

**PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA VALORACIÓN PROBATORIA DENTRO DE
LA JURISDICCIÓN CIVIL Y FAMILIA**

Diego Fernando Enríquez Gómez

Noviembre de 2018

Universidad de Medellín

Maestría en Derechos Humanos

PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA VALORACIÓN PROBATORIA DENTRO DE LA JURISDICCIÓN CIVIL Y FAMILIA

Abstract. From the constitutional point of view, the reason why in some specific cases the exercise of probative valuation must be distinguished among the subjects of law involved in a procedural matter, based on the application of the principle of equality and non-discrimination. Finally, after this journey, we descend to the way in which the test must be assessed by applying a gender perspective, with sufficient conceptual clarity of what is meant by the end of the test, the test load, the dynamic load of the test and the probative assessment. In this way, we will be able to analyze some landmark decisions of the Constitutional Court, in which it has guaranteed the right to women who have been part of a process and whose evidentiary assessment made by the judge.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION

1.- CONCEPTUALIZACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

- 1.1.- El género como categoría
- 1.2.- La perspectiva de género
- 1.3.- Violencia en razón al género

2.-EL ROL DEL JUEZ EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

3.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.- INVISIBILIZACIÓN DE INEQUIDADES DE GÉNERO

- 4.1.** Estereotipos de género

5.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

- 5.1.-** las categorías sospechosas
- 5.2.-** sujetos de especial protección constitucional y enfoques diferenciales

6.- ACCIONES DE CARÁCTER ESPECÍFICO QUE DEBE REALIZAR UN JUEZ O JUEZA PARA APLICAR PERSPECTIVA DE GÉNERO SEGÚN LA CORTE CONSTITUCIONAL

7.- LA VALORACIÓN PROBATORIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

- 7.1.** La carga de la prueba
- 7.2.** Carga dinámica de la prueba:
- 7.3.** La valoración probatoria a partir de las reglas de la sana crítica
- 7.4** La eliminación de estereotipos en la valoración probatoria

8.- ANÁLISIS DE CASOS DE VALORACIÓN PROBATORIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN ASUNTOS DE FAMILIA POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Caso 1: Sentencia T- 967 de 2014

Caso 2: Sentencia T- 338 de 2018

9.- CONCLUSIONES

INTRODUCCION

Ha sido aceptado de antaño que la violencia contra las mujeres es fruto de un problema con profundas raíces socio-culturales y de estructuras políticas, económicas y filosóficas inmersas en la sociedad, de ahí que pretender sofocar el flagelo de manera definitiva se torna en un sofisma. No obstante, es menester aunar en el esfuerzo de la sociedad en su conjunto, y del Estado en particular, para generar los cambios que se necesitan tendientes a lograr el propósito de disminuir las brechas de desigualdad entre hombres y mujeres. Esta violencia contra las mujeres es un fenómeno social de múltiples y diferentes dimensiones. Es la expresión de un orden social basado en la desigualdad, como consecuencia de la asignación de roles diferentes a las mujeres y a los hombres, en función de su sexo. No está por demás mencionar la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres celebrada en Beijing en 1995, en la cual se identifica a la violencia sexista como una manifestación de las históricas relaciones de poder que existen y persisten entre hombres y mujeres que derivan esencialmente de patrones culturales y presiones sociales.

Por consiguiente, es posible erradicar la violencia contra la mujer en sus variadas formas, tratando de eliminar la discriminación a través de la promoción de la igualdad y velando por el pleno ejercicio de los derechos humanos de esta. De hecho, la lucha contra la violencia se ha constituido en el eje básico de las políticas de intervención social. De ahí que la Rama Ejecutiva, promotor activo de los derechos humanos, deba asumir su compromiso constitucional de administrar justicia en un plano de igualdad entre todos los individuos que acuden a su llamado, con especial énfasis de aspirar satisfacer los principios y fines del Estado colombiano.

Esa búsqueda legítima de la administración de justicia se ve reflejada en las decisiones judiciales apegadas a la ley y a las fuentes del derecho autorizadas por la Constitución, como también a los instrumentos internacionales vinculantes que hacen parte del bloque de constitucionalidad. En esa medida, la identificación de la población que pueda estar en condiciones menos favorables, o que históricamente han sido discriminadas, opera un juicio diferenciador integrado por principios constitucionales que así lo respaldan, con ayuda de categorías conceptuales prácticas para materializar los derechos, como lo es la perspectiva de género en tratándose de casos en los cuales se encuentre vinculada la violación de los derechos de las mujeres particularmente.

En efecto, la perspectiva de género implica hacer realidad el derecho a la igualdad, respondiendo a la obligación constitucional y convencional de combatir la discriminación por medio del quehacer jurisdiccional para garantizar el acceso a la justicia y remediar, en un caso concreto, situaciones asimétricas de poder. El quehacer jurisdiccional tiene un invaluable potencial para la transformación de la desigualdad formal, material y estructural.

La base normativa de la perspectiva de género se edifica en el artículo 13 de la Constitución Política (en adelante CN), al igual que en los tratados ratificados por el Estado colombiano y que hacen parte del bloque de constitucionalidad a través de su artículo 93 ídem. El juez/a, por consiguiente, debe juzgar con perspectiva de género, como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de “Campo Algodonero”, en la cual se considera que en los casos de violencia contra las mujeres, el art. 7.b. de Belém do Pará impone “obligaciones reforzadas” en cuanto al deber de debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres. En definitiva, el logro efectivo de la igualdad es un mandato constitucional y convencional dirigido a quienes imparten justicia.

Precisamente, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) del 18 de diciembre de 1979, en su artículo 2 literal c) señala el compromiso de los Estados Parte de: “Establecer la

protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación”. Esto implica, que la perspectiva de género, más que una dádiva se torna en vinculante para las y los funcionarios/as judiciales, y su desconocimiento una falta grave reprochable y sancionatoria. En éste plano jurídico, la perspectiva de género se erige como una categoría analítica en la creación e interpretación jurídica, llamada a garantizar el principio de igualdad consagrado en nuestra Carta Magna. Así entonces, la perspectiva de género es un planteamiento de interpretación judicial que pretende poner en manos de las y los jueces/as, un nuevo elemento de juicio a la hora de resolver los casos que se presentan en la práctica judicial.

Por eso, a través de este trabajo se responde a las preguntas del por qué se debe aplicar perspectiva de género en las decisiones judiciales, cuál es el rol que debe asumir el juez/a en su aplicación, cuál es la fuente normativa vinculante, de qué manera incide la valoración probatoria estereotipada de creencias subjetivas del juez/a, y cómo podría entonces el operador de justicia introducir la perspectiva de género en sus providencias al momento de valorar la prueba, pero en las áreas del derecho civil y de familia.

La interpretación y aplicación del Derecho al momento del Juzgamiento de los hechos sometidos a la Jurisdicción, en particular civil y de familia, debe estar desprovista de estereotipos sexistas, para lograr más allá del Derecho Positivo, la aplicación de la justicia para las mujeres víctimas. Por ello, en la presente investigación se pretende examinar la fase de valoración probatoria desde la perspectiva de género en litigios propios de la jurisdicción ordinaria rama civil y familia. Dicha búsqueda es justificada por los reclamos directos que sobre el tema ha hecho la Corte Constitucional en su jurisprudencia:

“En estos ámbitos,-los asuntos penales- hoy en día, son claros los parámetros y estándares que deben seguir fiscales, jueces y cualquier otro funcionario del sistema judicial cuando se enfrenta a la solución de un caso

que involucra violencia física y sexual contra la mujer. En especial para la consecución, custodia y valoración de las pruebas”, por esta razón, se pregunta la Corte: **“¿Qué pasa con el derecho civil y el derecho de familia?** ¿acaso no son éstos espacios al interior de la estructura jurídica, que sirven para prevenir o evitar que las controversias entre los conciudadanos lleguen a instancias penales?”. La reflexión evidencia que, hasta ahora, sólo los casos de mayor “gravedad”, han tenido respuestas estatales que involucran una perspectiva de género en la administración de justicia. Así, este planteamiento permite formular una premisa que ha sido dominante: por regla general, la perspectiva de género en la administración de justicia, sólo se aplica en los procesos judiciales, con sus limitaciones propias, cuando está en **riesgo grave** la integridad física y/o la vida de las mujeres; es decir en materia penal.”¹ (resaltado con negrillas y subrayas fuera del texto original).

Responder estos interrogantes es la génesis del presente estudio e investigación, y principalmente, se aspira revelar *¿cómo se valora la prueba con perspectiva de género en decisiones judiciales dentro de la jurisdicción civil y de familia?*.

Acercándonos a una propuesta metodológica, desde lo conceptual, legal, constitucional y desde de la práctica forense, que le permita a las y los operadores de justicia tener una herramienta a la hora de decidir un asunto con perspectiva de género en la actividad central y más importante de la decisión, cual es la valoración probatoria.

Pues bien, para quienes se encuentran facultados por la Constitución de administrar justicia puedan valerse de la perspectiva de género en sus decisiones judiciales han de partir de premisas claras sobre la necesidad, obligatoriedad y fundamentación del enfoque diferencial. No obstante, existe la gran dificultad de no poder materializarlo en todas las providencias judiciales, dada la complejidad que se avizora desde el escenario probatorio y en particular a partir de la valoración de los medios de prueba individual y en su conjunto.

¹ T-967 de 2014

Para ello, es necesario ubicarnos en el área de la teoría general de la prueba, donde encontramos conceptos del fin de la prueba, el tema de prueba, la carga dinámica de la prueba, y la valoración probatoria. En esta última fase del *iter probatorio*, el juzgador debería concretar la protección de los derechos de las mujeres, en armonía de los mandatos contenidos en las normas nacionales y de instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos.

En ese orden de ideas, se desarrolla el estudio de esta investigación a partir del propósito de aplicar perspectiva de género en las decisiones judiciales, para luego, sabiendo con claridad su finalidad e importancia fincar desde lo constitucional, la razón del por qué ha de distinguirse en algunos casos específicos el ejercicio de valoración probatoria entre los sujetos de derecho involucrados en un asunto procesal, a partir de la aplicación del principio de igualdad y no discriminación.

Finalmente, hecho este recorrido, descendemos a la forma en que ha de valorarse la prueba aplicando perspectiva de género, con la suficiente claridad conceptual de lo que se entiende por fin de la prueba, la carga de prueba, la carga dinámica de la prueba y la valoración probatoria. De esta manera, podremos analizar algunas sentencias hito de la Corte Constitucional, en las cuales ha garantizado el derecho a mujeres que han sido parte en un proceso y cuya valoración probatoria hecha por el juez, el eslabón trasgresor de sus derechos fundamentales, con una sentencia de aparente legalidad pero a todas luces apartada de las exigencias legales y constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico.

Se trazó esta investigación desde el análisis de la jurisprudencia constitucional colombiana, junto con la doctrina especializada en tema de pruebas, para luego determinar cuáles son las directrices jurídicas que debe seguir la o el juzgador/a, a la hora de valorar pruebas con perspectiva de género, con énfasis en las especialidades civil y de familia, pero que en ningún caso excluye a otras áreas del derecho. Cabe agregar que la delimitación espacial se centra en la normatividad nacional colombiana, y la delimitación temporal es la situación actual de las y los juzgadores en la apreciación de pruebas al momento de proferir sus providencias.

Queda por decir que esta investigación es el resultado de la elaboración de tres artículos anteriores presentados como avances de la tesis en la Maestría de Derechos Humanos de la Universidad de Medellín, en los cuales se desarrollaron de manera puntual los temas de “la importancia de impartir justicia con perspectiva de género”, “la perspectiva de género”, “fuentes normativas nacionales e internacionales de los derechos humanos de las mujeres”, “antecedentes del derecho de género”, “violencia en razón al género”.

1.- CONCEPTUALIZACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Encuadrar el género como concepto para hacerse comprensible dentro de las relaciones tejidas entre el juez y las partes requiere examinar su conceptualización desde tres puntos de vista. En primer lugar, el género como una categoría propia dentro del universo teórico del derecho y las llamadas ciencias sociales y del espíritu; en segundo lugar, se verá de manera detallada lo que significa la perspectiva de género; y, finalmente, en tercer lugar, se abordará violencia en razón al género. Estos tres elementos constituyen la forma y materia de las líneas que siguen.

1.1. EL GÉNERO COMO CATEGORÍA

Sea del caso partir de una diferencia básica o elemental desde su definición teórica, pero que en el discurrir de la ideología de género constituye el pilar de la confrontación de miramientos disimiles para ubicar acertadamente los derechos de las mujeres en un campo sociológico, jurídico, político, y desde otras múltiples disciplinas. La divergencia entre sexo y género. El sexo se ubica en el campo de la biología, mientras que el género se relaciona con el campo de la cultura y la sociedad.

Haciendo un rastreo histórico al concepto de género y del porqué se ha empleado este vocablo para hacer referencia a los derechos de las mujeres, es menester ubicarnos en los años cincuenta del siglo pasado, cuando desde el estudio clínico se usó el concepto género para analizar los casos de hermafroditas o personas con ambigüedad sexual, conocidos hoy como personas intersexuales. Son personas que no tienen definido su sexo biológicamente y hace necesario la intervención quirúrgica a fin de definir, a partir de sus órganos sexuales, lo que debería ser considerado hombre o mujer.

Es entonces a partir de la reflexión clínica que se hará la diferencia entre lo biológico y lo cultural y social. Se trataba de casos de personas que no tenían definido su sexo, se les diagnosticaba un problema de salud, y se le intervenía quirúrgicamente para “definir” exteriormente lo que más se pudiera su sexo, de acuerdo con alguno de los dos establecidos, hombre o mujer. Una de las principales razones para intervenir a estos menores, era permitirles, por lo menos, identificarse socialmente con alguno de los dos roles de género, para así minimizar el daño que se produciría en aquellas personas.

De esta manera, a través de un tratamiento quirúrgico se definía un sexo, pero era a través de un proceso aún más complejo que debía crearse la “identidad” sexual a través del género. Para ello, sus padres en primera instancia y luego todo su entorno, debía asumir su rol de tratar a estas personas conforme lo que se consideraba ser masculino o femenino. La vestimenta, el trato, los diferentes juegos o juguetes infantiles, los deportes, etc., debían ser acordes a lo que la sociedad y la cultura preveían como “permitidas”, “acordes”, “razonables”, “aceptadas”.

Frente a este escenario, el principal interrogante se centró en cómo educar a los menores intersexuales ¿cómo hombre, mujer, indeterminado?. Era claro que debía dársele siempre un género al niño, independiente de su genitalidad, y éste debía ser “creado” por modelos de cultura preestablecidos.

Estos estudios desarrollados a partir de la sexualidad, la gran participación de la cultura y de la sociedad, hicieron posible que se diera inicio a un concepto de género, como lo conocemos hoy en día.

Con base en las reflexiones del filósofo francés Michel Foucault sobre sexualidad y su relación con el poder, se permitió edificar un claro sustento feminista de la construcción del género desigual entre hombres y mujeres, en provecho del primero grupo y en desventaja del segundo². Cabe destacar a la filósofa feminista estadounidense Judith Butler, cuestionaron aún más radicalmente la noción de

² Foucault, M. (1976). Historia de la sexualidad, tomo I. Madrid: siglo veintiuno de españa editores, s.a

género. Butler, define el "género" como "significados culturales que acepta el cuerpo sexuado". Ella no se centra simplemente en la dimensión cultural del "ser hombre" y lo "masculino" o el "ser mujer" y lo "femenino" en sí mismos, sino a través de qué medios y con qué fines se realiza esta construcción.³ Señala también que las palabras que describen el género son "performativas". Es decir, son conceptos que antes de hablar de una realidad que existe en el mundo, sirve para construir esa realidad y ese rol social que se quiere asignar. No es mediante la palabra mujer o hombre que a cada persona se le muestra que es lo que hay en su interior, es a partir del uso de éstas que se construye, en gran medida, lo que es cada persona.

Es mediante constructos sociales que los hombres y las mujeres aprenden a ser, precisamente, hombres y mujeres. Este proceso de construcción de la identidad propia enlazada a factores genéticos y biológicos del cuerpo femenino y masculino que el conglomerado social acepta lo que considera "natural". El problema en sí no radica propiamente en la forma individual de concebir el mundo exterior a partir de su cosmovisión, ello es inane en sus efectos. Lo perjudicial o dañino es que las visiones de identidad de género conlleven a reproducir actos discriminatorios e injustos entre las personas, basados en prejuicios, muchos de ellos en la creencia de la supremacía de poder del sexo masculino en lo femenino. Al hacerlo, limitan las libertades individuales, discriminan al individuo y vulneran la máxima de ser iguales y tratarse como tales, pese a las diferencias.

Por ello, ha de resaltarse que la identidad de género conduce a la materialización del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad del individuo⁴, que como categoría social, le permite identificarse en la sociedad dentro de sus propias convicciones. En este escenario el género cumple una función de protección y garantía de una identidad individual.

Sobre el tema, la Corte Constitucional ha conocido varios asuntos en los cuales realiza el estudio de la intersexualidad y género para apropiarse de sustento

³ Butler, J., (1999), *EL GENERO EN DISPUTA*, Barcelona España. Ed. Paidós

⁴ Art. 16 de la Constitución Nacional

dogmático la complejidad de definir el concepto de género y la identidad genérica. Una de las primeras decisiones (Sentencia T-477 de 1995, MP Alejandro Martínez Caballero), donde un niño cuyo sexo estaba definido claramente, perdió sus genitales en razón a una mordida de un animal. De acuerdo con el concepto de los médicos, lo mejor era reasignarle el sexo al niño. Transformar su cuerpo mediante la creación de una vagina, educarlo como una niña. El menor, se reveló con el paso de los años y decidió ser varón nuevamente, por lo que interpuso acción de tutela para que no se le siguiera tratando medicamente y se le permitiera ser hombre.

