

Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del catálogo en línea, página web y Repositorio Institucional del CRAI-USTA, así como en las redes sociales y demás sitios web de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor, nunca para usos comerciales.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-USTA

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

**Análisis de la Aplicación de la Perspectiva de Género en Decisiones Emitidas por el
Consejo de Estado en Asuntos de Reparación Directa**

María Alejandra González González

**Trabajo de grado presentado para optar al título de Magister en Derecho con énfasis en
Derecho Administrativo**

Asesora

Ana Patricia Pabón Mantilla

Doctora en Derecho

Universidad Santo Tomas, Bucaramanga

División de Ciencias Jurídicas y Políticas

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho con Énfasis en Derecho Administrativo

2021

Dedicatoria

A mi papá y a mi mamá quienes con su amor, trabajo, sacrificio y esfuerzo me han acompañado durante este proceso, sin dudar en ningún instante de ver realizados mis sueños, que también son sus sueños.

A mi hermana por su ejemplo de perseverancia y constancia que la caracteriza y me ha infundido desde siempre, y a mi hermano por el valor mostrado para salir adelante y por su empatía.

Agradecimientos

A mi directora de Tesis, la Doctora Ana Patricia Pabón Mantilla por su gran apoyo, conocimientos y orientación en el desarrollo del presente trabajo, siempre supo guiarme de la mejor manera para lograr culminar este proceso de investigación. Su buena energía y disposición hizo este camino más fácil.

Contenido

	Pag
Introducción	9
1. La Incorporación de la Perspectiva de Género Desde la Crítica Feminista al Derecho	13
1.1 La Perspectiva de Género y su Aplicación en el Derecho	14
1.2 La Importancia de la Perspectiva de Género en las Decisiones Judiciales	18
1.3 De la Igualdad al Enfoque Diferencial. La Justificación de la Incorporación de la Perspectiva como Ruptura al Presupuesto de la Igualdad Formal Ante la Ley	28
2. La Incorporación de La Perspectiva de Género al Interior de la Administración de Justicia....	33
2.1 Pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana en la Toma de Decisiones con Perspectiva de Género.	34
2.2 La Comisión de Género de la Rama Judicial.....	56
2.3 Lineamientos de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial Para Resolver Casos con Perspectiva de Género	60
3. Evaluación de las Decisiones del Consejo de Estado en los Asuntos de Reparación Directa Durante el Periodo del 1 de Enero de 2020 al 31 de Diciembre 2020 en los que se Resuelvan Casos en los que Debían Incluirse Criterios Diferenciales de Género Para Orientar Decisiones Judiciales.....	73
3.1 Metodología para la Identificación de las Sentencias de Reparación Directa, Periodo del 1 de Enero de 2020 al 31 de Diciembre 2020, del Consejo de Estado en las que Debía Tenerse en Cuenta la Perspectiva de Género	75

3.2 Análisis de las Sentencias.....	76
3.2.1 Sentencias de Responsabilidad Médica.....	77
3.2.2 Sentencias en las que se Debe Valorar la Condición de Madre de la Afectada....	83
3.2.3 Sentencias de la Privación Injusta de la Libertad.....	86
4. Conclusiones.....	88
Referencias.....	93
Apéndice.....	98

Lista de tablas

	Pag
Tabla 1. <i>Datos básicos de identificación del caso</i>	61
Tabla 2. <i>Categorías de género</i>	63
Tabla 3. <i>Criterios orientadores para la identificación del caso de género desde el enfoque diferencial</i>	64
Tabla 4. <i>Criterios orientadores relacionados con el procedimiento y la decisión judicial</i>	65
Tabla 5. <i>Preguntas claves para establecer la perspectiva de género desde un enfoque diferencial</i>	67

Lista de apéndices

Pag

Apéndice. *Ficha de análisis del discurso de las sentencias del Consejo de Estado.....98*

Introducción

La labor jurisdiccional juega un papel relevante para frenar las brechas de desigualdad que afectan a las mujeres en el desarrollo de los procesos judiciales. Quienes imparten justicia tienen en sus manos el deber de hacer realidad el derecho a la igualdad, evitando que en el proceso de interpretación y aplicación del derecho intervengan concepciones preconcebidas de cómo son y cómo deben comportarse las personas por pertenecer a un sexo o género determinado, o por su preferencia u orientación sexual (Corporación Humanas, 2020). Actualmente, Colombia cuenta con fuentes normativas que provienen del derecho internacional (Tratados Internacionales ratificados) y fuentes nacionales como la jurisprudencia Constitucional y los lineamientos de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, los cuales promueven eliminación de cualquier tipo de violencia y discriminación hacia la mujer. Siguiendo a que los jueces y juezas interpreten, apliquen y argumenten sus decisiones con una mirada diferencial de género que garantice la eficacia del derecho a la igualdad de las mujeres.

Sin embargo, pese a que las mujeres cuentan con un amplio ordenamiento jurídico que busca salvaguardar sus derechos y garantías constitucionales, se evidencia que han sido desfavorecidas al momento de ser aplicada la normatividad por instituciones y personas influenciados por ideologías patriarcales¹; los cuales, desconocen en su quehacer y muy especialmente en sus pronunciamientos la inclusión de un enfoque diferencial de género. Es así, como se pretende identificar, si el Consejo de Estado al resolver asuntos sobre reparación directa, los cuales tienen por objeto principal la reparación de un daño, incorporando los criterios orientadores establecidos para que los jueces tomen decisiones judiciales con perspectiva de

¹ Puede verse West, R & Jaramillo, I.C (2000) Género y teoría del derecho. Ediciones Uniandes “La crítica feminista al derecho” en la obra citada.

género. En este sentido, se planteó la siguiente pregunta de investigación: *¿De qué forma el Consejo de Estado ha cumplido con la directriz de incorporar la perspectiva de género en las decisiones tomadas dentro de los asuntos de reparación directa durante el periodo del 1 de enero de 2020 al 31 de diciembre de 2020?*

Esta cuestión investigativa ha sido objeto de numerosas reflexiones. En la revisión del estado del arte se identificó que existen (37) resultados de búsqueda a nivel general, y referidos al objeto de investigación de forma directa se encuentran (6) fuentes que fueron recaudadas en las bases de datos: Legal collections, Google académico, Dialnet y repositorios institucionales; se utilizaron los siguientes criterios de búsqueda y palabras claves para identificar el tema: “Perspectiva de género and acceso a la justicia and Colombia”, “perspectiva de género and decisiones judiciales and Colombia” y “mujer and acceso a la justicia and Colombia”; las fuentes se clasifican así: tesis de especialización (dos), tesis de doctorado (uno), artículos de investigación (tres), libros (uno); los cuales se encuentran publicados del años 2009 al 2010 (dos) y del año 2017 al 2019 (cuatro).

Asimismo, es crucial señalar los antecedentes investigativos que tienen similar relación con la presente puesta investigativa, y es el cumplimiento de la incorporación de la perspectiva de género en las decisiones judiciales. Por lo que, se destaca (un) texto, la tesis de especialización en derecho administrativo de la universidad Santo Tomas de Bogotá titulada “análisis de las sentencias del tribunal administrativo de caldas en los procesos de reparación directa en las que podría haber sido aplicada la perspectiva de género.” La cual, presenta un estudio hermenéutico de los criterios de decisión utilizados por el Tribunal Administrativo de Caldas en casos donde las mujeres han sido afectadas en sus derechos humanos; y concluye que las mujeres siguen victimizadas por la sociedad dada la falta de garantías para efectivizar sus derechos y materializar

una verdadera reparación integral del daño. La investigación que se desarrollo es novedosa porque buscó evaluar si hay o no una materialización de la perspectiva de género en las decisiones judiciales, específicamente en los casos de reparación directa del Consejo de Estado, en el periodo y casos escogidos, desde los criterios establecidos por la Corte Constitucional y por la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial para la aplicación de la perspectiva de género en las decisiones judiciales.

Para ello, se establece una aproximación teórica a partir de la teoría jurídica de la crítica legal feminista; La cual, de acuerdo con Frankenberg (2011): “(...) abogan por la incorporación de múltiples perspectivas, cultura, género, raza, sociedad, política, etcétera, en los procesos de creación de la ley y su interpretación” (P. 82)². En el plano histórico, se encuentra la socióloga inglesa Carol Smart (1992), quien en el libro “el Derecho en el Género y el Género en el Derecho” hace un aporte desde la Teoría Feminista y el Discurso jurídico (p. 29-44) identificado tres fases de las posiciones feministas de acuerdo con el derecho, esbozadas de la siguiente manera: El derecho es sexista, el derecho es masculino, el derecho es sexuado³. Otra principal exponente es Catharine Mackinnon, que propone una teoría jurídica crítica, que exige un nuevo derecho, un derecho de las mujeres, en este caso se estudió el libro “La Teoría del Derecho Contemporánea Los Temas y Desafíos” (p. 168-176).

No obstante, está investigación se enfoca en las dos apreciaciones importantes mencionadas por Isabel Cristina Jaramillo en su ensayo “La Critica Feminista al Derecho” el cual se encuentra en el libro “El Género en el Derecho. Ensayos Críticos” (2000, P. 103-136). La primera, es como el derecho desde sociedades patriarcales ha sido construido desde la masculinidad y por eso se evidencia que tiene inclinación hacia su protección, necesidades e

² Puede verse en Frankenberg, G. (2011). “Teoría crítica”. Revista sobre enseñanza del derecho. (17), pp. 67-84.

³ Puede verse en C. Smart. “The Woman o Legal Discourse”, en Social and legal studies, 1992, pp. 29-44.

intereses. Y la segunda, es que, mientras vivamos en sociedades patriarcales las mujeres no van a contar con un derecho que incluya su punto de vista (Jaramillo, 2000). Lo que permite identificar como Jaramillo parte desde la teoría general del Derecho hacia la crítica feminista, proponiendo que la perspectiva de género sea incluida en el derecho desde la ética y la justicia.

El resultado de la investigación se presenta en tres capítulos. El primer capítulo, titulado: “La incorporación de la perspectiva de género desde la crítica feminista al derecho”, en el que, se analizó y describió la perspectiva de género como enfoque teórico y su aplicación en el derecho, desde la crítica feminista; el segundo capítulo, titulado: “La incorporación de la perspectiva de género al interior de la administración de justicia”, en donde se identificaron los criterios orientadores que desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana y los instrumentos pedagógicos de la Comisión de Género de la Rama Judicial se han formulado para resolver casos con perspectiva de género; Y el tercer capítulo, titulado: “Evaluación de las decisiones del Consejo de Estado en los asuntos de reparación directa durante el periodo del 1 de enero de 2020 al 31 de diciembre 2020 en los que se resuelvan casos en los que debían incluirse criterios diferenciales de género para orientar decisiones judiciales”, en éste, se expuso la metodología para la identificación de las sentencias objeto de estudio y se analizaron, finalmente se presentan las conclusiones.

Metodológicamente los objetivos de la investigación se desarrollaron a partir de una investigación dogmática jurídica de tipo hermenéutico a partir un análisis documental. En la primera fase, se utilizó la técnica de análisis bibliográfico mediante reseña analítica, se partió de fuentes secundarias y se revisó varias obras y documentos sobre la perspectiva género en la decisión judicial; después, se abordaron los pronunciamientos que ha hecho la Corte Constitucional (jurisprudencia) y la Comisión de Género de la Rama Judicial (manuales), permitiendo, hacer un análisis y posterior descripción de la incorporación de la perspectiva de

género en la toma de decisiones al interior de la administración de justicia, su importancia y los criterios orientadores que se desprenden de dichas fuentes. Esto con el fin de dar cumplimiento al primer y segundo objetivo.

Para dar cumplimiento al tercer objetivo, se partió de fuentes primarias, en este caso la jurisprudencia identificada en la relatoría del Consejo de Estado, y se seleccionaron las sentencias que conocen asuntos de reparación directa en las que se tuvo o debía tener en cuenta la perspectiva de género. Posteriormente se realizó un análisis de las mismas, aplicando la técnica de análisis del discurso. Para esto, se elaboró un instrumento de recolección de información (ficha de análisis jurisprudencial), y se determinó, si el caso debía ser resuelto con un enfoque diferencial de género. Posteriormente, se evaluó en términos cualitativos si en la decisión fueron tenidos en cuenta los criterios orientadores a seguir en la argumentación de las sentencias con perspectiva de género de conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional colombiana y la Comisión de Género de la Rama Judicial.

1. La Incorporación de la Perspectiva de Género Desde la Crítica Feminista al Derecho

En el presente capítulo se analiza y describe la perspectiva de género como enfoque teórico y su aplicación en el derecho, desde la crítica feminista; esto, con el fin de proponer los elementos que, derivados de este marco, permitirán analizar las decisiones judiciales objeto del problema de investigación propuesto. En la primera parte del capítulo se va a describir el concepto de perspectiva de género y su trascendencia en el derecho, posteriormente se procederá a justificar la perspectiva del género en la toma de decisiones al interior de la administración de justicia y

finalmente se argumentará como la inclusión de la perspectiva de género se debe hacer desde un enfoque diferencial y no desde el principio de igualdad formal ante la ley.

1.1 La Perspectiva de Género y su Aplicación al Derecho

A través de los años, las mujeres han sido puestas en un lugar de inferioridad por las normas sociales y por aquellas construidas por el derecho. Esto tiene sus orígenes en aspectos culturales, sociales y religiosos que han determinado situaciones de marginalidad y discriminación basadas en el género. (Anderson & Zinsser, 2015) Por lo que se puede afirmar que el derecho era solo de los hombres y por ende desde esta mirada se construyeron los elementos que identifican lo patriarcal, en desmedro de la dignidad y el respeto que se debe a quien debía ser un sujeto de igual consideración y respeto. Mariblanca Staff Wilson (2000) entiende el derecho como:

Una de las áreas de las ciencias sociales, que tiene como protagonista al ser humano, en cuanto sujeto/a capaz de adoptar determinadas actitudes ante el proceso histórico social. Es también, uno de los aspectos que se afectan con mayor rapidez ante los procesos de cambios vertiginosos que se producen a nivel mundial y que nos conducen, inevitablemente, a "nuevas formas de relación" económica, política, social, cultural, familiar y personal. (Staff, 2000, p.1).

El derecho como el núcleo que regula a la sociedad se constituyó en el principal elemento de debate para la teoría crítica feminista. Esto ha sido destacado por Isabel Cristina Jaramillo (2009) quien hace dos aportes importantes a la crítica del derecho:

En primer lugar, se ha señalado que el derecho, como producto de sociedades patriarcales, ha sido construido desde el punto de vista masculino y por eso refleja y protege los valores

y atiende a sus necesidades e intereses. Lo que se entiende aquí por el punto de vista masculino y los intereses masculinos (...) En segundo lugar, se ha mostrado que incluso cuando el derecho protege los intereses y necesidades de las mujeres e introduce su punto de vista, en su aplicación por instituciones e individuos moldeados por la ideología patriarcal, ha desfavorecido a las mujeres. (Jaramillo, 2009, p.122).

Ese devenir histórico desencadenó un giro importante, las mujeres buscaron ser vinculadas y protagonistas en la batalla en el campo jurídico y dejar de ser meras espectadoras en la definición de las reglas que gobernaban sus vidas. Ellas reclamaron sobre todo los derechos a fin de poder acceder a mejores condiciones de vida dentro de la sociedad. Junto a esta dimensión crítica, orientada a entender el derecho como un elemento esencial para que se eliminen jerarquías y brechas en un entorno patriarcal. Se ve la necesidad de resolver el dilema de como erradicar la discriminación que se mantenía en las normas reconocidas por el derecho legislado. Para esto, es fundamental renunciar a aquellas ideas que perpetúan la noción del derecho como una unidad, y más bien intentar explicar sus contradicciones internas (Mendoza, 2016, p.142). Por ello se debe erradicar primero la utilización del lenguaje discriminatorio y su carga semántica, así como preconceptos erróneos, creencias y estigmas equivocados. Incorporar el género en el derecho exige una conciencia abierta para repensar que las concepciones sobre lo femenino y lo masculino no se deducen de la naturaleza o la biología.

Ante esto, nace una propuesta de abordar el derecho con enfoque de género, en otras palabras, desde una conciencia no discriminatoria, viéndolo como un mecanismo que integre a los operadores jurídicos a hacer su práctica del derecho con otra mirada, es decir, como refiere Staff (2000) analizando y actuando desde la perspectiva de género para transformar el derecho hacia una sociedad más justa, plena y equitativa. En este punto, es menester acentuar que la perspectiva

de género, de acuerdo con la Suprema Corte de la Nación de México (2015) se puede entender como:

Un método que (...) detecta la presencia de tratos diferenciados -basados en el sexo, el género o las preferencias orientaciones sexuales, y determina si dicho trato es necesario y por lo tanto, legítimo, o si, por el contrario, es arbitrario y desproporcionado y por lo tanto, discriminatorio. (Suprema Corte de la Nación de México, 2015, p.62).

El enfoque de género parte de distribuir dos conceptos, sexo y género. El sexo hace referencia a las características biológicas del cuerpo humano. Por su parte, género debe entenderse como las características, actitudes y roles sociales culturales e históricamente asignados a las personas en virtud de su sexo una herramienta que permite comprender a la sociedad. Es muy importante tener en cuenta que estas características no son naturales o biológicas, sino que son ideas creadas, aprendidas y recaladas diariamente en espacios de socialización como la familia, las instituciones educativas, el culto religioso, el trabajo, las expresiones culturales, los medios de comunicación, las entidades públicas, etc (Suprema Corte de la Nación de México, 2015, p.51). Desde esta concepción las desigualdades de género son consideradas desigualdades sociales, y por consiguiente pueden ser modificadas.

Asimismo, es importante que haya claridad en que el género no es sinónimo de mujer, cuando se habla de incorporar el género a un determinado caso o situación no se busca vincular a la mujer sino hacer visibles las relaciones de poder entre los sexos. Todas las personas construyen una identidad de género.

Es así, como se empieza a incorporar el concepto de perspectiva de género, entendido como una propuesta para analizar las desigualdades sociales relacionadas con el sexo y el género desde

un enfoque especial, sugiriendo un estudio profundo de la forma en la que se crean y perduran sistemas sociales a partir de un determinado punto de vista del sexo, el género y la orientación sexual; Por consiguiente, la perspectiva de género adquiere relevancia en la situación jurídica de las mujeres, pues las enormes diferencias culturales y la discriminación basada en el racismo y el sexismo, han demostrado la importancia de emplear el enfoque de género como un mecanismo de análisis en el derecho. La base de la perspectiva de género es la búsqueda de la igualdad para evitar situaciones de marginación, violencia e injusticia. Esto no significa que el ordenamiento jurídico vuelve iguales a hombres y mujeres, por el contrario, permite entender que el ordenamiento jurídico no tiene iguales efectos en los hombres y las mujeres, y por ende las leyes no son neutrales (Staff, 2000, p.7).

