiva” (ONU, 2016, párr. 5), así mismo, precisa la diferencia entre salud sexual definida como “un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con la sexualidad” (ONU, 2016, párr. 8), y la salud reproductiva entendida como:

La capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables. También incluye el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo. (ONU, 2016, párr. 8)

Adicionalmente, puede traerse a colación la “Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes” de la ONU (1987), que indica a los Estados su obligación de prohibir actos que constituyan tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes. De esta forma se considera que las barreras que se imponen a las mujeres y el sufrimiento físico y mental que tienen ante la ausencia de una respuesta oportuna, la dilación en los trámites y el maltrato verbal, gestual y simbólico al que son sometidas por parte del personal médico y administrativo, se constituye una violación a estos pactos.

Finalmente, en la Observación General No. 36 (ONU, 2018), reitera que “todas las restricciones jurídicas que limiten la capacidad de las mujeres para someterse a un aborto no deben (...) poner en peligro sus vidas ni exponerlas a dolores o sufrimientos físicos o psíquicos” (párr. 9) ni impulsar a las mujeres a prácticas riesgosas, de baja calidad en situación de clandestinidad o “establecer requisitos excesivamente onerosos o humillantes para las mujeres que deseen someterse a un aborto” (2008, párr. 9), es decir que los Estados Parte deben garantizar la atención médica oportuna y el derecho de la vida de las mujeres, así como el derecho al acceso a la información.

En segundo lugar, tenemos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969), que protege el derecho a la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, protección a la familia (Art. 11 y 17). Para la protección y vigilancia del sistema interamericano se cuenta con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, encargada de recibir las peticiones individuales, denuncias y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, encargada de juzgar las actuaciones de los Estados Parte y emitir opiniones consultivas para indicar el alcance y comprensión de los derechos humanos.

Así, en cumplimiento de sus funciones, la CIDH en 2017 exhorta a los estados para que adopten medidas inmediatas e integrales para respetar y garantizar los DSyR de las mujeres y niñas. Frente al aborto señalan:

La Comisión a su vez subraya el impacto negativo de las leyes que criminalizan el aborto de forma absoluta sobre la dignidad y los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud, como en general al derecho de las mujeres a vivir libre[s] de violencia y de discriminación. La criminalización absoluta del aborto, incluyendo casos en donde la vida de la mujer se encuentra en riesgo y cuando el embarazo es producto de una violación sexual o de incesto, impone una carga desproporcionada en el ejercicio de los derechos de las mujeres, y crea un contexto facilitador de abortos inseguros y de altas tasas de mortalidad materna. (p. 1)

Es decir, que si el Estado colombiano desea avanzar hacia la garantía de la IVE legal, segura, gratuita y de calidad, requiere de forma urgente la formación del personal médico-asistencial y administrativo de las EPS, IPS y entes territoriales, para efectivizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencias y concretamente la IVE, en las condiciones descritas en el marco internacional y que se incorporan a nuestro ordenamiento por vía del bloque de la constitucionalidad.

Reglas adicionales al Derecho a la IVE

Vale la pena recordar que la acción de tutela es el mecanismo introducido por la Constitución Política para la garantía y protección de los derechos humanos de forma rápida y preferente cuando se encuentra frente a una situación irremediable como es el caso de la negación de la IVE por parte de las EPS, IPS y entes territoriales de salud, de allí que este sea uno de los mecanismos más utilizados para obligar mediante una orden judicial a que se adelante el procedimiento en Colombia, que a 15 años de ser expedida la Sentencia C-355 de 2006, y como se observó en el apartado anterior contar con convenciones internacionales para garantizar la IVE, las mujeres siguen recurriendo a las vías judiciales para lograr la efectividad de sus derechos. Se presentan los siguientes hallazgos según las categorías y subcategorías anunciadas:

Asimismo, es posible establecer las siguientes *Reglas adicionales del derecho a la IVE*, que se traduce en una obligación expresa dirigida a las EPS y el Estado, a partir de lo señalado en las sentencias:

1. **Asistencia Médica:** debe garantizarse la disponibilidad de bienes y servicios, cumpliendo con la atención oportuna y celeridad para la práctica del procedimiento, que se establece en 5 días para atender peticiones de aborto, sin incluir requisitos y juntas médicas adicionales (Corte Constitucional, T-532 de 2014; T-731 de 2016; SU-096 de 2018).

2. **Accesibilidad:** todos los servicios, bienes e instituciones, deben estar disponibles sin obstáculos. Cuando en lugares remotos sea impracticable el servicio, el Estado debe garantizar mecanismos como transporte, alojamiento y otros gastos para facilitar el acceso real y oportuno (Corte Constitucional, SU-096 de 2018).

3. **Gratuidad:** esto significa asequibilidad por parte de las mujeres, sin costo o subsidiado, para aquellas mujeres que están por fuera del mercado laboral formal, desempleadas, en pobreza extrema, dedicadas a labores del cuidado, entre otros, y puedan acceder al procedimiento médico en condiciones seguras.

4. **Accesibilidad a la información.** las niñas y mujeres tienen “derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas relativas a cuestiones de salud sexual y reproductiva en general, y también el derecho de las personas a recibir información específica sobre su estado de salud” (ONU, 2016, como se cita en Corte Constitucional, 2018, p. 25). Esta información debe atender a las diferentes mujeres según la edad, género, nivel educativo y conocimientos, de tal suerte que se asegure no solo la disponibilidad de información en páginas web de las instituciones estatales o de las entidades prestadoras de salud, sino que dicha información sea efectivamente comprensible, en un lenguaje adaptado a las condiciones socio-demográficas, que en un país como el nuestro deberían incluir las respectivas traducciones a los dialectos y lenguas reconocidas de las comunidades étnicas y raizales.

5. **Calidad:** los servicios que se presten para el diagnóstico, procedimiento y tratamiento posaborto, deben cumplir con estándares de calidad e innovación científica, estar actualizados y el personal médico debidamente formado, corresponder a los adelantos tecnológicos, así como la disposición de medicamentos de calidad.

6. **Aceptabilidad:** se refiere a que los servicios médicos deben ser respetuosos con la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades y tener en cuenta las cuestiones de género, edad, discapacidad, diversidad sexual y ciclo vital. Sin embargo, ello no se puede utilizar para justificar la negativa a proporcionar establecimientos, bienes, información y servicios adaptados a grupos específicos (ONU, 2016 como se cita en Corte Constitucional, SU096 de 2018, p. 25).

7. **Respeto:** al considerarse la IVE como un derecho ius fundamental, se requiere el respeto por parte de los funcionarios (Corte Constitucional, T-585 de 2010), pues sus actuaciones discriminatorias son constitutivas de faltas disciplinarias y éticas en el ejercicio profesional (Corte Constitucional, T-532 de 2014) que implica un reconocimiento de autodeterminación de las mujeres sobre su cuerpo y sexualidad, libre de tratos crueles, inhumanos, indignos, recriminaciones, dilaciones, descalificaciones, censuras y otros juicios de valor sobre el actuar de las mujeres (Corte Constitucional, T-532 de 2014; SU-096 de 2018).

Orden que además se había impartido en la Sentencia T-636 de 2011 al “prevenir a la EPS (...) que, en el futuro, se abstenga de proferir juicios de valor o juicios de responsabilidad penal sobre las mujeres afiliadas a la entidad que soliciten la práctica de la IVE” (p. 8).

Ahora bien, de las sentencias analizadas emergió la categoría *carencia de objeto por hecho superado* o *carencia actual del objeto por daño consumado* (Corte Constitucional, T-585 de 2010; T-636 de 2011; T-959 de 2011; T-532 de 2014; T-731 de 2016; T-301 de 2016; T-697 de 2016; T-585 de 2016), dando cuenta de lo gravoso que resulta para las mujeres la dilación de los procedimientos, puesto que cada semana que pasa aumenta el riesgo físico y mental, es decir, que se analizan situaciones en las que alcanza a nacer el hijo no deseado por negligencia y dilación de los tramites de las EPS en la prestación del servicio médico, o la ausencia de un diagnóstico temprano de las malformaciones o ya se ha practicado la IVE atendiendo a los mandatos de los jueces de primera instancia.

Adicionalmente, emergió la categoría *instar al Congreso de la República y otras instituciones para que regulen la IVE*. Se exhorta al Congreso de la República desde la sentencia T-532 de 2014, para que expida regulación:

(i) El establecimiento de un término máximo para el trámite de estudio y aprobación de las solicitudes de interrupción voluntaria del embarazo que se formulen ante las empresas promotoras de servicios de salud, y (ii) la definición de si hay lugar a prever la existencia de una limitación temporal para la práctica de este tipo de procedimientos. (p. 40)

Reiterado en el exhorto que se hace en la Sentencia SU 096 de 2018 y que ya había sido incluido desde la Sentencia C-355 de 2006, situación que hasta el momento se configura como una omisión legislativa.

También se ha instado a la SNS para que tome las medidas necesarias para que se adopten protocolos de diagnóstico rápido y adelante la vigilancia de las EPS e IPS, para garantizar el derecho a la IVE (Corte Constitucional, T-510 de 2010). Vale la pena mencionar la circular 003 de 2013 de la SNS por la cual se imparten instrucciones sobre la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), en aplicación de la Constitución Política de Colombia, los tratados internacionales y las sentencias de la Corte Constitucional, y se deroga la Circular número 03 de noviembre de 2011, recuerda a las EPS y entidades territoriales que la prestación del servicio debe atender a “los principios de igualdad, universalidad, calidad, seguridad y eficiencia” (SNS, 2013, p. 1), dando respuesta en un término de 5 días. Adicionalmente incluye la obligación de “respeto a la autonomía de las mujeres” (SNS, 2013, p. 2) y brindar información “suficiente, amplia y adecuada, así como orientación, apoyo y acompañamiento en relación con las alternativas terapéuticas disponibles en la prestación de servicios de IVE, a fin de facilitar el acceso oportuno y eficiente a dichos servicios” (SNS, 2013, p. 3).