La Corte en uno de sus apartes estableció que: “En resumen, la identidad genérica puede definirse entonces como el sentido de masculinidad o femineidad que tiene un individuo, la convicción de que pertenece al sexo masculino o femenino. Se trata de un estado sociológico de una parte de identidad personal que no es exactamente sinónimo de pertenecer a un sexo determinado sino que, además, incluirá la convicción de esta pertenencia y en los casos de equivocaciones, en la asignación de sexo, la identidad genérica depende más del sexo asignado que el estado biológico real.” (Sentencia T-477 de 1995, MP Alejandro Martínez Caballero).

Posteriormente, en la sentencia T-099 de 2015, la Corte explica la forma como la identidad de género y la orientación sexual son conceptos que se encuentran en el ideario social en la medida en que el individuo se identifica con su propia sexualidad:

“La identidad de género y la orientación sexual de las personas son conceptos que se transforman continuamente a partir de la experiencia individual y de la forma en que cada ciudadano se apropia de su sexualidad. Por lo tanto, estas definiciones no se pueden tomar como criterios excluyentes sino como ideas que interactúan constantemente y que son revaluadas a partir de la experiencia de cada persona frente a su sexualidad y su desarrollo identitario. La orientación sexual abarca los deseos, sentimientos, y atracciones sexuales y

emocionales que puedan darse frente a personas del mismo género, de diferente género o de diferentes géneros. La Identidad de Género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida).”

Vale la pena converger en el concepto de identidad de género como “construcciones sociales y culturales, con base en la interpretación de diferencias naturales, que cambian de tiempo en tiempo y lugar en lugar, modelando a las personas y brindándoles un rol social.”⁵

El género puede ser una cuestión impuesta, pero es una condición en la cual la autonomía y libertad de las personas también entran en juego. De ahí que la garantía o protección de la identidad de género se torne en uno de los fines del Estado Social y Democrático, como también sea uno de sus objetivos constitucionales el de impedir que los individuos vean en esa identidad una categoría para abusar de los derechos. *Ergo*, el rol de género asignado a las mujeres en nuestra sociedad –basados en prejuicios y concepciones erradas acerca de lo femenino, que se impone como una relación asimétrica de poder– debe ser fiscalizado por el mismo Estado a través de sus propios agentes o funcionarios públicos.

Entra entonces en escena el rol del juez, bajo una perspectiva de género, que visibiliza los posibles tratos desiguales a la hora de impartir justicia. Pero entonces debemos respondernos ahora ¿qué es la perspectiva de género?

⁵ CALLE. María Victoria. Revista Justicia Constitucional MUJERES Y GÉNERO. En su calidad de Presidenta de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial. 2011.

1.2.- LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Hemos dicho que el género –y su relación con la concepción de sus roles sexuados de hombres y mujeres– viene de un construir cultural en un espacio social determinado. Este “ha sido conceptualizado como elemento estructurador de un conjunto de relaciones sociales -las relaciones de género- que determinan las interacciones de los seres humanos en tanto personas sexuadas. Las relaciones de género son socialmente construidas y, por lo tanto, son transformables; no proceden de la biología ni son necesariamente armoniosas, al contrario, pueden ser de oposición y conflicto.”⁶

La forma en que puede ser visualizada la asimetría, la desigualdad y por ende la discriminación, requiere de una herramienta capaz de identificarlo, a esa herramienta es lo que denominamos perspectiva de género, la cual, como es obvio, debe ser usada en todos los ámbitos del poder público e incluso por los particulares en sus relaciones privadas. Por lo tanto, y para descender desde ya al tema que es materia de nuestro análisis, abordaremos la perspectiva de género en el quehacer del funcionario judicial, esto es, al momento de proferir sus decisiones judiciales.

No obstante debemos precisar entonces: “qué es”, “por qué” y “para qué” la perspectiva de género en tratándose de las decisiones judiciales, qué se entiende por categorías sospechosas y a que corresponde el concepto de las acciones afirmativas. Veamos.

¿Qué es la perspectiva de género? Es una herramienta de construcción teórica y con fines prácticos que permite visibilizar y superar las relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres para luego aplicar metodologías eficaces que logren la igualdad material de las mujeres y su no discriminación dentro de un proceso judicial. La perspectiva de género opta por una concepción

⁶ <http://educacionsexual.uchile.cl/index.php/hablando-de-sexo/conceptos-de-genero-sexualidad-y-roles-de-genero>

epistemológica que se aproxima a la realidad desde las miradas de los géneros y sus relaciones de poder.⁷ Perspectiva de género es sinónimo de enfoque de género, visión de género, mirada de género y contiene también el análisis de género y equidad de género.

¿Por qué la perspectiva de género? La temática de género tiene su origen en la búsqueda del reconocimiento de la dignidad humana y de los derechos inherentes a las mujeres. El problema de discriminación contra las mujeres es un problema de derechos humanos. Para tener una plena comprensión y aplicación de los derechos humanos es necesario develar los imaginarios sociales y las consecuencias ocasionadas en enormes poblaciones por la forma como la cultura valora, explica y trata las diferencias originadas en el sexo.

¿Para qué la perspectiva de género? Para interpretar el mundo desde una mirada holística y concebir a la humanidad desde la integralidad y la indivisibilidad de los derechos humanos, pero también desde la lucha de las mujeres que busca construir nuevas relaciones entre hombre y mujeres para construir un mundo con rostro humano. Para incluir a las mujeres sin excluir a los hombres y hacer una descripción de la realidad que implica la visibilización de las estructuras de género que discriminan y excluyen a las mujeres. También para sugerir posibilidades de estructurar la sociedad de manera que no se discrimine ni oprima a ninguno de los sexos.

Luego, la aplicación metodológica de la perspectiva de género en el ejercicio de la administración de justicia, permite cumplir dos objetivos cardinales en la garantía de los derechos de las mujeres. Estos son los siguientes:

- 1.-) Reconocer los estereotipos que podrían encontrarse en la trama del caso concreto y eliminarlos a la hora de adoptar una decisión judicial; y

⁷ Gamba, S., (2008), ¿Qué es la perspectiva de género y los estudios de género?, <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article1395>.

2.-) Lograr una igualdad material en la relación procesal para ciertos casos específicos.

Entendido lo anterior, conviene entonces conceptualizar también lo se entiende por Estereotipos de Género. Se los ha definido como aquellos comportamientos y expectativas “aprendidas” asignadas a hombres y mujeres en una sociedad determinada mediante el proceso de “socialización”. Son determinados según la división social del trabajo y las responsabilidades asignadas por sexo. Se trata de un conjunto de ideas preconcebidas que utilizamos para analizar e interactuar con las personas en razón del género (roles). La discriminación se sustenta en gran medida sobre los estereotipos que se han ido generando entorno a la idea que tenemos sobre cómo deben comportarse los hombres y las mujeres (concepciones de género), los papeles que deben desempeñar en el trabajo, en la familia, el espacio público e incluso en cómo deben relacionarse entre sí.

Los estereotipos son aprendidos por la socialización. Por ejemplo, cuando se dice “esto es más propio de mujeres”, “los hombres no lloran, o no deben estar en la cocina, o la comida del papá debe ser la mejor”, estamos justificando unas funciones o situaciones de la vida diaria sin que exista una justificación racional, pero hemos aprendido desde nuestros primeros años que el entorno social apoya estos conceptos.

Por su parte –y siguiendo el mismo programa de definiciones fundamentales en el contexto del quehacer del juez frente a la teoría de género–, la Corte Constitucional Colombiana define las Categorías Sospechosas en los siguientes términos: “(I) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (II) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (III) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.” (Sentencia C-481 de 1998).

En sus múltiples fallos, la Corte Constitucional Colombiana ha hecho referencia a la comprensión de la “categoría sospechosa” de discriminación como lo es la raza o el sexo que implica un trato diferenciado por los operadores de justicia:

“La raza y el sexo constituyen categorías sospechosas de discriminación, lo que implica que todo tratamiento diferencial fundado en estos criterios se presume como discriminatorio a menos que pueda justificarse a partir de un test estricto de proporcionalidad. La Corte Constitucional ha consolidado un importante cuerpo de jurisprudencia orientado a proscribir la discriminación fundada en la orientación sexual y, en consecuencia, a tutelar los derechos de las personas homosexuales y de las parejas del mismo sexo.”
(Sentencia T-141 de 2015)

También es fundamental para el presente estudio definir el término “Acciones Afirmativas”, definido como todas aquellas medidas estatales o privadas, que buscan remover las causas o aliviar las consecuencias que la discriminación ha provocado en determinadas poblaciones humanas, o como lo define nuestra Corte Constitucional: *“Tanto la Convención que se revisa como la generalidad de las medidas a cuya implementación se comprometen los Estados partes, tienen el carácter de acciones afirmativas, denominación que, como es sabido, alude a todas aquellas medidas, políticas o decisiones públicas a través de las cuales se establece un trato ventajoso, y en cuanto tal formalmente desigual, que favorece a determinadas personas o grupos humanos tradicionalmente marginados o discriminados, con el único propósito de avanzar hacia la igualdad sustancial de todo el conglomerado social.”*⁸

Cabe considerar, finalmente, que es la Constitución Política la que fija unos deberes precisos para el Estado de adelantar “acciones afirmativas” en favor de todas aquellas personas que se encuentran en circunstancias especiales de protección. Si el Estado omitiera diferenciar positivamente permitiría que las condiciones de desigualdad y de desprotección en que se halla un sujeto

⁸ Sentencia C-293/10

determinado se mantengan. En otros términos, vulnerarían sus derechos fundamentales.

1.3.- LA VIOLENCIA EN RAZON AL GÉNERO

En el “para qué” de la perspectiva de género se busca hacer más visible el patriarcado⁹ como forma de dominación y actor de violencia frente a la mujer.

La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de las Naciones Unidas define la violencia contra la mujer de la siguiente forma: “Por violencia contra la mujer se entiende 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, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública, como en la vida privada”.¹⁰

Esta definición es recogida casi en iguales términos en el artículo 2º de la Ley 1257 de 2008, norma que regula la sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres.”

La violencia, en tanto se la ubique dentro de una relación de poder asimétrica, del más fuerte al más débil, permite comprender la razón histórica de esa lucha por mantener su hegemonía a través del patriarcado. No se discuten, por consiguiente, acudiendo a razones elementales del sentido común, que el hombre no sea víctima de violencia perpetrada por su sexo opuesto, de lo que se trata es de comprender que han sido las mujeres quienes históricamente su situación

⁹ “El patriarcado podemos definirlo como la supremacía masculina institucionalizada. Según el diccionario de la Real Academia Española el patriarcado es definido como dignidad de patriarca. Organización social primitiva donde la autoridad es ejercida por un varón jefe de cada familia, extendiéndose este poder a los parientes aun lejanos de un mismo linaje. Etimológicamente hablando significa “gobierno de los padres”” Ensayo. LA ÉTICA PATRIARCAL O LA HISTORIA DE LA SUJECIÓN DE LA MUJER Prof. María Cristina González Moreno. Revista Educación en Valores. Universidad de Carabobo (Venezuela). Julio - Diciembre 2008 - Vol. 2. N° 10

¹⁰ Proclamada por la [Asamblea General de Naciones Unidas](#), dedicada a los derechos de las mujeres. Fue adoptado por la Asamblea General el 7 de noviembre de 1967

desventaja las ha llevado a padecer continuamente una discriminación y desigualdad en las relaciones con el hombre injustas y en muchos casos violentas.

En términos sumamente claros nuestra Corte Constitucional nos hace esta reflexión:

“En Colombia las mujeres han padecido históricamente una situación de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad y especialmente a la familia, a la educación y al trabajo. Es necesario recordar que se les equiparaba a los menores y dementes en la administración de sus bienes, no podían ejercer la patria potestad, no podían acceder a la universidad, se les obligaba a adoptar el apellido del marido, agregándole al suyo la partícula “de” como símbolo de pertenencia, entre otras limitaciones. En consecuencia, con el fin de equilibrar la situación de desventaja y aumentar su protección a la luz del aparato estatal, la Constitución Política reconoció expresamente la igualdad jurídica al consagrar que “la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades” y que “la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”. Adicionalmente, dispuso que el Estado le otorgue asistencia durante el embarazo y después del parto, así como un especial amparo a la madre cabeza de familia.

La violencia de género es aquella violencia que hunde sus raíces en las relaciones de género dominantes de una sociedad, como resultado de un notorio e histórico desequilibrio de poder. En nuestra sociedad el dominio es masculino por lo que los actos se dirigen en contra de las mujeres o personas con una identidad de género diversa (lesbianas, gay, bisexuales, transgeneristas e intersexuales) con el fin de perpetuar la subordinación. Centrándose en lo concerniente a la violencia contra las mujeres, las agresiones van más allá de las lesiones físicas y psicológicas, denominadas violencia visible. La invisible se refiere a la violencia estructural que implica inequidad en el ámbito de lo político, lo social y lo económico y a la

violencia cultural constituida por los discursos que justifican el trato desigual. Estos tres componentes de la violencia se retroalimentan entre ellos, perpetuando la discriminación, la desigualdad y la violencia. Por tanto, con cada golpe a una mujer se da prevalencia a un patrón social de exclusión y este se reproduce a futuro.”¹¹

Ciertamente, el tema de la violencia debe plantearse a partir de la concepción de “poder”, definido por Max Weber como “la posibilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra la resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad.”¹²

Se ha clasificado la violencia en varias formas o categorías de daño: físico, psíquico, sexual y económico.

A la luz de la Ley 1253 de 2008, en sus artículos 2º y 3º se ha definido el concepto de violencia contra la mujer y las clases de daño:

“Artículo 2º. Definición de violencia contra la mujer. Por violencia contra la mujer se entiende cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado.

Para efectos de la presente ley, y de conformidad con lo estipulado en los Planes de Acción de las Conferencias de Viena, Cairo y Beijing, por violencia económica, se entiende cualquier acción u omisión orientada al abuso económico, el control abusivo de las finanzas, recompensas o castigos monetarios a las mujeres por razón de su condición social, económica o política. Esta forma de violencia puede consolidarse en las relaciones de pareja, familiares, en las laborales o en las económicas.

¹¹ Sentencia T-878/14

¹² Cita en el libro DERECHO Y MUJER, 2 edición. MARIA PATRICIA ARIZA VELASCO. Sello editorial Universidad de Medellín.

Artículo 3°. Concepto de daño contra la mujer. Para interpretar esta ley, se establecen las siguientes definiciones de daño:

a. Daño psicológico: Consecuencia proveniente de la acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal.

b. Daño o sufrimiento físico: Riesgo o disminución de la integridad corporal de una persona.

c. Daño o sufrimiento sexual: Consecuencias que provienen de la acción consistente en obligar a una persona a mantener contacto sexualizado, físico o verbal, o a participar en otras interacciones sexuales mediante el uso de fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal.

Igualmente, se considerará daño o sufrimiento sexual el hecho de que la persona agresora obligue a la agredida a realizar alguno de estos actos con terceras personas.

d. Daño patrimonial: Pérdida, transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos o económicos destinados a satisfacer las necesidades de la mujer.”

De lo anterior puede llegar a afirmarse que tal vez la más democrática de todas las acciones positivas de los Estados es la de imponer una justicia basada en miramientos objetivos, alejada de estereotipos o formas de perpetuar la violencia a través de las decisiones judiciales de los jueces y juezas.

Aclarados estos conceptos, procedamos en el apartado siguiente al estudio del juez como un sujeto protagonista de la sociedad y del estado social y de derecho, llamado a ejercer acciones positivas que garanticen la no discriminación y el respeto de los derechos humanos como fin principal de su misión constitucional.

2.- EL ROL DEL JUEZ EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Claramente, la idea de un funcionario del poder público encargado de administrar justicia no encuentra su génesis en los tiempos modernos y mucho menos en la contemporaneidad; en la llamada edad antigua, ya los atenienses tenían clara la necesidad de la figura de magistrados y tribunales. Aristóteles, en su obra *política* en el capítulo XI del libro sexto, indicó que *“en todo estado hay tres partes de cuyos intereses debe el legislador, si es entendido, ocuparse ante todo arreglándolos debidamente”*¹³, el tercero de los elementos que concibió Aristóteles, fue el cuerpo judicial, al cual se refiere en el capítulo XIII del libro sexto de la obra referida, en donde se evidencia que el filósofo creía que la universalidad de los ciudadanos era apta para el desempeño de todas las funciones judiciales, y que podían ser nombrados a la suerte o por elección, pero atendiendo a que sus aptitudes podían estar limitadas a ciertas jurisdicciones.

Y en ese sentido manifestó *“conviene que los destinados a ejercer las magistraturas más altas tengan tres cualidades: primero, la lealtad a la constitución establecida; después, la mayor capacidad para el desempeño de los quehaceres del cargo y, tercero, virtud y justicia en cada una de las funciones públicas de la respectiva forma de gobierno (pues si lo justo no es lo mismo en cada una de esas formas, necesario será que haya también diferencias en la práctica de la justicia)”*¹⁴

Autores como Hobbes y Locke, cuando hacían referencia al llamado estado de naturaleza, que uno y otro concebían de una manera sustancialmente distinta, se hablaba de las fallas de dicho estado de naturaleza; el segundo, precisó que *“en el estado de naturaleza falta un juez reconocido, que no sea parcial y que tenga la autoridad de decidir todos los diferendos”*¹⁵. Lo anterior, da cuenta de la función

¹³ Ver. DE AZCÁRATE, Patricio, Obras de Aristóteles, Madrid, 1873, tomo 3 p.p 211-214

¹⁴ Cfr . Ret. 1364 b, 22. *La política* .Ver: GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Imagen Aristotélica del buen juez*, México.