En ese sentido, la perspectiva de género nos aclara que el derecho no puede estar aislado de la realidad social, y que su aplicación debe tener en cuenta el contexto del caso específico a tratar, con el sentido de reducir las causas de discriminación y lograr que la incorporación del enfoque de género en el derecho lo transforme de manera positiva. De esta forma, se contribuye a consecuencias jurídicas más justas para la sociedad a partir de un derecho inclusivo y equitativo. Dicho esto, es importante concluir que la incorporación de un enfoque de género en el sistema jurídico se debe ver como un medio para lograr cambios profundos en la manera de juzgar tanto a hombres como a mujeres. El derecho se debe humanizar y ser sinónimo de justicia, lo cual, requiere de la equidad de género.

1.2 La Importancia de la Perspectiva de Género en las Decisiones Judiciales

La lucha de las mujeres por el reconocimiento de sus derechos y de su inclusión en el Estado y en el ejercicio del poder, encontró un momento de gran apertura en Colombia con la expedición de la Constitución Política de 1991, que pasa de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho, abriendo paso con ello a la incorporación de principios y reglas para exigir la no discriminación jurídica hacia las mujeres. Sin embargo, esto no fue suficiente para que el sistema jurídico dejara de incluir reglas que mantenían la discriminación, instituciones y funcionarios sin enfoque diferencial y que se mantuviera en la vida cotidiana cualquier tipo de violencia hacia las mujeres.

No bastó con incluir legislación que buscara protección hacia las mujeres y tampoco con excluir aquella que se consideraba discriminatoria, porque en el momento de su aplicación se hacía evidente que por más que el derecho estuviera en pro de las necesidades e intereses de las mujeres, si los funcionarios del Estado en general y los administradores de justicia en particular estaban influenciados por ideologías patriarcales sus intervenciones y decisiones iban a generar un desequilibrio de cargas en los derechos de las partes involucradas, poniendo siempre en desventaja a un sexo en beneficio de otro (Williams, 2004, p.9); en este caso desfavoreciendo a la mujer. En ese contexto, se hace necesaria la inclusión de la perspectiva de género por parte de los operadores de justicia como criterio fundamental para emitir decisiones judiciales.

Tal y como lo señaló la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial y el Consejo Superior de la Judicatura de la República de Colombia: “La justicia puede reconocer derechos, pero también confirmar patrones de desigualdad y discriminación con los cuales y de manera histórica las más afectadas son las mujeres” (2011, p.11). Es ahí, donde el papel de los jueces

adquiere gran importancia; puesto que es necesario un medio judicial idóneo para la materialización de la perspectiva de género en el Derecho. Por lo tanto, La rama judicial y las acciones judiciales como mecanismos idóneos para administrar justicia tiene el deber constitucional y convencional de hacer efectivos los derechos, garantías y libertades de las personas; su poder como autoridad que administra justicia es fundamental para el eficiente y eficaz desarrollo del Estado Social de Derecho; el cual procura la materialización del derecho a la igualdad y rechaza todo acto de discriminación.

El juez siendo el operador que tiene la responsabilidad de tomar decisiones para adjudicar Derecho que garanticen justicia, analizando cada caso y dándole el valor que corresponde, a veces se ve permeado de criterios discriminatorios de género que no le permiten realizar su trabajo con equidad⁴. Teniendo los jueces el máximo poder de cambiar el mal trato que se les da a los casos que requieren un enfoque de género. Es fundamental que los operadores de justicia al tener “un papel relevante en la caracterización de las mujeres” (Suprema Corte de la Justicia de la Nación de México, 2015, p. 14) por emitir decisiones que adquieren el carácter de precedente judicial tengan sensibilidad con los casos que requieren ser analizados desde la perspectiva de género y garanticen el derecho a la igualdad y el derecho al acceso a la justicia bajo los preceptos constitucionales y los tratados internacionales ratificados por Colombia.

De acuerdo con lo anterior, se hace necesario hablar de los dos derechos fundamentales que carecen de materialización por parte de la rama judicial y que los operadores de justicia deben

⁴ Según el Auto 092 de la Corte Constitucional, a pesar de los avances normativos “*subsisten patrones discriminatorios y estereotipos de género en los administradores de justicia. Estos patrones se evidencian en todo el proceso judicial desde las etapas preliminares hasta el juzgamiento.*”

tener en cuenta a la hora de conocer casos que requieren ser vistos a partir de un enfoque de género; los cuales son: El derecho a la Igualdad⁵ y el derecho al acceso a la justicia⁶.

La Corte Constitucional Colombiana en la sentencia T- 030 del 2017, respecto a la igualdad afirma lo siguiente:

La igualdad es un concepto multidimensional pues es reconocido como un principio, un derecho fundamental y una garantía. De esta manera, la igualdad puede entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos contruidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras.

Por otra parte, el acceso a la justicia de conformidad con la sentencia T- 799 del 2011 es entendido como:

⁵ El derecho a la igualdad “general” es decir para todos, está consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia 1991 y el derecho a la igualdad que consagra explícitamente igualdad entre hombres y mujeres se encuentra el artículo 43 de la misma Constitución. Artículo 13: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Artículo 43: “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados (...)”.

⁶ El derecho al acceso a la justicia está consagrado principalmente en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política de Colombia 1991. Artículo 228: “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”. Artículo 229: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

(...) un presupuesto indispensable para la materialización de los demás derechos fundamentales, ya que, como ha señalado esta Corporación “no es posible el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el Legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso”. Por consiguiente, el derecho de acceso a la administración de justicia se erige como uno de los pilares que sostiene el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, toda vez que abre las puertas para que los individuos ventilen sus controversias ante las autoridades judiciales y de esta forma se protejan y hagan efectivos sus derechos.

Tanto la igualdad como el acceso a la justicia constituyen especial relevancia en la operación jurisdiccional como ejes generadores de cambios reales para las mujeres en las decisiones judiciales en el Derecho Colombiano, pues la necesidad de garantizar la aplicación de la perspectiva de género por parte de los jueces de acuerdo con la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial (2011) responde no solo a una demanda constitucional y normatividad nacional; si no también, a una normatividad internacional,(Tratados Internacionales ratificados por Colombia), en materia de derechos humanos.

El empleo de la perspectiva de género en la emisión de decisiones judiciales hace parte de los deberes internacionales aceptados por Colombia; por lo tanto los operadores judiciales tienen la obligación legal de incorporar en su trabajo la normatividad internacional reconocida por Colombia en favor de los derechos de las mujeres, tal y como lo establece el artículo 93 de la Constitución Política que indica: “(...) Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”; Lo cual, impuso un fortalecimiento de los derechos humanos, especialmente en los derechos de las mujeres, puesto que se refuerza la materialización de sus necesidades e

intereses. Actualmente Colombia cuenta con un amplio marco jurídico internacional⁷ el cual conoce sobre derechos de las mujeres, género, principio de igualdad y violencias de género, tal y como se puede observar a continuación:

- Pacto Internacional de derechos Económicos Sociales y Culturales, Pretende asegurar a hombres y mujeres igual título de gozar de todos los derechos. En ese sentido, reconoce que la realización del ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria sólo se alcanzará si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos en condiciones de igualdad material y de no discriminación. Ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969 por medio de la Ley 74 de 1968. (Pacto Internacional de Derechos Economicos, Sociales y Culturales , 1966)
- Convención Americana sobre Derecho Humanos, en la que se incluyen los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales de las mujeres. Se establecen los derechos a la vida, a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, el derecho a la libertad personal de las mujeres que pueden considerarse subcategorías del derecho de la mujer a una vida libre de violencia. Aprobada en Colombia por la Ley 16 del 1972 y ratificada el 31 Julio 1973. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969)
- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la mujer, la cual tiene como objeto suprimir la discriminación de la mujer en todas sus formas y manifestaciones, ratificada por Colombia mediante la Ley 51 de 1981 y

⁷ Anexo 3, Marco jurídico internacional de referencia. Criterios de Equidad para una Administración de Justicia con Perspectiva de Género elaborado por la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial y el Consejo Superior de la Judicatura de la Republica de Colombia.

entrada en vigor para Colombia en febrero de 1982, reglamentada por el Decreto N.º 139/90. El artículo de 17 de la presente Convención establece el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la cual se encargará de hacer veeduría a que se dé cumplimiento a la Convención. Por lo que dicho Comité ha emitido varias recomendaciones con relación al amparo de los derechos de las mujeres:

- Recomendación General número 12, exige a los estados que en sus informes incluyan datos relacionados con la legislación aplicable para proteger de cualquier acto de violencia; los mecanismos utilizados para evitar y eliminar este tipo de violencia; los servicios para apoyar a las mujeres víctimas de violencia, agresiones o malos tratos; y facilitar datos respecto a la frecuencia de conductas violentas que atentan contra las mujeres y las víctimas de las mismas. (Recomendación General número 12, Recomendaciones generales adoptadas por el comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, 1989)
- Recomendación General número 19, Confirma la inclusión de la violencia contra la mujer dentro de la definición de discriminación contra la mujer contenida en el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Además precisa que la violencia contra la mujer menoscaba o anula el goce de derechos y libertades comprenden: a) El derecho a la vida; b) El derecho a no ser sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; c) El derecho a protección en condiciones de igualdad con arreglo a normas humanitarias en tiempo de conflicto armado internacional o interno; d) El derecho a la libertad y a la seguridad personales; e) El derecho a igualdad ante la ley; f) El derecho a igualdad en la familia; g) El derecho al más alto nivel posible de salud física y mental; h) El derecho a condiciones de empleo justas y favorables. Añade que “la Convención se aplica a la violencia perpetrada por las autoridades públicas”.

Aceptada en Colombia por el Comité en su 11° período de sesiones en 1992. (Recomendación general número 19, Recomendaciones generales adoptadas por el comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, 1992)

- Recomendación general número 21, habla sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, y recomienda a los estados parte que incluyan mecanismos para erradicar la discriminación contra las mujeres en espacios como el matrimonio y las relaciones familiares asegurando su igualdad respecto a los hombres. (Recomendación general número 21, Recomendaciones generales adoptadas por el comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, 1994)
- Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, el estado debe respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto (libertad, justicia y paz), sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Entro en vigor para Colombia el 19 de febrero de 1982 en virtud de la Ley 51 de 1981. (Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, 1966)
- Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, donde se reconoce la urgente necesidad de una aplicación universal a la mujer de los derechos y principios relativos a la igualdad, seguridad, libertad, integridad y dignidad de todos los derechos humanos, adoptada por Colombia mediante la resolución 48/104 de diciembre de 1993. (Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, 1993)
- La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará), que explica que por violencia contra la mujer se

debe entender cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, también afirma que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades de la mujer; acogida por Colombia a causa de la Ley 248 de 1995, la cual, es su artículo 7 establece los deberes del estado a fin de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y cumplir con las siguientes directrices:

1. Abstenerse de, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
2. Actuar con la debida cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
3. Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
4. Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;
5. Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

6. Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;
 7. Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces; y
 8. Adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención. (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer, 1994)
- IV Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing, los gobiernos se comprometieron a tomar medidas para garantizar las condiciones necesarias para que las mujeres ejerzan sus derechos con respecto a la procreación y eliminar las leyes y prácticas coercitivas garantizando de esta manera los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. Entro en vigor para Colombia en 1995. (IV Conferencia Mundial sobre la Mujer , 1995)
 - Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Protocolo de San Salvador, establece obligaciones generales de los Estados para que garanticen el pleno ejercicio de los derechos de las mujeres por ejemplo a la salud y a la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad. Protocolo aprobado en Colombia mediante la Ley 319 de 1996. (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, 1988)

Ahora bien, dejando claro algunas de las herramientas en materia de protección de derechos humanos con las que cuentan las mujeres en Colombia, se puede dilucidar cuando efectivamente hay violencia contra las mujeres y como la discriminación ha sido contemplada como un acto de violencia hacia ellas⁸; lo que hoy en día permite reconocer que tanto en el espacio nacional como internacional las mujeres podrán contar con protección en el ejercicio y goce de sus derechos humanos y libertades⁹. En este contexto, se ve vinculado automáticamente el poder jurisdiccional ya que tiene el deber de hacer efectivos los derechos que se han reconocido en los Tratados Internacionales tal como lo afirma el Juez ad hoc Ferrer en la sentencia del 26 de noviembre de 2010 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

(...) Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió (Corte interamericana de Derechos Humanos, 2010, Párr. 24)

Y es así, como los jueces están impulsados a velar por la protección de los derechos humanos de las mujeres y hacer que se traduzcan en realidades (Suprema Corte de la Justicia de la Nación de México, 2015), especialmente los derechos a la igualdad y acceso a la justicia que constantemente se ven vulnerados por las desigualdades de género que aún persisten es por eso que “la perspectiva de género constituye el horizonte interpretativo en que las y los operadores de justicia pueden sentar precedentes fundamentales en la búsqueda y el avance progresivo del

⁸ 11º Período de sesiones, 1992, Comité de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - CEDAW; Recomendación General No.19: la violencia contra la mujer.

⁹ Artículo 3 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

desarrollo de los derechos humanos de las mujeres” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos{OACNUDH}en Guatemala, 2015, p. 8).

1.3 De la Igualdad al Enfoque Diferencial. La Justificación de la Incorporación de la Perspectiva como Ruptura al Presupuesto de la Igualdad Formal Ante la Ley

La igualdad ha sido uno de los anhelos de las mujeres dentro las sociedades patriarcales, ser consideradas incluidas en la sociedad como seres humanos con capacidad de tener voz y voto, es una batalla que han luchado durante años. Su reconocimiento dentro del derecho fue un gran avance, poco a poco “en el papel” la normatividad fue proporcionando a las mujeres reconocimiento, protección de sus derechos e igualdad formal. En Colombia, la constitución de 1991 y el Derecho internacional proporcionan gran importancia a la igualdad, considerándola como un derecho fundamental para todos los habitantes del territorio, pues promulga, que todos somos iguales ante la ley y podemos gozar de los derechos que nos son otorgados sin discriminación alguna¹⁰. Lo cual, para las mujeres significa un ordenamiento jurídico que les permite dejar atrás tantos años de discriminación y malos tratos, para hacer parte de un estado inclusivo y más justo.

Sin embargo, con relación a la situación jurídica de las mujeres, el tener una amplia protección normativa, “bajo la consigna de arrasar con la discriminación mediante la incorporación formal del principio de igualdad en los textos legales” (Staff, 2000, p. 2) no era suficiente; pues las leyes que se consideran “neutrales” respecto al género producen desconfianza, debido a que, si

¹⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley.

a una mujer se le trata igual que al hombre no es sinónimo de igualdad (Gil, 2015), esto quiere decir:

(...) que cuando un varón y una mujer se presentan ante el derecho, no es éste el que deja de aplicar criterios objetivos al sujeto femenino, sino que, precisamente, los aplica, pero que tales criterios son masculinos. Entonces, insistir en la igualdad, la neutralidad y la objetividad equivale, irónicamente, a insistir en ser juzgadas de acuerdo con los valores de lo masculino (Smart, 2000, p. 37).

Es así, como progresivamente se hace incuestionable, que tener derechos de igualdad no basta. La normatividad que promulga trato igual tanto para hombres como mujeres, no proporcionaba resultados justos, pues el logro por la igualdad al fin de cuentas requiere un tratamiento desigual para poder otorgar las mismas oportunidades a los grupos menos favorecidos (Mendoza, 2016). Ya que, “existe igualdad en la ley y desigualdad en la práctica” (Staff, 2000, p. 3). En este contexto, es importante precisar a qué se hace referencia cuando se habla de igualdad formal y de igualdad material: La igualdad formal, hace referencia a que a todas las personas se les reconoce los mismos derechos, no importa si se es hombre, mujer, indígena, homosexual o musulmana, todos los derechos se reconocen en términos universales. Por otra parte, la igualdad material señala que, el sexo, género, preferencias sexuales, raza, religión, entre otros... pese a su reconocimiento formal, (lo que está estipulado en la legislación), generan situaciones de discriminación que hacen que no sea posible que todas las personas gocen efectivamente de los derechos (Suprema Corte de Justicia de la Nación de la México, 2015).

En consecuencia, al presentarse esa ruptura entre la igualdad formal y la igualdad material, surge el enfoque diferencial de género como mecanismo útil para el ordenamiento jurídico, que

“permite comprender que las leyes no son neutrales y por lo tanto no tienen iguales efectos en hombres y mujeres pues la historia nos ha demostrado que sólo formalmente somos iguales ante la ley” (Staff, 2000, p. 7). Y que, en tal sentido, al reconocer que la igualdad formal es insuficiente porque, aunque se diga: “todos, mujeres y hombres somos iguales ante la ley”, cuando vamos a instancias judiciales se ve la desigualdad, las mujeres no siempre cuentan con un escenario idóneo para acceder a la justicia y muchas veces se encuentran en desventaja y limitadas en recursos para hacer frente a su contraparte.

La igualdad paso de ser un derecho garantista a un obstáculo para que las mujeres puedan acceder a la justicia, no se puede llegar a considerar que una mujer requiere un trato igual al del hombre, se hace riesgoso pensar que, dándole aplicación al derecho a la igualdad se esté amparando a las mujeres. Puesto que, la aplicación estricta de la ley puede ocasionar una desprotección real de determinados colectivos en consecuencia a la igualdad formal (Gil, 2015).

De acuerdo con lo anterior, es significativo citar lo dicho por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer¹¹ en la recomendación general 25 la cual estima que:

Un enfoque jurídico o programático puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre. Además, la Convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde un primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir justicia en los resultados. No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. De igual manera se debe tener presente los estereotipos que la sociedad ha construido a través de los años. En ciertas circunstancias será necesario que

¹¹ El Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer por sus estados partes. <https://www.derechoshumanos.net/ONU/ComiteEliminacionDiscriminacionContraMujer-CEDAW.htm>

haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias (...) (párr. 8).

Hablar hoy en día de incorporación de perspectiva de género en el ordenamiento jurídico colombiano, en especial en sus esferas judiciales, es de vital importancia para resolver las problemáticas relevantes de las mujeres. Pues el hecho de tener que asumir el enfoque de género como un instrumento para que los jueces tomen sus decisiones, deja a simple vista la abismal desigualdad que existe entre hombres y mujeres (Sánchez, 2012). Desigualdad que se ve plasmada en su materialización. Es así, como Colombia busca darle contenido a la integración del enfoque de género y asumir la responsabilidad de tomar medidas en busca de la protección a el derecho a la igualdad, estableciendo criterios y orientaciones para una administración de justicia con perspectiva de género.

Con ese propósito, dicha actividad ha venido siendo realizada por la Corte Constitucional como entidad judicial encargada de velar por la integridad y supremacía de la Constitución y dar cumplimiento a los Tratados Internacionales ratificados por Colombia¹² y por la Comisión Nacional de Género de la rama judicial, la cual tiene como objetivo “promover igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y la no discriminación de género en las decisiones judiciales (...)” (Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdo 4552 de 2008, Artículo 1, parágrafo 2). Por lo tanto, más allá de hablar de reformas legislativas, se requiere de un verdadero compromiso no solo por parte de los organismos especializados en promover la perspectiva de género, como lo es Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, si no, por parte de los jueces aplicando el enfoque diferencial al impartir justicia, porque entretanto el género

¹² De conformidad con el artículo 241 y el artículo 93 párrafo No. 2 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

continúe en pro de la discriminación e impidiendo el acceso a la administración de justicia (Pabón, 2018), no se puede decir que “todos somos iguales ante la ley.

