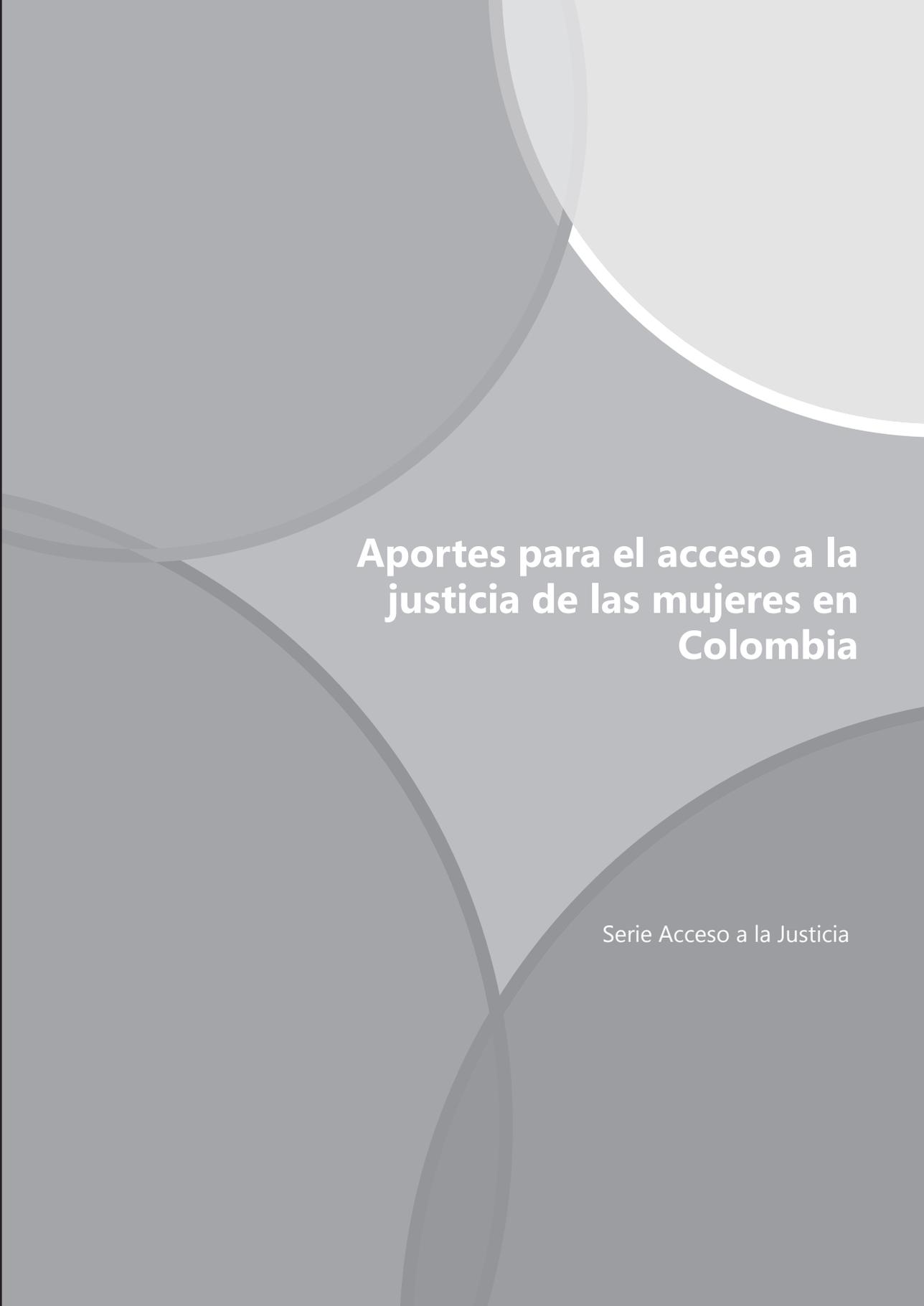


Aportes para el acceso a la justicia de las mujeres en Colombia

Serie Acceso a la Justicia



Aportes para el acceso a la justicia de las mujeres en Colombia

Serie Acceso a la Justicia

Aportes para el acceso a la justicia de las mujeres en Colombia

Corporación Humanas

ISBN: 978-958-99471-7-3

DIRECTORA CORPORACIÓN HUMANAS Cecilia Barraza

CORRECTORA DE ESTILO Martha Patricia Jiménez R.

DISEÑO GRÁFICO Y DIAGRAMACIÓN Accenta

IMPRESIÓN Ediciones Ántropos Ltda.

Bogotá, octubre de 2011

Corporación Humanas

Cra. 7 No. 33-49 oficina 201

Bogotá, Colombia

PBX (571) 805 0657 - 288 0364

humanas@humanas.org.co

www.humanas.org.co

Investigación realizada en el marco del Programa Apoyo a la Construcción de Políticas Públicas con Enfoque de Género en Colombia, de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (Aecid).

Contenido

Presentación.....	11
A manera de introducción	15
PRIMERA PARTE	
APLICACIÓN DE PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN	29
I. Bases y fundamentos para la aplicación del principio de igualdad y no discriminación con perspectiva de género	31
SEGUNDA PARTE	
VIOLENCIA BASADA EN GÉNERO Y SECTOR SALUD	71
II. Atención de mujeres víctimas de VBG: modelo de hospital de referencia	73
TERCERA PARTE	
OBSTÁCULOS EN LOS PROCESOS JUDICIALES PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO	91
III. El precedente judicial en el sistema jurídico colombiano respecto a los delitos sexuales cometidos contra mujeres	93
IV. Conciliación y prejuicios: dos obstáculos para las mujeres víctimas en los procesos penales	115

CUARTA PARTE

TRATAMIENTO DADO POR LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

A LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES..... 137

V. La violencia contra las mujeres en
la prensa 139

VI. "Sofocaba las tardes ociosas desflorando muchachitas".
Prensa escrita y violencia sexual en el marco de la guerra..... 157

Glosario de siglas 175

Presentación

Cuarta investigación de acceso a la justicia

Tenemos el placer de presentar la cuarta investigación de la serie Acceso a la Justicia, titulada *Aportes para el acceso a la justicia de las mujeres en Colombia*, en el marco del programa de la Aecid “Apoyo a la construcción de políticas públicas con enfoque de género en Colombia”. Esta publicación es una compilación de los principales hitos y hallazgos encontrados a lo largo del trabajo realizado por la Corporación Humanas, junto con distintas instituciones públicas colombianas, para mejorar el acceso a la justicia de las mujeres colombianas en materia de violencia de género.

La primera parte, “Aplicación del principio de igualdad y no discriminación”, recoge los elementos principales de una investigación realizada en coordinación con la Comisión de Género de las Altas Cortes, con el objetivo de generar una guía práctica para la integración del enfoque de género en el análisis de sentencias.

“Violencia basada en género y sector salud” es el título de la segunda parte que presenta la experiencia de trabajo en la ciudad de Pasto para la creación y fortalecimiento de su política municipal de igualdad de género. Para la implementación de la línea de lucha contra la violencia de género se realizó una estrategia de coordinación interinstitucional que incluía al sector salud. En este sentido, se investigó la posibilidad de elegir uno de los hospitales de la ciudad como hospital de referencia para la recepción de casos de violencia sexual.

En la tercera parte, “Obstáculos en los procesos judiciales para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género”, se hace un análisis del precedente judicial en relación con los delitos sexuales cometidos contra mujeres y se describe cómo el exceso de uso de la conciliación y los prejuicios existentes en algunos jueces pueden implicar que numerosos casos de violencia de género queden en la impunidad.

Finalmente, en la cuarta parte, “Tratamiento dado por los medios de comunicación a la violencia contra las mujeres”, se incluye una síntesis de la información recogida por el Observatorio de Humanas relacionada con la visión que los medios colombianos ofrecen de la violencia de género, todavía plagada de estereotipos que contribuyen a perpetuar la violencia hacia las mujeres y a crear una inaceptable tolerancia al respecto, dificultando la existencia de un mayor rechazo social a esta lacra.

Los aportes recogidos en este libro pretenden ayudar a entender en mayor medida las diferentes aristas del problema de la violencia de género. Visibilizar sus secuelas en la vida de las mujeres, conocer la interpretación que hacen los medios de comunicación –actor fundamental para incentivar la tolerancia cero– y dar a conocer algunos de los obstáculos claves para el acceso de las mujeres al sistema de justicia son los objetivos de esta publicación.

Por el buen trabajo realizado, felicitamos al equipo de la Corporación Humanas en Colombia, en cabeza de su directora Cecilia Barraza. Invitamos a su interesante lectura tanto a personas expertas como a las no iniciadas.



Miguel González Gullón

Coordinador general

Cooperación Española en Colombia

A manera de introducción

La línea de acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia de género de la Aecid

La Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (Aecid) implementa desde el año 2006 el *Programa de apoyo a la construcción de políticas públicas con equidad de género en Colombia*. Dicho programa tiene entre sus líneas estratégicas la de acceso a la justicia para las mujeres, que es ejecutada por la Corporación Humanas - Colombia¹.

La línea es concebida con el objetivo general de desarrollar acciones estratégicas que contribuyan a garantizarles a las mujeres víctimas de violencias de género el acceso a la justicia. Estas acciones buscan generar espacios de coordinación que les permitan a quienes toman decisiones y están vinculados al sistema de justicia propiciar cambios que amplíen o fortalezcan instancias, mecanismos y procedimientos que garanticen a las víctimas de violencias de género un tratamiento adecuado de protección y acceso a la justicia.

.....

1 La línea de justicia ha tenido un equipo conformado por Cecilia Barraza, Nathalia Buenahora (hasta septiembre de 2010) y Natalia Poveda (desde septiembre de 2010).

La línea ha apoyado, específicamente, las actividades de coordinación intra e interinstitucional de las entidades del Estado encargadas o vinculadas a la problemática de acceso a la justicia de las mujeres. También, se propone, por una parte, contar con producción investigativa aplicada que permita conocer la situación de las mujeres víctimas de violencias de género y los problemas para ejercer sus derechos de acceso a la justicia y que avale las recomendaciones tendientes a adecuar e implementar en el sistema de justicia y en las prácticas de quienes operan la justicia una perspectiva de género sensitiva en su labor y, por otra, gestionar asesorías y acompañamientos a procesos de cualificación técnica, teórica y de dotación de las instituciones del sistema de justicia y de sus funcionarias y funcionarios, a través del traslado de experiencias exitosas nacionales e internacionales.

Para la consecución de su objetivo, y conscientes de la necesidad de impulsar acciones potenciadoras de recursos y generadoras de sinergias, se ha concebido la línea a partir de tres componentes: coordinación interinstitucional, producción de conocimiento y apoyo y fortalecimiento de la gestión institucional.

Para ello, se ha contado con la participación activa de instituciones del nivel nacional como la Fiscalía General de la Nación, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la Comisión de Género de la Rama Judicial y la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer.

Este texto introductorio busca dar a conocer los avances y los resultados alcanzados en cada uno de los componentes desarrollados, así como plantear los desafíos que deberán tomarse en cuenta para la continuidad de la línea de acceso a la justicia.

A. Coordinación interinstitucional

Este componente de la línea de acceso de las mujeres a la justicia se orientó a mejorar las capacidades de coordinación externa e interna entre los diferentes actores que intervienen en el sistema de justicia. En ese orden de ideas, se buscó la transferencia de experiencias y conocimientos de entidades nacionales y españolas en materia de mecanismos y procedimientos de atención a las víctimas y de coordinación entre las entidades estatales.

Entre las acciones realizadas, vale la pena señalar que la Aecid apoyó la formulación de un proyecto para Eurosocial Justicia que tenía como fin apoyar la coordinación interinstitucional en la problemática de violencia contra las mujeres entre mecanismos nacionales encargados de la política pública para las mujeres y el ministerio público de cuatro países de la región Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú).

El proyecto se ejecutó entre fines de 2008 y el primer semestre de 2009, en cuatro fases². Por Colombia participaron la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer y la Fiscalía General de la Nación.

Durante la primera fase, de carácter preparatoria, se realizó un diagnóstico que logró establecer el estado del arte en materia de violencia doméstica en el país y se establecieron compromisos con las instituciones receptoras, Fiscalía General de la Nación y Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer. En la segunda fase, se realizó la sensibilización y la formación de funcionarias y funcionarios representantes de las instituciones receptoras, así como de otras identificadas como claves en la utilización de procedimientos de atención de violencia, con el objetivo de brindar elementos para la construcción de planes de acción en los cuales se incorpore la validación de protocolos de atención y otros procedimientos comunes para los operadores de justicia y las entidades del orden ejecutivo.

La tercera fase correspondió al intercambio de la experiencia en instituciones españolas por parte de funcionarias colombianas. Esta actividad permitió a las participantes acercarse a los procedimientos de la administración de justicia en las unidades judiciales encargadas de investigar, juzgar y sancionar las violencias de género en España y recoger las buenas prácticas. Por último, se facilitó la producción, en conjunto con las instituciones involucradas en la ruta, de un documento que fuera un marco general para coordinar de mejor forma la atención integral, el cual recomendó la creación de una mesa de coordinación interinstitucional de carácter nacional. Este hecho se concretó oficialmente por medio del Decreto 164 del 25 de enero de 2010, que creó la Mesa Interinstitucional para Erradicar la Violencia contra las Mujeres (en adelante la Mesa).

.....

2 El proyecto estuvo a cargo de Ana Meléndez Gil, consultora española, fiscal delegada de la Jefatura contra la Violencia sobre la Mujer en Girona.

Una vez finalizado el apoyo de Eurosocial, la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer creó la instancia de la Secretaría Técnica de la Mesa Interinstitucional; la Aecid apoyó ese proceso con el financiamiento de equipos y de una consultora. La Secretaría Técnica ha facilitado la discusión, la aprobación y la implementación del plan de acción de la Mesa.

Actualmente, se observa que la Mesa Interinstitucional se posicionó como un mecanismo estratégico y legítimo de articulación de acciones para prevenir y atender las violencias basadas en género. Es una iniciativa reconocida por las entidades que la conforman y por algunas mesas departamentales y oficinas de género y de desarrollo social del nivel regional como un espacio que permite el intercambio de información.

B. Producción de conocimiento

La estrategia destinada a la investigación surgió como una forma de ayudar a fortalecer el conocimiento en torno a la problemática de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencias de género y a generar recomendaciones que permitan que el aparato de justicia sea más efectivo. Por ello, los estudios se han centrado en comprender los obstáculos internos del sistema que impiden el ejercicio de las garantías y la protección de las víctimas y en proponer alternativas para su resolución. Es de destacar que en los procesos de investigación realizados siempre se contó con el apoyo de las instituciones directamente involucradas, particularmente la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura, y en especial el de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial en Colombia. A la fecha, se han realizado tres investigaciones –además de este libro–, todas efectuadas por los equipos de investigaciones y el jurídico de la Corporación Humanas, que pueden ser consultadas en www.humanas.org.co y cuya síntesis se presenta a continuación.

- *La situación de las mujeres víctimas de violencias de género en el sistema penal acusatorio*

Esta investigación se llevó a cabo durante el año 2007, a dos años de haberse iniciado la implementación del sistema penal acusatorio (SPA) en Colombia, con el objetivo de hacer visibles los obstáculos que enfrentan las mujeres para realizar su derecho de acceso a la justicia en este nuevo

sistema. La evaluación del desempeño del sistema penal acusatorio parte de la hipótesis de que los delitos cometidos por razones de género son los más proclives a una administración de justicia no garantista de los derechos de las mujeres. Se presupone que en la judicialización de estos casos se pueden hacer más evidentes concepciones arraigadas en operadores y operadoras de justicia que impiden las garantías al debido proceso a que tienen derecho las mujeres víctimas de este tipo de delitos.

La investigación se hizo en Bogotá y Pereira (las primeras ciudades donde se implantó el SPA) y, por medio del análisis de casos, se centró en determinar el impacto específico de las figuras procesales, en especial del principio de oportunidad, los preacuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía y los procesados, así como la preclusión y el régimen probatorio, en particular en lo que a la cadena de custodia, los testimonios y las pruebas psicológicas se refiere.

La revisión de los casos, las entrevistas y las observaciones realizadas permitieron establecer que el sistema acusatorio tiene efectos negativos sobre las mujeres víctimas de delitos por razones de género. No obstante, es necesario señalar que los efectos negativos en las garantías de acceso a la justicia para las mujeres en el sistema acusatorio no están determinados por la concepción del modelo; por el contrario, este puede contener importantes avances y tener un espíritu garantista de derechos. Los problemas para que las mujeres accedan a la justicia se derivan de un sistema de justicia que protege al victimario y desprotege a la víctima, de una necesidad de descongestión judicial y celeridad que prevalece sobre los derechos de las víctimas, de la discriminación histórica que afecta a las mujeres y del desconocimiento de esta realidad en la práctica jurídica.

Las principales recomendaciones de este estudio plantean que hay que: a) ajustar los mecanismos de notificación a las víctimas en todos los momentos procesales; b) promover la aplicación por parte de fiscales y jueces de garantías de las medidas de protección a la dignidad y la vida privada de las víctimas, así como medidas de seguridad; c) ajustar los criterios de aplicación del principio de oportunidad en los casos de violencia de género; d) incentivar procesos de coordinación interinstitucional y sectorial para evitar la revictimización de las mujeres; e) incorporar en los procesos de evaluación de los operadores de justicia variables que den cuenta del

conocimiento de los derechos de las mujeres y de la aplicación de criterios género-sensitivos y f) en general, continuar con los procesos de información, sensibilización y capacitación a víctimas y operadores de justicia.

- *Esfuerzos para apoyar el acceso de las mujeres a la justicia: Programas, proyectos o líneas de acción estratégicas emprendidos por organismos internacionales, entidades públicas, universidades, ONG nacionales y plataformas de mujeres*

Esta investigación, realizada en el transcurso de 2008, dio cuenta del estado del arte de las principales acciones emprendidas por diferentes organizaciones o entidades gubernamentales y de la sociedad civil, tanto nacionales como internacionales, agendadas en Bogotá o emprendidas por las alcaldías de Medellín y Pasto³, para facilitar el desarrollo de garantías de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia por razones de género, mediante programas, proyectos o líneas de acción estratégicas realizados tanto por el sector público como el privado, entre el momento en que entró en vigencia el sistema penal acusatorio, enero de 2005, y junio de 2008.

No se buscó evaluar las acciones sino reseñarlas, en ocasiones con una valoración crítica, con miras a tener un panorama global en materia de lo que se viene efectuando en los últimos años y recomendar en qué campos se podría avanzar, cuáles de ellos necesitan reforzarse, qué lecciones se han aprendido y qué obstáculos y potencialidades se han detectado.

El estado del arte permitió recomendar, entre otras, la necesidad de reforzar las acciones coordinadas por las agencias de cooperación tendientes a facilitar las garantías de acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia por razones de género, en casos de violencia sexual e intrafamiliar, de tal forma que dichas acciones se enmarquen en programas de largo plazo, específicos para cada problemática que se busque abordar, con objetivos definidos y según las competencias de cada institución u organización. Asimismo, hizo énfasis en el fortalecimiento de las estrategias que garanticen la transversalización de género en las entidades públicas vinculadas al sistema de administración de justicia, con el propósito de que no se invisibilice dicho componente en todos y cada uno de los

3 Las realizadas por las alcaldías de Medellín y Pasto se incluyeron en este estado del arte por ser de especial interés para la Aecid.

proyectos que se llevan a cabo. También, propuso trabajar para que las personas que están involucradas en este tipo de proyectos transformen sus imaginarios y sus representaciones, sus actitudes y sus prácticas, y no solo sus conocimientos formales sobre el tema de la equidad de género. Esto supone acciones educativas y comunicativas que trasciendan la mera transmisión de conocimientos y que apunten, más bien, al desarrollo y el fortalecimiento de competencias en el área ciudadana y, más específicamente, en la equidad de género.

- *Estudio de jurisprudencia sobre delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas*

Durante 2009 y 2010 se efectuó un estudio de jurisprudencia que analizó el nivel de protección que las decisiones judiciales dan a mujeres y niñas víctimas de delitos sexuales, tanto desde un enfoque de derechos de las víctimas como desde la categoría de análisis de género. Con este estudio se buscó contribuir a develar las situaciones que ponen en riesgo las garantías de estas víctimas debido a la presencia de prejuicios de los funcionarios y las funcionarias judiciales que predominan sobre los derechos consagrados para las víctimas y el Derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres, cuyos estándares hacen parte de la legislación nacional.

La investigación no pretendió juzgar el comportamiento del funcionariado judicial sino problematizarlo en aras de aportar a la reflexión sobre los derechos de las víctimas desde un enfoque de género.

El estudio analizó 210 sentencias de tribunales de primera y segunda instancia para identificar las posturas imperantes o argumentos mayoritariamente acogidos por la judicatura, así como los nudos críticos en los que se observan apartamientos o generación de nuevas líneas de interpretación de los delitos sexuales, en torno a seis temas: tipicidad, bien jurídico, violencia, consentimiento, responsabilidad y valoración probatoria.

Las conclusiones del estudio reconocen la existencia mayoritaria de sentencias que se ciñen al Derecho sin tener un enfoque de género de las víctimas pero tampoco argumentos sexistas o discriminatorios; solo unas pocas sentencias se reconocen como género sensitivas y plenamente garantistas de los derechos de las mujeres víctimas; y una parte importante

de los fallos judiciales incorporan argumentos sexistas que refuerzan estereotipos discriminatorios de las mujeres.

De igual manera, se hicieron recomendaciones al sistema de justicia, a fin de coadyuvar a reflexionar sobre los procedimientos que permitirían avances en garantizar efectivamente los derechos de las víctimas de violencia de género.

C. Apoyo y fortalecimiento de la gestión institucional - asesoría técnica

El tercer componente de la línea de acceso a la justicia buscaba fortalecer las instituciones vinculadas con la administración de justicia mediante procesos de asesoría técnica con recursos humanos y dotación gestionados por la línea y ofrecidos por entidades públicas nacionales e internacionales con experticias en el tema.

En coordinación con la Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas (Fiiapp), la Aecid, desde finales de 2008 hasta finales de 2009, apoyó la ejecución de un proyecto que permitió la participación de operadores de justicia en cursos de capacitación y formación con perspectiva de género, con el ánimo de promover los intercambios de experiencias y el traspaso de buenas prácticas de la realidad española a la colombiana.

Durante la primera fase de esta experiencia⁴, se realizó un diagnóstico en la ciudad de Bogotá con el Instituto Nacional de Medicina Legal y la Fiscalía General sobre la situación institucional en materia de atención integral a víctimas de violencias por razones de género. Teniendo en cuenta las recomendaciones presentadas en el informe levantado por el experto, se acordó con la Fiiapp una segunda fase para hacer un proceso de identificación y diagnóstico en otras ciudades de Colombia que permitieran confirmar si las problemáticas identificadas en la ciudad capital estaban generalizadas en el resto de ciudades o si presentaban situaciones problemáticas diferentes a las ya encontradas. Esta etapa se realizó en las ciudades de Medellín, Pasto y Cartagena (ver el artículo *Atención a*

.....

4 El proyecto estuvo a cargo del consultor Juan Manuel Cartagena.

mujeres víctimas de violencia sexual en el sector salud: modelo de hospital de referencia).

Las principales recomendaciones de este informe insistieron en el diseño y la ejecución de talleres de formación para fiscales y médicos legales en aspectos médicos y psicológicos forenses de la violencia de género, así como el impulso de un modelo de hospital de referencia como piloto en materia de coordinación interinstitucional y atención integral en casos de violencia de género. Durante la tercera y la cuarta fase del proyecto de asistencia técnica se formaron alrededor de noventa de operadores de justicia y otros profesionales involucrados en la atención de la violencia de género, en las ciudades de Medellín, Pasto y Cartagena. Las formaciones se enfocaron en aspectos psicológicos y médicos forenses de la violencia de género.

La segunda gran actividad de la estrategia de apoyo y fortalecimiento de la gestión institucional se centró principalmente en dar viabilidad a una de las principales recomendaciones del proceso anterior: la implementación de un modelo de coordinación interinstitucional y atención integral en violencia de género, con énfasis en la violencia sexual. Esta iniciativa buscó la articulación institucional para minimizar los recorridos revictimizadores, así como la necesidad de comprender la violencia por razones de género como un problema de salud pública y, por tanto, las entidades de salud deben atender los casos como tal.

Este modelo de coordinación se ha definido como “hospital de referencia”, siguiendo la nomenclatura española. El piloto para la implementación se realizó en la ciudad de Pasto. La experiencia obtenida se aborda en un artículo de este libro.

Por otra parte, en el marco de la asesoría técnica brindada a la Fiscalía General de la Nación, se apoyó la expedición en julio de 2009 de la Resolución 3788⁵, por la cual se conforma un grupo de trabajo institucional para que la Fiscalía General de la Nación aborde y formule estrategias investigativas y asistenciales destinadas a las víctimas de los delitos relacionados con la violencia de género. Lamentablemente, por el largo periodo que la Fiscalía tuvo fiscal general encargado no hubo implementación de

.....

5 Resolución 3788 del 21 de julio de 2009 firmada por Mario Iguarán, fiscal general de la Nación.

la misma. Sin embargo, con la nueva administración de la doctora Vivian Morales, la Aecid ha venido apoyando la construcción de la política de igualdad y no discriminación en la Fiscalía General de la Nación.

Es de destacar que en noviembre de 2009, UNFPA, la Aecid y Humanas firmaron un acuerdo de cooperación por medio del cual se comprometieron a coordinar la realización de acciones tendientes a contribuir a la incorporación de una perspectiva de derechos de las mujeres en las actuaciones y las decisiones del funcionariado público del sistema de justicia, como estrategia para garantizar un mayor acceso a la justicia por parte de las mujeres, en un marco jurídico nacional e internacional.

En particular, las entidades firmantes se comprometieron a realizar acciones coordinadas en las áreas de sensibilización, formación, asesoría técnica, coordinación interinstitucional e investigaciones, entre otras, dirigidas a las instituciones que forman parte del sistema de administración de justicia.

Por considerar que uno de los escenarios más importantes para trabajar en el interior del sistema de administración de justicia es la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial y que la Comisión de Género contaba con un plan de trabajo en el cual se contemplaba la preparación de una guía para incorporar la perspectiva de género en el trabajo de los magistrados, la Aecid decidió apoyar la consultoría para la elaboración de dicha guía⁶.

Se formuló, entonces, el documento *Bases y fundamentos para la aplicación del principio de igualdad y no discriminación con perspectiva de género* (cuya primera parte se publica en el presente texto), con el propósito de tener definidos unos lineamientos, a partir de aspectos generales teóricos, que, de manera sencilla, fueran de fácil uso y comprensión, para dar *tips* en materia de perspectiva de género, basados en el principio de igualdad y no discriminación.

Resultados alcanzados y perspectivas

La línea de acceso a la justicia de Aecid valora positivamente los resultados alcanzados en su primera etapa, por haber contribuido a:

.....

6 La consultoría fue realizada por Lorena Fries.

- Impulsar un proceso de coordinación intra e interinstitucional entre las entidades del Estado encargadas de o vinculadas a la problemática de acceso a la justicia, mediante el apoyo a la conformación de espacios de intercambio de información y coordinación sobre acciones que fortalecen el acceso a la justicia para las mujeres.
- Propiciar en la Mesa de Género de Cooperación Internacional el intercambio de información y las posibilidades de acciones coordinadas alrededor de la problemática de acceso de las mujeres a la justicia.
- Coadyuvar al aumento del conocimiento de los mecanismos, los procedimientos y las prácticas del sistema de justicia que obstaculizan el acceso a la justicia a las mujeres víctimas de violencia de género.
- Dar recomendaciones y ofrecer apoyo técnico a las instituciones del sistema de justicia para apoyar procesos conducentes a fortalecer las garantías para que las mujeres víctimas de violencias por razones de género accedan a la justicia.
- Propiciar espacios para asesorías técnicas con la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura y con otras entidades afines como el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Con este esfuerzo, la línea de acceso a la justicia ha buscado hacer suyos los postulados feministas y contribuir a que los sistemas de justicia sean sensibles al género, capaces de combatir la impunidad de las violencias contra las mujeres y, a la vez, garanticen la dignidad de las víctimas de dichos crímenes.

Este libro es el producto final que pretende sistematizar los hallazgos en el acceso a la justicia de las mujeres dados por el trabajo de la línea. En este texto, se parte de exponer un análisis teórico de la importancia de incorporar el principio de igualdad y no discriminación en todos los fallos judiciales que requieran perspectiva de género (primera parte), luego se exponen una serie de experiencias y hallazgos en el acceso de las mujeres colombianas a la justicia, como la propuesta de hospital de referencia (segunda parte), hallazgos en los procesos judiciales (tercera parte) y tratamiento dado por los medios de comunicación (cuarta parte).

La Aecid seguirá apuntando su contribución hacia la justicia de género, expresada en la tipificación de los delitos que vulneren los derechos de las mujeres, el acceso a la justicia por parte de las víctimas y la formulación de políticas públicas que garanticen, promuevan y protejan los derechos humanos de las mujeres, mediante acciones concretas como las que se recogen en estas páginas.

Cecilia Barraza

Directora Corporación Humanas

PRIMERA PARTE

Aplicación de principio de igualdad y no discriminación

I. Bases y fundamentos para la aplicación del principio de igualdad y no discriminación con perspectiva de género

Lorena Fries
Victoria Hurtado
Paulina Maturana*

Introducción

La discriminación de género es un hecho sistémico que afecta a todas las sociedades y por tanto un componente obligado para toda disciplina jurídica o social que tiene como base de su análisis la realidad. En el ámbito jurídico, a partir de la década de los noventa se ha desarrollado un corpus de conocimiento que abarca varios tipos de cuestionamiento: a la función del Derecho en la reproducción del género, al tratamiento particular de las mujeres en la formulación normativa, a la exclusión de las mujeres en ciertos ámbitos del Derecho y a la composición mayoritariamente masculina en la producción jurídica normativa, como también en los altos niveles de los sistemas de administración de justicia. El principio de igualdad y su aplicación ha ido nutriéndose de esta tradición de análisis de género, lo que ha permitido la emergencia de una jurisprudencia innovadora a favor de la igualdad de género. Este corpus, sin embargo, no es sistemático en el ámbito jurídico, por lo que aún no hace parte de una doctrina que la transversalice en todos los ámbitos del Derecho.

Los operadores y las operadoras de justicia, que tienen como mandato la garantía y el respeto de los derechos humanos sin discriminación alguna,

.....

* Consultoría contratada con Humanas Chile y realizada entre marzo y octubre de 2010.

se enfrentan a problemas de cada vez más alta complejidad, que dan cuenta del dinamismo de nuestras sociedades y que requieren herramientas conceptuales y metodológicas específicas para su solución. La discriminación de género, en este contexto, es uno de los desafíos más relevantes de hoy, en tanto entraña un horizonte de convivencia que, de materializarse, impacta positivamente en la calidad de vida de todos los miembros de una sociedad.

Este artículo pretende ser un aporte para quienes tienen como función administrar justicia, en especial frente a casos que involucran a mujeres o que desde el punto de vista de género resultan significativos para la concreción de la igualdad.

1. Consideraciones previas para el raciocinio jurídico

1.1. El principio de igualdad

Los principios de igualdad y de no discriminación son los pilares fundamentales del Derecho de los derechos humanos y sobre los que se ha construido el Estado moderno y las democracias occidentales.

La igualdad constituye un imperativo ético que hace parte de una noción de justicia, aun cuando se ha requerido de reinterpretaciones para dar cuenta de la compleja dinámica social y de los nuevos desafíos políticos, jurídicos y éticos que se imponen a individuos y sociedades. En este sentido, el principio de igualdad responde a concepciones contingentes e históricas.

Con la creación de Naciones Unidas⁷ se formalizó la universalidad del principio de igualdad. De esta forma, la Asamblea General define en el artículo primero de su Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

.....

7 Carta de Naciones Unidas, 26 de junio de 1945, segundo párrafo del preámbulo.

Independientemente de los sistemas jurídicos –anglosajón y americano–, todos tienen como punto de partida la garantía y respeto de la igualdad. La manera en que opera esta igualdad, sin embargo, dependerá de los distintos contextos jurídicos y sociales, de manera que lo que se entiende en la práctica en un sistema jurídico normativo puede no ser similar a lo que se entiende en un momento determinado en otro sistema. El problema de lograr una formulación capaz de incorporar la diversidad de sistemas jurídicos ha llevado a que el Derecho internacional de los derechos humanos no elabore una definición del principio de igualdad, sino que señale algunas condiciones o requisitos, así como manifestaciones de su aplicación en jurisprudencia que exigen de quien juzga un adecuado bagaje.

La igualdad se entiende como un concepto relacional que opera en cuanto se vincula con el goce de los otros derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. La igualdad busca regular de forma uniforme las situaciones similares, por lo que conlleva la ausencia de toda discriminación, privilegio o preferencia de unos sujetos sobre otros. La igualdad implica siempre un juicio comparativo y un tercero que determina qué es lo que se compara.

La igualdad se resguarda cuando se acredita la existencia de los siguientes requisitos:

- Paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes.
- Paridad, uniformidad y exactitud de aplicación de la ley para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones (García, 2008).

En efecto, el principio de la igualdad impone al Estado el deber de tratar a las personas de tal modo, que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellas (Westen, 1990).

A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos:

1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas.
2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento común.

3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y
4. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte, diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud) (Bernal, 2000).

