



UNIVERSIDAD  
**NACIONAL**  
DE COLOMBIA

# **La justicia y su poder, los(as) jueces(as) y sus palabras. Estudio de género desde la región.**

**Sandra Montezuma Misnaza**

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Bogotá, D. C., Colombia

2017



# **La justicia y su poder, los(as) jueces(as) y sus palabras. Estudio de género desde la región.**

**Sandra Montezuma Misnaza**

Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de:  
**Magister en Derecho**

Director:

Dr. Andrés Abel Rodríguez Villabona

Línea de Investigación:

Derecho Constitucional

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Bogotá, D. C., Colombia

2017



## Resumen

El presente trabajo de investigación se ocupó del estudio de los estereotipos de género y su impacto en las decisiones judiciales en casos de violencia contra las mujeres desde un punto de vista local. Para ello analizó fallos proferidos entre los años 2005 y 2012 en el Distrito Judicial de Pasto por delitos como homicidio, lesiones personales, acceso carnal violento, injuria y violencia intrafamiliar. Los hallazgos demostraron la presencia de estereotipos de género en los fallos y su incidencia directa en el sentido de la decisión y en el desarrollo de la carga argumentativa, incidencia que se mostró explícita en una primera fase del periodo analizado, pero que demostró una variación significativa después del año 2010, al punto de identificar fallos ejemplarizantes. Este análisis se desarrolló a partir de un recorrido por las teorías de género, por las críticas que el feminismo le ha planteado al derecho, por las principales teorías de la interpretación y argumentación jurídica en torno a la decisión judicial y un vistazo a la forma cómo el derecho viaja hasta las regiones en un difícil recorrido desde el centro a la periferia.

**Palabras clave:** Estereotipos de género, perspectiva de género, feminismo, teoría de la diferencia.

## **Abstract**

The current research work focused on the study of gender stereotypes and their impact on judicial decisions in cases of violence against women from a local point of view. Court rulings made between years 2005 and 2012 on the Judicial District of Pasto were analyzed, on crimes such as homicides, personal injury, rape, defamation and family violence. Findings showed the presence of gender stereotypes on the rulings and their direct incidence on both the decision course and the development of the argumentative load, such incidence shown explicitly on the first phase of the analyzed period, but with a significant variation after 2010, to the extent of identify exemplary rulings. This analysis was developed from a review on gender theories, on the critics that feminism has made to law, on the main theories of law interpretation and argumentation around the court ruling and a glance on the way how law reaches regions making a hard journey from the center towards the outskirts.

**Keywords:** Gender stereotypes, gender perspective, feminism, difference theory.

# Contenido

	Pág.
<b>Resumen .....</b>	<b>V</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>1</b>
<b>1. Caracterización de las violencias contra las mujeres. Escenarios nacionales y locales. 9</b>	
1.1 Contexto nacional.....	9
1.1.1 Violencia sexual.....	10
1.1.2 Violencia por parte de la pareja o expareja .....	11
1.1.3 Femicidios .....	12
1.2 El papel de las Altas Cortes: Compromisos adquiridos.....	15
1.3 Contexto regional. ....	27
<b>2. Género y Derecho.....31</b>	
2.1 Del concepto de género.....	31
2.2 Críticas feministas al Derecho. ....	44
2.3 La decisión judicial.....	65
<b>3. Justicia de género en Nariño..... 75</b>	
3.1 Cómo es el sur del país?.....	75
3.2 El concepto de mujer en el sur del país.....	83
3.3 Los(as) jueces(as) y sus palabras. ....	85
3.3.1 Cómo son y cómo deberían ser las mujeres? Lo que esperan los hombres de ellas... ..	90
3.3.2 Cómo son los hombres?.....	109
3.4 Cómo viaja el derecho hasta las regiones? .....	120
<b>4. Aportes para una decisión con perspectiva de género. ....157</b>	
<b>5. A manera de conclusión. ....165</b>	
<b>Bibliografía .....</b>	<b>171</b>



## Introducción

*“Y el Señor Dios dijo a la mujer.*

- *Multiplicaré los sufrimientos de tus embarazos; darás a luz a tus hijos con dolor.*
- *Sentirás atracción por tu marido, y él te dominará.”* (La Santa Biblia Católica, 2005)

La historia de las mujeres no puede escribirse sin hablar de discriminación. La dominación y subordinación son características que han acompañado su historia, mostrándose inmersa en su naturaleza, como el estigma de una parte de la humanidad que ha debido superar siglos de desigualdad.

Múltiples han sido las agresiones que, en este contexto, han afectado a las mujeres, con episodios que transitan desde las formas más bárbaras de violencia y exclusión, como aquellas cometidas en la inquisición de la edad media, pasando por la afectación de las mujeres como arma de guerra en los conflictos bélicos locales y mundiales principalmente los del siglo XX, hasta aquellas que se redefinen en la actualidad, en escenarios cotidianos, públicos y privados, con características más visibles y mayormente sancionables.

Esta realidad no ha sido ajena en nuestro territorio. Colombia, un país con fuertes tradiciones patriarcales ha sido escenario de una lucha constante hacia la reivindicación de los derechos de las mujeres. Actualmente es posible afirmar que los logros han sido representativos, sin embargo no pueden entenderse generalizados, dada la diversidad que define nuestras regiones y en razón de los múltiples espacios locales y nacionales que exigen y de los que se espera el reconocimiento y protección de sus derechos. Dentro de este contexto, el sector justicia ocupa especial atención, considerando la tarea que le asiste de investigar y sancionar todos aquellos casos que impliquen el desconocimiento de derechos, en cualquiera de sus

jurisdicciones, casos entre los que por supuesto se ubican, aquellas agresiones cometidas contra mujeres.

No obstante, en Colombia, ese proceso de judicialización y de sanción se encuentra sometido a un modelo de justicia lento e ineficaz, que además de verse agobiado por índices crecientes de congestión, refiere la falta de sensibilización de sus operadores y operadoras, reflejando la existencia de prejuicios relacionados con el sometimiento, la honestidad, el pudor y la castidad de las mujeres que se reproducen en los fallos judiciales (Agatón, 2013), dotando el discurso jurídico presente en estas decisiones, de criterios subjetivos y arbitrarios que agudizan escenarios de violencia, contribuyendo con esto a una preocupante revictimización de las mujeres afectadas, anulando por completo el reconocimiento de sus derechos y garantías en un contexto de flagrante discriminación.

Ahora bien, pese a que este fenómeno ha sido observado desde la esfera nacional, principalmente orientada hacia un análisis sobre los pronunciamientos de las Altas Cortes, poco y nada se ha hablado de su ocurrencia en las regiones, espacios en los que el derecho debe atender otro tipo de realidades y, donde la justicia enfrenta retos diferentes, en atención a las características y costumbres de cada lugar, situación que justifica la necesidad de iniciar un estudio al respecto, en orden a evidenciar esta realidad, con el propósito de motivar en la comunidad jurídica la necesidad de dirigir su mirada hacia la periferia.

La región sur del país, es un escenario tradicionalmente rural, con una economía basada en los productos del campo y la ganadería, región que refiere un aislamiento significativo del centro del país, como consecuencia de factores geográficos y, otros, de contenido marcadamente histórico. Su capital, Pasto, es un centro religioso, fuertemente marcado por el catolicismo y sus doctrinas, con significativas muestras culturales que nos narran la caracterización de hombres fuertes y ágiles, con manos hábiles, aunque proclives al sufrimiento por una mujer infiel; también nos habla de mujeres puras y amorosas, dóciles y mórbidas, que enhebran hilos en sus dedos y aguardan en los umbrales (Duque, 2016). Esta situación explica en buena medida que en esta misma región un juez de conocimiento, al valorar un delito de acceso carnal violento, decida absolver al agresor advirtiéndole que: “No es de extrañar y la experiencia enseña que la reacción de mujeres de cierta edad, al verse humilladas, heridas en su amor

propio, reaccionen con resentimiento y venganza en contra de quien es el causante de su sufrimiento y decepción atribuyendo actos que en realidad no pudieron ocurrir o no se ajustan en su totalidad a la verdad verdadera de lo realmente acaecido.” (Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pasto, 2005).

La presente investigación pretende indagar la forma como los estereotipos afectan la argumentación jurídica de las sentencias por delitos de violencia contra mujeres en el Distrito Judicial de Pasto entre los años 2005 y 2014, partiendo de la hipótesis que estas decisiones, son permeadas por estereotipos que permiten la injerencia de criterios subjetivos y arbitrarios que afectan la argumentación jurídica de los fallos, desconociendo la necesaria sujeción a las fuentes del derecho y al concepto de equidad de género limitando la adopción de un discurso objetivo, coherente y consistente, capaz de asegurar el reconocimiento de los derechos de las mujeres en condiciones de igualdad. El periodo que se evaluará inicia en el año 2005 en razón de la entrada en vigencia del Sistema Penal Oral Acusatorio en el Distrito Judicial de Pasto y termina en el año 2014, con el propósito de abordar el conocimiento de aquellas sentencias que se encuentran en firme. El presente estudio se sustraerá del análisis de aquellas formas de violencia que se originan en el marco del conflicto armado.

En busca de este propósito, el estudio que se presenta formulará inicialmente una caracterización de la violencia contra las mujeres en Colombia desde un escenario nacional y local, que parte de una revisión normativa que da cuenta del proceso evolutivo en materia de reconocimiento de derechos en favor de las mujeres, situación que seguidamente se contrasta con los altos índices de delitos cometidos contra ellas en el plano nacional y en el departamento de Nariño, puntualmente, en la ciudad de Pasto. Dentro de este capítulo, se destacarán además los avances jurisprudenciales que se han surtido sobre la materia por parte de las Altas Cortes, avances que representan un factor determinante en el modelo actual de administración de justicia.

El segundo capítulo del documento reconstruirá los principales aportes de la teoría de género y las críticas que el feminismo le ha planteado al derecho. Igualmente abordará el maravilloso espacio de la decisión judicial, acudiendo a las teorías de la interpretación y la argumentación con el ánimo de recrear en alguna medida el escenario que se presenta ante la o el juez a la

hora de fallar casos que refieren afectaciones a los derechos de las mujeres, resaltando la necesaria racionalidad exigida para sus decisiones en medio un conjunto de categorías que juegan un papel importante en el desarrollo de este proceso jurídico pero a la vez humano.

Destacando que el propósito de esta investigación esencialmente plantea un análisis desde la región, el tercer capítulo propone una representación del concepto de mujer en el sur del país, detallando para ello, las características propias de la cultura nariñense que resultan determinantes a la hora de valorar el rol de las mujeres y el papel que desempeñan en esta sociedad, un tanto alejada del centro del país. En el mismo orden, esta sección presentará los resultados del estudio de campo que dan cuenta sobre la forma cómo las y los jueces de esta zona del país fallan casos relacionados con delitos de violencia cometidos contra mujeres, presentación que acudirá a las palabras escritas en sus sentencias, para finalmente intentar descifrar cómo viaja el derecho hasta las regiones, cómo aquellos conceptos y criterios de libertades y garantías, de reconocimiento y protección, vigentes en el derecho internacional y que se debaten y deciden en las altas cortes y en los tribunales del centro del país, logran desplazarse y llegar hasta la periferia, cuáles son sus implicaciones, sus aportes y su efectividad.

El último capítulo se encargará de proponer elementos para la construcción de decisiones con perspectiva de género, manteniendo una visión eminentemente regional. El estudio finalizará con algunas consideraciones puntuales a manera de conclusión.