Conclusiones del capítulo

En primer lugar, se constata que la Teoría Crítica Feminista fue la base fundamental para empezar a resolver uno de los grandes cuestionamientos que las mujeres le hacen al Derecho como lo es su ausencia de “voz y voto” en temas jurídicos, partiendo del presupuesto de que el Derecho es masculino y por tal motivo tiende a favorecer los intereses masculinos a pesar de existir normatividad nacional e internacional que protege a las mujeres de la no discriminación; discriminación que está basada en patrones de pensamientos estereotipados de lo que se cree que son las mujeres y como ellas deberían comportasen ante ciertas situaciones.

En segundo lugar, se observa que los hechos de discriminación y por ende no garantía del derecho a la igualdad en las mujeres se hacen visibles en la Administración de Justicia. Dejando en evidencia la ausencia de la perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales, lo cual, podría justificarse con la falta de material que orientara su aplicación, ya que hasta hace apenas 12 años nació la Comisión Nación de Género y se empezó a hablar de la importancia de incluir el género en la Administración de justicia, y por ende, se puede decir que los operadores judiciales no tenían la forma de determinar cuando estaban frente a un caso que requería un enfoque de género y cuando no. Actualmente se puede decir que es de suma importancia garantizar a las mujeres el goce efectivo de sus derechos y libertades, no se puede seguir hablando de igualdad formal ya que al momento de ir a la realidad social esta no se está viendo materializada, tampoco puede decirse que la solución es garantizar un trato igualitario a las mujeres y hombres si aún nos encontramos con jueces persuadidos por doctrinas patriarcales.

En tercer lugar, al analizar cuál era la necesidad de la incorporación de la perspectiva de género y su importancia al interior de la administración de justicia, se encontró que, Colombia cuenta con muchas herramientas en materia de protección de Derechos Humanos para la mujer; la cuales, el juez debe tener en cuenta para impartir justicia, en el entendido de que ahora los jueces no están solamente sometidos bajo el imperio de la constitución sino también bajo los instrumentos internacionales adoptados por el país. De igual manera, se observa que la administración de justicia cuenta con el apoyo de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial y de la Corte constitucional para que los jueces cuenten con directrices al momento de incluir el enfoque diferencial de género en su labor jurisdiccional y asuman la responsabilidad de volverla su mano derecha de trabajo en los casos que lo requieran; y así, dar fin a tantos años de discriminación, malos tratos y violación de derechos humanos de los que fueron víctimas las mujeres.

2. La Incorporación de la Perspectiva de Género al Interior de la Administración de Justicia.

A continuación se procederá a identificar cuáles son las orientaciones que desde las decisiones de la Corte Constitucional colombiana y desde los pronunciamientos de la Comisión de Género de la Rama Judicial se han establecido con la finalidad de resolver casos con perspectiva de género, en ese contexto se analizan los criterios que facilitara y permitirá evaluar la aplicación de la perspectiva de género en decisiones judiciales tomadas por el Consejo de Estado dentro los procesos de reparación directa durante el periodo del 1 de enero de 2020 al 31 de diciembre de 2020. En la primera parte se identificarán y analizarán los criterios orientadores que la Corte Constitucional ha creado resaltando la importancia de la incorporación de la perspectiva de género en la administración de justicia, información que se obtendrá a través del sistema de consulta de jurisprudencia de la Comisión Nacional de Género, utilizando los siguientes criterios de búsqueda:

Corporación: Corte Constitucional y Tema: Perspectiva de género, Igualdad, Violencia, Discriminación; después, se hablará a detalle del papel que desempeña la Comisión Nacional de Género de la Rama judicial, siendo la institución encargada de trabajar en pro de la perspectiva de género en Colombia desde el año 2011, y por último se revisaran los lineamientos constituidos por parte de la Comisión Nacional de Género para que los jueces al momento de resolver sus casos tengan siempre presente la perspectiva de género.

2.1 Pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana en la Toma de Decisiones con Perspectiva de Género.

La Jurisdicción Constitucional es el órgano encargado de salvaguardar la Constitución Política y también los tratados internacionales ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, como parte del “bloque de constitucionalidad”, que les otorga prevalencia a las normas internacionales en el orden jurídico interno. (Sentencia C-225 de 1995)¹³.

Es así, como la Corte Constitucional en favor de potenciar la realización material plena de los derechos humanos en Colombia, en especial, en atención a las mujeres víctimas de violencia basada en género, y de reforzar la obligación constitucional e internacional que tiene la rama judicial de investigar, sancionar, y reparar la violencia estructural contra la mujer (Sentencia T-967 de 2014), se propone a través de sus decisiones construir justicia de género en Colombia creando unos criterios orientadores dirigidos especialmente a los funcionarios y funcionarias judiciales para que en sus labores como jueces cuenten con unas directrices que les permitan administrar justicia con perspectiva de género y erradicar la violencia contra la mujer.

¹³ Sentencia C 225 de 1995, Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. En esta sentencia fue estructurado de manera definitiva el concepto de “bloque de constitucionalidad”.

La Corte Constitucional empezó a incorporar la perspectiva de género en sus decisiones judiciales con la finalidad de erradicar toda forma de violencia y discriminación contra la mujer, adoptando acciones positivas junto con medidas de protección, contexto en el que predominan las siguientes decisiones, de las que se desprender subreglas aplicables al futuro:

- Sentencia T-634 de 2013, acción de tutela presentada por una mujer contra una empresa de masajes, por negarse a retirar de la red social Facebook y otros medios de publicidad varias fotografías en las que aparece y en consecuencia desconoce sus derechos al buen nombre, honra, dignidad e intimidad, debido a que el contenido de las imágenes conduce a una publicidad que presta servicios relacionados con masajes para hombres.

La Corte considera que la interpretación dada por el juez de primera instancia al negar el amparo a la accionante, “considero la conducta como “permisiva” y “voluntaria” por cuanto decidió *“participar en un estudio fotográfico cuyo contenido conoció y no desaprobó”*.

Por lo anterior, se entiende que el “uso descalificativo de la palabra *“permisiva”* como razón para negar el amparo” es un análisis estereotipado “acerca del comportamiento esperado de las mujeres como fundamento para juzgar la manera como se relacionan con y toman decisiones sobre su imagen y su propio cuerpo.” Y así, “este tipo de prácticas resultan especialmente problemáticas porque pueden configurar casos de transferencia de responsabilidad que sugieren que la mujer es la única responsable de las situaciones perjudiciales o nocivas para su integridad o derechos fundamentales a partir de preconcepciones acerca de lo que se considera o no reprochable respecto de la forma en que se relacionan o expresan con su cuerpo y su imagen.”. (Corte Constitucional, Sentencia T-634, 2013, pág. 44)

En el caso concreto, la juez de primera instancia asumió que la accionante creó el riesgo y que por ello debía asumir la responsabilidad sobre los efectos de la publicación de las imágenes.

El uso descalificativo o basado en estereotipos de la palabra “*permisiva*” en el contexto referido, además, degrada a la accionante y a las mujeres en general en un sentido doble. De un lado, la juez de instancia realiza una transferencia de responsabilidad a la accionante de todos los efectos relacionados con la autorización otorgada, como resultado de la descalificación del comportamiento de la accionante a partir de un estereotipo del comportamiento esperado de ella construido sobre la base del prejuicio según el cual el tipo de fotos que le tomaron tenían un contenido al menos reprochable. De otro lado, el uso de la palabra “*permisiva*” en el contexto presentado, indirectamente juzga el comportamiento de otras mujeres que en desarrollo de su libertad no solo deciden libremente tomarse fotos como las que se aportaron al presente proceso sino que aprueban su publicación y circulación. Estos usos del lenguaje resultan contrarios a las garantías constitucionales de no discriminación y deben, por lo tanto, prevenirse. (Corte Constitucional, Sentencia T-634, 2013, pág. 45)

En ese contexto, la Corte menciona cuales serían los aspectos negativos que se pueden dar al utilizar estereotipos y lenguaje discriminatorio por parte de los jueces:

1. malinterpretaciones sobre la relevancia de los hechos; 2. la normalización de prácticas sociales discriminatorias mediante el empleo de premisas implícitas en el razonamiento y lenguaje usados por todas las personas que administran justicia; y 3. la imposición de una carga adicional sin fundamento constitucional a quienes son objeto de decisiones basadas en estereotipos por cuanto éstos últimos pueden reducir la probabilidad de responsabilizar a quienes eventualmente han desconocido sus derechos fundamentales. (Corte Constitucional, Sentencia T-634, 2013, pág. 36)

Es así como para la Corte se hace importante traer a colación el caso EWANCHUK, de la Corte Suprema de Canadá “con relación al uso de “comportamientos esperados” la Corte encontró

equivocado que en la decisión de instancia, el juez asumiera que para establecer la ocurrencia de una violación sexual la mujer no sólo debía decir ‘no’ de manera inequívoca sino además luchar físicamente para impedir esa situación.”. Para la jurisdicción constitucional, es importante que la administración de justicia no normalice el uso de estereotipos. (Corte Constitucional, Sentencia T-634, 2013, pág. 36)

De acuerdo con lo expuesto, la Corte concluye que en el presente caso fueron vulnerados los derechos fundamentales de la accionante, en ese sentido procedió a tutelarlos y a ordenar a la empresa de masajes “abstenerse de cualquier tipo de exposición, manipulación o divulgación de las imágenes de la actora”.

- Sentencia T-878 de 2014, acción de tutela interpuesta contra la Fundación Universitaria Tecnológica Comfenalco de Cartagena, por una mujer que se desempeñaba como secretaria de uno de los departamentos académicos de derecho de la institución, en la cual sostenía una relación sentimental con un estudiante del programa, donde después de haber sido víctima de violencia por parte de su pareja, recibe una carta de terminación unilateral del contrato laboral con la respectiva indemnización, lo anterior, por involucrarse sentimentalmente con un estudiante de la institución y por haberlo denunciado penalmente, lo cual se consideró para la institución como un hecho grave que afectaba la imagen del centro educativo.

En sentencia de única instancia no se le reconocen sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, a la intimidad y a una vida libre de violencia contra las mujeres; pues no se consideraba necesaria la intervención del juez de tutela en un asunto de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral. Sin embargo, en esta revisión como principales elementos jurídicos

por parte de la Corte se tiene que: “las agresiones de género no son eventos aislados y ocasionales que deban resolverse en la esfera privada de la pareja” y en ese escenario:

A los jueces constitucionales les corresponde prestar especial atención a las circunstancias que rodean a una mujer que ha sido víctima de tales hechos, lo que implica un enfoque diferencial de género al momento de estudiar la procedencia de la acción de tutela(...) (Corte Constitucional de Colombia, 2014, pág. 57).

También, resalta que:

El tratamiento especial implica que el funcionario estudie las posibles consecuencias del acto que se invoca como vulnerador en cuanto a la profundización de la violencia que la mujer ha sufrido, así como el posible efecto revictimizante que constituiría la falta de acceso a la justicia. Al evaluar la existencia de otros mecanismos de defensa tendrá que estudiar su eficacia y oportunidad a la luz del contexto de violencia en el que inscribe la agresión que padeció. En ese sentido, tendrá que tomar en consideración que la agresión en contra de una mujer solo se produce cuando la sociedad y el Estado han fallado en su deber de prevención, por tanto la indiferencia ante tales comportamientos termina por legitimarlos e invisibiliza a la víctima. (Corte Constitucional de Colombia, 2014, pág. 57).

Igualmente, la Corte precisa que el Estado tiene obligaciones imperiosas en torno a la eliminación de cualquier tipo de violencia o discriminación, y debe:

1. Garantizar a todos y todas, una vida libre de violencia y discriminación por razón de sexo;
2. Prevenir y proteger a las mujeres y a las niñas de cualquier tipo de violencia y discriminación por razón del sexo;

3. Prevenir y proteger a las mujeres y las niñas de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida en su contra;

4. Investigar, sancionar y reparar la violencia estructural contra la mujer...

Bajo esos parámetros, y con el fin de “prevenir el uso de estereotipos de género en las decisiones judiciales y revictimizar con el uso de estos” (Corporación Humanas, 2020, pág. 37), la Corte pone en consideración los siguientes elementos concluyendo que los jueces vulneran los derechos de las mujeres cuando sucede alguno de los siguientes eventos:

1. Omisión de toda actividad investigativa y /o la realización de investigaciones aparentes:

Se da cuando se deja de investigar porque la mujer decide no formular la acción penal o llega a un acuerdo de conciliación, o cuando se le traslada la carga de la investigación a la víctima (por ejemplo, alegando que el impulso procesal le corresponde a ella o porque se dice que no aportó las suficientes pruebas que soporten lo dicho).

2. Falta de exhaustividad en el análisis de la prueba recogida: Ocurre cuando se decide archivar el proceso por falta de material probatorio, sin que se haya hecho uso de los poderes oficiosos, cuando se hace una evaluación fragmentada o cuando no se le da alcance al contexto de la mujer al momento de valorar el acervo allegado, desestimando la existencia de un patrón de violencia sistemático.

3. Utilización de estereotipos de género: Al respecto, la Corte ha manifestado que los estereotipos conforman imágenes sociales generalizadas, preconceptos sobre características personales o roles que cumplen o deben ser cumplidos por los miembros de un determinado grupo social. Estas expresiones sirven para describir a un grupo, prescribir su comportamiento o asignar diferencias. Para la Corte, adquieren relevancia constitucional cuando sirven para excluir y marginar a ciertas personas, para invisibilizarlas (...).

4. Afectación de los derechos de las víctimas: Las mujeres que sufren actos de violencia están predispuestas a la revictimización, es decir, deben enfrentarse a otra clase de maltratos por las entidades de policía, judiciales y de salud. De entrada, la mujer que se arriesga a denunciar a su compañero sentimental debe asumir largas esperas, interminables diligencias, recorridos por distintas oficinas, múltiples citaciones, interrogatorios denigrantes y precaria atención médica y psicológica. Esta situación desincentiva a la mujer a reconocer en público la violencia padecida, y para denunciar sus sufrimientos ante la justicia.

En consecuencia, la corte resuelve en el presente caso revocar la decisión impugnada y en su lugar conceder la protección de los derechos invocados por la parte actora, pues el juez de tutela no tuvo en cuenta la situación de subordinación en la que se encontraba la mujer, debido a que ella alegaba que había sido despedida por su empleador a manera de represión por sostener una relación sentimental con un estudiante y haberlo denunciado por las agresiones que le propino, lo cual fue un acto discriminatorio y el juez no lo tuvo en cuenta en la valoración concreta del caso, provocando una afectación en los derechos de la víctima e incurriendo en una falla al momento de investigar su caso, en el cual se presentaba violencia de género.

- Sentencia T-967 de 2014, Acción de tutela presentada contra la sentencia proferida por el Juzgado 4° de Familia de Bogotá, al considerar vulnerados los derechos al debido proceso, a la igualdad, a la intimidad, a la libertad de movimiento y a la protección de la familia, a raíz de la sentencia proferida por ese Juzgado en el proceso de divorcio iniciado por una mujer contra su cónyuge, en el cual alegaba la configuración de la causal 3ª del artículo 154 del Código Civil, referente a “ultrajes, tratos crueles y maltratos de obra”; en dicho proceso la accionante presentó varias pruebas documentales y testimoniales que, a su juicio, no fueron

valoradas debidamente, desconociendo la violencia doméstica y psicológica a la cual fue sometida por su esposo. Para la corte la violencia psicológica:

Se trata de una realidad mucho más extensa y silenciosa, incluso, que la violencia física, y puede considerarse como un antecedente de ésta. Se ejerce a partir de pautas sistemáticas, sutiles y, en algunas ocasiones, imperceptibles para terceros, que amenazan la madurez psicológica de una persona y su capacidad de autogestión y desarrollo personal. Los patrones culturales e históricos que promueven una idea de superioridad del hombre (machismo – cultura patriarcal), hacen que la violencia psicológica sea invisibilizada y aceptada por las mujeres como algo ‘normal’. Los indicadores de presencia de violencia psicológica en una víctima son: humillación, culpa, ira, ansiedad, depresión, aislamiento familiar y social, baja autoestima, pérdida de la concentración, alteraciones en el sueño, disfunción sexual, limitación para la toma decisiones, entre otros. (Sentencia T-967 de 2014, p. 48-49)

En consecuencia, la Corte fija los siguientes criterios: 1. La valoración de los derechos del agresor en un proceso de violencia intrafamiliar y con 2. La igualdad de armas, pues se hizo una indebida valoración probatoria poniendo por encima los derechos del agresor versus los derechos humanos de la mujer, (su integridad física y mental y a vivir libre de cualquier tipo de violencia) y desconociendo su situación de vulnerabilidad, revictimizando a la accionante, considerando que no se probaron agresiones físicas y psicológicas que configuraran la causal de divorcio, dándole prevalencia a un argumento procesal sobre la protección sustancial de la mujer; lo anterior bajo la perspectiva de falta de pruebas por parte de la accionante favoreciendo al agresor. Lo que busca garantizar que la igualdad procesal sea realmente efectiva y no esté viciada de formas estereotipadas de ver la familia o la mujer.

De acuerdo con lo anterior, la Corte deja como parámetro que los celos enfermizos y agresivos constituyen maltrato psicológico y son causal de divorcio, asimismo resalta la importancia de que los operadores de justicia, desde una perspectiva de género empleen flexibilización en el análisis probatorio cuando se este frente casos que muestran violencia contra las mujeres.

La sala termina considerando que se configura el defecto fáctico y la violación directa a la Constitución, debido a que la valoración que hizo la Juez 4ª de Familia de Bogotá contribuyo a normalizar el conflicto intrafamiliar, viéndolo como un aspecto cotidiano, que deben soportar los miembros de la familia, mirada que contiene diversos estereotipos de género que no pueden seguir pasando por alto, en las esferas judiciales.

- Sentencia T-012 de 2016, Tutela interpuesta contra el Tribunal de Bogotá- Sala de familia por una mujer a la que le negaron la solicitud de alimentos por parte de su excónyuge en un proceso de divorcio, con el pretexto de que había violencia mutua y los dos eran culpables de las agresiones, (Violencia intrafamiliar, psicológica, física y económica), que la accionante alegaba que cometía su pareja de la cual se divorció.

Para la Corte, es importante resaltar que “el deber de alimentos del cónyuge culpable es una sanción que el ordenamiento jurídico colombiano establece a la parte matrimonial que ocasionó el divorcio. No es razonable considerar que un agresor intrafamiliar pueda verse beneficiado a pesar de que fue quien ocasionó la reacción de la víctima. Esto, en algunos casos será difícil de establecer, pero, como se sostuvo a lo largo de la providencia, no puede dejarse de lado el hecho de que ha sido la mujer, de diferentes formas, quien tradicionalmente ha sido la parte usurpada en su integridad por parte del hombre.” (Sentencia T.012 de 2016, p.44).