Este planteamiento implica que no todos deben ser considerados de igual forma: quienes son iguales deben ser tratados como iguales y quienes son distintos deben ser tratados de forma diferente, lo que enfrenta a quien juzga a la difícil misión de determinar quiénes son iguales y quiénes distintos, o en qué circunstancias las personas deben ser consideradas como iguales y en qué otras han de tratarse como diferentes. Para resolver este dilema, el principio de igualdad exige tratar a las personas con igual consideración y respeto, lo que se traduce en que frente a circunstancias de diferenciación irrelevantes se aplique una misma norma (igualdad por equiparación) y frente a circunstancias de diferenciación relevantes se aplique un trato también diferenciado (igualdad por diferenciación).

1.2. Discriminación: la cara negativa de la igualdad

Discriminación es aquella situación en la cual se transgrede el principio de igualdad.

Desde un punto de vista amplio, discriminación es todo tratamiento desigual, injustificado, que viole las garantías establecidas en las cartas constitucionales y en los tratados internacionales de derechos humanos vinculantes.

Responde a criterios que históricamente se consideran inadmisibles, por lo que requiere de una norma que le delimite al intérprete tales criterios. De no existir ese cierre normativo, se dificulta su análisis. No obstante, la definición se circunscribe jurídicamente o al ámbito de la legislación a través de una norma o al ámbito de la administración de justicia, a falta de mayor desarrollo normativo.

Desde un punto de vista restringido, la discriminación tiene relación con tratamientos desiguales o exclusiones prohibidas en razón de merecer un reproche mayor, como cláusulas sospechosas.

El principio de igualdad ante la ley se complementa con una cláusula de exclusión de toda discriminación arbitraria, ya sea por parte del juez o del legislador, entendiendo por esta aquella diferenciación introducida sin justificación, es decir, una 'diferenciación injusta' (Gómez y Figueroa, 2000).

El Derecho reconoce "que hay o puede haber diferencias ética y jurídicamente relevantes y otras irrelevantes al momento de considerar un trato de igualdad entre las personas. De lo que se trata es que la autoridad no puede imponer diferencias, equiparaciones o desequilibrios en las ventajas y cargas sociales que distribuye, si ellas no están normativa y públicamente justificadas" (Gómez y Figueroa, 2000). Así se concibe en la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de las Mujeres. Esta última, en su artículo 1^o, establece que las distinciones cuando tienen como intención o resultado concreto limitar o restringir el ejercicio de derechos son discriminatorias. A la vez, el juicio comparativo que hace es entre mujeres y hombres, pues es la medida del que más tiene la que permite mirar la desventaja de la otra parte.

La igualdad y no discriminación originalmente constituyeron garantías implícitas en el ámbito de los tratados internacionales. En efecto, desde comienzos del siglo XX, la igualdad y la no discriminación aparecen principalmente en algunas leyes de responsabilidad estatal relacionadas con prejuicios en contra de extranjeros. Luego de las guerras mundiales, estos conceptos emergen vinculados a la protección a ciertas minorías nacionales, principalmente con el propósito de preservar sus culturas e identidades. Por ello, los tratados internacionales exigen la adopción de medidas concretas para la protección de ciertos grupos específicos, las que implican la adopción de derechos permanentes para grupos excluidos o minoritarios que se encuentran en posiciones desiguales en relación con los grupos mayoritarios.

La formulación de las cláusulas de no discriminación en los tratados internacionales del sistema son más enumerativas que taxativas. Esto es, si bien se señalan categorías, de acuerdo con el principio *pro persona* en

8 Es copia del mismo artículo en el caso de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

materia de interpretación, podrían ampliarse a otras distinciones más allá de la enumeración. Para el razonamiento jurídico, sin embargo, la idea de cláusulas abiertas instala la obligación de contar con análisis de realidad que permitan actualizar el Derecho a otras categorías de exclusión existentes.

La Corte Constitucional ha señalado con claridad las implicaciones de un acto discriminatorio:

La discriminación es un acto arbitrario dirigido a perjudicar a una persona o grupo de personas con base principalmente en estereotipos o prejuicios sociales, por lo general ajenos a la voluntad del individuo, como son el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, o por razones irrelevantes para hacerse acreedor de un perjuicio o beneficio como la lengua, la religión o la opinión política o filosófica.

...El acto discriminatorio es la conducta, actitud o trato que pretende –consciente o inconscientemente–, anular, dominar, o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales.

...Constituye un acto discriminatorio, el trato desigual e injustificado que, por lo común, se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales de forma generalizada, hasta confundirse con la institución misma, o con el modo de vida de la comunidad, siendo contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, por imponer una carga, no exigible jurídica ni moralmente a la persona⁹.

2. El género como una categoría de exclusión

En todas las sociedades se han creado distintas líneas divisorias que ubican a los sujetos de acuerdo con determinadas características o pertenencias, en situaciones de mayor o menor poder. El nivel socioeconómico (clase), el origen (etnia o raza), las atribuciones ligadas a cada sexo (género) y la orientación sexual ubican a los pobres, las y los indígenas, las mujeres y

.....

9 Corte Constitucional, sentencia T-098 de 1994. MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

las y los homosexuales en posiciones de menor jerarquía, con sus consecuencias en el reconocimiento y acceso a derechos. A la vez, la concurrencia de varias de estas distinciones refuerzan las posiciones de desventaja social, económica y política de los sujetos que las portan.

El concepto de género se utiliza para referirse al sistema de jerarquías sociales basadas en las diferencias sexuales y alude a estereotipos, roles, condición y posición adquirida, comportamientos, actividades y atributos apropiados que cada sociedad en particular construye y asigna a hombres y mujeres. Este sistema de jerarquías provoca un impacto negativo para las mujeres, ya que se traduce en menores reconocimiento y acceso a derechos.

La adopción de una perspectiva de género implica reconocer la situación de desigualdad entre hombres y mujeres en la sociedad, así como la de algunas mujeres en relación con otras, y asumir la necesidad de desarrollar acciones concretas para transformarla, esto es, acciones que apunten a la igualdad.

El reconocimiento de que las mujeres y los hombres han sido socializadas y socializados para actuar diferente en el mundo provoca que un trato igualitario no garantice la verdadera igualdad, sino que más bien perpetúe la desigualdad. No se puede dar lo mismo a quienes ancestralmente han sido socializadas para la subordinación y la marginación que a los que han tenido el privilegio del poder, por lo que se necesitan medidas administrativas, legislativas y judiciales que, incorporando criterios de equidad, posibiliten la superación de esta situación.

La equidad de género se refiere a la justicia en el tratamiento de hombres y mujeres, según sus necesidades respectivas. A partir de ella se pueden incluir tratamientos iguales o diferentes, aunque considerados equivalentes, en términos de posibilitar el acceso a derechos, beneficios, obligaciones y oportunidades. La incorporación de criterios de equidad apunta a obtener igualdad en los resultados.

La equidad puede ser entendida como dar a cada quien lo que requiere, reconociendo las condiciones o características específicas de cada persona o grupo humano (género, clase, etnia, entre otras). Esto implica reconocer la diversidad sin que esta signifique razón para la discriminación.

Suele ser necesario adoptar medidas que compensen las desventajas históricas y sociales debido a las cuales las mujeres y los hombres no pueden gozar de igualdad de resultados.

3. La igualdad y las acciones afirmativas como mecanismo para alcanzarla

Para salvar la situación que deviene de un concepto formal o *de jure* de la igualdad, que se sustenta por sobretodo en su enunciado de igual trato, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw) reconoce la igualdad de facto y señala que esta es una forma de avanzar hacia el enunciado formal. Los Estados, por lo tanto, se obligan a incluir medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer, las que si bien establecen un trato diferenciado, no son consideradas una discriminación ya que constituyen medidas que incorporan criterios de equidad para obtener igualdad de resultados.

Producto del desarrollo en la práctica de la igualdad en el campo de los derechos, el Comité de la Cedaw juzgó necesario emitir una observación general¹⁰ sobre medidas especiales de carácter temporal, con el objeto de fijar más claramente el concepto de igualdad y la concordancia con él de las medidas de discriminación positiva. Explícitamente señaló:

...un enfoque jurídico o programático puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, que el Comité interpreta como igualdad sustantiva. 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 la igualdad de resultados. No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. También deben tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado. En ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias. El logro del objetivo de la igualdad sustantiva también exige una estrategia eficaz encaminada a corregir la representación

.....

10 Comité Cedaw, ONU. Observación General 25 de 2005.

insuficiente de la mujer y una redistribución de los recursos y el poder entre el hombre y la mujer¹¹.

Junto con superar el enunciado de *igual trato*, asimila la igualdad de facto a la igualdad sustantiva o de resultados, superando casi una década de discursos en torno al género vinculado a la igualdad de oportunidades. En efecto, la igualdad de oportunidades no permitiría superar situaciones sistémicas de discriminación en razón a que el supuesto, esto es, el hecho de intervenir con medidas en el punto de partida de los sujetos en su acceso a las oportunidades, no garantizaría que en el camino no se vieran afectados estos sujetos por otras barreras de diversa índole. De allí la necesidad de acciones afirmativas destinadas a corregir la desigualdad.

La acción afirmativa se constituye en medida correctiva destinada a adecuar la igualdad formal garantizada en las constituciones nacionales y la igualdad material, efectiva o de hecho.

Naciones Unidas realiza una clasificación de las prácticas de acción afirmativa distinguiendo medidas de movilización afirmativa, de preferencia afirmativa y de equidad afirmativa¹².

La movilización afirmativa incluye todas las medidas de difusión, promoción y apoyo tendientes a favorecer el conocimiento de los derechos civiles y sociales, de los cuales cada integrante de una misma sociedad es formalmente titular, pero cuyo ejercicio efectivo excluye a ciertos grupos por la desinformación, el desconocimiento o la falta de recursos para hacerlos valer. La preferencia afirmativa, en tanto, se refiere a las medidas que implican que la mera adscripción a un cierto grupo determina la concesión o retirada de ciertos bienes sociales. Los ejemplos son de dos tipos: a) entre dos personas igualmente calificadas se asigna preferencia a una en exclusiva razón de su sexo o raza y b) se establecen desincentivos o directamente la prohibición de que miembros de otros grupos soliciten determinados bienes (aquí se incluirían las leyes de cuotas o cupos).

Por su parte, la equidad afirmativa reúne aquellas medidas dirigidas a formalizar mayores garantías en la distribución de los bienes sociales

.....

11 *Ibidem*, párrafo 8.

12 Naciones Unidas, Subcomisión sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, informe final de Marc Bossuyt, *Prevention of discrimination. The concept and practice of affirmative action. Final report*". Fyfty-third session. E/CN.4/Sub.2/2002/21.

para asegurar que los miembros de un determinado grupo sean tratados en forma 'equitativa'. Gran parte de estas medidas se asocia con el establecimiento de procedimientos formales para encausar los alegatos de discriminación, procedimientos de revisión para cautelar el cumplimiento de criterios no discriminatorios y otras medidas tomadas para prevenir y eliminar prácticas discriminatorias no intencionadas (Díaz-Romero et ál., 2005, p. 26). Es en esta categoría que cabe la incorporación de un enfoque de género en las decisiones judiciales, el cual se concreta incorporando en el raciocinio jurídico de un caso judicial aquellos elementos que permiten encontrar o descartar una posible situación de discriminación hacia la mujer.

El test de igualdad con perspectiva de género que se presenta en esta guía es la acción afirmativa que, desde el campo judicial, los magistrados y las magistradas pueden implementar para evitar que desigualdades estructurales que afectan a las mujeres nublen el análisis y sesguen la decisión jurídica impidiendo el resultado de igualdad de derechos para hombres y mujeres.

4. El rol y el fundamento jurídico del juez o la jueza

4.1. El derecho a la igualdad y no discriminación en la Constitución Política

La Constitución colombiana reconoce en su articulado más de una acepción del derecho a la igualdad¹³, así como también la vigencia expresa¹⁴

.....

13 Constitución Política, 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. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. Artículo 43: La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

14 Constitución Política, artículo 93: Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

de los tratados internacionales en el ordenamiento interno. Así, quien imparte justicia suma a su acervo de la normativa nacional, el legado de tratados y convenciones suscritos y ratificados y su evolución jurisprudencial.

Estipula la Corte Constitucional que en la Constitución se encuentran definidos los siguientes conceptos:

La igualdad como generalidad: es la consagración de la igualdad ante la ley para efectos de los derechos y deberes, así como de los procedimientos. Está consagrada en la Carta en las siguientes materias y disposiciones: a) Designada por la palabra "personas"¹⁵... b) Designada por la alocución "todos"¹⁶... c) Designada por la palabra "los colombianos"¹⁷... d) Designada por la palabra "nadie"¹⁸... e) Y designada por la expresión "ciudadano"¹⁹...

La igualdad como equiparación: se encuentra consagrada en los artículos 43 (igualdad de la mujer y el hombre), y en el artículo 42 (igualdad de derechos y deberes de la pareja).

La igualdad como diferenciación: es la diferencia entre distintos. Está regulada en el artículo 13 incisos 2° y 3° (adopción de medidas en favor de grupos marginados o débiles), artículo 58 (criterios para fijar la indemnización por expropiación: los intereses de la comunidad y del afectado), y artículos 95.9 y 362 (principios tributarios: equidad y progresividad)²⁰.

Aunque, como se ha señalado, la igualdad está reconocida en más de una norma en la Carta Constitucional, está contenida como derecho por excelencia en el artículo 13²¹, subsumiendo en él los articulados específicos o subordinados que también la consagran en otros acápite.

Este artículo recoge la igualdad en tres aspectos:

.....

15 Artículos 2°, 8°, 30, 38, 42, 46, 91, 92 y 95.

16 Artículos 13, 14, 15, 16, 19, 20, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 36, 49, 52, 54, 67, 69, 74, 79, 86, 87 y 229.

17 Artículos 24, 35, 57, 70, 95 y 216.

18 Artículos 12, 18, 29 y 33.

19 Artículos 40 y 95.

20 Corte Constitucional, sentencia C-530 de 1993.

21 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.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

- La igualdad formal, esto es el derecho a igualdad ante la ley y a la igual protección por parte de las autoridades.
- La igualdad material, que incluye el mandato de erradicación de las causas de la desigualdad, cualquiera sea su origen social, económico o normativo.
- Los sujetos de especial protección, que comprende la obligación de proteger a las personas en vulnerabilidad ostensible o manifiesta. El mandato se dirige a quienes merecen protección.

Lo señalado opera de acuerdo con lo que establece en el siguiente fallo el Tribunal Constitucional de Colombia:

Al precisar el alcance del derecho a la igualdad, la Corporación también ha señalado que el objeto de esta garantía que a toda persona reconoce el artículo 13 de la Carta, no es el de construir un ordenamiento jurídico absoluto que otorgue a todas las personas idéntico trato dentro de una concepción matemática, ignorando factores de diversidad que exigen del poder público la previsión y la práctica de diferenciaciones tendientes a evitar que por la vía de un igualitarismo formal, se favorezca la desigualdad. Para ser objetivas y justas, las reglas de la igualdad ante la ley no pueden desconocer en su determinación tales factores, ya que ellas exigen regulación diferente para fenómenos y situaciones divergentes.

[...]

A los efectos de este fallo resulta también pertinente reseñar los supuestos que conforme a la jurisprudencia constitucional justifican el trato diferenciado, a saber:

- a) La desigualdad razonable de los supuestos de hecho: el principio de igualdad solo se viola si el tratamiento diferenciado de casos no está provisto de una justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe ser apreciada según la finalidad y los efectos del tratamiento diferenciado.
- b) Racionalidad y proporcionalidad: fuera del elemento anotado anteriormente, debe existir un vínculo de racionalidad y proporcionalidad entre el tratamiento desigual, el supuesto de hecho y el fin que se persigue.

Así, los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad. Este principio busca que la medida no sólo tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados o, que si ello sucede, lo sean en grado mínimo.

Ha sostenido también la Corte que el principio de igualdad está revestido de la natural relatividad histórica que implica su contenido; así mismo, que dicho principio está sometido dentro de las reglas del Estado social de derecho, a la determinación legislativa de fórmulas diferenciadoras que encuentran fundamento racional en los postulados de justicia y bienestar que emanan de la Carta.

La igualdad que predica la Constitución de 1991 no es, pues, un principio que deba obedecer a razones físicas, matemáticas o biológicas, sino a postulados racionales fundamentados en un Estado social de derecho, los cuales no son en modo alguno incompatibles con el establecimiento de hipótesis normativas que contengan supuestos diferenciales que atiendan una realidad objetiva.

Ahora bien, el principio de igualdad material se proyecta en el artículo 229 de la Constitución, que dice que “se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia...”.

En suma, puede existir un trato diferente siempre y cuando sea razonable y justo; estas dos calidades deben desprenderse de la situación de la persona objeto de tratamiento diferente. A contrario sensu, cuando la diferenciación no es razonable o es injusta, ella se convierte en discriminación, conducta ésta contraria al principio relacional de igualdad material, consagrado en el artículo 13 de la Constitución²².

4.2. Incorporación de los tratados internacionales en la normativa interna

La Constitución Política de Colombia se refiere a los tratados internacionales suscritos por el país en distintos artículos. En el artículo 9° se lee: “Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía

.....

22 Sentencia C-345 de 1993.

nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia”.

En el 44, dedicado a los derechos de los niños, se señala que, además de los derechos especificados en dicho artículo, los niños (y las niñas) “Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia...”.

En relación con los derechos laborales, en el artículo 53 se establece que “...Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna...”.

Por otra parte, en términos de derechos humanos, en el artículo 93 se hace referencia a que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

El artículo 102 establece en su inciso 2 que “Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la república”.

La prevalencia del Derecho internacional de derechos humanos, incluso en estados de excepción, se ratifica en el artículo 214:

No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.

A partir de la Constitución de 1991, la jurisprudencia constitucional ha aceptado la teoría de “bloque de constitucionalidad”, lo cual se consolidó en la sentencia C-225 de 1995:

El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.

El único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción.

En la sentencia C-191 de 1998 distinguen dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad:

En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (CP, artículo 93).

[...]

Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo

93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.

[...]

En suma, es posible afirmar que aquellas normas que pertenezcan al denominado bloque de constitucionalidad lato sensu, se caracterizan por: (1) ser parámetro para efectuar el control de constitucionalidad del derecho interno; (2) tener un rango normativo superior a las leyes ordinarias (en algunos casos son normas constitucionales propiamente dichas y, en otros casos, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y la ley ordinaria); y, (3) formar parte del bloque de constitucionalidad gracias a una remisión expresa efectuada por alguna disposición constitucional.

La incorporación de los deberes adquiridos por el Estado colombiano a través de la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos ha generado también deberes en la administración de justicia, los cuales se traducen en tornar imprescindible resolver una controversia judicial incorporando los derechos que la normativa internacional consagra y que forman parte del bloque de constitucionalidad.

4.3. Papel de los jueces y las juezas, sus atribuciones y prerrogativas para la aplicación de justicia

La labor del juez o la jueza no se limita a la estrecha aplicación mecánica de un texto legal, dado que ello no es posible. La norma puede tener más de una interpretación y el intérprete (juez o jueza) la codificará de acuerdo con sus conocimientos, su experiencia y su visión de mundo. El operador de justicia es un sujeto que no puede, como todo sujeto, abstraerse de su propia conciencia en la toma de decisiones.

De allí que la incorporación de una perspectiva de género, el aprehender esta forma de mirar, es fundamental para su incorporación en la aplicación de justicia, más aun si se considera que la labor de jueces y juezas es más cercana a la creación de derecho que a una simple aplicación de una ley única.

5. Consideraciones de género en el proceso de aplicación de criterios de igualdad en la administración de justicia

5.1. El principio de igualdad en el Derecho internacional

El Derecho internacional de los derechos humanos se ha desarrollado por la evolución de diferentes fuentes normativas. Como ya se mencionó en páginas previas, los mandatos de igualdad y de no discriminación están contenidos tanto en normas universales generales como en disposiciones específicas relativas a ciertos grupos de derechos o sujetos protegidos, que prohíben uno u otro tipo de exclusión.

Para fines metodológicos y de forma de integrar de mejor manera su comprensión, se adoptará la clasificación de la profesora Anne F. Bayefsky para el Consejo de Investigación de Ciencias Sociales y Humanidades de Canadá, quien distingue cuatro áreas de importancia en las cuales se ha centrado el Derecho internacional para la definición del principio de igualdad: a) los métodos estructurales para prohibir la discriminación o proteger la igualdad; b) el asunto de si la intención discriminatoria es un elemento necesario de la discriminación; c) la fijación de un límite entre distinciones justificadas y no justificadas y d) la coherencia entre las medidas especiales de protección y la no discriminación²³.

a. Dimensiones estructurales

Desde el punto de vista de lo estructural, es posible agrupar las normas que contienen los mandatos de igualdad y no discriminación –lo que afectará su alcance– en disposiciones autónomas o disposiciones subordinadas y en disposiciones abiertas o cerradas.

Las disposiciones autónomas son aquellas en que la igualdad ante la ley y la igual protección de esta están garantizadas en sí mismas mediante la propia formulación normativa, por lo que no resulta necesaria la mención a la vulneración de otros derechos contenidos en el texto legal.

.....

23 Clasificación tomada de aquella realizada para el Consejo de Investigación de Ciencias Sociales y Humanidades de Canadá por la profesora Anne F. Bayefsky, Facultad de Derecho, Sección Derecho Común, Universidad de Otawa, ponencia "El principio de igualdad o no discriminación en el Derecho Internacional".

Un ejemplo de este tipo de normativa es el caso del artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos²⁴, como lo ha expresado el Comité de Derechos Humanos en un comentario general:

Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto²⁵.

Las disposiciones subordinadas, por su parte, prohíben la discriminación en el contexto de los derechos y libertades contemplados en los respectivos pactos en que esta se define.

Es posible observar disposiciones subordinadas en los artículos 2, numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁶; 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁷; 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos²⁸ y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescentes²⁹.

.....

24 "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

25 CCPR/C/21/Rev. I/Add. 1.

26 "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a 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, 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".

27 "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición".

28 "El goce de los derechos y libertades reconocidos en la presente Convención ha de ser asegurado sin distinción alguna, tales como las fundadas en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas u otras cualesquiera, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna, el nacimiento o cualquier otra situación".

29 "Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o

La Corte Europea de Derechos Humanos³⁰ ha establecido que una norma sobre igualdad subordinada debe interpretarse en conjunto con cada uno de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o Convención, como si formase parte integral de todos y cada uno de los artículos que establecen derechos y libertades.

Las disposiciones de igualdad y no discriminación abiertas prohíben la discriminación sobre la base de motivos indefinidos, ya que toda distinción estará siempre cubierta por la norma. Cada exclusión compromete al derecho en cuestión, precisamente por cuanto la propia formulación del precepto es inclusiva.

Ejemplos de disposiciones abiertas son claramente la Declaración Universal de Derechos Humanos, que obliga al respeto de la igualdad y no discriminación “sin distinción alguna” y la Convención Europea de Derechos Humanos que establece que “el goce de los derechos y libertades reconocidos en la presente convención ha de ser asegurado sin distinción alguna”.

Las formulaciones restringidas prohíben la discriminación sobre la base de una serie de motivos listados con menor o mayor amplitud en el propio Pacto o Convención de que se trate.

Así, la Carta de Naciones Unidas contiene una disposición restringida en la que los principios de igualdad y no discriminación deben respetarse respecto de una lista de cuatro motivos: *raza, sexo, idioma y religión*.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la lista de motivos es un poco más amplia “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (artículo 2, numeral 2) y en la Convención de los Derechos del Niño, Niña y Adolescentes, el catálogo de motivos se amplía aún más en su artículo 2, numeral 1: “la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

.....

de sus representantes legales”.

30 Caso Marckx vs. Bélgica, del 13 de junio de 1978, relativo a ciertos aspectos de la ley en el uso del lenguaje en la educación en Bélgica.

b. La intención discriminatoria

De acuerdo con la evolución del Derecho internacional, en la actualidad se considera que la existencia o inexistencia de una voluntad o intención de discriminar no es un elemento que deba considerarse para determinar si la discriminación o exclusión existe. Lo anterior implica que la exención ha de analizarse en abstracto, sin reparar en la buena o mala fe o el motivo del mandato para la salvedad³¹.

En los casos de África Suroccidental, el voto disidente del juez Tanaka hizo la primera referencia a esta cuestión, considerando que el trato diferente se permite en razón de la justicia o razonabilidad, que en todo caso excluyen la arbitrariedad. Tanaka expresó que: “la arbitrariedad prohibida se refiere al hecho simplemente objetivo y no a la condición subjetiva de los involucrados... la práctica del apartheid es fundamentalmente carente de razón e injusta... la no razonabilidad y la injusticia no dependen de la intención o motivo del mandato...”.

En el Derecho internacional, únicamente cuatro tratados³² incluyen definiciones de discriminación. Desde el punto de vista de la interpretación de esta, tres de ellos incluyen tanto a la exclusión como objeto cuanto como resultado. Uno de ellos se refiere a los efectos³³. Ninguno considera en su definición “la intención de discriminar” como consideración esencial para la exención.

Tal como se ha expresado, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, establece en su artículo 1°:

En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga *por objeto o por resultado* anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social,

.....

31 Casos de África Suroccidental, segunda fase, contenidos en el Informe de la Corte Internacional de Justicia, del 18 de julio de 1966, y referidos a la política del apartheid.

32 Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 1969, artículo 1; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 1; Convención de la Unesco relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza, de 1960, artículo 1; Convenio OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, artículo 1.

33 Convenio OIT N° 111.

cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. (Cursivas fuera del texto).

Por su parte, la Convención de la Unesco relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, señala, también en su primer artículo, que:

A los efectos de la presente Convención, se entiende por “discriminación” toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y en especial

- a) Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza;
- b) Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo;
- c) A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o
- d) Colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer dispone en su primera norma:

A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, *que tenga por objeto o resultado* menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. (Cursivas fuera del texto).

Y el Convenio de la OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación número 111, establece en su artículo primero:

A los efectos de este Convenio, el término “discriminación” comprende a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social *que tenga por efecto* anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. (Cursivas fuera del texto).

c. Límite entre las distinciones justificadas e injustificadas

Trato idéntico y trato desigual

Según el Derecho internacional, otorgar un trato idéntico a personas desiguales es tan discriminatorio como tratar a iguales de forma diferente. El Comité de Derechos Humanos ha señalado que “Goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia”.

Legitimidad de fines y proporcionalidad entre medios y fines como requisitos de la distinción

Por su parte, la Corte Europea³⁴ ha establecido:

El principio de igualdad de trato se viola cuando la distinción no tiene justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida involucrada, habida consideración de los principios que normalmente imperan en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho reconocido en la Convención no sólo debe perseguir una finalidad legítima; el artículo 14 se infringe igualmente cuando se establece claramente que no hay relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines que se busca lograr.

Una distinción será aceptable cuando tenga: finalidad legítima o una justificación objetiva y razonable, y exista una relación razonable de proporcionalidad entre la finalidad y el medio empleado para lograrla.

El Comité de Derechos Humanos ha incorporado la interpretación del artículo 14 de la Convención Europea, realizada por la Corte Europea, al

.....

34 Interpretación del artículo 14 de la Convención Europea para el caso “Lingüística belga” y que ha sido utilizado posteriormente en otros casos como el de Marcks vs Bélgica.

interpretar el artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, señalando que “No toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto”.

En la práctica, la aplicación del límite entre distinciones justificadas e injustificadas, dependerá de la voluntad del órgano interpretativo para su rigurosa aplicación, por lo cual el propio Derecho internacional ofrece pautas mediante el establecimiento de categorías sospechosas que impliquen una revisión más exhaustiva del motivo de la distinción.

Categorías sospechosas

Los distintos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos prohíben la discriminación por una serie de causas específicamente mencionadas, entre ellas: sexo, raza, origen, condición económica, religión, opinión, idioma, etc. Este listado de causas es conocido como “categorías sospechosas de discriminación”, ya que todas ellas han sido históricamente motivo de discriminación.

El concepto de “categoría sospechosa” se ha desarrollado a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de América, para la cual los motivos de exclusión con base en estas categorías de clasificación están afectados por una “presunción de inconstitucionalidad”. Quien pretenda sostener su validez, es decir, que la inclusión o exclusión basada en la etnia, el género, la religión –entre otras³⁵– es constitucional, deberá demostrar la existencia de “razones públicas imperativas” más allá de lo “razonable”, “oportuno” o “conveniente”. Ello es porque si se usara solo el criterio de “razonabilidad”, se podría enfrentar una gran tolerancia judicial respecto de los medios y los fines elegidos por el legislador.

Para quien juzga, la distinción que se invoca se funda en una razón considerada “sospechosa”, por lo que el Estado deberá presentar “una necesidad social imperiosa”. Para quien juzga, que justifique la utilización de esta categoría como criterio de distinción.

La *categoría sospechosa* o presunción de inconstitucionalidad ha tenido su propia evolución en el caso de aquellas exclusiones referidas al género.

.....

35 La raza, el origen nacional, la opción sexual, el sexo.

Fue recién a partir de una decisión de 1971, que la Corte Suprema estadounidense, país en el cual surge el concepto de “categoría sospechosa” comenzó a declarar la inconstitucionalidad de normas que discriminaban a las mujeres, pero no con base en la *categoría sospechosa*, sino utilizando, primero, criterios de “razonabilidad” y, luego, aquellos que requieren un “escrutinio intermedio”.

La categoría sospechosa aparece en relación con las exclusiones de género por primera vez en el caso “United States vs. Virginia³⁶”, en el cual se declaró la inconstitucionalidad de una norma local que prohibía el acceso de las mujeres a una academia militar. En el voto mayoritario de la juez O’Connor, si bien utiliza un criterio de “categoría sospechosa” para invalidar la disposición legal, esto no se hace expresamente. Son solo los términos con que se redacta el fallo los que indican la adopción de esa pauta:

...la Corte ha reconocido repetidamente que ni el gobierno federal ni el local actúan en forma compatible con el principio de igual protección cuando una ley o una política oficial le niega a las mujeres, simplemente porque son mujeres, el pleno reconocimiento como ciudadanas, igualdad de oportunidades para aspirar, alcanzar, participar en la sociedad y contribuir a ella con base en sus talentos y capacidades individuales...

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha utilizado igualmente una pauta interpretativa similar al concepto de “categoría sospechosa”. En “Adulaziz, Cabales y Balkandakli vs. Reino Unido³⁷”, declaró la invalidez de las reglas inmigratorias del Reino Unido que imponían mayores restricciones a las mujeres residentes en ese país que querían lograr la radicación de sus esposos en relación con los hombres residentes que deseaban la radicación de sus esposas. A pesar de que el tribunal reconoció que el objetivo buscado por el Gobierno al establecer tal distinción era válido (reducir el número de personas desempleadas), consideró que el medio utilizado no era compatible con la Convención:

.....

36 518 U.S. 515 (1996).

37 1985, considerando número 78, en relación con el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

...En lo que respecta a la cuestión en tratamiento, puede decirse que el desarrollo de la igualdad entre los sexos es, hoy día, un objetivo central de los estados miembros del Consejo de Europa. Ello significa que deberían presentarse razones de mucho peso antes que una diferencia en el tratamiento con base en el sexo pueda ser considerada compatible con la Convención.

Acorde con la evolución del Derecho internacional, los motivos de distinción que exigen un mayor escrutinio del juez son precisamente la raza, el género y la religión, por lo que, cuando se enfrente a tales motivos como criterios de exclusión, ellos requerirán de una mayor atención para determinar la legitimidad de sus fines y la proporcionalidad de los medios para alcanzarlos.

Tal es así, que las diferencias basadas en la raza y el sexo son las únicas que cuentan con un consenso internacional amplio en torno a su proscripción. Por ello se han promulgado diversos tratados especializados para prohibirlos como criterios de discriminación.

Respecto del motivo referido a la religión, la Asamblea General de la ONU ha adoptado una Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o en las Convicciones³⁸.

d. Medidas especiales permanentes y medidas especiales temporales

En su Recomendación General 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal³⁹, el Comité de la Cedaw aclara la terminología utilizada para referirse a dichas medidas así como el significado y el alcance de las mismas, dada la diversidad de términos empleados en el sistema de Naciones Unidas para referirse a las medidas especiales para lograr la igualdad, tales como "acción afirmativa", "acción positiva", "medidas positivas", "discriminación en sentido inverso" y "discriminación positiva".

.....

38 RES. A.G. 36/55 del 25 de noviembre de 1981.

39 Comité Cedaw, 20º periodo de sesiones, 1999.

Las medidas especiales de carácter temporal⁴⁰ deben tener como finalidad acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil, o en cualquier otro ámbito. La aplicación de estas medidas no son consideradas una excepción a la regla de no discriminación sino parte de una estrategia necesaria por parte de los Estados para lograr la igualdad sustantiva o de facto de la mujer y el hombre en el goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

En la misma Recomendación se señala que no todas las medidas que puedan ser favorables a las mujeres son medidas especiales de carácter temporal. “El establecimiento de condiciones generales que garanticen los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la mujer y la niña y que tengan por objeto asegurar para ellas una vida digna y sin discriminación no pueden ser llamadas medidas especiales de carácter temporal”. Indica también que lo temporal se refiere a que las medidas no son para siempre, aunque puedan mantenerse vigentes por un periodo prolongado, ya que solo deben suspenderse cuando se hayan obtenido los resultados esperados y estos se hayan mantenido durante un tiempo.

La Recomendación aclara también que el término “especiales” no se refiere a una concepción de las mujeres como sujetos débiles o vulnerables, sino a que las medidas están destinadas a alcanzar un objetivo específico.

Por otra parte, en la Cedaw⁴¹ se contempla un trato no idéntico de mujeres y hombres que se basa en diferencias biológicas.

Las medidas especiales permanentes son aquellas que se sustentan en las diferencias biológicas entre hombres y mujeres. Estas medidas tienen carácter permanente, por lo menos hasta que los conocimientos científicos y tecnológicos obliguen a reconsiderarlas.

.....

