

La construcción de los derechos menstruales como derecho fundamental en el sistema jurídico colombiano*

The Construction of Menstrual Rights as a Fundamental Right in the Colombian Legal System

A construção do direito menstrual como direito fundamental no ordenamento jurídico colombiano

JULIANA DEL PILAR PUENTES VILLOTA**
LAURA SOFÍA ARIZA GARCÍA***

FECHA DE RECEPCIÓN: 1º DE SEPTIEMBRE DE 2022. FECHA DE APROBACIÓN: 24 DE ABRIL DE 2023

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.12423>

Para citar este artículo: Puentes Villota, J. del P., & Ariza García, L. S. (2023). La construcción de los derechos menstruales como derecho fundamental en el sistema jurídico colombiano. *Estudios Socio-Jurídicos*, 25(2), 1-32. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.12423>

RESUMEN

El presente artículo plantea la existencia de los derechos menstruales como derechos fundamentales en el sistema jurídico colombiano. Ello debido a la intrínseca relación entre la menstruación y la dignidad humana, vida e integridad personal de quienes menstrúan, ya que se trata de un proceso natural. Lo anterior se desarrolla a través de la metodología cualitativa, en la que se realizó una revisión sistemática de normativa, jurisprudencia nacional e internacional, informes de ONG y doctrina, para profundizar en las causas que permiten el detrimento en distintos aspectos de la vida de las personas menstruantes.

Palabras clave: menstruación; derechos sexuales y reproductivos; derechos humanos; sexo y discriminación sexual.

* El artículo no ha sido presentado en ningún congreso ni ha sido escrito para una ponencia.

** Abogada de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Correo electrónico: juliana.puentes@urosario.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4237-6543>

*** Abogada de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Correo electrónico: lauras.ariza@urosario.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3287-8128>

ABSTRACT

This article raises the existence of menstrual rights as fundamental rights in the Colombian legal system, due to the intrinsic relationship between menstruation and the human dignity, life and personal integrity of those who menstruate, since it is a natural process. The work was developed through a qualitative methodology where a systematic review of regulations, national and international jurisprudence, NGO reports and doctrine was conducted to deepen in what fosters the detriment of the life of menstruating people in different aspects.

Keywords: Menstruation; sexual rights; human rights; sex and sexual discrimination.

RESUMO

Este artigo levanta a existência dos direitos menstruais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico colombiano. Isso se deve à intrínseca relação da menstruação com a dignidade humana, a vida e a integridade pessoal de quem menstrua, por se tratar de um processo natural. O anterior é desenvolvido através da metodologia qualitativa onde foi realizada uma revisão sistemática de regulamentos, jurisprudência nacional e internacional, relatórios de ONGs e doutrina, para aprofundar as causas que permitem o prejuízo em diferentes aspectos da vida das pessoas que menstruam.

Palavras-chave: menstruação; direitos sexuais e reprodutivos; direitos humanos; sexo e discriminação sexual.

Introducción

El presente artículo busca abordar la equidad de género abriendo una discusión alrededor de los derechos menstruales. Se inicia con la definición del concepto de la menstruación como un proceso biológico, teniendo en cuenta los parámetros diseñados por organizaciones no gubernamentales, además de las dinámicas que giran en torno a la menstruación y su relación con el ejercicio de los derechos humanos. Esta primera parte concluye con la construcción del concepto de derecho menstrual a partir de investigaciones y trabajos académicos sobre el tema.

Luego, se estudian los derechos menstruales desde la perspectiva del derecho comparado y, para aterrizar el término al ordenamiento jurídico colombiano, se hace una revisión jurisprudencial referente a cómo ha abordado el órgano constitucional la tríada entre menstruación, derechos e higiene. Por último, se plantea un cambio en la lógica de la Corte para estudiar la menstruación con una perspectiva netamente de derechos y no de higiene, por lo que se propone el análisis de los derechos menstruales como un derecho fundamental en Colombia que se encuentra dentro de la categoría de derechos sexuales y reproductivos.

Definición del concepto de la menstruación según los parámetros diseñados por organizaciones no gubernamentales

Una organización no gubernamental (ONG) es definida por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como aquella “organización voluntaria de ciudadanos sin ánimo de lucro, nacional o internacional” (Pérez et al., 2011). Al respecto, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) añade que este tipo de organismos cuenta con un “propósito filantrópico” (Pérez et al., 2011) y con diversos fines, por lo que, en el caso en concreto, nos enfocaremos en aquellas que promueven la protección de los derechos humanos.

Es importante aclarar que las organizaciones citadas en el presente escrito, las cuales funcionaron como fuente para dilucidar el concepto de derecho menstrual, no pueden generalizarse como organizaciones

internacionales. Para el autor Wolf-Dieter Eberwein, “todas las organizaciones internacionales surgen de un acuerdo de voluntades, de una decisión común entre sus miembros fundadores, que trasciende los límites de los derechos y obligaciones por ellos reconocidos como mutuamente vinculantes. [...]”.

Teniendo presente esto, es pertinente a su vez precisar lo que entiende la teoría internacional por ONG, pues aquella concepción es la adoptada en el presente trabajo, incluyendo la condición de *soft law*. Según la ACNUR, se entiende por ONG “las organizaciones independientes y sin ánimo de lucro que surgen a raíz de iniciativas civiles y populares y que por lo general están vinculadas a proyectos sociales, culturales, de desarrollo u otros que generen cambios estructurales en determinados espacios, comunidades, regiones o países”.

La importancia de diferenciar estos dos tipos de organizaciones recae en la funcionalidad que prestan frente a la conceptualización de derechos menstruales, pues, como se podrá evidenciar, este concepto no ha sido creado por instituciones jurídicas de carácter nacional o internacional. No obstante, los derechos que abarca sí han sido protegidos y reconocidos a diferentes grupos de personas menstruantes. Es por ello que las iniciativas y decisiones tomadas alrededor de la protección de las distintas vertientes que conforman los derechos menstruales permiten comprender y concretar el grupo de derechos del que deberían gozar todas las personas menstruantes.

A continuación, se hace un breve recuento de los diversos abordajes que algunas ONG y organizaciones internacionales han efectuado respecto a los derechos que las personas menstruantes tienen al sobrellevar su menstruación. De esta manera, para el Fondo de Población de las Naciones Unidas, la menstruación es un proceso biológico mediante el cual “el útero desprende sangre y tejido a través de la vagina” (FPNU, 2022), además de ser parte del “ciclo menstrual, un ciclo de cambios biológicos que tienen lugar en el sistema reproductivo de una mujer o de una niña para preparar su cuerpo para un posible embarazo” (FPNU, 2022).

Esta definición es respaldada por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF, por su sigla en inglés) en cuanto conceptualiza

la menstruación como un “proceso natural de liberación de sangre, que se asocia con la materia del útero a través de la vagina como parte del ciclo menstrual” (FPNU, 2022). La menstruación es definida y tratada como un proceso meramente biológico en el que la persona que menstrua sobrelleva un desprendimiento de sangre a través de su vagina.

Desde un punto de vista especializado, la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (Kihara, 2019) considera que la menstruación va más allá del panorama biológico e higiénico, en su lugar propone examinarlo desde el lente de la salud, debido a que permite inmiscuirse en el plan de vida de las personas menstruantes y no exclusivamente en el estudio de sus cuerpos al momento de menstruar. De esta forma, se ha entendido que todo aquello en el entorno de la menstruación es propiamente biológico, cuyo abordaje puede ser realizado desde la óptica de la salud de las personas menstruantes, en conjunto con la perspectiva higiénica.

Cabe resaltar que la visión tradicional de la menstruación se amplía a partir de las experiencias y enseñanzas a las personas menstruantes. Lo anterior determina si es una herramienta poderosa para “empoderar a mujeres y niñas, disipar mitos, cambiar prácticas y eliminar restricciones” (Patkar et al., 2016), en especial en aquellos lugares del mundo en donde aún existe el reto de desmentir los mitos que giran en torno a la menstruación. O, al contrario, un instrumento para limitar y arriesgar la vida de las personas menstruantes.