De igual manera señala que la etapa probatoria fue realizada con negligencia al no tener en cuenta pruebas que señalaban la agresión hacia la demandante. Y debido a que ella dependía económicamente de su entonces esposo su posición de vulneración frente al poder económico que tenía el agresor sobre ella tampoco fue tomada en cuenta. En ese contexto la Corte sienta un precedente en pro de la protección a las mujeres violentadas económicamente.

Por lo tanto, la Corte incorpora las siguientes reglas para que las autoridades judiciales las tengan en cuenta al solucionar sus casos:

- Desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres;
- Analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial;
- No tomar decisiones con base en estereotipos de género
- Evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres;
- Flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes;
- Considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales;
- Efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia;
- Evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales;
- Analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres.

(Sentencia T.012 de 2016, p.44).

En consecuencia, la Corte comprueba que el citado fallo viola el derecho fundamental al debido proceso de la actora. Por lo tanto, revoca el fallo proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá y ordena al acusado fallador, emitir una nueva sentencia que respete los derechos fundamentales de la actora.

- Sentencia T-271 de 2016, La reclamante es una mujer, estudiante de medicina que inicio servicio social obligatorio en el municipio de Padilla, Cauca, quien fue agredida sexualmente cuando se desplazaba a cumplir con su práctica, lo cual, le ocasiono una patología psiquiátrica (estrés postraumático, ansiedad, llanto constante, y problemas interpersonales) por lo que presenta acción de tutela contra la Secretaria Departamental de Salud del Cauca por vulnerarle los derechos a la salud y al trabajo. Ella solicitaba que se le exonerara de continuar prestando el servicio social obligatorio y se le compensara el tiempo laborado como trabajo suplementario debido a las múltiples circunstancias de fuerza mayor ajenas a su voluntad, y por las cuales había resultado afectada su salud física y psicológica.

Por otra parte, resalta la importancia de los instrumentos internacionales al brindar pautas de interpretación que son de obligatorio cumplimiento tanto para los funcionarios judiciales como para las entidades públicas del Ejecutivo, Legislativo y los entes de control del Estado para proteger los derechos humanos de la mujer.

Esta sentencia enfatiza el derecho fundamental a la salud de las víctimas de violencia sexual, colocándolas como sujetos de especial protección constitucional, el cual debe ser respetado, protegido y garantizado por parte del Estado. Para el cumplimiento de los estándares normativos en relación con dicho derecho el Estado debe garantizar el acceso a la atención de forma inmediata, integral, especializada, con enfoque diferencial, de forma gratuita y durante el tiempo necesario para superar las afectaciones físicas y psicológicas derivadas de las agresiones.

La atención en salud debe incluir la correspondiente valoración médica, los tratamientos, procedimientos quirúrgicos o medicación que garanticen sus derechos sexuales y reproductivos. Adicionalmente, se debe garantizar la atención psicosocial en condiciones de dignidad y respeto.

Es así como la Sala concluye que “la decisión de segunda instancia no valoró adecuadamente todos los aspectos relevantes para resolver la controversia propuesta por la accionante, pues omitió los deberes y obligaciones de respeto, garantía y protección de los derechos de la mujer en relación con los actos de violencia sexual, los cuales tienen unas claras directrices en relación con los derechos a la salud y las condiciones laborales, que ameritaban el amparo completo e integral de sus derechos fundamentales. Por tales razones la Sala revocará la decisión de segunda instancia.” (Corte Constitucional, Sentencia T-271 de 2016, pág. 62)

- Sentencia T- 027 de 2017, tutela interpuesta por una mujer contra una Comisaría de Familia y una Juzgado de Familia, por no conceder medida de protección de desalojo contra el padre de sus dos hijos. Como soporte de tal decisión exponen que no contaban con los elementos probatorios suficientes para determinar la existencia de agresiones que la pusieran en peligro y también porque existían “agresiones mutuas” entre la pareja, imponiendo medida de protección a favor de ambos. La decisión fue tomada a pesar de que en el informe de medicina legal aportado por la accionante en el proceso, se concluyó que existía un riesgo grave, a causa de lo anterior, la mujer tuvo que dejar su vivienda.

Como principales elementos jurídico la Corte resalta como los mandatos constitucionales y legales han reconocido en sus sentencias que las mujeres son sujetos de especial protección constitucional, y la accionante por su condición de mujer cabeza de familia se encuentra en estado de indefensión y en consecuencia merece una protección constitucional especial por parte del juez de tutela. “En este sentido, y en el marco de un ámbito investigativo y de juzgamiento de la

violencia de género, la Corte ha amparado los derechos fundamentales de este grupo poblacional cuando se ha demostrado que las autoridades de conocimiento han vulnerado el derecho al debido proceso al momento de evaluar la necesidad de brindar medidas de protección por violencia intrafamiliar” (Corte Constitucional, sentencia T 027 de 2017, p.19); tal cual como paso con la accionante, donde las autoridades pasaron por alto el informe de medicina legal, el cual desecharon con fundamento en que las agresiones fueron mutuas. Por lo tanto, la Corte ordena al juzgado accionado proferir una nueva sentencia que aplique el enfoque diferencia de género.

- Sentencia T-145 de 2017, se revisa el caso de una mujer víctima de violencia intrafamiliar afirma que sus derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la igualdad, a la protección reforzada como adulta mayor y mujer, a vivir una vida libre de violencias y a la administración de justicia fueron vulnerados por un juzgado de familia que revoca medida de protección de desalojo expedida en proceso de violencia intrafamiliar contra su compañero permanente.

En el presente caso, la Corte identifica que es obligatoria la adopción de enfoque de género para los administradores de justicia. Recomiendan al momento de argumentar darle relevancia al análisis de los hechos origen de la controversia, esto con la tranquilidad de que: La decisión no se arbitraria, lograr determinar si el material probatorio es suficiente para indicar los hechos discriminatorios y de violencia hacia la mujer o deben utilizar sus facultes oficiosas.

Por otra parte, la sala resalta que el juez no puede tener inclinaciones hacia alguna de las partes que obren dentro del proceso por razones con su género que puedan influir en su decisión de fondo.

En ese orden de ideas, la corte reconoce que a la accionante se le vio vulnerado su derecho de acceder a la protección especial frente a los hechos de violencia sufridos, motivo por el cual le tutelan sus derechos fundamentales

- Sentencia T- 184 de 2017, Tutela interpuesta contra el juzgado tercero promiscuo de familia de Barrancabermeja, al resolverle de manera desfavorable a una mujer la petición de practica de su interrogatorio de parte si la presencia de su ofensor, dentro de un proceso de alimentos presentado por la accionante en favor de sus hijos. Sin embargo, el juzgado destaca que la petición es improcedente dada la naturaleza de concentrada que tiene la audiencia inicial regulada en el artículo 372 del Código General del Proceso. La mujer estima que no pudo presentar apropiadamente sus alegatos por estar en presencia de su agresor.

En el presente caso, la corte reconoce a la víctima como un sujeto de especial protección donde la funcionaria judicial tenía el deber de darle prevalencia a los derechos fundamentales de la mujer víctima de violencia y apartarse de la rigurosidad de la norma procedimental de violencia. La corte resalta que el juez no puede hacer prevalecer el derecho procesal sobre el sustancial. Por lo tanto, la sala deja sin efectos las actuaciones realizadas por el juez y ordena que se fije nueva fecha para que la demandante rinda interrogatorio de parte sin la presencia del demandado, garantizándole su derecho de no ser confrontada con el agresor.

- Sentencia T-590-2017, acción de tutela presentada por una mujer contra una inspección de policía por vulnerarle su derecho fundamental a la vida digna al ordenarle permitir el ingreso de su excompañero sentimental a su domicilio, sin tener en cuenta que él la había agredido físicamente en varias ocasiones. orden que fue impuesta pese a las medidas de protección a favor de la accionante, incluida la de prohibirle al agresor el ingreso a la casa.

La Corte concluye que no hubo diligente valoración de las pruebas allegadas al proceso policivo, pues no se tuvieron en cuenta los testimonios de la accionante demostrando que era víctima de violencia intrafamiliar por parte de su excompañero, siendo visible el incumplimiento al deber constitucional de administrar justicia con perspectiva de género.

Bajo ese contexto, la inspección tenía la obligación de:

Evaluar los testimonios aportados dentro del proceso con un enfoque de género, pues de lo contrario se constituiría en una revictimización de la señora Carmen, dado que la respuesta que esperaba por parte de las autoridades no fue satisfactoria y por el contrario, confirmaron patrones de desigualdad, discriminación y violencia contra la mujer. (Corte Constitucional, Sentencia T-590 de 2017, p.34)

Por consiguiente, la Sala decide amparar el derecho fundamental al debido proceso de la accionante.

- Sentencia T-735 de 2017, tutela interpuesta por una mujer contra una Comisaría de Familia y un Juzgado de Familia, la accionante acudió ante diferentes autoridades públicas durante más de 7 años para buscar protección frente a los hechos de violencia psicológica que persistían de los cuales era víctima por parte de su expareja.

Como principales argumentos jurídicos para resolver el caso en concreto, la Corte resalta la importancia de la prontitud en la administración de justicia cuando se está frente a casos de violencia contra las mujeres, ya que deben ser analizados con mayor rigor y desplegar medidas urgentes que eviten la revictimización y reincidencia de violencia; de no ser así, se estarían vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la justicia.

En ese contexto, el estado se estaría convirtiendo en segundo agresor de las mujeres víctimas de violencia que se presentan ante autoridades institucionales para buscar protección de

sus derechos humanos y fundamentales que les han sido transgredidos. Así, resulta imperioso que los funcionarios del estado que conozcan casos de violencia contra la mujer adopten las siguientes pautas:

1. Las medidas de protección y el trámite de cumplimiento deben darse dentro de un término razonable para asegurar la materialización de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia de las mujeres víctimas de violencia, así como de la garantía de no repetición de las agresiones.

El juez deberá realizar un análisis razonable del plazo.

2. Las mujeres víctimas de violencia tienen derecho a acceder a la información sobre el estado de la investigación de los hechos de violencia en su contra, así como los datos que sobre ellos reposan en las bases de datos, y pedir su actualización y rectificación cuando estos sean inexactos, incompletos o fraccionados, induzcan a error o su tratamiento se encuentre prohibido.

Se deben hacer efectivas las medidas de protección de datos ante cualquier entidad.

3. Los funcionarios administrativos y judiciales que conozcan asuntos de violencia contra la mujer deberán ser imparciales, asegurando que sus decisiones no se fundamenten en nociones preconcebidas o estereotipos de género.

El juez no puede esperar a que una mujer se comporte de determinada manera. La corte expone ejemplos de estereotipos: ¹⁴

¹⁴ Se pueden revisar las sentencias: T-027 de 2017, T-634 de 2013, T-967 de 2014, T-012 de 2016. También se puede consultar el caso de Maria Da Penha c. Brasil de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el caso de Ángela González Carreño c. España, Comité CEDAW.

- Se desestima la violencia intrafamiliar por considerar que se dieron agresiones mutuas, sin examinar si ellas respondían a una defensa.
- Se exige que la víctima del delito de acceso carnal violento demuestre que resistió significativamente el acto para que pueda ser considerado como tal.
- Se desconoce la violencia psicológica denunciada, al estimar que los testigos de los actos no eran presenciales o que el vínculo matrimonial debe prevalecer para mantener la unidad familiar.
- Se entiende que la violencia intrafamiliar es un asunto doméstico que está exento de la intervención del Estado.
- Se le da prevalencia a la relación familiar, ordenando el mantenimiento de las visitas del padre a sus hijos, sin importar que este cometió actos violentos en contra de la madre.
- Se descalifica la credibilidad de la víctima por su forma de vestir, su ocupación laboral, su conducta sexual o su relación con el agresor.
- No se tiene en cuenta el dictamen forense sobre el nivel de riesgo de violencia, al considerar que este se fundamenta en la versión de la denunciante y que no fue contrastado con un dictamen realizado al agresor.
- No se tiene en cuenta la condena penal por violencia intrafamiliar a efectos de decidir sobre la condena en alimentos a cargo del cónyuge culpable, porque se estima que la defensa de las agresiones configura una concurrencia de culpas.
- Se analiza la versión de la mujer bajo el prejuicio de que la denuncia tiene como objetivo resultar vencedoras en el juicio de divorcio u obtener venganza, o que ha deformado los hechos, exagerando su magnitud.

- Se desestima la gravedad de la violencia por inexistencia de secuelas significativas físicas o psicológicas, o porque la mujer no asume la actitud de inseguridad, angustia o depresión que se cree debe demostrar.
4. Los derechos de las mujeres víctimas de violencia reconocidos en la Ley 1257 de 2008 deben ser garantizados en todos los procedimientos administrativos y judiciales para su protección y atención.”
 5. Las medidas de protección deben ser idóneas para eliminar la violencia o la amenaza denunciada, atendiendo la modalidad del daño y recurriendo a medidas diferentes a aquellas establecidas en la ley cuando la situación lo requiera.

La escogencia de la medida debe obedecer a una interpretación de: 1. el daño o la amenaza que generan los actos de violencia denunciados, esto es, psicológico, físico, sexual, patrimonial¹⁵, 2. La gravedad y la frecuencia de los actos de violencia, advirtiéndose que estas no están limitadas a la existencia de secuelas físicas o a un número determinado de días de incapacidad formulado, 3. Las obligaciones internacionales, constitucionales y legales que tiene el Estado en materia de prevención, investigación, sanción y reparación en relación con la violencia en contra de la mujer y 4. El contexto social de violencia estructural contra la mujer.” (Corte Constitucional, T-735 de 2017, p 48-60)

- Sentencia T-351 de 2018, acción de tutela presentada contra AFP Porvenir SA por negarle pensión de sobrevivientes a una abuela que tiene la custodia legal de sus nietas, bajo el precepto de que la representación legal de las beneficiarias la tiene el padre quien no cumple con el deber legal de alimentos.

¹⁵ La Ley 1257 de 2008 establece que la interpretación de esa ley debe atender a los distintos tipos de daño que puede sufrir la mujer como consecuencia de la violencia en distintos ámbitos (Ley 1257 de 2008, artículo 3).

En el presente caso, la corte reconoce la labor de cuidado integral que tuvo la abuela con las niñas desde que la madre murió y el padre las abandono, asimismo observa que el padre no logro demostrar su deber de alimentos con sus hijas. Por lo tanto, la Corte reconoce que sería inconstitucional otorgarle el pago de la pensión al papá de las niñas teniendo en cuenta que solo sería un obstáculo para que ellas como beneficiarias puedan acceder al disfrute de sus mesadas pensionales; y por otra parte se puede justificar un trato diferencial a la abuela por tener la custodia de sus nietas, que están bajo su cuidado y manutención.

Bajo ese escenario, la Corte destaca “el rol de la mujer cuidadora” y como estas mujeres también son víctimas de violencia y deben tener una protección especial.

En este punto la Sala resalta que aquellas mujeres:

1. Se ocupan del cuidado de personas que necesitan ayuda -que, en ocasiones, implica fuerza física;
2. Dan afecto y apoyo emocional y
3. Deben resolver las contradicciones que afrontan cada día.

Debido a que se ha desconocido que cuidar conlleva una carga y que implica dejar de lado parte de la vida, no se visibiliza la realidad del trabajo de las mujeres que cuidan de dependientes. Lo cual se traduce en una disparidad que conduce a la desvalorización de las mujeres y hasta en la violencia contra ellas. En efecto, si bien el reconocimiento del trabajo de cuidado -realizado por las mujeres- tiene un importante valor simbólico fundamental para establecer criterios de justicia social, dicho reconocimiento no transforma por sí solo la realidad de las mujeres y resulta necesario una serie de medidas que permitan cambiar una situación discriminatoria e injusta para las mujeres. (Corte Constitucional, Sentencia T-351 de 2018, p.48)

Es así como se puede enmarcar a “la mujer cuidadora” en la población que no logra tener acceso en condiciones de igualdad a la administración de justicia. En consecuencia, la Corte permite disponer a la abuela de las mesadas pensionales que pertenecen a las beneficiarias.

- Sentencia T-462 de 2018, se trata de tutela interpuesta por una mujer en nombre propio y representación de su hijo contra un juzgado de familia y una comisaría de familia por abstenerse de imponer medida de protección por maltrato psicológico y violencia contra ella y su hijo por parte del padre del menor.

En el presente caso, la Corte recuerda que los administradores de justicia no deben caer en connotaciones discriminatorias basadas en estereotipos de género especialmente cuando el caso verse sobre una mujer. Y resalta que no se puede “dar prevalencia a la protección de la unidad familiar o de los derechos del progenitor, sin tener en cuenta la realidad familiar.”. Es así, que mediante se establecen lineamientos para cuando las autoridades competentes deban tomar decisiones y medidas relacionadas con las visitas y custodia de los hijos e hijas:

1. Tener en consideración la existencia de un contexto de violencia intrafamiliar, para que el ejercicio de esos derechos no ponga en peligro la seguridad y la vida de las víctimas, lo cual significa realizar un estudio detallado de las formas de la violencia, atender la voluntad del menor de edad involucrado e implementar un régimen de visitas y/o custodia gradual y progresivo;
2. Adoptar un enfoque de género y no “*familista*”, esto es, que la decisión se funde en el interés superior del menor de edad y en los derechos fundamentales de la mujer, sin presumir que la custodia compartida o que las visitas son el único modo de asegurar el desarrollo de los niños y las niñas.”(Corte Constitucional, Sentencia T-462 de 2018, p.60)

- Sentencia T-093 de 2019, acción de tutela presentada por una mujer al considerar que se le estaban vulnerando sus derechos al debido proceso, a la defensa y a la igualdad, pues,

fue demandada por su compañero permanente para terminar un contrato verbal de arrendamiento y se restituyera el inmueble, en el proceso civil el juez fallo a favor del hombre sin tener en cuenta que la tutelante había sido víctima de violencia por parte de su compañero y que había iniciado un proceso de declaración de unión marital de hecho.

En el presente caso, la Corte recuerda la obligación que tiene la rama judicial de administrar justicia con perspectiva de género y como sobre ellos recae la responsabilidad de investigar, sancionar y reparar todo tipo de violencia contra la mujer. Lo cual, se puede garantizar mediante la elaboración de lineamientos orientadores que ofrezcan una interpretación clara a los operadores judiciales que les permita tomar decisiones unificadas en relación con la reconstrucción de “patrones culturales discriminadores”.