40 Aquellas que se adopten en virtud del párrafo 1 del artículo 4 de la Cedaw, el cual señala: “La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”.

41 En el párrafo 2 del artículo 4, que dice: “La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención encaminadas a proteger la maternidad, no se considerará discriminatoria”.

5.2. La igualdad y no discriminación en la legislación colombiana

a. Características del tratamiento a la igualdad del artículo 13 constitucional

Desde el punto de vista de lo estructural, la norma constitucional número 13 se puede clasificar como *autónoma*, pues en su primer acápite define la igualdad en sí misma. También, desde lo estructural, es una norma *restringida*, pues delimita su aplicación a una lista de motivos amplio: “razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”. Además, consagra la obligación del Estado colombiano de establecer *medidas especiales de protección* a favor de grupos marginados y *acciones afirmativas* para el logro de la igualdad de facto. Por último, la norma no hace referencia a la *intención discriminatoria*, por lo que es procedente el análisis en abstracto.

b. Categoría de la norma

Desde la óptica de la categoría de la norma, la Constitución positiviza el derecho fundamental a la igualdad de dos maneras: a través de cláusulas generales en forma de valores y principios y de normas específicas o casuística que pormenorizan el alcance de los distintos derechos básicos⁴².

La sentencia de la Corte Constitucional T-406 de 1992 establece claramente lo que el máximo Tribunal entiende por principios y valores:

...Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos

.....

42 De acuerdo con Luciano Parejo Alfonso (1991, p. 124), “La distinción entre valores y principios resulta ser, así, más bien de grado: los primeros son las normas más abstractas y abiertas (cláusulas generales), los segundos tienen un contenido ciertamente indeterminado pero más preciso y concreto que los anteriores”.

se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial.

...Los valores son normas que establecen fines dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto.

c. El juez, la jueza y los mandatos del artículo 13

Desde el punto de vista de la actividad del juez o la jueza, el artículo 13 lo determina al mandato de trato paritario, en su primer inciso, y al mandato de trato diferenciado, en los incisos segundo y tercero. Sin embargo, si bien la norma consagra los principios de igualdad y no discriminación, no establece cuándo un trato diferenciado se convierte en discriminatorio, cuándo un trato semejante es excluyente o cuándo es requerida la diferenciación. Tampoco señala el constituyente qué medios serían los permitidos, obligatorios o prohibidos para lograr el fin de la igualdad de facto, dejando abierta al juez o la jueza constitucional la posibilidad de la concreción en reglas de Derecho más específicas, sin que este pueda apartarse de los planteamientos generales de aquellos.

La Corte Constitucional, dando señales claras al respecto, se ha pronunciado sobre la necesidad de aplicar un mismo tratamiento normativo a situaciones que resulten iguales, tomando como base la observación de cada fenómeno en concreto y la relevancia jurídica de las diferencias o exclusiones.

Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática⁴³.

La Corte se ha pronunciado así mismo sobre el reconocimiento de la diversidad:

La igualdad exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las circunstancias concretas que los afectan, ya por las condiciones en medio de las cuales actúan, pues unas y otras hacen imperativo que el Estado procure el equilibrio, que en derecho no es cosa distinta que la justicia concreta⁴⁴.

Sabido es que la igualdad se predica de un trato proporcional por parte de la ley entre quienes se encuentran en una misma situación; a contrario sensu no se quebranta este derecho cuando la ley le dispensa un trato diferente a quienes están en situaciones o eventos disímiles. En otras palabras, cuando existen condiciones materiales diferentes entre sí, no sólo resulta conveniente, sino que además se torna indispensable y necesario que ellas reciban un trato diferente, con el fin de proteger el derecho a la igualdad⁴⁵.

.....

43 Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1992. MP Alejandro Martínez Caballero.

44 Corte Constitucional, sentencia C-345 de 1993. MP Alejandro Martínez Caballero.

45 Corte Constitucional, sentencia C-410 de 1995. MP Vladimiro Naranjo Mesa.

La igualdad, en su genuino sentido –debe la Corte reiterarlo– no consiste en la ausencia de toda distinción respecto de situaciones disímiles, sino precisamente en el adecuado trato a los fenómenos que surgen en el seno de la sociedad, diferenciando las hipótesis que son iguales entre sí –las que exigen una misma respuesta de la ley y de la autoridad– de aquellas que son diversas, pues respecto de éstas últimas la norma razonable no debe responder al igualitarismo ciego –lo que quebrantaría la igualdad– sino primordialmente al equilibrio que impone un trato divergente para circunstancias no coincidentes⁴⁶.

Por tratarse el asunto bajo examen de una supuesta violación al derecho a la igualdad de que trata el artículo 13 superior, en la medida en que se considera discriminatorio que la ley hubiese establecido una categorización en los honorarios que devengan los concejales del país, debe esta Corte señalar que el referido derecho, como se ha establecido en reiteradas oportunidades, se enmarca dentro de la obligación de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentren en una análoga situación de hecho, de forma tal que todos ellos puedan gozar de unos mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen, lengua, religión u opinión política o filosófica.

Dentro de este orden de ideas, se puede considerar jurídicamente válido el propiciar un trato diferente a aquellas personas que se encuentran en situaciones de hecho distintas⁴⁷.

d. La discriminación y las acciones afirmativas

Cabe señalar que el principio de no discriminación consagrado en el artículo 13 constitucional conlleva la prohibición de consagrar tratos injustificados “por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua religión, opinión política o filosófica”. Así pues, la prohibición de establecer discriminaciones tiene estrecha relación con la noción de igualdad sustancial consagrada en el inciso segundo del artículo 13 de la Carta política, según la cual el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara medidas a favor de grupos discriminados o marginados⁴⁸.

.....

46 Corte Constitucional, sentencia C-194 de 1995. MP José Gregorio Hernández Galindo.

47 Corte Constitucional, sentencia C-07 de 1996. MP Vladimiro Naranjo Mesa.

48 Corte Constitucional, sentencia C-410 de 1996. MP Hernando Herrera Vergara.

Ciertamente, la discriminación es por lo general la manifestación de una práctica reiterada en la sociedad o en una parte de ella, como da cuenta el profesor Cifuentes Muñoz:

Dado que históricamente los factores de discriminación enunciados se han empleado contra vastos sectores de la población y que no es suficiente su prohibición para que desaparezcan automáticamente hábitos y prácticas que explican su postración o debilidad socioeconómica y política, se impone, en muchas ocasiones, que las autoridades utilicen los criterios sospechosos con el objeto de dar un tratamiento o brindar una oportunidad vital a personas o grupos tradicionalmente colocados en condiciones de inferioridad respecto de los demás, con el objeto de propender a su nivelación. Estas acciones que emprende el Estado, denominadas de “discriminación favorable” o “acciones de diferenciación positiva”, comportan un trato desigual favorable que, por estar dirigida a este fin, no vulnera el principio de igualdad.

Su filosofía se fundamenta en la igualdad material; la técnica puede, a primera vista, ser opuesta a la igualdad formal (Cifuentes, 1997, p. 22).

5.3. El género, la discriminación a las mujeres y las medidas de acción positivas

Históricamente, las mujeres colombianas han sido discriminadas tanto en sus derechos civiles como en los políticos. Recién a partir del año 1957 la mujer obtuvo la participación en la vida política que le había sido otorgada por el acto legislativo número 3, en el año 1954. En lo que respecta a sus derechos civiles, a partir de la Ley 28 de 1938 se igualó el estatus de la mujer en el matrimonio, que hasta entonces se consideraba, por regla general, como incapaz de manejar su propio peculio.

En relación con la igualdad promocional, la brecha se mantuvo, impidiendo a las mujeres el acceso a cargos de alta responsabilidad, hasta que se dictó la Ley 581 de 2000, cuya existencia y necesidad se debió al debate de la Corte Constitucional en la sentencia C-371 del 29 de marzo del mismo año:

La Corte entiende que los términos sexo y género no son sinónimos. Cuando se habla del sexo, se hace énfasis en la condición biológica que distingue a los hombres de las mujeres, mientras que el género hace

referencia a la dicotomía sexual que es impuesta socialmente a través de roles. No obstante esta diferencia, para efectos prácticos, la Corte en esta sentencia utilizará los términos como sinónimos, pero aclarando que cuando se utilicen están comprendidas ambas dimensiones⁴⁹.

Las consecuencias de la diferenciación injustificada por razón de sexo se extienden a insospechados espacios, lo que da cuenta de la naturaleza velada o encubierta de un sinnúmero de prácticas inequitativas que trascienden las manifestaciones más comunes de la discriminación.

Aun cuando la igualdad formal entre los sexos se ha incorporado progresivamente al ordenamiento jurídico colombiano, la igualdad sustancial todavía constituye una meta: así lo demuestra la subsistencia de realidades sociales desiguales.

No se trata de ignorar el avance que supone la igualdad ante la ley; fuera de que su ausencia sería un enorme obstáculo para la elevación de las condiciones de la mujer, es preciso tener en cuenta que allana el camino hacia derroteros superiores pues permite recurrir a los órganos del Estado en procura de eliminar la discriminación y legítima de ese modo, la demanda de efectivas oportunidades para ejercer derechos y desarrollar aptitudes sin cortapisas. No debe olvidarse que, en contacto con la idea de igualdad sustancial, la exclusión de la discriminación por razón de sexo contenida en el artículo 13 de la Carta, no se detiene en la mera prohibición sino que abarca el propósito constitucional de terminar con la histórica situación de inferioridad padecida por la población femenina; esa decisión autoriza, dentro de un principio de protección, la toma de medidas positivas, dirigidas a corregir las desigualdad es de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva de la mujer en los órdenes económicos y sociales. Así pues, junto con la familia y el Estado, el empleo es uno de los espacios que ofrece más posibilidades para la discriminación por razones de sexo⁵⁰.

La Corte Constitucional también se ha referido a las medidas de acción positiva o afirmativa:

.....

49 Corte Constitucional, sentencia C-371 de 2000. MP Carlos Gaviria Díaz.

50 Corte Constitucional, sentencia C-410 de 1994. MP Carlos Gaviria Díaz.

La Constitución, con el fin de lograr que la igualdad sea real y efectiva, autoriza las acciones afirmativas en favor de grupos discriminados o marginados, o de personas que se encuentren en situaciones de debilidad manifiesta (CP art. 13)

Y es obvio que las autoridades sólo pueden tomar medidas efectivas y positivas para eliminar esas desigualdades, si toman explícitamente en consideración el criterio que ha servido hasta ahora para discriminar negativamente. Esa es la esencia de las acciones afirmativas, que tiene expreso sustento constitucional, pues mal podría un Estado tratar de mejorar la situación de un grupo marginado, sin expedir regulaciones que mencionen el factor que provocó su segregación.

Así, si la ley quiere mejorar la situación de la mujer frente al hombre, o aquella de los indígenas frente a los blancos, pues es obvio que la ley debe recurrir a clasificaciones étnicas o sexuales. Por ello, por ejemplo, el artículo 4º de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer señala explícitamente que no constituyen discriminación las “medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer”. No siempre que se utilicen criterios distintivos como el sexo, existe un tratamiento discriminatorio. Se autoriza, dentro de un principio de protección, la toma de medidas positivas, dirigidas a corregir desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva de la mujer en los órdenes económicos y sociales⁵¹.

5.4. La Corte Constitucional y los test de igualdad

La Corte Constitucional, desde sus inicios⁵², se abocó a la tarea de construir un sistema de control de constitucionalidad que cautelara el tratamiento racional del derecho a la igualdad. A través del Decreto 2067⁵³, se adoptó el régimen procedimental actual que consagra los juicios y actuaciones que deben seguirse ante esta Corte, estableciéndose un control difuso extendido a todos los jueces, las juezas y tribunales de la República, a

.....

51 Corte Constitucional, sentencia C-082 de 1999.

52 En 1991.

53 En septiembre de 1991.

través del conocimiento de las nuevas acciones constitucionales de tutela, de cumplimiento, populares y de grupo.

Para la Corte, los derechos constitucionales –y entre ellos, el derecho a la igualdad– requieren de un análisis diferente al de las normas comunes, pues estos son considerados como principios o mandatos que no se aplican como reglas absolutas. Esto implica que se otorga al legislador cierta discrecionalidad para decidir sobre criterios de inclusión y exclusión o de distribución, por lo que corresponde en definitiva a los jueces verificar si dicho legislador ha llevado a cabo su mandato garantizando el respeto de la igualdad.

No obstante, para conseguir el mejor resultado en esta tarea, la Corte Constitucional ha desarrollado un mecanismo objetivo de análisis que, basado en test o juicios, apartan a los sentenciadores de los prejuicios individuales para poder observar la norma en abstracto. Este sistema no solo está dirigido a los jueces y las juezas de esta magistratura, pues sirve e incluye por igual a todos aquellos y aquellas que, conociendo por vía de tutela, deben resolver sobre cuestiones que supuestamente violarían la igualdad en una situación determinada.

Modelo integrado colombiano

Partiendo de los sistemas desarrollados por el Tribunal Europeo, los tribunales constitucionales español y alemán, y en consideración de las reglas establecidas por la Corte norteamericana, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado su propio modelo: el modelo “integrado”, el cual es posible estructurar en torno a la pauta para su aplicación que se presenta a renglón seguido.

a. El análisis parte de la base del mandato de igualdad de trato. Será menester examinar:

- Si la situación que se somete a decisión trata de forma diferente a dos destinatarios del Derecho (las razones del trato diverso deben ser justificadas).
- Si la situación importa un trato paritario a individuos cuyas circunstancias deben ser favorecidas por el Estado en relación con todos los

otros destinatarios del Derecho (las razones del trato paritario deben ser justificadas).

b. Intensidad del juicio que se aplicará. Será necesario determinar qué grado de escrutinio (leve, estricto o intermedio) correspondería utilizar:

- Escrutinio leve. Consta de dos exigencias: que el trato diferente tenga un objetivo legítimo y que dicho trato sea potencialmente adecuado para alcanzarlo. En este sentido, una diferenciación es inconstitucional si su objetivo está prohibido por la Constitución o si ella es manifiestamente inadecuada para alcanzarlo.
- Escrutinio estricto. Somete la constitucionalidad de las medidas que establecen tratos diferentes al cumplimiento de dos exigencias: que la medida persiga un objetivo constitucionalmente imperioso o un objetivo imperioso para la sociedad y para el Estado, y que la medida sea necesaria o indispensable para alcanzarlo. La medida no debe ser solo potencialmente adecuada, sino necesaria para alcanzar el fin: la única o la más idónea. La aplicación de estas dos exigencias hace que la revisión estricta deba ser solamente una excepción aplicable a los ámbitos mencionados, en los que los poderes del Estado no disponen de amplios márgenes de apreciación o de decisión. Asimismo, en el escrutinio estricto tiene lugar una inversión de la carga de la prueba y de la argumentación: mientras la situación examinada no reciba una justificación atendible, *se mantiene la presunción de trato inequitativo*.
- Escrutinio intermedio. Se sitúa entre el estricto y el leve. Se aplica en los casos en que el Estado establece diferencias fundadas en los criterios sospechosos, para crear condiciones destinadas a que grupos desfavorecidos o históricamente discriminados alcancen la igualdad de facto. Se trata de casos de acciones afirmativas. El criterio sospechoso del género se utiliza para obtener la igualdad real entre mujeres y hombres. La aplicación del escrutinio débil en estos casos no resulta plausible, por cuanto la diferencia se basa en un criterio sospechoso. Sin embargo, tampoco parece atinado aplicar el escrutinio estricto, porque la diferencia no perjudica sino favorece al grupo históricamente discriminado. Los criterios sospechosos de diferenciación o criterios *potencialmente discriminatorios* para el modelo integrado, son aquellos que:

- ~ Aparecen *incluidos en los mandatos de igualdad tipificados por la Constitución*: el mandato genérico del artículo 13 o los mandatos específicos de los artículos 19, 42, 43 y 53.
- ~ *Restringen derechos fundamentales.*
- ~ Afectan de manera desfavorable a *minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta*, cuya especial protección por el Estado se refiere en los artículos 7 y 13 de la Constitución.
- ~ Se fundamentan en rasgos permanentes de las personas de los que estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad.
- ~ *Afectan a grupos históricamente sometidos a menosprecio y prácticas discriminatorias.*
- ~ Se basan en criterios que por sí mismos no posibiliten efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.

Para ello, se observará la fundamentación del trato diferente en concordancia con los criterios discriminatorios establecidos en el artículo 13 de la Constitución: sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

- ~ Si el trato diferente se funda en uno de estos criterios, se aplicará el escrutinio estricto.
- ~ Si el trato diferente no se funda en uno de estos criterios, se aplicará un escrutinio leve.
- ~ Si el trato diferente pretende desarrollar deberes de protección y promoción de desfavorecidos, se aplicará un escrutinio intermedio.
- ~ Si el trato paritario desconoce los mandatos de promoción y protección establecidos en los incisos 2 y 3 del artículo 13, deberá de aplicarse un escrutinio estricto.
- ~ Si el trato paritario aplica los criterios de promoción y protección de los incisos 2 y 3 del artículo 13, habrá de aplicarse un escrutinio leve.

c. Legitimidad, idoneidad y necesidad. Toda afectación del derecho a la igualdad debe ser idónea para conducir a un objetivo constitucionalmente legítimo.

Tratándose de una prohibición de discriminación:

- ~ Si se aplica el examen estricto. Todo trato diferente debe ser “la forma idónea” para alcanzar un objetivo constitucional imperioso.
- ~ Si se aplica un examen leve. El trato diferente ha de tener algún grado de idoneidad para alcanzar un fin no prohibido por la Constitución.
- ~ Si se utiliza un examen intermedio. Todo trato diferente debe ser idóneo para proteger a alguno de los grupos mencionados en los incisos 2 y 3 del artículo 13.

Tratándose del deber de promoción y protección:

- ~ Si se aplica el escrutinio estricto. Todo trato paritario debe ser “la medida idónea” para alcanzar un objetivo constitucional imperioso.
- ~ Si se aplica un escrutinio leve. Todo trato paritario debe tener algún grado de idoneidad para lograr un fin no prohibido por la Constitución.

Para examinar la idoneidad de la medida, es preciso determinar la existencia de otros medios alternativos para el logro del fin. Es decir, la afectación debe ser necesaria para alcanzar el objetivo propuesto y no deben existir otros medios que sean más benignos con el derecho afectado.

Tratándose de la prohibición de discriminación:

- ~ Si se aplica un examen estricto. Para que el trato diferente sea necesario, solo la medida examinada es la que puede conseguir el objetivo constitucionalmente imperioso. No puede existir otra medida igualmente idónea y que no implique injerencia en la igualdad o la afecte en menor grado.
- ~ Si se aplica un examen leve. Para que el trato diferente sea necesario, no ha de existir otra medida por la cual se pueda alcanzar el fin legítimo perseguido en forma equivalente o que implique menor grado de injerencia.
- ~ Si se aplica un examen intermedio. Para que el trato diferente sea necesario, no debe existir otro medio equivalente o que conduzca de mejor grado a la promoción y protección de aquellos señalados por los incisos 2 y 3 del artículo 13, sin afectar el derecho a la igualdad o afectándolo en menor medida.

Tratándose del deber de protección y promoción:

- ~ Si se aplica un examen estricto. Para que un trato paritario sea considerado necesario, no debe existir otra medida alternativa que revista igual idoneidad para el cumplimiento del fin constitucional imperioso y que no afecte el deber de promoción o protección o lo agravie en menor medida.
- ~ Si se aplica el examen leve. Para que un trato paritario sea necesario, no debe existir otra medida alternativa que revista idoneidad equivalente o mayor para fomentar el fin legítimo, que no implique injerencia en el deber de promoción y protección o lo afecte en menor medida.

d. Legitimidad y proporcionalidad en la afectación. Para que la injerencia que se examina se considere legítima, se requiere que el grado de realización del fin perseguido sea equivalente al grado de afectación del derecho fundamental que se lesiona.

Tratándose de la prohibición de discriminación:

- ~ Si se aplica el escrutinio estricto. Para que un trato diferente sea proporcional, el grado de realización del objetivo constitucional imperioso debe ser equivalente al grado de afectación del principio de igualdad.
- ~ Si se aplica un escrutinio leve. Para que un trato diferente sea proporcional, el grado de realización del fin legítimo debe ser al menos equivalente al grado de afectación del principio de igualdad.
- ~ Si se aplica el escrutinio intermedio. Para que un trato diferente sea proporcional el grado de promoción o protección de los grupos o individuos desfavorecidos, debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación del principio de igualdad.

El grado de afectación del principio de igualdad depende del grado de la diferencia que se establece: cuantas más consecuencias desventajosas se atribuyan a un destinatario del Derecho en comparación con otro destinatario privilegiado, mayor será la afectación del principio de igualdad.

Tratándose del deber de promoción y protección:

- ~ Si se aplica el examen estricto. Para que un trato paritario sea proporcional, el grado de realización del objetivo constitucionalmente

imperioso debe ser equivalente al grado de no realización del deber de promoción y protección.

- ~ Si se aplica el escrutinio leve. Para que un trato paritario sea proporcional, el grado de realización del fin legítimo debe ser equivalente al grado de no realización del deber de promoción y protección.

El grado de no realización del deber de promoción y protección se establece al comparar las medidas que se habrían debido o podido adoptar para cumplir este deber y aquellas que han sido adoptadas o no.

Referencias bibliográficas

- Bernal, Carlos (2000). *El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cifuentes Muñoz, Eduardo (1997). La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Revista de Derecho Público*, 7, febrero. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho.
- Díaz-Romero, Pamela (editora); Claro, Magdalena; Seoane, Viviana y Carrera, Cecilia (2005). *Acción afirmativa: hacia democracias inclusivas*. Santiago de Chile: Fundación Equitas.
- García Toma, Víctor (2008). El principio 'derecho a la igualdad'. *Cathedra, Espíritu del Derecho*, 13. Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.
- Gómez, Gastón y Figueroa, Rodolfo (2000). Discriminación en contra de la mujer. *Informes de Investigaciones Jurídicas*, 8, octubre. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago.
- Parejo Alfonso, Luciano (1991). Constitución y valores del ordenamiento. En *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid: Editorial Civitas, S.A.
- Westen, Peter (1990). *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of 'Equality' in Moral and Legal Discourse*. Princeton: Princeton University Press (capítulo V sobre la relación entre la igualdad y la distribución de cargas y ventajas entre los individuos).

SEGUNDA PARTE

Violencia basada en género y sector salud

II. Atención de mujeres víctimas de VBG: modelo de hospital de referencia

Paola Narváez Pantoja*
Natalia Poveda Rodríguez**

1. Antecedentes del proceso

La violencia basada en género (VBG) hace referencia a “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada⁵⁴.

La VBG es apenas una de las manifestaciones de todos aquellos actos de discriminación en contra de las mujeres, frente a la cual la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer exige a los Estados la adopción de medidas amplias e integrales para erradicarla. En concreto para el tema de violencia contra las mujeres, la Convención interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer exige que los Estados implementen políticas y mecanismos orientados a prevenir, sancionar y eliminar esta categoría de violencia.

.....

* Psicóloga. Consultora en la implementación del hospital de referencia en la ciudad de Pasto para la línea de acceso a la justicia del programa de apoyo a la construcción de políticas públicas con equidad de género en Colombia de la Aecid. Maestrante en Salud Sexual y Reproductiva de la Universidad El Bosque. Bogotá.

** Abogada Corporación Humanas.

54 Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, A/RES/48/104. Adoptada el 20 de diciembre de 1993.

En el marco de la línea de acceso a la justicia ejecutada por Humanas para el proyecto Construcción de políticas públicas con enfoque de género en Colombia de la Aecid, se realizó un proceso de fortalecimiento y apoyo a la gestión institucional con respecto a la atención de las mujeres víctimas de VBG.

La primera fase del proceso contó con un diagnóstico⁵⁵ de la situación institucional en cuanto atención integral a víctimas de este tipo de violencias, en las ciudades de Bogotá, Medellín, Pasto y Cartagena, que arrojó como primera recomendación la necesidad de realizar jornadas de formación a quienes tienen la responsabilidad de atender a estas víctimas.

La siguiente etapa del proceso se concentró en el diseño y la ejecución de estos talleres de formación para operadores y operadoras de justicia y médicas y médicos legales. En total se capacitaron sobre aspectos médicos y psicológicos forenses de la VBG a más de noventa funcionarios y funcionarias involucrados en la atención de este tipo de violencias en las ciudades de Medellín, Pasto y Cartagena⁵⁶.

De otro lado, el diagnóstico presentado evidenció dos aspectos fundamentales que ocasionan la revictimización de las mujeres y la falta de atención integral. Primero, la ausencia de articulación entre las diversas instituciones que atienden a las mujeres afectadas por la VBG, segundo, no concebir la problemática desde un enfoque de salud pública.

La ausencia de coordinación para una atención integral se traduce en la revictimización de estas mujeres que, al no encontrar un mecanismo que articule la atención, deben enfrentarse a diversos obstáculos como tener que ser remitidas a diferentes lugares para contar una y otra vez su historia de violencia. Se debe, además, comprender las diferentes formas de violencia contra las mujeres no solo como un problema judicial, sino también como un problema sanitario y social con repercusión en el ámbito jurídico, pues desligar un sector del otro se convierte en un obstáculo
.....

55 En Bogotá. El diagnóstico fue realizado por el médico español Juan Manuel Cartagena, especialista en Medicina Legal y experto en VBG. Para extender el diagnóstico a otras ciudades del país (Medellín, Pasto y Cartagena), fue acompañado por la experta Raquel Barrero, también médica forense y experta en el tema de VBG.

56 Del 18 de julio al 2 de agosto de 2009 se llevaron a cabo las formaciones en aspectos psicológico-forenses de la violencia de género, por parte de las consultoras Mari Paz Ruiz y Pilar de Luis Cabarga. Del 21 de agosto al 10 de septiembre del mismo año, los expertos Juan Manuel Cartagena y Nagore Moraga, impartieron los talleres al mismo grupo de participantes, en las mismas tres ciudades, en aspectos médico forenses de la violencia de género.

para la atención integral de los casos, tales como la ausencia de capacidad de los centros de salud para la obtención adecuada de elementos probatorios que permitan judicializar este tipo de conductas.

Por ello se recomendó la implementación de un mecanismo piloto en coordinación interinstitucional y atención integral en materia de violencia de género con un enfoque desde el sector salud llamado hospital de referencia (HR).

2. Necesidad de un hospital de referencia para la atención de mujeres víctimas de VBG en Pasto

Siguiendo la recomendación de los expertos realizada en el diagnóstico, para apoyar una atención integral a las víctimas de VBG, se eligió implementar el modelo de hospital de referencia en la ciudad de Pasto, dados el alto nivel de compromiso y respuesta que mostraron las instituciones de esta zona en el proceso de formación y el tamaño de la ciudad, que por no ser una de las más grandes del país permitía pilotajes a menor escala y más efectivos.

Al elegir la ciudad de Pasto para la implementación del modelo, se coordinó desde Bogotá la presentación de este ante las diversas instituciones. Finalmente, se decidió la contratación de una consultoría desde mayo de 2010⁵⁷.

Con la consultoría se esperaba conocer y analizar cuáles eran las rutas de atención de la VBG en esta ciudad, el comportamiento de las víctimas frente a estas violencias, las instituciones de salud que pudieran servir para implementar el modelo y los modelos de hospital de referencia en otros países, para terminar en el acompañamiento y el impulso de la implementación efectiva del modelo en la ciudad.

2.1. Hospital de referencia en otros países

El patrón para llevar a cabo este proceso de implementación de un modelo de hospital de referencia para atender la VBG se tomó del que existe

.....

57 Realizada por Paola Narváz Pantoja.

en España. La definición de este modelo es el de una institución de salud que tiene como objetivo atender aquellas patologías, o situaciones graves que tengan repercusión y necesidad de asistencia clínica y cuidados de un alto nivel de especialización. Esta institución es elegida en un territorio que disponga diversos servicios que permitan dar una respuesta oportuna y efectiva a la población de referencia. Tal institución, además, debe ser una herramienta muy útil para operativizar los criterios de salud integral⁵⁸.

En España se implementó desde el año 2006 gracias al trabajo en conjunto del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, la Secretaría General de Políticas de Igualdad y el Instituto de la Mujer. El fundamento de esta atención integral prestada por el hospital es la capacidad de las y los profesionales de la salud, en cuanto al nivel formativo y de sensibilización frente al tema. Las y los profesionales de la medicina que atienden esta clase de casos tienen un conocimiento previo de la ruta de atención que las víctimas de este tipo de violencias deben recorrer, lo cual evita remisiones injustificadas que se traducen en la re victimización de las mujeres.

2.2. Atención de la VBG en Pasto

En Colombia, la política nacional de salud sexual y reproductiva, elaborada en el año 2003, exige que la atención a la violencia sexual e intrafamiliar debe estar orientada por la concepción de los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos, la equidad social y de género, el empoderamiento de las mujeres y la calidad de la prestación de los servicios. La línea violencia doméstica y sexual, estableció que esta problemática debe atenderse de manera integral por medio de sistemas adecuados de asesoría y referencia y que deben crearse los mecanismos de vigilancia en salud pública que permitan obtener información estadística, completa y confiable para acciones de prevención, detección temprana y promoción de derechos⁵⁹.

La Ley 1257 de 2008, a su vez, establece el derecho de las mujeres víctimas de la violencia basada en género de contar con orientación y asesoramiento

.....

58 J. Benet Guarga A.; Benaque A. y Torné E (2006). Región sanitaria de Barcelona, hospitales de referencia: criterios orientativos para su definición. España.

59 Política Pública Nacional de Salud Sexual y Reproductiva. Ministerio de la Protección Social 2003.

jurídico, atención médica y psicológica, protección y garantía en atención integral, reparación y no repetición del delito⁶⁰. Con estos lineamientos, por lo menos normativamente, se llama la atención alrededor de que el sector salud es uno de los principales responsables de la promoción, la prevención y la atención de los casos de VBG.

Por su parte, la ciudad de Pasto dispone de una política pública para las mujeres y la equidad de género en el municipio, rutas de atención para violencia intrafamiliar y violencia sexual, un modelo de atención integral para víctimas de violencia, el Centro de Atención para la Mujer en el que se ofrece atención psicológica y asesoría jurídica y un hogar de acogida para brindar protección a las mujeres en peligro inminente. Además tiene un observatorio del delito que da cuenta de las principales estadísticas frente al tema.

En Pasto se creó la Red de Apoyo al Buen Trato como mecanismo de coordinación entre las instituciones encargadas de atender la VBG liderada por la Secretaría Municipal de Salud y la Oficina de Género y conformada por varias instituciones de los sectores de salud, justicia, educación y gobierno, entre otras. Se agrupan en diversos comités encargados de la promoción de los derechos de las mujeres y la disminución de los factores de riesgo⁶¹.

El municipio de Pasto cuenta con dos rutas de atención⁶², una para violencia intrafamiliar y otra para violencia sexual que son impulsadas, estudiadas y reformuladas por la Red del Buen Trato desde sus diferentes comités,

.....

60 Ley 1257 de 2008 "Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones".

61 *El comité de promoción y prevención* es el encargado de liderar acciones para disminuir los factores de riesgo y fortalecer factores protectores para la promoción del buen trato y la prevención de la violencia intrafamiliar. *El comité de detección temprana y vigilancia* se encarga de realizar análisis periódicos del comportamiento estadístico de los eventos relacionados con la violencia y establecer acuerdos institucionales para la notificación y reporte de casos de violencia intrafamiliar y sexual. *El comité de atención y rehabilitación en salud* se encarga de mantener operando el modelo de atención integral a las víctimas de violencia aplicando la ruta de atención y estableciendo acuerdos institucionales para los casos de mayor complejidad. *El comité de atención y rehabilitación legal* establece acuerdos institucionales para la restitución de derechos haciendo uso del sistema de referencia y contra referencia de acuerdo con los protocolos establecidos. El de *formación humana* es el encargado de capacitar a los funcionarios delegados por las instituciones que forman parte de la Red de Apoyo en diferentes temáticas y normatividad vigente. (Red de Apoyo al Buen Trato Secretaría de Salud de Pasto Alcaldía de Pasto 2010).

62 Las rutas de atención esta vigentes desde el año 2007, por lo que no han incorporado los lineamientos dados por la Ley 1257 de 2008.

para que efectivamente respondan a las necesidades de las mujeres y no se traduzcan en un obstáculo para obtener la atención requerida.

La primera parte de las rutas consiste en la detección de casos por parte de las diferentes instituciones del sector educativo y las redes comunitarias; la segunda la atención física y psicológica a cargo del sector salud; la tercera, la notificación y remisión al sector justicia para gestionar la denuncia y, finalmente, el seguimiento y el cierre del proceso, etapa en la que se espera que participen los tres sectores.

A pesar de los esfuerzos de la administración de Pasto por desarrollar acciones encaminadas a la promoción del buen trato y prevención de todos los tipos de violencias, las cifras indican que el fenómeno afecta en gran parte de la población⁶³; en los procesos de prevención y atención integral para la violencia aún se evidencian casos de revictimización por parte de las instituciones encargadas de realizar la atención.

Las principales fallas que la consultoría identificó en las rutas de atención fueron: la exposición de un catálogo de varias instituciones sin especificar la función de cada una, pues no se define cuáles son las instituciones encargadas de orientar y remitir los casos y cuáles las responsables de la atención física, jurídica y de protección; la falta de un abordaje amplio que comprenda el conocimiento de las diferentes tipologías de violencia hacia las mujeres; la ausencia de un inicio y un final en la ruta de atención y la nula identificación de un acceso diferencial para la población del sector rural.

2.3. Atención del sector salud a la VBG

El estudio realizado en el marco de la consultoría resaltó cómo en materia de salud, los entes territoriales⁶⁴ deben ejercer competencias relacionadas con la formulación de planes, programas y proyectos para mejorar la salud, así como adoptar, definir y evaluar normas, políticas, estrategias, programas y proyectos para la población.