La metodología empleada en el presente estudio combina elementos de la hermenéutica jurídica, la reconstrucción teórica de conceptos y un análisis cualitativo de sentencias judiciales. La investigación jurisprudencial se cumplió bajo la metodología sugerida por Christian Curtis (2009), así las cosas, i) partió de elegir el conjunto de decisiones judiciales objeto de análisis, ii) una vez llevada a cabo dicha selección, se identificó los estereotipos de género operantes, sus modalidades, contextos y medios de perpetuación –en este punto, la investigación empleó la metodología de Rebecca J. Cook & Simone Cusack (2010)-, iii) se identificó cómo estos imaginarios permearon los criterios de interpretación y decisorios de las sentencias, afectando los derechos de las mujeres víctimas, perpetuando con ello formas de

discriminación basadas en el género para finalmente iv) presentar herramientas que permitan fortalecer el discurso jurídico de las sentencias que se emitan en casos similares, en el futuro.

Los criterios de selección aplicados fueron los siguientes:

- Fallos de tribunales regionales - Región sur del país: Pasto. En razón de la tradición marcadamente patriarcal de esta región y de la formación y estudios previos sobre el tema por parte de la autora.
- Fallos del Distrito Judicial de Pasto en casos de violencia cometidos contra mujeres tras la entrada en vigencia del Sistema Penal Acusatorio (2005). Esto redujo la búsqueda a los juzgados penales municipales, de circuito y la sala penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial. La identificación de casos de violencia se cumplió a partir de la lectura de los hechos en cada sentencia. Para plantear un acercamiento a las características del sistema judicial en esta región es preciso abordar algunas generalidades acerca de su composición, veamos:

De acuerdo con el mapa judicial colombiano, el Distrito Judicial de Pasto cuenta con ocho (8) circuitos judiciales, esto es: Pasto, Barbacoas, De la Cruz, Ipiales, La Unión, Samaniego, Tumaco y Túquerres. Al Circuito Judicial de Pasto se encuentran adscritos 17 municipios, entre ellos: Pasto, Buesaco, Sandoná y Consacá.

En materia penal, el Distrito Judicial está compuesto por:

Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Cinco (5) Juzgados Penales del Circuito.

Diez (10) Juzgados Penales Municipales.

Un (1) Juzgado Penal del Circuito de Adolescentes.

Tres (3) Juzgados Penales Municipales de Adolescentes.

Dos (2) Juzgados Penales Municipales de Control de Garantías.

Dos (2) Juzgados Especializados del Circuito.

Considerando que la investigación se abordó a partir de la revisión de sentencias, es decir, procesos culminados, los despachos objeto de revisión fueron resaltados.

- Fallos sobre delitos más graves de acuerdo con el cuántum punitivo y la gravedad de los hechos, en cada instancia. Así las cosas, en la instancia de juzgados municipales la selección arrojó delitos de lesiones personales dolosas (Art. 111 C.P.) y violencia intrafamiliar (Art. 229 C.P.). Para el caso de los juzgados de circuito, los asuntos estudiados se relacionan especialmente con los delitos de: i) homicidio (Art. 103 C.P.), principalmente en modalidad agravada – principalmente por el parentesco (Art. 104 num. 1) y, para otros casos, con la aplicación el atenuante de ira e intenso dolor –aspecto que resultará cuestionado- (Art. 57 C.P.); ii) acceso carnal violento (Art. 205 C.P.) y iii) actos sexuales con menor de catorce años (Art. 209 C.P.).
- Fallos con argumentos sexistas. Identificación de estereotipos de género explícitos en las sentencias.

Como se verá, este estudio confirmó la presencia de estereotipos en las decisiones judiciales que resolvieron casos de violencia contra mujeres, condición que resultó determinante para configurar el sentido del fallo. Dentro de los imaginarios que fueron reproducidos en las sentencias se destaca la idea que las mujeres son propiedad de los hombres (específicamente de sus esposos, compañeros o novios); que los celos de los hombres son una muestra de amor y que las acciones de agresión que de ellos puedan derivarse se enmarcan perfectamente en la causal de ira e intenso dolor permitiendo atenuar con ello la sanción; en caso de que la agresión provenga de la expareja de la víctima, dicho atenuante encuentra igualmente plena aplicación, sin embargo no pasa lo mismo con los agravantes legalmente establecidos. Estas, entre otras concepciones, se encuentran presentes con fuerza en los primeros años objeto de investigación, no obstante, a partir del año 2010 el proceso argumentativo de algunos fallos sufre una variación significativa que permite advertir ya la particular afectación de las mujeres víctimas, condición que incide de manera directa en el sentido del fallo y la tasación de la pena e incluso se observa la adopción de medidas de protección. Para el año 2012 se emitió un fallo que bien puede denominarse ejemplarizante, en razón de su componente género sensitivo. La valoración de esta realidad a partir de las concepciones feministas del Derecho,

---

el estudio de las propuestas argumentativas hacia una decisión correcta y la necesidad de entender cómo el derecho cobró vida en estos casos, en una región -muy local- situada al sur del país sustentan el estudio que a continuación se presenta.



# **1. Caracterización de las violencias contra las mujeres. Escenarios nacionales y locales.**

La tradición de discriminación que afecta a las mujeres, bajo un contexto de dominación y subordinación que se extiende a todos los espacios de la cotidianidad y que tiene plena vigencia en la actualidad, guarda como principal punto de referencia el catolicismo, modelo que siempre ha sospechado de la mujer, considerándola portadora de todo tipo de taras, representándola generalmente bajo cuatro formas, y sólo cuatro: como una libidinosa, como una compañera del diablo, como una imbécil y, en raras ocasiones, como una santa, si bien algo molesta (Bechtel, 2008, pág. 11) y que ha sido definitivo en la manera de concebir el mundo en la era de la civilización que se narró después de Cristo. Sus fantasmas han permeado profundamente la historia que más adelante se transformó en formas patriarcales ancladas a la consolidación de los estados modernos.

No obstante y, pese a que la vindicación femenina tardó un poco en iniciarse, surgiendo como la inaplazable respuesta a esa invasión patriarcal que se apropiaba de todos los espacios, muchos han sido los logros alcanzados, pero muchos son también los retos que persisten. Así, bien lo advierte Florence Thomas cuando califica el feminismo como la única revolución del mundo silenciosa, pacífica y que se desarrolló sin un solo muerto, que está lejos de haber pasado de moda y que es más bien una revolución inacabada. (Thomas, 2008).

## **1.1 Contexto nacional.**

Colombia, una nación tradicionalmente adscrita a ese catolicismo, ha experimentado con gran fuerza este proceso revolucionario. Dentro de las batallas ganadas se destacan, la Ley 28 de 1932 sobre el reconocimiento de los derechos patrimoniales de la mujer casada, el Decreto 1874 de 1932 que creó para las mujeres la posibilidad de cursar estudios de secundaria, el

Decreto 227 de 1933 que abrió para ellas las puertas de la Universidad, el sufragio femenino, logrado a través del Acto Legislativo No. 3 de 1954, que se estrenó en el plebiscito de 1957 (Velasquez Toro, 1995) y las implicaciones que en términos de igualdad trajo la Constitución de 1991 que promovió la construcción de un sistema normativo incluyente, con intenciones de equidad, que ha logrado matizar de alguna manera, la naturaleza masculina de la legislación, dando cabida a un componente de equidad que pretende involucrar, proteger y reivindicar el papel de la mujer y que igualmente ha alcanzado logros importantes, desde la despenalización del aborto en tres circunstancias (Sentencia C-355 de 2006 Corte Constitucional), hasta la Ley 1761 de 2015 por el que se sanciona el delito de feminicidio, periodo en el cual se inscriben transformaciones normativas de igual relevancia, entre ellas, la Ley 1542 de 2012 que eliminó el carácter querrelable y desistible de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, y la Ley 1257 de 2008 por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres.

No obstante lo anterior, la violencia contra las mujeres aún constituye un flagelo que silenciosamente invade todas las esferas de la sociedad sin distinción alguna. La convicción errónea de la superioridad masculina representa un factor determinante que aún encuentra vigencia en las relaciones de pareja, en el círculo familiar, en el mundo laboral y en la vida social en general, motivando formas de agresión que en la mayoría de casos aún son aceptadas y toleradas, en otro porcentaje, aunque reciben el rechazo, no logran promover su denuncia negando con ello la posibilidad de iniciar una acción judicial y/o administrativa y, en un escenario aún más problemático se enfrentan a un sistema de justicia lento e ineficaz que no ofrece las garantías para juzgar y reparar este tipo de afectaciones.

De acuerdo con el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses las agresiones contra mujeres en Colombia advierten las siguientes cifras:

### **1.1.1 Violencia sexual**

La violencia sexual es medida atendiendo el número de exámenes médico-legales por presunto delito sexual. De acuerdo con el reporte del Instituto Colombiano de Medicina Legal, en Colombia, entre los años 2009 y 2014, de 127.703 exámenes médico legales realizados, 107.698 (84.3%) corresponden a casos en que la víctima era una mujer, una muestra

desagregada de esta cifra dejaría en evidencia la agresión sexual de 17.950 mujeres cada año, 49 cada día y 2 mujeres por cada hora. Dentro de este contexto, las principales agresiones se tuvieron contra las niñas menores de 18 años y, dentro de este grupo, las menores entre los 10 y los 14 años fueron las más afectadas representando un 38.8%, mientras las mujeres mayores de 40 años refieren el 1.8% del total. Los departamentos que registraron el mayor número de casos son: Bogotá D.C. (19.920), Antioquia (14.298) y Valle del Cauca (9.242) (Wilches, 2016, págs. 245-254).

El departamento de Nariño, por su parte, en este periodo, reportó un total de 2.227 casos, 1.127 de ellos ocurrieron en su capital, la ciudad de Pasto, representando el 50.6% del total de eventos presentados en el departamento. Dentro del periodo analizado, el año 2009 evidencio el mayor número de episodios con 259, seguido del año 2010 con un total de 186, pese a ello, en los años siguientes, el promedio se mantuvo (Wilches, 2016, págs. 269-270).

El estudio sobre *violencia contra las mujeres* desarrollado en las ciudades de Pasto, Cartagena y Cali (Toro, 2014), atendiendo la información reportada por observatorios regionales, identificó para el año 2009, la presencia de 1221 casos de violencia física y 1091 casos de violencia psicológica, pese a ello, la violencia psicológica permanece en los reportes académicos, más no había motivado la apertura de investigaciones penales al respecto (pág. 46).

### **1.1.2 Violencia por parte de la pareja o expareja**

Frente a las relaciones de pareja, entre los años 2009 y 2014 se presentaron 284.900 casos, con una relación de mujer/hombre de 7.14 a 1; las mujeres mayormente agredidas oscilan entre los 25 y 29 años y al momento del episodio, el 65,20% de las víctimas, contaba con una relación establecida con el agresor. Dentro de las razones que aparentemente dieron origen a la agresión se alegan los celos, la desconfianza, la separación o el divorcio y dentro de las principales formas de afectación causada se destacan las lesiones contundentes (ocasionadas por un golpe) (85.78%), los traumas por mecanismo cortante, cortopunzante, asfixia, térmico, arma de fuego y otros (14.22%). Así también, las mujeres resultan lesionadas en varias partes

de su cuerpo, principalmente en su rostro y extremidades. Aquellos espacios que caracterizan la esfera privada representan en un 71.56% los lugares en que ocurren con mayor frecuencia estas agresiones y, dentro de estos, la vivienda representa el principal lugar para perpetrar dichas agresiones. En este panorama, Bogotá D.C. encabeza la lista de Distritos y Departamentos con mayor número de casos, que en el periodo descrito ascendieron a 60.743 (21.32%), seguido por Antioquia que refiere 31.580 casos (11.08%) y Cundinamarca con 27.003 casos (9.48%) (Wilches, 2016, págs. 138-147).

Dentro de estos índices, Nariño reportó un total de 5.719 casos; pese el promedio de eventos por año se mantiene, el 2011 representa el periodo con mayores registros, esto es, 1022 casos. De este total, el 58% de los casos (3.311) se presentaron en la ciudad de Pasto, el año 2012 reportó el mayor número de eventos, con 615 episodios (Wilches, 2016, págs. 161-162).