Por lo tanto, en pro de que las futuras decisiones judiciales se tomen con enfoque de género, la Sala considera necesario establecer unos criterios sobre como desplegar la actividad investigativa. Estos criterios son:

Primero: el análisis probatorio sistemático: el juez tiene el deber de decretar oficiosamente pruebas en los casos donde haya sospecha de violencia contra la mujer (...); segundo: La duda razonable: (...) el juez deberá permitir que se esclarezca, con plena certeza, la existencia de violencia de género, antes de tomar una decisión. y; tercero: El respeto de las competencias: (...) son los jueces de familia y penales quienes cuentan con las competencias, facultades y acciones suficientes para poder determinar la existencia o no de violencia contra la mujer.” (Corte Constitucional, Sentencia T-093 de 2019, p.55-56)

En consecuencia, si los mencionados criterios se hubieran aplicado al caso en concreto en el momento en que inicio el proceso de restitución de inmueble arrendado, el juez civil habría tenido en cuenta el hecho de que existió una unión marital de hecho, asimismo que había un acta

de no conciliación que contenía una recomendación para que la tutelante iniciara proceso de declaración de unión marital de hecho. Por otra parte, había elementos que le permitían al juez percibir que existía una relación entre el demandante y la accionante, pues ella había vivido en el inmueble por un largo tiempo sin que hubiera tenido que pagar arriendo, por lo que se hacía necesario que el juez desplegara toda actividad probatoria y definir sin duda razonable alguna que existía un contrato de arrendamiento, en otras palabras pudo decretar oficiosamente pruebas, pero eso no sucedió, el juez fallo solamente teniendo en cuenta las prueba aportadas en el proceso, sin tener veracidad de la ocurrencia de los hechos.

Es así, como se evidencia en el proceso falta de pruebas e inacción por parte del juez civil, lo que hace imposible resolver que existía un contrato de arrendamiento y por ende el incumplimiento del mismo. El actuar correcto del juez era rechazar la demanda para que se lograra precisar la situación entre los implicados de la existencia o no de la unión marital de hecho.

Por lo tanto, la Sala confirma las decisiones proferidas que salvaguardo a la tutelante su derecho fundamental a la igualdad y de tener una vida libre de violencia.

Ahora bien, como se pudo apreciar en cada sentencia de revisión de tutela, la Corte Constitucional se enfrentó a casos donde los operadores judiciales tomaban decisiones permeadas por estereotipos y prejuicios que en lugar de fortalecer derechos contribuyen a consolidar la desigualdad y discriminación, es por ello, que la Corte ha incorporado parámetros de estudio en favor de las mujeres, introduciendo directrices sobre cómo analizar los casos que impliquen actos de violencia contra la mujer y que limiten su derecho fundamental a la igualdad. Planteando una administración de justicia con enfoque de género la cual buscara:

Corregir la visión tradicional del derecho según la cual en ciertas circunstancias y bajo determinadas condiciones, consecuencias jurídicas pueden conducir a la opresión y

detrimento de los derechos de las mujeres. De ahí que, entonces, se convierta en un “*deber constitucional*” no dejar sin contenido el artículo 13 Superior y, en consecuencia, interpretar los hechos, pruebas y normas jurídicas con base en enfoques diferenciales de género (Corte Constitucional, Sentencia T-012 de 2016, p.64).

2.2 La Comisión de Género de la Rama Judicial

Teniendo en cuenta el papel relevante que tiene la Rama Judicial del Poder Público de investigar, sancionar y reparar cualquier tipo de violencia contra las mujeres, la Rama Judicial considera necesario tomar medidas que eliminen la deficiencia judicial en los casos de violencia contra ellas; y dar fuerza de cumplimiento a los requerimientos planteados en los Tratados internacionales ratificados por Colombia que buscan proteger a la mujer de cualquier tipo de violencia. Es así, que deciden adoptar mecanismos que permitan un real acceso a la administración de justicia mediante la aplicación de la perspectiva de género en la Rama Judicial.

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura mediante el Acuerdo 4552 de 2008 posteriormente modificado por el Acuerdo 9743 de 2012 dicta reglas para la aplicación de la equidad de género en la Rama Judicial. Estipulando, cual es la finalidad de implementar la equidad de género en la Rama Judicial, los espacios estratégicos de aplicación de la equidad de género y la creación de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial con sus respectivas funciones. En ese sentido, es preciso señalar, que la equidad de género al interior de la Rama Judicial tiene como objetivo eliminar las brechas de desigualdad existentes entre hombres y mujeres, promoviendo la no discriminación por género en las decisiones judiciales, en el acceso a la administración de justicia y en la actividad realizada por los servidores públicos de la Rama judicial (Sala Administrativa Consejo Superior de la Judicatura (SACSJ), Acuerdo 4552 de 2008,

Artículo 1, p.1). Siendo, las áreas estratégicas para implementar la aplicación de la equidad de género las señaladas en Acuerdo 9743 de 2012 artículo 2:

1. Planeación, a través de la formulación y estructuración de proyectos orientados al desarrollo y protección con enfoque diferencial y de género en la administración de justicia.
2. Formación, sensibilización e investigación en materia del principio de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género, de manera continua, sistemática y transversalizada a todos los servidores y las servidoras de la Rama Judicial, sin excepción.
3. Información y divulgación, dirigida a todos los servidores y las servidoras judiciales, así como a los usuarios y las usuarias de la administración de justicia, con enfoque diferencial y de género, con uso de las herramientas telemáticas y de comunicación.
4. Coordinación tanto en el ámbito intra como interinstitucional (territorial, nacional e internacional), para movilizar acciones que permitan avanzar en el proceso de apropiación y aplicación del enfoque diferencial y de género en la administración de justicia.
5. Sistematización de estadísticas, indicadores, aplicación de encuestas, atención de quejas, reclamos y sugerencias, seguimiento y evaluación, con enfoque diferencial y de género, como mecanismos de mejora y de verificación de logros de la política y de identificación de obstáculos que impiden su implementación, de control interno y correctivos pedagógicos para casos identificados y documentados de discriminación. (SAC SJ, Acuerdo 9743 de 2012, artículo 2, p.2)

En ese contexto, se crea la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial la cual se funda con el propósito de:

Orientar e impulsar el desarrollo de la equidad de género y el cumplimiento de sus objetivos y planes de acción encaminados a garantizar la igualdad y la no discriminación de las mujeres en el acceso a la administración de justicia y a los cargos de la judicatura y la introducción de la perspectiva de género en la actuación y la formación judicial. (SACSI, Acuerdo 4552 de 2008, Artículo 1, p.1)

Integrada por: Un Magistrado o Magistrada de la Corte Suprema de Justicia, un Magistrado o Magistrada del Consejo de Estado, un Magistrado o Magistrada de la Corte Constitucional, un Magistrado o Magistrada de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, un Magistrado o Magistrada de la Sala Jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (SACSI, Acuerdo 4552 de 2008, Artículo 3, p.3). El cargo de presidencia de la Comisión se desempeñará de manera rotativa por cada uno de los miembros y tendrá la duración de un año. Asimismo, la Comisión de Género de la Rama Judicial tiene el deber de cumplir con las siguientes funciones tal y como lo establece el Acuerdo 4552 de 2008 en su artículo 4:

- Proponer políticas, planes y acciones encaminadas a garantizar la igualdad y la no discriminación de las mujeres y las niñas en el acceso a la administración de justicia.
- Promover la sensibilización y la formación en materia de género, de manera continua y sistemática para todos los servidores judiciales.
- Mantener informadas a la Altas Corporaciones sobre las actividades de Género que se adelanten para la Rama Judicial.
- Efectuar la evaluación y el seguimiento al cumplimiento de las políticas, planes y acciones que en materia de género se determinen por la Comisión.

- Establecer directrices para la introducción de la perspectiva de género en la actuación y la formación judicial.
- Servir de órgano de coordinación de las Altas Cortes en materia de Género para la Rama Judicial.
- Coordinar con otros órganos nacionales o internacionales la ejecución de convenios en materia de género (SACCSJ, Acuerdo 4552 de 2008, Artículo 4, p.5)
- Asimismo, la comisión contara con sesiones ordinarias cuando la presidencia lo decrete y sesiones extraordinarias cuando la urgencia de los temas lo requieran.

Es así, como el nacimiento de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial se da con la propuesta de materializar el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación fortaleciendo lo dispuesto en la Constitución y en los Tratados internacionales; teniendo como fin principal combatir la discriminación de género, la cual, se puede entender como: “acceso desigual a la administración de justicia” (Revista de Género Construcción Justicia, 2011), discriminación que está siendo combatida por los operadores judiciales en sus sentencias al aplicar la perspectiva de género, lo que, trae como consecuencia:

(...) precedentes que coadyuvan a la construcción de un Estado respetuoso de los derechos humanos de las mujeres y de los grupos minoritarios; es decir, si aplican esa perspectiva de género, aplican el principio de la no discriminación en sus decisiones, esto va a servir de precedente a otras decisiones y a otros funcionarios y a la comunidad en general (...) (Revista de Género Construcción Justicia, 2011)

Bridando a todas las personas, sin discriminación alguna, un acceso igualitario a una justicia pronta, eficaz y eficiente. Y haciendo hincapié en la constante necesidad de incluir la

perspectiva de género, de modo que sea imperioso que los jueces de Colombia no solo cumplan la Constitución y los conjuntos normativos, sino también los compromisos adquiridos internacionalmente a través de los tratados ratificados.

2.3 Lineamientos de la Comisión de Género de la Rama Judicial para Resolver Casos Con Perspectiva de Género

En el proceso de introducir la perspectiva de género en las decisiones judiciales, la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial dando cumplimiento a lo establecido en sus funciones, ha elaborado varios materiales para brindar orientación a todos los funcionarios judiciales de Colombia en la protección de los derechos humanos y fundamentales de las mujeres; en especial en la búsqueda de la aplicación de la perspectiva de género para administrar justicia, donde resaltan dos documentos pedagógicos importantes para la llevar a cabo esa función. El primero es la “Lista de Verificación”, conocida como la “herramienta virtual de apoyo para la identificación e incorporación de la perspectiva de género desde el enfoque diferencial en las sentencias” y el segundo, “Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género”. En resumen, estos dos textos nos aportan lineamientos para poder resolver casos que requieran un enfoque diferencial de género.

En ese contexto, se procederá a hacer una presentación de cada documento y se plasmarán los criterios orientadores que ahí se han establecido.

En primer lugar se encuentra la “Lista de Verificación”, catalogada por la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial como una herramienta de trabajo transversal que permite a los operadores judiciales (i) identificar si en los casos que se encuentren en su despacho, estos se

deben conocer desde un enfoque diferencial de género, y con base a lo anterior (ii) otorgar criterios orientadores relacionados con el proceso y la decisión judicial; asimismo, la lista de verificación permite obtener un registro de la aplicación de la perspectiva de género que se da en los procesos; en otras palabras, si efectivamente se aplican o no los criterios con perspectiva de género al caso en estudio.

El modelo desarrollado para la identificación de los casos donde se debe incorporar la perspectiva de género desde un enfoque diferencial se encuentra estructurado en una ficha virtual denominada: “Perspectiva de género desde el enfoque diferencial en las decisiones judiciales-Lista de verificación”. Una vez llega el expediente del caso a el despacho del juez, se debe diligenciar la lista de verificación teniendo en cuenta las siguientes pautas:

- Información preliminar del caso de género y enfoque diferencial: En primera medida, se debe identificar la información básica preliminar del caso, diligenciando la primera parte de la lista de verificación que corresponde a los siguientes datos:

Tabla 1. *Datos básicos de identificación del caso*

ELEMENTO	DESCRIPCIÓN
1. Despacho judicial	Nombre completo del despacho judicial
2. Radicación	Numero de radicado, el cual individualiza el proceso respecto de cualquier otro que se transmite en el país.
3. Sujetos procesales	Partes del caso en su condición: <ul style="list-style-type: none"> • Demandante- Victima • Demandado- Agresor- Victimario
4. Clase de proceso	Clase de proceso precisando la jurisdicción y la especialidad
5. Tipo de decisión	Auto o sentencia

ELEMENTO	DESCRIPCIÓN
6. Ponente	Magistrado o Juez
7. Fecha	Día, mes y año
8. Categoría	Este ítem agrupa los diferentes temas que identifican el enfoque de género, la aplicación del derecho a la igualdad y la no discriminación, partiendo de la clasificación que traen los instrumentos internacionales como la Guía interactiva de estándares internacionales sobre derechos de las mujeres de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. República Argentina. Es importante identificar este ítem porque permite medir qué categoría de los estándares se aplica.
9. Categoría	Este ítem agrupa las subdivisiones relevantes de los temas reunidos en las Categorías, que identifican el enfoque de género, la aplicación del derecho a la igualdad y la no discriminación, partiendo de la clasificación de los instrumentos internacionales así como de la Guía interactiva de estándares internacionales sobre derechos de las mujeres de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. República Argentina. Es importante identificar este ítem porque mide qué subcategoría de los estándares se aplica

Nota: Esta tabla es de la Revista Lista de Verificación de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial

- Seguido a lo anterior, se debe relacionar el caso con alguna de las categorías de género propuestas por la Guía interactiva de estándares internacionales sobre derechos de las mujeres de la Corte suprema de Justicia de la Nación. República Argentina, lo cual permitirá tener claridad de la normatividad internacional aplicable al caso en concreto, las cuales son:

Tabla 2. *Categorías de género*

Categoría
1. Derecho a la no discriminación
2. Derecho a la vida sin violencia
3. Derechos de la mujer en situación de vulnerabilidad
4. Derecho a la tutela judicial efectiva
5. Derechos políticos
6. Derecho a la educación, cultura y vida social
7. Derechos al trabajo y a la seguridad social
8. Derechos sexuales, reproductivos y a la salud
9. Derechos civiles y patrimoniales
10. Derecho a la no discriminación en la familia

Nota: Esta tabla es de la Revista Lista de Verificación de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial

- Una vez recopilada la información preliminar del caso, se continua con el análisis de los criterios para la incorporación de la perspectiva de género, los cuales se clasifican en dos ítems; los que identifican el caso que requiere enfoque de género y los orientadores relacionados con el procedimiento y la decisión judicial. En la tabla, los criterios se encuentran como ítems que se deben revisar y posteriormente dejar evidencia de: Un “Sí”, cuando se cumple el criterio o un “No”, cuando no se cumple el criterio. Lo anterior, con el fin de dejar registro de cuales criterios con perspectiva de género desde el enfoque diferencial se aplican al caso en estudio y de que efectivamente el despacho de conocimiento evaluó cada uno de los ítems.

Tabla 3. *Criterios orientadores para la identificación del caso de género desde el enfoque diferencial*

1	1. IDENTIFICACIÓN DEL CASO DE GÉNERO DESDE EL ENFOQUE DIFERENCIAL
1.1	Analizar en cada caso, los hechos y derechos en disputa, el entorno social y cultural en el que se desarrollan, la vulneración de los derechos de las mujeres y de grupos poblacionales en situación de vulnerabilidad. Existen algunas preguntas claves que pueden contribuir a dar pistas frente a una situación de asimetría, exclusión o discriminación.
1.2	Identificar categorías sospechosas asociadas a la raza, etnia, lengua, religión, opinión política o filosófica, sexo, género y/o preferencia/orientación sexual, condiciones de pobreza, situación de calle, migración, discapacidad, privación de la libertad. Existen categorías que han sido denominadas “sospechosas”, por cuanto son potencialmente discriminatorias ya que exigen un escrutinio estricto al derecho a la igualdad.
1.3	Establecer si en el caso confluyen dos o más categorías sospechosas que impliquen una doble discriminación o si se trata de un caso de interseccionalidad: El análisis debe tratar de revelar cómo determinadas políticas y prácticas configuran las vidas de las personas afectadas, distinguiéndolas de otras que, por el contrario, no se encuentran bajo la influencia de los mismos factores. La interseccionalidad es una herramienta para el análisis, el trabajo de abogacía y la elaboración de políticas, porque aborda múltiples discriminaciones y nos ayuda a entender la manera en que unos conjuntos diferentes de identidades influyen sobre el acceso a derechos y oportunidades; así como también las relaciones de poder que surgen de estas identidades ya que facilita el trabajo en Derechos Humanos al evidenciar diversas formas de discriminación por razones de sexo, edad, etnia, diversidad sexual, condiciones económicas, discapacidad, por ejemplo, mujer, negra, indígena, discapacitada y mayor, etc.
1.4	Identificar si el demandante o víctima pertenece a un grupo históricamente desaventajado (situación de vulnerabilidad) o de desigualdad formal, material y/o estructural.
1.5	En caso de que exista un colectivo específico de demandantes o víctimas, hay que determinar si estas son mujeres víctimas de desplazamiento, despojo de la tierra o si pertenecen a un grupo indígena, gitanos, raizales, palenqueros, negros, afrocolombianos, etc.
1.6	Identificar si existe una relación desequilibrada de poder.
1.7	Revisar si se presentan situaciones de estereotipos o manifestaciones de sexismo en cada caso.

Nota: Esta tabla es de la Revista Lista de Verificación de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial

- Ahora, ya teniendo identificado el caso como uno que requiere un enfoque diferencial de género, se pasa al examen de los criterios orientadores relacionados con el

procedimiento y la decisión judicial, permitiendo garantizar la protección de los derechos humanos de las mujeres.

Tabla 4. *Criterios orientadores relacionados con el procedimiento y la decisión judicial*

2

CRITERIOS ORIENTADORES

- 2.1 Revisar si frente al caso proceden medidas especiales cautelares o de protección.
- 2.2 Ubicar los hechos en el entorno social que corresponde, sin estereotipos discriminatorios, prejuicios sociales.
- 2.3 Privilegiar la prueba indiciaria dado que en muchos casos la prueba directa no se logra. La carga probatoria cuando está inmersa la discriminación de género debe privilegiar la prueba indiciaria cuando no existe prueba directa. El conocimiento de la normatividad permite al(la) fallador(a) deducir el hecho indiciado del hecho conocido. Cuando parte acusada, perpetrador o postulado realiza un comportamiento discriminatorio, es el que tiene el deber de demostrar que su actuación no tuvo fundamento en el género, o que si este influyó fue con base en la utilización de un criterio utilizado de manera legítima.
- 2.4 Documentar adecuadamente la decisión judicial, cuando el caso trata de situaciones que afectan a un colectivo específico de mujeres, o grupos en situación de vulnerabilidad (víctimas de desplazamiento forzado, mujeres privadas de su libertad, etc.). Es un criterio que sirve para documentar de manera específica el impacto de una violación a los derechos de las mujeres en el marco de un colectivo específico (mujeres víctimas de masacres, desplazamiento forzado, despojo de tierras, mujeres privadas de la libertad, víctimas de desplazamiento, despojo de la tierra o si pertenecen a un grupo indígena, gitanos, raizales, palenqueros, negros, afrocolombianos, etc.). Además es privilegiar la función del Juez director del proceso para el direccionamiento de la prueba. Se debe probar sistematicidad o generalidad, entre otros. La prueba, tratándose de situaciones que afectan a un colectivo específico de mujeres, requiere amplia documentación, estadísticas, informes, estudio de la situación, jurisprudencia y doctrina. El impacto de una infracción en este marco es de especial gravedad.
- 2.5 Consultar y aplicar las normas nacionales concernidas al caso (Constitución Política, leyes, decretos, reglamentos, directivas, etc.). (Ver Anexo 4.a). En relación con los grupos étnicos, se debe tener en cuenta: El derecho propio, su sistema jurídico, sus autoridades, su organización social, cultural, política y lingüística.
- 2.6 Consultar y aplicar el marco normativo internacional: Convenios, conferencias, resoluciones, convenciones y los estándares internacionales de derechos humanos deben aplicarse a las normas internacionales, con aplicación del bloque de constitucionalidad, teniéndose en cuenta que tales instrumentos normativos al ser suscritos por el país son de obligatorio cumplimiento, según lo dispone el artículo 93 de la Constitución Política. (Ver Anexo 4.b). Se debe realizar el control de convencionalidad.
- 2.7 Cuestionar la pretendida neutralidad de las norma(s), si se hace necesario, a fin de evaluar los impactos diferenciados en su aplicación.
- 2.8 Consultar jurisprudencia nacional e internacional, así como la doctrina en materia género y derechos. (Ver pestañas de diálogo: Jurisprudencia Nacional e Internacional).