Finalmente, se ha instado a Minsalud para que emita una regulación única que garantice el derecho a la IVE (Corte Constitucional, SU-096 de 2018), a propósito de que Minsalud cuenta con los siguientes documentos técnicos emitidos en 2014: 1) Determinantes del aborto inseguro y barreras de acceso para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo en mujeres colombianas. 2) Atención Post Aborto (APA) y sus complicaciones. Documento Técnico para prestadores de servicios en salud. 3) Prevención del aborto inseguro en Colombia. Protocolo para el sector salud. 4) Atención integral de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE) en el primer nivel de complejidad. Documento técnico para prestadores de servicios de salud.

Para puntualizar, garantizar el derecho a la IVE como DSyR exige que se tenga en cuenta que más allá del procedimiento médico, se tiene la obligación de garantizar el acceso, la oportunidad, la gratuidad, el respeto a las mujeres, la calidad y seguridad de los procedimientos, entre otros, que, como pudo constatarse, que las sentencias declaren carencia de objeto por hecho superado, demuestra las deficiencias en los prestadores de la atención y la omisión legislativa y ejecutiva para la expedición de leyes, reglamentos, protocolos, y ejercer correctamente la inspección y vigilancia, de manera que dan cuenta del incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado colombiano.

Conclusiones

La Constitución de Colombia de 1991 no incluyó dentro de su articulado los DSyR como un derecho autónomo e interdependiente, dejando de lado que este se relaciona con las libertades individuales, es progresivo, obligatorio y de orden prestacional, que supone para el Estado y sus instituciones la adopción de medidas para el goce efectivo de dichos derechos. En atención de los prejuicios y estereotipos de género, la Constitución de Colombia adscribe a la mujer a su rol reproductor y de madre, de allí que en su articulado se observa protección de la sexualidad y reproducción en lo referido a la protección de maternidad.

La IVE enmarcada en los DSyR adquiere el carácter de indivisibilidad e interdependencia, esto significa que están ligados a otros derechos, tales como: la dignidad humana y vida digna, el no trato denigrante, la intimidad personal y familiar, la salud, la decisión sobre el número de hijos, el libre desarrollo de la personalidad, la educación e información sexual y reproductiva, la libertad de conciencia y religión y la igualdad.

La IVE como un derecho reproductivo incluye de un lado la autodeterminación reproductiva, libre de interferencias y violencias que vulneren la autonomía de las mujeres y de otro lado el acceso a los servicios médicos, los cuales según los estándares internacionales deben darse atendiendo a los estándares internacionales de accesibilidad, calidad y respeto. Derecho que se vulnera cuando se obstaculiza, coacciona, no se ofrecen los medios y servi-

cios médicos oportunos o la información que se suministra es parcial, falsa o inexacta. Por lo que urge mejorar los servicios de información dirigidos a educar de forma responsable a las mujeres sobre la libre autodeterminación sobre su cuerpo y los métodos anticonceptivos.

En este sentido, al revisar los pronunciamientos de la Corte Constitucional entre 2009 y 2019, advertimos las vulneraciones en las que se encuentran las mujeres que están inmersas en una de las condiciones de despenalización de la IVE y las barreras para acceder de forma oportuna y respetuosa a servicios médicos de calidad, lo que hace más gravosa su situación, puesto que con el correr del tiempo se incrementa el riesgo para la salud y la vida de las mujeres o se lleva a término el embarazo de un hijo no deseado, reproduciendo círculos de pobreza, violencias, carencias afectivas y solidarias.

Adicionalmente, se encontró al analizar las sentencias cómo se siguen presentando en nuestro contexto estereotipos y prejuicios en torno al sexo, los roles de género o su combinación, que persisten y se reproducen en nuestra sociedad, permean la cultura jurídica, el accionar y el actuar de los operadores jurídicos y de las instituciones prestadoras del servicio de salud (EPS), teniendo como resultado la restricción de la autodeterminación y la libertad de las mujeres.

Finalmente, cobra importancia la prevalencia de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, tales como: la Convención de la Cedaw y la Convención Belem Do Pará, para exigir al Estado colombiano que por medio de Minsalud y la SNS, ejerzan sus funciones de inspección, control y vigilancia de las EPS, IPS y entes territoriales, cumpliendo además las órdenes emitidas por la Corte Constitucional como generadora de derechos y garante del respeto de los derechos de las mujeres.

Referencias

Circular 003. (2013). Por la cual se imparten instrucciones sobre la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), en aplicación de la Constitución Política de Colombia, los tratados internacionales y las sentencias de la Corte Constitucional. 29 de abril de 2013. D. O. No. 48.776. https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/circular_super-salud_0003_2013.htm

Constitución Política de la República de Colombia. (1991). http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Congreso de la Nación de Argentina. (2021). Ley 27.610 Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/239807/20210115>

Corte Constitucional. Sentencia SU-096 (M. P. José Fernando Reyes Cuartas: 17 de octubre de 2018).

Corte Constitucional. Sala cuarta de Revisión. Sentencia T-731/16 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: 19 de diciembre de 2016).

Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-697/16 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado: 13 de diciembre de 2016).

Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-301/16 (M. P. Alejandro Linares Cantillo: 9 de junio de 2016).

Corte Constitucional. Sala tercera. Sentencia T-532/14 (M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez: 18 de julio de 2014).

Corte Constitucional. Sala cuarta. Sentencia T-959/11 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: 16 de diciembre de 2011).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia T-636/11 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva: 25 de agosto de 2011).

Corte Constitucional. Sala Octava. Sentencia T-585/10 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto: 22 de julio de 2010).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-355/06 (M. P. Jairo Araujo Rentería & Clara Inés Vargas Hernández: 10 de mayo de 2006).

Corte Constitucional. Sentencia T-444/99 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 10 de junio de 1999).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (27 de octubre de 2017). *CIDH exhorta a todos los Estados a adoptar medidas integrales e inmediatas para respetar y garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres* [Comunicado de prensa]. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/165.asp>

Decreto 2591 de 1991. *Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*. 19 de noviembre de 1991. D. O. 40.165.

Facio Montejo, A. (1992). *Cuando el género suena cambios trae (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. ILANUD.

- Ferrajoli, L. (23 agosto 2018). *Entrevista al profesor Luigi Ferrajoli sobre la cuestión del aborto*. Derecho al Día. <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/entrevista-al-profesor-luigi-ferrajoli-sobre-la-cuestion-del-aborto/+7201>
- Fiscalía General de la Nación. (2020). *Total de víctimas según las entradas de noticias criminales por delito al Sistema Penal Oral Acusatorio en la Ley 906 de 2004 y Ley 1098 de 2006 desde hechos ocurridos en 2010*. <https://dev.socrata.com/foundry/www.datos.gov.co/sft7-9im5>
- Hincapié Ochoa, M., & Cardona Zuleta, E. (2019). Implementación de rutas de atención en violencias de género en la ciudad de Medellín, año 2019. Barrera de acceso a la información en la Ruta de atención en salud: violencias sexuales, violencia ginecoobstétrica y derecho a la IVE en A. M. Serrano Ávila (compiladora), *Género y Derechos Humanos por la salud y una vida libre de violencias* (pp. 55-80). Editorial Tecnológico de Antioquia.
- Larrauri, E. (1994). *Género y Derecho Penal*. [Archivo PDF] <http://www.cienciaspenales.net>
- Ley 599 de 2000. *Por la cual se expide el Código Penal Colombiano*. 24 de julio de 2000. D. O. No. 44.097.
- Mathewes-Green, F. (2004). *El amargo precio de elegir*. <https://www.feministsforlife.org/espanol/bitterpriceofchoice.htm>
- Medicina Legal. (2020). *Observatorio de Violencia contra la Mujer*. <https://www.medicinal-legal.gov.co/observatorio-de-violencia-contra-la-mujer>
- Ministerio de Salud y Protección Social [Minsalud]. (2020). *Sistema Integrado de Información sobre Violencias de Género (SIGEVE)*. <http://onviolenciasgenero.minsalud.gov.co/Paginas/sivige.aspx>
- Ministerio de Salud y Protección Social (Minsalud). (6 de octubre de 2020). Respuesta a Derecho de Petición Radicado No.: 202021001559761 [Archivo personal].
- Ministerio de Salud y Protección Social [Minsalud], & Fondo de la Población de las Naciones Unidas [UNFPA]. (2014). *Determinantes del aborto inseguro y barreras de acceso para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo en mujeres colombianas*. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/SM-Determ-aborto-inseguro.pdf>
- Ministerio de Salud y Protección Social [Minsalud], & Fondo de la Población de las Naciones Unidas [UNFPA]. (2014). *Atención PostAborto (APA) y sus complicaciones. Documento Técnico para prestadores de servicios en salud*. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/SM-IVE-DT-Atencion-postaborto.pdf>

- Ministerio de Salud y Protección Social [Minsalud]., & Fondo de la Población de las Naciones Unidas [UNFPA]. (2014). *Prevención del aborto inseguro en Colombia. Protocolo para el sector salud*. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/SM-Protocolo-IVE-ajustado-.pdf>
- Organización de Estados Americanos [OEA]. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Pacto de San José)*. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
- Organización de Estados Americanos [OEA]. (1994). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer [Convención de Belem Do Pará]*. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1968). *Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1981). *Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer [Convención de la CEDAW]*. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1987). *La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]., & Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). (1999). *Recomendación General No. 24: La Mujer y la Salud*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1280.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]., & Comité DESC. (2016). *Observación General núm. 22 relativo al derecho de la salud sexual y reproductiva, artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImns-JZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sU9x9eXO0nzmOMzdytOOLx69nViOTIV6OoUoPT-gA4cV57WrxAyF98jHu%2B0%2F2kHgqr>
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]., & Comité de Derechos Humanos. (2018). *Observación general núm. 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida*. https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GCArticle6/GCArticle6_SP.pdf