### **1.1.3 Femicidios**

Al analizar las variables relacionadas con (i) las circunstancias del hecho y (ii) el presunto autor, se tiene:

En el 2012, 138 mujeres fueron asesinadas por su pareja o expareja, lo que se traduce en 12 asesinatos mensuales y en la muerte de una mujer cada tres días. En el caso de los hombres, los homicidios de este tipo a manos de su pareja o expareja se presentaron con una frecuencia de un asesinato en 15 días y dos eventos al mes. La cifra total de femicidios respecto del año inmediatamente anterior, representó un aumento del 6.2%, considerando que en el año 2011 se presentaron 130 asesinatos con estas características (Valdés, 2015)..

En el 2012, 12 mujeres fueron asesinadas en circunstancias asociadas con el delito sexual, 7 casos más que en el 2011, representando un incremento del 140 % (Valdés, 2015).

En el 2011, 68 mujeres fueron asesinadas en circunstancias asociadas a la violencia de pareja, mientras que en el 2012 esta cifra llegó a 138 casos, duplicando con ello los índices de agresión en este contexto, así, mientras en el año 2011 seis mujeres fueron asesinadas cada

mes, en el 2012 fueron 12 las víctimas femeninas mensuales en estas circunstancias, representando un aumento del 103 % (Valdés, 2015).

Un estudio más detallado de la situación para el año 2014 demuestra que en Colombia fueron asesinadas 1.007 mujeres, se registraron 37.881 casos de violencia contra las mujeres en el ámbito de la pareja y 16.088 casos de violencia sexual contra ellas. (PNUD, 2015). En ese mismo año, se realizaron 75.939 peritaciones en el contexto de violencia intrafamiliar, de las cuales el 64,33% corresponden a violencia contra la pareja, con una tasa de 125 casos por cada 100.000 habitantes, siendo el hombre el principal agresor. En este periodo, por cada hombre que denuncia ser víctima de violencia por su pareja, seis mujeres lo hacen. Los departamentos con el mayor número de casos registrados fueron: Bogotá (10.144), Antioquia (5.992), Cundinamarca (4.779), Valle del Cauca (3.845) y Santander (2.626). Las ciudades capitales con el mayor número de casos fueron: Bogotá (10.144), Medellín (2.999), Cali (1.958), Barranquilla (1.485) y Neiva (1.106). Las tasas más altas por cada 100.000 habitantes se presentaron en los grupos de 25-29 (279,38) y 30-34 años (258). El mayor número de casos (10.867: 22,25%) se registró en el grupo de 25-29 años, seguido del de 20-24 años (10.322: 21,13%). El 40% de las personas víctimas de violencia de pareja (17.301) contaban con grado de escolaridad hasta básica secundaria (Valdés, 2015).

Respecto al estado conyugal, el 48% estaba en unión libre; el mecanismo causal más utilizado fue el contundente (67,73%: 27.141 casos), y las razones de la violencia con más prevalencia fueron la intolerancia, los celos y el alcoholismo. La vivienda sigue siendo el escenario más común donde se presenta la violencia; los mayores números de casos se registraron los sábados, domingos y lunes en los meses de mayo y junio. La violencia contra la pareja en Colombia durante el año 2014 tuvo un incremento de 4.106 valoraciones medicolegales en comparación con el año 2013, variación que equivale a un 9,18%, es decir, una tasa de 125 por cada 100.000 habitantes, la cual supera en un 31,58% la del año 2013, que fue de 95 por cada 100.000 habitantes. Durante la última década el promedio anual de valoraciones medicolegales por maltrato de pareja fue de 52.874 casos. En el modelo conyugal las mujeres siguen siendo las más afectadas, con una tasa de 210 por 100.000 habitantes y un incremento del 33% con respecto a la tasa registrada en el 2013 (163,5). Durante el año 2014 el Instituto Nacional de

Medicina Legal y Ciencias Forenses registró 21.115 exámenes medicolegales por presunto delito sexual en Colombia, con aumento de 376 casos en relación con el año 2013 (1,81%). Se registró una tasa de 44,30 casos por cada 100.000 habitantes. La mujer sigue siendo la más victimizada, con el 85,09% de los casos (Valdés, 2015).

Durante los dos primeros meses del año 2015, 126 mujeres fueron víctimas de homicidio; 2.631 acudieron al Instituto para ser valoradas por un presunto delito sexual. En el marco de la violencia intrafamiliar, 735 niñas y mujeres adolescentes fueron víctimas de violencia por parte de un familiar o cuidador y 6.269 fueron víctimas de violencia de pareja. En cuanto a las mujeres mayores de 60 años, 119 de ellas fueron agredidas físicamente y 1.482 fueron víctimas de violencia por parte de otros familiares (Valdés, 2015).

El panorama de este delito en la ciudad de Pasto, guarda relación con los índices nacionales. En el año 2017 se han presentado más de 32 casos de agresión contra mujeres por parte de su pareja que han terminado con la muerte de la víctima o con lesiones profundas, conductas que han orientado la investigación bajo la figura de feminicidio o en su modalidad de tentativa. Dentro de estos episodios, se destaca el caso de un hombre que en el año 2010 asesinó a su pareja; tras el hallazgo del cuerpo de la víctima por parte de las autoridades, el agresor confesó su crimen y recibió los beneficios por su colaboración con la justicia, logrando con ello su libertad condicional, libertad que le permitió repetir su conducta el 27 de mayo de 2017 contra quien entonces era su pareja, o el caso de un profesor de filosofía, quien el pasado mes de mayo de 2017 agredió a una mujer de 18 años, quien fuera su estudiante y novia, propinándole una fuerte golpiza causándole fractura cráneo encefálica, situación por la que permanece en estado de coma

En este contexto, la pregunta sobre cuál ha sido el papel de la justicia para sancionar este tipo de conductas se muestra obligatoria y es entonces cuando se precisa la distinción de dos escenarios; el primero, referido a aquella respuesta otorgada desde el centro del país, lugar desde donde operan las Altas Cortes y donde encuentra su sede los demás poderes del Estado y, el segundo, un escenario local, donde la esencia y naturaleza de la región, sus costumbres y tradiciones definen indudablemente la labor de las y los operadores judiciales, alcanzando incluso a definir las dinámicas particulares del delito.

## 1.2 El papel de las Altas Cortes: Compromisos adquiridos

En la tarea de incorporar una perspectiva de género en el derecho, las Altas Cortes han cumplido un importante papel, labor que a la fecha refiere avances significativos que indudablemente son el resultado de un proceso progresivo que estuvo llamado a incorporar ajustes y políticas de mejoramiento, sumado a la necesidad de un proceso constante de sensibilización de sus operadores y operadoras. La evolución que aquí se enuncia puede analizarse en los siguientes términos:

La investigación titulada “Estudio de la Jurisprudencia Colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas, 2009 - 2010”, desarrollada por la Corporación Humanas y publicada en el año 2010 da cuenta en un primer momento de la presencia de valoraciones prejuiciosas en los fallos relacionados con delitos de violencia contra mujeres, así, una vez analizadas 210 sentencias, de las cuales el 42% corresponde a la Corte Suprema de Justicia, 30% a tribunales, 21% a juzgados, 6% a la Corte Constitucional y el 1% al Consejo de Estado, se encuentra que el derecho de protección de la identidad de las víctimas menores de edad se garantiza en el 56% de los procesos; el 76% de los fallos son en derecho, 20% son prejuiciosos y 4% son género – sensitivos. El nivel judicial menos garantista para las víctimas es el de primera instancia; con más frecuencia que en el resto de niveles se desconocen los derechos a la intimidad de las menores de edad y se introducen prejuicios en los fallos. Las juezas y las magistradas con mayor frecuencia que sus pares hombres protegen los derechos de las menores de edad a la intimidad. Los fallos emitidos en Medellín, en comparación con los de Bogotá y Pasto, presentan las frecuencias más altas de fallos absolutorios, más vulneración al derecho a la intimidad de las víctimas menores de edad y más frecuencia en la introducción de presupuestos sexistas. Se observa que cuando los agresores son personas que tienen o tuvieron una relación afectiva con las víctimas hay una mayor tendencia a proferirse fallos absolutorios como también a protegerse menos la identidad de la víctima así como a que haya pronunciamientos prejuiciosos.

Esta investigación analizó casos asociados con delitos de actos sexuales con menores de 14 años, accesos carnales violentos y accesos carnales abusivos encontrando además que en el 84% de los casos, los autores fueron hallados culpables, el 93% de las víctimas son menores de edad y en el 85% de los casos los victimarios fueron personas cercanas a ellas. (Tamayo Rincón, 2011). En el caso de la ciudad de Pasto, este estudio determinará que si bien la tendencia no reporta un alto número de fallos absolutorios, las principales problemáticas se centran en la inadecuada tipificación de la conducta y en las penas irrisorias definidas en la condena, abriendo la posibilidad al reconocimiento de subrogados penales en la mayoría de los episodios.

Para el año 2008, la Rama Judicial del Poder Público, acogiendo la plataforma nacional e internacional dispuesta en materia de igualdad de género, incorporó mediante el Acuerdo No. PSAA08-4552 de 2008, reglas para la aplicación de la equidad de género en la Rama Judicial que tienen como propósito el de promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y la no discriminación por género en las decisiones judiciales, en el servicio público de la administración de justicia, y en el funcionamiento interno de la Rama Judicial. Así también se creó la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial encargada de orientar e impulsar el desarrollo de la equidad de género y el cumplimiento de sus objetivos y planes de acción encaminados a garantizar la igualdad y la no discriminación de las mujeres en el acceso a la administración de justicia y a los cargos de la judicatura y la introducción de la perspectiva de género en la actuación y la formación judicial (Torres Corredor, 2008).

Desde entonces, la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, promueve un importante componente de formación en materia de equidad de género, a través de un amplio proceso pedagógico que aborda aspectos de gran relevancia como las herramientas para identificar la presencia de un caso de género, los criterios orientadores en relación con el procedimiento judicial y la decisión judicial. Estas nociones parten de entender que la desigualdad de género es un hecho que no puede trivializarse, ni ocultarse, es obligación constitucional del poder judicial visibilizarlo como una injusticia que es y hacerlo evidente sin restricciones, ni temores, ni prejuicios en sus decisiones, bien sea como *ratio decidendi* o cuando sea del caso, a través de la discriminación positiva y las medidas afirmativas para

garantizar el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en igualdad de condiciones para los géneros. (Calle Correa, 2011, pág. 41).

Desde el orden nacional, cabe destacar además importantes avances en el reconocimiento de los derechos de las mujeres. Las Altas Cortes del poder judicial colombiano refieren en la actualidad fallos emblemáticos en materia de género, que representan logros sin precedentes en la lucha por la igualdad.

En el año 2006, en medio de un importante proceso hacia el reconocimiento de condiciones materiales de igualdad para las mujeres, originado principalmente en el ámbito internacional pero que había tomado suficiente fuerza en el seno colombiano, como resultado de una lucha naciente, impulsada por movimientos sociales y, tras una serie de precedentes de carácter progresista, la Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad de los Arts. 122, 123 (parcial), 124, modificados por el Art. 14 de la Ley 890 de 2004, y 32, numeral 7, de la ley 599 de 2000 Código Penal, después de establecer límites a la libertad de configuración legislativa, advirtiendo la prohibición de invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales y reconocer de manera enfática que la mujer es un ser humano, plenamente digno, despenalizó el aborto en tres circunstancias, esto es: i) Peligro para la vida o la salud física o mental de la mujer, ii) Grave malformación del feto que haga su vida inviable y, iii) Embarazo producto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundo no consentida, o de incesto.