¹⁵ Ver Revista Pensamiento jurídico N° 4 de la Universidad Nacional, 1995, pág. 39 a 51, tomado a su vez de RIALS, Stephane, *Revista Droits*, N°9, Paris, PUR

que le era atribuida al juez, apuntando a la peligrosa actividad que significaba que cada quien pudiese impartir justicia.

Por su parte, Montesquieu, en el capítulo 6 del libro II del Espíritu de las leyes, se consideró al juez como *“la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de ella”*¹⁶. Por su parte MacCormick nos refiere las características que deben tener los jueces para poder justificar sus decisiones, y nos dice: buen juicio, perspicacia, prudencia, altura de miras, sentido de la justicia, humanidad, compasión y valentía¹⁷.

En tiempos más actuales, se ha señalado al juez como órgano del poder público, *“responsable de una función del Estado –la jurisdiccional-, titular de un manejo de competencias determinadas”*¹⁸ y la tradición legalista del juez robot *“aplicador mecánico de fórmulas lingüísticas normativas ha entrado en decadencia por absurda, contraevidente y socialmente inconveniente aún dentro de un contexto de respeto a la supremacía legislativa y de seguridad jurídica”*¹⁹, que por el contrario, hoy por hoy se ha de considerar que *“la sentencia es el producto de un verdadero acto de creación del derecho, es el derecho dinámico y vivo en la fase de su plena realización (dejando el reino de la letra muerta y abstracta)”*.

Respecto al papel que ha de desempeñar el juez, la autora Luisa Fernanda García ha señalado que *“se hace necesario estudiar el papel del juez como actor principal del estado para resolver conflictos, ya que a través de la historia se ha visto relegado por las imposiciones de los discursos políticos y jurídicos hegemónicos, produciendo que en algunas ocasiones se le haya concebido como si fuese un actor secundario o, en otros instantes, su rol ha estado sujeto a las estructuras del poder del momento No obstante, la figura del juez representa la garantía del goce de los derechos, la imparcialidad e independencia de las decisiones del estado*

¹⁶ Ibídem.

¹⁷ MACCORMICK, Neil. Legal Reasoning and legal theory, Oxford University Press, 1978.

¹⁸ Ver *Revista Temas procesales* N°8, CHINCILLA HERRERA, Tulio Elí, El juez como representante del poder del estado, Medellín, el centro, 1989, p. 9.

¹⁹ Ibídem. Pág. 9

*frente a los ciudadanos y pieza fundamental para el control de los poderes públicos*²⁰

En relación a la actividad jurisdiccional del juez, es posible afirmar que *“es la actividad clásica del poder judicial y consiste en la utilización del proceso jurisdiccional para la resolución de conflictos inter – subjetivos de interés por medio de la imposición de la voluntad del juez sobre la de los sujetos en conflicto”*²¹

El profesor Luis Ociel Castaño, por su parte ha manifestado que: *“Modernamente, no puede ser entendido como un mero operador jurídico, pues, también, es político, en tanto que la sentencia resulta ser un acto político en cuanto capaz de completar todo el ordenamiento jurídico, que a la luz del desarrollo de la teoría constitucional europea del momento, no puede ser entendido como patrimonio exclusivo del poder legislativo”*²²

Es así, que la visión que se tiene respecto a la naturaleza y funciones del juez, ha presentado diversas variaciones dependiendo de diversos factores como por ejemplo, época y formas de gobierno desde la cual se analice dicha figura, viéndose en un primer momento, fuertemente ligado al concepto de justicia propio de los autores clásicos de la edad antigua, posteriormente supeditado al papel preponderante del legislador, contentándose solo con ser un mero aplicador de la ley sin potestad para discutir su aplicabilidad y en tiempos recientes, erigiéndose como verdadera pieza indispensable de todo estado del que pueda afirmarse la existencia de división de poderes.

El autor Norteamericano Ronald Dworkin, en su obra *el imperio de la justicia*, en su propósito de señalar el derecho como integridad, y la compleja estructura de la interpretación legal, elabora una figura de juez que está a la altura para dirimir lo que él llamó: casos difíciles, se trata pues de Hércules, al cual le atribuye una

²⁰ GARCÍA LOZNO LUISA FERNANDA, *El papel del juez en la sociedad de contrastes, análisis de la autonomía funcional del juez en Colombia*. Primera edición, Bogotá, Ediciones USTA., 2013 Pág. 30.

²¹ ARRCILA GIRALDO, Beatriz y HOYOS LOAIZA, Juan Carlos, *el rol del juez en el estado social de derecho*. Primera edición, Medellín, Universidad de Medellín, Sello editorial, 2010. Pág. 59.

²² Ver revista *Ratio Juris*, CASTAÑO, Luis Ociel, *el juez constitucional y el llamado nuevo derecho*, Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín., 2008, p.p. 103-104

serie de capacidades que a su decir, deben poseer los jueces; en primer lugar, señala que dicho juez ha de poseer “un poder intelectual y una paciencia sobrehumanos que acepte el derecho como integridad”, “metódico y cuidadoso”.

El autor agrega que *“el derecho como integridad, requiere que los jueces asuman, hasta donde sea posible, que el derecho está estructurado por un conjunto coherente de principios sobre justicia, equidad y debido proceso y que los hagan cumplir en los nuevos casos que se le presenten, de modo que la situación de cada persona sea justa y equitativa según las mismas normas”*.

Continuando con Dworkin, su visión y características que de acuerdo a su planteamiento sobre el derecho deben poseer los jueces, éstos “deben tomar sus decisiones sobre derecho consuetudinario, sobre fundamentos de principio, no de política: deben presentar argumentos de por qué las partes tenían derechos “nuevos” que pusieron en vigor en el momento en que las partes actuaban o en algún otro momento pertinente del pasado”²³

Ahora bien, en lo que respecta a la figura del **juez constitucional**, no es posible concebir su trascendencia sino es dentro del llamado estado social de derecho, que en el caso colombiano, se impuso con la promulgación de la Constitución política de 1991, en donde el juez *“tiene como una de sus obligaciones la protección de la Constitución, impidiendo que deambulen o regulen en el ordenamiento, normas que carecen de validez, en tanto que chocan con las normas de superior jerarquía que son las constitucionales”*²⁴

En comparación con el estado de derecho, en el que si bien el juez tenía encomendado la protección de las normas constitucionales, la inaplicación de las normas que fueran consideradas como violatorias de la constitución y a su vez derogar las normas que en el mismo sentido contraviniesen mandatos constitucionales, en el estado social de derecho, el trabajo del juez *“se incrementa en volumen y en importancia, puesto que ya no solo tendrá que controlar la*

²³ Ver: DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, segunda edición, Barcelona, Gedisa S.A., 2012, p.p. 173-175

²⁴ *Ibíd.* Pág. 58

constitucionalidad de las normas, sino que deberá invertir el orden lógico de su trabajo para decretar la constitucionalidad o no de acontecimientos que se someten a su conocimiento”.

Los mismos autores, de manera enfática han señalado que *“el juez en su actividad constitucional no se limitará al examen formal de las normas, sino que tendrá que enjuiciar hechos y actos, para confrontarlos con la constitución y, si encuentra que son lesivos de la misma, deberá ejercer un nuevo e inmenso poder de modificación de los acontecimientos: el poder de la TUTELA”*²⁵

Precisamente, en relación al aumento de la importancia de la actividad judicial, el autor italiano Michele Taruffo ha precisado que *“La estratificación del ordenamiento, la necesidad de interpretar y concretar principios y garantías constitucionales, la pluralidad, dispersión, incoherencia y variabilidad de las fuentes legislativas, y los fenómenos de suplencia judicial a menudo inevitables, hacen así que el juez tenga que desempeñar una función, en sentido amplio, creadora de derecho, aunque solo sea porque es a él a quien corresponde individualizar activamente, formular y justificar la decisión justa en el caso concreto. El juez ha pasado, así, de ser pasivo y mecánico aplicador de normas, a convertirse en garante de justicia y de los derechos fundamentales, y al mismo tiempo intérprete activo y responsable de las necesidades de tutela que emergen en el contexto social”*²⁶.

Por la claridad y precisión en que desarrolla el concepto del juez en una democracia y como descende a la necesidad de focalizar al juez como principal garante de los derechos humanos, se cita *in extenso* algunos apartes del discurso “EL PAPEL DEL JUEZ EN UNA DEMOCRACIA” de Aharon Barak, presidente de la Corte Suprema de Israel:

“...Por encima de todo creo que garantizar y cultivar los derechos humanos es la primera y sagrada obligación del juez. La democracia no es simplemente el

²⁵ *Ibídem.*

²⁶ TARUFFO, Michele. *La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?* En AAVV, *corrupción y Estado de Derecho*, papel de la jurisdicción, Trotta, Madrid, 1996, p.p 140-142

gobierno de la mayoría; la democracia son también los derechos humanos. En ausencia de los derechos humanos la democracia no puede existir.

Como jueces es nuestra obligación garantizar los derechos humanos de todo el pueblo, con particular énfasis en los débiles, las minorías y los marginados. De hecho nuestra independencia nos sitúa en la posición ideal para dar expresión a los valores básicos de nuestros respectivos sistemas y para la protección de los derechos de las minorías contra la tiranía de la mayoría.

Es deber del juez actuar con objetividad. A este fin, debe contar con los requisitos normativos externos a él, determinados por los valores básicos de la sociedad democrática en la que vive. Debe identificar y dar expresión a esos valores, aun cuando él mismo no los comparta, Debe abstenerse de imponer sus propios valores subjetivos a la ciudadanía. Inevitablemente el juez es producto de su época, formado por el tiempo y la sociedad en la que vive, Claramente el propósito de la objetividad judicial no es separar a los jueces de su entorno. Todo lo contrario: la meta es establecer y expresar los valores básicos de su época. El propósito de la objetividad judicial no es desvincular a los jueces de su pasado, de su educación, experiencia, convicciones y valores. Por el contrario, pretende hacer uso de todas esas herramientas en un esfuerzo por reflejar los valores democráticos básicos de la nación, de la manera más clara y exacta posible. 27

Como podemos advertir, la obligación explícita para el Juzgador, es la protección del ser humano. Es decir, el Juzgador se ve compelido a vigilar la protección del ser humano como una finalidad inherente a su función allegándose de los principios y valores fundamentales de la sociedad.

En esa línea argumentativa, recordemos que el Derecho es el instrumento por antonomasia que brinda la posibilidad de la paz social como valor supremo en una sociedad democrática, de ahí que la perspectiva del Juez determina también las

²⁷ Aharon Barak. EL PAPEL DEL JUEZ EN UNA DEMOCRACIA. Discurso pronunciado durante el acto de entrega del Premio Internacional *Justicia en el mundo*, celebrado en Madrid, España, el 14 de mayo de 1999.

reglas para solucionar los conflictos a partir de una visión holística del sistema de los derechos humanos. Siendo estos los principales motivos de su razón de ser.

Como lo decía el autor en párrafos anteriores, el juez *“Debe abstenerse de imponer sus propios valores subjetivos a la ciudadanía. Inevitablemente el juez es producto de su época, formado por el tiempo y la sociedad en la que vive”*. Pese a que su entorno socio cultural impregna al juez de un sentido propio de interpretación de unos determinados hechos, la autonomía implica desechar aquello que pueda dar lugar a una visión miope basada en estereotipos o creencias auspiciadas solamente por la cultura, pero que en su trasfondo no obedece a una realidad objetiva, lo que conlleva a la vulneración de derechos y en últimas a una injusticia en sus decisiones.

De hecho el tiempo en que vive y se ha formado el juez debe servirle para lograr una interpretación real y no subjetiva del asunto sometido a su decisión, es un insumo que siempre será favorable para ser interprete de una norma inmersa en las realidades sociales y culturales de los sujetos que hacen parte de una determinada relación procesal. Pero lo reprochable es que esas formas de ver sus vivencias sean fruto de la creencia abstracta del prejuicio, el mito, el estereotipo y demás barreras visuales producto de la misma cultura.

El juez constitucional en consecuencia, puede y debe hacer uso de la perspectiva de género en aras de ser el artífice de una sociedad regulada por normas que tiendan a garantizar los derechos humanos. No es una elección del juzgador acudir a esta herramienta como si se tratase de un método de interpretación adicional del derecho, es imperioso su uso a la luz de los instrumentos internacionales, normas internas y jurisprudencia patria que se verá a continuación.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL VINCULANTE

A continuación se registran los más relevantes instrumentos normativos internacionales y nacionales, que obligan al juzgador a oír y a evaluar la problemática particular de las mujeres que acuden en busca de justicia, para acceder a la plena vigencia de sus derechos humanos.

Son destacables en primer término el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁸, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

A pesar de la consagración normativa en referencia, surge la necesidad de plantear de manera precisa el debate sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, por ello, el 18 de diciembre de 1979, en el marco de la Asamblea General de la ONU, nace la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación en la Mujer (CEDAW)²⁹, siendo este instrumento uno de los más importantes que sirve como referente de análisis y aplicación.

El discurrir normativo que procedió internacionalmente, lo expone con suficiente claridad y precisión una de las mujeres pioneras en introducir el estudio del derecho de género en la Rama Judicial:

“Para 1980 en la Conferencia Mundial sobre las mujeres en COPENHAGUE se da un avance en cuanto se reconoce la igualdad para las responsabilidades y oportunidades de participación de las mujeres e igualmente en NAIROBI en 1981, en otra importante conferencia, se patentiza el surgimiento del “feminismo”.

²⁸ Ratificado en Colombia mediante Ley 74 de 1968

²⁹ Este instrumento se ratificó mediante la Ley 51 de 1981

En el año 1980 se hace la Convención Internacional sobre los Derecho del niño con el fin de garantizar, proteger y generar condiciones de ejercicio de los derechos humanos generales y específicos y de protección para niños y niñas.³⁰

La ONU continúa con su empeño y es en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1992, que se plantean importantes compromisos para superar la discriminación, propiciar cada vez más la participación de las mujeres y proscribir todo tipo de violencia contra ellas.

Al darse cuenta que los derechos a la vida, la dignidad y la libertad de las mujeres se encontraban transgredidos de manera sistemática por la violencia, desde el ámbito público y privado, conlleva a que se realicen dos reuniones, la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo, en el Cairo y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer³¹, en Belem do Pará.

En julio 17 de 1998 la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de la ONU mediante el Estatuto de Roma creó la Corte Penal Internacional, para dar marco jurídico a la persecución de violaciones de lesa humanidad y crímenes de guerra, en aras de restablecer los derechos a todas las víctimas cuando se agote la instancia judicial nacional propia de cada Estado.

También debe destacarse en el año 1995 la IV Conferencia Mundial de Beijing, que afinca todos los instrumentos de derechos humanos que la antecedieron, pero concreta una Plataforma de Acción encaminada a potenciar el papel de la mujer en la sociedad, fijando como principio fundamentales la igualdad entre los géneros, el desarrollo y la paz entre las mujeres. Asimismo, determinó el énfasis en la necesidad de institucionalizar la perspectiva de género como categoría de análisis y como principio de acción den todos los organismos del Sistema de las Naciones Unidas, en Gobiernos y Agencias de Desarrollo.”³²

³⁰ En virtud de la Ley 12 de 1991 fue aprobado para Colombia.

³¹ Entra en vigencia en Colombia mediante la Ley 248 de 1995

³² Arbeláez de Tobón, Lucia. Artículo LOS DERECHOS DE LAS MUJERES Y LA PERSPECTIVA DE GENERO-UN MARCO JURIDICO PARA LA ACCION JUDICIAL, publicado en la Revista de la Comisión Nacional de Genero de la Rama Judicial, Colombia.

En el itinerario de la defensa de los derechos humanos desde la teorización e implementación de la normatividad global, se edifica y refuerza el derecho a la igualdad y la no discriminación, soportados en una cultura de ética, de justicia, de libertad, de dignidad humana y de fomento al desarrollo sostenible en los Estados. Podemos verlo en I Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas celebrada en el año 2000, donde se reforzaron objetivos de desarrollo en una agenda global y se fijaron compromisos a cumplir hasta el año 2015. A esta reunión le siguieron: la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, realizada en New York en el año 2002 y la Novena Conferencia Regional de la Mujer en América Latina y el Caribe, de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en el 2004.

Asimismo, no se puede dejar de lado las Resoluciones expedidas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, cuando promueven la igualdad entre géneros, el desarrollo y la paz; cuando señalan la inquietud por el perjuicio que crean los conflictos armados a los grupos vulnerables, además de instar a los Estados para que se aumente el acceso y la representación de las mujeres a los diferentes niveles de decisión.³³

Este abanico normativo carece de cierta eficacia de no ser articulado con un enfoque diferencial de género, que considere las diferentes oportunidades que tienen los hombres y las mujeres, las interrelaciones existentes entre ellos y los distintos papeles que socialmente se les asignan. Todas estas cuestiones influyen en el logro de las metas, las políticas y los planes de los organismos nacionales e internacionales³⁴.

³³ Resoluciones: 1261 y 1265 de 1999; 1296, 1314 y 1325 de 2000.

³⁴ <http://www.fao.org/docrep/004/X2919S/x2919s04.htm>

4.- LA INVISIBILIZACIÓN DE LAS INEQUIDADES DE GÉNERO

Lo desigual e injusto es la manera en que se ha cimentado la idea de la desigualdad a partir de la inferioridad de la mujer, considerando al hombre como el ser superior legitimado *per se* a imponer su poder en las relaciones sociales, causando con ello el ideario de una posición dominante “natural” del hombre frente a una condición inferior – el de la mujer-. A partir de aquello que se considera “natural” en las pujas de poder social, emerge el concepto de patriarcado como una de las formas de definir supremacía en las relaciones de poder entre hombres y mujeres producto del constructo social.