- Organización Mundial de la Salud [OMS]. (2015). *Clasificación Internacional de Enfermedades*. https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=9178:2013-actualizaciones-cie-10&Itemid=40350&lang=es
- Parra-Granados, M. L., & Mondragón Duarte, S. L. (2020). La interrupción voluntaria del embarazo como derecho de acceso restringido en el marco de la COVID-19. *Revista Opinión Jurídica*, 19(40), 49-66. <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n40a2>
- Posada-Maya, R. (2020). Política criminal y derecho penal: un mecanismo de última ratio frente a la terminación voluntaria de la gestación. *Revista Nuevo Foro Penal*, 16(94), 13-44.
- Redacción Justicia. (27 de mayo de 2021). Corte no hará audiencia por demanda que pide despenalizar el aborto. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/aborto-en-colombia-corte-constitucional-no-hara-audiencia-publica-591676>
- Torres-Sánchez, X. (2020). Justicia de género en el plano judicial. Análisis comparado sobre el derecho fundamental de la mujer a tomar decisiones sobre su propio cuerpo en contextos de violencia. *Revista Derecho del Estado*, 47, 177-213. <https://doi.org/10.18601/01229893.n47.06>
- Uribe López, M. I., & Cardona Zuleta, E. (2020). *Metodología para el análisis de sentencias de la Corte Constitucional desde la Perspectiva de Equidad de Género*. [XXIII Encuentro de Investigación]. Universidad Católica Luis Amigó.

TEXTOS ACADÉMICOS

DEBATE INTERDISCIPLINARIO SOBRE EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL: ¿ES REALMENTE UNA FORMA DE MALTRATO INFANTIL?¹

Doris Elena Acevedo López*, Dignay Virginia Montealegre Avendaño**, Katherin Montoya Betancur***

Resumen

En el presente capítulo se analiza el sentido del concepto Síndrome de Alienación Parental desde las siguientes disciplinas: Psicología, Psiquiatría y Derecho. El desarrollo se confronta con postulados sustraídos de la Perspectiva de Género y tiene como finalidad construir una línea de investigación que permita determinar si las conductas de “Alienación Parental” son una forma de maltrato infantil y, por ende, se constituye en un tipo de violencia intrafamiliar situada en los hijos. La construcción del presente escrito utiliza la revisión documental como una técnica de investigación cualitativa para profundizar en el concepto propuesto desde las disciplinas ubicadas anteriormente. El resultado permite determinar si el Síndrome de Alienación Parental hace presencia en escenarios de conflicto entre los progenitores con una implicación negativa en la psiquis de los menores de edad llegando a ocasionar múltiples afectaciones mentales.

Palabras clave

Maltrato infantil; Relación padres-hijos; Salud mental.

¹ Capítulo para optar al grado de especialistas en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia. Asesora: Elvigia Cardona Zuleta.

* Licenciada con énfasis en Lengua Castellana (Universidad de Tolima, Ibagué), estudiante de la Especialización en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, correo electrónico: doris.acevedolo@amigo.edu.co

** Licenciada en Pedagogía Infantil (Universidad de Tolima, Ibagué), estudiante de la Especialización en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, correo electrónico: dignay.montealegreav@amigo.edu.co

*** Abogada (Universidad Católica Luis Amigó, Medellín), estudiante de la Especialización en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, correo electrónico: katherin.montoyabe@amigo.edu.co

Abstract

This chapter analyzes the meaning of the 'Parental Alienation Syndrome' concept from the following disciplines: Psychology, Psychiatry and Law; the development is confronted with postulates subtracted from the Gender Perspective and aims to build a line of research to determine whether the behaviors of Parental Alienation are a form of child abuse and, therefore, constitutes a type of domestic violence located in children. The construction of this paper uses documentary review as a qualitative research technique to deepen in the concept proposed from the disciplines above; the result allows to determine if Parental Alienation Syndrome is present in conflict scenarios between parents with a negative implication in the child psyche, causing multiple mental affectations.

Keywords

Child abuse; Parent-child relationship; Mental health.

Introducción

El Síndrome de Alienación Parental (SAP) es considerado como una problemática presentada generalmente en las familias que se encuentran en escenarios contenciosos de divorcio o separación, consiste en que uno de los progenitores impide u obstaculiza la relación parental entre el hijo o hija con el otro progenitor, cuenta con prácticas que pueden dañar de manera permanente los vínculos afectivos de las personas que la padecen; y que genera serias consecuencias tanto en la salud física, mental como emocional de los menores de edad víctimas de Alienación Parental. Según la Sentencia T-311 de 2017 [Corte Constitucional], el Colegio Colombiano de Psicólogos indica que:

Hace alusión a los efectos del Síndrome de Alienación Parental que comporta la destrucción de la imagen de uno de los padres ante los hijos y que puede afectar la salud psicológica del niño, quien puede experimentar sentimientos de abandono, indefensión, rechazo y estados de ansiedad y depresión, los que incluso pueden conducir a patrones patológicos, al abuso de sustancias psicoactivas, pensamientos suicidas, trastornos de ansiedad y angustia o a la falta de control de esfínteres. (p. 83)

Lo que aparentemente comienza con una diferencia entre las partes, continua con una manifestación de agresividad disimulada, manifestada en la intención de dañar relaciones parentales y que termina en un conflicto irreversible y contraproducente para los niños y las niñas, quienes se convierten en las víctimas de un problema entre adultos; esto implica que se encuentren inmersos en una dualidad de la que tienen que definir, aún sin quererlo, estar de un lado o del otro. Así lo mencionan Maida et al. (2011) cuando afirman que “el SAP no surge porque los padres quieran poner fin a su vida en común, sino porque hacen partícipes a sus hijos de los conflictos generados por la separación” (p. 487).

Entendiendo esto puede afirmarse que el SAP es una problemática de gran magnitud que requiere ser abordada a partir de los debates interdisciplinarios incorporados en esta investigación, toda vez que estos conflictos se presentan con frecuencia en el entorno familiar y generan cambios en las dinámicas propias de los hogares. Reconocer la importancia y el papel que ostenta la familia dentro de la sociedad, sobre todo en el contexto jurídico en el que se ve inmersa, resulta importante para el Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia establecer si el SAP es una forma de maltrato infantil.

La importancia de hacer visible esta problemática es la búsqueda de la protección y el bienestar de los niños y las niñas que posiblemente son víctimas de esta situación, así como garantizar a los progenitores un proceso de separación o divorcio sano y de tranquilidad individual sin perjuicios o prejuicios que puedan conllevar a algún tipo de violencia infantil u otra forma de maltrato.

El presente capítulo fue desarrollado con el fin de conceptualizar las perspectivas e interpretaciones de las diferentes disciplinas que intervienen en las situaciones contextuales del análisis en esta problemática, una realidad múltiple que se ve reflejada en la sociedad actual y que se presenta como un fenómeno que transcurre de forma desapercibida, pero que es real y frecuente cada vez más en las familias. Igualmente, se pretende que los lectores puedan contribuir desde su quehacer laboral y profesional a ampliar la reflexión sobre el tema del SAP, lo que permite determinar desde otras posturas si realmente es una forma de maltrato infantil.

La investigación se llevó a cabo mediante una revisión detallada de referencias bibliográficas, estas proporcionaron las bases para su fundamentación teórica soportada en autores especializados en el tema. Se presenta en tres acápite: el primero, destina un apartado para cada disciplina propuesta en este documento, donde se exponen debates frente al Síndrome de Alienación Parental; el segundo, expone los principales argumentos desde la Perspectiva de Género frente a este concepto para dar soporte a su implicación en el contexto familiar, social y legal. Finalmente, las conclusiones que permiten determinar si el SAP es una forma de maltrato infantil y la reafirmación de la necesidad para ser abordado interdisciplinariamente.

Metodología

Para desarrollar el presente capítulo se partió de la pregunta: ¿el Síndrome de Alienación Parental es realmente una forma de maltrato infantil? Escogiéndose como metodología la investigación cualitativa, entendiéndola como un aporte al conocimiento humano y que, a su vez, hace parte del mismo; permite el planteamiento de diferentes posturas mediante una mirada crítico-social del objeto investigado y, así, genera conocimiento para el sujeto. Mirar el SAP desde disciplinas como la Psiquiatría, la Psicología y el Derecho brinda una panorámica más clara de lo que se pretende, se da lugar a las interpretaciones propias desde los debates contemporáneos y permite vislumbrar de alguna manera las realidades sociales en las que se emergen las dinámicas propias de los grupos familiares.

Retomando los planteamientos de Mesías (2004) se define la investigación cualitativa “como una actividad sistemática, de carácter interpretativo, constructivista y naturalista que incluye diversas posturas epistemológicas y teóricas orientadas a la comprensión de la realidad estudiada y/o a su transformación y desarrollo de un cuerpo organizado de conocimientos” (p. 7). A su vez, Sandoval Casilimas (2002) hace referencia al paradigma crítico-social como un aporte a este modelo de investigación ya que:

Se asume que el conocimiento es una creación compartida a partir de la interacción entre el investigador y lo investigado, en la cual, los valores median o influyen la generación del conocimiento; lo que hace necesario “meterse en la realidad”, objeto de análisis, para poder comprenderla tanto en su lógica interna como en su especificidad. La subjetividad y la intersubjetividad se conciben, entonces, como los medios e instrumentos por excelencia para conocer las realidades humanas y no como un obstáculo para el desarrollo del conocimiento. (p. 29)

De esta manera, el paradigma crítico-social con enfoque cualitativo responde a la investigación que se realiza, ya que puede construir conocimiento a partir de la realidad epistémica que conduce a los sujetos a investigar, analizar y dialogar respecto a la temática; permite reconocer el contexto y las problemáticas que sugieren una mirada desde las áreas sociales como fundamento crítico que subyace en la academia y posibilita hallazgos necesarios dentro de la misma investigación para la comprensión de la realidad.