63 Según datos del Observatorio del Delito de la Alcaldía de Pasto las cifras de violencia física y sexual en el año 2009 fueron 44 casos de violencia sexual fuera del núcleo familiar, 312 casos de violencia conyugal y 203 casos de violencia ejercida por otro familiar.

64 Con fundamento en la Ley 715 de 2001. "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud".

La ley establece que las consultas de las mujeres víctimas de violencia física y sexual que recurren al sistema de seguridad social en salud son consideradas como consultas de urgencia, por lo que deben ser atendidas de inmediato. La institución de salud tiene la responsabilidad de identificar y documentar los daños causados a raíz de alguna de las modalidades de violencia contra las mujeres, así como brindar atención médica y psicológica, según el caso lo requiera; en todo el proceso, la víctima debe ser informada de sus derechos y de las formas de remisión a otras instituciones responsables⁶⁵.

Sin embargo, la generalidad de las y los profesionales de la medicina no consideran la VBG como un caso de urgencia y desconocen la normatividad vigente sobre derechos de las mujeres. Además, existen factores de orden administrativo que obstaculizan el acceso de las mujeres a una atención integral, tales como la dificultad para el aseguramiento al sistema general de salud, la exigencia de copagos para la atención psicosocial, la asignación de citas con intervalos muy prolongados que originan mayores complicaciones físicas y emocionales, la falta de privacidad y adecuadas condiciones para la atención de las víctimas y las dificultades de acceso por las distancias, entre otras situaciones que diariamente se presentan en el proceso de atención sanitaria a las mujeres víctimas de la VBG tanto del sector rural como urbano.

Entre las acciones y los compromisos que el sector salud debe garantizar para el funcionamiento del hospital de referencia están el de permitir a la población el acceso a servicios de salud sin discriminación alguna, garantizar la atención integral evitando la re victimización y eliminar barreras de acceso por trámites administrativos, por la fragmentación del sistema y por las barreras geográficas que afectan el desplazamiento a los puntos de atención.

2.4. Características de un hospital de referencia

Frente a los múltiples obstáculos que se encontraron en la exigencia de prestar una atención integral a las mujeres víctimas de VBG, se identificó el modelo de hospital de referencia como un mecanismo adecuado para atender la problemática desde el ámbito sanitario, ya que su principal

.....

65 Artículos 168 y 177 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1257 de 2008.

objetivo es garantizar la protección de la dignidad e integridad de las víctimas de VBG a través de su recepción y atención por personal altamente especializado.

Para que una institución de salud se adecúe como un modelo de hospital de referencia, se requiere un equipo interdisciplinario que defina claramente las funciones y competencias en salud física, mental y social, unas instalaciones físicas que permitan una atención adecuada y con la privacidad que los casos demandan. Una entidad que cuente con servicio de atención de urgencias en horario diurno y nocturno, de tal forma que las mujeres víctimas de VBG puedan recibir atención cuando la requieran.

La detección de situaciones de riesgo de abusos sexuales o violencia de pareja, entre otros casos de VBG, es otro de los grandes retos de un hospital de referencia. Esto exige la sensibilización y la capacitación constante del personal de salud en normatividad y atención integral, para así; lograr desmitificar actitudes y valores que tradicionalmente han sido atribuidos a esta forma de violencias; identificar las diferentes repercusiones y secuelas que estos casos dejan en las mujeres; exigir compromiso por parte del personal de salud en el tratamiento y seguimiento de estos casos; promover la denuncia de presuntas violencias o abusos identificadas en diagnósticos médicos y comunicadas por las mismas víctimas o terceras personas.

Para alcanzar estos objetivos, debe existir una ruta interna que conozca todo el funcionariado del hospital, lo que facilita una atención apropiada de las víctimas. El hospital debe fomentar la derivación adecuada y eficaz a las diferentes instituciones para la correspondiente protección legal y social de las víctimas de estas formas de violencia. La obtención de información debe partir del profesionalismo de quien la solicita, de la manera más respetuosa pero a su vez completa.

De igual forma cuando se preste la primera atención derivada de un hecho que posteriormente sea judicializado, el HR debe llevar a cabo de manera correcta el proceso de cadena de custodia de los elementos probatorios encontrados.

Como líder en la atención, se puede esperar del HR la gestión y la coordinación con los representantes de las diferentes instituciones responsables de la atención de la VBG, mediante reuniones periódicas, entre

otras actividades, para analizar los problemas que surjan en la atención y evaluar la coordinación establecida.

A su vez, como su mismo nombre lo indica, un hospital de este tipo espera ser el referente de otras instituciones, por lo que debería tener conexión permanente con otros centros hospitalarios que puedan requerir ayuda o colaboración en el manejo de pacientes víctimas de agresión por razón de género o agresión sexual, para suministrar pautas de actuación acordes con los medios existentes y sesiones de formación continuada.

Con la implementación del hospital de referencia se pretende facilitar la detección, la atención y la prevención de casos de VBG, a partir de una adecuada orientación y proporción de medidas de aplicación inmediata y el impulso de acciones de sensibilización y formación del personal asistencial en los servicios médico-sanitarios, jurídicos y de protección.

3. La estrategia de implementación de un hospital de referencia en Pasto

Después del análisis y el diagnóstico del panorama de la ciudad de Pasto, proceso en el que se evidenció la necesidad de un hospital de referencia y debido a que ya existían unas rutas de atención para las violencias en contra de la mujer, se buscó integrar el hospital de referencia a este modelo.

3.1. Definición de un HR en Pasto como parte de un modelo de atención integral

El modelo de atención integral para la violencia física y sexual hacia las mujeres sigue las fases de prevención, detección y diagnóstico, atención integral y rehabilitación psicosocial.

La fase de prevención debe incluir acciones de promoción de los derechos humanos de las mujeres, la cultura de la no violencia y la resolución pacífica de conflictos, encaminadas a evitar los actos de violencia hacia las mujeres.

La fase de detección y diagnóstico establece acciones y procedimientos que permitan identificar a las personas que hayan sido o sean víctimas

de violencia, con el fin de ofrecerles un proceso de atención integral y remitir los casos a las instancias requeridas. La detección temprana es una herramienta básica para las mujeres en situación de violencia, porque permite evitar mayores riesgos y es el enganche en el proceso de atención y denuncia.

La fase de atención integral comprende acciones que brinden apoyo, tratamiento y asesoría a las mujeres víctimas de VBG. Para llevar a cabo este proceso en el sector salud, es necesario: prestar atención médica general⁶⁶ de urgencias y especializada⁶⁷ cuando se requiera; recolectar de forma adecuada las muestras; clasificar el tipo de violencia; brindar atención psicosocial; evaluar el riesgo; dar a conocer el plan de seguridad e información legal y realizar el procedimiento de referencia, contrarreferencia y seguimiento.

La fase de rehabilitación psicosocial incluye actividades encaminadas a brindar los servicios de apoyo en el ámbito psicológico y social para las mujeres que han sido víctimas de violencia, con el fin de proporcionar las herramientas necesarias para romper el ciclo de la violencia y mejorar su calidad de vida desde los ámbitos afectivo, social y económico. En esta fase se busca el mejoramiento de la salud mental a partir de la intervención individual y el seguimiento al proceso.

Este modelo de atención integral pretendía seguir una ruta en la que se incorpora el HR de Pasto de la siguiente forma:

- a. El hospital de referencia es la institución de salud referente en la atención integral para los casos de violencia hacia las mujeres, recibe los casos en urgencias (este servicio debe estar habilitado las 24 horas del día) y debe tener un buen nivel de cobertura y fácil acceso. Allí se debe realizar el proceso de atención integral, diagnóstico y clasificación del tipo de violencia, y además, remitir la paciente a las diferentes especialidades que la víctima lo requiera, como Ginecología, Psicología, Psiquiatría.

.....

66 La atención médica general corresponde a son las acciones mínimas de servicios que se ofrecen a las víctimas de violencia proporcionadas en el primer nivel de atención.

67 La atención de medicina especializada comprende los servicios médico-quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos que satisfagan de manera integral las necesidades de atención de mayor complejidad pues cuenta con elementos necesarios y personal capacitado para realizar un proceso de atención según el requerimiento del caso particular.

Notificación y registro.

- b. El personal de salud debe cumplir con la obligación de reportar el caso de violencia realizando un registro en la ficha de violencia intrafamiliar, violencia sexual y maltrato infantil que se maneja en el observatorio del delito para todas las instituciones de salud. Al mismo tiempo, el personal de salud está encargado de remitir al área psicosocial y las entidades del sector justicia.

Remisión al sector justicia.

- c. Los casos de violencia física y sexual deben ser remitidos a la justicia para realizar el respectivo proceso de denuncia y restitución de derechos; para ello, se remitirán al centro de atención a víctimas de violencia intrafamiliar (Cavif) o centro de atención integral a víctimas de abuso sexual (Caivas). Luego, se debe realizar la respectiva remisión al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el que se lleva a cabo el diagnóstico forense, peritaje y recolección de muestras.

Evaluación del riesgo.

- d. Como parte de la evaluación y la atención integral que realiza el personal de salud, se debe dar un concepto claro acerca del riesgo en el que se encuentra la víctima. Esta evaluación permite tomar medidas de protección para la víctima por parte de las instituciones encargadas en el proceso de protección. Las medidas de protección las puede generar la Comisaría de Familia o la Fiscalía, para que la Policía Nacional ejecute las decisiones que se tomen en cuanto a la seguridad de la víctima y su familia.

Hogares de acogida.

- e. El hogar de acogida es un mecanismo de protección dirigido a brindar atención inmediata a las mujeres víctimas de violencia cuando se encuentran en un alto nivel de riesgo, porque su vida o las de sus hijos e hijas corren peligro por causa del agresor.

Seguimiento grupo extramural.

- f. El grupo extramural dirigido por personal de salud en el área psicosocial, realizando el seguimiento de acuerdo con el caso de la víctima y las necesidades que se presenten, garantizando siempre la confidencialidad.

3.2. Selección del hospital de referencia

Para identificar qué hospital de los ubicados en la ciudad de Pasto era el adecuado para ser el piloto de hospital de referencia, la consultora realizó una serie de encuestas en varias instituciones y un posterior diagnóstico de cada una de ellas, con el fin de establecer las ventajas y desventajas de cada ente de salud.

Se encuestaron doce instituciones de salud (dos del sector público y diez del privado), con el propósito de recolectar información sobre, la atención que se brinda en ellas, si manejan un enfoque de género y si tiene el conocimiento de la normatividad con respecto al modelo de atención integral a las mujeres víctimas de violencia. Se identificaron fortalezas, debilidades, y oportunidades de las instituciones de salud del municipio, lo cual permitió analizar desde el punto de vista administrativo, asistencial y humano cuál podría ser la institución que más se aproximaba a ser el apto para la implementación de un piloto de hospital de referencia.

De las instituciones encuestadas, varias manifestaron su voluntad de implementar un piloto de HR. Las ventajas se daban, además de la voluntad administrativa manifestada en el momento de la entrevista, por la disponibilidad del espacio en la planta física, la amplia cobertura tanto en el sector rural como urbano, la atención especializada y la capacitación previa de los funcionarios y las funcionarias en el tema.

Sin embargo, en varias instituciones se evidenció como un obstáculo, el rechazo a la prestación del servicio de IVE (interrupción voluntaria del embarazo) por ir en contra de la filosofía institucional, lo cual contraría una respuesta integral a la VBG y desconoce uno de los derechos humanos de las mujeres más importantes, en los términos señalados por la corte Constitucional, además de la prohibición de la objeción de conciencia institucional. Otra importante dificultad era que las instituciones presentaban barreras, como el cobro de copagos, para prestar el servicio de Psicología.

El análisis de las encuestas identificó que en las instituciones públicas entrevistadas⁶⁸ se evidencia un mejoramiento en los procesos de atención y

.....

68 Hospital Universitario Departamental de Nariño y Pasto Salud E.S.E.

cobertura del servicio, pues abarca tanto el sector rural como el urbano. Pero en materia de atención integral de los casos de VBG existen dificultades por los complejos procesos administrativos que exigen facturaciones dispendiosas para ciertos servicios, ya sea que la paciente pertenezca al régimen contributivo o al subsidiado. De otro lado, es preocupante, por lo generalizado el hecho de que once de las doce instituciones encuestadas demostraron un desconocimiento por parte del personal asistencial y administrativo de la normatividad y del modelo de atención integral para víctimas de violencia.

3.3. Creación de indicadores de seguimiento

Posteriormente a las encuestas, se estableció que antes de la implementación del HR, se hacía necesario crear unos indicadores de medición que permitieran realizar seguimiento y valoración del funcionamiento del HR, en el corto, mediano y largo plazo.

Los parámetros para medir, monitorear y evaluar la atención integral de la VBG son elementos centrales de un modelo de atención integral para este tipo de violencias, que incluyen aspectos como prevención, detección y diagnóstico, atención integral, rehabilitación, factores socioeconómicos, demográficos y accesibilidad al servicio. Cada indicador debe permitir dar cuenta de ellos.

Para realizar el monitoreo y evaluación del HR por medio de los indicadores, se debe establecer una coordinación interinstitucional entre las diferentes entidades que intervengan en los procesos de atención de la VBG. En la ciudad de Pasto, según la consultoría, las instituciones encargadas de esta aplicación de indicadores, debían ser la Red de Apoyo al Buen Trato, la Oficina de Género de la Alcaldía y la Secretaría de Salud Municipal.

La finalidad de la aplicación de los indicadores es, fundamentalmente, evaluar para mejorar la atención y la prevención de la VBG. Solamente a partir de una valoración del modelo, en conjunto y de manera coordinada por parte de las diversas instituciones, se podrán gestionar acciones para la sostenibilidad y el adecuado funcionamiento del HR.

3.4. Acuerdo y desacuerdos para poner en marcha el HR

Una vez terminada la etapa de análisis de la atención de VBG y de la aplicación de las encuestas a las instituciones de salud existentes, se debía realizar un proceso de generación de alianzas entre actores, para la implementación efectiva del HR.

Se socializaron los resultados del proceso de consultoría y del diagnóstico institucional ante la Red de Apoyo al Buen Trato, la Secretaría de Salud Municipal, la Oficina de Género de la Alcaldía de Pasto y los representantes administrativos de las instituciones de salud encuestadas para ser el piloto de implementación de hospital de referencia.

Las autoridades administrativas de la Alcaldía dieron a conocer su interés por continuar con el proceso. Sin embargo, el cambio en reiteradas ocasiones de la persona a cargo de la Oficina de Género dificultó que existiera una figura que liderará el proceso, razón por la cual se vio dilatado y con poco interés.

Las autoridades del hospital que se consideró el más adecuado como resultado de la consultoría, a pesar del interés manifestado en reiteradas ocasiones, no concretaron la alianza por, entre otras razones, sus diferencias filosóficas en la concepción del tema de la IVE.

Pese a que no se pudo implementar el HR, se llevó a cabo un proceso de incidencia que permitió generar acuerdos informales que pueden ser retomados con la nueva administración municipal.

Conclusión

El modelo de hospital de referencia es una manera integral de atender la VBG, por cuanto concentra las acciones en una sola entidad, facilita la coordinación y permite profundizar en la formación y la capacitación sobre el tema. La experiencia española analizada evidencia que involucrar el sector de la salud en la ruta de atención integral de las mujeres víctimas de la VBG es un factor determinante en el mejoramiento de la atención y la prevención. Significa ofrecer a las víctimas una garantía en salud que las anime a ejercer sus derechos y poner en conocimiento de las

autoridades sus casos. En Colombia no se ha profundizado en enfocar la VBG como un problema de salud pública; el personal asistencial, en particular las médicas y los médicos, no ven como su función la identificación de estos casos y el tratamiento integral de las víctimas.

La coordinación que facilita un modelo como el de hospital de referencia, posibilita que el sistema judicial pueda abordar valoraciones de riesgo a tiempo, que erradiquen o disminuyan la violencia e incluso eviten la muerte de la víctima.

La experiencia española analizada evidencia que gracias al fortalecimiento en la identificación de casos que permite un hospital de referencia se pueden disminuir las cifras negras y las tasas de impunidad y cumplir con la obligación judicial que tiene el sector salud. Un HR permite consolidar estadísticas serias y reales de los distintos tipos de violencia hacia las mujeres. Así, será posible diferenciarlas de otras patologías existentes y generar adecuados programas de promoción, que faciliten un cambio de actitud frente a la VBG por parte de la sociedad.

Se hacen necesarias acciones de capacitación en el tema de la VBG como un problema de salud pública, las técnicas y métodos para su identificación y diagnóstico, su tratamiento y la derivación a servicios sanitarios. Sin embargo, como la población es tan grande y de algún modo inabarcable por la movilidad de los recursos humanos, hay que pensar en acciones que definan un foco concreto para aplicar el piloto del modelo y, así, se puedan medir y evaluar los resultados. Este modelo permite dos objetivos: ser referencia en el tema relacionado con la atención de casos de VBG y ser un piloto en el diagnóstico e identificación de estos.

Concretar y comprometer sin dilación alguna, la voluntad política de la administración pública y del hospital piloto, es un requisito fundamental para que se pueda implementar efectivamente el modelo, pues solo cuando las administraciones generen alianzas con entidades del sistema de salud ya sean públicas o privadas y ejerzan el debido liderazgo, coordinación y control del tema, se podrá adecuar un hospital existente a un hospital de referencia.

Así mismo, elegir para la implementación una zona que permita la coordinación y monitoreo, es fundamental para la cabal adecuación de un

hospital normal a uno de referencia. La intención de esta propuesta piloto es fundamentalmente sensibilizar sobre el enfoque sanitario que debe tener el problema de la VBG, por lo que sus fases podrían realizarse en otra zona y, según los diferentes factores políticos y administrativos y un panorama claro de las instituciones existentes, pueda tener éxito y por ende, avanzar en el abordaje de esta problemática.

TERCERA PARTE

**Obstáculos en los procesos
judiciales para el acceso a la justicia
de las mujeres víctimas de violencia
de género**

III. El precedente judicial en el sistema jurídico colombiano respecto a los delitos sexuales cometidos contra mujeres

Camila Alejandra Hoyos Pulido*

Aproximaciones previas

La violencia y la discriminación contra las mujeres son fenómenos que históricamente han estado presentes en la sociedad. Diferentes organismos internacionales han puesto especial atención en ello y han aunado esfuerzos para erradicar esta práctica. Amnistía Internacional, al referirse a la violencia contra las mujeres ha afirmado que:

...no es exclusiva de ningún sistema político o económico; se da en todas las sociedades del mundo y sin distinción de posición económica, raza o cultura. Las estructuras de poder de la sociedad que la perpetúan se caracterizan por su profundo arraigo y su intransigencia. En todo el mundo, la violencia o las amenazas de violencia impiden a las mujeres ejercitar sus derechos humanos y disfrutar de ellos⁶⁹.

Una de las manifestaciones más cruentas de la violencia contra las mujeres se evidencia en los delitos sexuales, en la que los hombres ubican a la mujer como sujeta de discriminación y dominación sobre la cual quieren y pueden ejercer superioridad, en ámbitos tan íntimos como el sexual. Por tal razón, este tipo de delitos se han identificado como "delitos que comente un género contra otro, es decir que comete el género masculino

.....

* Abogada Corporación Humanas.

69 Resumen de la publicación *Está en nuestras manos. No más violencia contra las mujeres*, de Amnistía Internacional (EDAI) (2004).

contra el femenino, tratándose de un comportamiento aprendido por los hombres como una forma de mostrar y ejercer el poder por medio de la sexualidad” (Larrauri, 1994, p. 96).

Ello se ve sustentado estadísticamente en cifras que reflejan que las mujeres son las mayores víctimas de delitos sexuales. Según el Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses (INMLCF), de los 20.142 casos valorados por presunto delito sexual en 2010, el 84% corresponde a mujeres y el 16% a informes periciales sexológicos realizados a hombres, lo que corrobora que, aunque la violencia sexual puede presentarse tanto en hombres como en mujeres, la principal víctima de este delito continúa siendo la mujer (INMLCF, 2010, p. 166).

Por eso, adquieren gran importancia los esfuerzos que desde los sistemas de protección internacionales de los derechos humanos se han realizado con la adopción de normatividad que exige a los Estados un compromiso progresivo en materia de prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres. Al respecto, la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer establece entre sus obligaciones que los Estados deben “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”⁷⁰.

En ese sentido, los Estados deben adoptar en el ordenamiento jurídico interno las vías necesarias para que tales obligaciones se cumplan. Es aquí donde el sistema judicial adquiere gran relevancia, pues de su funcionamiento idóneo depende que las víctimas encuentren una protección efectiva de sus derechos y un verdadero acceso a la justicia.

En esta ocasión, vale la pena por tanto realizar el análisis de cómo ciertas herramientas y principios del sistema jurídico como el sistema de precedente jurisprudencial⁷¹, que está siendo acogido con mayor fuerza en nuestro ordenamiento jurídico, pueden incidir en la realización de los derechos humanos de las mujeres, en los casos de la judicialización de delitos sexuales cometidos en su contra.

.....

70 Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer, adoptada por la Organización de Estados Americanos el 6 de septiembre de 1994, artículo 7, literal B.

71 El sistema de precedente jurisprudencial le da a la jurisprudencia el carácter de fuente de Derecho y, por consiguiente, vinculante para la resolución de casos futuros; su antecedente es el *stare decisis* proveniente del régimen anglosajón, que puede traducirse como “respetar lo decidido y no cuestionar puntos ya resueltos”.

1. Debates sobre la obligatoriedad del precedente en el sistema jurídico colombiano

La estructura del Derecho colombiano es la del llamado Derecho continental, por lo que podría ser irrelevante establecer qué carácter tiene el precedente para nuestro sistema, pues este es propio de los sistemas judiciales del Common Law.

No obstante, a partir de la Constitución de 1991 la dinámica de nuestro sistema ha cambiado y el postulado de la jurisprudencia como “criterio auxiliar” ha adquirido un nuevo significado por el cual las sentencias judiciales han llegado a obtener el carácter de precedente.

Ello adquiere gran relevancia en los temas de delitos sexuales que, como mencionamos, en su mayoría afectan a las mujeres, por cuanto la jurisprudencia debe ser acogida de manera horizontal y vertical por los demás jueces con el fin de garantizar la coherencia del sistema, la seguridad y estabilidad jurídica, así como el derecho a la igualdad⁷².

Por esta razón, se buscará determinar cuál ha sido el acogimiento del precedente en las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia y en qué medida este puede colaborar a la protección del acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual.

El debate se encuentra en las interpretaciones que pueden dársele al artículo 230 de la Constitución Nacional, el cual establece: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

La primera de esas interpretaciones, de tipo literal, establece como única fuente de Derecho a la ley, constituyéndose como la única vinculante para el juez. Bajo esta interpretación, el sistema de precedentes no tiene cabida. La segunda corresponde a una interpretación renovada del artículo 230 de la Constitución, según la cual la jurisprudencia, al contener la interpretación de las disposiciones jurídicas y especificar su contenido, entra a ser parte de ese imperio de la ley que resulta vinculante para el juez (Bernal, 2009, p. 158).

.....

72 Corte Constitucional, Sala Plena, auto 330 del 22 de noviembre de 2006.

La Corte Constitucional de Colombia ha guiado sus pronunciamientos por la segunda de las vías mencionadas y, en consecuencia, se ha creado toda una línea jurisprudencial a favor del precedente en Colombia, lo cual evidencia que el sistema jurídico en Colombia no se suscribe al sistema continental o al anglosajón, sino que, al poseer elementos del uno y del otro, va adoptando características propias acordes con su entorno, en el que el sistema de precedentes empieza a ser uno de sus elementos esenciales.

En todo caso, no se debe perder de vista que la interpretación renovada del artículo 230 debe armonizarse con otros elementos que permitan que el sistema judicial avance, como la evolución de la jurisprudencia y la flexibilidad del sistema, lo cual le da la facultad al juez de apartarse del precedente, justificando sus argumentos razonadamente.

Por ello, la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto en varias oportunidades. En la sentencia SU-047 de 1999 definió su postura respecto a la obligatoriedad del precedente, al menos por cuatro razones:

En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles.

En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades.

En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían

dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos⁷³.

Así mismo, en la sentencia T-123 de 1995 se hizo un gran énfasis en la validez del precedente judicial basado en el principio de igualdad. En ella señala que la jurisprudencia emanada por los altos tribunales de justicia cuenta con una función unificadora y está estrechamente relacionada con el principio de igualdad.

El principio de igualdad debe entenderse en un doble sentido, igualdad ante la ley e igualdad de trato por los tribunales, indicando que se predica vulneración de este postulado en aquellos eventos en que se desconozca por el juzgador la línea jurisprudencial trazada por un alto tribunal, respecto de un tema determinado, evento en el cual es dable pregonar que incurrió el juzgador en vía de hecho por violación al principio de igualdad, en tanto situaciones similares recibieron trato diferente⁷⁴.

En la sentencia T-292 de 2006⁷⁵, se ratifica la línea jurisprudencial señalada para determinar hasta qué punto el precedente es relevante o no, al establecer:

- (i) En la *ratio decidendi* de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente.
- (ii) La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante.
- (iii) Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente.

Todo esto nos lleva a concluir que el precedente jurisprudencial ha adquirido gran relevancia en nuestro sistema jurídico a partir de la Constitución de 1991, en el que se incluye la jurisprudencia en ese imperio de la ley que resulta vinculante para los operadores y las operadoras de justicia en las decisiones que emitan.

.....

73 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999.

74 Corte Constitucional, Sala de Revisión, sentencia T-123 del 21 de marzo de 1995.

75 Corte Constitucional, Sala de Revisión, sentencia T-292 del 6 de abril de 2006.

2. Precedentes constitucionales en materia de acceso a la justicia de mujeres víctimas de violencia sexual

La Corte Constitucional se ha pronunciado en varios aspectos relacionados con la protección de los derechos de las mujeres víctimas de violencia sexual, en casos en los que es posible determinar cuáles han sido las reglas que trascienden del caso concreto y que se constituyen como precedentes para la resolución de casos futuros.

Así, podemos encontrar que en materia de la valoración del testimonio de menores víctimas de violencia sexual se ha establecido que, cuando se trata de investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere relevancia la prueba indiciaria, pues dadas las circunstancias en que estas violaciones suelen producirse, “con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima”⁷⁶.

En estricto sentido, la regla que es posible extraer de esta sentencia para aplicar a casos futuros se configura de la siguiente forma:

En los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente⁷⁷.

La sentencia T-458 de 2007, acogiendo dicho precedente, señaló que “que el testimonio de la víctima de un delito tiene aptitud y suficiencia para enervar el principio de presunción de inocencia”⁷⁸.

En lo que se refiere a la indagación de la vida íntima de la víctima, la Corte Constitucional ha creado varias reglas que pueden ser catalogadas como precedentes y, por tanto, son de obligatorio cumplimiento. En la sentencia T-453 de 2005 se estableció:

.....

76 Corte Constitucional, Sala de Revisión, sentencia T-554 del 10 de julio de 2003.

77 Corte Constitucional, Sala de Revisión, sentencia T-554 del 10 de julio de 2003.

78 Corte Constitucional, Sala de Revisión, sentencia T-458 del 7 de junio de 2007.

...si la intromisión en la vida íntima de la víctima sólo está orientada a deducir un supuesto consentimiento a partir de inferencias basadas en relaciones privadas anteriores o posteriores y distintas de la investigada, tal intromisión no responde a un fin imperioso, y por lo tanto, debe ser rechazada, lo cual respalda con las reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional⁷⁹.

La sentencia en comento se ha convertido en referencia nacional para la garantía de las víctimas de violencia sexual, en lo que tiene que ver con la valoración probatoria, y se ha constituido como precedente que tiene que ser observado en casos futuros; asimismo, menciona todo el marco internacional de protección de los derechos de las víctimas de violencia sexual, indicando igualmente doctrina y jurisprudencia aplicable en estos casos.

El precedente establecido en la sentencia señalada fue acogido en la sentencia C-882 de 2005 y en la T-458 de 2007, que reafirmó:

...las víctimas de delitos sexuales tienen un derecho constitucional a que se proteja su derecho a la intimidad contra la práctica de pruebas que impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima, como ocurre, en principio, cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima previo o posterior a los hechos que se investigan. Tal circunstancia, transforma las pruebas solicitadas o recaudadas en pruebas constitucionalmente inadmisibles, frente a las cuales tanto la Carta como el legislador ordenan su exclusión.

Esta misma sentencia, T-458 de 2007, reforzó sus argumentos, al advertir que la Corte Constitucional, en casos en los que ha estudiado delitos de abuso sexual, ha considerado que, si bien los hechos no ocurren en escenarios de conflictos armados, es pertinente la alusión a las normas de Derecho Penal Internacional en la medida en que estas ilustran la trascendencia del tema. Para ello, hace énfasis en el Estatuto de la Corte Penal Internacional que establece expresamente los derechos de las víctimas e indica pautas específicas sobre pruebas en materia de violencia sexual.

.....

79 Corte Constitucional, Sala de Revisión, sentencia T-453 del 2 de mayo de 2005.

En ese orden de ideas, acude a la regla 70, que para casos de violencia sexual determina:

a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre; b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando esta sea incapaz de dar un consentimiento libre; c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual; d) La credibilidad, la honrabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo⁸⁰.

3. El precedente en materia de delitos sexuales contra las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

El carácter de precedente no tiene discusión en lo que respecta a las decisiones proferidas por la Corte Constitucional. No obstante, tal afirmación no es tan clara para la jurisdicción ordinaria. Por tal motivo, la Corte Constitucional ha expresado que este carácter no solo lo reviste esta jurisdicción sino que la jurisprudencia emitida por los órganos de cierre de cada una de las jurisdicciones se constituye como vinculante para los jueces de igual e inferior jerarquía.

En la línea jurisprudencial señalada se pueden diferenciar dos categorías de precedente judicial: precedente horizontal y precedente vertical. En la sentencia T-468 de 2003 se indicó:

...si en la interpretación y aplicación de la ley se dota a la norma jurídica de contenido y significación, es obvio que las autoridades judiciales no pueden desconocer o inaplicar un precedente en un caso determinado, a menos que exista un principio de razón suficiente que justifique dicho cambio de criterio⁸¹.

.....

80 Ley 1268 de 2008, por medio de la cual se aprueba las reglas de procedimiento y prueba del estatuto de roma de la corte penal Internacional, regla 70.

81 Corte Constitucional, Sala de Revisión, sentencia T-468 del 5 de junio de 2003.

Por su parte, la sentencia T-766 de 2000 estableció:

...el respeto por las decisiones proferidas por los jueces de superior jerarquía y, en especial, de los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones (ordinaria, contencioso administrativa y constitucional) no constituye una facultad discrecional del funcionario judicial, sino que es un deber de obligatorio cumplimiento.

A esta conclusión se ha llegado en consideración de, al menos, cinco razones:

- (i) El principio de igualdad es vinculante a todas las autoridades e, incluso, a algunos particulares.
- (ii) El principio de cosa juzgada otorga a los destinatarios de las decisiones jurídicas seguridad jurídica y previsibilidad de la interpretación.
- (iii) La autonomía judicial no puede desconocer la naturaleza reglada de la decisión judicial.
- (iv) Los principios de buena fe y confianza legítima imponen a la administración un grado de seguridad y consistencia en las decisiones.
- (v) Por razones de racionalidad del sistema jurídico, porque es necesario un mínimo de coherencia a su interior⁸².

Sobre las bases anotadas, se puede afirmar que las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia se constituyen como precedente y deben ser de obligatorio cumplimiento para los jueces de menor jerarquía.

En este punto también es importante tener en cuenta que no toda la sentencia constituye precedente, pues el mal uso que se haga de este mecanismo puede llevar a equivocaciones al utilizar partes de la sentencia que no se constituyen como precedente o al tomarse de forma descontextualizada, lo cual puede resultar nocivo para los derechos debatidos en el proceso. Por tal razón, son importantes los desarrollos que la Corte Constitucional ha realizado con respecto a qué partes de la sentencia⁸³ se constituyen como precedente y cómo identificarlo.

.....

82 Corte Constitucional, Sala de Revisión, sentencia T-766 del 22 de junio de 2000.

83 Las sentencias judiciales se componen de tres partes básicamente:

- a. Introdutoria. Se indican las partes, la naturaleza del proceso y las instancias que ha surtido.
- b. Motiva. Contiene los argumentos base que determinan la decisión a proferir. En

Así, se debe tener en cuenta que solo la *ratio decidendi* tiene carácter de precedente. La vinculación que emana de ella la hace aplicable a todos los casos futuros que tengan supuestos de hecho análogos. Para ello, el juez posterior deberá determinar: “1. El objeto de la decisión judicial anterior, 2. El referente a las fuentes de derecho que sirvió de base a la decisión, 3. El criterio determinante de la decisión”⁸⁴.

Lo anterior es relevante para determinar cuáles son los puntos que la Corte ha sentado en su jurisprudencia que se constituyen como precedente en los casos de violencia sexual en contra de las mujeres y que no pueden ser desconocidos por los órganos de inferior jerarquía.

La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia 10672 del 18 de septiembre de 1997, indicó que “la personalidad o el *modus vivendi* de la víctima nunca puede ser un argumento para presumir su consentimiento a la agresión sexual”.

Tal principio fue reafirmado en la sentencia 30566 del 23 de marzo de 2011 al afirmar que:

...so pretexto de alegar la vulneración del principio de investigación integral, no resulta legítimo pretender la práctica de pruebas que eventualmente pueden resultar lesivas a la dignidad del ser humano en cuanto apuntan a averiguar... esos aspectos que resultan inescrutables por mandato constitucional y legal.