Gracias al patriarcado y a la naturalización de las diferencias se han perpetuado una serie de inequidades de género la mayoría de ellas invisibilizadas y naturalizadas. En este sentido, la valoración social la crea el hombre dominante, el hombre con poder apoyado en su sexo. Las mujeres se ven afectadas por dicha escala de valoración social que las interioriza, reglas universales y representaciones colectivas que se han impuesto como tales en el mercado de bienes simbólicos, donde impera definitivamente lo masculino como violencia simbólica. (González, 2008, p.104).

El patriarcado debe poderse analizar desde la historia, y de cómo ha sido una construcción pensada en la relación de poder y dominación, como lo dice Palma (2013):

“(…) el Estado patriarcal, es una construcción socio-histórica y cultural pensada desde la masculinidad en el marco de las relaciones de poder y dominación. Esto avisa, la necesidad de pasearse por la historia de distintos momentos y civilizaciones, en la concepción que éstas han tenido acerca del Estado, la familia, la institucionalidad y lo femenino. Así mismo, se precisa una revisión de la filosofía y de las posturas de algunas y algunos

teóricos, para encontrar parte de los referentes o categorías que la develan.”

Alda Faccio, (1995), por su parte establece que el sistema patriarcal como aquel:

“[...] que se origina en la familia dominada por el padre, estructura reproducida en todo el orden social y mantenida por el conjunto de instituciones de la sociedad política y civil, orientada hacia la promoción del consenso en torno a un orden social, económico, cultural, religioso y político que determinan el grupo, casta o clase compuesto por mujeres, siempre está subordinado al grupo, casta o clase compuesto por hombres.” (p. 43)

Dicha subordinación enmarañada en todas las redes sociales, no puede ser ajena al poder que el derecho hace posible la legitimación de la desigualdad. Como señala Alda Faccio, (1999): “las diferencias entre los sexos y la desigualdad legal están estrechamente ligadas. ¿Por qué? Porque la diferencia mutua entre hombres y mujeres se concibió como la diferencia de las mujeres con respecto a los hombres cuando los primeros tomaron el poder y se erigieron en el modelo de lo humano.” (p. 1)

Sin embargo, no se puede desconocer que el patriarcalismo si bien ha invisibilizado a la mujer, el resultado final no ha sido el de su anulación, pues han sido protagonistas en todas las fases históricas de la humanidad, con su rol preponderante en el desarrollo social, político, económico, y tecnológico. Su aporte, siempre oculto, lejos de ser apreciado como una virtud, termina considerándose la lucha feminista del siglo XX, conquistar su visibilización y construir sociedad desde las igualdades de derechos para con los hombres. (Ferrer, 2013).

En cambio, una manera de limitar el desarrollo plausible de la igualdad ha sido a través del derecho como forma del ejercicio del poder, del control social y del mantenimiento del orden social justo, pero que, visto de un enfoque patriarcal, es el derecho la continuidad de un orden de las reglas de poder edificadas en la asimetría de los sexos. “Todo discurso, entre ellos el derecho, es una modalidad

específica del poder, un conjunto de cadenas convergentes y complejas cuyos efectos son vectores de poder” Alicia E. C. Ruiz. (2009)

4.1.- Los Estereotipos de Género

Entendido lo anterior, conviene entonces conceptualizar también aquello que se entiende por Estereotipos de Género. Se los ha definido como aquellos comportamientos y expectativas “aprendidas” asignadas a hombres y mujeres en una sociedad determinada mediante el proceso de “socialización”. Son determinados según la división social del trabajo y las responsabilidades asignadas por sexo. Se trata de un conjunto de ideas preconcebidas que utilizamos para analizar e interactuar con las personas en razón del género (roles). La discriminación se sustenta en gran medida sobre los estereotipos que se han ido generando entorno a la idea que tenemos sobre cómo deben comportarse los hombres y las mujeres (concepciones de género), los papeles que deben desempeñar en el trabajo, en la familia, el espacio público e incluso en cómo deben relacionarse entre sí.

Los estereotipos son aprendidos por la socialización. Por ejemplo, cuando se dice "esto es más propio de mujeres", "los hombres no lloran, o no deben estar en la cocina, o la comida del papá debe ser la mejor", estamos justificando unas funciones o situaciones de la vida diaria sin que exista una justificación racional, pero hemos aprendido desde nuestros primeros años que el entorno social apoya estos conceptos.

Por su parte –y siguiendo el mismo programa de definiciones fundamentales en el contexto del quehacer del juez frente a la teoría de género–, la Corte Constitucional Colombiana define las Categorías Sospechosas en los siguientes términos: “(I) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (II) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que

tienden a menospreciarlas; y, (III) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.” (Corte Constitucional, Sentencia C-481 del 9 de septiembre de 1998, M.P: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO).

Como señaló la Corte Interamericana, “el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”. (Corte IDH. Caso González y otras “Campo Algodonero” Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205, párrafo 401.).

Ahora bien, teniendo una noción de lo que significa “género” y “estereotipo de género”, como apunta Dalton (2014):

“la perspectiva de género ayuda a borrar el determinismo biológico y a analizar los factores que alimentarán la construcción social de género”. En general, “la perspectiva de género es una herramienta para abrir espacios mentales que sirvan de desenvolvimiento de los seres humanos más allá de sus sexualidades adquiridas o biológicas, y ayuda en el análisis crítico de los discursos que describen y prescriben el contenido y valor de los seres humanos según el sexo” (p.18-19).

Así, al referirse a la actividad de los jueces, la Corte Interamericana sostuvo en el caso “Campo Algodonero” vs. México que adoptar una perspectiva de género implica, entre otras cuestiones, tomar en cuenta “los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y mujeres” (Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205, párrafo 451.), lo que se traduce en el deber de los jueces de analizar la violencia ejercida contra la mujer, partiendo del hecho de que, en ciertos contextos, entre hombres y mujeres existen estereotipos de género que impiden u obstaculizan el acceso a la justicia de forma igualitaria.

Este Tribunal Internacional recoge el criterio de la posibilidad de asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, concluyendo que estas condiciones “se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial” [...]

Sentencia la Corte Interamericana que “[...] 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” (ídem).

Ejemplo como el anterior demuestran que un mismo problema jurídico puede ser solucionado de dos formas completamente distintas dependiendo de la perspectiva que los juzgadores tengan al momento de interpretar/aplicar la normatividad, en este caso, una primera basada en un entendimiento estereotipado de la mujer como “sumisa” y objeto sexual, y una segunda partiendo de que, como toda persona, tiene el derecho a decidir libremente y determinar su sexualidad.

Y en relación a la violencia sexual, la Corte Interamericana puntualiza en su jurisprudencia que:

“[...] la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno. En particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima” (Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párrafo 109).

La identificación del problema como lo vemos en estos casos concretos no es suficiente si lo que se desea es satisfacer la garantía del Estado en cumplir sus compromisos internacionales de protección de los derechos humanos, por ello, ha sido la Corte Constitucional la encargada de dar una visión clara de la manera en que los jueces deben abordar los asuntos a su cargo alejados de estereotipos e impregnados de objetividad, principalmente con la implementación de perspectiva de género a partir del desarrollo del principio de igualdad y no discriminación.

5.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

El derecho a la igualdad y a la no discriminación, más allá de ser reconocidos como tal, revisten la especial connotación de ser principios transversales a la totalidad de los derechos humanos. Es el núcleo duro del concepto de derechos humanos y se encuentra sustentando en que todo individuo de la especie humana es acreedor de igual protección sin distinción alguna, a saber, raza, sexo, etnia, discapacidad, nacionalidad, etc.

Ello, ha sido reconocido en diversos instrumentos internacionales³⁵, llegándose a considerar como normas de carácter *ius cogens*. Lo anterior implica que surgen para los Estados parte obligaciones ineludibles tendientes a garantizar la materialización de los mentados derechos.

Así pues, a nivel internacional, los principales instrumentos de derechos humanos que reconocen el derecho a la igualdad y a la no discriminación, son: artículos 1,2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2.2. y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de

³⁵ Carta de las Naciones Unidas, arts. 1.3 y 55; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5 (ratificada por Colombia mediante la Ley 22 de 1981)

Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, los artículos 2 y 3 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los artículos 1 y 15 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y los artículos 1 y 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

Por su parte, en nuestro ordenamiento jurídico, propiamente la Constitución Política, contempla el derecho en cuestión en su artículo 13.³⁶ Se ha entendido que en tal precepto, se encuentran incorporados tres conceptos del derecho a la igualdad. El primero, en una *dimensión formal*, bajo el entendido que todas las personas nacen iguales ante la ley.

La segunda faceta del derecho a la igualdad, es *la igualdad de trato*, materializada en la prohibición de discriminación; que no impide el establecimiento de diferencias, sino que éstas deben tener un fundamento. Constitucionalmente tales fundamentos son, (i) que se persigan objetivos admisibles y legítimos, (ii) que se funden en una diferencia relevante y (iii) que se trate de un medio adecuado y proporcionado para alcanzar ese propósito legítimo. Es por ello, que ésta faceta o dimensión, comprende a su vez dos aspectos relevantes, la prohibición de actos que restrinjan derechos o creen privilegios sin ningún tipo de justificación y, el imperativo de combatir las diversas formas de discriminación existentes³⁷.

³⁶ “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. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

³⁷ Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Observación General 18: No discriminación. 1989.

El tercer concepto de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Nacional, es *el material*³⁸. Esto implica para el Estado la obligación de garantizar la igualdad real entre las personas, combatiendo las situaciones de discriminación que afectan especialmente a grupos históricamente vulnerables.³⁹

En este punto, es pertinente traer a colación las distintas clases de discriminación. Por un lado, puede distinguirse entre discriminaciones puntuales y estructurales. Primero, las puntuales son aquellas donde la diferencia en trato se presenta en casos concretos; las segundas, provienen de patrones históricos, sociales y culturales.

¿En qué casos se aplica el examen estricto de constitucionalidad? En la argumentación de la Corte ha sido clave el hecho de que el actor perteneciera a una categoría o grupo que recibía un trato diferente y ese trato provenía de una norma general.

Ahora bien, las disposiciones internacionales citadas mencionan otros criterios de distinción especialmente prohibidos, respecto de los cuales podría postularse la aplicación del análisis estricto. En ellas se mencionan: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Esta enumeración no es taxativa, sino que contiene una cláusula de apertura (“cualquier otra condición social”), que permite abarcar situaciones análogas.⁴⁰

³⁸ Segundo y tercer inciso del artículo 13 de la Constitución Política.

³⁹ T-254/16

⁴⁰ Los instrumentos internacionales de derechos humanos, también dotados de jerarquía constitucional, que también contemplan un listado de motivos prohibidos de discriminación, en general coincidentes con los mencionados precedentemente. Tal es el caso de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (cuyo art. II se refiere a la raza, el sexo, idioma, credo ni otra distinción), la Declaración Universal de Derechos Humanos (cuyo art. 2.1 se refiere a: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (cuyo art. 2.2 contiene una enumeración semejante a la del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En la Convención sobre los Derechos del Niño se mencionan los siguientes motivos prohibidos: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, 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.

La prohibición de determinadas categorías aparece registradas específicamente en algunos tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Tal es el caso de la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial o la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Tales categorías han sido denominadas sospechosas, problemáticas o en principio prohibidas.

5.1 Las categorías sospechosas

Puede sostenerse *“que la nota común es que estas categorías se refieren a un grupo vulnerable o desaventajado, en tanto encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, en razón de circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, o bien en razón de su edad, género, estado físico o mental. En el caso de los motivos de discriminación especialmente prohibidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, existe una presunción de que quienes pertenecen a alguna de las categorías así definidas se encuentran en una situación vulnerable”*⁴¹

La Corte Constitucional Colombiana⁴² ha identificado cuatro elementos determinantes, cuya identificación da pie a considerar una categoría como sospechosa.

El primero de ellos, cuando la distinción se funda en rasgos que resultan inherentes a las personas, es decir, que de ellos no hay forma de despojarse, v. gr., raza, sexo, identidad de género, etnia. La distinción en razón del sexo, cuando es explícita, trasunta el acogimiento de estereotipos o prejuicios que tornan

⁴¹Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011 Treacy, Guillermo F., Categorías sospechosas y control de constitucionalidad, ps. 181-216. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/89/treacy-guillermo-f-categorias-sospechosas-y-control-de-constitucionalidad.pdf>

⁴² Ver Sentencias C- 481 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero y C – 371 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

atendible la pretensión de considerar que las normas que la contengan resultan *prima facie* “sospechosas” de inconstitucionalidad. El segundo, cuando la categoría efectúa una distinción de trato que históricamente ha sido empleada para discriminar. En tercer lugar, tales categorías suelen ser dirigidos a grupos de personas que no poseen representación política o bien resulta ser escasa. Por último, cabe decir que se considera sospechosa una categoría cuando no se mira como un criterio racional para distribuir derechos y obligaciones en una sociedad.

Con todo, la carga para encontrar fundamento a tratos disímiles, ha sido trasladada a quien pretende implantar el tratamiento diferenciado con base en criterios que *prima facie*, resultan ser sospechosos y no a quien advierte ser discriminado. Ello es así, puesto que es ésta última, quien suele encontrarse la mayoría de las veces, por ejemplo en un litigio, en dificultades para acceder al material probatorio para acreditar la situación que alega, y en ese orden de ideas, resulta poco más que lógico, que la parte que se encuentra en mejores condiciones y con mayor accesibilidad a aquél, sea quien se encuentre llamado a cumplir con la carga procesal de que se trata.

En consonancia con las líneas anteriores, el papel del juez debe ser estricto a la hora de inspeccionar tales categorías sospechosas, a la hora de su utilización por parte de las autoridades públicas e incluso otros operadores judiciales. Así, el máximo tribunal de lo constitucional en Colombia⁴³ ha indicado que han de someterse a un control estricto de constitucionalidad, las disposiciones legislativas que, incorporen clasificaciones sospechosas como las establecidas en el artículo 13 de la C.N., que afecten a personas en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o sujetos que gozan de especial protección constitucional, que desconozcan el goce de un derecho constitucional de carácter fundamental o que incorporen un privilegio exclusivo para un sector de la población.

De otro lado, nuestra Corte Constitucional ha dicho que cuando se esté en presencia de tratos discriminatorios apoyados en las pluri citadas categorías

⁴³ Sentencia C- 521 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

sospechosas, el juez se encuentra en la obligación de aplicar un “**test estricto de igualdad**”, en el cual el operador judicial deberá determinar la existencia de justificaciones al trato diferenciado, a saber, (i) si se pretende alcanzar un fin constitucionalmente imperativo, (ii) que sea adecuado e indispensable para dar cumplimiento a dicho fin y (iii) que sea proporcionado, en la medida en que sean mayores los beneficios que sus costos, en tratándose de lesión a derechos⁴⁴.

Este test estricto de igualdad debe considerar en todo momento la calidad del sujeto que en virtud de los mandatos constitucionales y jurisprudenciales han sido definidos como de especial protección con rango constitucional, a quienes ha de ubicarse en un plano de enfoque diferenciador.

5.2.- Sujetos de especial protección constitucional y enfoques diferenciales.

Ahora bien, en consonancia con las tres dimensiones predicables del derecho a la igualdad, especialmente con la material, se origina para el estado de combatir todas las formas de discriminación en contra de grupos poblacionales considerados como vulnerables. Por ello, el artículo 13 de la Constitución Política, ha permitido un trato diferencial en favor de las personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad.

A partir de ese deber estatal e institucional de promocionar, proteger y garantizar dicha igualdad material, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha encargado de dar contenido a la categoría de *sujetos de especial protección constitucional* como aquellas personas que no se encuentran en igualdad de condiciones con el resto de individuos, obstaculizando ello el goce efectivo de sus derechos.⁴⁵

⁴⁴ Ver sentencias de la Corte Constitucional C- 445 de 1995 y C- 093 de 2001.

⁴⁵ En la sentencia T-167/11 se define: “La categoría de sujeto de especial protección constitucional, según ha definido esta Corporación, se constituye por aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o

Dentro de ese concepto han sido incluidos grupos poblacionales como: niños, adolescentes, mujeres en estado de embarazo, pueblos indígenas, afrodescendientes, personas con discapacidad, adultos mayores, personas con orientación sexual e identidad de género diversas⁴⁶.

Ahora bien, la finalidad de la construcción de ese concepto no solo es la de visibilizarlos, sino reforzar la garantía de sus derechos, aplicando para ello, en palabras de la Corte Constitucional, un *escrutinio judicial estricto* para evaluar la constitucionalidad de disposiciones presuntamente discriminatorias.

En sentencia T 043 de 2007, el tribunal indicó que:

“Para la corte, la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial e términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos...”

Pero para poder identificar qué grupos de la población deben ser considerados como sujetos de especial protección constitucional, ha sido necesario desarrollar el concepto de *enfoques diferenciales*. Esta es una herramienta analítica y metodológica empleada para identificar a aquellos que han sido objeto de tratos discriminatorios de forma arbitraria⁴⁷. Igualmente permite determinar las medidas correctivas para los perjuicios irrogados dependiendo del tipo de vulneración.⁴⁸

social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Así, ha considerado que entre los grupos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza”

⁴⁶ Véase sentencias de la Corte Constitucional SU – 225 DE 1998, C- 796 DE 2004, T – 736 DE 2013; T – 373 DE 1998, C- 776 DE 2010, T 706 DE 2013; T – 652 DE 1998, T – 955 DE 2003; C – 253 DE 2013, T 608 DE 2007, entre otras.