En suma, la Perspectiva de Género es una categoría analítica que permite, desde una metodología de estudio, discernir de las construcciones socio-culturales las problemáticas enmarcadas desde el ámbito familiar y la historicidad a la que se encuentra sujeta. Alda Facio Montejó (1992) hace un aporte y presenta “una metodología que puede ser utilizada con las adaptaciones del caso para des-cubrir la invisibilización y/o marginación de hombres pertenecientes a grupos discriminados” (p. 9).

Con ello, Montejó no afirma la discriminación hacia los hombres, sino que desarrolla la capacidad de escribir en perspectiva de género; bien sea para hablar sobre lo masculino o lo femenino; asume su posición como mujer en el mundo y recoge su experiencia para ubicar una postura crítica sobre una realidad que la rodea en tiempo e historia.

Asumir lo anterior en relación con la problemática del SAP desde una perspectiva de género, visualiza el concepto con imparcialidad, teniendo en cuenta que puede presentarse tanto en hombres como en mujeres, niños o niñas sin discriminación alguna. El llamado es a la escucha de todas las partes involucradas, donde se reflexione sobre las posturas analíticas en las que se enmarcan los debates contemporáneos.

Para comprender la Alineación Parental desde los entes judiciales se realizó una búsqueda de pronunciamientos recientes, desde el año 2016², tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional, los cuales permitirían una aproximación a la posición que asume la autoridad estatal encargada de administrar justicia en Colombia, frente al tema en mención.

Las estrategias para la optimización de la información fueron las lecturas previas de los diferentes tipos de documentos (libros, artículos, páginas oficiales, leyes y jurisprudencia) que orientaron sobre la temática del SAP para conocer sus conceptos, síntomas, causas, consecuencias, niveles y algunas sentencias que han aportado los insumos para la

² Se incluyó una sentencia del año 2013. Si bien no pertenece al espacio temporal presupuestado, es el pronunciamiento que mayor profundización realiza frente al tema abordado y es el fallo al cual acude la misma Corte para exponer una postura frente al Síndrome Alienación Parental.

elaboración de fichas de información producto de la revisión documental. Asimismo, el instrumento que dio lugar al direccionamiento y análisis fue el sistema categorial, permitió una organización en cuanto a las categorías y subcategorías para darle cuerpo a la temática presentada.

Si bien esta temática genera diferencias en los puntos de vista, se deja claro que la intención de esta construcción permite al lector hacer su propia reflexión e interpretación en cuanto a la temática del SAP. Reconocer a la familia como una construcción complejamente humana de múltiples dinámicas sociales, exige una mirada interdisciplinaria que apunte a la solución de las situaciones difíciles que se presentan al interior de las mismas y a partir de la construcción en el conocimiento se nutra el ámbito jurídico, procurando garantizar el derecho a la familia especialmente a los niños y las niñas, propendiendo por su bienestar, equilibrio y paz, tanto en su esfera psicológica como emocional, las que afectan o edifican a lo largo de sus vidas.

¿Qué postura tienen algunas áreas del conocimiento sobre el SAP?

Postura de la Psiquiatría frente al Síndrome de Alienación Parental

El término Síndrome de Alienación Parental (SAP) empezó a circular en la literatura científica en la década de los ochenta, con los aportes del doctor Richard Gardner (1985), psiquiatra infantil estadounidense, su importancia recae en su experiencia en los juzgados de familia como forense quien realizaba peritajes judiciales.

Podía constatar que los niños y las niñas sufrían una alienación parental, los cuales eran adoctrinados por uno de sus progenitores en razón de venganza contra el otro, situaciones que dejaban en ellos consecuencias irreparables. Por esta razón, se convirtió este tema en una de sus más profundas investigaciones a lo largo de su vida. Gardner (1991) a partir de sus investigaciones definió el SAP como:

Un trastorno infantil que surge casi exclusivamente en el contexto de disputas por la custodia de los niños. Su manifestación primaria es la campaña de denigración del niño contra un padre, una campaña que no tiene justificación. Ello resulta de la combinación de una programación (lavado de cerebro) de adoctrinamiento parental y de las propias contribuciones del niño para el vilipendio del padre objetivo. (p. 28)

Teniendo en cuenta lo anterior, el SAP es un síndrome nocivo para la salud mental de los niños y las niñas, ubicándolos en condición de indefensión en relación con las disputas que tienen sus padres en el divorcio, los hijos son quienes sufren esta dualidad que se despliega de las dos posiciones de sus padres; genera trastornos afectivos y emocionales que podrían convertirse en una enfermedad o en una patología mental, la cual debe ser abordada de manera interdisciplinaria para un buen manejo y evitar consecuencias irreparables.

Para Gardner (1991) existen unos síntomas claros para comprender que se está ante un determinado caso de SAP, síntomas que se van incrementando según las características del padre o progenitor alienador, entre ellos, Gardner anuncia los siguientes:

1. Odio y ataques personales contra el progenitor atacado.
- 2) Racionalizaciones débiles o incluso absurdas para justificar el odio.
- 3) Falta de ambivalencia sobre el progenitor atacado.
- 4) Fenómeno del «pensador independiente».
- 5) Apoyo automático hacia el progenitor atacante.
- 6) Ausencia de culpabilidad provocada por el propio comportamiento.
- 7) Copia de historias contadas por el progenitor preferido.
- 8) Extensión del odio hacia la familia del progenitor atacado. (p. 28)

La alusión realizada por Gardner al SAP como un síndrome médico puro estará presente hasta el final de su obra, es más, este concepto viene siendo uno de los relevantes ante muchos síndromes ubicados y descritos en el DSM-IV (Escudero Nafts et al., 2008, p. 287).

Cuando Gardner quiso probar a la comunidad científica que su postulado referente al SAP era “puro” (Escudero Nafts et al., 2008, p. 23), incluso, realizando una comparación con el Síndrome de Down, fue refutado por dicha comunidad, quedando desde el área de la psiquiatría sin validez, por carecer de sustento científico; tras cometer un error de procedimiento metodológico, ya que la ciencia médica se basa en la experimentación, medición y cuantificación del objeto de estudio.

Estos síntomas y causas ya hacían parte de otras patologías que estaban clasificadas del DMS-IV; por lo tanto, se podría establecer que no era puro. Sin embargo, el intento de Gardner por demostrar la validez de su teoría no le opaca la luz a la importancia de su investigación, ya que cobró relevancia en autores como: Darnall (1997); Aguilar Cuenca (2007); Tejedor Huerta (2007); quienes continuaron profundizado las investigaciones respecto al SAP.

Mientras para Gardner era una campaña de denigración de un progenitor contra el otro, para Darnall (1997, como se cita en Tejedor Huerta, 2007) era un comportamiento psicopatológico de los padres alienadores y debía tratarse desde una enfermedad mental, con terapia o tratamiento según se requiera en cada caso.

Darnall (1997, como se cita en Tejedor Huerta, 2007) manifiesta que lo grave es la conducta de los padres, no tanto por los daños en los niños y las niñas, sino por la posición que crea la disputa entre la pareja o expareja, y que siempre estarán los hijos acarreado las

consecuencias de ese divorcio o separación. De otro lado, Aguilar Cuenca (2007) afirma que el SAP es un trastorno “caracterizado por un conjunto de síntomas que resulta del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos mediante distintas estrategias, con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor” (p. 23).

Por otro lado, Tejedor Huerta (2007) manifiesta que el SAP es “una forma de maltrato infantil donde los niños y las niñas sufren la alienación de sus padres, presentando unos síntomas, causas y consecuencias de las que son víctimas” (p. 67). En coincidencia, Pastor Bravo (2010) indica que el SAP es una forma de maltrato infantil, ya que la experiencia, la investigación y la academia permiten establecer que puede considerarse como una enfermedad mental que afecta a los niños y las niñas; refiere que:

Cuando por alguna de las partes se utiliza a los hijos como parte de la disputa y entran a formar parte del conflicto, es cuando puede dañarse la salud psíquica de los menores, llegando a aparecer un (SAP) en casos extremos. (p. 40)

Para considerar los anteriores planteamientos es importante aclarar que la Organización Mundial de la Salud (OMS) es el organismo líder en temas de salud mundial, tiene alianza con otros países, avala los postulados médico científicos que determinan la inclusión o exclusión de las enfermedades en la Clasificación Estadística Internacional de las Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud (CIE).

La OMS cumple un papel elemental dentro del sistema de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), junto con más de 190 países que conforman los Estados Parte; es autoridad competente y dirigente de la salud internacional, por lo tanto, le corresponde analizar, gestionar y producir directrices de salud, normas y estándares en el seguimiento y la evaluación de las tendencias de enfermedades que afectan la salud de todos, en especial de los niños, niñas, adolescentes y mujeres.

Según Mendoza (2019) “la OMS ya reconoce la Alienación Parental como una enfermedad y no como un síndrome” (p. 5), de allí en adelante se establecerán los criterios para que se pueda diagnosticar y así se pueda brindar un tratamiento para la mejoraría de esta condición en la persona que la padece.

La CIE es una organización de investigación conformada por un equipo de expertos en las materias psiquiátricas médicas y clínicas que se encargan a partir de la investigación de publicar revistas o textos como el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales – DSM-5 – (Organización Mundial de la Salud [OMS], 2018).

La OMS (2018) afirma que el 25 de mayo de 2019, aceptó la undécima versión de la CIE, que contiene el término índice de Alienación Parental para el código QE.52 Problema de relación cuidador-niño. Esto significa que los Estados que forman parte de la OMS clasificaron la Alienación Parental dentro de la estadística internacional de las enfermedades de la salud en la guía CIE-11 de la OMS.