Este importante fallo, cuyo contenido no solo se hizo extensivo a aquellas mujeres que se enmarcaban por su situación en una de estas causales, representó un momento de reivindicación para la condición de todas las mujeres, considerando la fuerza de los argumentos de los que la Corte Constitucional se apropió para reafirmar ese derecho de las mujeres a elegir, a decidir sobre su cuerpo y su sexualidad, en oposición al modelo hasta entonces hegemónico, por el que se encontraban atadas a su papel de reproducción y de cuidado

La sentencia C-355 de 2005 representa un punto de significativa importancia en el proceso de reconocimiento de los derechos de las mujeres, importancia que se explica en dos dimensiones: i) por la deconstrucción explícita que la sentencia formula sobre el papel reproductor que de manera exclusiva se le atribuye a la mujer, del cual deviene su responsabilidad frente a la continuación del embarazo, el parto y la crianza del hijo o hija, como una suerte de “obligación biológica” frente a la maternidad, y ii) por la lucha frontal que se dio contra el derecho penal -modelo por excelencia patriarcal-, que debió reconocer, al menos de manera parcial, la condición de humanidad de las mujeres y su opción de decidir, en ejercicio de su derecho a la autonomía y la libertad. Así, este pronunciamiento, además de constituir una bandera izada en el campo del feminismo, abrió el espectro al reconocimiento por vía judicial de ésta y muchas otras situaciones que parecían normalizadas y que escondían espacios de desigualdad y discriminación en contra de las mujeres. En este contexto, se destaca apartes como el siguiente (Corte Constitucional de Colombia, 2006):

Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos. Derechos sexuales y reproductivos que además de su consagración, su protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social. La dignidad humana se constituye así en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. En tal medida, el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear

Esta sentencia reconoció la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), como un derecho fundamental, dentro de tres causales autorizadas, pese a ello, el proceso para su

reconocimiento no ha sido pacífico y ha obligado la constante intervención de la Corte quien, en instancia de revisión, ha otorgado alcance a lo dispuesto por la sentencia C-355 de 2005, favoreciendo la construcción de subreglas específicas en esta materia, dentro de las cuales se destacan:

La garantía del derecho fundamental del IVE no se agota en la realización del procedimiento médico, pues incorpora aspectos de gran relevancia como: i) la información adecuada sobre el procedimiento para la mujer; ii) la accesibilidad a los servicios médicos, psicológicos y los demás que sean requeridos, y iii) la disponibilidad de los servicios en casos definidos por la sentencia C-355 de 2006 .

De estos mandatos se desprenden otros imperativos que deben ser observados para garantizar el acceso y materialización de este derecho en favor de las mujeres, así: i) Los operadores o prestadores del servicio de salud tienen la obligación de dar un trámite ágil a solicitudes de procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo, en especial, en casos en los que el embarazo se encuentre en una etapa de gestación avanzada, ii) Los operadores o prestadores del servicio de salud, deben abstenerse de imponer obstáculos o barreras a la práctica del derecho fundamental a la IVE, tales como la realización de juntas médicas que dilaten tiempos, requerir consentimiento de los padres, requerir órdenes adicionales de jueces, alegar objeción de conciencia colectiva, entre otros, iii) No existe limitación de carácter temporal para la realización del procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo en las causales dispuestas en la sentencia C-355 de 2006, y iv) En caso de coexistir dos o más causales de las descritas en la sentencia C-355 de 2005, se aplicará aquella más favorable y oportuna para la mujer.

No obstante lo anterior, aún falta mucho camino por recorrer hasta lograr un reconocimiento de este derecho fundamental, pues todavía son recurrentes las limitaciones en el acceso de las mujeres a los servicios y procedimientos que garanticen su efectividad.

Sin embargo, esta sentencia representa un importante punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, considerando que permitió el inicio de un camino hacia el

descubrimiento de múltiples escenarios de discriminación contra las mujeres que se esconden en aspectos cotidianos de la vida y que resultan invisibilizados.

Desde entonces, muchos han sido los avances, orientados principalmente a la emisión de fallos de impacto que evidencian la afectación de mujeres víctimas de las diferentes formas de violencia. Dichos avances se han hecho efectivos en el reconocimiento de derechos en ámbitos como el político, el familiar, el laboral, el académico y en el marco de las relaciones de pareja, entre otros. La sentencia T – 878 de 2014, nos ofrece un panorama representativo en este aspecto (Corte Constitucional de Colombia, 2014), veamos:

- \* La Corte declaró la constitucionalidad del sistema de cuotas que garantiza la participación de las mujeres en el área política del país.
- \* La Corte prohibió la utilización del género como factor de selección para el ingreso al trabajo.
- \* La Corte garantizó la atención en salud –de manera inmediata- a todas las mujeres gestantes y los niños/as menores de un año, sin que exista distinción entre los regímenes de afiliación.
- \* La Corte reconoció el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, sin distinción del tipo de vinculación.
- \* Frente al maltrato sexual, la Corte reafirmó la existencia de tres vías de protección: i) la justicia penal en el marco de los delitos que atentan contra la libertad, la integridad y la formación sexuales, ii) el delito de violencia intrafamiliar, cuando la conducta no deba ser sancionada con pena mayor y iii) medidas de prevención, asesoramiento y asistencia, para actos diferentes a las dos hipótesis anteriores.
- \* La Corte reiteró las obligaciones estatales de defensa y protección de los derechos de las mujeres agredidas, principalmente el deber de debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar todos los hechos de violencia en su contra
- \* La Corte determinó que el amparo en favor de las mujeres que se deriva de la condición de indefensión frente a su compañero agresor, no es el resultado de la diferencia de fuerza física, sino de la tradición discriminatoria en contra de éstas.

- \* La Corte definió la obligación estatal de implementar medidas de sanción social contra toda práctica discriminatoria y frente a conductas de violencia contra la mujer.

La Sentencia T – 878 de 2014, reiteró además que la violencia de género es estructural, “ya que surge para preservar una escala de valores y darle un carácter de normalidad a un orden social establecido históricamente”.

Sumado a ello, esta sentencia reviste una gran relevancia al incorporar y sancionar puntualmente la utilización de prejuicios y la actitud indiferente de las y los administradores de justicia, situación que perpetúa la violencia contra las mujeres. Agrega que asumir una perspectiva de género no es una generosidad o discrecionalidad del juez constitucional, se trata de una obligación derivada del orden normativo nacional e internacional. Al respecto, advierte que (Corte Constitucional de Colombia, 2014):

Este Tribunal ha indicado como consecuencias negativas que puede acarrear el empleo de estereotipos y el uso discriminatorio del lenguaje en instancias judiciales “(i) las malinterpretaciones sobre la relevancia de los hechos; (ii) la normalización de prácticas sociales discriminatorias mediante el empleo de premisas implícitas en el razonamiento y lenguaje usados por todas las personas que administran justicia; y (iii) la imposición de una carga adicional sin fundamento constitucional a quienes son objeto de decisiones basadas en estereotipos por cuanto éstos últimos pueden reducir la probabilidad de responsabilizar a quienes eventualmente han desconocido sus derechos fundamentales.

La Sentencia T – 145 de 2017 recoge varios de los pronunciamientos del Tribunal con el propósito de unificar y definir criterios que permitan incorporar la perspectiva de género en las decisiones judiciales, no únicamente en instancias de tutela, sino en la labor diaria de las y los operadores judiciales en todas las jurisdicciones. En este sentido, parte por definir que la finalidad de la perspectiva de género se orienta a (Corte Constitucional de Colombia, 2017):

corregir la visión tradicional del derecho según la cual en ciertas circunstancias y bajo determinadas condiciones, consecuencias jurídicas pueden conducir a la opresión y detrimento de los derechos de las mujeres. De ahí que, entonces, se convierta en un

‘deber constitucional’ no dejar sin contenido el artículo 13 Superior y, en consecuencia, interpretar los hechos, pruebas y normas jurídicas con base en enfoques diferenciales de género.

Adicionalmente, la Corte precisó los eventos en que las y los jueces vulneran los derechos de las mujeres víctimas, destacando dentro de ellos (Corte Constitucional de Colombia, 2017):

(i) [la] omisión de toda actividad investigativa y/o la realización de investigaciones aparentes; (ii) [la] falta de exhaustividad en el análisis de la prueba recogida o revictimización en la recolección de pruebas; (iii) [la] utilización de estereotipos de género para tomar sus decisiones; (iv) [la] afectación de los derechos de las víctimas.

Y dispuso que la actividad de los operadores judiciales en estos casos debe, como mínimo (Corte Constitucional de Colombia, 2017):

(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.

Pronunciamentos como éste ratifican la obligación de las y los jueces, en todas las instancias, para garantizar el derecho a la igualdad y advertir y contrarrestar la presencia de factores de discriminación en contra de todos los sujetos procesales y, particularmente, en contra de las

mujeres, reconociendo el contexto histórico y estructural de dominación que las afecta. La definición de estos parámetros permiten establecer un estándar mínimo y un protocolo a seguir en el proceso investigativo y en los fallos de esta naturaleza.

El Consejo de Estado ha evidenciado igualmente avances significativos en materia de equidad de género, en una de las jurisdicciones en la que hasta hace algunos años habría resultado inimaginable la incorporación de líneas como ésta. Al parecer, la responsabilidad patrimonial del Estado, un tema tan público, no podía albergar discusiones del orden privado, reservadas, a lo sumo, para asuntos de familia. Sin embargo, el reconocimiento de un nuevo escenario de protección para las mujeres respaldado por el discursos garantista renovado de la Constitución de 1001 y el impulso del marco normativo y los estándares internacionales, además de la llegada de nuevas Consejeras y Consejeros, comprometidos con la búsqueda de una igualdad real y material, permitió la creación de espacios de cambio que son cada vez más comunes y compartidos. La Sentencia del 28 de mayo de 2015, emitida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, representa un pronunciamiento histórico dentro de este proceso, la identificación de un claro caso de feminicidio, permite establecer un importante punto de partida hacia la configuración de esta conducta que en la actualidad, gracias a la Ley 1761 de 2015 ya constituye un delito penal autónomo.

Se trata del caso de Nicolás, un dragoneante en servicio activo que, el 28 de diciembre de 1998, aproximadamente a las 3:30 a. m., sin mediar causa o justificación alguna, disparó su arma de dotación oficial en contra de su compañera Gloria, mientras ésta dormía, causándole la muerte. El Consejo de Estado revocó la decisión del Tribunal que había declarado probada las excepciones de culpa exclusiva de la víctima e inexistencia de causalidad y, en su lugar, condenó al Estado – Policía Nacional por el daño antijurídico causado y ordenó medidas de reparación integral. Dentro de las razones de la decisión se encuentra el siguiente aparte (Consejo de Estado de Colombia, 2015):

Para la Sala, el hecho de que la señora (Gloria) hubiera permanecido en una relación violenta y no se hubiera dirigido a la institución o a las autoridades para expresar formalmente, por escrito o con palabras, lo que se vivía en el hogar, no mengua, por las

razones que anteceden, la falta de intervención del Comandante de la Estación de Policía de (El Espino). Esto es así, porque ese superior conocía lo que en la localidad se comentaba, amén de la conducta violenta del uniformado y el sometimiento de la compañera. De modo que no queda sino concluir que prefirió tolerar y consentir, basado en estereotipos de género, el proceder de su subalterno y en contravía del código ético, subestimar las manifestaciones de violencia del uniformado y la presencia de un arma oficial en el escenario de hogar. Además, pasó por alto el compromiso institucional con la familia del dragoneante y propició un ambiente de violencia e impunidad, todo lo cual, sumado a lo que aconteció, una vez perpetrado el feminicidio, esto es con la alteración del escenario y la tergiversación de las evidencias, en las investigaciones penal y disciplinaria, con la aquiescencia del ministerio público, muestra con claridad la forma extrema de discriminación padecida por la víctima y evidencia una grave violación de los derechos humanos, en la forma de discriminación de género en su más alto nivel. Esto es la destrucción del objeto de dominación, institucionalmente tolerada y consentida. Es de advertir que el feminicidio, es entendido como la máxima agresión en contra de la mujer, en razón de la dominación del varón.