Afirma entonces que, siguiendo la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional:

Cuando las pruebas solicitadas relativas a la vida íntima de la víctima no cumplen con estos requisitos, y se ordena su práctica, se violan tanto el derecho a la intimidad como el debido proceso de las víctimas, pues la investigación penal no se orienta a la búsqueda de la verdad

.....

ella se pueden identificar, a su vez, dos partes. Una es la *ratio decidendi*, que es aquella que determina la formulación básica del principio, regla o razón principal que constituye el elemento fundamental para proferir la decisión; es el juicio lógico-jurídico que sirve de fundamento directo de la parte resolutive que impone valoraciones que van más allá de las particularidades específicas del caso. Y, la otra, *el obiter dicta*, compuesta por todas aquellas apreciaciones expuestas por el juez al motivar su fallo, pero que no son esenciales para la decisión y por lo tanto no poseen ningún efecto vinculante.

- c. Resolutive. Decisión concreta del caso, determinación adoptada por el o la juez para el caso concreto.

84 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-039 del 28 de enero de 2003.

y al logro de la justicia, sino que se transforma en un juicio de la conducta de la víctima.

En otros temas como el análisis de la violencia como elemento de configuración del delito de acceso carnal violento, la Corte Suprema de Justicia ha establecido⁸⁵ que la violencia es el medio a través del cual se logra vencer, hacer desaparecer o anular la resistencia de la víctima frente al acto sexual, violencia que puede ser física o moral.

La sentencia 26381 del 25 de abril de 2007 establece, entonces, que no es posible inferir consentimiento de la ausencia de resistencia, pues la práctica judicial ha demostrado que:

...el abusador logra su propósito de acceder carnalmente a la víctima, sin que esta, a pesar de oponerse al vejamen, acierte a pedir auxilio, sea porque la fuerza utilizada lo impide, la amenaza verbal cumple su efecto constrictor, o simplemente en atención a que la turbación de ánimo propia del evento traumático, mediatiza la posibilidad de que se recurra a este desesperado medio de evitar la agresión.

La sentencia 21691 del 17 de septiembre de 2008, además de ratificar los anteriores planteamientos, indica que no es posible esperar un único comportamiento de la víctima de esta clase de delitos, como gritar, pues eso es “hacer depender una cualidad del sujeto pasivo, que tampoco reclama el tipo penal”.

La sentencia 29053 del 5 de noviembre de 2008, adicionalmente, acoge lo señalado por la Corte Constitucional en relación con la aplicación de reglas internacionales establecidas para regular conflictos internos. Específicamente el Estatuto de Roma, así como las reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional, los cuales indican las pautas específicas sobre pruebas en materia de violencia sexual. La sentencia reitera lo señalado en la regla 70 respecto a la prohibición de inferencia de consentimiento del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.

En materia de la afectación a los bienes de libertad, integridad y formación sexuales, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha creado

.....

85 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia 20413 del 23 de enero de 2008.

un precedente claro al señalar que la presunción de falta de consentimiento en los delitos sexuales de carácter abusivo es una presunción de Derecho y por tanto no acepta prueba en contrario. Así, en la sentencia 18455 estableció que al juzgador:

...no le es permitido desconocer la presunción que la norma establece, a partir de consideraciones de contenidos supuestamente político criminal, con el fin de sostener que la edad que sirve de referente al legislador colombiano para suponer la inmadurez del menor, no se ajusta a lo que revelan la verdad social y cultural del país, y que la ley presume algo que la misma realidad contradice⁸⁶.

4. Precedentes que restringen la realización de los derechos de las mujeres

En la jurisprudencia es posible encontrar decisiones que pueden ser consideradas como precedentes judiciales, pero que desde un análisis género-sensitivo evidencian prejuicios que, en últimas, terminan restringiendo los derechos de las mujeres al alejarlas del sistema de justicia, haciendo más clara la discriminación que existe hacia ellas, pues los obstáculos a los que se ven enfrentadas les niegan el acceso a la justicia y, por consiguiente, a una protección de sus derechos.

4.1. ¿Constituye precedente la sentencia 23308, “Caso Barrio Olaya”?

Uno de los casos que resulta importante analizar en relación con el sistema de precedentes es la sentencia 29308 de 2009 proferida por la Corte Suprema de Justicia. En ella se analizan los hechos en los que un grupo de hombres hurta varios objetos de dos amigas después de que estas salieran de un establecimiento público; al concluir el hurto, uno de los hombres se queda con ellas y las obliga a practicarle sexo oral. El hombre fue condenado en primera y segunda instancia. La Corte casa la sentencia del Tribunal y ordena la absolución por los delitos de acto sexual violento y acceso carnal violento.

.....

86 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia 18455 del 7 de septiembre de 2005.

De esta manera, se aparta del precedente jurisprudencial que tanto la Corte Constitucional como la misma Corte Suprema de Justicia había sentado con anterioridad⁸⁷, y que ya se registró en apartes anteriores referidos a que son plenamente aplicables en nuestro sistema jurídico las reglas de procedimiento y prueba del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que indican que no es posible inferir consentimiento del silencio de las víctimas. Anota, entonces, la Corte:

Si la violencia o intimidación es utilizada para vencer la resistencia de la víctima, por regla general, ante el asalto, tiene que haber una respuesta negativa de esta, que finalmente resulta dominada por el autor. Entre agresor y agredido debe mediar una lucha, que tanto la fuerza –material o moral, se entiende– como la resistencia, que son antagonistas, deben ser físicas.

Sustenta tal argumento indicando:

...no es común que el sujeto pasivo de un hurto agravado y calificado acceda a las pretensiones sexuales que se le antojen al actor de esa ilicitud, sin ejercer ningún tipo de oposición y sin clamar, al menos, porque no se le haga víctima de este otro atentado.

Se observa entonces, que al establecer la *ratio decidendi*, la Corte no menciona cuál fue el precedente establecido con anterioridad, ni las razones por las cuales no es posible aplicarlo al caso concreto y apartarse de este. Con ello se incumple con la carga argumentativa necesaria que la Corte Constitucional ha determinado para poder apartarse del precedente.

Esta situación trae como consecuencia la configuración de una de las causales de la procedencia de una vía de hecho, como lo es el desconocimiento del precedente, que puede corregirse mediante la acción de tutela como protección a los derechos a la igualdad y al debido proceso. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que “para garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima, el desconocimiento del precedente es una causal especial de procedencia de la tutela contra providencias judiciales”. Por ello, “cuando un juez no aplica la misma

.....

87 Corte Constitucional, sentencias T-453 del 5 de mayo de 2005 y T-458 del 7 de junio de 2007; Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencias 26381 del 25 de abril de 2007, 21691 del 17 de septiembre de 2008 y 29053 del 5 de noviembre de 2008.

razón de derecho ni llega a la misma conclusión jurídica cuando analiza los mismos supuestos de hecho, incurre en una vía de hecho que puede ser superada por medio de la acción de tutela”, como consecuencia de la violación de los derechos a la igualdad y al debido proceso.

Con este fallo revisado, se vulnera el derecho de las mujeres al acceso a la justicia al incluir en él argumentos que son contrarios a la Constitución y a las leyes y al sistema internacional de protección de los derechos humanos de las mujeres. Por ello, cabe resaltar los argumentos esgrimidos por dos de los salvamentos de voto de los magistrados Sigifredo Espinoza Pérez y María del Rosario González de Lemus.

El primero de ellos señala los desaciertos en los que incurre la sentencia. Para el magistrado, resulta peligroso advertir que “en todos los casos las mujeres o cualquier víctima de delitos sexuales violentos deben manifestar amplia y contundentemente su oposición al vejamen, pues, ello es casi obligarla a comprometer otros bienes valiosos como la integridad personal o incluso la vida”. Afirma que de esa forma se desconoce que “las personas reaccionan diferente ante este tipo de acciones, por lo cual no se puede afirmar que la pasividad de algunos es muestra inequívoca de consentimiento, o que solo a través de maniobras extremas es posible advertir en la víctima su contrariedad con el hecho”.

El magistrado Espinoza hace énfasis en manifestar que:

...ese tipo de exigencias muestran una marcada discriminación de género, evidentemente anclada en tópicos del pasado, uno de los cuales refería casi como verdad concluyente que si la mujer era accedida ello necesariamente obedecía a su querer, o cuando menos, a que no realizó lo suficiente para evitarlo, con lo que se facultaba esa doble victimización que tanto daño causó y evitó las más de las veces la efectiva denuncia de delitos del tenor del examinado.

A su juicio, “la dignidad de la mujer, y en general de las víctimas de esta suerte de ilicitudes, reclama de una mayor comprensión de su drama, que no parta de verdades apriorísticas y consulte la verdadera naturaleza de lo sucedido”.

Por su parte, la magistrada González señala igualmente que “sí las víctimas se encontraban en una situación de inminente e inevitable peligro,

este fue capaz de infundirles el suficiente temor para acceder a las pretensiones sexuales del procesado”, argumento que resulta muy acertado teniendo en cuenta el contexto de temor en el que se encontraban al haber sido víctimas de un robo con anterioridad y presumir la presencia cercana de los otros agresores.

Por casos como el referido, es importante tener certeza de la funcionalidad del precedente en nuestro sistema y las posibilidades con las que se cuenta cuando se establecen precedentes contrarios a la Constitución y a la ley. Para ello, se reitera que el acatamiento del precedente no es un principio absoluto, por lo que, que en ocasiones, es posible que el juez se aparte de este, teniendo en cuenta las palabras de la Corte al respecto:

Las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica⁸⁸.

Respecto a la posibilidad de apartarse del precedente, la sentencia C-836 de 2001 estableció cuatro supuestos:

- El primero consiste en que, a pesar de que existan similitudes entre el caso que se debe resolver y uno resuelto anteriormente por una alta corte, “existan diferencias relevantes no consideradas en el primero y que impiden igualarlos”.
 - El segundo supuesto se presenta cuando la jurisprudencia que ha sido “adecuada en una situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior”.
 - El tercero señala que el juez “puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico”.
 - El juez posterior también puede apartarse de la jurisprudencia, “por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante”.
-

88 Corte Constitucional, Sala de Revisión, sentencia T-443 del 15 de junio de 2010.

En esa medida, es importante advertir que los jueces, al tener en cuenta que en algún momento existió una decisión en contra de los derechos de las mujeres establecidos legal y constitucionalmente, pueden hacer uso de alguna de estas causales para apartarse del precedente, justificándolo razonadamente, al considerarla contraria a los valores, los principios y los derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico, o porque evidentemente las nuevas situaciones sociales no permiten que se aplique un precedente para hechos similares. Esta consideración se hace sobre la base de que existe una deuda histórica con el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres y es necesario avanzar en la armonización jurídica de tal manera que se vayan alcanzando estándares más altos de reconocimiento y protección a sus derechos.

4.2. Constituye precedente la sentencia 29117, “Caso del tendero”

En 2008, la Corte Suprema de justicia emitió la sentencia de casación 29117⁸⁹; los hechos del caso indican que en un supermercado una niña fue sometida a tocamientos “libidinosos” por parte de un tendero, que consistieron en conducirla a un lugar escondido de la tienda y besarla en la boca con introducción de su lengua. De igual manera, la madre aseguró que en días anteriores el tendero le había cogido los glúteos, sumado esto a besos.

Tanto el juzgado como el tribunal declararon responsable al hombre de la conducta de actos abusivos con menor de 14 años. La Corte conoce la sentencia en sede de casación y decide casar de oficio la sentencia y declarar la nulidad de lo actuado a partir de la formulación de la imputación.

La Corte Suprema de Justicia consideró que:

...el comportamiento del procesado no tiene la entidad para comprometer el interés jurídico que tutelan las normas que describen las agresiones sexuales, porque, en estricto sentido, no hubo un acto de connotación sexual que de alguna manera afecte siquiera la formación sexual de la ofendida, ni la integridad, ni la libertad sexuales.

.....

89 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 29117 del 2 de julio de 2008.

Adicionalmente, señala:

El comportamiento no alcanza la connotación de perjuicio a la libertad, integridad y formación sexuales de la menor, quien dada su capacidad de raciocinio compatibles con esa edad (nueve años) atinadamente referida por la sicóloga que la examinó, permiten concluir que a más del trato agresivo no sufrió alteraciones sustantivas en la “formación sexual”, entendida como facultad optativa para determinarse en el futuro en materia sexual.

Y añade:

La adecuación típica que se hizo desde la audiencia de imputación es incorrecta y, lo acertado era imputar injuria por vías de hecho (Artículo 226) que es un comportamiento que atenta contra un bien jurídico de diversa naturaleza: La integridad moral⁹⁰.

Estos argumentos se vuelven la *ratio decidendi* de la sentencia al determinarse como la regla que resuelve el caso concreto y que trasciende para que casos similares sean decididos de la misma forma.

Lo descrito trae varias complicaciones para la protección de los derechos de las mujeres, ya que generan una desconfianza hacia al sistema judicial y restringen su acceso a la justicia, lo cual se hace evidente en el salvamento de voto emitido en la sentencia, que, en primer lugar, señala que “el principio de acto⁹¹ realiza una mutación en la adecuación jurídica teniendo como elemento central de diferenciación la intención del agente”⁹². Se establece así, discrecionalmente, que lo pretendido por el sujeto activo era agraviar o injuriar a la menor y no satisfacer su propio lívido sexual.

En segundo lugar, señala que “resulta bastante contradictoria la argumentación presentada para soportar la supuesta levedad del hecho, en punto del bien jurídico de la formación sexual de la víctima, sustentada

.....

90 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 29117 del 2 de julio de 2008.

91 El principio del acto se ha definido en la doctrina penal como aquel que se sanciona el acto y no la personalidad del sujeto. Es decir, que se habla de un Derecho Penal del acto cuando las normas punitivas se dirigen a lo que el hombre hace y no a lo que es; vale decir, a su conducta social y no a su modo de ser, su carácter, su temperamento, su personalidad, su pensamiento, su afectividad o sus hábitos de vida.

92 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, salvamento de voto, sentencia 29117 del 2 de julio de 2008.

en que a los 9 años, la menor no tiene la capacidad de raciocinio suficiente para que a futuro el hecho afecte esa formación⁹³.

En tercer término, porque el “llamado que hace la Corte a los intervinientes para que realicen un mayor control a la imputación generará muy seguramente más trabas en las audiencias de formulación de imputación, cuyo carácter ‘meramente comunicativo’ es indiscutible”⁹⁴.

Ante hechos similares, la Corte realizó un cambio de precedente rectificando el error cometido y protegiendo los derechos de las mujeres, específicamente de las menores de edad. Es así como en la sentencia 30305⁹⁵ se debate si los actos sexuales que desplegó un hombre sobre el cuerpo de una niña se debían tipificar como injurias por vías de hecho o por actos sexuales abusivos. En esta sentencia, se unificó y varió la jurisprudencia y se dejó en claro que “todo tocamiento libidinoso en las zonas íntimas y/o erógenas de un menor de catorce años, configura un acto sexual abusivo y no una injuria por vía de hecho”, lo cual fue ratificado posteriormente en la sentencia 31399 de 2009⁹⁶.

Con posterioridad, en la sentencia 31715⁹⁷, el alto Tribunal ratifica la jurisprudencia mencionada con anterioridad y establece la diferenciación entre estos dos tipos penales, al indicar:

...cuando los actos se dirigen a excitar o satisfacer la lujuria del actor o más claramente su apetencia sexual o impulsos libidinosos, y ello se logra a través de los sentidos del gusto, del tacto, de los roces corporales mediante los cuales se implican proximidades sensibles abusivas que se tornan invasivas de las partes íntimas del otro, quien en todo caso se trata de una persona no capaz cuya madurez psicológica y desarrollo físico todavía están en formación dada esa minoría de edad y quien carece de una cabal conciencia acerca de sus actos, y se consuman mediante la relación corporal, se deben tipificar como actos sexuales abusivos.

.....

- 93 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, salvamento de voto, sentencia 29117 del 2 de julio de 2008.
- 94 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, salvamento de voto, sentencia 29117 del 2 de julio de 2008.
- 95 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 30305 del 5 de noviembre de 2008.
- 96 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 31399 del 21 de octubre de 2009.
- 97 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 31715 del 27 de julio de 2009.

En este caso se puede observar cómo el conocimiento del manejo del precedente puede resultar favorable a la realización de los derechos de las mujeres, al reconocer tanto su carácter vinculante y la necesidad de su acatamiento, para cumplir con la coherencia del sistema, la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad, así como la posibilidad de apartarse de él cuando resulta ser contrario a valores, principios y derechos del ordenamiento jurídico.

Conclusión

El sistema jurídico colombiano en los últimos años ha adquirido una dinámica en la que el precedente judicial entra a cumplir un papel fundamental, al imprimirle un carácter vinculante a la jurisprudencia que, como interpretación autorizada por la ley, debe ser respetado por los jueces de igual o de inferior jerarquía. Para ello resultan de gran utilidad los parámetros establecidos por la Corte Constitucional al respecto, que señalan la técnica para aplicarlo y, sin ser un principio absoluto, las circunstancias en las cuales es posible apartarse de él justificadamente.

El precedente jurisprudencial para el caso de los derechos de las mujeres no es un tema que resulta indiferente, pues se erige como una herramienta que, de ser bien utilizada, contribuye en gran medida a su realización, pero que, de perderse de vista su naturaleza y objetivos, puede resultar en la inclusión de prejuicios en las sentencias, que luego se constituyan como reglas que trasciendan del caso concreto para aplicarse en casos futuros, lo cual terminaría por restringir sus derechos.

Por este motivo, resulta de gran importancia que, además del respeto que se debe tener del precedente en la nueva dinámica de nuestro sistema jurídico, los operadores y las operadoras jurídicas asuman seriamente la responsabilidad que tienen en la interpretación de la norma, que debe, en todo caso, respetar el marco de protección de los derechos de las mujeres para el establecimiento de precedentes, para exigir el cumplimiento de estos cuando se desconocen o para inaplicarlos o modificarlos cuando se deba dar respuesta a nuevas realidades o corregir errores pasados.

Esto es necesario para no poner en peligro el principio de confianza en la ley y en su aplicación, pero siendo conscientes de que tal aplicación debe amoldarse a la progresividad con la que debe contar el contenido

de los derechos de las mujeres, según el sistema de protección abarque más garantías que conlleven a que las mujeres puedan realizar libre y plenamente sus derechos sin ninguna discriminación y que encuentren en el sistema de justicia las garantías necesarias para alcanzar una protección integral de sus derechos, aun más en casos tan importantes como la protección a los bienes jurídicos de formación, libertad e integridad sexual.

Con este fin, el sistema de precedentes debe superar ciertos obstáculos que permitan una realización plena de los derechos de las mujeres, obstáculos que se pueden observar en la práctica en la falta de sistematización de la jurisprudencia emitida por las altas cortes, que en muchas situaciones dificulta establecer cuáles son los precedentes que se encuentran vigentes o los cambios o modificaciones que estos han tenido. Por tanto, se deberían establecer oficialmente líneas jurisprudenciales claras, de fácil acceso, que permitan realizar un hallazgo de los precedentes de forma ágil y eficaz, lo cual posibilitará su aplicación sistemática y coordinada.

Asimismo, en el ámbito normativo debería existir más claridad respecto a los efectos vinculantes del precedente, pues a pesar de que la jurisprudencia de la Corte Constitucional es clara sobre el precedente constitucional, en las otras altas cortes el tema se presta para confusiones. Por eso, al existir una técnica jurídica más rigurosa, en la que la normatividad defina explícitamente el grado de obligatoriedad de las sentencias de los órganos de cierre de la jurisdicción tanto ordinaria como contenciosa administrativa, se permitirá una aplicación más coherente de la jurisprudencia emitida por estas. En este último aspecto se ha avanzado con la expedición de la Ley 1395 de 2010, de Descongestión Judicial, y la Ley 1437 de 2011, nuevo Código Contencioso Administrativo.

La primera de ellas dispone que las entidades públicas, en ciertas circunstancias, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que, en materia ordinaria o contencioso administrativa, se hayan proferido en cinco o más casos análogos. De igual forma, el nuevo Código Contencioso Administrativo imprime obligatoriedad a la jurisprudencia del Consejo de Estado, al anotar que las autoridades deben tener en cuenta las sentencias de unificación de esta corporación al emitir sus decisiones.

Aunque estas obligaciones se establecen para las autoridades públicas, abren el camino para establecer una reglamentación clara con respecto a

la aplicación del precedente, que muy seguramente servirá de guía para que se legisle definiendo, como lo menciona Carlos Bernal Pulido (2009, p. 165), “una delimitación de competencias entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria que determine los ámbitos de vinculación de la Jurisprudencia de una y de otra”.

En ese camino se debe avanzar, para lograr consolidar el sistema de precedentes como una herramienta que juegue a favor de la realización integral de los derechos de las mujeres, teniendo siempre presente que no es posible consolidar precedentes discriminatorios y desconocedores de tales derechos, más aun cuando uno de los fines primordiales de esta herramienta es proteger el derecho a la igualdad de trato frente a la ley.

Referencias bibliográficas

- Larrauri, Elena (1994). *Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del Derecho Penal. Jueces para la Democracia* (Madrid), 23.
- Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses, Forensis 2010. Disponible en <http://www.medicinalegal.gov.co/images/stories/root/FORENSIS/2010/EXAMENMEDICOLEGALPORPRESUNTODELITOSEXUAL.pdf>
- Bernal Pulido, Carlos (2009). El precedente en Colombia. En *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

IV. Conciliación y prejuicios: dos obstáculos para las mujeres víctimas en los procesos penales

Natalia Poveda *

Introducción

Dos de los delitos que afectan en mayor medida a las mujeres en razón de su género son el de violencia intrafamiliar⁹⁸ y los de carácter sexual⁹⁹. Las relaciones de poder ejercidas en una relación de pareja de los hombres hacia las mujeres, así como la dominación de la sexualidad de ellas, son algunas de las razones que fundamentan el por qué en estos delitos las víctimas, mayoritariamente, son mujeres.

El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INMLCF) registró durante 2010 un total de 89.436 casos de violencia intrafamiliar.

.....

* Abogada Corporación Humanas.

98 No existe en Colombia un delito específico de violencia contra la mujer por parte de su pareja; se judicializan estos casos bajo el tipo penal de violencia intrafamiliar que incluyen casos de violencia entre diversas personas de la familia. Este delito está ubicado en el título VII de los delitos contra la familia, capítulo primero, del Código Penal, artículo 229, *Violencia intrafamiliar*. "El que maltrate física, síquica o sexualmente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de uno (1) a tres (3) años. La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando el maltrato recaiga sobre un menor".

99 En el título IV del Código Penal, del artículo 205 al 219B, se encuentran los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. En el capítulo primero, los de violación (art. 205, acceso carnal violento; art. 206, acto sexual violento; art. 207, acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir), los abusivos (art. 208, acceso carnal abusivo con menor de catorce años; art. 209, actos sexuales con menor de catorce años; art. 210, acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir) y los de proxenetismo (art. 213, inducción a la prostitución; art. 214, constreñimiento a la prostitución; art. 217, estímulo a la prostitución de menores; art. 218, pornografía con menores; art. 219A, utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores; art. 219B omisión de denuncia). El presente texto enfatiza en los casos más judicializados, como son los de violación y los abusivos.

De las diversas formas de este tipo de violencia¹⁰⁰, la distribución porcentual según el sexo mostró que las mujeres son las víctimas más frecuentes, con el 78%, frente al 22% de los hombres. La violencia de pareja fue el hecho que ocupó el primer lugar, 64,7% de los casos, cuyas víctimas fueron mujeres en el 88,4% y los hombres en el 11,6% (INMLCF, 2010).

En cuanto a la violencia sexual, también reportó que durante el año 2010 el INMLCF realizó valoraciones médico-legales por presuntos delitos sexuales a 18.129 personas, de las cuales 15.191 (83,8%) eran mujeres.

Por su parte, la última Encuesta Nacional de Demografía y Salud (ENDS), que se realiza cada cinco años, destina un capítulo especial para la violencia contra las mujeres, las niñas y los niños. En este acápite se suministran datos estadísticos sobre la violencia verbal y física ejercida por parte del esposo o compañero y la situación de las mujeres ante la violación y los abusos sexuales, ya sea en el marco de la relación de pareja o por fuera de esta (Profamilia, 2011).

En la ENDS se preguntó si alguna vez las mujeres habían sufrido violencia verbal¹⁰¹ por parte de su esposo o compañero: 65% contestaron en forma afirmativa. Frente a la violencia física¹⁰², se reporta que el 37% de mujeres manifestaron haber sufrido este tipo de violencia en su relación de pareja, y de este porcentaje, el 10% correspondió a violación sexual.

Durante el desarrollo de la ENDS 2010, también se les preguntó a mujeres entre 15 y 49 años, si alguna vez una persona diferente al esposo o compañero la había forzado a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad, ante lo cual el 6% aceptó haber sido víctima de violación. Por los abusos sexuales, se encontró que una de cada cinco mujeres (18%) alguna vez fue tocada o manoseada sin su consentimiento.

Aunque estos delitos no afectan exclusivamente a las mujeres, sí son ellas las que representan el mayor porcentaje, por lo que analizar el manejo que la justicia da a estos delitos permite evidenciar algunos de los obstáculos directos para que las mujeres accedan a la justicia. Por un lado, está

100 Violencia de pareja, entre otros familiares, a niños, niñas y adolescentes y al adulto mayor.

101 Se preguntó si el esposo o compañero propiciaba situaciones desobligantes, ejercía situaciones de control, realizaba amenazas directas contra ellas (Profamilia, 2011).

102 Manifestaron haber sido empujadas, zarandeadas, golpeadas en la mano, pateadas o arrastradas, violadas, golpeadas con objetos duros, amenazadas con arma blanca o de fuego, atacadas con estas armas e intentos de estrangulamiento (Profamilia, 2011).

la conciliación como requisito de procedibilidad en el delito de violencia intrafamiliar, que se presenta como un obstáculo para las mujeres, por las razones que se explican más adelante. De otro, el prejuicio que permea la judicialización de los delitos sexuales frente a cómo la mujer víctima se autopone en peligro por determinadas conductas suyas, lo que se traduce en un obstáculo para que las mujeres puedan acceder a la justicia.

1. Conciliación en la violencia intrafamiliar

En Colombia, el camino de concientización sobre la magnitud de esta problemática comenzó con la Constitución de 1991, que en su artículo 42 da rango constitucional a la prevención de la violencia en la familia. Con la Ley 294 de 1996, se estableció la acción de protección contra la violencia intrafamiliar ante el juez de familia, se definieron mecanismos para solicitar medidas de protección y se le asignó el carácter de delito.

Así, la respuesta estatal estaba dada desde el campo civil, pero también desde el penal. En lo civil, con la Ley 575 de 2000 se asigna competencia a las comisarías de familia para que conozcan de las medidas de protección solicitadas en razón de la violencia intrafamiliar. Y en lo penal, la Ley 599 de 2000, que establece un nuevo Código Penal, incorpora el delito de violencia intrafamiliar, sancionable con una pena de prisión para el agresor.

En los dos campos, la Ley 1257 de 2008, que busca la sensibilización, la prevención y la sanción de las formas de violencia y discriminación contra las mujeres, dio mayor relevancia a la problemática al adecuar nuevos mecanismos de protección, eliminar la competencia que anteriormente tenían los jueces de paz para conocer de estos delitos, ampliar el espectro de quienes están protegidos y asumir, por lo menos desde el texto de la ley, el fenómeno de una manera integral, que incluya respuestas por parte de las ramas judicial, ejecutiva y legislativa, de diversos sectores como el de la salud y de la sociedad en general.

En materia penal, a pesar de que la problemática en muchos países se tipifica como violencia doméstica, definida como “toda conducta que por acción u omisión tenga por objetivo causar daño o dolor a la pareja mujer, ya sea psicológico, físico o sexual” (Facio y Fries, 1999, p. 577), en Colombia se ha tipificado como violencia intrafamiliar porque abarca otros sujetos diferentes a la mujer como víctima y su pareja como agresor.

La Ley 1257, al hablar de las medidas de protección, define la violencia intrafamiliar como la “acción ejercida por un miembro del grupo familiar hacia otro miembro, encaminada a producir un daño físico, psíquico, o a la integridad sexual, o que contenga amenaza, agravio, ofensa o cualquier otro medio de agresión, válida de la fuerza”¹⁰³. No se puede equiparar el delito de violencia intrafamiliar del sistema colombiano con la violencia contra la mujer por parte de sus parejas, llamada en muchos países doméstica. Aunque en nuestro sistema muchas personas afirman que “ambos términos son entendidos como sinónimos, [y] por ello se utilizan indistintamente pese a las diferencias que entrañan” (Zárate, 2009, p. 18), y las violencias contra la pareja se judicializan por medio del tipo penal de violencia intrafamiliar, no es tan simple incluir en la misma categoría de violencias tanto la ejercida en contra de las parejas, como contra otros familiares, niños, niñas, adolescentes o un adulto mayor.

Resulta criticable que se equiparen en un mismo tipo penal toda esta clase de violencias, ya que cada una entraña circunstancias y perspectivas diferentes. En el caso de la violencia contra la pareja, se deben analizar las relaciones de poder marcadas por el machismo, ya que este “de igual forma que muchas otras maneras de segregación como el apartheid, el fascismo, etc., es uno de los resultados de esta norma” (INMLCF, 2010, p. 102).

No quiere esto tampoco decir que es incompatible la definición de la violencia intrafamiliar en el sistema colombiano con la ejercida contra la mujer por parte de su pareja y llamada doméstica en muchos países, ya que la intrafamiliar incluye la violencia doméstica. Pero tal como se refirió anteriormente, sí resulta imperioso diferenciar las circunstancias de contexto de cada una de estas violencias, que por estar concebidas en un mismo delito podrían perder la especificidad que se requiere.

El reconocimiento por parte del Estado de la violencia ejercida por la pareja en contra de la mujer es apenas el primer peldaño para garantizar el acceso a la justicia de las mujeres, teniendo en cuenta que se habla de “603 millones de mujeres que viven en países donde esta forma de violencia no es considerada un delito” (ONU Mujeres, 2011).

.....

103 Art. 16, Ley 1257 de 2008.

Colombia es uno de los 125 países que actualmente tiene prohibida la violencia doméstica, por lo que podríamos afirmar que el primer paso ya está dado. Sin embargo, la simple tipificación no basta, pues se exige del Estado una respuesta efectiva ante esta situación y la elaboración de procedimientos judiciales apropiados para proteger integralmente a todas las mujeres¹⁰⁴ y sus derechos, ya que es precisamente en el campo procedimental en el que se ubican varios de los obstáculos para el goce efectivo del derecho al acceso a la justicia de las mujeres víctimas de estos actos.

Las formas procesales que se apliquen a determinados delitos dependen de la concepción de una conducta como más o menos gravosa. Así, entonces, las conductas que según la política criminal del Estado sean consideradas más dañinas tienen mayor gravedad punitiva, menos beneficios, mayores recursos humanos y técnicos, entre otras cosas; por tanto, contrario sensu, las que sean consideradas menos lesivas atañen más a las partes implicadas que al Estado.

Una consecuencia de esta valoración de gravedad de las conductas está dada por la clasificación que se hace de los delitos en cuanto a la manera de iniciar la acción penal. Se considera que los actos delictivos más importantes deben ser perseguidos de oficio por el Estado, mientras que las conductas menos gravosas, que atañen en primera medida a los afectados, solo deben demandar un esfuerzo del aparato judicial en cuanto la parte afectada demuestre su interés. Por tanto, hay unos delitos perseguidos de oficio y otros que exigen la interposición de la querrela.

Desde la promulgación y entrada en vigencia de la reciente Ley 1453 de 2011, el delito de violencia intrafamiliar es clasificado nuevamente como uno de los denominados querellables, a pesar de que con la Ley 1142 de 2007 había sido eliminado de este catálogo. Ser clasificado como un delito querellable presenta dos inconvenientes; primero, el criterio por el cual se ubica allí y, segundo, que la querrela implica como requisito de procedibilidad agotar previamente audiencia de conciliación entre las partes, independientemente de que lleguen o no a un acuerdo.

.....

104 Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, doc. E/CN.4/2003/75, 6 de enero de 2003, párrafo 85.

Lo anterior resulta problemático para garantizar los derechos de las mujeres, por dos factores que serán desarrollados con mayor profundidad más adelante. De un lado, la reiterada banalización de la gravedad de la problemática al pretender que sea resuelta por las partes más que por el Estado, por considerarse más un asunto familiar que un delito que afecta a la sociedad, y, por ende, dejar a mecanismos como la conciliación la resolución del problema antes de accionar todo el aparato judicial con una investigación y posterior proceso; y por otro, el desconocimiento del contexto en el que se da este delito que puede llegar a mermar la voluntariedad de una mujer víctima para lograr este tipo de acuerdos.

Si bien no se puede afirmar que aplicar un mecanismo como la conciliación a un delito es automáticamente banalizar la conducta, la crítica recae sobre la forma como se concibe este mecanismo y cuál es su finalidad, pues este tipo de violencia, ejercida en contextos privados, es una de las manifestaciones más generalizadas de la violencia contra las mujeres. La respuesta estatal y social ha sido en la mayoría de casos invisibilizar la conducta y considerar que es un asunto que debe ser resuelto netamente en el ámbito familiar y no debe demandar tanta injerencia de parte del Estado.

Así, por ejemplo, la Corte Constitucional, en sentencia que analizó la constitucionalidad de la conciliación como respuesta estatal de la violencia intrafamiliar, aceptó que frente a este tipo de actos “nada se oponía a aplicar fórmulas alternas y complementarias, no represivas, como la conciliación, con el fin de alcanzar los objetivos superiores de la protección integral de la familiar e igualmente la participación de la comunidad en los problemas que la afectan”¹⁰⁵.