La OMS lo incluyó en el CIE-11 con el código QE 52.0 que habla de un problema de la relación cuidador-niño. Dentro del comunicado de la OMS sobre la CIE-11 aparece un anuncio del doctor Robert Jakob, jefe de Equipo de Terminologías y Normas de Clasificación de la OMS, explicando que: “un principio clave de esta revisión fue simplificar la estructura de codificación y las herramientas electrónicas, lo que permitirá a los profesionales sanitarios registrar las afecciones de forma más fácil y completa” (OMS, 2018, párr. 8).

Por tanto, ingresa en vigencia a partir del 1 de enero 2022 esta base que se plantea desde una mirada internacional y permite que su investigación y la preocupación por esta enfermedad siga avanzando: “La CIE-11 ofrecerá una visión actualizada de los patrones de la enfermedad” (OMS, 2018, párr. 9).

Postura de la Psicología en relación con el Síndrome de Alienación Parental

El SAP es una forma de violencia generacional que afecta no solo a los alienados como a los alienantes, también, y en mayor grado, daña a la víctima directa que se ubica en el medio de la relación, es decir, los hijos; debido a que quedan expuestos en medio del conflicto y la confrontación entre los adultos. Se debe tener en cuenta que el síndrome se trata de una conducta que afecta varios aspectos de las víctimas, el alienante, el alienado y los hijos, estos últimos, son quienes al final del ejercicio se deben considerar como víctimas principales.

Haciendo el análisis de las situaciones que se presentan dentro de un caso de Alienación Parental se pueden sacar a la luz varios aspectos de la personalidad de las víctimas que sufren daños considerables dentro de los que puede mencionarse el aspecto psicológico, considerando que es uno de los más afectados, ya que la principal víctima es el niño o adolescente, el cual se encuentra en una etapa de desarrollo de su personalidad y aún no ha alcanzado la madurez de su cerebro.

Algunos autores, tales como Bautista Castelblanco, Ángela Cristina Tapias Saldaña y Quiroga Baquero, estudiosos del tema del SAP, argumentan que tanto el padecimiento del síndrome desde la calidad de víctima, como el proceso terapéutico para mitigar sus efectos son elementos demasiado nocivos para el niño, ya que este siente que es censurado o

juzgado, y que todas las personas, incluyendo al psicólogo o terapeuta, se alía para conspirar en su contra, aparte de la desfiguración de la realidad a la que es sometido por parte de su progenitor alienante al hacerle ver una realidad que quizá no sea la suya, donde al menor se le manipula, se le influencia negativamente para que desarrolle odio hacia el progenitor alienado, se le obstaculiza ese vínculo. Tal como lo expresa Bautista Castelblanco (2007):

Así, en el PAS, se presentan: la manipulación mental, el acoso psicológico y la violencia encubierta entre otras. Ésta última, se manifiesta con diferentes modos de maltrato psicológico o maltrato pasivo, se hace evidente en casos de alienación como de alineación. Usualmente se manifiesta como una agresión insospechada, en la que es posible que el agresor sea consciente o no de ello, pero hace daño. (p. 67)

Puede haber o no conciencia por parte del progenitor alienante, pero lo cierto es que la víctima directa, en este caso el hijo, es quien recibe la mayor parte del daño psicológico, sin querer decir que el progenitor alienado no lo reciba; la diferencia radica en que el adulto ya tiene los rasgos de su personalidad desarrollados y ya ha alcanzado la madurez mental, mientras que el niño o adolescente no.

Según Bautista Castelblanco (2007) el padecimiento de síntomas psicológicos por parte del niño desencadena en su organismo una serie de consecuencias físicas como producto de la secreción de sustancias a nivel cerebral, terminando en la somatización de la víctima por medio de sintomatologías físicas como cefaleas, náuseas, acné, asma, estreñimiento, entre otras; lo anterior, hablando desde la parte biológica del cerebro.

A nivel psicológico se producen también cambios significativos comportamentales en la víctima, tal como lo afirman varios autores (Gaitán et al., 1997, como se cita en Bautista Castelblanco, 2007) quienes describen cómo la emocionalidad, las ilusiones y el mismo proyecto de vida de los niños víctimas del SAP se ven afectados por la presencia del síndrome en sus vidas, teniendo en cuenta que las consecuencias pueden variar entre los individuos dependiendo de factores externos tales como el religioso, social, familiar, cronológico, entre otros.

Dentro de los aspectos más relevantes o evidentes donde se manifiestan los más notorios cambios en el individuo víctima del SAP se encuentran la disminución en el rendimiento académico, la falta de atención, la agresividad, el desgano, el desinterés por el cumplimiento de sus responsabilidades, la apatía al juego, el aislamiento, el retraimiento, la aparición de miedo y temores; aparecen los complejos que afectan su desempeño en el ámbito social, entre otros efectos secundarios. Según el Colegio Colombiano de Psicólogos (COLPSIC) (2011): “para diagnosticar el SAP no deberá existir antecedentes previos de maltrato intra-familiar por parte del padre alienado” (párr. 1).

La anterior es una afirmación basada en estudios concluidos realizados por la mesa de trabajo de la Unidad de Psicología Jurídica y Forense del Colegio Colombiano de Psicólogos (COLPSIC), en cabeza del doctor Roberto Sicard y compuesta por un equipo de otros siete profesionales de la psicología, como lo son: Claudia Sofía Ayala Hernández; Flor Adriana Orjuela Solano; Martha Stella Ospino Rodríguez; Cielo Romero, Ana Patricia Ramos Parada, Marisol Santana y Jorge Erwin Camacho, donde se asume la postura del SAP como una forma de maltrato infantil que surge como resultado de un trabajo de división intencional de un vínculo familiar, que a su vez genera en el menor víctima del SAP, una serie de síntomas psíquicos de carácter clínico (COLPSIC, 2011).

Estudios llevados a cabo por Tapias et al. (2013) y Ospino Rodríguez y Quiroga Baquero (2019) en el Departamento del Huila, afirman que los profesionales que atienden casos de familia, tales como abogados, psicólogos y trabajadores sociales sí identifican en su actuar profesional los síntomas por medio de los cuales las diferentes teorías describen la presencia de una problemática de SAP.

En conclusión, los individuos víctimas del SAP se caracterizan por una serie de cambios físicos que se manifiestan a través de enfermedades somatizadas, cambios hormonales, dolores y quebrantos de salud asociados a la evolución desfavorable de su psiquis o más específicamente a la respuesta hormonal del cerebro, que segrega sustancias que ocasionan dichos cambios. En el ámbito psicológico el panorama no es más alentador ya que se producen también cambios a nivel psíquico y comportamental, tales como déficit de atención, cambios de conducta tendientes a la indisciplina o por el contrario al retraimiento, dificultad o incapacidad para el acatamiento de normas sociales, escolares o de cualquier índole, afectación notoria en la convivencia social, susceptibilidad para el consumo de drogas psicoactivas e insatisfacción constante manifestada a través de los continuos intentos por llamar la atención de sus progenitores y de aquellos que le rodean.

Postura del Derecho colombiano de cara al Síndrome de Alienación Parental

Según el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia (1991), la familia es “el núcleo fundamental de la sociedad” (Art. 42), por lo tanto, todas las dinámicas y conflictos que se suscitan al interior de esta son de relevancia para el Derecho Colombiano; motivo por el cual se hace necesario abordar en este capítulo la postura que asume esta disciplina frente al SAP. Se plantea la postura solo desde la posición adoptada por la Jurisprudencia Colombiana, sin hacer referencia a la norma en relación con el tema bajo análisis, toda vez que, en materia de legislación, Colombia no cuenta con normatividad que haga referencia expresa a las conductas alienadoras por parte de uno de los progenitores.

Aunque la única norma existente en el ordenamiento jurídico colombiano que regula algunas conductas indebidas frente a la custodia de los hijos menores de edad y que afecta directamente al otro progenitor, es el delito de ejercicio arbitrario de la custodia, conforme a la Ley 599 de 2000, dentro del artículo 230-A, contenido en el Código Penal; sin embargo, este tipo penal solo sanciona las conductas tendientes a arrebatarse, sustraer, retener, u ocultar al hijo sobre quien se ejerce Patria Potestad, mas no se hace alusión a conductas destinadas a destruir los lazos parentales mediante acciones dirigidas a alterar o modificar la percepción y sentimientos del hijo, en contra del progenitor alienado.

El Derecho no plantea una definición propia del término Síndrome de Alienación Parental, toda vez que se está haciendo referencia a un asunto relacionado directamente con la salud mental, por ello, recurre a las distintas definiciones propuestas por otras áreas del conocimiento como la Psicología y la Psiquiatría. En este sentido, es que se asume la definición propuesta por Gardner (1991) cuando indica que el SAP tiene que ver con un desorden que se da principalmente en el contexto de conflictos de custodia física o moral entre los padres. Dentro de su principal manifestación se encuentra la denigración de un hijo contra sus padres, también, de un excesivo desmérito hacia su cónyuge (Hernández López, 2016).

Por otro lado, Aguilar Cuenca (2007) también hace un aporte en su intento por definir el SAP cuando lo identifica como un trastorno caracterizado por un conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos; a su vez, Mojica Acero (2014) retoma lo anterior y manifiesta que se da “mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, de modo que el hijo llegue a elaborar una actitud de enfrentamiento injustificado con aquel” (p. 32).

Independiente del autor al cual se acuda para definir el término, sus significados convergen en que se trata de una serie de acciones o estrategias empleadas por uno de los progenitores con la finalidad de obstaculizar y en el peor de los casos, de destruir los vínculos entre el hijo y el progenitor sobre quien recaen las conductas alienantes.