⁴⁷ El artículo 3 del Decreto 1737 de 2010, en donde se señala que el Enfoque Diferencial constituye un Principio y una Definición. “Artículo 4. Definiciones. Enfoque Diferencial: expresa el reconocimiento y acciones del Estado para contrarrestar o minimizar la forma distinta, a veces incluso desproporcionada, en que la violencia y las amenazas afectan a determinados grupos sociales en relación con sus características particulares de edad, género, etnia, salud, discapacidad u opción sexual. Estas diferencias, determinadas de manera cultural, social e histórica, resultan decisivas en la aplicación de todos los dispositivos de prevención

Es por ello que a cada grupo de personas que ha sido objeto de un trato discriminatorio de manera injusta, le corresponde un enfoque diferencial distinto.⁴⁹ Así por ejemplo, el grupo integrado por mujeres y personas con orientación e identidad de género diverso, se compadece con un enfoque de género; frente a discriminaciones en razón a la etnia o la raza, el enfoque indicado será el étnico y racial, respectivamente.

Ya ubicados en la consigna de protección de derechos a la igualdad, veamos como la Corte Constitucional desarrolla este principio en algunos casos puntuales, que sirven de matiz interpretativo y argumentativo.

y protección establecidos en este decreto y en la forma como las entidades deben establecer su trato con los sectores mencionados, a fin de evitar ahondar en la discriminación y el daño causado”

⁴⁸ El Enfoque Diferencial es el instrumento jurídico idóneo para revertir o evitar los procesos y actos que generan las condiciones actuales o históricas de discriminación e impiden el goce efectivo de derechos.

⁴⁹ Ver sentencia T-131/206

6.- ACCIONES DE CARÁCTER ESPECÍFICO QUE DEBE REALIZAR UN JUEZ O JUEZA PARA APLICAR PERSPECTIVA DE GÉNERO SEGÚN LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional, (Sentencia T-087 de 2017, Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO), al estudiar un caso de discriminación en razón al género, resaltó los compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano, para focalizar el problema desde la obligación de la judicatura en aplicar perspectiva de género no como una dadiva del juzgador, sino desde un deber constitucional, que en virtud del bloque de constitucionalidad, vincula a todos sus operadores judiciales a cumplirlos:

“[L]a erradicación de toda forma de violencia y discriminación contra la mujer es un compromiso promovido y asumido por Colombia al ratificar los tratados internacionales en mención [Convención de Belém do Pará, Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, ratificada por Colombia mediante la Ley 248 de 1997] El país se ha obligado a condenar “todas las formas de violencia contra la mujer (...), adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia”, además de llevar a cabo las siguientes acciones de carácter específico:

- a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
- b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir,

sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces; y

h. Adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.” Y en relación con el deber de diligencia, destacó que: [E]l deber de debida diligencia de las autoridades encargadas de prevenir y erradicar toda forma de violencia contra la mujer, implica evaluar los testimonios de las víctimas a la luz de un enfoque de género, evitando toda revictimización. La violencia intrafamiliar, y en particular la violencia contra la mujer, no solo se ejerce en el plano físico sino también en el plano psicológico y moral a través de prácticas que se dirigen a humillar y reducir la confianza de la mujer con el fin de mantener los estereotipos de dominación y abuso del machismo.

Asimismo, resaltó que no ha sido ajeno a la administración de justicia la violencia contra la mujer, “pues las decisiones judiciales también han sido fuente de

discriminación contra la mujer al confirmar patrones de desigualdad. Para contrarrestar esta situación, la jurisprudencia constitucional ha introducido subreglas sobre cómo deben analizarse los casos que involucren actos o medidas discriminatorias, reiterando la obligación que tienen las autoridades judiciales de abarcar sus casos desde un enfoque diferencial de género”.

El deber de los jueces se contrae en principio a que sus decisiones se encuentren ajustadas a ley por así ordenarlo el artículo 230 de la CN, cuando establece expresamente: “Los jueces en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley”. Siendo que la Constitución Política es la ley de leyes, sus disposiciones han de servir de faro de interpretación frente a todo el andamiaje jurídico, por ello, cuando el artículo 13 prevé que todos somos iguales ante la ley, sugiere de contera que su aplicación han de observarse todos aquellos eventos en los cuales pueda materializarse la igualdad en términos reales y no solo formales, para que de igual forma no sea la ley la que produzca mayor discriminación al tratarse como iguales a quienes por sus variadas condiciones merezcan trato diferencial, y con el deber para el Estado, así lo establece el mismo artículo, de adoptar “medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

En ese propósito constitucional, el Juez, operario de la ley, ha de ser más cauto y receloso con el deber de evitar tratos discriminados a los judicializados, máxime si en sus decisiones ha de imperar la justicia. Es entonces, la perspectiva de género, al herramienta que le permite juzgar para evitar la discriminación, y, a la postre, garantizar la igualdad real de quienes por su condición sexual pueden ser afectados en sus derechos.

Al respecto, en reciente fallo, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil (M.P. MARGARITA CABELLO BLANCO, radicación proceso 2500022130002017-00544-01, sentencia del 21 de febrero de 2018), resolvió una acción de tutela en segundo grado, y en su sentencia resaltó el deber que tienen los jueces de decidir con criterio diferencial y aplicar el derecho a la igualdad acorde a los tratados internacionales y el mandato constitucional previsto en el artículo 13. Por tratarse de una sentencia en la que de manera comprensible

resume en gran parte el discurso dialectico de la Corte Constitucional que sobre el t3pico ha cimentado la teor3a del derecho de g3nero, la obligaci3n de la perspectiva de g3nero en las decisiones judiciales, y los efectos que conlleva no desterrar los estereotipos en las providencias, menester resulta citar sus claras reflexiones:

“4.5 El funcionario judicial tiene el deber funcional de aplicar el «derecho a la igualdad» dentro de las decisiones judiciales en virtud de los convenios internacionales ratificados por Colombia que as3 lo imponen y del art3culo 13 de la Carta Pol3tica que se encarga de establecerlos como norma nacional fundamental e introducir la perspectiva de g3nero en las decisiones judiciales a efecto de disminuir la violencia frente a grupos desprotegidos y d3biles como ocurre con la mujer, implica aplicar el «derecho a la igualdad» y romper los patrones socioculturales de car3cter machista en el ejercicio de los roles hombre-mujer que por s3, en principio, son roles de desigualdad.”

Y ante a la pregunta ¿Qu3 es juzgar con perspectiva de g3nero?, la misma Corte en la precitada sentencia se responde:

“Juzgar con «perspectiva de g3nero» es recibir la causa y analizar si en ella se vislumbran situaciones de discriminaci3n entre los sujetos del proceso o asimetr3as que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla de forma diferente a efectos de romper esa desigualdad, aprendiendo a manejar las categor3as sospechosas al momento de repartir el concepto de carga probatoria, como ser3a cuando se est3 frente a mujeres, ancianos, ni3o, grupos LGBTI, grupos 3tnicos, afrocolombianos, discapacitados, inmigrantes, o cualquier otro; es tener conciencia de que ante situaci3n diferencial por la especial posici3n de debilidad manifiesta, el est3ndar probatorio no debe ser igual, ameritando en muchos casos el ejercicio de la facultad-deber del juez para aplicar la ordenaci3n de prueba de manera oficiosa”. (resaltado con negrillas y subrayas fuera del texto original).

En 3ltimas, como lo dice la Corte en referencia “es necesario aplicar justicia no con rostro de mujer ni con rostro de hombre, sino con rostro humano”.

Nos recuerda también la Corte, que «prejuicio o estereotipo» es una simple creencia que atribuye características a un grupo, de ahí la trascendencia de identificarlos a la hora de valorar las pruebas:

“Para el ejercicio de un buen manejo probatorio en casos donde es necesario el «enfoque diferencial» es importante mirar si existe algún tipo de estereotipo de género o de prejuicio que puedan afectar o incidir en la toma de la decisión final, recordando que «prejuicio o estereotipo» es una simple creencia que atribuye características a un grupo; que no son hechos probados en el litigio para tenerlo como elemento esencial o básico dentro del análisis de la situación fáctica a determinar.”

Al respecto, en la sentencia T-012 de 2016, siendo magistrado Ponente el doctor Luis Ernesto Vargas Silva, se precisó que las autoridades judiciales deben:

“(i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres”.

Estas directrices están basadas en la triada: derecho a la igualdad, perspectiva de género y deberes constitucionales de los jueces, para fomentar la garantía de los derechos humanos de las mujeres que históricamente han sido discriminadas.

Por ello, a continuación corresponde profundizar en el deber de los jueces de valorar las pruebas al momento de emitir sus fallos con perspectiva de género, como forma de garantizar el derecho a la igualdad material.

7.- LA VALORACIÓN PROBATORIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

A continuación se procederá a analizar la carga de la prueba desde un concepto general de la teoría general de la prueba, pasando por la carga dinámica de prueba como una modalidad prevista en la ley procesal y jurisprudencia de equilibrar los sujetos procesales a partir de su deber de probar los hechos materia de controversia, con la inclusión de formas de valoración probatoria a partir de las reglas de la sana crítica, que permiten eliminar estereotipos para lograr una adecuada y acertada administración de justicia.

7.1. La carga de la prueba

Como ya se advirtió, los grupos poblacionales considerados como vulnerables deben ser observados con un enfoque muy riguroso, en aras de garantizar la efectividad del derecho a la igualdad. El escenario judicial no escapa a ese deber del Estado de dar plenas garantías jurídicas, constitucionales y legales, de brindar un debido proceso a los sujetos en disputa en un plano de igualdad material.

Por consiguiente, situados en el marco de un proceso judicial, el rol del juez, introducido en las máximas constitucionales de un Estado Social de Derecho, depende fuertemente del modelo procesal adoptado sean estos, los sistemas dispositivo y el inquisitivo.

El marco dispositivo primó hasta entrado el siglo XX, hasta que entraron en crisis las bases teóricas que lo sustentaban (ideología eminentemente liberal y privatista), con la característica fundante que el juez no cumple ningún papel activo en el desarrollo del proceso⁵⁰. En palabras de la Corte Constitucional:

⁵⁰ En la Sentencia C-086-16 la Corte puntualizó “En términos generales puede decirse que el *modelo dispositivo* caracterizó la configuración de los códigos desde el liberalismo clásico hasta bien entrado el siglo XX, bajo una concepción privatista e individualista de los fines del proceso donde se acentuó la capacidad de las partes para dar inicio, impulsar y llevar a su culminación las diligencias judiciales (Corte Constitucional,

“La tendencia extendida en los sistemas procesales del civil law, hasta finales del siglo XIX, era que el juez debía mantener un rol pasivo en la conducción del proceso, en particular, en lo que correspondía con la recaudación de los medios de prueba⁵¹. Eran las partes las que debían iniciar, impulsar y tramitar las diligencias judiciales que resultaran necesarias para resolver correctamente el caso, lo que incluía, naturalmente, la carga de aportar las pruebas relevantes y pertinentes para la concesión de sus pretensiones⁵². Al juez, en consecuencia, le concernía solamente decidir el asunto con base en los elementos de prueba ofrecidos por los sujetos procesales⁵³. De hecho, no tenía la facultad para iniciar actuaciones de oficio, admitir pruebas que no fueran presentadas por las partes, ni siquiera plantear premisas fácticas que no se alegaran previamente en el proceso”⁵⁴.

Tal situación dio paso a la posibilidad de reconsiderar el rol del juez, con el concepto *longa manus del estado*, encargándole el deber de velar por la protección de los derechos⁵⁵, en especial ante *“la creciente necesidad de dirección y control por parte del tribunal sobre el procedimiento y la exigencia de suplementar las iniciativas probatorias de las partes cuando no son suficientes para probar los hechos en disputa”⁵⁶.*

Luego se dio paso a un modelo mixto, bajo el entendido de que el proceso judicial es de interés público. Con base en ello, el juez es director del proceso y ostenta una serie de prerrogativas para propugnar por la igualdad entre las partes enfrentadas, lo cual fue instaurado por la Constitución Política de 1991, al proclamar a Colombia como un Estado Social de Derecho, consagrando en su preámbulo, como finalidad la de alcanzar un orden justo, a la vez que dispuso la

Sentencia SU-768 de 2014). Con sustento en doctrina autorizada, esta corporación ha explicado que los sistemas dispositivos confieren a las partes el dominio del procedimiento y el juez no cumple ningún papel activo en el desarrollo del proceso sino en la adjudicación, al momento de decidir un litigio.

⁵¹ Taruffo, M., (2008), La prueba. Madrid, España: Marcial Pons. Pág. 109.

⁵² Taruffo, M., (2008), La prueba. Madrid, España: Marcial Pons. Pág. 110.

⁵³ Taruffo, M., (2008), La prueba. Madrid, España: Marcial Pons. Pág. 112.

⁵⁴ Sentencia T-074-18

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-086/16

⁵⁶ TARUFFO, Michele, “La prueba”. Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 112

administración de justicia como una función pública esencial (Art. 228 C.N). y como derecho fundamental de cada persona (Art. 229 C. N). En palabras de la Corte Constitucional lo anterior significó “...un fortalecimiento de la función judicial y un compromiso férreo de los servidores públicos con la consecución de la justicia material”⁵⁷.

Pero más allá del sistema procesal adoptado por cada una de las ramas del derecho, lo que resulta importante, traídas las voces de la Corte Constitucional es que “los jueces de la República “son los primeros llamados a ejercer una función directiva en la conducción de los procesos a su cargo, para lo cual el Legislador les ha otorgado la potestad de asegurar, por todos los medios legítimos a su alcance, que las diferentes actuaciones se lleven a cabo”⁵⁸.

Para ello, se exige del juez/a que no solo aplique en forma irrestricta la ley, sino que sea consciente de las realidades que subyacen al debate jurídico que le ha sido planteado por las partes⁵⁹, y en ese sentido, la Corte Constitucional ha indicado que: “El Juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material”⁶⁰

El derecho sustancial, concatenado con la búsqueda de la verdad como expresión de la justicia material, impone en cabeza del juez/a –como director/a del proceso– la tarea de procurar, entonces, por una adecuada pugna entre las partes. Esto no puede darse en cada proceso cuando entre ellas no hay similitud de circunstancias, evento que ocurre en la mayoría de los casos, por no decir que en la totalidad de los litigios.⁶¹

Ahora bien, en principio, el desarrollo de un proceso judicial, implica la existencia de una serie de deberes, obligaciones y cargas en cabeza de todos los sujetos

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU- 768 de 2014

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-086/16

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-768 de 2014.

⁶¹ Corte Constitucional, Sentencia T-074-18

que intervienen en él. El juez y las partes, incluso terceros, tienen su razón de ser “*ya sea para asegurar la celeridad y eficacia del trámite procesal, proteger a las mismas partes e intervinientes o bien para prevenir situaciones que impliquen daño o perjuicio injustificado a todos o algunos de ellos*”⁶². Esta idea está constitucionalmente respaldada en el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política: es un deber de todos los ciudadanos colaborar al adecuado desarrollo de la administración de justicia.

Ahora bien, tratándose de cargas probatorias, la Corte Suprema de Justicia ha dicho⁶³ que “*las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso*”. Asimismo, la Corte Constitucional opina que:

*“Una característica de las cargas procesales es entonces su carácter potestativo (a diferencia de la obligación procesal), de modo que no se puede constreñir a cumplirla. Una característica es que la omisión de su realización “puede traer consecuencias desfavorables para éste, las cuales pueden ir desde la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal hasta la pérdida del derecho material”*⁶⁴.

Ahora bien, en los estrados judiciales se encuentra decantado, que una de las cargas más importantes en cabeza de cada uno de las partes es la de probar los hechos que se invocan, bien como sustento de las pretensiones, bien de las excepciones que las resisten.⁶⁵ Esto es conocido como el principio de **onus probando**, cuyo incumplimiento tiene por consecuencia irremediable la de desestimar los reclamos expuestos en las pretensiones o excepciones, en tanto

⁶² Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-1104 de 2002. Ver también C-1512 de 2000, C-662 de 2004 y C-279 de 2013, entre otras.

⁶³ Sala de Casación Civil, M.P. Dr. Horacio Montoya Gil, auto del 17 de septiembre de 1985, que resolvió una reposición, Gaceta Judicial TOMO CLXXX – No. 2419, Bogotá, Colombia, Año de 1985, pág. 427.

⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-1512 de 2000.

⁶⁵ Ver por ejemplo el artículo 167 del CGP

que de ningún manera es suficiente para el juez, el mero discurso de las partes en lo que respecta a las circunstancias en como acaecieron los supuestos fácticos que dieron lugar a la controversia sin prueba que lo sustente. Devis Echandía, en su conocida obra⁶⁶, trata con amplitud todo lo atinente a la prueba y puntualmente lo referente al concepto de carga y de carga de la prueba, con prolífica cita de los autores tradicionales más importantes que se han ocupado de la cuestión (Carnelutti, Couture, Sentís Melendo, Rosenberg y Micheli). En una primera aproximación el profesor Devis en su mentada obra define a la carga “....como un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables”. Por su parte, el maestro Adolfo Alvarado Velloso⁶⁷, plantea que las cargas son imperativos jurídicos que, con motivo del proceso, una parte tiene respecto de sí misma (imperativo del propio interés).

No obstante, la carga de prueba admite excepciones, (i) hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas y (ii) cuando se avizoren desequilibrios o desigualdades entre las partes que integran la *litis* en relación a las posibilidades de uno y otro para probar los hechos que alegan. Tales circunstancias comprenden la llamada teoría de las *cargas dinámicas* “fundada en los principios de solidaridad, equidad (igualdad real), lealtad y buena fe procesal, donde el postulado “*quien alega debe probar*” cede su lugar al postulado “*quien puede debe probar*”⁶⁸. Veamos a continuación entonces, lo concerniente a la carga dinámica de la prueba.