Evaluación de las dinámicas que giran en torno a la menstruación y su relación con el ejercicio de los derechos humanos

El proceso menstrual impacta directamente el ejercicio de los derechos de las personas menstruantes en cuanto existe una serie de dinámicas que involucra la menstruación y que interactúa, no siempre de forma positiva, con distintas esferas de la vida de estas. Es por esta razón que es fundamental analizar la menarquía, identificando aquellas circunstancias sociales, económicas, ambientales, legislativas y políticas que no permiten el desarrollo de un ciclo menstrual en condiciones dignas.

Factores sociales

La influencia de preceptos sociales incide negativamente en el proceso menstrual de acuerdo a los contextos en los que se vive. Por ello, las barreras existentes son en principio construidas por la ausencia de diálogo respecto del proceso menstrual, pues en distintas partes del mundo aún es considerado como un tabú. En consecuencia, percibir la menstruación como una etapa de impureza o suciedad desencadena escenarios de desinformación que son bastante relevantes, principalmente para las personas menores de edad que inician este ciclo de vida. Además, también se traduce en la ausencia de cifras y divulgación de conocimiento pedagógico al respecto.

En Colombia, en la región del Pacífico, en los municipios de Bagadó (Chocó), Santander de Quilichao (Cauca) e Ipiales (Nariño), se encontró que en los colegios “hablar sobre la menstruación produce pena, y se considera adecuado solo en algunos ámbitos como la familia, y con algunas personas, generalmente mujeres, es así que la información sobre la menstruación empieza a construirse como algo escaso y secreto en el día a día” (UNICEF, s. f.).

Ahora bien, un medio primordial para lograr la divulgación de información y pedagogía respecto a la menstruación y productos menstruales han sido las redes sociales, pues actualmente existen diversas cuentas de Twitter¹ o Instagram² que se enfocan en estos temas, lo cual ha permitido que en la esfera pública se discuta de forma más abierta todo aquello relacionado con el ciclo menstrual.

Cabe resaltar que estas plataformas: i) no deben ser los medios principales para acceder a la información, dado que esta debería ser discutida abiertamente, en espacios como los colegios, pues se debe entender que no todas las personas tienen red de internet. Incluso, la televisión también puede ser riesgosa teniendo en cuenta que el contenido que se divulga se relaciona con la venta de productos, mostrando la menstruación desde la esfera de la belleza; y ii) tampoco son medios

¹ MenstruAcción Colombia, cuenta: @MenstruC; MenstruAcción Querétaro, cuenta: @menstruaccionqr

² @bloomcupcolombia, @flowfem, @veracup, @evacopamenstrual

totalmente seguros, ya que en ocasiones se presencia la censura de dicho contenido bajo la insignia de que se deben proteger las normas comunitarias de cada red social; por ejemplo, la ocasión en la que Instagram eliminó la foto de una mujer que tenía una mancha menstrual en el pantalón de su pijama (Moreno, 2015).

Por otra parte, la menstruación también influye negativamente en el rendimiento de los deportistas profesionales, debido a que genera cambios en el cuerpo de las personas menstruantes. De acuerdo con Christine Wells (1992), aumenta la masa del cuerpo y el volumen de respiración por minuto en reposo, y se disminuye la temperatura corporal. Por lo tanto, quienes menstrúan se encuentran en una situación de desigualdad en un escenario deportivo frente a quienes no lo hacen.

Factores económicos

El factor económico se inmiscuye en las diversas esferas de la vida de las personas menstruantes de manera tal que el ejercicio de sus derechos se puede comprometer negativamente. En otras palabras, el ingreso económico no solo afecta la adquisición de productos como toallas higiénicas, tampones, copas menstruales, en su lugar permea toda aquella decisión que la persona tome al vivir su período menstrual.

En efecto, quienes no pueden manejar una menstruación con los productos sanitarios adecuados por una ausencia de recursos son personas propensas a enfermedades, vulnerando su derecho a la salud, y, en consecuencia, su dignidad humana. Aquella transgresión se acentúa en los lugares donde no hay acceso a agua potable, un servicio público fundamental durante la etapa menstrual, pues a su vez se les viola su derecho al agua y saneamiento.

Así mismo, la imposibilidad de acceder a productos menstruales afecta el derecho a la educación en cuanto las niñas y adolescentes no asisten al colegio por miedo a un ‘accidente’, pues enfrentarse a este tipo de escenarios les hace objeto de burlas por parte de sus compañeros. Al respecto, un estudio realizado por el UNICEF en Perú documentó la experiencia de las niñas en el contexto escolar, evidenciando en la narración colectiva de los niños que “al darse cuenta de que una chica tenía manchada la falda, se burlaron de ella gritándole: “¡Náuseas!”,

“¡Qué asco!”, “Mira esa chica está botando sangre”, “¡Anda lávate!”, “¡Fuera de aquí asquerosa!” (Ames & Yon, s. f.).

Factores ambientales

Como se ha mencionado, la menstruación es un proceso que se desarrolla desde la esfera privada y es necesaria su evaluación desde lo público, ya que también genera consecuencias que afectan el interés general, como es el derecho al medio ambiente sano. Ello en cuanto los productos menstruales, tales como toallas higiénicas y tampones, tienen un gran impacto ambiental, pues su proceso de descomposición tarda más de 500 años (CESA, s. f.). Dicho lapso no se compara con su tiempo de uso, toda vez que el manejo de una toalla o tampón no puede exceder de doce horas.

Ahora bien, existen alternativas más amigables con el medio ambiente como lo son las copas menstruales, las toallas higiénicas reutilizables o la ropa interior menstrual. Sin embargo, como ya se mencionó, el acceso a estos productos depende de la situación económica particular de cada persona, por lo que, al ser productos mucho más costosos a corto plazo, su precio se convierte en un obstáculo para acceder a ellos.

La menstruación y el manejo de ella es un asunto que inmiscuye a toda la sociedad y no solo a quienes menstrúan. Por esa razón, deben abordarse desde la esfera política soluciones para que cada vez más personas puedan llevar una vida menstrual digna, limpia, pero también sostenible ambientalmente. A nivel de Suramérica, Argentina es uno de los países pioneros en la materia, pues en el Senado se presentó un proyecto de ley que trata la “provisión gratuita de productos ecoamigables”.

Factores legislativos y políticos

Los intentos legislativos de regulación en torno a la menstruación son importantes para lograr el desarrollo de una vida digna para todas las personas. Sin embargo, en los escenarios parlamentarios, el debate es reciente. Por ejemplo, en el caso colombiano, se encuentra únicamente la Ley 2261 de 2022, que tiene como objetivo la entrega de productos de higiene menstrual a mujeres privadas de la libertad. No obstante,

se debe tener presente que la discusión de la higiene menstrual de las reclusas es un tema que se ha abordado desde el año 2005 por la Corte Constitucional. Por ende, se evidencia el atraso del órgano político principal en el país al momento de responder a problemáticas actuales.

Igualmente, los proyectos de ley que actualmente se están debatiendo en la Cámara de Representantes y en el Senado de la República son un reflejo de la novedad de este tema, pero, así mismo, de la relevancia que ha tomado en cuanto que hay cinco proyectos de ley (PL): PL 346 de 2021-Cámara, PL 422 de 2021-Senado, PL 332 de 2021-Cámara, PL 153 de 2021-Senado y PL 378 de 2023-Cámara.

A nivel regional, se evidencian intentos parecidos al de Colombia. En Chile, en este momento se debate el PL 369 de 2021, que promueve el reconocimiento de una menstruación libre y digna, y la provisión de productos menstruales a través del Servicio Nacional de Salud.

En este sentido, es indispensable que los gobiernos nacionales sean activos en este tipo de problemáticas con el fin de brindar soluciones que permitan a cada persona construir su propio proyecto de vida. En efecto, la creación de políticas públicas en la materia y el empleo del concepto ‘derechos menstruales’ son formas de reconocer el fenómeno.