La corriente garantista observada en este fallo responde a la línea marcada desde años atrás por la Consejera Ponente. Por ejemplo, en el 2012, al resolver el caso de la privación injusta de la libertad de una mujer acusada por el homicidio de su esposo -proceso que terminó con su absolución tras no encontrar acervo probatorio suficiente que la vinculara con el hecho- estableció la responsabilidad patrimonial del estado por los perjuicios causados tras la privación injusta, afirmando de manera enfática el sesgo con que fue realizada la valoración probatoria dentro del caso, privilegiando estereotipos de género claramente arraigados en la mente de los jueces. En este sentido dispuso (Consejo de Estado de Colombia, 2012):

Lo anterior porque sólo un análisis discriminatorio, cargado de prejuicios de género, explica que se haya concebido como indicios graves del homicidio del cónyuge la infidelidad de la mujer sindicada, falta que se conoció a cargo de la víctima, pues de haber fallado el hombre no cabría la misma deducción. Esto en cuanto (i) las reglas de la experiencia indican que el agraviado suele atentar contra la vida del infiel y no éste contra el inocente, (ii) culturalmente se considera mayor el compromiso de la mujer con

el matrimonio y así mismo la dificultad para el rompimiento, lo que conduciría a imaginar -en lógica perversa- que para la mujer, y no para el hombre, el homicidio es la única salida ante una situación conyugal adversa, (iii) históricamente la mujer estuvo subordinada al hombre, especialmente en el campo matrimonial, lo que conllevaría a considerar -sin fundamento alguno en el sub lite- el homicidio como medio de emancipación, (iv) es la mujer y no el hombre quien, cuidando las apariencias, deberá parecer virtuosa y (v) persiste la infundada creencia de que la mujer no es capaz de forjarse un futuro económico propio.

Sin duda alguna, se resquebraja el valor de la igualdad real ante la ley cuando, en el escenario de un proceso judicial, se analiza sesgadamente el material probatorio (...). Los jueces, como cultores de la justicia y guardianes del orden jurídico, están llamados a contribuir a la realización de los fines esenciales del Estado y, entre ellos, a combatir la discriminación y el marginamiento. No en vano, la sociedad actual se interesa, cada vez más, en superar las injusticias seculares y promocionar a las personas o sectores de la población que, tradicionalmente, han sufrido las inclemencias de la desigualdad y discriminación.

En este contexto y, pese a que éste estudio no se centrará en el análisis de la violencia contra mujeres en el marco del conflicto armado, resulta de gran importancia referir otro de los fallos emblemáticos del Consejo de Estado en materia de equidad de Género, considerando su disposición para dejar en evidencia cómo la discriminación y agresión contra las mujeres se agudiza en estos escenarios. Se trata de un episodio ocurrido en Tame (Arauca), el 4 de septiembre de 1999, cuando dos militares en servicio activo obligaron a una joven a subir a un vehículo para luego accederla sexualmente a un lado de la vía. En su fallo, el Consejo de Estado condenó patrimonialmente a la Nación – Ministerio de Defensa por el daño antijurídico y ordenó reparar a la víctima por los perjuicios causados, además de varias medidas para garantizar su reparación integral. Dentro de los argumentos de esta instancia para sustentar el fallo, se destacan (Consejo de Estado de Colombia, 2014):

En este caso se observa, en primer lugar, que la presencia del Ejército Nacional y, en particular, del grupo de contraguerrilla del que hacían parte los citados suboficiales en el municipio de Tame, obedece precisamente a la existencia de un conflicto armado en la región, que requiere de la Fuerza Pública para el mantenimiento de las condiciones para el ejercicio de los derechos y la defensa de la integridad territorial. Y, en segundo lugar, se evidencia que los agresores actuaron bajo la apariencia del conflicto armado, pues fingieron el carácter del enemigo, y, más concretamente, que la existencia del conflicto influyó de manera sustancial en la manera como fue cometido el delito, dado que sin la situación de conflicto los victimarios no habrían tenido un contendiente a quien culpar de su acción criminal. En conclusión, el crimen cometido en contra de Mónica Marisol Rodríguez Bustamante tenía un propósito múltiple: no solo pretendía la satisfacción de la lascivia de los agresores, sino que además buscaba el desprestigio del enemigo mediante la imputación falsa de una conducta criminal específica, para lograr sobre él una ventaja militar. Este tipo de acciones son típicas de la guerra y, en la medida en que implican la utilización de la población civil para fines estrictamente relacionados con el conflicto, comprometen la responsabilidad del Estado.

La Corte Suprema de Justicia, no ha sido ajena a este proceso evolutivo, en este sentido, es preciso resaltar el fallo proferido el 4 de marzo de 2015 por la Sala Penal de esta Corporación. Los hechos que sustentan la decisión se remontan al mes de noviembre del año 2012, cuando Alexander asesinó a Sandra, madre de su hija, tras propinarle una puñalada en su pecho; a estos hechos le preceden múltiples sucesos de violencia, entre ellos los ocurridos en septiembre de 2009 cuando le propinó nueve puñaladas causándole serias heridas a las que la víctima sobrevivió. Alexander fue condenado por homicidio agravado (artículo 104 y numeral 11 del artículo 105). Dentro de este fallo es necesario destacar las condiciones requeridas –en los términos de la Corte- para calificar la conducta desplegada como un feminicidio, para entonces enmarcado dentro de los agravantes descritos por el numeral 11 del artículo 105 del Código Penal. Cabe resaltar que la Ley 1761 que tipificó como conducta autónoma el delito de feminicidio no fue promulgada sino hasta el 06 de julio de 2015. Al respecto la Corte precisó (Corte Suprema de Justicia, 2015):

Se causa la muerte a una mujer por el hecho de ser mujer, cuando el acto violento que la produce está determinado por la subordinación y discriminación de que es víctima, de lo cual resulta una situación de extrema vulnerabilidad. Significa lo precedente que no todo asesinato de una mujer es feminicidio y configura la causal 11 de agravación del artículo 104 del código penal. Se requiere, para constituir esa conducta, que la violencia que la cause esté asociada a la discriminación y dominación de que ella es objeto. Ese elemento adicional que debe concurrir en la conducta para la configuración de la agravante punitiva del feminicidio, debe probarse en el proceso penal para que pueda reprocharse al autor. En consecuencia, en ningún caso cabe deducirla de la simple circunstancia de ser el autor del delito un hombre y la víctima una mujer, sino que ha de fundarse en evidencias demostrativas de la situación de abuso de poder en que se encontraba la última.

Los anteriores fallos constituyen referentes altamente significativos en el proceso de reconocimiento de derechos en favor de las mujeres. Cada decisión deja en evidencia el compromiso con la defensa de libertades fundamentales y se sustenta en argumentos dotados de fuerza normativa sobre la base de la Constitución de 1991, el peso de una línea jurisprudencial claramente definida hacia la eliminación de cualquier forma de discriminación y la incorporación de instrumentos y estándares internacionales. La condición de estos fallos - tanto aquellos con efectos erga omnes como aquellos con resultados inter partes-, dota cada decisión de una gran fuerza jurídica en razón de la autoridad que los emite y el tipo de acción judicial que rigió el proceso, situación que ofrece un amplio marco de comparación y de contraste respecto de aquellos fallos emitidos por un tribunal local como se verá.

### **1.3 Contexto regional.**

Para el año 2011 en el departamento de Nariño, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, reportó un total de 233 casos en que se aplicó examen médico – legal por presunto delito sexual, dentro de estos, en 204 eventos las víctimas fueron mujeres, mientras en los 29 restantes, la víctima fue un hombre. (Vergel, 2012). En el año 2013, de 573 casos de violencia en el marco de una relación de pareja, 484 tuvieron como víctima a una mujer. (Hernández, 2014)

En el año 2014, de 61.000 casos reportados, 38.000 estaban relacionados con violencia contra mujeres. Entre el 2005 y 2009 en el departamento se reportaron 1380 delitos sexuales contra mujeres, siendo Pasto el municipio con el principal número de casos denunciados, equivalente al 71,2%. (Valdés, Forensis 2014. Datos para la vida., 2015).

Ahora bien, el informe temático emitido por el Programa Integral contra Violencias de Género y la Defensoría del Pueblo, al indagar sobre las violencias de género no asociadas al conflicto armado en Nariño, determinó la presencia de factores culturales que legitiman el acaecimiento de múltiples formas de restricción al ejercicio de derechos de las mujeres, factores principalmente asociados a la manera tradicional de concebir las relaciones entre mujeres y hombres que privilegia el sentido de propiedad, dominación y control de éstos sobre aquellas. Las consecuencias de esta situación, se traducen en la restricción de sus derechos, como los sexuales y reproductivos y la limitación de su capacidad de decidir, específicamente en el marco de las relaciones de pareja, limitación que se logra a través de la violencia no solo verbal, pues además implica el uso de armas corto punzantes o de fuego. En igual sentido, la naturalización de las violencias implica una actitud pasiva y permisiva respecto a delitos como el incesto, la esterilización forzada y otras modalidades violencias sexuales y explotación. (Díaz, 2011)

Sumado a esto, el Estudio sobre tolerancia social e institucional a la violencia basada en género en Colombia, adelantado por el Programa Integral contra Violencias de Género, evidenció la presencia de imaginarios como los que se destacan a continuación: Uno de cada diez hombres en Pasto están de acuerdo con que las mujeres deben tener relaciones sexuales aún sin tener deseos, el 25% de los hombres en Pasto considera que la mujer debe casarse virgen, mientras el 56% de los hombres en Pasto cree que las mujeres que se visten de manera provocativa se exponen a que las violen; el 39% de los hombres consideran que una mujer necesita de un hombre para ser feliz; el 36% de los hombres y el 18% de las mujeres consideran que una buena esposa obedece a su esposo aunque no esté de acuerdo; el 56% de los hombres y el 68% de las mujeres creen que los hombres necesitan de una mujer en la casa. En el mismo sentido, el estudio buscó indagar sobre la tolerancia de las instituciones estatales a la violencia basada en género, encontrando entre algunos hallazgos, los siguientes: el 14% de

los hombres y el 6% de las mujeres están de acuerdo con que los casos de violencia que se producen en defensa del honor ameritan una rebaja de penas; el 53% de funcionarios de instituciones pública piensa que hay casos de violencia de pareja en los que pareciera que a la mujer le gusta que le peguen, entre otros. (Bueso, 2010)

Por su parte, el sector justicia, entre 2005 y 2011, profirió 326 sentencias por asuntos relacionados con delitos de violencia cometidos contra mujeres, no obstante, dentro de estos fallos, se observó con frecuencia la subvaloración de las agresiones perpetradas, la inaplicación de los agravantes legalmente dispuestos y la aprobación de beneficios significativos en favor de los agresores, situación que encuentra una fuerte relación con la presencia de valoraciones sexistas que resultan decisivas a la hora de emitir la decisión judicial dentro de este tipo de asuntos (Goyes & Montezuma, 2012). Esta investigación arrojó detalles relacionados con el proceso de judicialización en estos casos, dentro de los cuales se destaca:

Se encontró un total de 326 sentencias, que fueron analizadas en su totalidad, los resultados demuestran que las principales formas de agresión contra la mujer se enmarcan dentro de los delitos de Acceso Carnal Violento, Actos Sexuales y Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años, Homicidio, Violencia Intrafamiliar y Lesiones Personales. La pareja o ex pareja sentimental de las mujeres, se constituye en uno de los principales victimarios en estos casos, aunque resulta alarmante el alto porcentaje de episodios en los que el agresor forma parte del grupo familiar de la víctima, especialmente aquellos tan cercanos en grado de consanguinidad como lo es el padre, el abuelo o el hijo.

Se confirmó la existencia de imaginarios y criterios discriminatorios que permean las sentencias judiciales, así, el convencimiento de la superioridad masculina, la “irremediable” abnegación de las mujeres y el sometimiento a sus compañeros sentimentales, su obligación de asumir la carga del hogar, la obligación de soportar agresiones porque en muchas oportunidades su forma de vestir o su forma de actuar provocó la actitud violenta del agresor, se constituyen como argumentos para justificar la conducta inapropiada.