Alienación Parental desde la Jurisprudencia Colombiana

De la búsqueda de Jurisprudencia Colombiana frente al SAP se encontraron algunos pronunciamientos, de los cuales se tomaron las sentencias en las cuales se haya hecho referencia alguna sobre el tema en mención. A continuación, se exponen algunos fallos pertenecientes a la Corte Suprema de Justicia:

Frente a la Alienación Parental, la Corte expone que:

La tesis de la defensa en cuanto a que la denuncia obedeció a la presencia del Síndrome de Alienación Parental, analizado por esta Corporación en CSJ, 25 Sep. 2013, Rad. 40455, se descartó ante la ausencia de prueba que exhibiera un interés malicioso de la madre por imputar un hecho falso. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicación No. 46938, 2016)

Además, hace la siguiente apreciación frente al argumento presentado por el Ministerio Público frente a la tesis de la defensa cuando refiere que:

De otra parte, es cierto, como también lo apunta la representante de la sociedad, que ninguna prueba técnica estuvo orientada a establecer, en la menor, la presencia del Síndrome de Alienación Parental que postula el casacionista, pero ello no impide que el juzgador pueda inferirlo de las pruebas recaudadas en el proceso. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicación No. 46254, 2017)

En suma, existe una sentencia donde la Corte se pronuncia frente al proceso en cuestión en relación con la Alienación Parental, en los siguientes términos:

Puestas de ese modo las cosas, es innegable que ante la contundencia del dictamen psiquiátrico y psicológico practicado a los excónyuges López Páramo, y sus menores hijas, no podía ser otra la conclusión a la que arribaron el Juzgado y la Comisaría encartadas, pues refulge patente que, valiéndose de la custodia y del cuidado personal que le fueron concedidas a la aquí accionante acerca de las infantes, ésta ha impedido a toda costa que su progenitor tenga el mínimo contacto con ellas, además de ponerlas en su contra, llegando a aseverar que lo único que pretende es protegerlas, pues en el pasado fueron objeto de abuso sexual por parte aquél, sin que de esa conducta punitiva exista un mínimo rastro, según lo analizado en las entrevistas que rindieron las niñas, típico actuar asimilable al Síndrome de Alienación Parental, que no es otra cosa que la disfunción en uno de los padres dentro de un proceso de dinámica familiar o de divorcio conflictivo, en donde uno de ellos dirige hacia el otro todo su esfuerzo para lograr que los hijos odien a su progenitor, fenómeno en el que quienes realmente terminan siendo las víctimas son los menores, quienes son los directamente afectados, no solamente en su ámbito familiar, sino psicológico. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación No. 11001-22-10-000-2016-00798-01, 2017)

De manera adicional, se agrega que:

En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta; dicho imperativo no puede ser aplicable en forma absoluta, en los casos en que razonadamente se sospeche la presunta ocurrencia de un estado de alienación parental, pues resulta claro que, en dicho evento, la voluntad del menor se halla determinada por el padre controlador. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación No. 54518-22-08-001-2018-00031-01, 2018)

En suma, para referirse a la Alienación Parental, la Corte cita un apartado de un pronunciamiento anterior de la misma institución:

En punto a la alienación parental, esta Corte ha señalado: (...) El comportamiento manipulador de los padres hacia los hijos, corresponde a un tipo de violencia de género en donde la víctima no es solo el menor involucrado, sino también el progenitor que se ve injustamente vilipendiado por el excompañero transgresor. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Radicación No. 11001-22-10-000-2019-00434-01, 2019)

Entre los pronunciamientos encontrados de la Corte Suprema de Justicia, es necesario destacar dos sentencias, de las cuales se extraen dos posturas claras frente a la Alienación Parental:

1. En dicho pronunciamiento la Corte (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Exp. 40455, 2013) realiza un acercamiento al concepto de Alienación Parental, definiendo la misma como:

Tales circunstancias permiten inferir que posiblemente pudo estructurarse el presupuesto señalado en la jurisprudencia y que, a voces del experto de la defensa, en la psicología es conocido como Síndrome de Alienación Parental, SAP, el cual, en términos generales, consiste en que, ante el evidente rechazo (separación, divorcio) por parte de un cónyuge, el otro, que se niega a aceptar ese hecho, acude, a modo de retaliación, a manipular a los hijos, sin reparar en si les causa daño o no, en tanto lo único que le interesa es volverlos en contra de aquel, para que lo repelan y lo acusen de ser el causante del daño causado.

De igual forma, la Corte trae a colación distintos textos para abordar la temática del SAP (Segura et al., 2006) y (Bolaños, 2002), donde manifiesta que:

De lo probado en juicio surge como probable que lo descrito por los expertos hubiese sucedido en el caso investigado, en atención a que parecen haberse presentado los elementos allí tratados, esto es, que a raíz de la decisión del acusado de divorciarse de ella, la denunciante pudo haber elaborado un proceso de manipulación de su hija en contra de su padre, en el entendido de ponerla en su contra, como sucedió. (p. 28)

2. La Corte también sentencia que:

En sus intervenciones durante la audiencia del juicio oral los delegados de la Fiscalía y la Procuraduría ante la Corte coincidieron en señalar que el Síndrome de Alienación Parental carece de consenso científico y ha sido rechazado como entidad clínica. Sin embargo, su existencia real no puede ser desconocida, por tratarse, dejando de lado el significado de “síndrome”, de casos en que algunas personas cercanas al entorno de un menor influyen o manipulan su testimonio para perjudicar a otra persona que también hace parte de ese medio del niño, atribuyéndole conductas que no ha llevado a cabo, con un fin meramente revanchista. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicación 45258, 2016)

De los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, se evidencia que el SAP es presentado por alguna de las partes del proceso como el argumento que sustenta su tesis y aunque en algunas de las sentencias que se encontraron el juzgador no aborda el tema a profundidad, tampoco niega tajantemente la existencia del mismo; simplemente, en algunos de esos procesos no se llega a probar la presencia de SAP, en otros no se hace necesario ahondar en dicho aspecto, por lo que basta con hacer referencia a ello en términos generales.

Frente a las sentencias que pertenecen a la Corte Constitucional, se hallaron tres pronunciamientos recientes, siendo las tres, revisiones de Acciones de Tutela; a saber:

- Sentencia T – 311 de 2017
- Sentencia T – 015 de 2018
- Sentencia T – 384 de 2018

Del análisis correspondiente de cada sentencia, se encuentra que el concepto de SAP, al igual que en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, es presentado por las partes del proceso como argumento de su tesis; sin embargo, se observa que en la Sentencia T-384 de 2018 y en la Sentencia T-015 de 2018 la intervención de la Corte Constitucional frente a este concepto, se limita a citar textualmente el dicho de las partes e intervinientes del proceso. En lo que respecta a la Sentencia T-311 de 2017, la Corte va un poco más allá y solicita a distintas corporaciones públicas y privadas, su concepto frente a la Alienación Parental, extrayéndose las más significativas:

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-. Sobre el Síndrome de Alienación Parental se precisó que el mismo no ha sido reconocido por la Organización Mundial de la Salud. Sin embargo, la exposición de los niños, niñas y adolescentes a hechos de violencia atentan con su salud física, psicológica, sexual, entre otras y, en ese contexto, todo acto que causa un daño a la integridad del menor de edad es considerado un hecho de violencia contra éste. (p. 55)

Departamento de Antropología de la Universidad Nacional. Se analiza el Síndrome de Alienación Parental con el fin de concluir que se trata de una forma específica y sutil de maltrato infantil, que en los últimos años ha cobrado gran importancia en razón al gran número de parejas que deciden ponerle fin a su relación. (p. 58)

Colegio Colombiano de Psicólogos. Se hace alusión a los efectos del Síndrome de Alienación Parental que comporta la destrucción de la imagen de uno de los padres ante los hijos y que puede afectar la salud psicológica del niño, quien puede experimentar sentimientos de abandono, indefensión, rechazo y estados de ansiedad y depresión, los que incluso pueden conducir a patrones patológicos, al abuso de sustancias psicoactivas, pensamientos suicidas, trastornos de ansiedad y angustia o a la falta de control de esfínteres. (p. 61)

Como se puede evidenciar, la postura adoptada por las dos Cortes que tienen competencia para conocer de los conflictos surgidos al interior de las familias colombianas no es uniforme, toda vez que la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia es más activa

en relación al concepto de SAP en el sentido de que su intervención no se centra en debatir la existencia del mismo, por el contrario, profundiza en el concepto desde distintos autores y en sus consideraciones hace referencia a las pruebas aportadas por las partes y dichos expuestos que guardan relación con el término. La mencionada Corte llega incluso a asumir una posición frente a la presencia o no de la alienación en menores de edad, de acuerdo al acervo probatorio obrante en el proceso.

Caso contrario sucede con la Corte Constitucional, pues en sus fallos, sus intervenciones se centran en determinar si efectivamente en las decisiones de los jueces y entidades accionadas se incurrieron en errores y falencias de tal envergadura que son contrarias a la Constitución y en detrimento de Derechos Fundamentales; como establecer el alcance de los Derechos Fundamentales que se reclaman como vulnerados. Aunque, en sus intervenciones no se hace mención al SAP y su incidencia en los hechos del caso bajo estudio.

¿Y qué dicen algunos debates de género?

Este capítulo trae a colación algunas posturas adoptadas por distintos autores e instituciones que guardan relación con los debates de género; la mayoría de autores convergen en manifestar que el SAP es una forma de violencia de género dirigida hacia la mujer (madre del menor de edad sobre el cual recae la conducta) y una manera de encubrir hechos de abuso sexual y maltrato infantil; mientras otros, manifiestan que esta problemática afecta tanto a hombres como a mujeres en sus roles de progenitores.

De la búsqueda de textos que abordan el SAP desde la Perspectiva de Género se encuentra que algunos de ellos tienen una tendencia a criticar el concepto, sus prácticas y consecuencias negativas a otros sujetos; se basan principalmente en censuras desde posturas subjetivas, quedando muchas posiciones como mera opinión, toda vez que muchos de estos argumentos carecen de soporte teórico.