De esta manera, se puede inferir que la vivencia de menstruar va más allá del proceso biológico. La menstruación confluye con preceptos sociales, ambientales y, claramente, políticos. Las dinámicas que surgen en torno a esta afectan directamente a las personas menstruantes y aquella incidencia no siempre es positiva. Como se pudo observar en el anterior recuento, las personas que menstrúan usualmente viven de diversas formas la vulneración a sus derechos fundamentales. Aquello por un actuar omisivo, debido a que la falta de acciones gubernamentales y sociales permite que prejuicios afecten la dignidad humana de las personas que menstrúan.

No obstante, el escenario puede cambiar; en Colombia, el 15 de septiembre de 2021, se radicó uno de los primeros proyectos de ley encaminados a “garantizar el acceso a productos de higiene menstrual a todas las niñas, mujeres y personas menstruantes, para el pleno ejercicio de sus derechos menstruales. También busca dar los lineamientos para la implementación de una política pública en este mismo sentido” (Goebertus, 2021), evidenciando que es un proceso que atraviesa

transversalmente a la sociedad colombiana y que debe ser abordado con la urgencia que precisa.

Construcción del concepto de derecho menstrual

Investigaciones sobre el tema: doctrina

El concepto de derecho menstrual es una construcción relativamente nueva cuyo uso inició en la doctrina. Es importante resaltar que propiamente no se habla de derechos menstruales, pues no es un término adoptado en el panorama internacional o nacional, en cambio, en un concepto que se propone en el presente escrito. No obstante, los temas abordados que se desarrollan alrededor de las dinámicas de la menstruación y la dignidad comprenden derechos cuya garantía es necesaria para preservar la dignidad de las personas menstruantes. A continuación, se ofrece una recopilación de las referencias más recientes en las que se vislumbran los retos y garantías comprometidas al menstruar en una sociedad que no protege los derechos vinculados a la menstruación:

Informe de la Federación Internacional de Ginecología Obstétrica: Salud menstrual y derechos de las mujeres (Kihara, 2019)

En esta ocasión se llamó la atención sobre que el proceso de la menstruación incluye más esferas en la vida de las personas que la sobrellevan, además de la biológica, es por ello que “la gestión de la salud menstrual incluye factores sistémicos y socioculturales que son esenciales para el desarrollo: desde la nutrición y el medio ambiente, hasta el género, la equidad y los derechos”. En la educación de derechos menstruales, se debe tener un enfoque de género³ para evitar el estigma alrededor del ciclo menstrual, impidiendo resultados como la

³ El inicio de la vida sexual temprano, enfermedades de transmisión sexual, VIH, embarazos a temprana edad, falta de anticonceptivos modernos, abortos inseguros, aberraciones psicosociales por relaciones disfuncionales, abuso de drogas y tasas de deserción escolar dentro de un ciclo de pobreza.

discapacidad severa e incluso la muerte por un diagnóstico ineficiente o un abordaje dañino de la menstruación.

Informe de Oxford Human Rights: Menstrual Hygiene: the Bloody Road to Substantive Equality (Winkler & Roaf, 2015)

La omisión por parte de los gobiernos respecto al manejo y educación que se da desde la institucionalidad al proceso de la menstruación genera obstáculos para que desde una perspectiva social se pueda abordar adecuadamente la higiene menstrual. Ello propicia el crecimiento de la inequidad, que se ve reflejada en, por ejemplo, la inasistencia escolar o laboral (ya sea por creencias culturales o razones prácticas, como acceso a las instalaciones adecuadas).

En este sentido, “para lograr la equidad, es importante entender y explorar las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, niños y niñas, el proceso de pubertad, menstruación y reproducción. Incluso, el impacto emocional, físico, social y cultural”. No obstante, para abordar la inequidad estructural, “[...] la higiene y salud menstrual deben ser tratadas como una política pública, para así lograr reformar impuestos e instituciones”.

Nota periodística de la organización Open Global Rights: “From taboo to empowerment: menstruation and gender equality” (Patkar et al., 2016)

La importancia de crear espacios seguros para la concientización de la salud menstrual permite vivir un ciclo digno en el colegio, el trabajo y en cualquier otro lugar. Ejemplos de iniciativas que propenden hacia lo mencionado son: “i) la campaña masiva en India sobre la salud y la higiene menstrual y ii) el Programa de Género, Higiene y Salud de UN Mujeres en África”. En estas ocasiones se resaltó el peligro de la desinformación, la influencia negativa de las creencias en la percepción que las mujeres tienen sobre su menstruación, así como la problemática ambiental que surge del silencio frente a las necesidades menstruales. Impulsar este tipo de iniciativas reduce la discriminación e inequidad alrededor de la menstruación, permitiendo “que las personas

menstruantes compartan sus experiencias, sus miedos, preocupaciones sobre manejar su menstruación y normalizarla socialmente” (Winkler & Roaf, 2015), lo que configuraría una obligación del Estado para con las personas que menstrúan.

Nota periodística de Human Rights Watch: “¿Es la menstruación una cuestión de derechos humanos? Absolutamente” (Klasing & Sharma, 2014)

La menstruación es un ciclo biológico normal e integral del ser humano, es por ello que el suministro de implementos para la higiene menstrual, el acceso a instalaciones de aseo íntimo y la erradicación del tabú sobre el sangrado debe ser implementado para que cada persona pueda vivir con dignidad y ejercer sus derechos con plenitud. El ignorar que la menstruación está ligada a otros derechos sería tomar por sentado que, por ejemplo, el acceso a baños públicos y el uso de productos de higiene menstrual no son imprescindibles para una vida digna; así mismo, se vulnerarían derechos como la educación, el trabajo y la salud.

La Corte Constitucional se apropia de la regla

Los pronunciamientos en materia judicial sobre la menstruación como parte de los derechos sexuales y reproductivos permite evidenciar el ‘olvido’ a la que está sujeta la mujer en la construcción de políticas públicas, de manera que las falencias de la legislación devienen en vulneraciones a los derechos de las mujeres porque no se están supliendo a cabalidad sus necesidades básicas, como sí sucede en una legislación hecha por hombres para un grupo general cuyas necesidades solo provienen de los mismos hombres, ignorando una perspectiva de género. Es importante pronunciarse sobre estos temas para reconocer a la menstruación como un asunto de salud pública que está íntimamente vinculado a la dignidad humana, toda vez que evidencian el error de resoluciones del Ministerio de Salud que catalogan las toallas higiénicas como servicios y tecnologías de la salud que no deben ser financiadas por recursos públicos (Resolución 5267/2017).

Derechos menstruales en el derecho comparado

A nivel internacional, a pesar de que existen diversos tratados y convenios que tienen por objetivo la promoción de la equidad de género, la no discriminación, la protección de los derechos humanos, entre otros, en el panorama actual aún no se avizora un debate relacionado con los derechos menstruales o todos aquellos derechos que intervienen simultáneamente cuando se menstrua. Incluso, es posible afirmar que, al momento de esta investigación, es limitada la información respecto a los factores que conllevan el vivir el ciclo de la menstruación con dignidad. Aun así, aquello no ha detenido a los órganos administradores de justicia en distintos países a pronunciarse sobre estos y a puntualizar las circunstancias de desigualdad que usualmente las personas menstruantes afrontan.

El primer caso de estudio a nivel internacional es *High Court of Jammu and Kashmir at Jammu versus Government of India and others*, el cual se sitúa en la India, el 8 de diciembre de 2020. En este pronunciamiento se puede analizar el informe entregado por el gobierno de la India frente a los derechos menstruales de las niñas y adolescentes en condición de pobreza (Jammu & Kashmir High Court, 2020). En esta ocasión la Corte solicitó de oficio conocer las actuaciones realizadas para mitigar la discriminación y la vulneración de los derechos a las mujeres, adolescentes y niñas que atraviesan su período menstrual en contextos en los que enfrentan prejuicios relacionados con este tema, sin instalaciones salubres idóneas y sin los implementos adecuados para vivir la menstruación con dignidad.