Valoraciones como la anterior evidencian una concepción de este delito como un acto que afecta a la familia más no a los derechos de la mujer víctima. Esto mismo se constata en la cultura jurídica de los funcionarios y las funcionarias judiciales cuando niegan la violación de los derechos fundamentales de la mujer en este tipo de delitos por sobreponer el bien jurídico de la familia (Corporación Humanas, 2008). Forjar una noción de este delito bajo esta óptica, permea sin duda la aplicación de mecanismos como la conciliación, por medio del cual, en aras de esa unidad familiar o

.....

105 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-059 del 1 de febrero de 2005.

de la protección de ese bien jurídico, se puede terminar influyendo e inclusive presionando a la mujer para que anteponga la familia por encima de sus derechos individuales.

La conciliación puede, incluso, llegar a ser considerada como una forma de 'denegación de la justicia', pues las mujeres atacadas por su pareja buscan protección del Estado y lo que reciben de este es que terminen siendo obligadas a conciliar con su agresor de años (Motta y Sáez, 2008).

Otra crítica que acarrea la exigibilidad de una conciliación en estos casos es cómo en la aplicación del mecanismo se puede llegar a desconocer la relación desigual entre una pareja con un hombre agresor y una mujer agredida, que conlleva a un desequilibrio al momento de buscar un acuerdo. Son muchos los factores que evidencian que una mujer víctima de una situación de violencia durante un largo periodo padece una afectación no solo física sino preponderantemente psicológica, lo cual hace que "no parezca razonable esperar que las mujeres lleguen a acuerdos buenos o al menos justos con sus agresores" (Motta y Sáez, 2008).

Aunque los efectos que dejan en las mujeres este tipo de delitos no pueden ser considerados universales —porque no se pueden sentar reglas únicas de la forma en que una mujer afronta esta situación ya que sus afectaciones y reacciones dependerán de diversos factores personales y sociales—, sí se puede afirmar que la afectación central de una mujer agredida es ante todo su deterioro de personalidad. El sentimiento de miedo hace mermar la voluntariedad de salir del cuadro de violencia y, por tanto, de llegar a acuerdos con su agresor, lo cual evidencia el problema de exigir para la acción penal previamente una conciliación.

Se debe partir de entender que la violencia entre las parejas es cíclica y transcurre entre agresión-perdón-reconciliación-tensión (Motta y Sáez, 2008, p. 608). Empieza por una *acumulación de tensión* (Facio y Fries, 1999, p. 583) entre el hombre y la mujer, marcada por constantes peleas que buscan una *jerarquización de la relación de la pareja* (León, 2009, p. 89), en la cual el hombre limita las libertades de la mujer para posicionar su autoridad.

Posteriormente, la relación puede entrar en un *estado agudo de golpes* (Facio y Fries, 1999, p. 585), en el que la violencia y el descontrol dominan la relación; aquí se presenta una total *disociación y anulación de la*

identidad (León, 2009, pp. 91-93), pues en la búsqueda de posicionar el rol dominante del hombre, la mujer va disminuyendo la confianza en sí misma, vive un periodo lleno de contradicciones entre el afecto que siente y la rabia y la frustración que le provoca la violencia.

Después de un episodio de agresión, ya sea física o psicológica, por lo general ocurre una *invalidación del hombre y una responsabilización de la mujer* (Facio y Fries, 1999, p. 585), que consiste en que el hombre niega su responsabilidad y culpa a la mujer de los hechos o alega que fueron problemas de alcohol. Este tipo de reproche afecta psicológicamente a la mujer a tal punto que empieza a sentirse culpable, aislarse, negar la agresión e incluso justificarla, y se derrumba su personalidad.

En efecto, la personalidad de la mujer agredida se afecta de forma notable. Se empiezan a generar efectos psicológicos más profundos que los físicos. El llamado *síndrome de la mujer maltratada* es el trastorno emocional que la Psicología ha encontrado en las mujeres víctimas de violencia en el marco de su relación de pareja. Esta afectación psicológica causa desórdenes emocionales que hacen pasar a la mujer por sentimientos de terror y miedo a resignación y tristeza (Facio y Fries, 1999, p. 581), así como tendencias suicidas, depresión y diversos trastornos psicossomáticos (Motta y Sáez, 2008, p. 608). Se ha demostrado igualmente que el abuso causa tal parálisis psicológica en la mujer, que se percibe como incapaz de controlar la situación de violencia y por tanto decide resignarse; esta afectación ha sido llamada *desamparo aprendido* (Facio y Fries, 1999, pp. 582-583).

Este particular panorama de desorden emocional explica cómo en múltiples casos una mujer puede ser pasiva ante la violencia y negarse a salir de ella. La gravedad de la violencia es muchas veces la que la hace acudir ante la justicia; pero por estar afectada por estos desórdenes e inmersa en todo el ciclo de violencia, al acceder a la justicia puede tener cambios en sus intereses, y un día querer denunciar y al otro no.

Se ha encontrado que en este ciclo de la violencia aparece el *estado de luna de miel o conducta arrepentida* (Facio y Fries, 1999, p. 586), etapa en la que el hombre realiza demostraciones de arrepentimiento y afecto ante las cuales la mujer, por su personalidad afectada, empieza a ceder e incluso a asumir la responsabilidad de estabilidad de la pareja.

Por esto resulta tan equivocada la conciliación como requisito obligatorio de procedibilidad pues, ante un cuadro psicológico de tan grandes implicaciones para la autonomía y capacidad de decisión de la mujer, es totalmente contraproducente que el primer paso que deba agotar sea el de enfrentarse con esa persona que la ha venido sometiendo a la vulneración de sus derechos. En el momento en que la pareja llegue a la conciliación, puede estar pasando por cualquiera de los estados explicados; pensar en una mujer que acuda a la justicia y deba afrontar un encuentro con su agresor cuando, supongamos, este se encuentre en una fase de arrepentimiento, presupone un total vicio de la capacidad de decidir un asunto con implicaciones jurídicas.

Igualmente, los factores culturales influyen en la afectación que las mujeres puedan tener a causa de este delito y la autonomía que puedan llegar a alcanzar al momento de tomar decisiones sobre la situación. En el marco de una relación de pareja, siempre existen ciertas relaciones de dependencia, pero, debido a la cultura permeada de machismo, son las mujeres quienes desarrollan más fuertemente esta dependencia (Facio y Fries, 1999, p. 587). La agresión genera tanta debilidad y vulnerabilidad que “quien agrede es quien ofrece consuelo y protección” (León, 2009, p. 89), por lo que se depende de esa persona y no es fácil separarse de ella.

En una relación con un cuadro de violencia, se construye una *cultura de maltrato* (Facio y Fries, 1999, pp. 588-589), consecuencia también del contexto cultural que rodeó el desarrollo y construcción de esta unión. Al analizar los códigos y formas de comunicación entre las partes, se evidencia un patrón de dominación y control por parte del hombre hacia la mujer, que es reforzado por factores culturales que llevan a que “la mujer acepte los términos de su dominación, e impiden que pueda defenderse o reclamar su autonomía” (Motta y Sáez, 2008, p. 608).

Puede, también existir una dependencia económica debido a los roles asignados para cada sexo, que hace que la mujer tenga menos reconocimiento económico por sus labores e incluso una nula valoración cuando asume las tareas históricamente desempeñadas por las mujeres, como las labores del hogar. Por estas razones, para la mujer puede llegar a tener más implicaciones y costos terminar una relación de pareja, factores que pueden entrar a jugar para que una mujer ceda en el momento de una

conciliación frente a lo propuesto por quien provee su estabilidad económica y la de sus hijos e hijas.

Criticar la categorización del delito de violencia intrafamiliar como querrelable, y con esto la exigencia previa de conciliación, no debe ser entendido como una reclamación o demanda de mayor punibilidad, ya que partimos de comprender que esta problemática debe ser analizada de manera integral, y el solo sistema penal no puede dar solución completa, pero sí es fundamental llamar la atención de cómo pequeños artículos de una ley pueden contradecir la política que el Estado ha venido implementando para enfrentar la violencia contra las mujeres.

Resulta contradictorio tener vigente una ley que promueve la no discriminación contra las mujeres en cumplimiento del compromiso internacional de garantía de sus derechos (Ley 1257 de 2008) y, posteriormente, promulgar otra ley con el pequeño cambio que da cuenta de un inmenso desconocimiento de los efectos de catalogar este delito como querrelable.

Este tipo de contradicciones puede afectar la garantía del derecho al acceso a la justicia de las mujeres víctimas de este tipo de delitos, ya que tener que enfrentarse con sus agresores para posiblemente llegar a un acuerdo, como requisito obligatorio y previo para que el Estado judicialice el caso, puede generar un total desinterés de la mujer víctima por la continuación del proceso judicial o, como en la mayoría de los casos, aceptar la conciliación cuando la mujer víctima carece de una cabal capacidad de decisión, tal y como se ha venido exponiendo.

Acuerdos bajo estas circunstancias, en muchos casos, pueden permitir la continuación del ciclo de violencia a tal punto que puedan ser el contexto previo de delitos más graves como los homicidios contra las mujeres por parte de sus parejas. Suministra así el propio procedimiento penal un mecanismo que, en su aplicación, pueda llegar a perpetuar la impunidad y banalización de la violencia contra las mujeres en una relación de pareja.

2. Figura de autopuesta en peligro en los delitos sexuales

En los delitos sexuales en los cuales una mujer es víctima, uno de los principales obstáculos que se ha podido identificar para el cabal acceso a la

justicia está relacionado con los prejuicios que permean este tipo de procesos judiciales. Así lo encontró el estudio de jurisprudencia sobre estos delitos, realizado por la Corporación Humanas (2010)¹⁰⁶.

Uno de los principales debates que dan cabida a prejuicios de índole sexista o machista en contra de la mujer víctima es el de buscar excluir de responsabilidad al agresor por el comportamiento que ella tuvo antes de la agresión sexual, al tratar de imponer tesis tales como que sus actitudes dan lugar a la agresión y, por tanto, es ella la responsable del resultado, para eximir de responsabilidad a quien está siendo procesado por el acto.

Eliminar la responsabilidad de un tercero por la conducta de la propia víctima es denominado por la dogmática penal como acción a propio riesgo o autopuesta en peligro¹⁰⁷, figura por la cual, en los casos en que es el propio titular del bien jurídico quien realiza una acción peligrosa para sus propios bienes, no podrá responsabilizarse a un tercero por el resultado considerado delito.

La acción a propio riesgo o autopuesta en peligro busca limitar la responsabilidad en los casos en que no puede ser imputada la comisión del delito a quien simplemente participó en el acto que voluntariamente la víctima decidió realizar. Si el agente contribuye en la realización de una conducta que supone la propia puesta en peligro dolosa por otra persona o la induce a hacerlo, no le es imputable el resultado producido; es una *cooperación en una autopuesta en peligro dolosa* (Velásquez, 2010, p. 372). Así mismo, el que realiza una conducta que pone en riesgo a otra persona con la aceptación de esta, no ejecuta un comportamiento que le sea imputable objetivamente, pues es una puesta en peligro de un tercero consentida por el afectado o la afectada (Velásquez, 2010, p. 373).

La Corte Suprema, a su vez, ha establecido:

...para que la conducta del sujeto pasivo excluya o modifique la atribución del tipo a quien coopera o contribuye de manera significativa en su realización, es necesario que aquél conozca (o tenga la capacidad de

.....

106 Investigación realizada en el marco del programa de apoyo a la construcción de políticas públicas con enfoque de género en Colombia de la Aecid.

107 López Díaz, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*. 1996. Universidad Externado de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 16636, sentencia del 20 de mayo de 2003, proceso 26882, sentencia del 19 de agosto de 2009, proceso 23508, sentencia del 23 de septiembre de 2009.

conocer) el peligro que afronta con su acción y tenga bajo su control el poder de asumir el riesgo que se concreta en el resultado, siempre y cuando al actor no le sea exigible la obligación jurídica de evitarlo, es decir, que no se encuentre en posición de garante respecto de la persona que de manera consciente y voluntaria se ha puesto en peligro¹⁰⁸.

La figura se puede utilizar como método de estudio de la estructura del delito, independientemente del tipo de punible que se esté abordando, por lo que resultaría aplicable para los delitos sexuales, pero en un examen más a fondo de la generalidad de situaciones de violencia sexual cometida contra mujeres, se encuentra que es problemática la aplicación de la figura como medio para eximir de responsabilidad a un agresor sexual por la conducta de la víctima.

En primer lugar, porque en un caso de violencia sexual puede ser difícil ubicar los presupuestos exigidos por la figura, que son (López, 1996):

- a. La víctima debe tener bajo su control la decisión del sí y el cómo del desarrollo de la situación peligrosa.
- b. La víctima debe ser un sujeto auto responsable, con capacidad para calcular la dimensión del riesgo. El peligro debe ser conocido o cognoscible.
- c. No debe tener una especial situación de protección frente al bien jurídico. Es decir, no debe ostentar una posición de garante con respecto a la persona que se autopone en peligro.

Que la víctima tenga bajo su control el desarrollo de la situación peligrosa hace referencia a que ella “es la que tiene el dominio del hecho sobre el suceso ... el criterio determinante es la renuncia de la víctima a la protección de sus bienes jurídicos” (López, 1996, p. 157).

En los delitos que protegen los bienes jurídicos de libertad, integridad y formación sexual resulta poco viable que este supuesto pueda cumplirse, toda vez que la víctima no puede llegar a tener control sobre la situación, porque su voluntad se ve doblegada –en el caso de los delitos que exigen para la configuración el elemento de violencia¹⁰⁹– o porque

.....

108 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 26882, sentencia del 19 de agosto de 2009.

109 Código Penal, art. 205, acceso carnal violento; art. 206, acto sexual violento y art. 207, acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir.

no tienen la capacidad de disposición sobre estos, debido a la inferioridad en razón a la edad o en razón a su incapacidad de resistir –en los delitos catalogados como abusivos¹¹⁰–.

Por lo tanto, resulta difícil configurar este presupuesto, ya que de ninguna manera es posible sostener que una víctima que está en incapacidad de dar su consentimiento o tiene su voluntad totalmente doblegada pueda dominar la situación o tener control para asumir el peligro. Es el agresor el que domina por completo esta situación, ya que él fue quien ocasionó la violencia o el que aprovechó la inferioridad de la víctima, tal como acertadamente lo afirma la Corte Suprema en su Sala Penal:

En los delitos contra la libertad sexual que se ejercen mediante la violencia, sin embargo, no es procedente abordar las calidades y condiciones de la víctima, ni mucho menos estimar si debió haberse comportado de alguna manera en aras de no facilitar la producción del resultado típico, por la sencilla razón de que la creación del riesgo no permitido (es decir, la acción tendiente a doblegar la voluntad de la otra persona) le concierne única y exclusivamente al autor¹¹¹.

De otro lado, el segundo presupuesto exige que quien se coloca a sí mismo en peligro, consciente y voluntariamente, debe tener aptitud para valorar el significado de su conducta, las consecuencias y las dimensiones del riesgo asumido y, especialmente, la importancia del bien jurídico que pone el peligro (López, 1996, p. 157).

El análisis de este presupuesto, de cara a los delitos sexuales, podría dar cuenta de cierto tipo de prejuicios que buscan atribuir la responsabilidad de las mujeres en estos casos, con el argumento de que, por un comportamiento contrario al rol que como mujeres se espera que cumplan, fueron ellas las que dieron pie a que la agresión sexual ocurriera.

Los casos en que es más evidente esta atribución de responsabilidad son aquellos en los que la víctima se encontraba en estado de embriaguez, ya que se compara esto con una situación de ‘ponerse el peligro’:

.....

110 Código Penal, art. 208, acceso carnal abusivo con menor de catorce años; art. 209, actos sexuales con menor de catorce años y art. 210, acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir.

111 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23508, sentencia del 23 de septiembre de 2009.

...se había puesto a tomar trago con el soldado y ella misma, pues, voluntariamente, *asumió su propio riesgo* tomando y tomando licor toda una tarde de domingo... Es muy difícil que un juez acepte un estado en incapacidad de resistir, producto de una borrachera; yo he tenido casos que en primera instancia no se creen, porque *se dice que en borrachera la gente siempre quiere*¹¹². (Cursivas fuera de texto).

Frente al tema de la embriaguez como situación de autopuesta en peligro de la víctima, la Corte Suprema no la aceptó en un caso de accidente de tránsito que ocasionó la muerte a un pasajero que se transportaba en alto grado de embriaguez, sentado en la puerta de salida de un vehículo de servicio público. La defensa del conductor alegó la aplicación de esta figura, con el argumento de que fue la embriaguez del pasajero la única causa de su muerte y, por tanto, se debía absolver de cualquier responsabilidad al conductor. La Corte no consideró procedente la figura, al afirmar que no podía hablarse de autopuesta en peligro por parte de la víctima "dado su estado de ebriedad, el sueño que tenía según un testigo, y su edad, sentado en el estribo del automotor, no contaba con la posibilidad de decidir si asumía o no riesgos; por las mismas razones, no tenía suficiencia para determinar si con su conducta se colocaba en situación de riesgo"¹¹³.

Este argumento de la Corte para excluir la aplicación de la figura hace evidente que es fundamental para su aceptación que la víctima pueda determinar o conocer el peligro que está asumiendo con la conducta alegada como autopuesta en peligro. En el caso de la embriaguez en delitos sexuales, se tendría que afirmar que una mujer al consumir licor debe saber el peligro que ello representa para su libertad, formación e integridad sexual.

Es altamente reprochable dar cabida a un argumento que establezca que una mujer por ingerir alcohol con un hombre se está autoponiendo en peligro de ser víctima de una agresión sexual, pues eso solo reiteraría la discriminación que contra las mujeres ha existido frente a cómo el hombre es superior sexualmente a la mujer y puede disponer de la sexualidad de ella. El consumo de alcohol es una actividad aceptada legal y socialmente y

.....

112 Entrevista realizada a operador de justicia, en Corporación Humanas (2010).

113 Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal, proceso 16636, sentencia del 20 de mayo de 2003.

sería altamente desigual violatorio del principio de igualdad y no discriminación consagrado en la Constitución Política que las mujeres fueran reprochadas por consumir esta sustancia permitida y, con base en esto, se exima a quien por medio de violencia o aprovechándose de la incapacidad de su víctima la agrede sexualmente. No se puede, por ende, exigir ni aceptar que una mujer tenga como conocido o cognoscible que consumir licor con uno o varios hombres genera un peligro jurídicamente relevante para su libertad, integridad y formación sexuales.

El último presupuesto hace referencia a que no se puede excluir la responsabilidad del tercero cuando este tenga posición de garante¹¹⁴. Esta figura es la forma de imputar responsabilidad por una omisión fundamentada en que quien dejó de realizar una acción es castigado porque tenía el deber de evitar el resultado.

En los delitos sexuales, comúnmente dos situaciones de peligro podrían dar lugar a la configuración de la posición de garante, sin perjuicio de que se pueda ubicar en otra de las circunstancias que la originan. La creación de una situación peligrosa anterior, según la cual quien ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado con una conducta precedente tiene deberes de salvamento y está en la obligación de revocar el riesgo (López, 1996, p. 161). En virtud de esta circunstancia, se podría imputar responsabilidad a quien previamente creó una situación de peligro, adquirió con esto deber de salvamento y posteriormente no hizo nada para evitar el resultado. Y la segunda forma es la configuración de la posición de garante en virtud de una estrecha comunidad de vida, por ejemplo el

.....

114 Código Penal, artículo 25. *Acción y omisión*. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.

deber que tiene el padre o la madre de protección de los bienes jurídicos de sus hijos o hijas.

Estudiar la configuración de la posición de garante en materia de delitos sexuales, como causa que no permite la aplicación de la figura de autopuesta en peligro, merece un estudio mucho más profundo imposible de abordar en este artículo, más aun cuando esta figura en la dogmática colombiana ha producido tantas críticas y posturas y su aplicación en la jurisprudencia ha sido muy escasa.

En todo caso, resulta también problemática la configuración de este presupuesto en casos de delitos sexuales, pues por ejemplo unos padres no pueden excluir su responsabilidad bajo el argumento de que su hijo o hija se autopuso en peligro, pues “la acción a propio riesgo de la víctima no excluye la imputación al tercero, cuando este tiene deberes especiales de protección con respecto a la persona que se autopone en peligro” (López, 1996, p. 162). Señala la Corte Suprema de Justicia:

Incluso el autor estaría en una posición de garante cuando entre él y el sujeto agredido hay relaciones susceptibles de equipararse a estrechas comunidades de vida, pues éstas obligan al primero a evitar la realización de cualquier conducta que lesione o amenace la libertad sexual o la dignidad del segundo¹¹⁵.

Más allá de lo problemático que resulte demostrar cada uno de los tres presupuestos exigidos para invocar la autopuesta en peligro o acción a propio riesgo, la mayor dificultad que presenta esta figura, si se invoca en delitos sexuales, es la forma como se tendría que probar, pues para demostrarla siempre resultará necesario llevar al proceso pruebas que den cuenta del comportamiento previo de la víctima, lo cual a todas luces resulta reprochable, cuando ya las Altas Cortes han resaltado en reiterada jurisprudencia que cualquier prueba que se refiera al comportamiento sexual o social, previo o posterior de una víctima de un delito sexual, resulta una intromisión innecesaria, irrazonable y desproporcionada a su derecho a la intimidad¹¹⁶.

.....

115 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23508, sentencia del 23 de septiembre de 2009.

116 Corte Constitucional, Sala de Revisión, sentencia T-453 del 2 de mayo de 2005, sentencia T-458 del 7 de junio de 2005. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, proceso 23706, sentencia del 26 de enero de 2006, proceso 23508, sentencia del 23 de septiembre de 2009.

Por lo general, la fórmula jurídica que en los procesos judiciales se utiliza para excluir de responsabilidad al agresor es inferir, a partir del comportamiento de la víctima, dudas sobre su consentimiento para la relación sexual y, por tanto, una duda frente a la responsabilidad del agresor, lo cual, en protección de la garantía fundamental de la presunción de inocencia, lleva a su absolución. No se invoca la aplicación de la figura de autopuesta en peligro, pero de fondo se está aplicando lo mismo: exclusión de responsabilidad del procesado en virtud de la conducta de la víctima.

Esta duda se genera por prejuicios de los operadores y las operadoras de justicia frente al comportamiento de la víctima, tales como que el previo consentimiento para el consumo de alcohol es también consentimiento para la realización de una relación sexual¹¹⁷. Debido a lo anterior, la Corte Suprema ha prohibido en reiteradas ocasiones estas deducciones, enfatizado en que no se puede inferir consentimiento de la víctima por su comportamiento¹¹⁸ y “ha rechazado posturas argumentativas en los delitos sexuales que tan solo reflejan los prejuicios, la discriminación por género o las opiniones eminentemente morales de quienes las predicen, como ... sostener ... que el haber tomado licor durante varias horas ... permite ... con la simple solicitud, acceder carnalmente a ... un acompañante con el consentimiento de ella”¹¹⁹.

Permitir este tipo de conclusiones, a su vez desconoce los lineamientos legales que prohíben inferir consentimiento por el silencio o ausencia de resistencia, por la conducta o por la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima¹²⁰.

Pese a que la figura de la autopuesta en peligro es neutra, resulta problemática su aplicación en los delitos sexuales. La determinación de si los actos de la víctima dieron lugar a la exclusión de responsabilidad de un tercero puede abrir la puerta para que sean los prejuicios o estereotipos

.....

117 Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2007-00858, sentencia del 14 de octubre de 2008.

118 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 10672, sentencia del 18 de septiembre de 1997; proceso 23706, sentencia del 26 de enero de 2006; proceso 23508, sentencia del 23 de septiembre de 2009; proceso 35668, sentencia del 18 de mayo de 2011.

119 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 26013, sentencia del 6 de mayo de 2009. Ratificada posteriormente por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23508, sentencia del 23 de septiembre de 2009. En Corporación Humanas (2010).

120 Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma, incorporada por la Ley 1268 de 2008 y declaradas constitucionales mediante sentencia C-801 de 2009.

de género de quien conozca el caso los que establezcan la aplicación de la figura. Así, entonces sería reprochable que actitudes tales como las formas de vestir, actuar o vivir de la víctima den pie para que, con base en la concepción cultural que tenga el fallador o la falladora del caso sobre lo que es un comportamiento aceptado o no de una mujer, se pueda excluir de responsabilidad a un agresor.

Permitir que se incorporen estereotipos de género como argumentos para fallar procesos judiciales realizados por la comisión de un delito sexual, resultaría altamente discriminatorio contra la mujer, pues “la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”¹²¹. Además, bien lo ha destacado la Corte: “frente a estos casos no es procedente abordar las calidades y condiciones de la víctima, ni mucho menos estimar si debió haberse comportado de alguna manera en aras de no facilitar la producción del resultado típico”¹²².

Conclusión

La exposición y análisis de dos de los obstáculos que frente a delitos diferentes relacionados con violencia entorpecen el acceso a la justicia permite determinar cómo, a pesar de que la violencia intrafamiliar y los delitos sexuales están reconocidos como delitos y acompañados en el ordenamiento jurídico por leyes que atienden el problema de la violencia contra las mujeres de una manera integral¹²³, esto no basta para garantizar los derechos.

Ya sea desde el procedimiento, como en el caso de la conciliación, o desde la dogmática, como en el caso de la autopuesta en peligro o acción a propio riesgo, el problema —no la creación como tal de estas figuras— es la interpretación y la aplicación que frente a ellas se realiza por parte de quienes operan la justicia.

.....

121 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs México.

122 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23508, sentencia del 23 de septiembre de 2009.

123 Ley 1257 de 2008. “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”.

Aplicar la conciliación como obligatoria y como paso previo para el inicio de una investigación penal de carácter formal en contra de un agresor, desconoce las afectaciones que una mujer puede tener por la violencia intrafamiliar de la que es víctima y por las que su voluntad está mermada para llegar a acuerdos o negociaciones sobre el hecho.

Permitir en materia de delitos sexuales la figura de autopuesta en peligro o acción a propio riesgo, es también contrario al respeto y la promoción de los derechos de las mujeres, ya que configurarla exige una intromisión en la intimidad de la víctima y una construcción de argumentos prejuiciosos cuando se considera que el peligro es creado por la mujer para ser víctima de una agresión sexual.

El Derecho Penal, sin duda alguna, es una rama fundamental en la respuesta a la violencia contra las mujeres, pero la utilización correcta de él va más allá de exigir altas penas y tipificación de conductas; también debe responder al cambio de cultura jurídica por parte de los operadores jurídicos y las operadoras jurídicas para que aprendan a valorar las especiales calidades que estos delitos tienen con respecto a los demás y, por tanto, tengan especial cuidado al momento de dar cabida a figuras procesales como la conciliación o sustanciales como la figura de la autopuesta en peligro o acción a propio riesgo.

Es imperiosa la sensibilización y el conocimiento de los derechos de las mujeres por parte de los y las profesionales del Derecho como sujetos parte en los procesos penales, para que así la aplicación de las formas procesales y las figuras dogmáticas guarden concordancia con las obligaciones del Estado colombiano respecto a la eliminación de la violencia contra las mujeres.

Referencias bibliográficas

- Corporación Humanas (2008). *La situación de las mujeres víctimas de violencias de género en el sistema penal acusatorio*. Bogotá. (Línea de acceso a la justicia, programa de apoyo a la construcción de políticas públicas con enfoque de género en Colombia, de la Aecid).
- Corporación Humanas (2010). *Estudio de jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas*. Serie Acceso a la Justicia. Bogotá.

- Facio, Alda y Fries, Lorena (1999). *Género y Derecho*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, La Morada.
- Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (2010). *Forensis. Datos para la vida*.
- León, Guadalupe (2009). *Conflictividades sociales, conductas delictivas y la respuesta del sistema penal oral acusatorio en Colombia*. Bogotá: Editorial Milla Ltda.
- López Díaz, Claudia (1996). *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Motta, Cristina y Sáez, Macarena (2008). *La mirada de los jueces*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law y Center for Reproductive Rights.
- ONU Mujeres (2011). *El progreso de las mujeres en el mundo: En busca de la justicia*. Primer Informe Global.
- Profamilia (2011). *Encuesta Nacional de Demografía y Salud 2010*.
- Velásquez Velásquez, Fernando (2010). *Manual de Derecho Penal, parte general (4.ª ed. actualizada)*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Zárate Cortés Henry (2009). La acción de protección de la violencia intrafamiliar: una acción constitucional. *Revista Procurando la Equidad*, 4. Colombia, Procuraduría General de la Nación.

C U A R T A P A R T E

**Tratamiento dado por los medios
de comunicación a la violencia
contra las mujeres**

V. La violencia contra las mujeres en la prensa

Diana López*
Laura Nepta**

Introducción

La violencia contra las mujeres registrada en los medios de comunicación ha recibido una especial atención en distintos instrumentos normativos internacionales y nacionales creados para la defensa y promoción de los derechos humanos de las mujeres. Entre estos, la Convención de Belém do Pará alienta “a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y a realzar el respeto a la dignidad de la mujer”¹²⁴.

En la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995), se adoptó la Plataforma de Acción de Beijing con la intención de eliminar los obstáculos a la participación de las mujeres en todas las esferas de la vida pública y privada, y se definió un conjunto de objetivos estratégicos y medidas que serían adoptadas por los Gobiernos, la comunidad internacional, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado, para eliminar los obstáculos que entorpecen el adelanto de la mujer.

.....

* Comunicadora social.

** Relacionista internacional.

124 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará” (en línea).

Esta Plataforma manifiesta en la sección J, Mujeres y medios de comunicación, la preocupación por la constante proyección de imágenes negativas y degradantes que contribuyen a naturalizar la violencia de género, planteando dos objetivos estratégicos, el segundo de los cuales es “fomentar una imagen equilibrada y no estereotipada de la mujer en los medios de difusión”¹²⁵. También se preocupa por atender cómo este tipo de tratamiento lesiona a las mujeres y las violenta de manera constante.

En el año 2008, el Congreso de la República de Colombia decreta la Ley 1257 mediante la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de todas las formas de violencia y discriminación contra las mujeres. El artículo 10 contempla la responsabilidad del Ministerio de Comunicaciones de elaborar “programas que contribuyan a erradicar la violencia contra las mujeres en todas sus formas, a garantizar el respeto a la dignidad de la mujer y a fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, evitando toda discriminación contra ellas”¹²⁶.

“El Observatorio de Humanas - Colombia: las mujeres en los medios”, hace seguimiento al tratamiento que los medios de comunicación le dan a las mujeres desde una perspectiva de derechos humanos, con el propósito de fomentar el periodismo responsable y contribuir a la promoción de imágenes no estereotipadas de las mujeres.

Humanas concibe los medios informativos como un producto cultural. De ello se derivan las siguientes premisas¹²⁷:

- Los contenidos que emiten los medios informativos, en general, reflejan las formas de organizar la realidad que imperan en la sociedad, en particular con respecto a qué es de interés público y qué de interés privado, qué hay que saber y qué no, qué es de actualidad y qué no, qué y quién es importante, quién sabe y quién no, quién debe rendir cuentas y quién no, qué fines justifican qué medios.

.....

125 *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*. Beijing, 4 al 15 de septiembre de 1995. Disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

126 Ley 1257 de 2008, Diario Oficial 47193 del 4 diciembre de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.

127 Caicedo, Luz Piedad. Observatorio de Humanas: El conflicto y la paz vistos por los medios. Documento de trabajo sin publicar.

- Los medios informativos son parte de los productos culturales no ficticios¹²⁸ y sus contenidos se construyen siguiendo pautas determinadas por áreas de conocimiento que, en general, se inscriben en las ciencias sociales. Ello hace que se tienda a creer que lo que se emite a través de los medios noticiosos es lo que pasa en la actualidad y que lo que ocurre en el mundo es lo que se dice ahí. Por esta razón, se constituyen en un poder que moviliza e influye en la audiencia.
- En tanto son un producto, los medios responden a las dinámicas del mercado, y la credibilidad y la confianza son uno de los capitales que con mayor celo protegen. No obstante, otras estrategias están a la orden del día –segmentación de las audiencias, recurrencia a titulares que impacten, a figuras decorativas¹²⁹ o a temas y abordajes que susciten curiosidad. El equilibrio entre los réditos esperados por los accionistas de los medios y los costos de producción determinan la planta, los salarios y la especialización de quienes producen las piezas periodísticas. Los medios financian buena parte de su producción con pauta publicitaria de empresas que pueden valorar no seguir publicando sus anuncios en medios que dan a conocer o critican su proceder. Ello incide en los estilos y las secciones periodísticas en las que se entrega la información y en las revelaciones sobre las prácticas comerciales y laborales de algunas empresas.
- Los medios, a pesar de ser un producto, tienen vida propia puesto que sus gestores toman decisiones (políticas, económicas, afectivas, sociales, ecológicas) con respecto a la forma de preservar su oficio. Por ello, la prensa informativa, a la vez que está influenciada por un tiempo y un lugar, es capaz de intervenir y transformar las mismas circunstancias que los determinan.
- Como cualquier producto cultural, los medios son susceptibles de auto revisarse para producir mensajes que ofrezcan miradas del mundo menos estereotípicas, más incluyentes y menos discriminatorias.

La violencia contra las mujeres puede ser considerada como toda forma activa u omisiva que atenta física o psíquicamente contra la mujer por

128 Son ficticios productos como las novelas, la pintura, la música.

129 Algunos medios recurren a la utilización de fotografías de mujeres que responden a los cánones de belleza y en poses sugestivas como gancho para aumentar las ventas de sus informativos.

razón de su género. Sin embargo, el Observatorio amplía su análisis haciendo seguimiento a las piezas que hagan referencia a cualquier tipo de violencia ejercida contra una mujer o las mujeres.