Es recurrente la aplicación de penas mínimas y en ocasiones irrisorias en oposición a la gravedad que develan los hechos. La causal eximente de responsabilidad que principalmente se invoca en los fallos judiciales, en beneficio del agresor, hace referencia a la figura de la “Legítima Defensa” (Artículo 32, Numeral 6°.), atribuyendo a la víctima la responsabilidad por la agresión. Por su parte, la “Ira o Intenso Dolor” constituye uno de los factores referentes de discriminación, pues la ambigüedad de la norma favorece la adopción de múltiples interpretaciones, todas en favor del agresor, que limitan los derechos de las víctimas, de tal suerte que son los celos o el “actuar deshonorado” de la mujer, factores que en muchos casos justifican serias agresiones en su contra, incluso la muerte. Respecto a la calificación jurídica de la conducta, se observa la inaplicación de los agravantes previstos normativamente, especialmente a los que hacen referencia el artículo 104 y 211 del Código Penal y aquellos adicionados por la Ley 1257 de 2008” (Goyes & Montezuma, 2012).

El panorama descrito deja entrever que aún persisten imaginarios y criterios discriminatorios que permean las sentencias judiciales, con sustento en argumentos que conservan la atribución de roles para hombres y mujeres claramente desproporcionados que mantienen formas tradicionales de discriminación y promueven acciones de revictimización en contra de las mujeres, tales criterios se sujetan a nociones eminentemente subjetivas que se enmarcan en conceptos retóricos de desigualdad.

## **2. Género y Derecho.**

### **2.1 Del concepto de género.**

Isabel Cristina Jaramillo define el género como aquellas “características que socialmente se atribuyen a las personas de uno y otro sexo”, el sexo, por su parte, se refiere a “las diferencias biológicas relacionadas con la reproducción y otros rasgos físicos y fisiológicos entre los seres humanos”. En este sentido, el sexo distingue entre “hombres y mujeres”, entre “machos y hembras de la especie humana”, mientras el género distingue entre lo “femenino y lo masculino” (Jaramillo, 2000, págs. 29-32). Esta distinción entre las “diferencias biológicas dadas” y la “significación que culturalmente se asigna a esas diferencias”, cuenta con una relación de causalidad directa, y es en esa relación donde se han desarrollado modelos profundos de desigualdad, opresión y subordinación que privilegian a los hombres y perjudican a las mujeres.

Los cómo y los porqués de la opresión y la subordinación de las mujeres, apuntan hacia la existencia de un poder de los varones sobre el colectivo femenino, poder que las desterritorializa y luego las reterritorializa para que puedan ser invadidas. La desigualdad entre los sexos representa un concepto atado a la autoridad, la tradición y la costumbre, así, las demandas de igualdad son un privilegio relativamente novedoso que la edad media desconoció, que la ilustración quiso obviar, pero que logró manifestarse en la Revolución Francesa, poniendo en crisis la legitimación patriarcal (Amorós, 2008).

Es innegable que tal condición encontró como primer antecedente el sustento teológico de la religión cristiana que apeló a la existencia de un Dios – único y hombre – creador de todo aquello que reposa en el universo. Fue así como ese suceso, que partió en dos la historia de la civilización, dio paso además a la configuración de una sociedad centrada en la superioridad

de los varones, dotados con la fuerza para proteger y la inteligencia para administrar, reservando para las mujeres el arte de amar, de cuidar, de educar.

Este modelo patriarcal, con una abismal distinción entre hombres y mujeres, y con privilegios exclusivamente masculinos, logró consolidarse a través de los siglos, logrando convertirse en una situación común y plenamente aceptada, que únicamente se pondría en duda tras la llegada de la ilustración. Y es que ese “siglo de las luces” representó quizá un nuevo punto de inflexión para la historia, pues logró el cuestionamiento de muchas verdades que hasta entonces se mostraban absolutas, entre ellas, la naturaleza del concepto de igualdad; no obstante, se trataba de una garantía esencialmente aplicada a los hombres, asociada a la naturaleza del poder que por entonces les correspondía.

Las luchas que se forjaron en torno a estas nuevas aspiraciones terminaron con los procesos revolucionarios del siglo XVIII. La consolidación de los estados liberales, fundamentados en el principio de legalidad, la tridivisión del poder y las declaraciones de derechos, fueron el escenario propicio donde se dieron importantes reconocimientos hacia la persona y su “humanidad”, la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano que de ella emanó, pese a recoger estos propósitos, acentuó con una suerte de inercia la primacía de lo masculino, situación que en este punto, permitió el nacimiento del feminismo ilustrado, movimiento que tuvo como bandera la demanda de igualdad entre hombres y mujeres, demanda que inició sobre la base de la exclusión.

La *Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana*, redactado en 1791 por Olympe de Gouges en Francia, representa un punto trascendental en ese comienzo, al convertirse en una de las primeras manifestaciones hacia la emancipación femenina, declarando la igualdad entre hombres y mujeres. Por su parte, en Inglaterra, esta historia comienza con Mary Wollstonecraft y su obra *Vindicación de los Derechos de la Mujer*, publicada en 1792., obra que fundamentalmente se centró en “introducir en el espacio público del debate revolucionario - lo que llamaba *el destino de la mujer*” con pretensiones que no se agotaban en la perspectiva política y que se apropió muy bien del ideario liberal, radical e ilustrado que definió esa época (Wollstonecraft, 1994, pág. 54)

Así las cosas y, en los términos de Cristina Sánchez (Muñoz, 2002, pág. 17) el feminismo en sus orígenes es un fenómeno ilustrado, “un hijo del siglo de la razón”, pero, un “un hijo no deseado” tal como lo advertiría la autora, retomando a Amelia Valcárcel. Sin embargo, no puede desconocerse los intentos que se habían logrado en el pasado, como es el caso del *memorial de agravios*, con relatos que denunciaron la asimetría del poder y, el discurso de la *vindicación* que ya dará cuenta del feminismo, como un ideal programático emancipatorio (Muñoz, 2002, pág. 18)

Pues bien, los sucesos del siglo XIX demostrarían que el proceso feminista no se agotó bajo la luz del renacimiento y que representaría en su lugar una fuerza en construcción. La *Declaración de sentimientos* o *Declaración de Seneca Falls* en 1848, dio inicio a una nueva época para este proceso, basada en la lucha por la reivindicación de esos derechos que les fueron reconocidos a los hombres, pero que las mujeres aún no conocían, lucha que se daría en suelo norteamericano e inglés, principalmente. Es este el movimiento sufragista, al que según Rosa Cobo (2014, pág. 19) le precedieron dos sucesos de suma importancia, esto es, i) la reconstrucción de los movimientos religiosos que promovió la reinterpretación de las Sagradas Escrituras, y ii) el activismo que las mujeres ejercieron junto a la lucha por el voto de los hombres negros, factores que resultaron decisivos en la agenda feminista y que representarían la semilla para profundos cambios a futuro.

Este segundo momento del feminismo articuló dentro del componte político del derecho al voto, garantías esenciales para la vida pública de las mujeres, como el derecho a la propiedad, a la educación, a la independencia social y económica de la mujer en el matrimonio, al deber de reproducción y las casi nulas posibilidades laborales, propósitos que por entonces estarían influenciados por las corrientes utilitaristas promovidas por Stuart Mill, derivadas principalmente de su obra *The Subjection of Women* (1869) y por aquellas socialistas, resultado del Manifiesto Comunista que en 1848 proclamaran Marx y Engels.

El siglo XIX para el feminismo terminaría con un modelo mucho más radical que incorpora en la agenda la reivindicación de los derechos sexuales de las mujeres. Dentro de esta lucha empieza a fortalecerse como herramienta para la consolidación de los ideales propuestos, las

reuniones masivas, la difusión de ideas por distintos medios y los requerimientos de grupo hacia cambios normativos.

“La mujer no nace, se hace”, una frase que representa el punto de quiebre para el feminismo hacia lo que Cobo identificaría como el inicio de su tercera ola. Simone de Beauvoir y su obra *El segundo sexo* (1949), reabre el proceso del feminismo hacia una lucha que será retomada al terminar la Segunda Guerra Mundial; su planteamiento, desde la hermenéutica existencialista explica cómo las mujeres han sido definidas como naturaleza y los hombres como cultura; la naturaleza es el mundo de la inmanencia, la cultura el de la trascendencia, razón esencial de la desigualdad que ubica a los varones dentro del canon de lo humano y a las mujeres como alteridad (Cobo, 2014, pág. 22). Hacia la década de los 60, la psicóloga norteamericana Betty Friedan, haciendo eco de la esencia liberal del movimiento sufragista, reitera la existencia de un dominio masculino que limita la libertad de las mujeres, respaldando la vigencia de un modelo de desigualdad que las perjudica.

En los años 70, el feminismo experimentó una época de radicalización, que se centró en la crítica formal y directa al patriarcado, a la vez que adicionó el análisis de otras categorías que se constituyen en fuente de discriminación. Su origen, bien puede explicarse en el nacimiento de una nueva izquierda y la consolidación de movimientos sociales que perseguían reivindicaciones a través de agendas claramente definidas que obligaban la articulación armónica de las instituciones estatales. Fundamentalmente fueron dos las teorías que soportaron esta etapa, Kate Millet, en su obra *Sexual Politics* (1969), advirtió que “lo personal es político”, para dejar en evidencia que la idea de familia en que tradicionalmente se ha ubicado a las mujeres, constituye el centro de esa asimetría de poder que las discrimina, somete y vulnera, condición que responde al modelo patriarcal hegemónico, obra que además causó resistencia al interior del movimiento, al incorporar por primera vez el tema de la bisexualidad y el lesbianismo (Álvarez, 2007, pág. 191). Shulamith Firestone, con su obra *The Dialectic of Sex*, apelando a las categorías del marxismo y a la metodología dialéctica empleada por esta teoría que entiende el mundo como un proceso, “un flujo natural de acción y reacción”, advierte la existencia de un “sustrato sexual en la dialéctica histórica” que asigna a la clase sexual una categoría de poder, así, la naturaleza fue quien produjo la desigualdad

básica que más tarde fue institucionalizada en beneficio de los hombres (Firestone, 1976, págs. 9, 16, 257).

El “feminismo postsocialista” de Nancy Fraser, nos ofrece herramientas para descifrar cómo las desigualdades sociales y los procesos reivindicatorios permiten la consolidación de un nuevo modelo en el que juegan un papel determinante, las categorías de reconocimiento, redistribución y representación. De acuerdo con la autora, el origen de este nuevo orden coincide con la etapa de posguerra y la condición postsocialista, escenario en el que la justicia distributiva igualitaria perdió su capacidad hegemónica de articular la lucha y el conflicto social de las mayorías. Hasta ese entonces, según Fraser, los procesos reivindicatorios habían permanecido marginados por la acción del poder dominante, pero encontraron en esta transición la posibilidad de evidenciarse con la fuerza que el mundo actual conoce, dichos procesos inicialmente fueron el resultado de la acción de la nueva izquierda que estalló en los 60’ y que al desvanecerse dio vida a los nuevos movimientos sociales que persiguen intereses puntuales que se acompañan con la búsqueda de una igualdad real. Es aquí donde encuentra asiento su teoría sobre las políticas de reconocimiento y de redistribución, que más adelante constituirían una triada con la de representación. (Fraser, 2016).