A modo de respuesta, el gobierno reconoció la situación de vulnerabilidad que se presenta al menstruar, señalando que “se trata de mujeres adolescentes que no están equipadas y tampoco son educadas por los padres sobre la menstruación y la higiene menstrual. La situación económica desfavorable y el analfabetismo conducen a la prevalencia de prácticas antihigiénicas e insalubres que tienen graves consecuencias para la salud; aumentan la obstinación y conducen al eventual abandono de los estudios” (Jammu & Kashmir High Court, 2020, traducción propia).

Igualmente, explicó los proyectos implementados y su incidencia social, enfatizó la importancia de, primero, crear conciencia sobre la salud menstrual y dismantelar los tabúes que la rodean; segundo, proporcionar instalaciones sanitarias adecuadas y productos sanitarios subsidiados o gratuitos a mujeres y jóvenes estudiantes, especialmente en áreas desfavorecidas; y, tercero, asegurar una forma eficiente e higiénica de eliminar los desechos menstruales (Jammu & Kashmir High Court, 2020).

Este tipo de acciones positivas por parte de los gobiernos permite disminuir la brecha de discriminación que afrontan las personas menstruantes en todas las esferas de su cotidianidad, ya que no se puede obviar la incidencia que el sobrellevar la menstruación significa para una persona, pues es la adaptación de su estilo de vida en función de cumplir con las necesidades que le aqueja su diario vivir. No solo se entiende la menstruación como aquel ciclo biológico, sino como un proceso que requiere de garantías a la educación/trabajo, el acceso a productos menstruales y lugares higiénicos, privacidad y protección, entre otros.

El segundo caso de estudio por exponer evidencia el impacto social del período menstrual a partir de una decisión tomada en Estados Unidos de América, en el año 2017, en el caso *Coleman versus Bobby Dodd Inst* (Karin, 2022). Aquel fallo planteó cómo la menstruación es un criterio de discriminación que afecta a las personas menstruantes, evidenciando el maltrato que se atraviesa en ámbitos laborales, pues el Instituto Bobby Dodd despidió a la demandante, Alicia Coleman, por haber dañado bienes que eran propiedad de la entidad tras haber manchado de sangre una silla y una alfombra de su lugar de trabajo.

Ante tal vulneración, en este caso se ordenó al instituto reconocer, anticipar y gestionar ambientes adecuados para las personas menstruantes, en los cuales no se promueva ningún tipo de discriminación, en especial por el sexo de una persona, sumado a que tampoco puede significar un retiro injustificado: “Se necesitan cambios estructurales en el lugar de trabajo para reconocer, anticipar y dar cabida a la menstruación, sin perjudicar la equidad o la seguridad económica de las actuales y antiguas menstruantes” (Karin, 2022, traducción propia).

La presente decisión se convirtió en un precedente jurisprudencial para futuros litigios en los que los mismos hechos jurídicamente relevantes devienen en una discriminación a razón de la menstruación, que resulta en un impacto negativo en la economía de las personas menstruantes y conserva la estructura social desigual alrededor del desarrollo personal de las personas que vivencian el ciclo menstrual.

Como se puede evidenciar, con los casos expuestos en jurisdicciones de otros países, la menstruación es un tema relevante cuando se evalúa el goce pleno de los derechos. El reconocimiento de las necesidades básicas para vivir un período digno y la detección de la menstruación como un factor de discriminación permite vislumbrar la carga desigual con las que deben vivir las personas que menstrúan, puesto que están más expuestas a escenarios de vulnerabilidad. Se destaca que los resultados de la búsqueda sobre pronunciamientos respecto al tema son limitados, dado que es un asunto del que relativamente hace poco se empezó a evidenciar su importancia. No obstante, otros fallos americanos relevantes son *Sharone Hubert versus Department of Correction*, *Harper versus Thiokol Chemical Corp.*, *Equal Employment Opportunity Commission versus The Goodyear Tire & Rubber Co.*, entre otros.

Protección de la Corte Constitucional a las personas menstruantes

Al analizar los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el tema de la menstruación como derecho y su relación con otros derechos, es posible concluir que su posición es reservada y limitada, si se compara con el desarrollo de derechos como la salud, la dignidad, la educación, entre otros. En este caso, una vez verificado el sistema de relatoría de la entidad, al buscar como palabras clave ‘menstruación’ y ‘derechos sexuales y reproductivos’, la Corte ha seleccionado un expediente de tutela (T-398/2019) y un expediente de inconstitucionalidad (C-102/2021). Se evidencia que, a pesar de que se encuentran solo dos resultados, la Corte sí ha abordado la menstruación en algunos de sus fallos como un tema accesorio, tal como se analiza a continuación. No obstante, igualmente se reconoce que es un intento por parte de este órgano de cierre de garantizar los derechos de las mujeres y personas menstruantes.

En este orden de ideas, resulta pertinente y necesario hacer un recorrido jurisprudencial de las posiciones que ha adoptado la Corte Constitucional, con el fin de identificar desde qué perspectiva se analiza la menstruación en el ambiente de la jurisprudencia constitucional colombiana.

El primer momento en el que la Corte mencionó la menstruación o período menstrual en una de sus sentencias fue en el año 2005, con la Sentencia T-622. En esta oportunidad se trataba de un expediente de tutela en el que se acumularon trece acciones constitucionales, que llegaron a la Corte para su eventual revisión y que fueron interpuestas por mujeres en la ciudad de Cali. El factor en común de todas las acciones fue la vulneración de múltiples derechos, como la dignidad humana, la salud, la vida y la discriminación a la mujer por el período menstrual. Lo anterior debido a que fueron requisadas vaginalmente para entrar al centro penitenciario de Villahermosa y, si se encontraban en su período de menstruación, les era negado el ingreso.

En esta ocasión, el fallo se fundamentó en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), artículo 7º, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), para reiterar la prohibición de hacer requisas vaginales sistemáticas que atenten contra la dignidad de las personas. De igual forma, se precisó que las visitantes de cárceles o centros penitenciarios que se encuentren en su período menstrual no deben ser juzgadas por una discriminación negativa, como lo es presumir que ingresarán por su vía vaginal implementos prohibidos o que puedan causar potenciales disturbios o acciones violentas, de lo contrario se estaría frente a una “disposición [...] violatoria de los derechos de las mujeres a la dignidad, intimidad personal e integridad personal”.

A modo de conclusión, se indicó que no se puede justificar este tipo de vulneraciones bajo el argumento de la seguridad de los centros carcelarios y penitenciarios; así mismo, se hizo hincapié en el deber de la entidad de armonizar ambas situaciones logrando que ninguno prime sobre el otro (respeto de los derechos de las mujeres versus seguridad centros carcelarios y penitenciarios). De esta manera, la Corte invitó al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) a modificar las instalaciones para que sean más idóneas y a dictar capacitaciones frente a una realización correcta de las requisas.

La segunda oportunidad en la que la Corte Constitucional sentó su posición frente a la menstruación y los derechos que se relacionan con ella fue el 10 de julio de 2018 con la Sentencia T-267. Esta acción de tutela se interpuso debido a la vulneración de derechos que estaban sufriendo las mujeres en reclusión tanto en centros penitenciarios como carcelarios en Buga, pues las instalaciones en la que residían no tenían un acceso adecuado a agua potable, instalaciones sanitarias y productos para el período menstrual.

De igual manera, se evidenciaba un hacinamiento que imposibilitaba el goce y desenvolvimiento digno de la vida de las mujeres reclusas. Cabe mencionar que los actores precursores de esta compilación de tutelas son procuradores delegados que llevaron a cabo visitas para constatar los hechos mencionados y lograr la garantía de los derechos de esta población carcelaria/penitenciaria.