7.2. Carga dinámica de la prueba

En lo que respecta a la teoría de la carga dinámica de la prueba, la implementación de dicha teoría fue inicialmente producto de un trasegar

⁶⁶ Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I. Ed. Temis. 2014

⁶⁷ Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Primera parte, pags. 252/253. Ed. Rubinzal-Culzoni.-

⁶⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-741 de 2004 y T-346 de 2011, entre otras.

jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia, como los que más adelante se mencionan.

Luego, la Corte Constitucional sostuvo que en el contexto del activismo judicial, una vez que se verifica la existencia de desigualdades entre las partes, *“la carga probatoria se invierte, pues ahora corresponde probar la razonabilidad y proporcionalidad del trato a quien lo otorga”*⁶⁹.

Pero veamos algunos extractos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación al tema:

Corte Suprema de Justicia, SC del 18 de enero de 2010, Rad. 2001-00137-01

“Relativamente a la carga de la prueba, es ineludible asentar aquí, sin necesidad de adentrarse en interesantes discusiones sobre el tema, y dejando de lado otros aspectos no menos relevantes, que las reglas de distribución que gobiernan la materia comportan, entre otras, las siguientes trascendentales consecuencias: de una parte, la de determinar cuál de las partes de un litigio asume el riesgo que se deriva de la circunstancia de que un hecho medular no esté suficientemente probado en el proceso; y, de otra, la de fijar el sentido de la decisión que el juez deberá adoptar ante la anotada omisión, vale decir, que desde este punto de vista las normas concernientes con la distribución del ‘onus probandi’ encarnan una verdadera regla de juicio en cuanto prefiguran la resolución judicial; por supuesto que aquél resolverá adversamente a quien teniendo la carga de probar ese hecho no la satisfizo.

”Desde esta perspectiva, la regla de distribución de la carga probatoria adquiere una especial dimensión en cuanto contribuye vigorosamente a la eficacia del proceso, habida cuenta que a pesar de las omisiones en materia demostrativa, éste concluirá inevitablemente en una sentencia, de modo que no queda espacio para la justicia privada.

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-835 de 2000.

Corte Suprema de Justicia, SC del 30 de enero de 2001, Rad. 5507.

“Aunque para la Corte es claro que los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al médico, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado), y que en torno a ese panorama axiológico debe operar el principio de la carga de la prueba (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil), visto con un sentido dinámico, socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones, pues éste es el principio implícito en la norma cuando exonera de prueba las afirmaciones o negaciones indefinidas, precisamente por la dificultad de concretarlas en el tiempo o en el espacio, y por ende de probarlas, resulta pertinente hacer ver que el meollo del problema antes que en la demostración de la culpa, está es en la relación de causalidad entre el comportamiento del médico y el daño sufrido por el paciente, porque como desde 1940 lo afirmó la Corte en la sentencia de 5 de marzo, que es ciertamente importante, ‘el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputan, sino cuando éstas hayan sido determinantes del perjuicio causado’” (subrayas ajenas al texto).

Corte Suprema de Justicia, SC del 7 de diciembre de 2012, Rda. 2001-00049-01.

“Igualmente cabe resaltar, que la jurisprudencia ha ido tomando en cuenta teorías propias de las tendencias modernas del Derecho Probatorio, que propugnan por la flexibilización de los reseñados principios, como es el caso de la tesis acerca de la ‘carga dinámica de la prueba’, que en ocasiones viabiliza imponer al sujeto procesal que se encuentre en mejores

condiciones o en posición más favorable, la aportación del elemento de juicio necesario para la acreditación o esclarecimiento de los hechos controvertidos”.

Corte Suprema de Justicia, SC del 11 de mayo de 2013, Rad. 2005-00025-01

“Esta última referencia es particularmente importante en situaciones excepcionales, en las que exista una evidente dificultad probatoria para el paciente o sus familiares en orden a obtener los medios de prueba que sirvan para acreditar la culpa médica, y por el contrario, por cercanía o disponibilidad, la demostración de la diligencia resulte de mayor facilidad para el facultativo o la institución hospitalaria demandada. En tales supuestos, obviamente, debe existir suficiente claridad en cuanto a la distribución probatoria que se determine para el caso particular, adoptada en el momento procesal oportuno y garantizando la adecuada defensa y contradicción de las partes. Al respecto, resulta pertinente tener presente, como criterio interpretativo mientras entra en vigor, que el inciso 2º del artículo 167 de la Ley 1564 de 2012, que adoptó el Código General de Proceso, luego de señalar que ‘[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen’, introduce explícitamente el concepto de carga dinámica de la prueba en los siguientes términos: ‘(...)’”.

Corte Suprema de Justicia, SC12449 del 15 de septiembre de 2014, Rad. 2006-00042-01

“(…) El régimen que gobierna la eventual responsabilidad está marcado por el de culpa probada empero e igualmente, su disciplina probativa no debe responder a la rigidez de antaño, sino que, ya el médico ora el paciente, debe asumir ese compromiso demostrativo, atendiendo la real posibilidad de hacerlo; aquél que se encuentre en mejores condiciones para acreditar

los supuestos de hecho configurantes del tema a establecer, deberá asumir esa carga”.

Corte Suprema de Justicia, SC-12947 del 15 de septiembre de 2016. Proceso 2001-00339-01

“De lo expuesto surge que ante el requerimiento de definir la responsabilidad de un profesional de la medicina o del establecimiento hospitalario, la carga probatoria tendiente a acreditar los elementos de la misma queda subsumida, en línea de principio, en las reglas generales previstas en los artículos 1604 del C.C. y 177 del C. de P.C., en otros términos, debe ser asumida por parte del actor. No obstante, como lo ha venido señalando la jurisprudencia, a quien, en últimas, le corresponde acometer ese compromiso es aquel litigante que esté en mejores condiciones para la acreditación del hecho a probar (carga dinámica de la prueba), determinación a cargo del funcionario, según su criterio, aunque referido a circunstancias objetivas que develen la real posibilidad de que una u otra parte sea la llamada a ejercer ese rol”.

Corte Suprema de Justicia, SC-7110-2017 del 24 de mayo de 2017, Rad. 2006-00234-01

“La diferencia entre obligaciones de medio y de resultado, por tanto, sirve para facilitar y solucionar problemas relacionados con la culpa contractual médica y su prueba, sin perjuicio, claro está, de otras reglas de morigeración, cual ocurre en los casos de una evidente dificultad probatoria para el paciente o sus familiares, todo según las circunstancias en causa, introducidas ahora por el artículo 167 del Código General del Proceso”.

Por su parte, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, Rad. 2000-09610, señaló: “Sin embargo se advirtió en la práctica judicial que la aplicación de esa regla probatoria traía mayores dificultades de las que podría ayudar a solucionar, pues la definición de cuál era la parte que estaba en mejores condiciones de probar

determinados hechos relacionados con la actuación médica, sólo podía definirse en el auto que decreta las pruebas y nunca en la sentencia. Lo contrario implicaría sorprender a las partes atribuyéndoles los efectos de las deficiencias probatorias, con fundamento en una regla diferente a la prevista en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en un momento procesal en el que ya no tenían oportunidad de ejercer su derecho de defensa aportando nuevas pruebas.”

Y no fue sino hasta la promulgación de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso (en adelante C.G.P.) , que pudo consagrarse en la ley procesal; es así que el artículo 167 del C.G.P., a cuyas voces se acude, establece el principio *onus probando* a la vez que las situaciones ante las cuales éste debe ceder.

“Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.

La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares”.

Pese a la consagración legal de la teoría de la carga dinámica de la prueba, el asunto en principio, no se tornó como pacífico, pues pese que para ciertos casos podría considerarse clara su aplicación, en algunos eventos su alcance era difuso,

en tanto que su tenor literal lo mostró como un remedio para aquellas situaciones de evidente desigualdad y dificultad probatoria, pero el descender a asuntos donde no era clara la disparidad de las condiciones de igualdad constituyó su compleja aplicabilidad .

Como consecuencia de lo anterior, la Corte Constitucional, en el contexto de una acción pública de inconstitucionalidad, profirió la sentencia C-086 de 2016, siendo Magistrado Ponente el doctor Jorge Iván Palacio Palacio, en la cual examinó la constitucionalidad del artículo 167 del C.G.P., concluyendo que la expresión acusada, “podrá”, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, pues la persistencia de la regla general del *onus probando* “*no se refleja como irrazonable ni desproporcionada. En efecto, responde a fines constitucionalmente legítimos: ejercer os derechos con responsabilidad y colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia, contribuir al esclarecimiento de la verdad en el marco de un proceso judicial, asegurar la prevalencia del derecho sustancial y velar por la vigencia de un orden justo*”⁷⁰ .

Igualmente, en la misma sentencia la Corte Constitucional consideró que “*imponer al juez la obligación de acudir en todos los eventos a la institución de la carga dinámica de la prueba, y no de manera ponderada de acuerdo con las particularidades de cada caso y los principios generales de la Ley 1564 de 2012, significaría alterar la lógica probatoria prevista en el estatuto procesal diseñado por el Legislador, para en su lugar prescindir de las cargas procesales razonables que puede imponerse a las partes y trasladar esa tarea únicamente al juez*”⁷¹ .

No obstante, el mismo tribunal fue enfático al señalar que el juez deberá estar atento a identificar la verificación de las circunstancias bajo las cuales deba darse aplicación al concepto de la carga dinámica en cabeza de la parte que se encuentre en mejores posibilidades para probar un hecho.⁷²

⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia C – 086 de 2016.

⁷¹ *Ibídem.*

⁷² *Ibídem.*

Amén de lo anterior, debe llamar la atención que la carga dinámica de la prueba ha de ser abierta a multiplicidad de casos, con mayor énfasis a aquellos en los cuales pueda estar involucrado un sujeto con protección especial constitucional. En efecto, la inversión en la carga de la prueba, en palabras de la Corte Constitucional se predica de algunos sujetos de especial protección, y que históricamente han sido objeto de discriminación como lo sostuvo en la Sentencias T-314 de 2011:

“Para la Sala no es ajeno que en muchas ocasiones los actos discriminatorios son de difícil o compleja prueba. En virtud de ello la jurisprudencia ha señalado que en casos de discriminación la carga de la prueba se traslada a la persona que pretende tratar de forma diferenciada a otra y no en quien alega la vulneración del derecho a la igualdad. Lo anterior encuentra sustento en la naturaleza misma del acto sospechoso y en la necesidad de proteger a las personas o colectividades señaladas anteriormente. Es claro que ante la complicada pero no imposible prueba de los actos discriminatorios, es la persona de quien se alega la ejecución del acto discriminatorio la que debe desvirtuar la presunción de discriminación. Aunque lo anterior no riñe con que la persona afectada aporte las pruebas en el evento que pueda hacerlo. Así, el sujeto pasivo de la discriminación deberá demostrar (i) que la persona se asocia o hace parte de un grupo históricamente discriminado; (ii) que en una situación similar, otras personas que no son del grupo sospechoso no han recibido el mismo trato frente a la misma situación; y (iii) que el trato diferenciador haya ocasionado daño o permanezca en el tiempo.” (énfasis fuera de texto).

En ese contexto, cuando la tarea sea de desvirtuar la presunción de discriminación, el operador judicial ha de considerar, entre otros, reglas de interpretación válidas, como lo es la implementación de la sana crítica.

7.3. La valoración probatoria a partir de las reglas de la sana crítica

La prueba sirve para encontrar correspondencia entre una tesis fáctica hipotética y una realidad empírica. Por ello, la decisión judicial debe fundarse en una reconstrucción de los hechos que corresponda a la realidad empírica de ellos, en tanto esto se encuentre confirmado por las pruebas, de manera individual y en conjunto. Al respecto, el máximo tribunal constitucional opina:

“En términos de la sana crítica como examen o juicio libre de error o vicio, el razonamiento probatorio puede ser considerado como un procedimiento racionalmente controlable, es decir, puede hablarse de un marco de posibilidades en el cual es posible plantear la “racionalidad del razonamiento”, con ajuste a criterios de análisis y valoración de la prueba, fundamentados en principios de racionalidad general. Por esta vía se trata de establecer cómo se realiza la valoración conjunta de medios de prueba individualmente apreciados los cuales resultan convergentes, en tanto tienden a confluir en un resultado común”⁷³.

Así entonces, el/la juez/a aplica las reglas de **la sana crítica** y debe valorar la prueba considerando la eficacia, pertinencia, utilidad e idoneidad de la prueba, a través de las reglas de la ciencia, la lógica y las máximas de la experiencia. Lo anterior bajo el entendido de que las **reglas de la sana crítica** son las reglas del correcto entendimiento humano. En voces del maestro Jairo Parra Quijano: “Cuando se dice que las pruebas se apreciarán de conformidad con las reglas de la sana crítica, no se está haciendo referencia a una sujeción del juez a la ley (tarifa legal), que le establece el valor a la prueba, ni tampoco a una absoluta libertad que implicaría arbitrariedad, sino a una libertad reglada, ya que el juez debe tener en cuenta para valorar la prueba los excedentes extralegales que son: las reglas de la experiencia, las de la lógica, de la ciencia y de la técnica.”⁷⁴. Incluyen las reglas de la lógica y las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el fallador pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial) con arreglo a la sana razón y a un

⁷³ Ídem.

⁷⁴ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3069/7.pdf>

conocimiento experimental de las cosas⁷⁵. Por tal motivo se alude a la lógica, por enmarcarse dentro de las leyes del conocimiento⁷⁶.

En esa medida, la expresión sana crítica, conlleva la obligación para el juez de analizar en conjunto el material probatorio para obtener, con la aplicación de las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia, la certeza que sobre determinados hechos se requiere para efectos de decidir lo que corresponda⁷⁷. Como bien lo ha consagrado la generosa jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, al decir que:

“El acto de apreciación probatoria mental que tiene por fin conocer el mérito que pueda inferirse del contenido de la prueba. De ahí que cuando se habla de apreciación o valoración probatoria se parte de un estudio crítico individual y de conjunto de los elementos de juicio allegados válidamente al proceso, motivo por el cual el funcionario judicial debe examinar la credibilidad, fiabilidad o confianza que le merece la probanza y, posteriormente, examinarla en su conjunto.

Dicho de otra manera, en la apreciación de los medios de prueba solamente se deben estimar aquellos en cuyo proceso de aducción y producción se respetaron todos sus ritos, luego se debe verificar su pertinencia, conducencia y utilidad frente al convencimiento del funcionario judicial, para seguidamente proceder a realizar una reconstrucción histórica del acontecer fáctico en discusión, teniendo como únicos parámetros los postulados que informan la sana crítica, formando de esa manera un todo sintético, coherente, lógico y concluyente.”⁷⁸

En este sentido, la citada jurisprudencia resalta que en la apreciación de los medios de prueba es viable estimar aquellos en cuyo proceso de aducción y

⁷⁵ Sentencia C-622 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz.

⁷⁶ Azula Camacho, Jaime. Manual de Derecho Procesal civil, Teoría General del Proceso, Tomo VI. Editorial Temis, Bogotá, 2015. Página 66.

⁷⁷ López Blanco, Hernán Fabio. Procedimiento Civil, Tomo III. Segunda Edición. DUPRE Editores. Bogotá, 2008. Página 79.

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 19 de octubre de 2006, Proceso 22898. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.)

producción se respetaron todos sus ritos, para enseguida verificar su pertinencia, conducencia y utilidad frente al convencimiento del funcionario judicial, para que finalmente proceder a realizar una reconstrucción histórica del acontecer fáctico en discusión.

Pero en ese camino de la prueba hasta llegar a su valoración por parte del encargado de administrar justicia se presentan dos momentos o estadios: (i) la valoración de validez de la prueba: consistente en que el medio de prueba aducido o practicado en el plenario cumpla a cabalidad con los presupuestos de tipo legal y constitucionalidad, esto es, que en su recaudo o práctica se haya verificado que el medio probatorio no transgrede derechos fundamentales (ilicitud constitucional) o que se haya superado el camino de la prueba acorde con las reglas procesales establecidas para dicho fin, aporte o petición en tiempo, decreto previo, ejercicio de la contradicción a la contraparte, para que pueda ser sometida a su valoración. (ii) La valoración en conjunto de la prueba: teniendo claro cuales son los medios probatorios que pueden ser valorados, se procede a su juicio crítico del alcance individual al razonamiento en conjunto de las pruebas, que conllevan a emitir las conclusiones sobre los hechos materia de prueba y las corroboraciones de las tesis en pugna planteadas por las partes.

Es precisamente en este punto donde el juez se enfrenta al deber de emitir su fallo basado en las pruebas recaudadas dentro de un proceso, con la exigencia de evaluar según aquellos criterios útiles para dar el alcance de lo que él, en su cosmovisión individual, consideró lógico.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia T-338 de 2018, plantea que las máximas de la experiencia constituye una conclusión empírica fundada sobre la observación de lo que ocurre comúnmente como criterio aceptado para la valoración probatoria:

“las máximas de la experiencia son aquellas reglas de la vida y de la cultura general formadas por inducción, que constituyen una vocación espontánea o provocada de conocimientos anteriores y que se producen en el pensamiento como insumos de consecutivas inferencias lógicas. Una

*máxima de experiencia por definición es una conclusión empírica fundada sobre la observación de lo que ocurre comúnmente, es decir, un juicio hipotético de contenido general, sacado de la experiencia y tomado de las distintas ramas de la ciencia. La sentencia que razona en contra de esas máximas, o que se funda en pretendidas reglas de experiencia inexistentes, contiene un vicio indudable en su motivación.”*⁷⁹.