Sin embargo, otros autores hacen un análisis detallado y objetivo de la temática, siendo los últimos a los que se hará alusión en este capítulo. De las lecturas abordadas se concluye que las críticas al SAP desde los debates de género se basan fundamentalmente en tres argumentos.

El Síndrome de Alienación Parental es utilizado para encubrir hechos de abuso sexual y maltrato infantil. Frente a esta postura, el SAP no es un argumento abordado exclusivamente por movimientos relacionados con debates de género, sino que es expuesto por otros detractores. Sin embargo, solo se hará mención a los argumentos manifestados por los movimientos que guardan relación con la temática de género, toda vez que este es el tema que delimita este capítulo.

Al respecto Berlinerblau (2016) afirma que:

Por aplicación del falso SAP los dichos de la víctima en maltrato y abuso sexual fueron convertidos en prueba de la programación materna. Gardner con su teoría contradujo la teoría del desarrollo infantil, los avances de la ciencia sobre el NNA como testigo y el conocimiento común por la experiencia cotidiana en la interacción con los y las niños/as. La invocación del falso SAP genera el cierre prematuro de las causas y brinda una cómoda y fácil salida a casos complejos en la justicia. (p. 4)

Por otro lado, Urzanqui (2014) manifiesta que:

Suele darse en el momento de la ruptura, que el padre ya está lejos, los niños que han sufrido maltrato directo o abuso sexual, se atreven a decir lo que cuando vivían con el padre no se atreven a decir; al bajar el nivel de ansiedad, se atreven a contar, normalmente a la madre a la primera: “no me quiero ir con papá, porque papá me hace daño”. La madre cubriendo su obligación de figura protectora... lo pone en conocimiento del sistema judicial para justificar que el niño o la niña no quieren tener visitas con el padre. En ese momento, partiendo de unas premisas machistas, se piensa que la mujer va a obtener prebendas por denunciar la situación de violencia y que no es real en lo absoluto y que se lo está inventando para alejar al niño o la niña. (8m25s-9m14s)

Asimismo, Montero Gómez (2008) indica que:

El SAP es la invención que el médico Richard Gardner, norteamericano, desarrolló en 1985 para cuestionar acusaciones de abuso sexual infantil por parte de menores. El SAP como explicación argumentativa conseguía que el acusado, normalmente un hombre, se viera libre de sospecha al hacerla recaer sobre las mentiras de un menor manipulado por su madre. (p. 5)

El Síndrome de Alienación Parental es una forma de violencia de género perpetrada a la mujer, al presentarse la separación de la pareja o al denunciar hechos de maltrato y/o abuso sexual sobre ellas o sus hijos; tal como lo afirma Berlinerblau (2016):

Richard Gardner, médico psiquiatra, descollaba por sus críticas extremadamente agresivas contra el Sistema de Protección Infantil. Continuamente se refería en sus escritos a “madres histéricas”, “ex esposas vengativas” y “mujeres severamente perturbadas”. El antecesor del falso SAP era denominado el “Síndrome de la Mujer Maliciosa” o el “Síndrome de Medea”. (p. 4)

Al respecto, menciona Gallego (2013) que:

“Síndrome” como un “engendro”, como “una coartada para los pedófilos” que, por otro lado, responde a los intereses del patriarcado, al intentar disuadir a las mujeres, mediante amenazas, de que no abandonen a sus maridos, tanto en casos de abuso sexual a los hijos y las hijas, como en casos de violencia conyugal. (p. 13)

Asimismo, menciona Urzanqui (2014) que:

Este síndrome tiene un sesgo misógino importantísimo porque él mismo siempre dice que habitualmente el progenitor alienador es la madre... La Asociación de Mujeres Juristas Themis, en Asturias, hizo un estudio muy interesante de sentencias, de ver que incidencia tenían en las resoluciones judiciales el Síndrome de Alienación Parental, va in creciendo, es un problema que va a

más, pero incluso en los casos que se diagnostica, sí que sigue teniendo un sesgo misógino y sexista porque la aplicación es distinta cuando se supone que el alienador es el padre, cuando se supone que la alienadora es la madre. (7m14s-)

El Síndrome de Alienación Parental carece de respaldo científico, por lo que no es aceptado por la comunidad científica: al igual que con la primera censura, este argumento también es planteado por opositores pertenecientes a la comunidad científica. No obstante, se aborda desde los argumentos de los debates de género. Diaz (2020) indica que “los principales argumentos para invalidarlo son su alto contenido valorativo, retórico e ideológico, lo vago que es conceptualmente y el hecho de que se ignora la singularidad de cada caso” (párr. 4).

En relación con este argumento, Barea Payueta (2014) afirma que:

Los criterios de Gardner llevan a muchos diagnósticos falsos, son nulos lógicamente y científicamente por qué no se correlacionan con ninguna patología identificable. Los síntomas del supuesto síndrome no llevan a una causa determinada sólo describen un fenómeno, y mal. Se diagnostican como patológicas e injustificadas, conductas adaptativas en el niño, y el ejercicio de los derechos legales en la madre. (p. 11)

Asimismo, menciona Howard (2012) que:

El PAS es un tema controvertido que ha sido criticado por ser demasiado simplista y carecer de apoyo científico; no está reconocido como un diagnóstico formal por la Asociación Americana de Psiquiatría, la Asociación Americana de Psicología, la Asociación Médica Estadounidense o la Organización Mundial de la Salud. El Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, 5ª edición, no incluye el PAS como un síndrome reconocido, aunque sí agregó un código para “Niño afectado por la angustia de la relación parental” para referirse a algunas manifestaciones clínicas del PAS. (p. 45)

En contraste, se encontró que otros autores afirman que el SAP no es usado exclusivamente por la madre o el padre, tal como lo expresan Maida et al. (2011) cuando indican que “se cree que tanto el padre como la madre pueden ser los alienantes del niño, pero en la mayoría de los casos descritos es el padre custodio quien causa la alienación” (p. 488). Se infiere que actualmente estas conductas son desplegadas tanto por hombres como por mujeres, sin distinción de género.

La variación en los roles sociales y laborales han influido en el cambio en las dinámicas familiares, lo que ha incidido en el rol de progenitor custodio de los hijos, posibilitando que no sea solo la madre quien ejerza función de cuidado y crianza de los hijos, sino que estas labores se han hecho extensivas al padre.

Igualmente, del rastreo de información se encontró que, de un estudio realizado en la ciudad de Bogotá, en las instituciones que ejercen funciones públicas relacionadas directamente con la familia, las empleadas mujeres son quienes, en mayor medida, reconocen y evidencian situaciones de Alienación Parental al interior de las familias que acuden al Ente Estatal; lo anterior, se soporta en la afirmación hecha por Tapias et al. (2013):

Los resultados en torno al género, evidencian que las mujeres identifican con mayor prevalencia y significatividad los indicadores del SAP que los hombres. Esta hipótesis suponía el prejuicio de que hay una fuerte influencia patriarcal en el señalamiento de la alienación y la evidencia permite rotar al sentido contrario. (p. 2)

Finalmente, se supone una disparidad en relación con la afirmación propuesta por muchos sectores que abogan por los derechos de las mujeres, los cuales manifiestan que el SAP es utilizado y defendido por hombres machistas, quienes buscan perpetuar la situación de dominación a las mujeres; en palabras de Gallego (2013):

Se trata en realidad de un invento profundamente dañino para la estabilidad emocional de las niñas y los niños, al que recurren los movimientos de varones neomachistas en las sociedades patriarcales, -y la nuestra lo es- por considerarlo un instrumento más de poder para manipular, controlar y dominar a las mujeres, utilizando para ello, en este caso, al sistema judicial. (p. 3)

Conclusiones

Con base en los argumentos aportados por las distintas fuentes a las cuales se hizo referencia a lo largo del capítulo, se pueden realizar las siguientes conclusiones:

1. La Alienación Parental es un tipo de maltrato infantil manifestado en el maltrato emocional o psicológico a los menores de edad expuestos a estas conductas y que repercuten en la salud física y mental de los mismos; siendo manifiesta la intervención por parte de la entidad estatal, con el fin de prevenir y abordar esta problemática desde los distintos equipos interdisciplinarios. Sin embargo, no se puede desconocer la amplia posibilidad de que se acuda al SAP para encubrir hechos de abuso sexual infantil y maltrato, tanto a mujeres (generalmente la expareja) como a niños, niñas y adolescentes; por lo que antes de aseverar sobre la presencia o no del SAP en un caso puntual, es indispensable abordar el caso desde las distintas disciplinas de la salud mental, aunado a la revisión del entorno familiar del menor de edad con todos sus antecedentes familiares; esto último con el fin de descartar la existencia de situaciones reales de abuso sexual o violencia intrafamiliar.
2. Todos los procesos de separación y divorcio entre parejas son nocivos para los hijos, de cualquier edad y sexo, siendo mucho más nocivos aun, cuando dentro de dichos procesos se da la presencia de SAP, ya que es en estos casos donde se presenta una

mayor afectación al menor a nivel psicológico, por el cambio drástico que se da en su percepción del progenitor alienado y en algunos casos, también del alienante, lo que conlleva a la aparición de cambios de fondo en su personalidad y comportamientos.