Una vez la Corte estudió el caso, en sus consideraciones resaltó y repitió la existencia del estado de cosas inconstitucionales⁴ en materia de la población carcelaria y penitenciaria, y determinó que este es el resultado de la omisión prolongada de las autoridades en el cumplimiento de sus funciones y que, con el objetivo de aminorar sus efectos, era necesario la expedición de normativa para evitar la vulneración de derechos. De forma que los fallos que estén relacionados con esa situación deben ser armonizados con las estrategias que se han construido para extinguir esta vulneración masiva y prolongada de derechos.

La Corte indicó que no se pueden priorizar otros derechos frente a los que se les han vulnerado a las reclusas, sino que debe haber una cohesión para la garantía y cumplimiento de todos los derechos fundamentales, teniendo presente la urgencia de cambiar aquellas situaciones que prolongan el riesgo de estas personas. En consecuencia, se ampararon los derechos reclamados en la tutela y se ordenó a entidades como el Inpec cumplir sus funciones según la reglamentación penitenciaria

⁴ El estado de cosas institucional es una decisión judicial por medio de la cual la Corte Constitucional declara que se ha configurado una violación masiva, generalizada y estructural de los derechos fundamentales. Es de tal magnitud que configura una realidad contraria a los principios fundantes de la Constitución Nacional y, por lo tanto, ordena al conjunto de las instituciones involucradas poner fin a tal estado de anomalía constitucional, por medio de acciones íntegras, oportunas y eficaces (Sentencia T-025/2004).

y carcelaria, en la cual los principios y derechos constitucionales no pueden ser violentados.

Este tipo de fallos son importantes, ya que dan cuenta de la omisión de las entidades, la cual, a su vez, genera una vulneración de los derechos menstruales, configurándose como una acción contra los derechos constitucionales. En su lugar, este tipo de derechos debe ser prioritario y las acciones de las entidades deben tener un enfoque de género para lograr satisfacer las necesidades de las mujeres reclusas.

En tercer lugar, mediante la Sentencia C-117 de 2018, el órgano constitucional se pronunció respecto del impuesto de valor agregado (IVA) que recae sobre las toallas higiénicas, tampones y protectores diarios. En ese momento, se demandó la inconstitucionalidad del artículo 185 de la Ley 1819 de 2016 –la cual adoptó una reforma tributaria estructural– por vulnerar los principios de igualdad, equidad y progresividad tributaria, al gravar con el IVA del 5% bienes utilizados exclusivamente por las mujeres. De modo que se desconocía no solo su capacidad económica, sino también el hecho de ser un impuesto que solo es asumido por quienes menstrúan. Ello configuraba una política regresiva en materia fiscal y discriminatoria para las mujeres.

De esta manera, el alto tribunal declaró la inconstitucionalidad de la medida adoptada por la Ley 1819 de 2016. Esto teniendo en cuenta que el IVA es un impuesto indirecto y neutral, sin embargo, al gravar productos de higiene menstrual femenina, las características de dicho impuesto no eran aplicadas correctamente porque se afectaba sin ningún tipo de justificación a un grupo específico como las mujeres, es decir, dejaba de ser indiferente frente a la población en cuanto: i) las toallas higiénicas y los tampones no son bienes sustituibles; y ii) en Colombia no existen medidas estatales que permitan a las mujeres compensar las barreras tributarias a las que se enfrentan, en especial cuando están en una situación de desventaja económica.

Por lo tanto, hay una violación expresa al principio de equidad tributaria e igualdad material porque los productos menstruales son necesarios para el pleno ejercicio del derecho a la dignidad de las mujeres y la imposición de un impuesto se interpone como un obstáculo para su adquisición, en particular para quienes cuentan con escasos recursos. Es importante recalcar que los productos menstruales accesibles

permiten el ejercicio del derecho a la dignidad por medio de un ciclo menstruante con los productos higiénicos necesarios.

Cabe resaltar que la visión de la Corte Constitucional en relación con los productos menstruales se ha venido unificando progresivamente. Es por esta razón que recientemente la Sentencia C-102 de 2021 aclaró que los productos menstruales similares a las toallas higiénicas y tampones, tales como copas menstruales, tela menstrual, almohadilla reutilizable, almohadilla sanitaria desechable, ropa interior absorbente, compresas reutilizables, disco, esponjas marinas y toallas artesanales, entre otras tecnologías que resultan útiles para absorber el flujo menstrual, también se encuentran bajo la exención del impuesto del IVA, pues cumplen un mismo propósito al atender las necesidades básicas y primarias de las mujeres. Ello a pesar de que el artículo 188 de la Ley 1819 de 2016 los gravaba con el 19%.

En definitiva, las restricciones tributarias que establecen un trato diferencial para sus destinatarios deben obedecer a criterios válidos para dicha diferenciación. No obstante, como ya se ha mencionado, mantenerse el gravamen directo sobre productos menstruales, incluso en este caso con una tarifa más alta, se convierte en una medida que atenta contra las garantías fundamentales de las personas menstruantes.

Por último, en el año 2019, por medio de la Sentencia T-398, la Corte Constitucional evaluó la cotidianeidad de las mujeres en situación de habitanza de calle. Aquí se discutió sobre la higiene y bienestar de las agenciadas al tener su período menstrual bajo las circunstancias que conlleva el habitar en la calle. En sus consideraciones, la Corte señaló la necesidad de analizar desde la dignidad el suministro de toallas higiénicas por parte del Estado y cómo la falta de estas puede vulnerar este derecho. Igualmente, recuerda las dos dimensiones de la dignidad: la dimensión normativa y la dimensión funcional. La primera hace referencia al conjunto de derechos que conforman la dignidad humana, mientras que la segunda a la dignidad como un principio fundante, constitucional y derecho fundamental autónomo.

La dignidad de las mujeres en habitanza de calle, según la Corte, depende de las condiciones en las que se desarrolla su menstruación y el conjunto de actividades que esta conlleva. En esta sentencia, la Corte precisa que el Estado tiene el deber de brindar instalaciones adecuadas,

tales como baños públicos, hogares de paso, para que las mujeres puedan llevar a cabo las actividades (entre ellas higiene) relacionadas con su proyecto de vida. Además de reconocer que las personas en habitanza de calle precisan de servicios públicos; bajo la perspectiva de la menstruación, se nombra la necesidad de gozar de servicios como el agua potable, la higiene y la educación, siendo relevante este último factor debido a la estigmatización alrededor del período menstrual, así como la mala gestión de esta puede limitar su participación en distintos ámbitos de la sociedad y perjudicar su proyecto de vida.

Es interesante cómo el alto tribunal inserta en el debate el manejo de la higiene menstrual como parte del escenario de la salud sexual y reproductiva, en cuanto aquellas actividades necesarias para llevar un ciclo menstrual con dignidad integran los derechos sexuales y reproductivos. Entre los argumentos de conclusión, se resaltó la vulneración a la dignidad de las mujeres habitantes de calle, determinando que no existe una política integral de manejo de la higiene menstrual y que no se evidenciaba una colaboración adecuada entre la Secretaría Distrital de Salud y la Secretaría Distrital de Integración Social. Se ordenó amparar los derechos de las accionantes y el diseño de una política pública territorial de manejo de higiene menstrual para todas las habitantes de calle del país.

Para concluir, es evidente que la Corte Constitucional aborda el concepto de menstruación desde una visión biológica, por lo que se trata de un proceso meramente natural que viven las personas menstruantes y que cumple con una función reproductiva. Por ende, reconoce que la vivencia de menstruar varía de acuerdo con las circunstancias particulares de cada persona, por lo que durante el ciclo menstrual es posible que se constituyan obstáculos para el ejercicio de derechos fundamentales.

Definición propia de los derechos menstruales

Como se mencionó, no existe una definición explícita de lo que se entiende como derechos menstruales, ya que este es un concepto que se ha mencionado en distintas ocasiones pero que no ha sido desarrollado en profundidad. En efecto, se ha abarcado desde el ejercicio de otros derechos como los sexuales y reproductivos, así como los

derechos humanos; incluso, se ha comprendido desde la perspectiva de la higiene y la salud. Es por esta razón que, para efectos de la presente investigación, se propone una definición de construcción propia de lo que entendemos como derechos menstruales.