Esta teoría surge a partir de la naturaleza de los procesos reivindicatorios, iniciando por aquellos que persiguen una redistribución más justa y equitativa de los recursos y, aquellos que anhelan una justicia social en la “política de reconocimiento” condición que implica la aceptación de la diferencia, categoría ésta dentro de la cual se adscriben los procesos reivindicatorios de grupos minoritarios y, por supuesto, la diferencia de género. Pese a ello, la autora presenta una disociación entre estos conceptos, que en ocasiones raya con la polarización, la duda sobre la realidad de un incremento global de la desigualdad y el fracaso del igualitarismo económico, motivan una pregunta con única respuesta entre redistribución-reconocimiento, política de clase - política de identidad, multiculturalismo – socialdemocracia, dilema que Fraser advierte superable en la consolidación de una propuesta política programática que logre integrar lo mejor de una y otra (Fraser, ¿Redistribución o reconocimiento?, 2006, págs. 17-19).

Para Fraser los términos “redistribución” y “reconocimiento” obedecen políticamente a un grupo de reivindicaciones exigidas por movimientos en la esfera pública, se trata de *paradigmas populares de la justicia*, filosóficamente, el primero encuentra una marcada tradición liberal que prometería una nueva teoría de la justicia donde resultaría efectiva la redistribución socioeconómica. Por su parte, el reconocimiento tiene como génesis la filosofía hegeliana – fenomenología de la conciencia, “en esta tradición, el reconocimiento designa una relación recíproca ideal entre sujetos, en la que cada uno ve al otro como su igual y también como separado de sí. (...) uno se convierte en sujeto individual sólo en virtud de reconocer a otro sujeto y ser reconocido por él”, así el reconocimiento se encuentra asociado con la “ética” y en la actualidad representa un eje central en la “política de la diferencia” (Fraser, ¿Redistribución o reconocimiento?, 2006, págs. 19-20)

Según la autora, el problema de redistribución encuentra fundamentalmente su origen en la estructura económica de la sociedad y, las injusticias que en este contexto pueden darse, se derivan de la mala distribución socioeconómica, como puede ejemplificarse a partir de la teoría del marxismo economista ortodoxo – independientemente de la corrección o no de sus postulados- y la división de una clase que vende su fuerza de trabajo y, otra capitalista, que se apropia de la plusvalía de la productividad para beneficio privado (Fraser, 2006, págs. 25-26). El reconocimiento, por su parte, se enfrenta a “injusticias que interpreta como culturales, que supone enraizadas en patrones sociales de representación, interpretación y comunicación”, la solución quedará definida entonces por el cambio cultural y simbólico que permita “la reevaluación ascendente de las identidades no respetadas y los productos culturales de los grupos difamados; el reconocimiento y valoración positiva de la diversidad cultural o la transformación de la totalidad de los patrones sociales de representación, interpretación y comunicación, de manera que cambiara la identidad social de todos. En igual sentido, en el marco del reconocimiento, las víctimas de las injusticias ostentarían un estatus “weberiano”, es decir, grupos de bajo prestigio, calificados como diferentes y con menor prestigio (ejemplo de ello son las mujeres a quienes se trivializa y cosifica sexualmente) y trata a esas diferencias desde dos perspectivas; i) como variaciones culturales benignas y preexistentes que exige reevaluar los rasgos devaluados, y ii) como producto de una elaboración contemporánea que obliga deconstruir sus términos de elaboración (Fraser, ¿Redistribución o reconocimiento?, 2006, págs. 24-25).

Ahora bien, para que una reivindicación de reconocimiento se entienda justificada, “los reclamantes deben demostrar que los acuerdos vigentes les impiden participar en la vida social en calidad de igualdad con los otros”, lo que Fraser denomina “norma de la paridad participativa”, condición de la que emergen las propuestas de reformas específicas, ésta debe ser analizada en dos niveles; i) el nivel intergrupar, que define los criterios para evaluar las implicaciones de los *patrones institucionalizados de valor cultural en la posición relativa de minorías frente a mayorías*, y ii) el nivel intragrupal, que permite evaluar *los efectos internos de las prácticas minoritarias cuyo reconocimiento se reivindica*. Estos requisitos únicamente podrán ser analizados en conjunto y los argumentos están llamados a plantearse estrictamente en términos de paridad en la participación (Fraser, ¿Redistribución o reconocimiento?, 2006, págs. 43-47).

Si el problema de la redistribución se enmarca en una dimensión económica y el de reconocimiento en una noción cultural, Fraser complementa años después su teoría desde la perspectiva política que “nos dice no sólo quién puede reivindicar redistribución y reconocimiento, sino también cómo han de plantearse y arbitrarse esas reivindicaciones”; esta dimensión política de la justicia, se signa entonces en la *representación* (Fraser, Escalas de Justicia, 2008, págs. 39-43).

La noción de justicia en Fraser se encuentra representada de manera muy original en dos elementos significativos, la balanza como señal de imparcialidad, y el mapa, un símbolo no tan familiar –en palabras de Fraser-, del que se apropia el geógrafo para representar relaciones espaciales, imagen que adopta sentido para explicar la problemática del “enmarque” y las luchas transnacionales que los movimientos sociales defienden a una escala mayor, en el marco de la globalización. La naturaleza y heterogeneidad de las reivindicaciones en la actualidad cuestionan la posibilidad de imparcialidad en la justicia hacia una valoración equitativa. De otra parte, el régimen de protección de los derechos humanos y las amplias redes de “gobernación global” han superado la “cartografía westfaliana del espacio político”, motivando con ello la reconfiguración de los modelos tradicionales de distribución, reconocimiento y representación. En palabras de la autora, la problemática de la balanza cuestiona sobre el qué puede leerse como un “asunto genuino de justicia”, mientras que el mapa se enfrenta al dilema sobre quién se constituye como “sujeto auténtico de justicia”, la

adición en su teoría del componente de la representación, incorpora más tarde, en la problemática la necesidad de identificar el “cómo” se determina el “quien”. Ante este panorama, Fraser propone “repensar la democracia para tiempos anormales” que fundamentalmente implica reevaluar el concepto de esfera pública, asegurando en este proceso la materialización del ideal de una comunicación política que involucre a todos los sectores en un modelo globalizado (Fraser, Escalas de Justicia, 2008, págs. 15-29).

Frente al feminismo, Fraser presenta una narración alternativa que inició con la segunda ola, cuando el feminismo se unió a los nuevos movimientos sociales que nacieron en la década de los años sesenta, pasando luego a una etapa definida por la política de la identidad y, en un fenómeno relativamente más reciente, hacia una política transnacional. La radicalización de esa primera etapa intentó descubrir el panorama de dominación dentro de un proceso de transformación político y económico que orientaba su atención a la estructura socialdemócrata de distribución, después de la Segunda Guerra Mundial. La política de identidad del feminismo coincidió con la lucha de la socialdemocracia “de base nacional presionada por el neoliberalismo global”, en que no encontró eco una doctrina cultural. Fraser agrega que, el 11 –S marcó el inicio de un punto “estático” para el feminismo en Norteamérica, sin embargo, en Europa y en otras latitudes este movimiento ha explorado nuevas “oportunidades políticas en los espacios políticos transnacionales de nuestro mundo en globalización” que, con certeza, le otorga un nuevo aire al feminismo y que podría integrar los mejores aspectos de las dos fases anteriores (Fraser, Escalas de Justicia, 2008, págs. 187-189).

Ahora bien, Iris Marion Young, teórica política y feminista norteamericana sostiene que, para descifrar a qué concepciones de la justicia social apelan los movimientos sociales en sus reivindicaciones, es preciso comenzar por comprender los conceptos de *dominación* y *opresión*, términos que resultan centrales para contextualizar modelos de injusticia y que incluyen, por un lado, modelos distributivos y, de otra parte, aspectos que van más allá, como la toma de decisiones, la división de trabajo y cultura. La autora intenta ver la opresión, desde la visión que también comparten los movimientos sociales y que se traduce en las desventajas, injusticias o impedimentos sistemáticos que sufre alguna gente “por las prácticas cotidianas de una bien intencionada sociedad liberal”; la opresión es así un fenómeno estructural, cuyas

causas “se encuentran insertas en normas, hábitos y símbolos que no se cuestionan en los presupuestos que subyacen a las reglas institucionales y en las consecuencias colectivas de seguir esas reglas” (Young, 2000, págs. 71-74).

Para la autora también resulta claro que, bajo las sociedades actuales, complejas y claramente diferenciadas, “todas las personas tienen identificaciones grupales múltiples”, condición que precisa de una diferenciación de grupo “múltiple, cruzada, flexible y cambiante”, cuestionando con ello el modelo predominante de “sujeto autónomo y unificado” (Young, 2000, pág. 85)

Ahora bien, para explicar la opresión, Iris apela a cinco categorías que son esenciales para su configuración, esto es: explotación, marginación, carencia de poder, imperialismo cultural y violencia. La *explotación*, entendida fundamentalmente como un “proceso sostenido de transferencia de los resultados del trabajo de un grupo social en beneficio de otro”, definición que el feminismo puede explicar puntualmente, en la medida en que “la libertad, poder, estatus y autorrealización de los hombres es posible precisamente porque las mujeres trabajan para ello”, condición que implica la transferencia de los “frutos del trabajo material”, además de las “energías sexuales y de crianza” (Young, 2000, págs. 88-89).

La *marginación*, por su parte, explica la exclusión de ciertas personas de la vida útil de la sociedad, situación que tiene el riesgo de experimentar “graves privaciones materiales e incluso al exterminio”. La *carencia de poder*, analizada principalmente en el contexto laboral, se explica para aquellas personas que carecen de cualquier forma de autoridad, de facultad de decisión y/o de acción, personas que se encuentran obligados a obedecer órdenes, porque no tienen derecho a darlas. El *imperialismo cultural*, “conlleva la universalización de la experiencia y la cultura de un grupo dominante, y su posición como norma”, esto implica la invisibilización o estereotipación de aquellos que no pertenecen a ese grupo y que serán categorizados como “los otros” y a la configuración de una “doble conciencia” que implica la definición de sí mismo a partir de dos culturas: “una dominante y otra subordinada”. Finalmente, la *violencia* se constituye en un acto de opresión en tanto se ha convertido en una *práctica social*, en ese temor colectivo y generalizado que persiste diariamente en grupos “marginados” por entenderse *predispuestos* a ser víctimas de agresión, en virtud de su identidad de grupo, violencia que

alcanza una suerte de “legitimación” cuando resulta tolerada. En palabras de la autora, la verificación de cualquiera de estas categorías resulta suficiente para definir la opresión de un grupo (Young, 2000, págs. 94-113).

Para la autora “la justicia social requiere no de la desaparición de las diferencias, sino de instituciones que promuevan la reproducción y el respeto de las diferencias de grupo sin opresión” (Young, 2000, pág. 84), condición que no se acompasa con el ideal universalista, imperante en el modelo filosófico y político de occidente, a lo que Young denomina “la lógica de la identidad”. Esta lógica, apela en su base a la razón; la razón persigue la esencia y en ese camino, adopta la idea de un concepto universalizado, que permita encontrar factores comunes entre los elementos de una categoría para reducirlo todo a una unidad, a un principio único y éste en este punto donde la diferencia queda anulada (Young, 2000, págs. 168-169).

La autora reitera que “la similitud nunca es igualdad, y lo similar solo se identifica a través de la diferencia. La diferencia, sin embargo, no es completa alteridad, una total ausencia de relación o atributos compartidos”, sin embargo, la lógica de la identidad, en su afán de lograr la unidad para lo “diferentemente similar”, convierte lo “meramente diferente en el otro absoluto” y “arrastra la diferencia hasta oposiciones jerárquicas dicotómicas: esencial/accidente, buena/mala, normal/desviada” (Young, 2000, págs. 169-170).

La imparcialidad, debe convertirse en otra característica principal de esta racionalidad moral, creando una suerte de dicotomía entre razón y sentimiento, separación que resulta igualmente cuestionada por la autora, tras advertir la imposibilidad de aislar este componente de toda actividad humana (Young, 2000, págs. 176-177). A su lado, la autora presenta además la dicotomía entre razón y deseo, que distingue lo universal (ámbito público) y lo particular (ámbito privado de necesidades y deseos y aquellos aspectos relacionados con el cuerpo).