2

CRITERIOS ORIENTADORES

- 2.9** Trabajar la argumentación de la sentencia con hermenéutica de género sin presencia de estereotipos y sexismos en los hechos acontecidos, en la valoración de las pruebas, en los alegatos y en las conclusiones de las partes, sin olvidar acudir a la teoría general del derecho. Se debe argumentar de tal manera que la sentencia evidencie las desigualdades detectadas y las violencias como tortura, condición sexual, desplazamiento, afectación colectiva, etc. Para la decisión judicial es menester tener en cuenta el impacto en materia de desconocimiento de derechos fundamentales que las mujeres sufren en mayor medida, en aquellas situaciones que ponen en evidencia cuando la mujer es más vulnerable por ser mujer y cuáles son los principales problemas que se presentan, por ejemplo, violencia sexual, tortura, explotación doméstica, retaliación, amenaza por pertenencia a organizaciones sociales, seguidas de la desaparición forzada u homicidio en persona protegida, o cuando son combatientes el homicidio agravado, etc.
- 2.10** Visibilizar con claridad en las decisiones la situación específica de las mujeres o población en situación de vulnerabilidad, al proteger el derecho a la igualdad y la no discriminación.
- 2.11** fundamentales. Garantiza que la decisión otorgue igual o mayor protección a los derechos de la mujer, nunca menos. Se deben aplicar los principios constitucionales de universalidad, indivisibilidad, interdependencia, progresividad y pro persona. Cuando se habla de la decisión judicial y el reconocimiento de los derechos, se reconoce y protege el derecho que tiene la mujer, así se reivindica su dignidad, con la tutela efectiva de los derechos, no solo de aquellos que están en pugna. El reconocimiento debe traducirse en una realidad efectiva y tangible. Blindar la decisión con el correspondiente test de proporcionalidad.
- 2.12** Visibilizar la existencia de estereotipos, manifestaciones de sexismo, relación desequilibrada de poder y riesgos de género* en el caso.
- 2.13** Aplicar las medidas legales de discriminación positiva y emitir en sus decisiones juicios críticos frente a las protecciones reforzadas de orden constitucional para la efectividad de los derechos (igualdad, no discriminación, no violencia)
- 2.14** Escuchar la voz de las mujeres y de las víctimas de las organizaciones sociales. Este criterio significa que la voz de la mujer será escuchada y no debe ser suplantada para que otros hablen por ella. Se debe escuchar desde la sensibilidad y evitar incurrir en subjetividad, pues se busca que la narración sea objetiva, además es importante convocar a instituciones con conocimiento especializado, para ayudar a la comprensión de la problemática y que lleven al funcionario(a), a encontrar parámetros para su sentencia, sin violentar su independencia. Por ejemplo, consulta a la academia, organismos internacionales, Secretarías de Equidad de Género, ICBF, ONG, etc.
- 2.15** Fijar precedentes y aportes en materia de género con la argumentación y el sentido de la sentencia.
- 2.16** Controlar la revictimización y estereotipación de la víctima(s) tanto en los argumentos como en la parte resolutive de las decisiones judiciales.
- 2.17** Usar acertadamente un lenguaje incluyente y no invisibilizador: La redacción de la providencia mantiene armonía en el lenguaje de género, si es incluyente hace visibles a las partes.
- 2.18** Determinar medidas de reparación integral del daño (verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición).

Nota: Esta tabla es de la Revista Lista de Verificación de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial

Por otra parte, se encuentra como material de apoyo, el libro “Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género”, el cual, expone unas preguntas claves que se pueden también encontrar en una de las pestañas del material de la “Lista de verificación” como un elemento más de consulta permanente. Estas preguntas se deben resolver al inicio del caso para reconocer si se está frente a una circunstancia de exclusión o discriminación de género:

Tabla 5. Preguntas claves para establecer la perspectiva de género desde un enfoque diferencial

PREGUNTA	COMENTARIO
¿Quién hace qué?	Para determinar en cada caso, quién es la víctima y quién es el agresor; o quién es el demandante o el demandado; o quien o quienes sienten que tienen un derecho vulnerado y quién es el señalado como responsable. Es importante precisar lo mejor posible, entre otras cosas, si se trata de hombre o mujer, de niños o niñas, de indígenas o afrodescendientes; si tienen o no discapacidad; si están o no en condición de desplazamiento o de indefensión o vulnerabilidad.
¿Cómo, con qué?	Para establecer elementos sobre el acceso a recursos y posibilidades con los que cuenta cada una de las partes. Inclusive para el acceso a la justicia.
¿Quién es dueño de qué?	La titularidad de los bienes en disputa, la propiedad en sí misma, constituye un elemento de poder para quien la ostenta. En conflictos de pareja; en los casos de desplazamiento o despojo de tierras, el tema de la propiedad es crucial, dado que no siempre es claro el elemento de la titularidad formal y es preciso acudir a diferentes mecanismos de prueba para garantizar de manera efectiva los derechos a quien teniéndolos, no siempre los puede de manera adecuada demostrar.
¿Quién es responsable de qué?	Quién está obligado a prevenir, a proteger, a hacer o no hacer algo en relación con los derechos de alguien. Quién es señalado como actor de una conducta antijurídica en el ámbito público o privado que afecta los derechos.

PREGUNTA	COMENTARIO
¿Quién tiene derecho a qué?	Es preciso establecer en la reclamación, demanda o denuncia, de qué derechos se trata y quién es el titular de éstos. Se trata de reconocer quién tiene derecho a qué y no de dadas o favores. El reconocimiento del derecho dignifica.
¿Quién controla qué?	En las relaciones el elemento de control es constituyente del ejercicio del poder. En las relaciones de pareja por ejemplo el control puede ser un determinante de violencia generalmente invisible: control del dinero, de la movilidad, de la comunicación.
¿Quién decide qué?	El poder para decidir está estrechamente asociado tanto a la participación, a la ciudadanía y a la democracia como a la autoridad y a la rendición de cuentas. De otra parte, las relaciones de pareja tienen múltiples implicaciones cotidianas que pueden generar conflicto o violencia: en el manejo del dinero, la crianza de los hijos, la autonomía personal y hasta en los derechos sexuales y reproductivos.
¿Quién recibe qué?	Desde un criterio de equidad en la distribución de beneficios, es menester observar que reciba más quien tiene menos y menos quien tiene más.
¿Por qué?Cuál es la base de la situación?	Sin duda, algo que contribuye a abordar de manera integral un hecho, es ponerlo en contexto y realizar un análisis de la situación teniendo en cuenta las reglas, normas y costumbres; inclusive la historia puede ayudar a explicar ciertas prácticas o comportamientos que en algún momento era permitido pero que actualmente la ley proscribía o viceversa, por ejemplo en 1932 la ley reconoció la capacidad de las mujeres casadas para administrar tanto los bienes propios, como los adquiridos en vigencia de la sociedad conyugal; antes en materia patrimonial estaban totalmente sometidas a la potestad del marido.

Nota: Esta table es del libro Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial. Pag 20-21.

Teniendo claridad que la sentencia judicial tratará un tema que incorporará la perspectiva de género, el libro “Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género” propone al operador judicial algunos criterios relacionados con el procedimiento judicial y la equidad de género, y otros relacionados con la decisión judicial y la equidad de género, los

cuales, condicen a que el operador(a) judicial tenga un mejor enfoque diferenciado de género en la sentencia:

1. Criterios orientadores relacionados con el procedimiento judicial y la equidad de género:

- Desplegar una buena argumentación jurídica que se ajuste a la constitución y proteja de manera eficiente el derecho a la igualdad y le principio de no discriminación de género.
- Visualizar las circunstancias específicas de la mujer como parte de un contexto social propio de una cultura determinada. Desde la admisión de la demanda se deben tener en cuenta las situaciones de vulnerabilidad (mujer cabeza de familia, mujer perteneciente a un grupo étnico...) y tomar medidas jurídicas de protección reforzada.
- Aplicar principios hermenéuticos que tengan en cuenta situaciones de discriminación y desigualdad contra la mujer. Eliminando prejuicios que se suscitan alrededor del género, propendiendo por un trato diferencial que permita superar el “igualitarismo” entre hombres y mujeres.
- Hacer un análisis del conjunto probatorio que permitan deducir el hecho indiciado del hecho conocido, lo cual propiciara el establecimiento de la verdad real, incluso por medio del decreto de pruebas de oficio cuando el procedimiento lo permite.
- Garantizar el acceso real de las mujeres a la justicia escuchándolas con sensibilidad y evitando incurrir en subjetividades.
- Otorgar voz a las organizaciones de mujeres y expertos, para que ayuden con el planteamiento y entendimiento del problema, en aspectos especializados o conceptos de los cuales desconocen su alcance, en aras de buscar una solución pertinente y conducente al caso.

- Para tomar la decisión judicial es imprescindible que el juez o la juez del caso acuda a estadísticas, informes o estudios, jurisprudencia, estableciendo patrones para ampliar el panorama del caso y acercarse de manera más certera, a la verdad real. (Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial & Consejo Superior de la Judicatura, Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género, 2011, págs. 25-30)

2. Criterios orientadores relacionados con la decisión judicial y la equidad de género:

- Interpretar la norma y el entorno del caso a la luz de los valores, principios y derechos consagrados en la nueva constitución, y, en especial de todos los tratados internacionales sobre los derechos de las mujeres.

- Tener conciencia independiente al tomar una decisión judicial, no puede estar infundido de sus propios estereotipo y prejuicios.

- Tener formación en la teoría general del derecho: Teoría de la argumentación jurídica con pautas hermenéuticas que permiten reconocer los derechos de las mujeres y adquirir bases de derecho constitucional, legal, jurisprudencial y de la doctrina.

- Tener en cuenta las normas del bloque de constitucionalidad referentes a la protección de las mujeres. Si hay carencia de desarrollos en un tema en específico, se debe acudir a la normativa y jurisprudencia nacional e internacional y al derecho comparado.

- Es necesario, que la mujer vinculada al proceso se le considere, pondere y valore, el rol que desempeña en su contexto social.

- Se debe reconocer y proteger efectivamente los derechos fundamentales de las mujeres, pero no solo los que están en pugna, sino, los que necesaria y obligatoriamente van a materializar la garantía de los derechos fundamentales de los cuales son titulares.

- Si se está frente a un caso que presenta situación de discriminación, se deben ordenar las medidas necesarias para superar la misma y garantizar el derecho a la igualdad. Así, se aconseja acudir al “test de igualdad” presentado por la Corte Constitucional en su sentencia C- 029 de 2009 de la siguiente manera:

“Para determinar si una diferencia de trato resulta discriminatoria, es preciso: a. Establecer si los supuestos de hecho son asimilables; b. Indagar sobre la finalidad del tratamiento diferenciado; c. Determinar si esa finalidad es razonable y, por consiguiente, constitucionalmente admisible; d. Indagar sobre la adecuación del medio a los fines perseguidos, Superados los anteriores pasos, establecer si se satisface el criterio de la proporcionalidad.” (Corte Constitucional, Sentencia C-029 de 2009)

- Ordenar las medidas afirmativas necesarias a que haya lugar, y agregar en sus decisiones juicios críticos frente a las protecciones reforzadas de orden constitucional. Lo anterior, con el fin de hacer efectivo el reconocimiento del derecho a la igualdad.

- Al emitir la decisión judicial se debe tener en cuenta cuales son los principales problemas en materia de desconocimiento de derechos fundamentales que las mujeres sufren. Por lo tanto, hay que considerar la condición en la que se encuentre la mujer ejemplo: Privada de la libertad, desplazada por la violencia, perteneciente a grupos étnicos, etcétera).

- Tener en cuenta el principio de progresividad, es decir: Reconocido el derecho, el estado y sus instituciones deben proteger y garantizar su cumplimiento sin ni limitarlos.

- La decisión judicial no puede ser tomada con base en criterios de objeción de conciencia. La objeción de conciencia, no puede ser una justificación para la negación de la autonomía y el libre ejercicio de los derechos de las mujeres.

- Reconocer la importancia del poder transformador de las decisiones judiciales. Las decisiones deben optar por reconocer la categoría de género que le corresponde a la mujer en relación con sus derechos; es decir, dignificar el papel de la mujer en la sociedad. (Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial & Consejo Superior de la Judicatura, Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género, 2011, págs. 30-41)

Conclusiones del capítulo

De conformidad con lo expuesto en el presente capítulo, se puede concluir: Primero, la administración de justicia desde la Corte Constitucional se ha planteado una meta seria y permanente, la de incluir una perspectiva de género en sus decisiones. Ello implica, reconocer que los conflictos sociales que son sometidos al conocimiento de la justicia envuelven realidades y particularidades que requieren de una mirada especial y diferente; es decir, que indaguen de manera honesta por la existencia de desigualdades y asimetrías socioculturales entre las partes, que identifique con claridad los estereotipos y prejuiciosos. En términos generales que se adopten estrategias tendientes a eliminar esas desigualdades, y se emita una decisión justa y sin patrones discriminatorios.

Segundo, todos los jueces y juezas de Colombia cuentan con el apoyo pedagógico de la Comisión Nacional de Género, la cual, ha implementado estrategias a través de la creación de herramientas orientadoras tendientes a superar la indiferencia frente a los cuestionamientos de género, asumir una mayor sensibilidad frente a ellos, superar la trivialización del tema, combatir las construcciones jurídicas y sociales discriminatorias y en términos concretos reducir la brecha entre la norma que garantiza la igualdad real y efectiva y nuestra espinosa realidad.

Tercero, la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial mediante los textos: “Lista de Verificación” y “Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género”, busca formar y sensibilizar a todos los funcionarios judiciales a través de la educación para cultivar un compromiso judicial con la igualdad y puedan incluir una perspectiva de género en sus decisiones, reforzando el compromiso con la justicia y la igualdad.

Cuarto, para la inclusión de la perspectiva de género en la labor judicial la Comisión de Género construye las siguientes subreglas: a. criterios para decidir si estamos frente a un caso en el que deba aplicarse el enfoque diferencial, mediante la identificación de sospechosas de situaciones vulnerabilidad o discriminación. b. Criterios para decidir medidas cautelares, para la argumentación y lenguaje, para la investigación y etapa probatoria, para las decisiones u órdenes y reparación integral.

3. Evaluación de las Decisiones del Consejo del Estado en los Asuntos de Reparación Directa Durante el Periodo del 1 de Enero de 2020 al 31 de Diciembre 2020 en los que se Resuelvan Casos en los que Debían Incluirse Criterios Diferenciales de Género Para Orientar Decisiones Judiciales.

En este capítulo se explicará el proceso de selección de las sentencias de reparación directa, cual es el interés en ellas dentro de la presente investigación, y se emplearan los criterios orientadores de la Corte Constitucional y de la Comisión Nacional de Género resultantes de la identificación y análisis efectuado en el capítulo anterior, en la proyección de una ficha de análisis jurisprudencial que permitirá evaluar si en la jurisprudencia seleccionada se debe aplicar el enfoque de género y si el juez lo aplica y cómo lo aplica.

Es de resaltar, que el Consejo de Estado ha venido adoptando orientaciones para decidir con enfoque de género en temas específicos como lo son: la privación injusta de la libertad cuando se evidencia que hay de por medio una víctima de violencia sexual y en donde pese a que posteriormente el procesado es absuelto por falta de pruebas, la jurisdicción contencioso-administrativa ha valorado que en los casos en que hay violencia sexual hacia la mujer, son casos en los que ante la dificultad probatoria, la conducta del procesado termina sido determinante para que se imponga la medida de aseguramiento¹⁶ y no hay lugar a determinar la responsabilidad del Estado, pues la medida se justifica por el grado de vulnerabilidad de las mujeres frente a este delito y la desigualdad de armas en materia probatoria; también se ha reconocido el enfoque de género en casos de indebido funcionamiento de la administración de justicia, ante dilaciones injustificadas frente a mujeres víctimas de violencia, en estos casos la Sala Tercera acude a las sentencias de la Corte Constitucional para proteger los derechos de la mujer¹⁷; y en casos donde hay deficiencia en la atención médica de la mujer gestante, lo que evidencia discriminación de género y en donde la sala reconoce la procedencia de medidas de reparación integral¹⁸. En general el Consejo de Estado ha ido reconociendo en género como una categoría sospechosa de discriminación en donde se amerita la incorporación de criterios diferenciales.¹⁹ En estos casos el Consejo de Estado ha

¹⁶ Se pueden ver las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección A, C.P. María Adriana Marín, Radicado No. 44001-23-31-000-2004-00987-01(45574); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección C, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, Radicado No. 76001-23-31-000-2007-00903-01(44378); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección A, C.P. María Adriana Marín, Radicado No. 44001-23-31-000-2008-00355-01(51733); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección A, C.P. María Adriana Marín, Radicado No. 76001-23-31-000-2005-02191-01 (50171); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección C, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, Radicado No. 23001-23-31-000-2010-00025-01(42243).

¹⁷ Se puede ver la siguiente sentencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección B, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Radicado No. 50001-23-31-000-2003-30307-01(40251)

¹⁸ Se puede ver la siguiente sentencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección B, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Radicado No. 19001-23-31-000-2003-02031-02(38888)

¹⁹ Pueden verse también las sentencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 17 de marzo de 2010, expediente 18101. C.P. Mauricio Fajardo Gómez; la cual reconoce el lucro cesante en amas de casa. Y la sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

reiterado las subreglas fijadas por la Corte Constitucional, con lo que se valora que se reconoce la disciplina jurisprudencial en esta materia. No obstante, el presente capítulo hace énfasis en la aplicación de los criterios orientadores de la Corte Constitucional y los lineamientos de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, con el fin valorar su incorporación en las sentencias del Consejo de Estado en el periodo 2020.

3.1. Metodología Para la Identificación de las Sentencias de Reparación Directa, Periodo del 1 de Enero de 2020 al 31 de Diciembre 2020, del Consejo de Estado en las que Debía Tenerse En Cuenta la Perspectiva de Género.