Así las cosas, los derechos menstruales comprenden todas aquellas garantías intrínsecas de los seres humanos, en especial de las personas menstruantes, para que manejen un ciclo menstrual en condiciones dignas. Ello implica el acceso a:

- Productos adecuados para la menstruación, a costos asequibles según las condiciones económicas de cada persona.
- Información de acceso público sobre lo qué es la menstruación y su importancia en la vida de las personas, entendiendo las particularidades de la población, pues es importante tener presente que la información no puede ser divulgada únicamente por internet, sino a través de la institucionalidad (desde las entidades públicas, los colegios y universidades, propagandas de televisión, entre otros), debido a que existe una responsabilidad estatal en cuanto se trata de una esfera fundamental para el desarrollo personal de quienes menstrúan.
- Espacios de uso público que sean seguros, privados e higiénicos, como, por ejemplo, los baños públicos.

Igualmente, los derechos menstruales se encuentran conexos a la dignidad, por ende, es indispensable que dentro de la esfera de su protección el Estado emprenda todas las acciones necesarias para que las personas menstruantes efectivamente logren vivir este proceso de una manera adecuada. De ahí se desprende la garantía de otros derechos como el acceso permanente al agua.

Análisis de los derechos menstruales como un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico colombiano

Antes de iniciar con el estudio de constitucionalidad, es preciso aclarar que el término ‘derechos menstruales’ ha sido construido con

base en las fuentes mencionadas y en el abordaje dado por múltiples ONG y organizaciones internacionales y nacionales. De esta forma, se entiende por derechos menstruales los derechos que confluyen y debe gozar una persona cuando está sobrellevando su período menstrual. Estos derechos son: derecho a la salud, educación, trabajo, acceso a productos e instalaciones higiénicas, que sean idóneas y privadas.

Dentro de una lógica constitucional, para responder a la pregunta ¿los derechos menstruales pueden ser catalogados como derechos fundamentales?, es necesario recurrir a la Constitución Política colombiana e identificar aquellas garantías que gozan de una protección constitucional. No obstante, tal como lo expuso el doctrinante Robert Alexy en su libro *Teoría de los derechos fundamentales*, este método supone dos inconvenientes: el primero cuestiona si todo enunciado que se encuentre en la *norma fundamental* o Constitución Política debe ser entendido como derecho; mientras que el segundo se inmiscuye en la posibilidad de que existan derechos que no estén contemplados en el contenido de la Carta Magna (Alexy, 1993). El escenario en el que se desarrolla la clasificación y análisis de los derechos menstruales es el segundo supuesto, toda vez que se pretende evidenciar que los derechos menstruales son un derecho fundamental que precisa de protección por parte del Estado.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que “la existencia de un derecho fundamental no depende tanto de un reconocimiento expreso por parte de los creadores de la norma constitucional como de una interpretación sistemática y teleológica a partir de la cual se mire el ordenamiento en su conjunto, o la norma de acuerdo con su consagración implícita” (Sentencia T-406/1992). En efecto, debido a que en Colombia los derechos fundamentales no son taxativos, el operador judicial cuenta con la facultad y, a su vez, con el deber de categorizar, a partir de hechos y normas, bajo qué circunstancias se habla de garantías fundamentales.

A este tipo de derechos se les denomina como innominados, pues son “aquellos que no están positivizados, sin embargo, han sido reconocidos como fundamentales, en particular por las jurisdicciones constitucionales o convencionales a través de la interpretación sistemática de principios, valores y derechos reconocidos en las constituciones” (Vallejo, 2021).

Aquel ejercicio no contraría el texto o el propósito de la Constitución, ni los valores contenidos en ella, toda vez que se trata de un ejercicio de análisis jurídico en sentido abstracto y concreto para mantener la integridad de la Constitución. Para ello, se deben tener presente las *normas adscritas de derecho fundamental* (Alexy, 1993), las cuales son normas que “se encuentran en una conexión que es algo más que casual con el texto de la Constitución. Son necesarias cuando la norma expresada a través del texto de la Constitución debe ser aplicada a casos concretos” (Alexy, 1993).

Es necesaria esta precisión conceptual, pues el objetivo de unas normas es reconocer y el de las otras instruir el cómo se protegen los derechos, así como lo que se tiene por prohibido o lo que se permite hacer (Alexy, 1993). Estas normas indican lo que está ordenando la Constitución para hacer efectiva su aplicación. Así mismo, cabe resaltar que las disposiciones normativas que tienen por objetivo indicar el proceder ante un derecho fundamental no siempre están estatuidas directamente en el texto constitucional, por ello su denominación de adscritas. Lo anterior supone que en muchas ocasiones se precisará la argumentación iusfundamental suficiente para evidenciar aquella conexión (Alexy, 1993). Ejercicio de análisis que usualmente en Colombia es desarrollado por la Corte Constitucional.

A nivel jurisprudencial, la Corte Constitucional ha realizado este ejercicio con diversos derechos, tales como la salud, la educación, el trabajo y la seguridad social. Por ende, ha establecido una regla con el objetivo de identificar ante qué escenario es posible hablar de derechos fundamentales y sus normas adscritas. En este sentido, según la jurisprudencia constitucional, se trata de garantías fundamentales cuando hay una relación de conexidad con el derecho a la vida, derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana (Sentencia T-760/2008). De igual forma, se debe contemplar en el panorama el factor histórico de los derechos fundamentales, toda vez que existen

dos implicaciones que se derivan de este postulado: a) no todos los derechos fundamentales lo han sido en todos los tiempos y algunos de ellos bien han podido tener este carácter en forma transitoria y luego perderla, todo ello de acuerdo con la evolución de la sociedad civil,

y b) la entidad de fundamental de un derecho se encuentra ligada al estado de la representación colectiva sobre el tema. Vale decir, la visión que la sociedad tiene de dichos derechos (Sentencia T-406/1992).

En este sentido, se debe establecer que un derecho fundamental y las normas que ordenan su cumplimiento existen según las necesidades de los integrantes de la sociedad. Así mismo, la categoría de derecho fundamental se adquiere cuando el ejercicio de este contempla la vida, integridad personal y dignidad de la persona.

Los jueces constitucionales son los sujetos encargados de proteger las disposiciones constitucionales, así como los derechos inherentes de las personas. En virtud del cambio de paradigma otorgado por la Constitución de 1991, se posiciona al ser humano como centro de todos los esfuerzos de la institucionalidad, aquello involucra que la dignidad humana funja de inspiración para el actuar del Estado (Sentencia T-406/1992). Se incluye dentro de aquellas acciones afirmativas la búsqueda de equidad por el valor intrínseco que cada persona posee. “La integridad humana constituye razón de ser, principio y fin de Estado” (Sentencia T-406/1992).

El ostentar de una vida íntegra presupone el desarrollo personal y social, lo cual también deriva en poseer integridad física, psíquica y espiritual, es decir, las condiciones mínimas materiales para la existencia digna (Beloff & Clérico, 2016).

Según el artículo 5° de la Constitución Política de Colombia, el Estado y sus instituciones reconocen la prevalencia de los derechos inalienables de la persona. A su vez, la institucionalidad está construida para proteger la vida, honra, bienes, derechos y libertades (Constitución Política, 1991). Teniendo presente lo anterior, hay derechos que son inherentes al ser humano, pues se poseen desde el momento en que inicia su existencia, lo que presupone que la garantía de estos no está sujeta a la taxatividad.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dispuesto que la fundamentalidad de un derecho debe abarcar las condiciones particulares del caso y no solo su naturaleza, por ello la vida, la dignidad, la intimidad y la libertad se catalogan como derechos fundamentales. En el caso de los derechos menstruales, aunque la incidencia caso a caso

respecto a la dignidad es estrecha, la conexión con los derechos fundamentales es el resultado de la aplicación expresa del texto constitucional. Ello permite entender que los derechos menstruales son inherentes a las personas que menstrúan y son protegidos por su conexidad con la dignidad, eje central de la actuación del Estado por su inalienabilidad con el ser humano.