Esto se hace con el fin de abarcar toda la información periodística que permita dar cuenta de los estereotipos de género replicados por los medios de comunicación, considerando que en general las piezas publicadas por la prensa no se construyen a partir del concepto de violencia contra las mujeres mencionado anteriormente, sino como hechos aislados que no corresponden a una problemática social particular. Además, el contexto del conflicto armado colombiano exacerba las violencias contra las mujeres y estos hechos constituyen gran parte del material informativo de los medios.

1. Metodología

El Observatorio de Humanas monitorea las piezas referentes a violencias contra las mujeres, entre las cuales se incluyen asesinato, violencia patrimonial, acoso, violencia sexual, violencia física, políticas y programas, trata de mujeres y piezas que hacen referencia a más de un tipo de violencia.

El material que analiza el Observatorio es seleccionado diariamente por Infomedios, empresa profesional de monitoreo de medios que revisa el cuerpo total de los impresos a los que se hace seguimiento y clasifica el material según los temas determinados por la Corporación Humanas.

Este es enviado a Humanas, donde, a partir de su lectura, se determina si efectivamente cumple con los criterios de seguimiento establecidos por el Observatorio. De ser así, la pieza periodística se ingresa a la base de datos de acuerdo con las características estructurales y de contenido que presenta. Las noticias se clasifican temáticamente según el énfasis que quien escribe la pieza periodística le da a los hechos. Semanalmente, el equipo del Observatorio se reúne y hace revisión de las piezas ingresadas y los criterios utilizados para la clasificación.

Actualmente, el Observatorio de Humanas monitorea once medios entre nacionales (El Tiempo, El Espectador, El Nuevo Siglo y Revista Semana) y regionales (El Colombiano, El País, El Heraldito, Hoy - Diario del Magdalena,

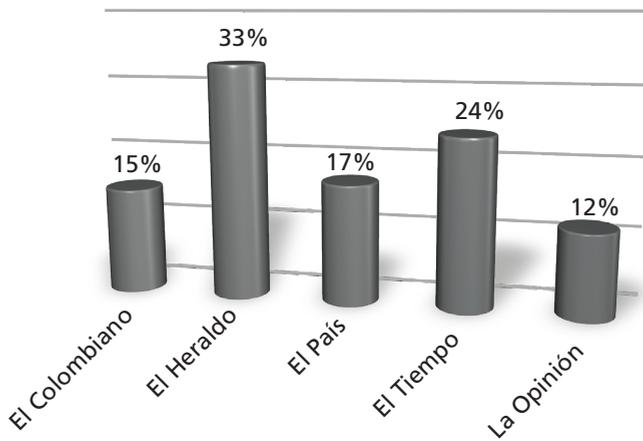
El Universal, La Opinión y La Tarde), haciendo seguimiento a las piezas que cubren los temas de conflicto armado y construcción de paz que presentan una mujer con algún tipo de actuación.

Para la elaboración del presente informe, se tomaron las piezas publicadas en junio de 2011 sobre el tema de violencia contra las mujeres en cinco medios impresos (El Tiempo, El Herald, El Colombiano, El País y La Opinión)¹³⁰. A continuación, se presentan los resultados cuantitativos del monitoreo de las piezas registradas.

2. Resultados cuantitativos

El Observatorio de Humanas - Colombia registró 103 piezas referentes al tema de violencia contra las mujeres (VCM) en el mes de junio de 2011. Se monitorearon cuatro medios de circulación regional (El Colombiano, El Herald, El País, La Opinión) y uno de circulación nacional (El Tiempo). Entre estos, los periódicos que hicieron mayor cobertura del tema fueron El Herald de la ciudad de Barranquilla, con 34 piezas que corresponden al 33% de las notas registradas, y El Tiempo con 25 notas (gráfico 1).

Gráfico 1. Coberturas del tema por medio seleccionado

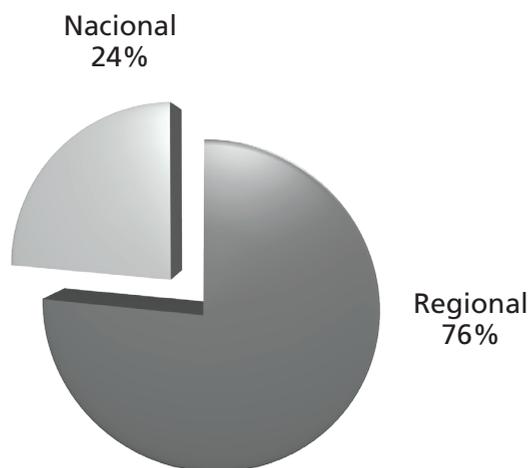


.....

130 Ficha técnica. Tema: violencia contra las mujeres; subtemas considerados: acoso, asesinato de mujeres, otro, varios tipos de violencia, violencia física, violencia patrimonial, violencia sexual; unidad de análisis: piezas periodísticas publicadas en medios impresos; piezas periodísticas consideradas: breves, editorial, entrevista, noticia, opinión, perfil, reportaje, análisis, crónica, informe especial; piezas que no se incluyen: cartas de los lectores y las lectoras, reseñas (de libros, videos, cine, etc.), pautas publicitarias, clasificados; medios monitoreados: cinco, un diario de circulación nacional, El Tiempo (Bogotá), cuatro diarios de circulación regional, El Colombiano (Medellín), El Herald (Barranquilla), El País (Cali) y La Opinión (Cúcuta); Periodo analizado: junio de 2011; número de piezas del periodo: 103.

El País publicó 17 piezas, seguido por El Colombiano con 15 y por La Opinión con 12. Del total de las notas monitoreadas, 78 fueron publicadas por los medios de circulación regional y 25 lo fueron por El Tiempo, periódico de circulación nacional (gráfico 2).

Gráfico 2. Cobertura de las piezas por circulación del medio

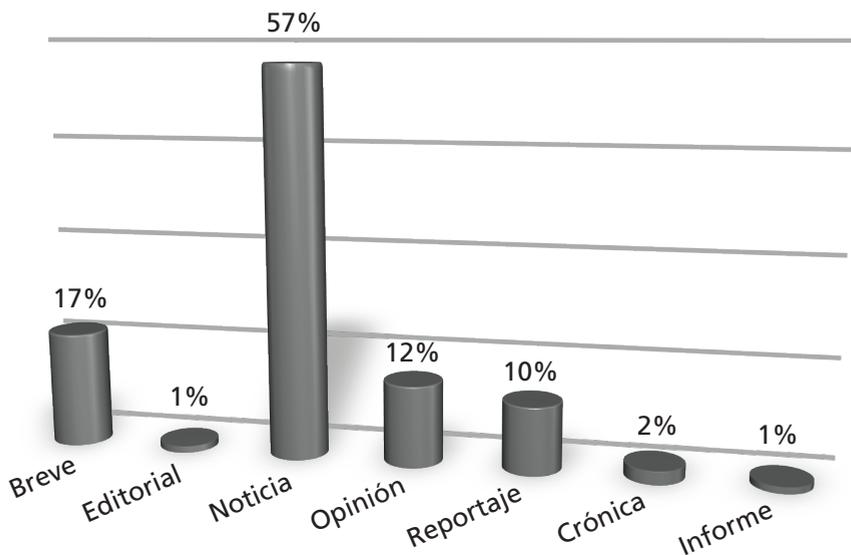


Los géneros periodísticos más utilizados para el cubrimiento del tema de VCM son el noticioso, con un total de 59 piezas que corresponden a más de la mitad de las notas registradas (57%) y la nota breve (17%). Se publicaron doce columnas de opinión, entre las cuales la mayoría se centraron en el asesinato de la líder social Ana Fabricia Córdoba¹³¹ y el caso de Strauss - Kahn, el ex titular del Fondo Monetario Internacional acusado de violencia sexual en los Estados Unidos.

Entre las piezas monitoreadas también se registraron diez reportajes, dos crónicas y un informe especial del periódico El Tiempo sobre la violencia ejercida contra las mujeres en las filas del grupo guerrillero FARC (gráfico 3).

.....

¹³¹ El 10 de junio de 2011, el Gobierno nacional de Colombia sancionó la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, con la que se pretende reparar a víctimas del conflicto armado colombiano. La discusión del proyecto de ley en el Congreso de la República fue tema de primer orden en la agenda mediática nacional, visibilizando a las víctimas y la labor de las organizaciones de la sociedad civil que trabajan por los derechos humanos; entre los temas abordados, se emitieron piezas referentes a las amenazas y persecución a víctimas y organizaciones. Por tal razón, el asesinato de la líder social Ana Fabricia Córdoba (7 de junio de 2011) obtuvo amplio cubrimiento de los medios.

Gráfico 3. Géneros periodísticos utilizados para cubrir el tema

La mayoría de las piezas periodísticas durante el periodo objeto de análisis fueron registradas en la sección judicial o justicia (23%), seguidas del 20% de notas publicadas en la sección debes saber¹³² del periódico El Tiempo, que incluye la información de estricto carácter noticioso publicada en el diario.

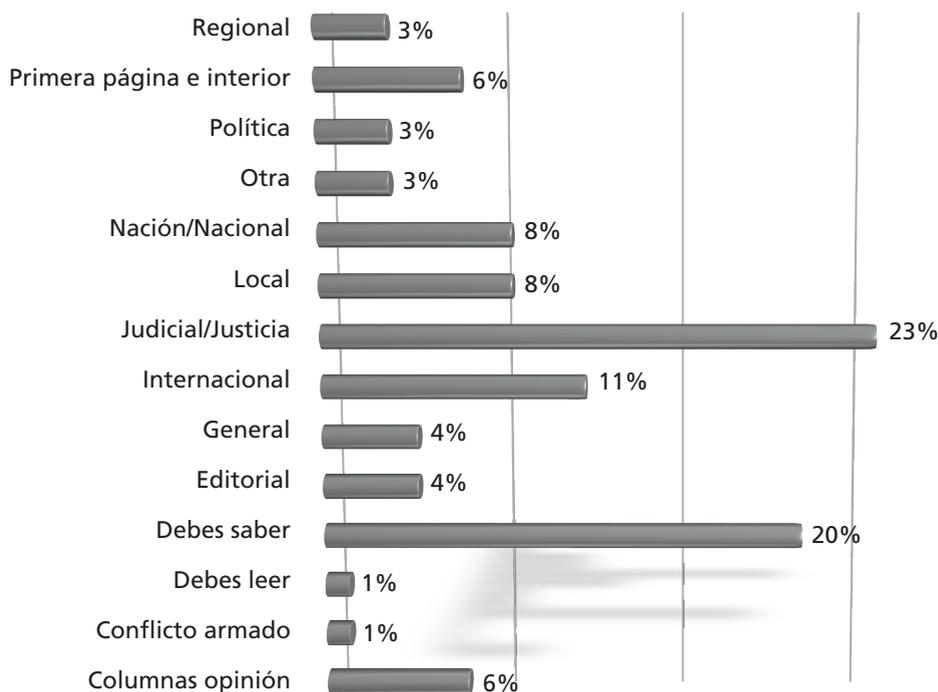
El 11% de las notas se registraron en la sección internacional; a renglón seguido, se ubican las publicadas en las secciones nacionales y locales, con el 8% cada una; las columnas de opinión y la primera página registraron el 6% de las piezas, respectivamente. Las demás secciones (regional, política, otra, general, editorial, debes leer y conflicto armado) cubren porcentajes entre el 4% y el 1% (gráfico 4).

Para el análisis de la cantidad de piezas por subtemas, se debe tener en consideración que son cuatro los medios de circulación regional y solamente uno nacional, por tanto, en todos los temas hay un mayor registro de notas publicadas en medios regionales.

.....

¹³² El periódico de circulación nacional El Tiempo, desde el 3 de octubre de 2010 adoptó una nueva imagen y se incluyeron algunos cambios en la organización gráfica de los contenidos, entre otros se implementó una sección denominada "Debes saber", que contiene las piezas periodísticas más importantes del día, lo noticioso; la mayoría de estas notas están escritas en géneros periodísticos secos, aquellos que solo dan cuenta de los hechos.

Gráfico 4. Cobertura por sección de los diarios



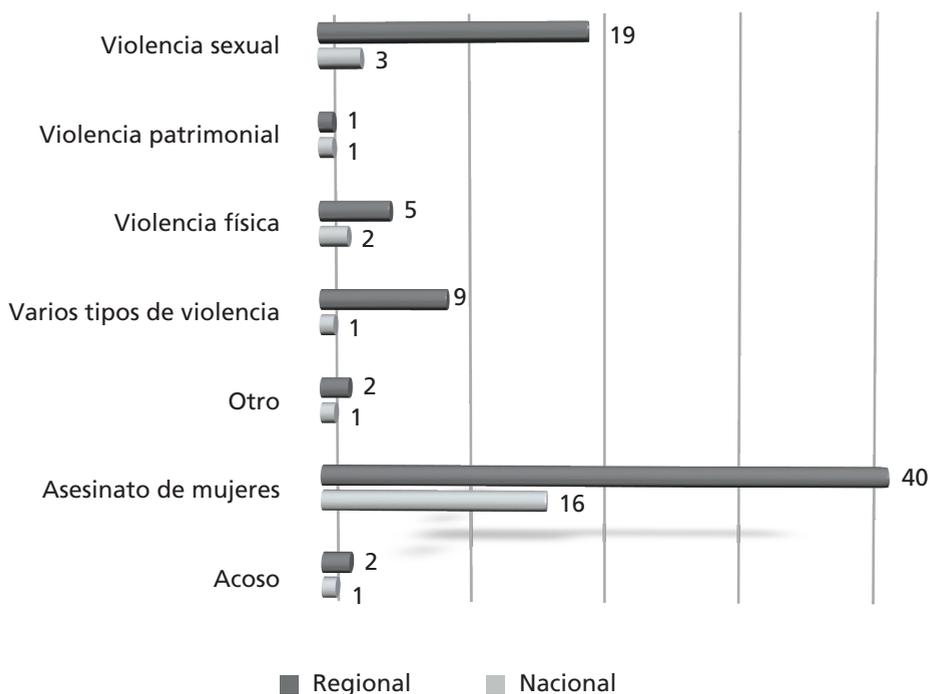
No obstante la mayor diferencia se encuentra en las piezas que fueron clasificadas en el subtema asesinato de mujeres, en el cual claramente el cubrimiento regional es superior al nacional, 40 y 16 notas respectivamente. En el caso de las nacionales, 12 de las 16 hacen seguimiento a tres hechos particulares de asesinatos de mujeres: la lideresa de víctimas del conflicto Ana Fabricia Córdoba (5), la juez Margarita Rosa de las Salas víctima en un asalto callejero (4) y las menores Erika y Sandra Patricia Rocha de 7 y 14 años (gráfico 5).

La violencia sexual en los medios regionales también tiene una importante diferencia con respecto a los de circulación nacional, que registra tres piezas, de las cuales dos abordan lo que la prensa internacional ha denominado el caso Strauss - Kahn.

En la cantidad de notas publicadas por subtema en cada medio, es de resaltar la ausencia del abordaje del tema de violencia patrimonial, del que solo hay registro en dos notas; una en El Tiempo, que hace referencia a la indemnización que recibirá una mujer que fue despedida sin justa causa del Congreso de la República luego de dar a conocer a sus empleadores

su estado de embarazo, y la segunda, publicada por El Heraldillo, que realiza un reportaje acerca del creciente número de denuncias por inasistencia alimentaria en Barranquilla. A pesar de la mención, en ninguna de las dos se hace referencia explícita a estos como hechos de violencia contra las mujeres.

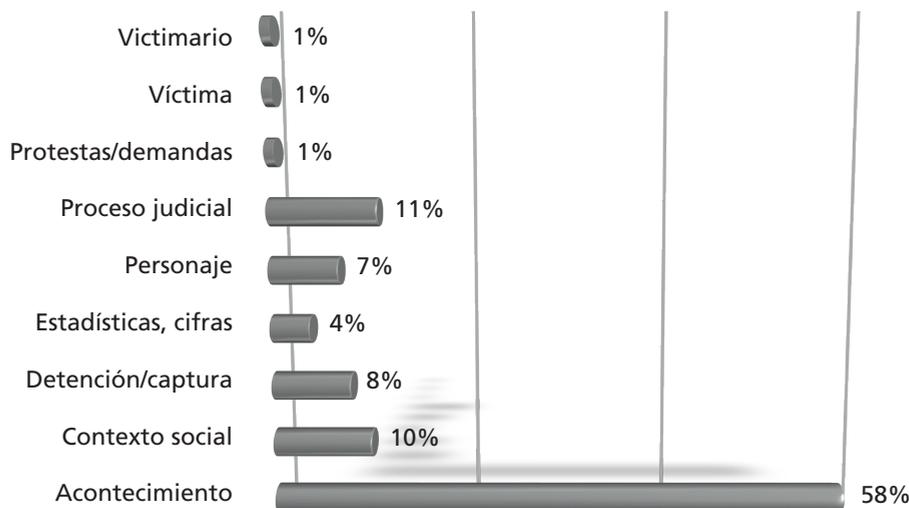
Gráfico 5. Cantidad de notas publicadas por subtema según circulación del medio



En su mayoría, las piezas monitoreadas se limitaron a reportar el hecho noticioso (66%): sesenta notas se enfocaron en el acontecimiento general y ocho en una detención o captura. Once hicieron referencia a un proceso judicial y diez presentaron la información con énfasis en los elementos del contexto social que genera la situación.

Una nota editorial del periódico El Colombiano tuvo como enfoque protestar por el asesinato de mujeres y otras cuatro tuvieron como eje la utilización de estadísticas y cifras para tratar los temas de asesinato y violencia sexual. De las dos piezas monitoreadas que le dieron énfasis a un personaje, una se concentró en la víctima y la otra en el victimario (gráfico 6).

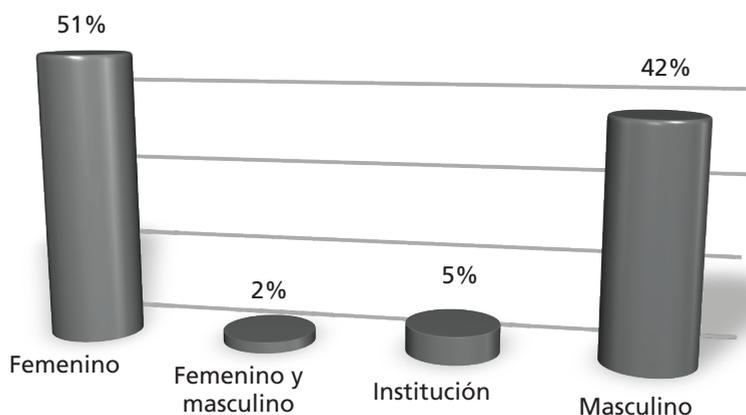
Gráfico 6. Enfoque de las piezas periodísticas



De 103 piezas periodísticas analizadas, las mujeres aparecen como protagonistas en el 51%, en contraste con el 42% en las que el sujeto central son hombres, el 5% instituciones y el 2% hombres y mujeres.

Aunque el porcentaje de mujeres protagonistas de las notas corresponde a la mitad del universo, es de anotar que al ser el seguimiento de la violencia contra mujeres el tema, se esperaría que quienes protagonicen las piezas periodísticas en una rotunda mayoría sean mujeres, pero, según las cifras que arroja la muestra, el porcentaje de hombres solo se distancia del de mujeres en nueve puntos (gráfico 7).

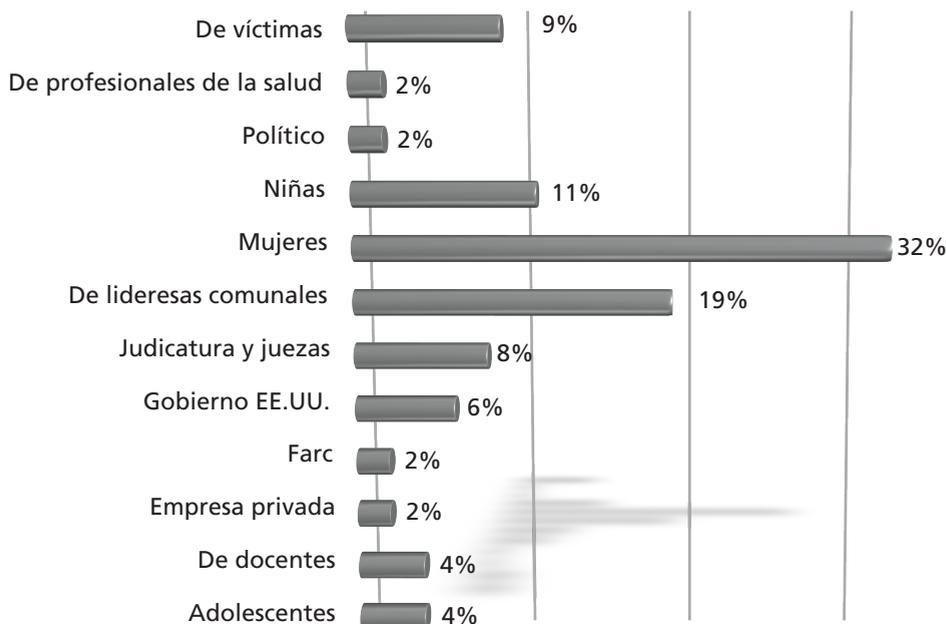
Gráfico 7. Protagonistas de las noticias



Todas las mujeres que fueron presentadas como protagonistas en las piezas monitoreadas habían sido víctimas de algún tipo de violencia. En el 32% de las notas, se presentó a las mujeres de manera amplia, sin especificar elementos que permitieran delimitar el sector social al que pertenecen. Ocho piezas otorgaron datos de clasificación etaria de las protagonistas.

23 piezas evidenciaron el sector social de las mujeres protagonistas, aparte de su condición de víctimas. Entre estas, se hizo referencia a los siguientes sectores: docentes, empresa privada, Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), Gobierno de EE.UU., juezas, lideresas comunales, político y profesionales de la salud. Cinco notas, que corresponden al 9% del total de las piezas y tienen como protagonistas a las mujeres, las presentaron exclusivamente en su condición de víctimas (gráfico 8).

Gráfico 8. Sector en el que se ubican las mujeres como protagonistas de las piezas

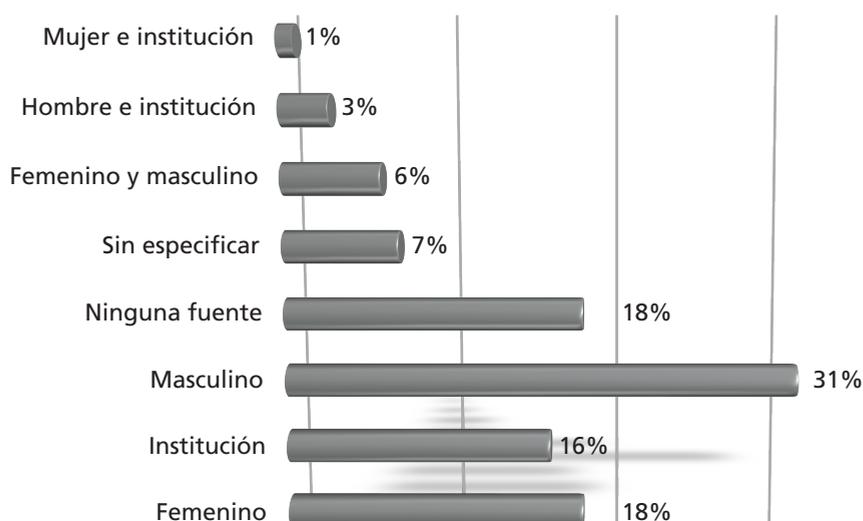


En la mayoría de las piezas periodísticas (31%) se recurre a hombres como fuente central; en el 18% de las notas publicadas acerca de violencia contra las mujeres no hay referencia explícita a la información suministrada por una fuente y, en igual porcentaje, la información es proporcionada

por mujeres. Las instituciones son utilizadas como fuentes de la información en el 16% de las piezas y no se especifica el sexo de la fuente en el 7% de las noticias.

En la información objeto de seguimiento, las cifras dan cuenta de que son los hombres los citados como emisores de los datos que interesan para construir un relato periodístico: las mujeres en pocas ocasiones son tenidas en consideración como poseedoras de la información y en la mayoría de veces se limita su voz a ser la fuente no oficial de los hechos (gráfico 9).

Gráfico 9. Fuentes centrales de las piezas periodísticas



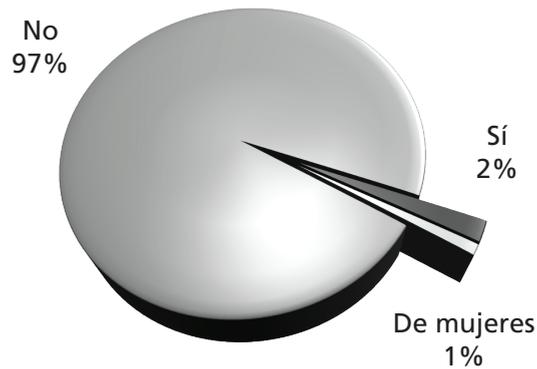
Entre las piezas monitoreadas solo se registró una noticia con referencia explícita a la vulneración de derechos de las mujeres. Esta fue publicada por el periódico regional El Colombiano, aparece ubicada en la sección internacional y hace referencia a un informe sobre Afganistán como una de las naciones más peligrosas para las mujeres. Otras dos notas hacen mención a los derechos humanos en relación con el tema de violencia sexual.

Cabe resaltar que la columna de opinión de El País, titulada "Abusos mortales", hace mención de los derechos de las mujeres, de tal manera, que las convierte en posesión de los hombres, por lo que no fue registrada como pieza con referencia a derechos humanos (gráfico 10).

solas o sin un padre para sus hijos. Creo más en el amor que dignifica y en los hombres que, enhorabuena, entendieron que defender los derechos de sus mujeres es también asunto suyo.

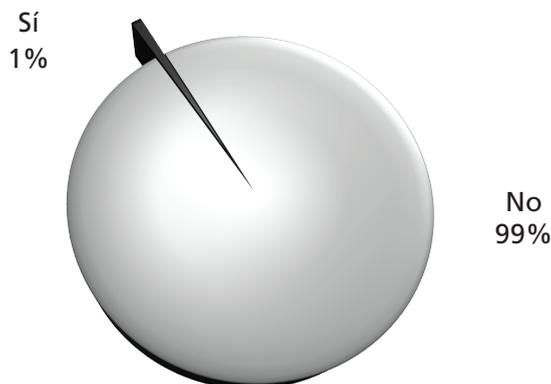
Quintero, Gerardo (2011). *Abusos mortales*. El País, 9 de junio, p. A9.

Gráfico 10. Referencia a derechos humanos en las piezas de la muestra



La única pieza que hace referencia al Derecho Internacional Humanitario fue publicada por el periódico El Heraldo y se refiere al DIH al exponer los argumentos del congresista colombiano Iván Cepeda con respecto a las violaciones sexuales por parte de las fuerzas armadas como un crimen de lesa humanidad (gráfico 11).

Gráfico 11. Referencia al DIH en las piezas periodísticas



Los hechos que más espacio ocuparon durante el periodo observado fueron los siguientes:

Ana Fabricia Córdoba. El 7 de junio, la lideresa social Ana Fabricia Córdoba fue asesinada en la ciudad de Medellín. Había sido víctima de amenazas en repetidas ocasiones a causa de su trabajo a favor de la restitución de tierras y la constante denuncia de la desaparición de uno de sus hijos y el asesinato de otro de ellos. En distintas ocasiones, el Gobierno nacional le ofreció a Ana Fabricia medidas de seguridad que nunca aceptó, puesto que afirmaba que el asesinato de su hijo había sido a manos de la Policía.

Esta noticia cobra mayor importancia por la reciente aprobación de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras en el Congreso de la República. El día después del hecho el periódico El Colombiano, diario de mayor reconocimiento en Medellín, publicó una noticia describiendo los acontecimientos y haciendo un breve contexto de la situación de vulneración en la que ella se encontraba. Ese mismo día, el diario de circulación nacional El Tiempo registró lo sucedido poniendo énfasis en la reiterada advertencia que había hecho la lideresa con respecto al riesgo al que estaba expuesta, particularmente por denunciar a la fuerza pública.

Cuatro de los cinco medios monitoreados cubrieron el hecho; estos emitieron tres columnas de opinión y diez noticias. Además, el periódico El Tiempo amplió la información publicando una crónica y un reportaje. El acontecimiento recibió seguimiento noticioso durante una semana.

Margarita De las Salas. La jueza laboral de Barranquilla (Costa Atlántica) fue asesinada luego de ser asaltada junto a su hermano cuando ingresaban al edificio en el que residían.

Los cinco medios monitoreados reportaron el hecho como noticia, a excepción de dos piezas del periódico El Herald de Barranquilla, que publicó una columna de opinión con elementos del contexto social en el que se desarrolló la situación y un reportaje que centró su atención en la afectación del asesinato de la jueza en la vida de su esposo. Las otras piezas se enfocaron en los acontecimientos referentes al hecho, entre estos la detención del asesino y el proceso judicial.

Caso Strauss - Kahn. Otro de los casos que tuvo mayor cubrimiento en el mes de junio fue el acontecido en Nueva York, tras la acusación de

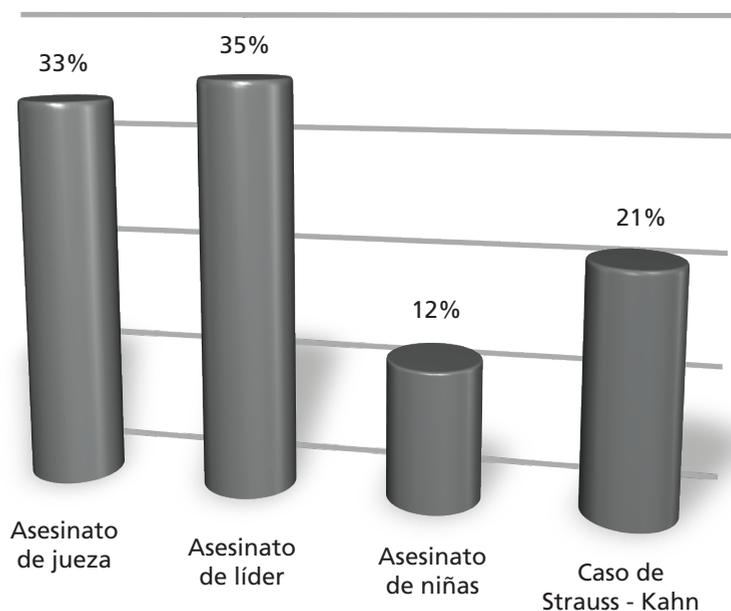
violación sexual al ex director del Fondo Monetario Internacional (FMI), interpuesta por Nafissatou Diallo, empleada del hotel en el que Strauss -Kahn se hospedaba.

De las nueve notas registradas sobre este caso, solo una presenta a la denunciante como protagonista y la posiciona como sujeta de derechos; las demás piezas se centran en el acusado, a partir de su declaración de inocencia o su posición de poder.

Sandra Patricia y Érika Rocha. En la localidad de Kennedy, al occidente de Bogotá, sicarios asesinaron a dos hermanas menores de edad, Sandra Patricia y Érika Rocha de 14 y 7 años, respectivamente. Según información suministrada por algunas de las piezas monitoreadas, el móvil del asesinato sería la negación de una de las hermanas a sostener una relación con un hombre mayor. A pesar de que este caso es de carácter nacional e involucra a dos menores, tuvo menor cobertura que el anteriormente expuesto.

Se registraron cinco piezas, de las cuales solo una trascendió el género noticioso –lo que expresa la falta de atención que este hecho tuvo en la opinión pública y en los medios de comunicación–, mediante una columna de opinión (gráfico 12).

Gráfico 12. Hechos de mayor cubrimiento en el periodo de análisis



Conclusiones y recomendaciones

- A pesar del creciente número de estudios y acciones de las organizaciones civiles por poner en la agenda pública el tema de la violencia contra las mujeres, los medios lo abordan mayoritariamente a partir del relato de los acontecimientos, sin otorgar elementos sobre las causas estructurales de la violencia, ni realizar análisis de lo sucedido ni referirse a las medidas que se podrían adoptar para evitarlos.

Visibilizar la violencia contra las mujeres desde una perspectiva de derechos y como un tema de interés público y político, es una tarea pendiente de los medios de comunicación en su gestión como agentes formadores de opinión pública. Para este fin, es necesario suministrar información de contexto que permita establecer los factores sociales que generan la violencia, conocer datos sobre normatividad relevante y rutas de atención para las mujeres víctimas.

- Las piezas monitoreadas permiten evidenciar que los medios aún no le otorgan el protagonismo necesario a las mujeres en notas que tratan particularmente sobre violencias perpetradas contra ellas. Los casos en los que las mujeres sí son presentadas como sujeto central tienden a limitar la información de tal manera, que no se puede identificar el sector al que pertenecen.

En la medida en que las notas periodísticas tratan sobre experiencias de personas, es primordial establecer criterios claros sobre cómo aproximarse a las mujeres que han sido víctimas de algún tipo de violencia. Para ello es importante aportar datos que caractericen a las mujeres como sujetas que pertenecen a un sector social que trasciende el hecho de ser mujeres y las posicione más allá de su condición de víctimas, para así fortalecer su calidad de actoras sociales y evitar su revictimización.

- Las fuentes suministran información completa y fidedigna para las piezas periodísticas; aquellas que son explícitas en el texto, le permiten al lector o lectora conocer de quién o de qué institución proviene la información y a quién se le da voz. En general, las piezas analizadas tienden a especificar fuentes masculinas y dejan las mujeres y las instituciones en un segundo plano.