En ese proceso de valoración, ha de considerar ponerse en el lente del juzgador la eliminación de los estereotipos en razón al género para discernir en plan de igualdad material.

7.4 La eliminación de estereotipos en la valoración probatoria

Ya se dijo que se le exige al juez que valore la prueba en su conjunto y emita sus consideraciones basadas en la sana crítica, desarrollando un juicio personal restringido, pero también un juicio de lo aceptado por la generalidad de las personas. Este juicio valorativo debe dar plena garantía al principio de *igualdad y no discriminación*, para que a su vez se garantice la tutela judicial efectiva⁸⁰. En consecuencia, el deber constitucional de impartir justicia exige que los funcionarios judiciales se desprendan de prejuicios socio-culturales que engeezcan la visión objetiva a la hora de valorar la prueba y dictar una sentencia en un caso donde una mujer ha sido víctima de violencia⁸¹.

Estos prejuicios socio-culturales son producto de una sociedad patriarcal⁸²; es lo que ha dado en denominarse los **estereotipos en razón al género**⁸³. En muchos casos, al ser éstos estereotipos considerados como reales, han impedido que el

⁷⁹ Sentencia T-338 de 2018. M.P. GLORIA ESTELLA ORTIZ DELGADO

⁸⁰ Sentencia T-145-17

⁸¹ Ídem

⁸² Se estima, entonces, al patriarcado, en esta lectura, como un sistema político-histórico-social basado en la construcción-legitimación de desigualdades (asimetrías constitutivas-constituyentes) que impone la interpretación de las diferencias anatómicas entre hombres y mujeres, construyendo jerarquías. La superioridad queda a cargo del género masculino y la inferioridad asociada al género femenino. Los sistemas patriarcales introducen el dominio sobre las mujeres y los niño/as, ancianos/as, es decir todos los no-hombres. Los hombres no sólo conducen sino que obligan a ser acatados, es más todas las demás criaturas adquieren el carácter de infantes: in-faleres (sin palabras).

⁸³ <https://www.alainet.org/es/active/23185>

juez de la causa profiera decisiones ajustadas a la verdadera realidad de los hechos, y por el contrario, valorar la prueba orientada hacia la discriminación por una creencia infundada⁸⁴.

Para comprender esquemáticamente y desde lo metodológico la forma en que se ha desarrollado el estudio de la perspectiva de género en la valoración probatoria es pertinente estudiar los siguientes casos abordados por la Corte Constitucional, a fin de establecer la forma en que el juez podría metodológicamente emitir una providencia con enfoque diferencial en la valoración probatoria en los asuntos judiciales donde la mujer es víctima de violencia.

Procedamos al análisis de dos sentencias hitos que nos permite comprender conceptual y metodológicamente la forma en que la Corte Constitucional procedió a tutelar los derechos fundamentales de la parte accionante, por encontrar transgredidos sus derechos al debido proceso dentro de una decisión judicial, precisamente por haber adoptado su sentencia el juzgador con un sesgo estereotipado.

⁸⁴ Ver entre otras Sentencias T-338/ 2018 y T-145-17

8.- ANÁLISIS DE CASOS DE VALORACIÓN PROBATORIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN ASUNTOS DE FAMILIA POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

En efecto, en líneas pasadas se dijo que la perspectiva de género implica hacer realidad el derecho a la igualdad, respondiendo a la obligación constitucional y convencional de combatir la discriminación por medio del quehacer jurisdiccional para garantizar el acceso a la justicia y remediar, en un caso concreto, situaciones asimétricas de poder.

En los casos que ponemos de presente, se recoge en gran medida la jurisprudencia de la Corte Constitucional, lo que nos sirve de insumo de análisis para extraer de ella su *ratio decidendi*, para luego proponer una metodología de aplicación de perspectiva de género teniendo como referente dichos pronunciamientos.

Caso 1: Sentencia T- 967 de 2014, a través la cual se analizan los derechos humanos de la mujer, los cuales no pueden ser anulados por otros derechos, como el derecho a la propiedad y el derecho a la intimidad en casos de violencia intrafamiliar. Se efectúa un estudio de valoración probatoria con perspectiva de género en un asunto de la jurisdicción de Familia.

Sinopsis fáctica: La señora XXX solicitó el divorcio civil a su esposo ante la jurisdicción de familia, por estimar que se configuró la causal 3ª del artículo 154 del Código Civil, referente a “*ultrajes, tratos crueles y maltratamientos de obra*”. Para probar su alegato, la accionante relacionó diversas situaciones en las que su esposo la agredió a partir de insultos, gritos, actitudes celosas y posesivas, agresiones verbales y físicas, entre otras. En dicho proceso la accionante presentó varias pruebas documentales y testimoniales que, a su juicio, no fueron valoradas debidamente.

En dicho proceso se desestimaron las pretensiones de la demandante, por cuanto

el Juzgado 4º de Familia de Bogotá consideró que no se probaron agresiones físicas y psicológicas, que configuraran la causal alegada.

Por tanto, la demandante instauró acción de tutela contra el referido juzgado. La accionante estimaba que las pruebas habían sido valoradas indebidamente y se desconoció los episodios de violencia física y psicológica a la que fueron sometidas ella y sus dos hijas menores.

Las instancias declararon improcedente la acción de tutela debido a que la actora no propuso el recurso de apelación en el proceso civil de divorcio, como lo alegó la demandante.

En la sentencia de la Corte, se plantea como un problema jurídico principal a resolver el establecer si los derechos al debido proceso, a la igualdad, a la intimidad, a la libertad de movimiento y a la protección de la familia invocados por xxx, fueron vulnerados por el Juzgado 4º de Familia de Bogotá, al no valorar integralmente las pruebas presentadas en el proceso de divorcio.

Parte la Corte haciendo referencia a la “violencia contra la mujer como una forma de discriminación”, aborda para ello el estudio del “Principio de igualdad y no discriminación”, el mismo que ha sido desarrollado a partir de herramientas presentes tanto en el plano internacional como en el ordenamiento jurídico interno. Por ello trae a colación la normatividad internacional y luego la regulación patria que aborda el estudio de este principio; define lo que es violencia doméstica o intrafamiliar; los tipos de violencia y en particular la violencia psicológica.

Finalizado este primer contexto normativo y conceptual, desciende al tema de “La administración de justicia en perspectiva de género”, partiendo de la idea de *“para esta Corte es claro que, de los mandatos contenidos en la Constitución y en las Convenciones sobre protección a la mujer⁸⁵, se deduce que el Estado tiene obligaciones ineludibles en torno a la eliminación de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida contra una persona por razón de su sexo.”*

⁸⁵ Reseñadas en los párrafos 26 a 29 de esta sentencia

Advierte la Corte que “**en materia civil y de familia**, la perspectiva de género, también debe orientar las actuaciones de los operadores de justicia, en conjunto con los principios constitucionales y la especial protección otorgada a la mujer, cuando es víctima de cualquier tipo de violencia.” (negrillas fuera del texto original)

Se pregunta luego la Corte, “¿**es posible mantener el velo de la igualdad de armas sin que ello implique el desconocimiento de las obligaciones estatales de prevenir, investigar y sancionar cualquier tipo de violencia contra la mujer?**”. Este es el gran lindero al que se ve enfrentado el juzgador cuando debe ponderar la igualdad procesal de las partes conforme lo exige la Constitución Política y la igualdad material de las mujeres víctimas de violencia que hace parte de este litigio y que por diversas condiciones como “la falta de recursos económicos, la vergüenza, las amenazas, las intimidaciones, las distancias físicas o geográficas, la falta de orientación, la invisibilización, los estereotipos de género presentes en los operadores jurídicos, entre otras situaciones, son factores que permiten concluir que bajo una perspectiva de género una víctima de violencia en Colombia no llega en igualdad de armas procesales a un proceso civil o de familia.”

Al efectuar el análisis del caso concreto puntualiza que: “(...) esta Sala estima que sí se configura el defecto fáctico y la violación directa a la Constitución, debido a que la valoración que hace la Juez 4ª de Familia de Bogotá contribuye a normalizar el conflicto intrafamiliar, pues lo ve como un aspecto trivial y cotidiano, que deben soportar los miembros de la familia. Esta mirada contiene diversos estereotipos de género que no pueden seguir pasando por alto, en las esferas judiciales.”

“Detrás de ese argumento, está la idea de que la mujer debe soportar las peleas y los maltratos (así sean mutuos) por varios años (desde 2007) y buscar la forma de adaptarse al conflicto, pues si no se llega a los “golpes”, el conflicto no amerita la disolución del matrimonio. Se privilegia entonces ese vínculo, por encima de la salud mental de los miembros de la familia”.

Señala la Corte la necesidad de emplear perspectiva de género para sustentar la *flexibilización de la prueba* en tratándose de violencia al interior del hogar: “*En efecto, esta Sala Recuerda que, como se explicó con anterioridad, la violencia psicológica y doméstica que ocurre en el hogar tiene una dificultad probatoria muy alta si se verifica desde los parámetros convencionales del derecho procesal, debido a que el agresor busca el aislamiento y el ocultamiento de los hechos violentos. Por tanto, es claro que las víctimas de tales agresiones tienen como única posibilidad de protección abrir los espacios de intimidad familiar a sus más allegados. En esa medida, **desde una perspectiva de género, es necesario que los operadores de justicia, empleen la flexibilización de esas formas de prueba, cuando se denuncia la violencia al interior del hogar.***” (negritas y subrayas fuera del texto)

Por lo argumentado la Corte tutela los derechos invocados por la accionante y deja sin efectos la sentencia objeto de revisión constitucional. Aprovecha en su parte resolutive para insistir en la necesidad de capacitar y brindar herramientas a los jueces para que apliquen perspectiva de género en sus decisiones: “*esta Sala exhortará al Congreso y al Presidente de la República para que, de acuerdo a sus respectivas funciones, **emprendan las acciones pertinentes que permitan reconfigurar los patrones culturales discriminatorios y los estereotipos de género presentes aún en los operadores de justicia en Colombia.***” A fin de prevenir decisiones como la que es objeto de estudio. Por ello también en esta decisión obliga a los jueces para que se capaciten en derecho de género “*Lo anterior, a fin de promover la creación de nuevos marcos interpretativos en perspectiva de género, **que permitan la real y efectiva reconfiguración de patrones culturales y estereotipos de género discriminatorios***”. (los resaltados con negritas y subrayas están por fuera del texto).

Caso 2: Sentencia T- 338 de 2018. Análisis del derecho fundamental de la actora al debido proceso, por indebida valoración de las pruebas por parte del juzgador dentro de un proceso de Familia.

Sinopsis fáctica: La Corte Constitucional estudió la acción de tutela, instaurada por una mujer que denunció agresión física y psicológica de su expareja, en contra del Juzgado de Familia, por considerar que este vulneró su derecho fundamental al debido proceso, al determinar que la accionante incumplió la medida de protección a favor de su hija, bajo el argumento de que la actora incurrió en actos de violencia en presencia de la menor de edad, dentro del incidente de desacato de la medida de protección iniciado en contra de su antiguo compañero.

En particular, la peticionaria afirmó que la autoridad judicial omitió valorar los actos de violencia probados en el proceso cometido por WEGD –antiguo compañero– quien la agredió física y psicológicamente en diferentes oportunidades mientras vivían juntos porque siempre tenía sospechas que ella era infiel. Cuando la actora se fue de la casa con su hija la situación empeoró, pues en diferentes ocasiones la amenazó con arrojarle ácido o quitarle la vida si no volvía con él, al punto de que se tuvo que ir a vivir a una casa refugio para esconderse de su agresor. A pesar de lo anterior, la juez le impuso la misma sanción que a su agresor.

La Corte reiteró su jurisprudencia sobre el principio de igualdad y la utilización de la violencia física, sexual y psicológica contra la mujer como forma de discriminación.

Adicionalmente, la sentencia llamó la atención sobre el papel que ejerce el Estado a través de sus jueces y magistrados y de su obligación de prevenir y propiciar a las mujeres una vida libre de violencias en el derecho civil y el derecho de familia.

Concluye en el caso concreto que: “De la revisión de las pruebas anteriormente mencionadas, esta Sala cuestiona por qué el Juzgado demandado no las tuvo en cuenta como hechos indicativos de violencia física y psicológica contra la accionante y su hija, según lo explicado en las consideraciones de esta sentencia, y conforme a ello, analizar si efectivamente la accionante incumplió la medida de protección en contra de su hija, o si sus acciones constituyen una reacción a los actos de acoso y violencia cometidos por el señor WEGD en su contra. En este caso, no bastó con declarar el incumplimiento por parte de la peticionaria, sino que el demandado impuso exactamente la misma sanción que a su agresor, con lo

cual contribuye a invisibilizar la violencia contra las mujeres, al ignorar su obligación de tener perspectiva de género. No analizó proporcionalidad y razonabilidad al imponer la sanción y equiparar las dos conductas.”

Reitera nuevamente que parecería que contra la mujer, sólo los casos de mayor “gravedad”, tienen respuestas estatales que involucran la perspectiva de género en la administración de justicia, por lo que la perspectiva de género en la administración de justicia, sólo se aplica en los procesos judiciales, con sus limitaciones propias, cuando está en riesgo grave la integridad física y/o la vida de las mujeres; es decir en materia penal. En esa medida, resaltó la necesidad de fortalecer la intervención de todos los jueces en los casos de maltrato doméstico y psicológico, con el fin de que estos casos trasciendan al ámbito público y no permanezca dentro de la esfera privada. En este sentido, resaltó que en ningún caso los derechos del agresor pueden ser valorados judicialmente con mayor peso que los derechos humanos de la mujer a su integridad física y mental y a vivir libre de cualquier tipo de violencia.

Con fundamento en lo anterior, la Sala revocó el fallo proferido por el Tribunal Superior y tuteló los derechos fundamentales al debido proceso de la actora- y el derecho a vivir libre de violencia de la accionante.

Adicionalmente, llama la atención en esta reciente sentencia (agosto de 2018) que *“Contrario a lo esperado por parte de la administración de justicia y particularmente de **un juez de familia, omitió la valoración de las pruebas que demuestran los actos de violencia contra la actora y su hija.** En este punto, es importante recordar que tanto el Comité de Naciones Unidas para la verificación de la CEDAW, como esta Corte, han precisado que en ningún caso los derechos de un agresor pueden ser ponderados judicialmente con mayor peso que los derechos humanos de las víctimas de cualquier tipo de violencia. Situación que ocurre en este caso.”* (resaltado con negrillas fuera del texto)

En consecuencia, vuelve y ordena al Consejo Superior de la Judicatura para que exija la asistencia obligatoria de todos los jueces del país de la jurisdicción de familia, a las capacitaciones sobre género que ofrece la Escuela Judicial Rodrigo

Lara Bonilla y la Comisión de Género de la Rama Judicial. Lo anterior, con el fin de fortalecer la creación de nuevos marcos interpretativos en perspectiva de género, que permitan la real y efectiva reconfiguración de patrones culturales y estereotipos de género discriminatorios e impida que se evalúen las pruebas bajo criterios discriminatorios.

Estas dos sentencias son suficientes para recoger el criterio de la Corte Constitucional en materia de aplicación del principio de igualdad y no discriminación para la protección de los derechos de las mujeres al interior de las decisiones judiciales a partir de la exigencia a los operadores de justicia de un enfoque diferencial en razón al género y su propuesta metodológica que la lleva a las conclusiones ya dichas.

Pero al evidenciarse la omisión reiterativa de este propósito también se torna necesario preguntarse el cómo debe entonces asumir el juzgador de instancia la misión de atinar en la función de administrar justicia sin incurrir en actos atentatorios de los derechos fundamentales de las mujeres. Es por ello que luego del estudio en precedencia nos permitimos realizar una propuesta metodológica para aplicar perspectiva de género en la valoración probatoria dentro de una decisión judicial de la jurisdicción civil y de familia (que es factible aplicar en todas las jurisdicciones), ateniendo los lineamientos dados por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, en el proceso de formación de los funcionarios judiciales para la estructuración de una decisión judicial.

9.- PROPUESTA DE UN ORDEN METODOLOGICO DE SUSTENTACION DE UNA DECISIÓN JUDICIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Para el juzgador es importante determinar con cierto grado metodológico la forma en que ha de argumentar su sentencia o providencia, en razón a ello ha de partir de la formulación del problema jurídico o problemas jurídicos, para con base en ellos se identifiquen las premisas normativas o fuentes del derecho que le servirán de sustento para resolver el problema jurídico planteado, y seguidamente se analice el caso concreto donde debe evaluar las pruebas o las tesis centrales de las partes en litigio, para que finalmente emita una conclusión que será la respuesta al problema jurídico. Este sería un modelo de lo expuesto:

1.- Formulación al problema jurídico: girará en torno a verificar si para la decisión que habrá que adoptarse se debe tener en cuenta una perspectiva de género que consulte el interés constitucional de lograr una igualdad material y no meramente formal en favor de la mujer.

-. Por lo general se trata de un problema transversal, subsidiario o previo al problema jurídico principal en debate, pero que sustentará el alcance interpretativo de las normas o de las pruebas del asunto en concreto.

Debe responderse los siguientes interrogantes:

1.- ¿Una mujer hace parte de los extremos de la Litis o de manera extraprocesal podría afectarse con la sentencia?

2.- ¿La mujer fue, sigue siendo, o podría llegar a ser víctima de algún tipo de violencia?

3.- ¿Existe una evidente relación de poder o subordinación?

4.- ¿Está en una categoría de situación de discriminación en razón a su sexo?