La menstruación no es una condición biológica que se pueda elegir sobrellevar, es inherente a las personas en el momento en el que nacen y se desarrollan. Por ello, el Estado social de derecho requiere de la planeación y construcción de las condiciones obligatorias para garantizar una vida digna de las personas menstruantes teniendo presente sus posibilidades económicas (Sentencia T-406/1992). La conexidad mencionada con la dignidad humana es intangible, es decir, el no poder transgredirla está justificado en que el derecho no requiere reconocimiento del Estado, por lo que se imposibilita la limitación por este.

En relación con la menstruación, se propone un cambio de perspectiva en la lógica que ha sido adoptada por el tribunal constitucional, pues su visión en un principio se enfocó en la higiene menstrual, y posteriormente consolidó su línea jurisprudencial a través de la perspectiva de los derechos sexuales y reproductivos (Sentencia T-398/2019). Sin embargo, el razonamiento utilizado en dicha oportunidad sigue siendo limitado, ya que continúa concentrándose: i) en la higiene, resaltando que las mujeres pueden manejar su propio ciclo menstrual; y ii) en el análisis de la segregación de la mujer frente al proceso biológico de la menstruación, como un factor histórico digno de la protección del artículo 13 de la Constitución Política de Colombia.

Por ende, de acuerdo con los criterios fijados por el alto tribunal, es posible elevar a la categoría de fundamental la menstruación, para así iniciar a discutir desde el concepto de derechos menstruales y no simplemente a partir de un proceso natural al que las personas menstruantes se enfrentan. En efecto, los derechos menstruales son fundamentales en cuanto cumplen con uno de los requisitos más importantes dentro del Estado social de derecho, es decir, tener una estrecha relación con la dignidad humana, la vida y la integridad personal.

Como ejemplo están las sentencias analizadas en el título 2 del capítulo III, en cuanto estos fallos evidencian la necesidad de que el

Estado despliegue una serie de acciones afirmativas para que un grupo determinado —todas las personas menstruantes— pueda vivir en condiciones dignas su período de menstruación.⁵ Ello teniendo en cuenta una perspectiva interseccional, social y económica, ya que no todas las personas se encuentran en el mismo escenario de igualdad de oportunidades —igualdad material y no meramente formal— cuando se trata del ejercicio de este derecho. Al contrario, el factor económico afecta el goce a una vida digna cuando no se puede acceder a productos menstruales, a información, entre otros.

Por lo anterior, en el marco judicial constitucional, es posible que la Corte Constitucional, eventualmente, garantice y otorgue protección a este derecho a través de la acción de tutela, dando prevalencia a la dignidad de las personas, pues se trata de una dignidad bidimensional debido a que ostenta una dimensión normativa, en la que se refiere el conjunto de derechos que comprende la dignidad (vivir sin humillaciones, gozar de condiciones materiales de existencia y autodeterminación), y una dimensión funcional, siendo la dignidad un principio rector, un ‘deber ser’ (principio fundante, constitucional y derecho fundamental autónomo). Las personas menstruantes tienen frente al Estado el derecho a que se les permita vivir una menstruación digna, según su proyecto de vida.

De igual forma, cabe puntualizar que los derechos menstruales no son derechos que carecen de contenido o son ambiguos, al ser derechos que suponen acciones positivas. Conforme con lo dispuesto por Alexy (2013), un derecho fundamental necesita cumplir una estructura de la cual se pueda rezar quién es el titular de derecho, el destinatario de este y el objeto del derecho (2013). En su libro se determina que el derecho a algo debe ser siempre una acción que le corresponde realizar al destinatario (Alexy, 2013).

Aquella modalidad es indispensable, ya que “si el objeto no fuera ninguna acción del destinatario no tendría sentido incluir al destinatario en la relación” (Alexy, 2013). Si aquel análisis se hiciera a la luz de

⁵ Cabe resaltar que en este texto se adopta una noción kantiana de dignidad humana, por lo que es un valor intrínseco del ser humano, derivado de la voluntad y la razón, que hace a la persona un fin en sí misma.

los derechos menstruales, se concluiría que las personas menstruantes tienen, frente al Estado, el derecho a vivir una menstruación digna, lo cual se compone de: i) disponer de agua limpia y suficiente; ii) productos sanitarios según el proyecto de vida; iii) educación respecto al ciclo menstrual y lo que conlleva vivirlo no solo para las personas que menstrúan, sino para todos y todas, con objetivo de eliminar los tabúes y el estigma; iv) instalaciones en las que se goce de privacidad y contenedores para disponer de los productos utilizados.

En consonancia con lo mencionado, en la Sentencia T-398 de 2019 la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la obligación que en efecto tiene el Estado colombiano respecto a los derechos que implican el menstruar, de manera que los incluye dentro de la categoría de derechos sexuales y reproductivos. Al respecto determinó que “toda persona tiene derecho a decidir libremente sobre su sexualidad y su reproducción” (Sentencia T-398/2019), e identificó los tres grupos cuya protección se debe garantizar (situación de discapacidad, género y condiciones socioeconómicas).

Según la Corte, esta protección significa la toma de medidas afirmativas, con una compensación por la desigualdad infringida. De esta forma, la Corte estableció:

El derecho a acceder a servicios de salud sexual comprende las siguientes garantías : a) información y educación oportuna, veraz, completa y libre de prejuicios sobre todos los aspectos de la sexualidad; b) el acceso a servicios de salud sexual que permitan atender y prevenir las infecciones, dolencias y enfermedades que afecten el servicio de la sexualidad; y c) educación e información sobre toda gama de métodos anticonceptivos y acceso a los mismos en condiciones de calidad y la posibilidad de elegir aquél de su preferencia (Sentencia T-398/2019).

La Corte, a pesar de reconocer la esencia y necesidad de los derechos menstruales, les da un manejo netamente de higiene menstrual, desde una óptica de salud sexual y reproductiva, lo cual limita el accionar respecto a la protección de estos derechos, pues implica que solo es “el derecho de toda mujer a usar adecuadamente el material para absorber o recoger la sangre menstrual” (Sentencia T-398/2019), aislando las

demás circunstancias a las que las personas menstruantes se enfrentan y que tienen comprometidos sus derechos al sobrellevar la menstruación. La intervención de la Corte ilustra el camino que pueden tomar los órganos estatales para garantizar los derechos menstruales, no obstante, se cohibe de abordar en su totalidad la multiplicidad de derechos que se ven implicados en el período de menstruación.

Conclusiones

Los derechos menstruales se categorizan como fundamentales debido a su conexión intrínseca al ejercicio de la dignidad humana, vida e integridad personal de quienes menstrúan, ya que se trata de un proceso natural. La esfera de este derecho abarca el acceso a productos menstruales, la educación menstrual, la posibilidad de llevar una higiene menstrual limpia y libre de estigmatización, entre otros.

De acuerdo con lo expuesto, tanto por la Corte Constitucional como por las ONG citadas en los apartados anteriores, se entienden como derechos menstruales el conjunto de derechos vinculados inescindiblemente a la dignidad de toda persona menstruante, toda vez que la menstruación determina el estilo de vida a cierto grado.

Este conjunto de derechos está compuesto por: 1) *Derecho a la privacidad*, ya que se precisa de espacios idóneos en los cuales cada persona pueda abordar su menstruación sin perjuicio de su dignidad e individualismo. Ello implica que el Estado garantice baños públicos limpios, que respondan a las necesidades de las personas menstruantes según el producto menstrual que utilizan durante su ciclo, por ejemplo, tener presente que no todos hacen uso de toallas higiénicas, sino que emplean copas menstruales que deben limpiar con agua después de 8 horas máximo, suponiendo que si se ingresa a un baño público, la persona deba retirar la copa menstrual, salir del baño y limpiarla en un lavamanos, y luego ingresar nuevamente al cubículo del baño. Lo anterior sin mencionar los estigmas sociales que aún existen frente a la sangre menstrual, pues claramente antes de limpiar la copa esta estará manchada.