Al momento de seleccionar las fuentes que se van a utilizar para el cubrimiento noticioso, es pertinente tener en cuenta que para suministrar información objetiva e integral se debe hacer lo posible por dar

a conocer las distintas posiciones que están directamente involucradas, así como recurrir a personas expertas de los ámbitos institucional y social que tengan conocimiento sobre el tema. Las fuentes que se explicitan en el texto dan una noción de cuáles son las voces relevantes para el medio y con ello se da un valor intrínseco a las mismas.

- Entre los tipos de violencia contra las mujeres a los que el Observatorio le hace seguimiento (asesinato, violencia patrimonial, acoso, violencia sexual, violencia física, políticas y programas, trata de mujeres y piezas que hacen referencia a más de un tipo de violencia), la violencia patrimonial carece de cubrimiento periodístico y en general no se otorgan elementos que permitan constatar que efectivamente son hechos de violencia contra las mujeres.

El conocimiento de todos los tipos de violencia por razones de género permite abarcar la problemática en sus distintas manifestaciones, de tal manera que evidencie que la discriminación contra las mujeres es un obstáculo que atraviesa todas las esferas de la vida social.

VI. “Sofocaba las tardes ociosas desflorando muchachitas”.

Prensa escrita y violencia sexual en el marco de la guerra

Nancy Prada Prada*

Introducción

En el marco del conflicto armado colombiano las mujeres sufren distintas formas de violencia solo por el hecho de ser mujeres. Entre estas formas sobresalen la imposición de pautas de comportamiento, las violencias por su relación con hombres de otros bandos, el desplazamiento forzado –con consecuencias diferenciadas para ellas– y, de manera muy recurrente, la violencia sexual, que se concreta principalmente en violación sexual, desnudez forzada, esclavitud sexual aborto forzado, prostitución forzada y mutilación genital.

Sobre la violencia sexual que tiene lugar en la guerra, las organizaciones de mujeres han documentado distintas finalidades y contextos de la violencia, con el propósito de exigir justicia y que se reconozca la verdadera magnitud de estos hechos.

En muchas ocasiones las violencias preceden a las masacres y homicidios, por lo cual suelen quedar subsumidas en las cifras de muertes, sin ser siquiera registradas en su particularidad como delito y, por tanto, sin ser juzgadas como tal. En los casos en que las mujeres sobreviven a la violencia sexual, también se registran cifras muy altas de impunidad, que no atienden a la dimensión y la trascendencia reales del fenómeno.

.....

* Abogada Corporación Humanas.

Para las garantías de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado, es de vital importancia el reconocimiento y visibilización que se haga de este tipo de violencia. El presente análisis, con énfasis cualitativo, se propone mostrar cómo se ocupa la prensa escrita del tema de las violencias sexuales, para determinar si tales discursos mediáticos constituyen aportes en el camino hacia la justicia para estas víctimas.

1. La violencia sexual en los textos sobre la verdad

En el amplio conjunto de discursos mediáticos, un espacio donde pueden encontrarse referencias a la violencia sexual es en aquellas piezas que buscan develar la verdad de los hechos ocurridos durante el conflicto armado.

En un ejercicio de análisis¹³³ pudo comprobarse que en dichas piezas son muy pocas las referencias a la violencia sexual. Además de ser escasas, las referencias halladas en aquella ocasión presentan las siguientes dificultades:

- a. No son explícitas y recurren en muchas ocasiones a figuras literarias para encubrir el componente violento del acontecimiento. Un ejemplo paradigmático en este sentido son algunas referencias a las violaciones cometidas por el paramilitar Hernán Giraldo en la Sierra Nevada de Santa Marta, de quien no se predica que “viole” o “agreda sexualmente” a mujeres, sino que “desflora muchachitas”, un giro lingüístico que evita poner el énfasis en el carácter no consentido de dichos actos y que, incluso, alude a un tipo de consentimiento presente, ya que advierte que “los propios padres le llevaban como ofrenda” a sus hijas:

Desde Santa Marta hasta Palomino, en La Guajira, y más allá, en lo profundo de la montaña, esta región era una especie de para-Estado. Un pequeño país donde sus habitantes estaban sometidos a los designios de un señor que al mismo tiempo que ordenaba masacres, desapariciones y desplazamientos, construía colegios, pagaba a los maestros, zanjaba las peleas de vecindario, castigaba las habladurías y *sofocaba*

.....

133 Prada, Nancy (2011). ¿Cuál es la verdad?: Análisis de las nociones de “verdad” que circulan en la prensa colombiana. Disponible en http://www.pazconmujeres.org/pagina.php?p_a=40&d=analisis-de-medios--verdad#p13.

las tardes ociosas desflorando muchachitas que los propios padres le llevaban como ofrenda, o acaso como garantía de que no les fuera a pasar nada. Probablemente se sentían a salvo si corrían con la suerte de que de aquel encuentro naciera un hijo que pudiera añadirse a la lista de vástagos de El Patrón, hoy encarcelado en Estados Unidos (La Sierra, en plena fase de olvido, El Heraldó, 1 de mayo de 2011). (Cursivas fuera del texto).

- b. Eligen testimonios que intentan justificar la acción de los violentos. Si bien podría ser la intención poner en evidencia esta terrible paradoja, la estrategia resulta fallida, ya que los testimonios que se hacen visibles tienden a generar una simpatía que necesitaría ser –y no lo es– discutida en los textos.

...este mismo hombre me confiesa unos minutos después que aquí era necesaria la presencia de un personaje como El Patrón. Si nunca hubo Estado –me dice– ¿cómo no iba a aparecer él tarde o temprano? Además, razona J con una lógica que te deja sin respiración, hubo un tiempo en el que los atracos, los robos y las violaciones se sucedían en las veredas de la Troncal. Y las autoridades no hicieron nada. Tuvo que venir Giraldo para acabar con tantos desmanes. “Hubo excesos”, reconoce J, “pero es que a las buenas aquí nadie entiende ... Él quería ser bueno, pero los mandos medios se les salieron de las manos” (La Sierra, en plena fase de olvido, El Heraldó, 1 de mayo de 2011).

- c. Omiten la identificación de los responsables de la violencia, convirtiendo objetos inanimados o momentos históricos en los sujetos que cometen los actos de violencia. Un caso paradigmático en este sentido es un titular del 12 de abril de 2011 aparecido en Hoy - Diario del Magdalena: “La mujer que nació y creció bajo la violencia de los fusiles”. La violencia tiene responsables identificables e identificados, que desaparecen en una construcción como la anterior.

2. Corpus de análisis: textos sobre la victimización de la sociedad civil

Para realizar este nuevo análisis se ha escogido un periodo de tres meses, comprendidos entre el 20 de mayo y el 20 de agosto de 2011. Durante

este periodo, el *Observatorio de Humanas: Las mujeres en los medios* registró en total 1.092 piezas periodísticas, publicadas en once medios impresos del país¹³⁴.

Interesaba encontrar en este universo una focalización que permitiera ubicar referencias a la violencia sexual en el marco del conflicto armado. Para esto, se optó por revisar en detalle los textos clasificados en el tema "conflicto", bajo la categoría "hostilidades" y la subcategoría "victimización".

De las 1.092 piezas registradas en este periodo, el 79,5% corresponde a textos clasificados en el tema "conflicto". Este gran tema se subdivide, a su vez, en dos subtemas: "combatientes" (que acopia los textos referidos a las mujeres en tanto actoras armadas en el conflicto) y "hostilidades" (bajo el cual se clasifican los textos que se refieren a las acciones de las fuerzas armadas, legales o ilegales, contra la población civil).

La categoría de "hostilidades" se subdivide, por su parte, en dos: victimización y control. Se clasifican como "control" los textos que informan sobre ejercicios de vigilancia por parte de los y las combatientes sobre distintos aspectos de la vida de la población. Por su parte, se marcan como "victimización" las piezas periodísticas que dan cuenta de afectaciones que la sociedad civil ha sufrido por las acciones de fuerzas armadas.

Se escogió para esta revisión la última subcategoría descrita, en el entendido de que es allí donde deberían quedar inicialmente registrados los textos que se refieran a la violencia sexual en el marco del conflicto, en tanto esta constituye justamente una de las principales afectaciones que sufren las mujeres y que son cometidas por los actores armados implicados en la guerra.

En total, se encontraron durante el periodo revisado 75 textos clasificados como conflicto - hostilidades - victimización, distribuidos en los once medios revisados como ilustra el cuadro 1.

.....

134 Los medios monitoreados fueron: El Colombiano, El Espectador, El Heraldo, El Nuevo Siglo, El País, El Universal, El Tiempo, La Opinión, La Tarde, Hoy - Diario del Magdalena y Revista Semana.

Cuadro 1. Piezas periodísticas clasificadas en la categoría “conflicto - hostilidades - victimización”

Carácter	Ciudad	Medio	Nº. de piezas	%
Nacional		El Espectador	9	12,0
		El Nuevo Siglo	12	16,0
		El Tiempo	10	13,3
		Semana	1	1,3
Regional	Medellín	El Colombiano	9	12,0
	Barranquilla	El Heraldo	2	2,7
	Cali	El País	12	16,0
	Cartagena	El Universal	9	12,0
	Santa Marta	Hoy - Diario del Magdalena	4	5,3
	Cúcuta	La Opinión	5	6,7
	Pereira	La Tarde	2	2,7
Total			75	100,0%

Como se observa, la distribución de piezas en los medios monitoreados de carácter nacional es relativamente homogénea. La Revista Semana reporta solo un texto, lo cual es previsible dada su periodicidad y el carácter más analítico y menos informativo de sus contenidos. Los periódicos El Heraldo (2) y La Tarde (2) son los medios que durante los tres meses revisados publicaron menos textos sobre la victimización de la sociedad civil cometida por los actores armados en el conflicto.

Según su énfasis, las 75 piezas revisadas se distribuyen como lo indica el cuadro 2.

Cuadro 2. Énfasis de las piezas clasificadas

Subtema 2	Énfasis	Cantidad	%
Victimización	Análisis	30	40
	Cifras	3	4
	Hechos	30	40
	Personas	0	0
	Reacciones	12	16
Total		75	100%

Se aprecia entonces un énfasis mayoritario en la información sobre los acontecimientos concretos que victimizaron a la población civil (amenazas, asesinatos, atentados personales, desapariciones, desplazamientos, etc.), los cuales se clasifican bajo el énfasis “hechos” (40%), y en el “análisis” sobre la forma en que esas victimizaciones han tenido lugar (40%). En menor medida, se registran reacciones de la comunidad, las autoridades y quienes forman opinión frente a estos hechos violentos (16%).

Durante estos tres meses, los textos que se ocuparon de la victimización de la sociedad civil en el marco de hostilidades entre actores armados privilegiaron en el 14,7% a las mujeres como sujeto central. La distribución de textos según este criterio se aprecia en el cuadro 3.

Cuadro 3. Distribución de los sujetos víctimas de hostilidades de actores armados

Sujeto central	Cantidad	%
Femenino	11	14,7
Masculino	7	9,3
Femenino y masculino	5	6,7
Población	3	4,0
Institución	8	10,7
Sin especificar	7	9,3
Ninguna	20	26,7
No aplica	14	18,7
Total	75	100,0%

Otra caracterización que es posible rastrear a partir de la clasificación que hace el *Observatorio de Humanas: Las mujeres en los medios* es el sexo de la fuente principal utilizada en las piezas periodísticas. En el corpus textual que nos ocupa, la fuente principal corresponde en su mayoría a instituciones (38,7%). En caso de que la fuente principal sea una persona, de la que puede identificarse su sexo, este corresponde en el 25,3% de los casos a hombres y en el 16% a mujeres (cuadro 4).

En los tres meses que comprende este análisis, son muy escasas las referencias a la violencia sexual en la prensa revisada. La mayoría de piezas capturadas en el tema “conflicto”, subtema “hostilidades - victimización” se focalizan en otros asuntos.

Cuadro 4. Distribución de las fuentes de información

Fuente	Cantidad	%
Femenino	12	16,0
Masculino	19	25,3
Femenino y masculino	1	1,3
Población	3	4,0
Institución	29	38,7
Sin especificar	0	0,0
Ninguna	11	14,7
No aplica	0	0,0
Total	75	100,0%

No obstante esta tendencia, se han identificado en este periodo once textos que se detienen en detalle en el asunto de la violencia sexual, haciendo de este su tema central. En el cuadro 5 se relacionan de manera general tales piezas.

3. Abordajes recurrentes de la violencia sexual

En general, existe en los textos revisados una mirada crítica frente a la problemática de la violencia sexual, que es referida como “un escándalo”, “dramática” y “motivo de vergüenza para las autoridades competentes”, con hechos calificados como “canalladas”, “atrocidades” y “desoladores”, que han significado para las mujeres “el caso que le cambió su vida”. De manera acertada, en la construcción de estos textos es frecuente que se tejan relaciones entre los delitos de violencia sexual y de tortura.

Por otra parte, en los once textos que se concentran en el tema de violencia sexual existen algunos temas que aparecen con más frecuencia y que configuran la representación mediática del fenómeno. Tales temas son fundamentalmente tres:

- a. La mención a los tipos de violencia sexual perpetrados, entre los que se hallan referencias no solo a la violación, sino también a formas como el aborto forzado, el contagio de enfermedades de transmisión sexual, la esterilización forzada y la esclavitud sexual.

Cuadro 5. Piezas en las que la violencia sexual es el tema central

	Fecha	Título	Medio	Autoría
1	25 de mayo	“No voy a dejar de exigir justicia”	El Espectador	Redacción Judicial
2	09 de junio	Fuerzas Militares, las de más agresiones sexuales a mujeres en conflicto armado, dice senador Cepeda	El Heraldó	Sin firma
3	11 de junio	Así es la dramática vida de las mujeres en las FARC	El Tiempo	Jineth Bedoya
4	29 de junio	El 82% de víctimas de violencia sexual no denuncia	El País	Redacción
5	15 de julio	El crimen invisible	El Espectador	Iván Cepeda Castro
6	17 de julio	“Fui abusada frente a mi hija y mi compañero”	El Espectador	Cecilia Orozco Tascón
7	14 de agosto	Paramilitares del Catatumbo tenían esclavas sexuales	El Tiempo	Redacción Justicia
8	16 de agosto	Mujeres padecen el conflicto en los barrios	El Colombiano	Juliana Eusse Guerra
9	17 de agosto	El cuerpo femenino, otra “arma” en la guerra	El País	Laura Marcela Hincapié
10	17 de agosto	Una lucha de pocos	El País	María T. Arizabaleta
11	17 de agosto	“La violencia sexual es un delito silencioso en el país”	El País	Sin firma

Yajaira saca un folleto del fondo del primer cajón de su escritorio y explica que, además del acto sexual, el acoso, el control de la vida social, el aborto forzado, la esterilización y la prostitución forzada también son un tipo de violación (El cuerpo femenino, otra “arma” en la guerra, El País, 17 de agosto de 2011).

Martha, una de ellas, relató cómo había sido obligada a *abortar* en cuatro oportunidades, cuando hacía parte del frente 39, en el Guaviare, uno de los grupos donde más atropellos se cometen contra las mujeres (Así es la dramática vida de las mujeres en las Farc, El Tiempo, 11 de junio de 2011).

En el expediente aparece la historia de una madre que tuvo que rogarles de rodillas a los ‘paras’ que no mataran a sus tres niños, que

dormían cuando ellos entraron a su rancho. *Contrajo una sífilis* que degeneró en un cáncer pélvico por cuenta de las violaciones de diez hombres (Paramilitares del Catatumbo tenían esclavas sexuales, El Tiempo, 14 de agosto de 2011). (Cursivas fuera del texto).

El análisis de la Policía determinó que cuando tienen posibilidades, los jefes de frentes *compran dispositivos intrauterinos* que se ponen solo a las mujeres que alcancen (Así es la dramática vida de las mujeres en las Farc, El Tiempo, 11 de junio de 2011). (Cursivas fuera del texto).

Desnuda y con las manos amarradas, la menor se convirtió en la *esclava sexual* de uno y otro paramilitar que llegaba al lugar a insultarla y a llamarla guerrillera (Paramilitares del Catatumbo tenían esclavas sexuales, El Tiempo, 14 de agosto de 2011). (Cursivas fuera del texto).

b. La enorme impunidad que rodea los casos de violencia sexual.

Lo que más nos preocupa es que en todas las investigaciones reina la impunidad. Y los pocos que confiesan un delito sexual tampoco son condenados. (La violencia sexual es un delito silencioso en el país, El País, 17 de agosto de 2011).

La Fiscalía General de la Nación informó que tan sólo se investigan 206 casos, que en su Unidad de Justicia y Paz hasta hoy se han hecho únicamente seis imputaciones, y que todavía la justicia no ha proferido condenas. Cifras y realidades desconcertantes... (El crimen invisible, El Espectador, 15 de julio de 2011).

c. Las razones de las víctimas para no denunciar

El 82% de las mujeres encuestadas afirmó no haber denunciado las agresiones por temor a las represalias de sus victimarios o por falta de credibilidad en la justicia (El 82% de víctimas de violencia sexual no denuncia, El País, 29 de junio de 2011).

4. La violencia sexual en los discursos mediáticos: los aciertos

Como se apreciaba en el cuadro 5, la mitad de estos textos están firmados por un o una periodista que se presenta con nombre propio y que es posible identificar como persona especialmente sensible al tema de la

violencia sexual. Se deduce en estos casos un interés personal que lleva el tema a las salas de redacción y logra instalarlo en la agenda informativa.

Por lo mismo, los textos focalizados en la violencia sexual suelen dar un paso adelante en la adecuada representación del fenómeno. En este sentido, es importante resaltar los siguientes aspectos positivos:

a. Se citan vocerías expertas

Cada vez es más frecuente que las piezas periodísticas que se ocupan de la violencia sexual presenten por lo menos una fuente especializada, la cual suele describir el contexto y las implicaciones de estas violencias en la vida de las mujeres, desde una perspectiva feminista o según estándares internacionales (cuadro 6).

b. Se ponen en evidencia las palabras de los victimarios

En lugar de incorporar en el discurso periodístico las categorías que emplean los responsables de la violencia sexual, estas son citadas identificando claramente su autoría y diferenciando tales declaraciones de la voz de quien escribe la pieza, como ocurre en el siguiente ejemplo:

Reporte de ‘Gentil Duarte’ al bloque Oriental

“Ellas ya saben que la que quede preñada tiene que abortar. En el frente hay un relajo muy tremendo; algunos quieren tirar con todas, y tocó sacar para Bogotá a las dos que estaban pringadas (que tienen enfermedad de transmisión sexual). Ya se sabe que Canaguaro fue el del daño en ese grupo” (Así es la dramática vida de las mujeres en las Farc, El Tiempo, 11 de junio de 2011).

La manera más efectiva de implantar esa distancia entre el discurso del victimario y el del medio de comunicación es justamente entrecomillar las expresiones desafortunadas: en vez de naturalizar la caracterización de la violencia sexual como “imprudencia”, se resalta con las comillas su inadecuación.

Así quedó consignado en un correo que ‘Gentil Duarte’, jefe del frente séptimo de las Farc, le envió en agosto de ese año al ‘Mono Jojoy’, en el que además le relataba “otras imprudencias” que ‘Canaguaro’ había tenido con mujeres recién ingresadas al grupo (Así es la dramática vida de las mujeres en las Farc, El Tiempo, 11 de junio de 2011).

Cuadro 6. Fuentes especializadas citadas

Tipo	Nombre
Personas expertas	Alejandro Matos, vocero de Oxfam
	Alma Viviana Pérez, coordinadora del Área de Género de la Comisión Nacional de Reparación
	Ana Patricia Aristizábal, personera delegada para los derechos humanos
	Claudia Acevedo, de Vamos Mujer
	Diana María Montealegre, coordinadora de la campaña “Saquen mi cuerpo de la guerra”
	Estudio de Oxfam
	Eva María Lucumí, psicóloga
	Ignacio Gómez, presidente de la FLIP
	Informe de 2010 de las ONG Corporación Vamos Mujer y Mujeres que Crean
	Isabel Cristina Hernández, de la Unidad Permanente de Derechos Humanos
	Mercedes Segura, directora Fundemujer
	Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia
	Pedro Vaca, abogado de Jineth Bedoya
	Psicóloga que recibe a guerrilleras desmovilizadas
	Unidad de Derechos Humanos de la Personería
Yajaira Gaviria, coordinadora de la Ruta Pacífica del Valle	
Víctimas	Jineth Bedoya, periodista
	María (otra), niña de 14 años
	María Eugenia Urrutia, mujer adulta
	María, mujer adulta
	Paula, niña
	Ruth, joven de 16 años

c. Se hacen menciones explícitas a los actores armados responsables de la violencia sexual, incluida la fuerza pública

Durante el periodo revisado, varios de los textos (no todos) que se focalizan en la violencia sexual atribuyen a un actor armado concreto la

responsabilidad de tales actos. Un aspecto destacable es que en varias ocasiones se incluye a los actores armados legales en la lista de responsables, incluso dándoles alta visibilidad, como hizo el periódico El Herald del 9 de junio al titular “Fuerzas Militares, las de más agresiones sexuales a mujeres en conflicto armado, dice senador Cepeda”. A continuación se relacionan otros ejemplos:

¿Quiénes son los principales responsables de las violencias sexuales? Son todos los actores armados (La violencia sexual es un delito silencioso en el país, El País, 17 de agosto de 2011).

Como se señaló, todos los actores del conflicto armado ejercen en forma sistemática los vejámenes sexuales. En la respuesta del Instituto de Medicina Legal al debate parlamentario, para el periodo 2007 al 2009 las guerrillas eran responsabilizadas en 32 dictámenes periciales, mientras que los grupos paramilitares aparecían en 10 y las Fuerzas Militares en 126. Pese a que esta respuesta reconoce un fuerte subregistro y a que en la mayoría de los dictámenes no fue identificado el autor de los delitos sexuales, llama la atención que los miembros del Ejército y la Policía aparecen como presuntos responsables de más del 70% de los casos denunciados (El crimen invisible, El Espectador, 14 de julio de 2011).

El Estado colombiano ha sido indiferente a la problemática de la violación sexual de las mujeres que se encuentran en medio de conflictos bélicos, pese a que estadísticas serias de organismos internacionales indican cómo se ha generalizado este fenómeno entre los grupos armados, incluso los legales (“Fui abusada frente a mi hija y mi compañero”, El Espectador, 17 de julio de 2011).

Esta mención de la fuerza pública entre los agentes responsables de la violencia sexual es importante, además, porque se aparta de un uso tradicional que se ha hecho de estos crímenes en los discursos mediáticos, consistente en utilizar la violencia sexual para crear fronteras, diferenciando grupos de hombres y creando jerarquías entre ellos: de un lado, estarían los hombres respetables, los “nuestros”, y, de otro, aquellos capaces de la violencia sexual, unos “otros” contruidos como tales por su diferencia de clase, raza-etnia o ideología política. La referencia explícita al Ejército y la Policía como responsables de violencia sexual desdibuja esa barrera.

d. Apropiación de algunos conceptos provenientes del feminismo y el movimiento de mujeres

Para referirse a la violencia sexual, la prensa ha recurrido en algunas ocasiones a categorías que se defienden desde los escenarios de mujeres especializados en el tema. Si bien está lejos de ser una generalidad, pueden rastrearse en el corpus revisado aproximaciones comprensivas de estas categorías, fundamentalmente la noción de “arma de guerra” que pone el énfasis en la intencionalidad de la acción y su finalidad bélica y no en su supuesta naturalidad o resultado del desmán de unos pocos.

La discriminación basada en el sexo es la prioritaria para la comunidad internacional, al igual que la violación sistemática en el conflicto armado, que ha convertido el cuerpo de la mujer en un “botín de guerra” (Una lucha de pocos, El País, 17 de agosto de 2011).

...explica que ellas son un arma de guerra a las que los ilegales atacan por venganza contra sus parejas, por atemorizar a su familia o comunidad, o porque “se les da la gana” (El cuerpo femenino, otra “arma” en la guerra, El País, 17 de agosto de 2011).

La historia enseña que en todo contexto de atrocidades generalizadas, la agresión sexual contra las mujeres se usa como estrategia bélica. No sólo porque los ejércitos son por excelencia organizaciones que se rigen por principios patriarcales. Este tipo de violencia estimula a la tropa con la promesa de que las mujeres serán parte del botín de guerra, y además se emplea como estrategia para la destrucción o dominación de grupos humanos, pues ataca a las mujeres en su función reproductiva, así como en su papel esencial en la organización de la vida social y en la transmisión de la identidad cultural (El crimen invisible, El Espectador, 14 de julio de 2011).

Otra descripción de la violencia sexual recogida por la prensa, que atiene a las recomendaciones surgidas del movimiento de mujeres, tiene que ver con la mirada crítica al mito, según el cual serían las propias mujeres las que acceden a tener encuentros sexuales porque se enamoran de los actores armados, desconociendo el contexto de coerción en el que tales situaciones ocurren. En una de las piezas revisadas no se duda en calificar a estas situaciones como “abuso”:

La mayoría ha llegado por casos de violencia sexual, donde los victimarios han sido hombres armados que las acosan, las enamoran y luego las dejan. Como dice Mercedes, abusos disfrazados de historias de amor (El cuerpo femenino, otra “arma” en la guerra. El País, 17 de agosto de 2011).

5. La violencia sexual en los discursos mediáticos: los desaciertos

No obstante los aspectos positivos que se han señalado antes, el análisis crítico de los discursos circulantes en la prensa focalizados en la violencia sexual, permiten identificar también los siguientes sesgos que ameritan revisión:

a. Naturalización de los roles de género

En este tipo de discursos la naturalización opera sobre el estereotipo de mujeres como pacifistas, que les asocia a ellas una suerte de esencia tendiente a la tranquilidad y la armonía, alejándolas a priori de escenarios guerreristas. Siguiendo este imaginario, las mujeres aparecen en algunas ocasiones como pacíficas por naturaleza y, por tanto, responsables de liberar al país del conflicto armado que atraviesa.

Por eso somos nosotras las llamadas a terminar con la guerra. Ellos, como lo dijo una vez una víctima de este flagelo, se mueren o se van... (La violencia sexual es un delito silencioso en el país, El País, 17 de agosto de 2011).

b. Culpabilización de las mujeres

Una forma de culpabilización que aparece en otro tipo de discursos sobre la violencia sexual es aquella que sugiere algún grado de responsabilidad de las mujeres en los ataques que sufren, en tanto habrían podido provocarlos con sus posturas o actitudes. En los discursos analizados en esta ocasión, referidos todos a violencia sexual en el marco del conflicto armado, esta forma de culpabilización no aparece, tal vez por la innegable sevicia de los actos descritos.

Sin embargo, es posible encontrar otras formas del discurso en que se endilga responsabilidad adicional a las mujeres, esta vez a las guerrilleras de alto rango, que son presentadas como doblemente culpables de sus acciones al no haber hecho nada para evitar la violencia sexual intrafilas que recae sobre sus compañeras.

“Ellas, por ser jefes y por el simple hecho de tener la condición de mujer, podrían hacer algo por sus compañeras”, concluye el oficial (Así es la dramática vida de las mujeres en las Farc, El Tiempo, 11 de junio de 2011).

Este acento en la culpa no se dirige hacia hombres armados que torturan y asesinan a otros hombres, ni hacia aquellos que se hacen cómplices de tales episodios. El discurso no reclama en ellos aquella “solidaridad de género” que aparece como imperiosa para las mujeres y cuya ausencia se critica con especial dureza. Es posible leer en estos casos, por un lado, una recriminación del papel de lideresas que desempeñan estas mujeres (pues ellas no deberían hacer lo que hacen los líderes hombres), y por otro, una nueva naturalización del rol femenino, que tendría que condolerse siempre de sus congéneres en virtud de una caridad inherente a su condición de mujeres.

c. Jerarquía de las violencias sexuales

En algunos casos, la violencia sexual cometida contra mujeres no parece lo suficientemente grave y se utilizan marcadores lingüísticos para acen- tuar otras formas de violencia sexual, en especial aquella que recae sobre menores de edad.

Además hay algo muy grave y es que a través del reclutamiento tam- bién se está ejerciendo violencia sexual contra niños y niñas. Eso es muy grave (La violencia sexual es un delito silencioso en el país, El País, 17 de agosto de 2011). (Cursivas fuera del texto).

Cerrar un texto que se refiere a la violencia sexual con la afirmación ante- rior pone de manifiesto que existe en el orden de representaciones una si- tuación vergonzante que se subraya por encima de las demás: el abuso de niños y niñas. Con ello, se resta la gravedad del crimen por sí mismo, ha- ciendo que esta dependa del sujeto sobre quien se ejerce la violencia. Sin desestimar que la violencia sexual cometida contra menores en el marco del conflicto armado es muy grave, no pueden ponerse ambas situaciones en un cuadro de comparación que favorezca la aparición de jerarquías.

d. Invisibilidad de agentes del Estado implicados

Si bien aparecen en varios de los textos revisados señalamientos a la fuer- za pública como agente de violencia sexual, en algunas piezas extensas se

presume que dicha forma de violencia es ejercida solamente por actores ilegales, como ocurre a lo largo del texto del que se extrae el siguiente recuadro:

Las agresiones sexuales de los grupos ilegales contra las mujeres, un drama tan doloroso como callado (El cuerpo femenino, otra “arma” en la guerra, El País, 17 de agosto de 2011).

El tratamiento de este asunto está lejos de ser homogéneo en los distintos medios revisados y puede dar cuenta de posiciones editoriales ideológicas que impiden atender la realidad de agentes gubernamentales como victimarios.

e. Necesidad de entrevistar a las víctimas

Aunque en los textos revisados sobre violencia sexual es mayor el registro de voces expertas como fuentes, no desaparecen de allí los testimonios de las víctimas.

La joven, de escasos 16 años, perdió el conocimiento y lo único que recuerda es que a las 10 de la mañana del día siguiente despertó con dos puntillas clavadas en un glúteo. Esa noche sufrió desgarros en sus zonas pélvicas y quedó embarazada de gemelos (Paramilitares del Catatumbo tenían esclavas sexuales, El Tiempo, 14 de agosto de 2011).

Además de que continúan apareciendo en los textos descripciones excesivas, que favorecen el sensacionalismo, el principal problema de este modo de cubrir el tema de la violencia sexual es que puede implicar angustia y riesgo para las mujeres, quienes son abordadas por profesionales de la comunicación que no cuentan con los conocimientos necesarios en atención a víctimas y pueden lesionar con sus preguntas a las entrevistadas.

Si bien es importante conocer lo que ha sucedido, existen ya múltiples testimonios directos que han recogido las organizaciones expertas en el campo y que podrían ser citados sin riesgo de revictimización para las mujeres afectadas.

A manera de conclusión

Como pone en evidencia este análisis, la prensa escrita suele tematizar todavía de manera muy escasa la violencia sexual. No obstante, es importante

resaltar que al hacerlo incluye diversos tipos de violencia sexual, además de la violación, entre ellas: aborto forzado, contagio de enfermedades de transmisión sexual, esterilización forzada y esclavitud sexual. Con frecuencia, aparecen también alusiones a la enorme impunidad que rodea los casos de violencia sexual y las razones que tienen las víctimas para no denunciar.

Pese a la escasez de ocurrencias, fue posible identificar en las piezas revisadas algunos aciertos en el abordaje del tema, entre ellos, la recurrencia a vocerías de personas expertas, la distancia de categorías enunciadas por los victimarios, la mención explícita a los variados actores armados responsables de la violencia sexual (incluida la fuerza pública) y la apropiación de algunos conceptos provenientes del feminismo y el movimiento de mujeres (como la noción de “arma de guerra”).

No obstante lo anotado, persisten también desaciertos en la manera como la prensa escrita se refiere a la violencia sexual contra las mujeres en el conflicto. Entre tales tópicos sobresalen algunas naturalizaciones de los roles de género y maneras sutiles de culpabilización de las mujeres. Asimismo, es posible rastrear marcadores lingüísticos que establecen jerarquías de las violencias sexuales. En algunos casos persiste la invisibilidad de los agentes del Estado como victimarios y sigue insistiéndose en la recolección de testimonios primarios de las víctimas, que pueden exponerlas innecesariamente.

A la luz de este panorama, resulta fundamental insistir en la inclusión del tema de la violencia sexual en las agendas mediáticas y en la cualificación de estos abordajes. Es necesario que los textos referidos a la violencia sexual corrijan los desaciertos que este análisis señala e insistan en la sistematicidad y generalidad de la violencia sexual, mostrando que esta ha seguido ciertos patrones claramente identificables y que constituye muchas veces una forma de tortura e, incluso, crimen de lesa humanidad.

Una visible y apropiada tematización de la violencia sexual en la prensa escrita ayudará a que la sociedad colombiana comprenda la magnitud del daño que se ha ejercido sobre las mujeres durante el conflicto armado, y que genere empatía con las exigencias al Estado para que implemente políticas públicas que garanticen la no repetición de estos hechos.

Glosario de siglas

Aecid	Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo
Caivas	Centro de atención integral a víctimas de abuso sexual
Cavif	Centro de atención a víctimas de violencia intrafamiliar
Cedaw	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CP	Constitución Política
DIH	Derecho Internacional Humanitario
EDAI	Editorial de Amnistía Internacional
EE.UU.	Estados Unidos de América
ENDS	Encuesta Nacional de Demografía y Salud
Eurosocial	Programa para la Cohesión Social en América Latina
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
Fiiapp	Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas
FMI	Fondo Monetario Internacional
HR	Hospital de referencia

Infomedios	Información de medios para Colombia
INMLCF	Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses
IVE	Interrupción voluntaria del embarazo
MP	Magistrado ponente
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONG	Organización no gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Profamilia	Asociación Probienestar de la Familia Colombiana
SPA	Sistema penal acusatorio
Unesco	Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura
UNFPA	United Nations Population Fund
VBG	Violencia basada en género
VCM	Violencia contra las mujeres