3. Los estudios y las investigaciones APA de la psiquiatría y la psicología han unido grandes esfuerzos para la comprobación del SAP como una enfermedad que afecta la salud mental de los niños y las niñas y el progenitor alienado, sus avances y estudios de factibilidad han logrado comprobar que causa daño en el estado psíquico y psicológico de los integrantes de la familia que la padecen, para así establecer una ruta de atención y tratamiento en estos casos.
4. Los avances demostrados por los profesionales especializados son de carácter médico científico, logrando que la OMS acepte el SAP como una enfermedad mental, por lo tanto, logra el reconocimiento de la OMS, a través de su equipo de la CIE-11, que contiene el índice de Alienación parental con el código QE 52.0, “problema de relación cuidador-niño”, haciendo su aparición en el DSM-5, que entra en vigencia el 1 de enero del 2022.
5. Se halló un avance por parte de las autoridades jurisdiccionales con relación al reconocimiento del Síndrome de Alienación Parental en algunos escenarios judiciales pues, se pudo identificar cómo en los últimos años se han proferido sentencias que abordan el SAP de una forma más amplia, trayendo a colación distintos autores e instituciones que reconocen su existencia y que pueden brindar orientación frente a la presencia del SAP en el caso bajo estudio, lo que influye en la resolución del caso *sub judice*.
6. Es preciso capacitar sobre el SAP a las diferentes autoridades estatales, esto con el fin de facilitar el diagnóstico y la forma de abordar los verdaderos casos de Síndrome de Alienación Parental tanto en los escenarios administrativos como judiciales y de esta forma, prevenir que casos de real abuso sexual infantil y/o violencia intrafamiliar pasen desapercibidos por la autoridades públicos, evitando así la revictimización de los niños, niñas y mujeres víctimas de hechos de violencia en sus múltiples manifestaciones.

Referencias

- Aguilar Cuenca, J. M. (2007). *S.A.P. Síndrome de Alienación parental. Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro*. Almuzarra.
- Barea Payueta, C. (2014). La nueva inquisición y sus instrumentos el Síndrome de Alienación Parental. *Themis: revista jurídica de igualdad de género*, (4), 5-15. <https://www.mujeresjuristasthemis.org/revista-themis>

- Bautista Castelblanco, C. L. (2007). Síndrome de alienación parental: Efectos Psicológicos. *Tesis Psicológica*, 2(1), 65-71. <https://revistas.libertadores.edu.co/index.php/TesisPsicologica/article/view/164/157>
- Berlinerblau, V. (2016). El falso “Síndrome de alienación parental” o falso “SAP”: una falacia al servicio de la impunidad. *Observatorio de Género en la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires*, (9), 1-6. https://cdconsejo.jusbaires.gob.ar/sites/default/files/articulo_boletin_9.pdf
- Bolaños, I. (2002). El Síndrome de Alienación Parental. Descripción y abordajes psico-legales. *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, 2(3), 25-45. <https://www.masterforense.com/revista/descarga-de-articulo-revista/numero-2002>
- Colegio Colombiano de Psicólogos. (2011). *Formulación del concepto el síndrome de alienación parental por parte del colegio* [Archivo PDF]. <http://www.padresporsiempre.com/imagenes/ColPsicAP.pdf>
- Comisión de Radio y Televisión de Tabasco. (26 de septiembre de 2019). *La OMS ya reconoce a la alienación parental como una enfermedad*. <https://corat.mx/la-oms-ya-reconoce-a-la-alienacion-parental-como-una-enfermedad/>
- Constitución Política de Colombia [Const.]. (7 de julio de 1991). <https://www.constitucion-colombia.com/>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-311 de 2017 (M. P. Alejandro Linares Cantillo: 10 de mayo de 2017).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-015 de 2018 (M. P. Carlos Bernal Pulido: 1 de febrero de 2018).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-384 de 2018 (M. P. Cristina Pardo Schlesinger: 20 de septiembre de 2018).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicación 40455 (M. P. José Luis Barceló Camacho: 25 de septiembre de 2013).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicación 46938 (M. P. Luis Guillermo Salazar Otero; 26 de mayo de 2016).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicación 45258 (M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa: 3 de agosto de 2016).

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Radicación 11001-22-10-000-2016-00798-01 (M. P. Álvaro Fernando García Restrepo: 3 de marzo de 2017).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicación 46254 (M. P. Eyder Patiño Cabrera: 13 de diciembre de 2017).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Radicación 54518-22-08-001-2018-00031-01 (M. P. Luis Armando Tolosa Villabona: 7 de diciembre de 2018).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Radicación No. 11001-22-10-000-2019-00434-01 (M. P. Luis Armando Tolosa Villabon: 3 de octubre de 2019).
- Díaz, C. (30 de junio 2020). *Contra el falso SAP*. Escritura Feminista. <https://escriturafeminista.com/2020/06/30/contra-el-falso-sap/>
- Escudero Nafs, A., Aguilar Redo, L., & de la Cruz, J. (2008). La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP): “terapia de la amenaza”. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 28(102), 285-307. <http://www.revistaaen.es/index.php/aen/article/view/16031>
- Facio Montejó, A. (1992). *Cuando el género suena cambios trae (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. ILANUD. http://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/16_DiplomadoMujeres/lecturas/modulo2/1_Alda%20facio_Cuando_el_gen_suena_cambios_trae.pdf.
- Gallego, H. (2013). *Desenmascarando al “síndrome de alienación parental”*. Red Uruguay contra la Violencia Doméstica y Sexual.
- Gardner, R. A. (1991). Legal and psychotherapeutic approaches to the three types of Parental Alienation Syndrome families. When Psychiatry and the Law Join Forces. *Court Review of American Judges Association*, 28(1), 14-21. https://www.canadiancrc.com/Parental_Alienation_Syndrome_Canada/gardnr01.pdf
- Howard, P. (2014). The Parent Alienation Syndrome: A Family Therapy and Collaborative Systems Approach to Amelioration [Reseña del libro *The Parent Alienation Syndrome: A Family Therapy and Collaborative Systems Approach to Amelioration*, por L. Gottlieb] *Child & Family Behavior Therapy*, 36(1), 71-79. <http://dx.doi.org/10.1080/07317107.2014.878199>

- Hernández Lopez, N. A. (2016). *La alienación parental una violencia encubierta en los procesos de divorcio contenciosos en Colombia* [Tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia]. Repositorio institucional digital. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/58168>
- Ley 599 de 2000. *Por la cual se expide el Código Penal*. 24 de julio de 2000. D. O. No. 44097.
- Maida, A. M., Herskovic, V., & Prado, B. (2011). Síndrome de alienación parental. *Revista Chilena de Pediatría*, 82(6), 485-492. <https://www.revistachilenadepediatria.cl/index.php/rchped/article/view/2818/2583>
- Mesías, O. (2004). La investigación cualitativa [Archivo PDF]. https://www.academia.edu/22351468/LA_INVESTIGACION_CUALITATIVA
- Mojica Acero, L. J. (2014). *Protección de niños, niñas y adolescentes en caso de alienación parental y debilitamiento de las relaciones parento filiales* [Tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia]. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/47646>
- Montero Gómez, A. (2008). Síndrome de alineación patriarcal. *Monográfico de Violencia de Género*. <http://www.fundacionmujeres.es/img/Document/14928/documento.pdf>
- Organización Mundial de la Salud. (2018). *La Organización Mundial de la Salud (OMS) publica hoy su nueva Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11)*. [https://www.who.int/es/news/item/17-06-2018-who-releases-new-international-classification-of-diseases-\(icd-11\)](https://www.who.int/es/news/item/17-06-2018-who-releases-new-international-classification-of-diseases-(icd-11))
- Ospino Rodríguez, M. S., & Quiroga Baquero, L. A. (2 de febrero de 2019). Identificación de la Alienación Parental por profesionales del departamento del Huila-Colombia. *Psicología Forense*. <http://lapsicologiaforense.blogspot.com/2019/02/identificacion-del-sindrome-de.html>
- Pastor Bravo, M. (2010). El síndrome de alienación parental. Una forma de maltrato. En F. Rodes Lloret, C. E. Monera Olmos, & M. Pastor Bravo (Eds.), *Vulnerabilidad infantil: un enfoque multidisciplinar infantil* (pp. 39-48). Díaz de Santos.
- Sandoval Casilimas, C. A. (2002). *Investigación cualitativa*. ARFO Editores e Impresores Ltda. <http://biblioteca.udgvirtual.udg.mx/jspui/bitstream/123456789/2815/1/Investigaci%3%b3n%20cualitativa.pdf>
- Segura, C., Gil, M. J., & Sepúlveda, M. A. (2006). El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil. *Cuadernos de Medicina Forense*, 12(43-44), 117-128. <http://www.cuadernosdemedicinaforense.es/revistasanteriores/cmef043-044/revista43-44art09.htm>

Tapias Saldaña, A. C., Sánchez Bobadilla, L. A., & Torres Torres, S. T. (2013). Reconocimiento de indicadores de alienación parental en operadores de justicia de Bogotá. *Suma psicológica*, 20(1), 111-120. <http://publicaciones.konradlorenz.edu.co/index.php/sumapsi/article/view/1354/816>

Tejedor Huerta, A. (2007). *El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato*. EOS (Instituto de Orientación Psicológica Asociados).

Urzanqui, F. (2014). *SAP: El lado más oscuro de la violencia de género* [Podcast]. Red Nosotras en el Mundo. <https://rednosotrasenelmundo.org/SAP-El-lado-mas-oscurο-de-la>

Debates contemporáneos en derecho de familias, de infancias y de adolescencias, Retos y oportunidades es producto del ejercicio riguroso de las autoras, quienes, a partir de sus afinidades personales y profesionales, contribuyen al quehacer científico y al entendimiento de asuntos actuales como los obstáculos de las mujeres trabajadoras y el fuero de la maternidad, la interrupción voluntaria del embarazo, la alienación parental y los proyectos de reformas del código civil sobre el derecho de familia desde un enfoque jurisprudencial. La presente obra es la segunda edición del texto *Debates del derecho de las familias, infancias y adolescencias. Desafíos y realidades*, ambos trabajos constituyen una apuesta investigativa por ilustrar a los lectores sobre las múltiples y complejas realidades del derecho de las familias, infancias y adolescencias, disciplina en constante evolución.