R/ Si las respuestas son afirmativas se debe estudiar este asunto con una perspectiva o enfoque de género.

Se debe incorporar la lista de verificación dispuesta en la página de la rama judicial – comisión nacional de género.⁸⁶

2.- Premisas normativas: Algunas de las normas que pueden sustentar su decisión pueden ser las siguientes:

2.1.- Jurisprudencia constitucional: Se introduce de manera específica los pronunciamientos emitidos por la jurisprudencia de las Altas Cortes en materia de derecho de género, principalmente aquella que ha establecido que la violencia contra la mujer es un fenómeno que suele estar relacionado con diversas causas *“sociales, culturales, económicas, religiosas, étnicas, históricas y políticas, que opera en conjunto o aisladamente en desmedro de la dignidad”* humana, y que afecta los derechos de un número gravemente significativo de seres humanos. Así, se ha identificado que la violencia contra la mujer es *“una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”*, que conduce a perpetuar la discriminación contra ésta y a obstaculizar su pleno desarrollo.

Pueden servir como referentes:

- C-776 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, Sentencia tutela T-967 de 2014, Sentencia T-338 de 2018

2.2.- La ley 1257 de 2008

2.3.- La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), establece en su Artículo 2. Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas conviene en seguir, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y se

⁸⁶ www.ramajudicial.gov.co

comprometen a: c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

- Convención interamericana para prevenir, castigar y erradicar la violencia contra la mujer – 1994. (Belem do Para)

- Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995), párrafo 118.

2.4.- El artículo 43 de la C.N., establece expresamente “La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”

3.- Premisas fácticas y desarrollo de la argumentación: para el caso concreto y que sustentan una posible situación de discriminación en contra de la mujer identificada en el asunto de marras.

Elabore un juicio preponderante de las herramientas que lo llevaron al convencimiento que para el caso debe considerarse la posibilidad de aplicar una perspectiva de género con el objetivo de igualar las cargas procesales o probatorias, sin que ello implique en absoluto desconocer el derecho de defensa e igualdad de su contraparte.

Tenga en cuenta las premisas advertidas por la jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre la materia, tales como:

- En ningún caso los derechos de un agresor pueden ser ponderados judicialmente con mayor peso que los derechos humanos de las víctimas de cualquier tipo de violencia

- . Tenga en cuenta que una víctima de violencia en Colombia no llega en igualdad de armas procesales a un proceso civil o de familia.
- . No se puede invocar la intimidad y la inviolabilidad de los hogares para justificar agresiones contra las mujeres en las relaciones privadas y domésticas
- . Existen diferentes tipos de violencia contra la mujer (física, psicológica, patrimonial, sexual)
- . Acepte que existen estereotipos en razón al género, identifíquelos y elimínelos en la valoración probatoria.
- . Distribuya la carga probatoria de ser necesario por las condiciones especiales en que se puede enfrentar la mujer víctima de violencia para probar los hechos.

4.- Conclusión: Acorde con el problema jurídico planteado se da una respuesta jurídica que garantice el derecho fundamental a la igualdad material y demás derechos constitucionales de todas las partes del juicio.

De esta forma, es factible realizar un juicio valorativo eficaz de aplicación de perspectiva de género en un caso concreto, conforme lo ha diseñado y exigido la jurisprudencia de la Corte Constitucional y poder así garantizar una tutela judicial efectiva de las mujeres víctimas de la violencia en asuntos civiles y de familia.

CONCLUSIONES

- La perspectiva de género en la administración de justicia, sólo se aplica en los procesos judiciales, con sus limitaciones propias, cuando está en riesgo grave la integridad física y/o la vida de las mujeres; es decir en materia penal.

- El derecho a la igualdad y a la no discriminación ha sido contemplado como una herramienta útil para combatir situaciones de discriminación histórica e inmanente, especialmente hacia cierto grupo de personas consideradas como vulnerables, v. gr., mujeres, personas con identidad de género y orientación sexual diversas, con algún tipo de discapacidad, entre otras.

- Las dimensiones material y de igualdad de trato predicables del derecho a la igualdad, han servido de sustento para que se desarrollen una serie de categorías útiles para la protección del derecho en cuestión. Tales categorías han sido denominadas sospechosas, problemáticas o en principio prohibidas. El contenido de tales categorías no se ha encontrado al margen de toda controversia.

- La Corte Constitucional Colombiana, ha identificado cuatro elementos determinantes, cuya identificación da pie a considerar una categoría como sospechosa. El primero de ellos, cuando la distinción se funda en rasgos que resultan inherentes a las personas, es decir, que de ellos o hay forma de despojarse, v. gr., raza, sexo, identidad de género, etnia. El segundo, cuando la categoría efectúa una distinción de trato que históricamente ha sido empleada para discriminar. En tercer lugar, tales categorías de distingo suelen ser dirigidos a grupos de personas que no poseen representación política o bien resulta ser escasa. Por último, se considera sospechosa una categoría cuando no se mira como un criterio racional para distribuir derechos y obligaciones en una sociedad.

- El juez se encuentra en la obligación de aplicar un “test estricto de igualdad”, en el cual el operador judicial deberá determinar la existencia de justificaciones al trato diferenciado, a saber, (i) si se pretende alcanzar un fin constitucionalmente imperativo, (ii) que sea adecuado e indispensable para dar cumplimiento a dicho

fin y (iii) que sea proporcionado, en la medida en que sean mayores los beneficios que sus costos, en tratándose de lesión a derechos.

-. Los *enfoques diferenciales*, que no es más que una herramienta analítica y metodológica empleada para identificar a aquellos, en la medida en que han sido objeto de tratos discriminatorios de forma arbitraria, de manera que de una u otra forma hayan sido privados del pleno ejercicio de sus derechos; a la vez que permite determinar las medidas correctivas para los perjuicios irrogados dependiendo del tipo de vulneración.

-. Los jueces de la República son los primeros llamados a ejercer una función directiva en la conducción de los procesos a su cargo, para lo cual el Legislador les ha otorgado la potestad de asegurar, por todos los medios legítimos a su alcance, que las diferentes actuaciones se lleven a cabo.

-. La inversión en la carga de la prueba, en palabras de la Corte Constitucional se predica de algunos sujetos de especial protección, y que históricamente han sido objeto de discriminación.

-. El juez, en aplicación de las reglas de la sana crítica, debe tener en cuenta que al momento de valorar la prueba ha de considerar la eficacia, pertinencia, utilidad e idoneidad de la prueba, a través de las reglas de la ciencia, la lógica y las máximas de la experiencia.

-. Los *estereotipos en razón al género*, que en muchos casos, al ser éstos estereotipos considerados como reales, han impedido que el juez de la causa profiera decisiones ajustadas a la verdadera realidad de los hechos, y por el contrario, valore la prueba orientada hacia la discriminación por una creencia infundada de la realidad, que conduce irremediablemente a una decisión apartada de los lineamientos legales y supraleales imperantes en Colombia.

-. Como lo concluye la Corte “***en materia civil y de familia***, la perspectiva de género, también debe orientar las actuaciones de los operadores de justicia, en conjunto con los principios constitucionales y la especial protección otorgada a la mujer, cuando es víctima de cualquier tipo de violencia.”

- Se impone la necesidad de emplear perspectiva de género para sustentar la *flexibilización de la prueba* en tratándose de violencia al interior del hogar. Desde una perspectiva de género, es necesario que los operadores de justicia, empleen la flexibilización de esas formas de prueba, cuando se denuncia la violencia al interior del hogar.

BIBLIOGRAFIA

- ALICIA E. C. Ruiz. (2009). El género en el derecho. Ensayos críticos. Cuestiones acerca de mujeres y derecho. [archivo PDF]. SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD. Recuperado de: http://www.oas.org/en/sedi/dsi/docs/genero-derecho_12.pdf
- ARRCILA GIRALDO, Beatriz y HOYOS LOAIZA, Juan Carlos, *El rol del juez en el estado social de derecho*. Primera edición, Medellín, Universidad de Medellín, Sello editorial, 2010.
- ARIZA VELASCO, María Patricia. Derecho y Mujer, ayer y hoy. 2 edición, Sello editorial Universidad de Medellín.
- AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal civil, Teoría General del Proceso, Tomo VI. Editorial Temis, Bogotá, 2015.
- BUTLER, J. (1993). Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”. [archivo PDF]. Editorial Paidós: Buenos Aires. Recuperado de: <http://reddesalud.org/wp/wp-content/uploads/2016/05/BUTLER-Judith.-Cuerpos-que-importan.pdf>
- CAÑÓN R. Pedro Alejo. TEORIA Y PRACTICA DE LA PRUEBA JUDICIAL. Legislación-Doctrina Jurisprudencia 1887-2012. ECOE EDICIONES. Segunda Edición. 2013.
- CAPELETTI, Mauro. LA ORALIDAD Y LAS PRUEBAS EN EL PROCESO CIVIL. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1972
- Carta de las Naciones Unidas, arts. 1.3 y 55; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
- CASTAÑO, Luis Ociel, *El juez constitucional y el llamado nuevo derecho*, revista *Ratio Juris*. Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín, 2008.

-COMISIÓN NACIONAL DE GÉNERO Y OTROS (2011) Criterios de Equidad para una Administración de Justicia con perspectiva de género, Bogotá.

-COMISIÓN NACIONAL DE GÉNERO, Colombia. 2012

-. Conferencia Mundial de Derechos Humanos (C.M.D.H.): la Conferencia realizada en Viena en 1993.

-. Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José): aprobada en la Conferencia de los Estados Americanos (OEA) el 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica.

-. Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la Violencia contra la Mujer: mejor conocida como "CONVENCIÓN DE BELEM DO PARA", fue aprobada el 9 de junio de 1994 por la Asamblea General de Estados Americanos (OEA), en su vigésimo cuarto período de sesiones.

-. Convención Interamericana sobre concesión de los Derechos Políticos a la Mujer: aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en el año 1948.

-. Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (C.E.D.M.): fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución 34/180 del 18 de diciembre de 1979, entrando en vigor el 3 de septiembre de 1981.

-. Convención Sobre los Derechos Políticos de la Mujer: aprobada por la Asamblea de la ONU en Resolución 640 de 20 de diciembre de 1952, que recoge en sus 3 primeros artículos, los derechos fundamentales de la mujer en la esfera política.

-. Convención Sobre Nacionalidad de la Mujer: fue suscrita el 26 de diciembre de 1933 por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), que establece la prohibición de discriminar por razón del sexo en materia de nacionalidad.

-.Corte Constitucional, Sentencia C-481 del 9 de septiembre de 1998, M.P: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

- Corte Constitucional, sentencia T-012 de 2016. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional, Sentencia T-087 de 2017. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte IDH Interamericana, Relatoría Sobre los Derechos de la Mujer (2007) Informe de Acceso a la Justicia para las Mujeres víctimas de violencia en las Américas. Disponible en: <http://www.cidh.org/women.htm>.
- Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.
- Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párrafo 109.
- Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil. M.P. MARGARITA CABELLO BLANCO, radicación proceso 2500022130002017-00544-01, sentencia del 21 de febrero de 2018.
- . Cuarta Conferencia Mundial de Beijing, celebrada del 4 al 15 de septiembre de 1995 en Beijing, China.
- .DALTON, Margarita (2014). Mujeres al poder. Impacto de la mayor representación de mujeres en políticas públicas, México, 2014, páginas 18 y 19. [archivo PDF]. México. Cuadernos de divulgación de la justicia electoral, No. 28, CCJE-TEPJF. Recuperado de: <http://www.amij.org.mx/XI%20AGO/Constituci%C3%B3n%20y%20G%C3%A9nero.pdf>
- . Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer: proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2263 del 7 de noviembre de 1967.
- . Declaración Universal de Derechos Humanos: fue aprobada por la Asamblea General de la ONU, en Resolución 217 de 10 de diciembre 1948. Esta declaración

universal, constituye el documento jurídico base, sobre el que se trabaja el tema de los derechos humanos a nivel legislativo.

-.FACIO, A. (1999). Feminismo, género y Patriarcado. En Género y Derecho. [archivo PDF]. Santiago de Chile: CIMA, LOM ediciones/ La Moarada. Recuperado de:

<http://centreantigona.uab.es/docs/articulos/Feminismo,%20g%C3%A9nero%20y%20patriarcado.%20Alda%20Facio.pdf>

-.FACIO, A. (2002). Con los lentes del género se ve otra justicia. [archivo PDF]. Revista EL OTRO DERECHO, número 28. Julio de 2002. ILSA, Bogotá D.C., Colombia. Recuperado de:

http://portales.te.gob.mx/genero/sites/default/files/Alda%20Facio%20Con%20los%20lentes%20del%20g%C3%A9nero_0.pdf

-. FOUCAULT, M. (1976). Historia de la sexualidad, tomo I. Madrid: siglo veintiuno de españa editores, s.a

-.GAMBA, S., (2008). ¿Qué es la perspectiva de género y los estudios de género? Recuperado en mayo de 2018 en la página web:

<http://www.mujaeresenred.net/spip.php?article1395>

-. GARCÍA LOZNO LUISA FERNANDA, *El papel del juez en la sociedad de contrastes, análisis de la autonomía funcional del juez en Colombia*. Primera edición, Bogotá, Ediciones USTA., 2013.

-. GIACOMETTE FERRER, Ana. Introducción a la teoría general de la prueba. Señal Editora: Universidad del Rosario, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 2009.

-. GIACOMETTE FERRER, Ana. TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA. Tercera edición. Ed. Ibañez, Bogotá D.C. Colombia, 2015.

-.GONZALEZ, M. (2008). LA ETICA PATRIARCAL O LA HISTORIA DE LA SUJECIÓN DE LA MUJER [archivo PDF]. Revista Educación en Valores. Universidad de Carabobo. Julio - Diciembre 008 - Vol. 2. Nº 10. Recuperado de:

<http://servicio.bc.uc.edu.ve/multidisciplinarias/educacion-en-valores/v2n10/art12.pdf>

- HINOJOSA, Claudia. Los derechos de las mujeres son derechos humanos. *Mujer/Fempress*, (184-185): 20-21, febrero-marzo 1997.
- . BEGNE, Patricia. Los derechos básicos deben ser iguales para los dos sexos. La mujer debe luchar por la igualdad con la razón y el derecho. *El Nacional*, México, D.F., 31 de mayo 1992. pp. 19-20.
- . JARAMILLO, Isabel Cristina, “La Crítica Feminista al Derecho (estudio preliminar)”, En: *Género y Teoría del Derecho* (Robin West) Uniandes, Siglo del Hombre Editores, 2000
- .LAGARDE, Marcela (1996) *La perspectiva de género, en género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*: ed. Horas y horas, España, 1996. pp. 13-38, Disponible para lectura en <http://es.scribd.com/doc/47793054/Genero-y-Feminismo-Desarrollo-Humano-y-Democracia>
- . LAMAS, Marta. *La perspectiva de género*. México, D.F., Comisión Nacional de Derechos Humanos; Programa Interdisciplinario de Estudios de la Mujer del Colegio de México, 1997.
- . LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *CODIGO GENERAL DEL PROCESO, Pruebas*, DUPRE Editores. Bogotá, 2017.
- . LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil, Tomo III. Segunda Edición*. DUPRE Editores. Bogotá, 2008.
- . MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Fundamentos de Pruebas Judicial Civil*. J.M. Bosch Editor. Barcelona, 2001.
- . NATTAN NISIMBLAT. *DERECHO PROBATORIO, Introducción a los medios de prueba en el Código General del Proceso*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Bogotá D.C. Colombia.
- . Organización de las Naciones Unidas. *Comité de Derechos Humanos*.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (P.I.D.C.P.): adoptado por la Asamblea General de la ONU en resolución 2200 de 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Su Protocolo Facultativo fue aprobado en resolución 2200A de la misma fecha y también entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (P.I.D.E.S.C.): adoptado por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2200A de 16 de diciembre de 1966 y que entró en vigor el 3 de enero de 1976, recoge en 31 artículos.

- PALMA, D. (2013). ORIGEN DEL ESTADO. HACIENDO BITÁCORA SOBRE EL ESTADO PATRIARCAL Y SU INSTITUCIONALIDAD. ¿COROLARIO DE LA MODERNIDAD?. [archivo PDF]. Comunidad y Salud Año 2013, Vol. 11, Nº 1, Enero-Junio. Recuperado de: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/fcs/cysv11n1/art9.pdf>

- PEÑA AYAZO, Jairo Ivan. PRUEBA JUDICIAL; Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, CSJ, , 2008, BOGOTA D.C

- PIZANI, M. (2009). El género en el derecho. Ensayos críticos. [archivo PDF]. SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD. Recuperado de: http://www.oas.org/en/sedi/dsi/docs/genero-derecho_12.pdf.

- Reflexiones sobre género e igualdad en las decisiones judiciales. Memorias del Séptimo y Octavo Encuentro de Género de las Altas Corporaciones de Justicia de Avila, R. (2009). La propuesta y la provocación del género en el derecho. [archivo PDF]. SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD. El género en el derecho. Ensayos críticos. Recuperado de: http://www.oas.org/en/sedi/dsi/docs/genero-derecho_12.pdf.

- Revista: Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género, Consejo Superior de la Judicatura, Comisión Nacional de Género.

- . Revista: Justicia Constitucional, mujeres y género. Consejo Superior de la Judicatura, Comisión Nacional de Género.
- . Revista: Los derechos de la mujeres y la perspectiva de género. Consejo Superior de la Judicatura, Comisión Nacional de Género.
- . Revista: política de equidad de género en la rama judicial. Consejo Superior de la Judicatura, Comisión Nacional de Género.
- . TARUFFO, Michele, “La prueba”. Madrid, Marcial Pons, 2008.