La identificación de las sentencias se realizó a través de la página web del Consejo de Estado, en el buscador de relatoría. Se utilizaron los siguientes criterios de búsqueda: Sentencias, Sección tercera, providencia, fecha: 1 de enero de 2020 hasta el 31 de diciembre de 2020; y como palabras claves “reparación directa y mujer”; el resultado inicial fue de 19 sentencias, con este criterio.²⁰ A estas decisiones se les aplicó un primer filtro siguiendo las orientaciones de la Corte Constitucional y de la Comisión Nacional de Género para identificar si se trataban de casos en donde el género importa, es decir si debían aplicarse los criterios orientadores, estos criterios permiten identificar si existen hechos que muestren asimetrías de poder ligadas al género. Como resultado de este primer filtro, se determinó que ocho de esos 19 pronunciamientos debían ser abordados con enfoque diferencial de género.

Subsección B, 28 de mayo de 2015, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; la cual condena al estado colombiano a indemnizar a la familia de la víctima por violencia intrafamiliar y feminicidio cometido por miembro de la fuerza pública a su cónyuge.

²⁰ Se corroboró la ecuación de búsqueda con el criterio sentencias de género en donde el resultado para el 2020 no arrojó ninguna sentencia de reparación directa localizada. Puede consultarse http://servicios.consejodeestado.gov.co/testmaster/nue_gener.asp

En ese contexto, se hace relevante explicar que las sentencias del Consejo de Estado que conocen asuntos de reparación directa son el objeto de estudio de la presente tesis porque son procedentes de demandas que buscan la reparación de daños ocasionados por la administración pública o sus agentes; daños, que en materia de género terminan sufriendo las mujeres; y pueden ser resarcidos a través de la Reparación Directa, que “es la forma en la cual se puede perseguir la materialización de una reparación en aras de mitigar los daños causados por la administración, ya sea por un mal funcionamiento derivado de una falla en el servicio, o por la simple omisión o actuación arbitraria de alguna autoridad estatal, como quiera que se encuentre responsable” (Majarres Campo, 2019, pág. 25). Así, se evaluarán las decisiones emitidas durante el año 2020 considerando que es un panorama en el cual los jueces ya cuentan con elementos pedagógicos por parte de la Corte Constitucional, Comisión nacional de género y el mismo Consejo de Estado sobre cómo administrar justicia con perspectiva de género y por ende se esperaría que las sentencias proferidas en ese periodo de tiempo estén valoradas con dicho enfoque.

El análisis de estos casos se presentará de la siguiente forma: Primero un escenario en el que se analizan casos de Responsabilidad Médica, cinco en total. Segundo, un escenario en el que el enfoque de género permitía una especial valoración a la mujer en su condición de madre y al daño que se produce a los niños y niñas con la afectación a la víctima cuando ejerce este rol, dos casos y finalmente, un caso de responsabilidad por privación injusta de la libertad en un caso de violencia sexual.

3.2. Análisis de las Sentencias

El análisis de cada una de estas sentencias se hace a partir de la ficha de análisis jurisprudencial, la cual, permite discriminar: 1) sus características fácticas desde el enfoque

diferencial. Y 2) La evaluación de la argumentación que justifica la decisión a partir de los criterios orientadores para el procedimiento.

3.2.1 Sentencias de Responsabilidad Médica

- La sentencia con radicado No. 08001-23-31-003-2007-00806-01 (60092) de fecha 23 de octubre de 2020, conoce el caso de una mujer diagnosticada con VIH, la cual, no tuvo fácil y rápido acceso por trámites administrativos del Instituto de Seguro Social EPS a sus medicamentos antirretrovirales, llevándola al avance rápido de su enfermedad que culminó con la muerte; quedando sin la posibilidad de mantener su expectativa de vida por un tiempo más largo, pues importantes estudios han destacado que las personas con VIH pueden tener una vida similar a la de una persona negativa, siempre y cuando cumpla con un tratamiento adecuado; se identifica que es un caso donde el género importa porque se encuentra una categoría sospechosa de discriminación como lo es tener un diagnóstico de VIH. Siendo así, se procede con la evaluación de los criterios orientadores. En principio, hay ausencia del marco normativo nacional e internacional en materia de género, pese a que esta Sala reconoce que la víctima es un sujeto de especial protección constitucional y refuerza sus argumentos con jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha defendido el derecho a la salud en condiciones de integralidad a personas que padecen esta patología, no se valoró la condición especial de la víctima, como de que se trataba de una mujer joven, viuda y con tres hijos que merecía un reconocimiento especial en la sentencia teniendo en cuenta la fragante transgresión en su derecho a la salud y a la vida. Si bien es cierto que esta Corporación no puede reconocer indemnización por concepto perjuicios morales porque en este caso se constituye un daño autónomo por la pérdida de la oportunidad de haber accedido a los medicamentos requeridos

y no por la muerte de la paciente, como mínimo la sentencia debía incorporar medidas de justicia restaurativa en su fallo; en este caso solo se condenó a los legitimados en la causa por pasiva a pagar a los demandantes la suma de 80 s.m.l.m.v. para cada uno, a título de pérdida de oportunidad, pero no se valoró la incorporación de medidas de justicia restaurativa como medio para la reparación integral del daño, dejando la sentencia sin incorporación efectiva del enfoque de género.

- La sentencia con radicado No. 52001-23-31-000-2010-00086-01(43032) de fecha 5 de octubre de 2020, se estudia el caso de una mujer de 34 años de edad en estado de embarazo calificado de alto riesgo que tuvo un aborto espontáneo y alega que el E. S. E. Centro de Salud Hermes Andrade Mejía incurrió en una omisión al no ser remitida oportunamente a un hospital de segundo nivel. Si bien, era una mujer que se encontraba en una situación de vulnerabilidad la historia clínica de la paciente demuestra que la entidad demandada le prestó el servicio con una atención adecuada y oportuna, remitiéndola en dos oportunidades con el médico especialista en ginecología, las cuales, no fueron tramitadas por la paciente y en su lugar buscó ser atendida en otra entidad de salud; Por otra parte, la paciente suspendió el tratamiento diagnosticado por el médico tratante sin tener en cuenta las graves complicaciones que se podían presentar como la amenaza de aborto.

En el caso, no se encontró una categoría sospechosa de discriminación, una relación desequilibrada de poder y tampoco situaciones de estereotipos o manifestaciones de sexismo. Las pruebas permitieron determinar que se brindó una adecuada atención a la paciente y que existió responsabilidad por parte de la misma al no cumplir con las indicaciones de su médico tratante. Por lo anterior, este caso se idéntica como uno que no requiere un enfoque diferencial de género.

- En seguida se expone el análisis de la sentencia con radicado No. 50001-23-31-000-2006-01030-01(59225) de fecha 27 de agosto de 2020, la cual, estudia el caso de una mujer que demanda a la E.S.E. Hospital Departamental de Villavicencio por no informarle los riesgos, secuelas y probabilidades de nuevos embarazos que pueden ocurrir con la realización del procedimiento quirúrgico técnica “Pomaroy”; la mujer se realiza dicho procedimiento y a los dos años queda embarazada. En la presente sentencia, se evidencia una afectación relevante a un bien constitucionalmente amparado como los son los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, viéndose lesionada su autodeterminación reproductiva, la cual reconoce, respeta y garantiza la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia. Por lo anterior, se lleva a la configuración de que es un caso que requiere enfoque de género.

En primera medida, es de resaltar que la Sala resuelva el caso concreto acudiendo a la Convención para la Eliminación Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que reconoce el derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de sus hijos e hijas y el intervalo entre los nacimientos; acude a protecciones reforzadas de orden constitucional respecto a la vulneración que conlleva una esterilización fallida, como lo fue para la actora en este caso particular, en el que se vio frustrado su proyecto de vida, su libertad sexual y el libre desarrollo de la personalidad, siendo sometida a una carga adicional por la omisión de información del médico tratante.

Y en segunda medida, el caso es ejemplarizante porque busca la no repetición de esta situación en otras mujeres; acudiendo la Sala a la Sentencia de Unificación²¹ proferida por esta

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988).

corporación en materia de reparación integral del daño y garantías de no repetición; por lo que, condena al Hospital Departamental de Villavicencio; a diseñar un consentimiento informado de planificación familiar el cual debe contener toda la información técnica expedida por el gobierno nacional, diseñar un esquema de capacitación medico donde incluyan las implicaciones a la falta del deber de información y a reconocer una indemnización pecuniaria adicional a las medidas no pecuniarias reconocidas en primera instancia en la medida que estas últimas no le serian aplicables. Si bien es cierto, que en este caso la sentencia abordo el tema de la reparación integral garantizando la no repetición, omite la reparación restaurativa en el resuelve, pudiendo también condenar a la entidad con el restablecimiento simbólico.

- Luego se aborda el caso de la sentencia con radicado No. 68001-23-33-000-2013-00271-01(52363) de fecha 22 de mayo de 2020, En el presente, mujer que tuvo un embarazo que se desarrolló en condiciones de normalidad demanda al Hospital Universitario de Santander para que se declare responsable por los perjuicios ocasionados como consecuencia de la falla en la prestación del servicio médico, que causó la muerte de su hija por nacer. De conformidad con la sentencia, está acreditado que la mujer acudió al hospital para iniciar su trabajo de parto en la medida que contaba con 41 semanas de gestación; en el primer monitoreo a las 9:50 am enfermera de turno le aplica 25 microgramos de Misoprostol y a las 10:50 am en sala de partos le suministran una segunda dosis, lo cual, de acuerdo con la Federación Latinoamericana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología, la dosis intravaginal recomendada es de 25 microgramos cada seis horas, “*en caso de no obtenerse una buena respuesta contráctil*”. Después de la aplicación del medicamento queda probado que la paciente no tuvo la vigilancia suficiente para prevenir un efecto de las cantidades del medicamento suministrado que aceleraría el proceso de parto, y que en este caso ocasiono una sobreestimulación del útero que

ocasionó ruptura uterina, sufrimiento fetal y en consecuencia el fallecimiento por hipoxia aguda del bebé. En ese sentido, la Sala reprocha la situación de proporcionar un medicamento en exceso teniendo en cuenta que iba conforme con los protocolos y recomendaciones para el caso.

Por otra parte, se encuentra que la paciente a las 6:05 pm se encontraba en condiciones para iniciar la fase final del nacimiento, sin embargo, 55 minutos después se atiende a la paciente sin hacer un examen relacionado con el bienestar materno fetal. En ese sentido, también se encuentra que hubo inconsistencia en el diligenciamiento de la historia clínica generando dudas de la información allí consignada.

Ahora, si bien es cierto que la Sala coincide en que para el caso se configura una falla en el servicio debidamente probada e indemniza como le corresponde. El caso no fue analizado desde el enfoque diferencial de género atendiendo que era una sentencia que trataba de un daño derivado de la actividad médica obstétrica la Corporación debió resaltar lo importante del cuidado y protección de la mujer en estado de gestación; pues, era una mujer en una situación de vulnerabilidad que gozaba de protección constitucional y se debía velar prioritariamente por la conservación de la integridad física de la madre y la del bebé que estaba por nacer; asimismo se debió acudir al marco normativo internacional en relación a los actos de violencia basados en el género, pues es un caso donde la paciente sufrió un trato irrespetuoso y ofensivo antes y durante el parto que viola sus derechos fundamentales a la vida, la salud, la integridad física y la no discriminación; tampoco se consultó jurisprudencia nacional que se pronunciara sobre el trato inhumano en la atención obstétrica también conocido como violencia Gineco-obstétrica; igualmente, la sentencia no reconoce que se está frente a un caso de violencia de género que se encuentra de manera permanente en el sistema de salud vulnerando derechos sexuales y

reproductivos de las mujeres, y por ende debía evaluarse como tal; finalmente, en la sentencia se evidencia que al momento de determinar la indemnización de perjuicios la Sala no ordena medidas restaurativas no pecuniarias de no repetición, y en este caso por presentarse una lesión de derechos constitucionales y convencionalmente protegidos se debía conceder este tipo de medidas²².

- Finalmente se evalúa la sentencia con radicado No. 17001-23-31-000-1999-00691-01(26202) de fecha 2 de marzo de 2020, la cual, analiza el caso de una mujer de 45 años de edad, multigestante considerada por tener un embarazo de alto riesgo muere después de dar a luz por una atonía uterina que provoco una hemorragia severa y rápida que llevo a la paciente a la muerte. En el presente caso, el esposo y los hijos demandan al Hospital Departamental Felipe Suárez de Salamina E. S. E por considerar que son responsables de su muerte por no remitirla a un centro médico de mejor nivel para el manejo de parto teniendo en cuenta que su embarazo había sido considerado de alto riesgo. Lo cual la Sala señala que de acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente, dadas las características del embarazo de la familiar de los demandantes, este correspondía a un nivel de complejidad superior al que fue atendido lo cual conlleva a una falla en el servicio de salud pues de haberse remitido se le hubiera prestado un mejor servicio donde habría contado con mayor nivel de personal e instrumentos que hubieran podido tratar y tener la posibilidad de superar la complicación médica.

En ese contexto, nos encontramos frente a unos hechos donde el género importa y hay una categoría sospechosa de discriminación como lo es una mujer en estado de embarazo. Por lo tanto, es una sentencia que requería un análisis desde la perspectiva de género teniendo en cuenta la situación de violencia que presento la paciente al ser al no ser remitida a un hospital de segundo

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988).

nivel para atender su embarazo, lo cual vulnera sus derechos fundamentales a la salud que incluye una atención digna y respetuosa en el embarazo, en el parto y después del parto y a sus derechos sexuales y reproductivos. La sentencia, no aplico el marco normativo internacional y mucho menos consulto jurisprudencia en materia de género y derechos sobre las mujeres en estado de gestación, las cuales en la mayoría de los casos terminan siendo víctimas de malas prácticas en el sistema de salud; de la misma manera, no se resalta con claridad la situación específica de vulnerabilidad de la paciente, la cual, por su condición es amparada por el ordenamiento jurídico colombiano por una protección especial. Por último, se observa en la decisión que no hay medidas de reparación integral de daños que garanticen la no repetición y teniendo en cuenta que se causó una lesión a unos derechos constitucionales y convencionalmente protegidos debía ser tomada en cuenta la sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado²³, respecto de la posibilidad de declarar la procedencia de medidas de reparación no pecuniarias y de no repetición.

3.2.2 Sentencias en las que se Debe Valorar la Condición de Madre de la Afectada

- La sentencia con radicado No. 81001-23-31-000-2010-00058-01(51558) de fecha 1 de junio de 2020, conoce el caso de una mujer que en reiteradas ocasiones solicito a diversos organismos del estado que le brindaran medidas de asistencia y protección ya que había sido víctima de un atentado en su lugar de trabajo; la mujer termino siendo asesinada de manera violenta por grupos al margen de la ley. Las entidades demandadas son el Ministerio Nacional de Defensa y a la Policía Nacional. En primer lugar, se observa que a la mujer se le vio afectado el derecho a la vida, el cual constituye un derecho humano fundamental; en segundo lugar, la

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988).

sala encuentra que en las acciones de las entidades demandadas hubo: Retardo, irregularidad y omisión por la ausencia en la prestación del servicio a la víctima cuando solicito protección de sus derechos fundamentales a la vida e integridad personal. Por lo anterior, se lleva a la configuración de que es un caso que requiere enfoque de género.²⁴

En el presente caso, se resalta que la sala, reconoce la categoría sospechosa de discriminación por cuestiones de género, al tener en cuenta que la mujer era una víctima de desplazamiento forzado con ocasión del conflicto armado interno que la hizo recurrir al estado en busca de protección. Asimismo, la sala encuentra que en los diferentes tramites que tuvo que realizar la víctima para solicitar medidas de protección no se empleó un enfoque diferencial que considerará las diferentes vulnerabilidades que tenía la mujer en su condición de ser desplazada por la violencia. Sin embargo, en las consideraciones que motivan la decisión no se hace referencia al marco normativo nacional e internacional en materia de prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ni se refuerza sus argumentos con jurisprudencia de la Corte Constitucional en el tema. Frente a la reparación, la decisión no procede a ordenar la reparación integral porque el juzgador valora que no se encuentra debidamente probado el perjuicio que solicitó el apoderado a título de “daño a la vida de relación”, sólo se reconocen los perjuicios morales a los demandantes. El juzgador expone que, del concepto de daño a la vida de relación, se desprendieron dos categorías autónomas de perjuicio inmaterial, diferentes al daño moral, a saber: “el daño a la salud, cuando se trate de una lesión a la integridad psicofísica de la persona, y la afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados” en los dos casos el daño debe estar plenamente acreditado en el proceso.

²⁴ Consejo de estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Subsección B, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, Radicado No. 81001-23-31-000-2010-00058-01(51558)

En este caso, no se tuvo en cuenta que frente al daño que sufre la hija de la víctima, se configura la afectación a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, a saber, el derecho de los niños y niñas a tener una familia y no ser separados de ella. Una valoración desde la perspectiva de género, le permitía al juzgador considerar que, dado que existe una relación de cuidado, la muerte de la madre, quien era su cuidadora, la deja en situación de orfandad, si bien es cierto las mujeres que son madres o son las únicas cuidadoras, en nuestro contexto, buena parte de la carga del cuidado la asumen las mujeres, la niña se encontraba bajo el cuidado de su señora madre, cuya muerte la priva de su familia directa. El apoderado no argumenta, ni justifica en este sentido, el juzgador tenía la facultad de manifestarse de oficio. Un enfoque diferencial de género le hubiera permitido al juez prestar especial atención a la relación materno filial que se rompe con la muerte de la víctima.

- La sentencia con radicado No. 68001-23-31-000-2005-03330-01(47655) de fecha 6 de febrero de 2020. La sala estudia el caso de una mujer que fue privada injustamente de la libertad por el delito de hurto calificado y agravado. Como hechos probados se tiene que se hizo un análisis inadecuado de la prueba, la descripción física de la mujer implicada en el delito no tenía ninguna relación la de la víctima; asimismo la actuación irregular de la fiscalía desconoció la exigencia normativa respecto a la necesidad de soportar la medida de aseguramiento en dos indicios graves de responsabilidad y, además, analizó inadecuadamente los elementos de juicio, por lo que se le restringió el derecho. Ahora, frente al enfoque de género, pese a que se identifica una categoría sospechosa de discriminación como lo es el hecho de “la privación de la libertad”, el juzgador no valora que existe un hecho relevante para el análisis de género y es que se trataba de una mujer con cuatro hijos, al igual que en el caso anterior, se produce una afectación a bienes constitucionalmente protegidos, pues se afectan

los derechos de los niños a tener una familia y no ser separados de ella. La relevancia de este análisis constituye un elemento que debería ser tenido en otros casos y debería orientar, en este caso a la Fiscalía, frente a la imposición de medidas de privación de la libertad de mujeres con hijos, sin antecedentes y cuyo núcleo familiar se vio afectado por su detención.