2) *Derecho a la higiene*, este derecho está compuesto por tres acciones que conforman el ideal para tener un período menstrual saludable: (a) ostentar los productos higiénicos necesarios, si así se decide,⁶ dado que existen movimientos como el de ‘sangrado libre’; (b) acceder, cuando se precise, al servicio de agua; y (c) tener a su alcance un lugar designado para desechar los productos higiénicos utilizados, evitando la contaminación.

3) *Derecho a la educación de los derechos menstruales*, en los que se aborda la menstruación no solo desde una perspectiva biológica, sino cultural y médica, con el objetivo de exponer lo vinculado con la menstruación y evitar prejuicios alrededor de esta.

Es importante a su vez mencionar que la discriminación a la que están sujetas las personas que menstrúan es generada debido al hecho de sobrellevar la menstruación; aquella vulneración no se limita a un aspecto de género, ya que las personas menstruantes incluyen personas no binarias, hombres trans y mujeres/niñas.

Al ser el ciclo de la menstruación un proceso que compromete múltiples derechos que inciden directamente en la cotidianidad de las personas que lo vivencian, se puede afirmar que, según las reglas jurisprudenciales de la Corte Constitucional colombiana, su conexión inescindible con la dignidad humana, la vida digna y la integridad personal les permite cumplir con los requisitos de conexidad necesarios para ser tutelados al ser fundamentales para la existencia de la persona menstruante. De esta forma, se afirma que los derechos menstruales son derechos fundamentales, clasificados como derechos sexuales y reproductivos, que precisan de una tutela y su garantía, evitando la permisividad de actitudes discriminatorias y violentas contra el ciclo menstrual.

⁶ Se resalta que el uso de productos menstruales durante el ciclo menstrual es una decisión propia de cada persona. Ello teniendo en cuenta que existen mujeres que prefieren no utilizar ningún producto porque les incomoda, por temas de salud u otras circunstancias. Sin embargo, este tipo de decisiones debe ser tomado desde una posición de privilegio y de información, ya que no se puede forzar. Por ejemplo, en el caso de las mujeres habitantes de calle, ellas no utilizaban productos menstruales porque no lo desearan, sino porque no tenían acceso a estos.

Referencias

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. [https://www.academia.edu/41432948/TEORIA _ DE _ LOS _ DE-RECHOS _ FUNDAMENTALES _ ROBERT _ ALEXY](https://www.academia.edu/41432948/TEORIA_DE_LOS_DE_RECHOS_FUNDAMENTALES_ROBERT_ALEXY)
- Alexy, R. (2013). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Universidad Externado de Colombia.
- Ames, P., & Yon, C. (s. f.) *Retos e impactos del manejo de higiene menstrual para las niñas y adolescentes en el contexto escolar*. UNICEF. <https://www.unicef.org/peru/media/7406/file/Retos%20e%20impactos%20del%20manejo%20de%20higiene%20menstrual%20para%20ni%C3%B1as%20y%20adolescentes%20en%20el%20contexto%20escolar.pdf>
- Belof, M., & Clérico, L. (2016). Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Estudios Constitucionales*, 14(1). https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002016000100005
- Constitución Política de Colombia. (1991). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4125>
- Cuánto se demora en degradarse una toalla higiénica*. (s. f.). CESA. <https://www.cesa.edu.co/tag/cuanto-se-demora-en-degradarse-una-toalla-higienica/>
- Fondo de Población de las Naciones Unidas (FPNU). (2022). *La menstruación y derechos humanos: preguntas frecuentes*. Fondo de Población de las Naciones Unidas. <https://www.unfpa.org/es/menstruaci%C3%B3n-preguntas-frecuentes>
- Goebertus, J. (2021, 15 de septiembre). *Derechos menstruales*. Juanita Goebertus. <https://www.juanitaenelcongreso.com/post/derechos-menstruales>
- High Court of Jammu and Kashmir at Jammu. *Court on its own motion versus Government of India and others on*, N° 102, 8 de diciembre de 2020. <https://indiankanoon.org/doc/128522628/>
- Higiene menstrual en las niñas de las escuelas del área rural en el Pacífico colombiano*. (s. f.). UNICEF. <https://www.unicef.org/colombia/media/3911/file/Resumen%20ejecutivo%20de%20la%20investigaci%C3%B3n%20de%20higiene%20menstrual.pdf>
- Karin, M. (2022). Addressing periods at work. *Harvard Law & Policy Review*, 16(449). <https://papers.ssrn.com/abstract=3436090>
- Kihara, A. (2019, 18 de noviembre). *Salud menstrual y derechos de las mujeres*. FIGO. <https://www.figo.org/es/news/salud-menstrual-y-derechos-de-las-mujeres>

- Klasing, A., & Sharma K. (2014, 27 de mayo). *¿Es la menstruación una cuestión de derechos humanos? Absolutamente*. Human Rights Watch. <https://www.hrw.org/es/news/2014/05/27/es-la-menstruacion-una-cuestion-de-derechos-humanos-absolutamente>
- Ley 1819 de 2016 (29 de diciembre), por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=79140>
- Ley 2261 de 2022 (19 de julio), por medio de la cual se garantiza la entrega gratuita, oportuna y suficiente de artículos de higiene y salud menstrual a las mujeres y personas menstruantes privadas de la libertad y se dictan otras disposiciones. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2261_2022.html
- Moreno, J. (2015, 27 de marzo). Por qué Instagram retiró esta imagen de una chica con la menstruación. *BBC News Mundo*. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/03/150327_menstruacion_rupi_kaur_instagram_jm
- Patkar, A., Aidara, R., & Winkler, T. (2016, 27 de mayo). From taboo to empowerment: menstruation and gender equality. *Open Democracy*. <https://www.opendemocracy.net/en/openglobalrights-openpage/from-taboo-to-empowerment-menstruation/>
- Pérez, G., Arango, M. D., & Sepúlveda, L. Y. (2011). Las organizaciones no gubernamentales —ONG—: hacia la construcción de su significado. *Ensayos de Economía*, (38). <https://revistas.unal.edu.co/index.php/ede/article/view/27942/28203>
- Resolución 5267 de 2017. https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resolucion%20No.%205267%20de%202017.pdf
- Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, Expediente T-778. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>
- Sentencia T-025 del 22 de enero de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>
- Sentencia T-622 del 16 de junio de 2005, N° T-1'048.848, T-1'048.867, T-1'048.986, T-1'059.362, T-1'059.363, T-1'059.364, T-1'061.400, T-1'062.624, T-1'062.983, T-1'064.237, T-1'064.328, T-1'064.330. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-622-05.htm>
- Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, Expediente T-1315769. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-760-08.htm>
- Sentencia T-267 del 10 de julio de 2018, M. P. Carlos Bernal Pulido. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-267-18.htm>

- Sentencia C-117 del 14 de noviembre de 2018, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-117-18.htm>
- Sentencia T-398 de 2019, M. P. Alberto Rojas Arias. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-398-19.htm>
- Sentencia C-102 del 21 de abril de 2021, M. P. José Fernando Reyes Cuartas. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-102-21.htm>
- UNICEF. (s. f.). *Guide to menstrual hygiene materials*. <https://www.unicef.org/documents/guide-menstrual-hygiene-materials>
- Vallejo Cubides, L. D. (2021). *Derechos innominados en Colombia: avance jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana respecto a reconocimiento de derechos innominados desde 2010 hasta 2020*. <https://doi.org/10/19535>
- Wells, C. (1992). *Mujeres, deporte y rendimiento*. Paidotribo.
- Winkler, I., & Roaf, V. (2015). *Menstrual hygiene: the bloody road to substantive equality*. OHRH. <https://ohrh.law.ox.ac.uk/menstrual-hygiene-the-bloody-road-to-substantive-equality/>