3.2.3. Sentencia de Privación Injusta de la Libertad con Víctima de Violencia Sexual

La sentencia con radicado No. 76001-23-31-000-2010-00675-01(54271) de fecha 24 de abril de 2020. En el presente caso el demandante fue privado de la libertad por acceso carnal violento, proceso que termino con sentencia absolutoria en razón a las declaraciones contradictorias rendidas por la víctima. La sala, entra a resolver si efectivamente hay responsabilidad patrimonial del estado por falla en el servicio. El material probatorio en el expediente penal identifica que no puede calificarse como injusta la privación de la libertad a la cual fue sometido, por cuanto, eran suficientes para dictar la medida de aseguramiento impuesta por el juez de garantías. Para resolver el caso, la sala recurre a lineamientos de la Corte Constitucional en relación con la demostración de la violencia de delitos sexuales y como en estos eventos es imperativo apreciar el testimonio de las víctimas de violencia sexual y la prueba indiciaria, en la medida de que el agresor busca condiciones propicias para evitar ser descubierto, la dificultad probatoria es alta, toda vez que, comúnmente, no hay testigos, sólo el agresor sexual y la víctima.

Es así, como la Sala considera que el análisis de legalidad y razonabilidad de la medida de aseguramiento debe ser interpretado a la luz de los criterios de la Corte Constitucional en la apreciación de pruebas con enfoque de género. En conclusión, se considera que en la sentencia hubo alto grado de aplicación de perspectiva de género, la sala niega las pretensiones de la

demanda y rememora que el soporte probatorio fue suficiente para inferir que la denunciante había sido víctima de acceso carnal y que esto determinaba la necesidad de una medida de aseguramiento en centro carcelario.

4. Conclusiones

Incluir el enfoque diferencial de género en la labor jurisdiccional ha sido uno de los grandes temas que generan controversia y discusión al interior de las críticas feministas al derecho, las cuales, han buscado que la igualdad formal a la cual han logrado las mujeres acceder tras años de debates y cuestionamientos se vea materializada en la realidad social. Ahora, si bien se logró percibir que el ordenamiento jurídico colombiano goza de normas constitucionales y normas internacionales que otorgan infinidad de derechos y protección a la mujer, las mismas no son suficientes al momento de ellas acceder a la administración de justicia, pues muchas veces se encuentran con operadores judiciales que las ponen en una situación de desventaja, desfavorecimiento y posiblemente sin reconocer sus derechos humanos y fundamentales; en la medida de que sus intervenciones y decisiones están contaminadas con una ideología patriarcal; dejando en evidencia, como un criterio tan fundamental como lo es la perspectiva de género para emitir decisiones judiciales se pasa por alto.

En ese sentido, se observó como la administración de justicia en nuestro país tomo la decisión de no ser ajena al tema de la violencia de género ya tan normalizada, y comenzó desde la Corte Constitucional a incorporar en sus decisiones los Tratados y Convenios Internacionales ratificados en nuestro país en pro de buscar la protección al derecho a la igualdad, no discriminación y no violencia hacia la mujer; por lo que, estableció precedentes con criterios orientadores para que el juez cuente con directrices que le permitan administrar justicia con perspectiva de género. Se resaltaron 13 sentencias de tutela donde la Corte Constitucional analizó aspectos como: En qué casos los jueces vulneran los derechos de las mujeres, aspectos negativos y discriminatorios por parte los jueces, flexibilización en el análisis probatorio en los casos de

violencia, identificación de los sujetos de especial protección, relaciones asimétricas de poder y criterios para desplegar actividad investigativa. Es así, como se logra evidenciar cual es el aporte de la Corte Constitucional al cumplimiento con su deber de materializar el derecho fundamental a la igualdad y erradicar cualquier tipo de violencia contra la mujer.

Y por otro lado, desde La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura se creó la Comisión Nacional de Género con el fin de institucionalizar la perspectiva de género en la labor judicial; lo cual desarrollo a través de la creación dos documentos pedagógicos: “La lista de verificación” y el libro “Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género”, herramienta que permite a los jueces poder 1. Identificar cuando se está frente a un caso que deba ser conocido con enfoque de género y 2. Brindar subreglas orientadoras para el proceso y la decisión judicial; tales como: La identificación de sospechosas de situaciones de vulnerabilidad o discriminación, decidir medidas cautelares, argumentación y lenguaje, investigación, etapa probatoria y reparación integral.

La metodología de análisis propuesta permitió analizar ocho casos, a partir del análisis cualitativo con el objeto de evaluar ¿De qué forma el Consejo de Estado ha cumplido con la directriz de incorporar la perspectiva de género en las decisiones tomadas dentro de los asuntos de reparación directa durante el periodo del 1 de enero de 2020 al 21 de enero de 2020? Esto teniendo en cuenta que la incorporación del precedente constitucional en relación con la aplicabilidad de la perspectiva de género es vinculante y que se han producido lineamientos orientadores de la Comisión de Género de la Rama Judicial.

Por el tipo de casos analizados, reparación directa, casos de responsabilidad en los que las afectadas eran mujeres, se esperaba: Que las sentencia reconocieran la afectación diferencial que

en este caso sufrían las mujeres por la falla en el servicio médico y su protección reforzada de orden constitucional; que la sentencia tuviese un discurso pedagógico que además permitiera formar a las entidades demandadas en las implicaciones de faltar al deber de prestar un buen servicio médico en el sentido de evitar futuras vulneraciones a otras mujeres; que el lenguaje de la sentencia permitiera visibilizar el daño a las mujeres resaltando el marco normativo internacional, que las decisiones determinaran medidas de reparación integral del daño no pecuniarias como el restablecimiento simbólico y las garantías de no repetición.

Sin embargo, se encontró que las sentencias tuvieran una baja incorporación de los criterios orientadores, si bien es cierto, en un caso se afirma que la mujer se encuentra en una situación de vulnerabilidad no se valoró dicha condición, dejando un bajo desarrollo de aplicabilidad del enfoque de género; solamente una sentencia incorpora normativa internacional sobre la erradicación de violencia hacia la mujer; ningún caso tuvo en desarrollo argumentativo que tocara un tema tan sensible como la violencia en las prácticas administrativas y atención médica del sistema de salud; en dos casos se evidencia violencia Gineco-Obstétrica y en ninguno desarrolla el tema de como esta es una modalidad de violencia de género.

Asimismo, se puede indicar que pese a que la sentencia del 27 de agosto de 2020 la Sala si hizo mención del enfoque de género y aplica la sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado respecto de la posibilidad de declarar la procedencia de medidas de reparación no pecuniarias y de no repetición en casos de lesión de bienes constitucional y convencionalmente protegidos, en los otros casos no se aplicó la misma línea, pese a que debió incorporarse en cada decisión una reparación integral que ordenara a la entidad demandada a brindar garantías de no repetición y a realizar un restablecimiento simbólico.

Por otro lado, se encuentra que en la sentencia del 1 de junio de 2020 y del 6 de febrero de 2020 que la Sección Tercera no valoró la condición de madre de las mujeres víctimas de violencia, en donde se rompe la relación materno filial y se deja en desprotección a los hijos afectando sus derechos constitucionales a tener una familia y no ser separado de ella; lo cual, hace importante que la Sala en casos similares adopte medidas dirigidas a hacer prevalecer los derechos fundamentales de los mejores. Ahora, frente a la sentencia del 24 de abril del 2020, se valora la posición adoptada por el Consejo de estado en donde menciona que el control de legalidad de la medida de aseguramiento de una persona que cometió un delito de violencia contra mujeres debe ser analizado con enfoque de género, pues, en estos casos se debe reconocer la dificultad probatoria a la que se enfrentan las víctimas de violencia, lo que termina haciendo jurídicamente viable una medida de aseguramiento para el agresor y exime de toda responsabilidad patrimonial al estado.

En consecuencia, se recomienda que los litigantes hagan pretensiones con enfoque de género y exijan que se ordenen medidas restaurativas y no pecuniarias de repetición en pro de garantizar la no violencia de la mujer en las prácticas médicas o administrativas en los sistemas de salud, y en ese sentido lograr sentencias con más impacto donde la Sección Tercera del Consejo de Estado sea más meticulosa al entrar a analizar dichos casos planteados con perspectiva de género.

Los resultados de la investigación son pertinentes en tanto se espera que sirva a jueces administrativos como insumo para el análisis y reflexión con la finalidad de promover la aplicación de criterios con enfoque de género en la toma de decisiones judiciales de conformidad a lo establecido por el derecho convencional y la Comisión de Género de la Rama Judicial. Por otro lado, le sea útil a las víctimas de los procesos de reparación directa, para exigir igualdad y la perspectiva de género en las decisiones judiciales, y de esta forma disminuir la brecha de

desigualdad, injusticia y jerarquización, y a los litigantes, para que incorporen entre sus fundamentos las subreglas jurisprudenciales que permiten orientar las pretensiones de reparación y la justificación del daño, con enfoque diferencial. Con este resultado se contribuiría a priorizar la atención de los derechos y oportunidades para la mujer en la toma de decisiones. Además, se impactará en la manera de administrar justicia reorientando la incorporación de criterios unificados para que las sentencias administrativas sean emitidas con perspectiva de género salvaguardando así los derechos de las mujeres víctimas a la verdad, justicia y reparación directa.

En este orden de ideas, se reitera la necesidad de que las mujeres dejen de vivir de discriminaciones, puesto que a diario son víctimas de violación a sus derechos y libertades, pese a que, para el estado colombiano es un objetivo fundamental proteger a la mujer de toda forma, como ha quedado estipulado por convenciones, tratados, leyes internacionales, entre otras.²⁵ (Ley 51 de 1981). Sin embargo, la realidad social es diferente, los operadores judiciales no siempre toman decisiones que tengan una mirada integral, que garantice el derecho a la igualdad y a la no discriminación de las mujeres²⁶. Esta situación pone en evidencia que no todos los jueces y juezas están formados para tomar decisiones con enfoque de género, a pesar, que actualmente existen orientaciones de la Corte Constitucional Colombiana y la comisión de Género de la Rama Judicial para resolver casos con perspectiva de género. lo que permite, que aún, las mujeres sigan victimizadas no solo por la sociedad sino también por el juez por la falta de promover caminos efectivos para hagan valer sus derechos y logren los fines judiciales sin discriminación alguna.

²⁵ Como la Ley 51 de 1981, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW-

²⁶ De acuerdo con el Auto 092 de la Corte Constitucional, a pesar de los avances normativos “subsisten patrones discriminatorios y estereotipos de género en los administradores de justicia. Estos patrones se evidencian en todo el proceso judicial desde las etapas preliminares hasta el juzgamiento.

Referencias Bibliográficas

Acuerdo 4552 de 2008. Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Acuerdo 9743 de 2012. Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Auto 092 de 2008. Corte Constitucional.

Anderson, Bonnie, & Zinnser, Judith. (2015). Historia de las mujeres. Una historia propia. Critica.

Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial. (Abril de 2018). Lista de Verificación. Herramienta virtual de apoyo para la identificación e incorporación de la perspectiva de género desde el enfoque diferencial en las sentencias. . Bogotá.

Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, & Consejo Superior de la Judicatura. (2011). Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género. Bogotá, Colombia.

Constitución Política de Colombia. (6 de Julio de 1991). Bogotá, Colombia.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Costa Rica.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer. (1994).

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la mujer. (1979).

Corporación Humanas, C. R. (2020). Material didáctico de la herramienta de jurisprudencia de género de las Altas Cortes. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sentencia T-351 de 2018. M.p. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Constitucional, Sentencia T-878 de 2014. M.P Palacio Palacio.

Corte Constitucional, Sentencia T- 590 de 2017. M.p. Alberto Rojas Rios

Corte Constitucional, Sentencia T- 093 de 2019. M.p. Alberto Rojas Rios.

Corte Constitucional, Sentencia T-735 de 2017. M.p. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Constitucional, Sentencia T-462 de 2018. M.p. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Constitucional, Sentencia T-027 de 2017. M.p. Aquiles Arrieta Gómez.

Corte Constitucional, Sentencia T-799 de 2011. M.p. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995. M.p. Alejandro Martinez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia T- 271 de 2016. M.p. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia T-634 de 2013. M.p. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, Sentencia T-145 de 2017. M.p. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, Sentencia T- 184 de 2017. M.p. María Victoria Calle Correa.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, radicado: 08001-23-31-003-2007-00806-01 (60092). M.p. Marta Nubia Velásquez Rico.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado: 52001-23-31-000-2010-00086-01(43032). M.p. Martín Bermúdez Muñoz.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado: 50001-23-31-000-2006-01030-01(59225). M.p. Marta Nubia Velásquez Rico.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, radicado: 68001-23-33-000-2013-00271-01(52363). M.p. Marta Nubia Velásquez Rico.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado: 52001-23-31-000-2010-00086-01(43032). M.p. Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección A, C.P. María Adriana Marín, Radicado No. 44001-23-31-000-2004-00987-01(45574)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección C, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, Radicado No. 76001-23-31-000-2007-00903-01(44378)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección A, C.P. María Adriana Marín, Radicado No. 44001-23-31-000-2008-00355-01(51733)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección A, C.P. María Adriana Marín, Radicado No. 76001-23-31-000-2005-02191-01 (50171)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección C, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, Radicado No. 23001-23-31-000-2010-00025-01(42243).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección B, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Radicado No. 50001-23-31-000-2003-30307-01(40251)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección B, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Radicado No. 19001-23-31-000-2003-02031-02(38888)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 17 de marzo de 2010, expediente 18101. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, 28 de mayo de 2015, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo

Consejo de estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Subsección B, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, Radicado No. 81001-23-31-000-2010-00058-01(51558)

Consejo de estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Subsección B, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Radicado No. 68001-23-31-000-2005-03330-01(47655)

Consejo de estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Subsección A, C.P. María Adriana Marín, Radicado No. 76001-23-31-000-2010-00675-01(54271)

Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. (1993).

DerechosHumanos.net, Herramientas para la protección de derechos humanos. (s.f.). Obtenido de :
<https://www.derechoshumanos.net/ONU/ComiteEliminacionDiscriminacionContraMujer-CEDAW.htm>

Gil Ruiz, J. M. (2015). La mujer del discurso jurídico: Una aportación desde la teoría crítica del derecho. *Quaestio Iuris*, 8(3), 1441-1480.

IV Conferencia Mundial sobre la Mujer . (1995). Beijing.

Jaramillo, I. C. (2009). La critica feminista al derecho. En *El género en el derecho. Ensayos críticos* (págs. 103-136).

Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot . (26 de Noviembre de 2010). Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Cabrera García y Montiel Florez vs. Mexico. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf

Ley 51 de 1981, Por medio de la cual se aprueba la. 2 de junio de 1981

Manjarres Campo, A. E. (2019). Estudio Comparado Sobre el Medio de Control de Reparación Directa. *Vis Iuris*.

Mendoza Eskola , J. C. (2016). La crítica feminista al derecho: De la lucha por la igualdad al cuestionamiento de la identidad como ideal normativo. *Iuris*, 1(15), 139-154.

O. U. (2015). Herramienta para la incorporación del enfoque de derechos humanos y la perspectiva de género, en la elaboración de sentencias relativas a delitos de feminicidio y otras formas de violencia contra la mujer. Guatemala.

- ONU, A. G. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Obtenido de <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>
- Pabón Mantilla, A. (Junio de 2018). La perspectiva de género en las decisiones judiciales: Una cuestión de justicia y ética. *Academia colombiana de jurisprudencia*(367), 135-148. Obtenido de http://revistaacademiacolombianajurisprudencia.acj.org.co/index.php/revista_acj/article/view/11
- Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos. (1966).
- Pacto Internacional de Derechos Economicos, Sociales y Culturales . (1966). Nueva York.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador. (1988).
- Recomendación General número 12, Recomendaciones generales adoptadas por el comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. (1989).
- Recomendación general número 19, Recomendaciones generales adoptadas por el comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. (1992).
- Recomendación general número 21, Recomendaciones generales adoptadas por el comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. (1994).
- Recomendación general número 25, Recomendaciones generales adoptadas por el comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. (1999)
- Sánchez Busso, M. (2012). La Perspectiva de Género en Las Decisiones Judiciales. Su relevancia en los conflictos de violencia contra la mujer. *Nómadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*. Obtenido de http://dx.doi.org/10.5209/rev_NOMA.2012.41768
- Smart, C. (2000). La teoría feminista y el discurso jurídico. En *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires, Argentina: Biblos.
- Staff Wilson, M. (2000). La perspectiva de género desde el Derecho. Obtenido de http://www.legalinfo-panama.com/articulos/articulos_21a.htm
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, . (2015). Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad. Mexico.
- West, R & Jaramillo, I.C (2000) Género y teoría del derecho. Ediciones Uniandes “La crítica feminista al derecho”

Win, E., Sandler, J., Johnsson-Latham, G., & Williams, M. (2004). La inclusión de la Perspectiva de Género: ¿Es útil para los Derechos de las Mujeres? En la mira(3), 1-12.

Apéndice

Ficha de Análisis del Discurso de las Sentencias del Consejo de Estado

IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA
Sentencia: Fecha: Radicado: Magistrado Ponente: Demandante: Demandado:
Decisión:
IDENTIFICACIÓN DEL CASO DESDE EL ENFOQUE DIFERENCIAL
a. Hechos en donde el género importa. (Corte Constitucional, Sentencia T-634 de 2013)
b. Categorías sospechosas discriminación para establecer si procede interseccionalidad.
c. Relación desequilibrada de poder. (Corte Constitucional, Sentencia T-027 de 2017)
d. Revisar si se presentan situaciones de estereotipos o manifestaciones de sexismo en el caso.
CRITERIOS ORIENTADORES PARA EL PROCEDIMIENTO
1.1. Medidas cautelares o especiales de protección. (Corte Constitucional, Sentencia T-735 de 2017)

<p>1.2. Flexibilidad en la prueba. (Corte Constitucional, Sentencia T-590 de 2017)</p>
<p>1.3. Consultar y aplicar el marco normativo internacional: Convenios, Conferencias, Resoluciones, Convenciones y los estándares internacionales de derechos humanos. (Realizar el control de convencionalidad).</p>
<p>1.4. Cuestionar, cuando amerite, la pretendida neutralidad de las normas. (Corte Constitucional, Sentencia T-462 de 2018)</p>
<p>1.5. Consultar jurisprudencia nacional e internacional, así como la doctrina en materia Género y Derechos.</p>
<p>1.6. Argumentación de la sentencia con hermenéutica de género sin presencia de estereotipos y sexismos en los hechos acontecidos, en la valoración de las pruebas, en los alegatos y en las conclusiones de las partes. (Corte Constitucional, Sentencia T-012 de 2016)</p>
<p>1.7. Visibilizar con claridad la situación específica de las mujeres y/o población en situación de vulnerabilidad. (Corte Constitucional, Sentencia T-145 de 2017)</p>
<p>1.8. Emitir en sus decisiones juicios críticos frente a las protecciones reforzadas de orden Constitucional para la efectividad de los derechos (Igualdad, no discriminación, no violencia).</p>

<p>1.9. Escuchar la voz de las Mujeres, de las Víctimas y de las Organizaciones Sociales.</p>
<p>1.10. Fijar precedentes y aportes en materia de género con la argumentación y el sentido de la sentencia.</p>
<p>1.11. Controlar la revictimización y estereotipación de la víctima(s) tanto en los argumentos como en la parte resolutive de las decisiones judiciales.</p>
<p>1.12. Lenguaje incluyente y no invisibilizador.</p>
<p>1.13. Determinar medidas de reparación integral del daño (verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición)</p>