Para Young, la teoría de la racionalidad moral debe sustentarse en un modelo dialógico, que permita la “discusión entre sujetos diferentemente situados que desean obtener reconocimiento por parte de las demás personas”. De esta manera, sería la “ética comunicativa” y el reconocimiento de la pluralidad de sujetos bajo condiciones de igual poder (Young, 2000, págs. 181-182).

Lo anterior deja en evidencia la afinidad de la autora con el impulso de procesos participativos, altamente democráticos de tomas de decisiones, que cuenten con la representación de todos los actores y sectores (política de inclusión); es decir, una verdadera democracia participativa. Este propósito debe perseguir la consolidación de un “espacio público heterogéneo en el que las personas aparezcan con sus diferencias reconocidas y aceptadas por el resto, a pesar de que tal vez no se las entienda completamente” (Young, 2000, págs. 197-205).

En Young, se reafirma esa importante distinción entre el ideal asimilacionista y la política de la diferencia. La asimilación supone innegablemente un “sometimiento” a las reglas de juego ya establecidas –generalmente por el grupo dominante- y niega que “las diferencias de grupo puedan ser positivas deseables”, sometimiento que en algunos casos podrá ser valorado como “conformista”, cuando los grupos desaventajados asumen las instituciones y normas como dadas y se adecúan a ellas o, un sometimiento “transformador” que reconoce que ese estado de cosas fue construido por los grupos dominantes y que se necesita políticas dirigidas a grupos específicos. Ante este panorama, la política de la diferencia resulta liberadora pues lleva implícito el acto de reclamar una identidad que resultaba desvalorada o desconocida, ésta política reconoce que “los grupos oprimidos tienen distintas culturas, experiencias y perspectivas sobre la vida social con un significado humanamente positivo”, logrando con ello, una relativización de la cultura dominante (Young, 2000, págs. 263-280).

Ahora bien, tras la afirmación de la diferencia, deviene el proceso de separación y “autoorganización de los grupos oprimidos”; esa autonomía, pese a ser riesgosa, ha sido empleada por los movimientos emancipatorios como una herramienta de legitimación y hacia el desarrollo de una voz de grupo. La autora defiende la idea de un “pluralismo democrático radical” que “reconoce y afirma el significado público y político de las diferencias entre grupos sociales como un medio para asegurar la participación e inclusión de todas las personas en las instituciones sociales y políticas” (Young, 2000, págs. 282-283).

En todo caso, la diferencia no puede ser definida como exclusión u oposición, ni tampoco desde una visión esencialista, no debe suponer ni una “unidad amorfa ni pura individualidad”,

puede entenderse mejor como especificidad, variación o heterogeneidad. “la diferencia hace referencia a relaciones de similitud y no similitud que no se pueden reducir ni a la identidad coextensiva ni a la alteridad no superpuesta” (Young, 2000, págs. 283-288). En definitiva, la política de la diferencia precisa de una sociedad que no elimine ni trascienda la diferencias de grupo, donde exista “la igualdad entre los grupos social y culturalmente diferenciados, que se respetan mutuamente unos a otros y se afirman los unos a los otros en sus diferencias (Young, 2000, pág. 275).

“Momentos de apertura”, así llama Fraser al instante cuando las ideas hegemónicas se rompen y las injusticias ocultas eclosionan, y eso es el feminismo. Sus múltiples facetas y los logros alcanzados son, fundamentalmente, la evidencia del cuestionamiento a un *statu quo* que afectaba a las mujeres, que las desdibujaba en su esencia humana, negando y limitando con ello su participación en la vida y en el mundo. El feminismo puede ser visto desde este contexto como un movimiento lo suficientemente fuerte para desestabilizar ese orden dado, sin embargo, no puede desconocerse que, junto a él -aunque quizá con un nacimiento un poco tardío- otros sectores también reclamaron su reivindicación, alcanzando en conjunto procesos de transformación profundos que cambiaron el orden de la civilización moderna. Todos estos movimientos, independientemente de contar con la capacidad de promover pequeñas o grandes *revoluciones*, comparten una característica en común: la defensa de su diferencia y, con ello, la exigencia de una reconfiguración del concepto de igualdad que pueda ser leída desde la inclusión.

Este análisis pretende valorar la evolución del movimiento feminista sin apartarse de ese contexto general, entendiendo la existencia de un modelo de género creado, una categoría construida, que habla de dominación y opresión en contra de las mujeres, que aún persiste y se hace visible en la vida cotidiana, pero que ha propiciado a la par una significativa fuerza transformadora que, unida a la acción de otros grupos y movimientos, ha impactado en los procesos de participación y adjudicación en la actualidad.

No es el propósito de este estudio restar importancia a la individualidad, entendida como el eje central de la vida humana y de toda acción estatal, pero reviste un particular interés el análisis del concepto de identidad, como elemento esencial y fuerza hacia las transformaciones

que, como en el proceso feminista, lograron sumar intereses para reivindicar garantías humanas y consolidar propósitos emancipatorios. Es innegable que desde entonces, el panorama político, económico, social y cultural del mundo cambio y, con él, el sustento que definía el ideal de justicia.

Siguiendo a Fraser y a Young, el reconocimiento es el punto de partida en este proceso, concepto que encontró su definición en aquella máxima hegeliana en virtud de la cual cada persona se dota de individualidad, en la medida en que reconoce al otro y el otro la reconoce en términos de igualdad, en este punto se consolida verdaderamente la noción de diferencia, no entendida como completa alteridad, sino como un concepto de heterogenidad. La teoría del reconocimiento en Fraser, además de la concepción de grupo en que está fundada, podrá ser leída desde la individualidad, desde la batalla que las mujeres deben dar en contextos particulares, en la cotidianidad de la vida, ante estrados judiciales, ante entidades gubernamentales, ante sus jefes, ante sus esposos; escenarios donde muchas veces pesa más la carga de la dominación y la opresión que las reivindicaciones que como grupo se han logrado. En este punto, la comprensión y el respeto por las diferencias representará el primer paso hacia la estructuración del concepto de igualdad.

En la lógica de la identidad y bajo la connotación de grupo, la autoorganización es la consecuencia que se sigue, sin el ánimo de alcanzar una “peligrosa” separación, pero con el propósito de fortalecer objetivos comunes y acciones de reivindicación; el movimiento y la campaña que precedió el fallo de la Corte Constitucional colombiana que despenalizó el aborto bajo tres causales, resulta un buen ejemplo para explicar este proceso.

Pero tras estas etapas, persisten dos retos de gran envergadura: i) la consolidación de una esfera pública, capaz de albergar formas efectivas de inclusión y participación en procesos públicos y colectivos de organización estatal, de distribución de recursos, de participación política, es decir, procesos de creación del derecho y de sus reglas de adjudicación, así por ejemplo, resultan favorables las acciones comunicativas que promueven la participación y la pluralidad en trámites legislativos, en la construcción de políticas estatales y en el desarrollo de procesos judiciales con decisiones de carácter erga omnes, como en el caso de las acciones de

inconstitucionalidad y, ii) el cumplimiento de este propósito a nivel transnacional dentro de un mundo globalizado que, pese a buscar un modelo de justicia que muchas veces no precisa fronteras, no podrá dejarse seducir por la generalización y, en su lugar, deberá mantener en un lugar privilegiado para el análisis de los contextos locales y situados.

La teoría del reconocimiento y la política de la diferencia alimentarán en buena medida este estudio que, pese a encontrarse necesariamente ligado a la realidad de la globalización, planteará un análisis desde una perspectiva muy local, a fin de indagar cómo se traslada este discurso y los efectos de este proceso reivindicatorio a episodios puntuales de violencia contra mujeres y cómo estas teorías que resignifican el contenido de la igualdad se materializan para defender sus derechos en contextos situados, muchas veces alejados de aquellos espacios centrales donde pueden recibir una aplicación directa.

Ahora bien, la connotación de opresión y distribución asimétrica de poder que se construyó en torno al género y que representó para el feminismo un largo camino de luchas y el impulso de su propia “revolución”, no puede valorarse sin el estudio de uno de los recursos que más ha permitido la perpetuación de ese modelo patriarcal, fuertemente cuestionado. El derecho, como marco normativo de regulación de la conducta humana y fuente organizativa de la sociedad, también ha sido patriarcal; desde su creación hasta su adjudicación ha privilegiado lo masculino, fortaleciendo las bases de esa distinción que dota de poder y superioridad a un grupo de la humanidad, en desmedro de los intereses del grupo opuesto, que por muchos años, debió permanecer simplemente al margen.

## **2.2 Críticas feministas al Derecho.**

*El derecho, es el producto de las sociedades patriarcales, construido desde el punto de vista masculino, por lo que refleja y protege los valores y atiende a sus necesidades e intereses (Facio, 1992).*

El derecho, como modelo organizador y como instrumento de regulación social que es, indudablemente merece ser estudiado desde diferentes perspectivas, especialmente si se tiene en cuenta el papel que éste desempeña en la definición de instituciones, conceptos, procedimientos y roles, y de las implicaciones que de ello se derivan desde el momento mismo

de su creación, extendiéndose a su proceso de aplicación. Dentro de este contexto, la mirada del feminismo al derecho, innegablemente puede orientarse en dos direcciones: i) en acuerdo, a partir del reconocimiento de garantías que en las últimas décadas el derecho ha coadyuvado en beneficio de sectores tradicionalmente discriminados, como respuesta a constates procesos reivindicatorios, y ii) en oposición, frente a las estructuras patriarcalmente creadas y que cuentan con plena vigencia en la actualidad y, frente a procesos dispuestos para su aplicación que mantienen y perpetúan formas de discriminación en contra de las mujeres, espacio en el que se concentrará el presente estudio.

Jaramillo (2000) puntualiza las críticas fundamentales del feminismo al derecho, a partir de una distinción entre el momento de creación de éste y el instante de su aplicación; de este modo, en palabras de la autora, estas críticas encuentra sentido fundamentalmente por dos razones: i) Porque el derecho se ha construido desde el punto de vista masculino, producto de las sociedades patriarcales, condición por la cual está llamado a reflejar y proteger sus valores, atendiendo a sus necesidades e intereses, y ii) Porque el derecho, pese a proteger los intereses y las necesidades de las mujeres, en su *aplicación por instituciones e individuos moldeados por la ideología patriarcal, ha desfavorecido a las mujeres.*

Bajo estas consideraciones, las nociones de universalidad y neutralidad que —aparentemente— acompañan al derecho resultan cuestionadas, pues, la construcción de teorías, la declaración de derechos y la creación de normas se encuentran permeadas por categorías claramente sexuadas que privilegian lo masculino. En palabras de Facchi (2005), tras el momento en que la igualdad se impuso como principio universal, se presume que el derecho está dirigido a un sujeto neutro, pese a ello, ese sujeto cuenta con características propias de un grupo dominante, generalización que afecta a los grupos excluidos, entre ellos, el de las mujeres.

Como se estudió, el feminismo ha transitado por múltiples etapas, que partieron desde el reconocimiento de las mujeres como seres humanos, pasando por luchas progresivas hacia la consolidación de derechos y la búsqueda de una igualdad real y material que constituye un propósito que se persigue en la actualidad. No obstante, existe un factor que persiste en cada una de estas fases pudiendo llamarse común en este proceso evolutivo y que consiste en

valorar y tratar de definir la opresión de que han sido y son víctimas las mujeres, para en este sentido definir las medidas orientadas a superar tal situación.

Al referirse a los diferentes tipos de feminismos, Jaramillo (Jaramillo, 2000, pág. 41) advierte que éstos son básicamente el resultado de las diferentes formas de entender esa opresión<sup>1</sup> en las sociedades contemporáneas - tanto en abstracto, como en concreto-, valoraciones de las que se desprenden las transformaciones a proponer y las estrategias políticas que deben asumirse.

En este contexto, Jaramillo puntualiza estas distinciones dentro de la teoría feminista para hablar de i) *Feminismo de la igualdad*, que exige para las mujeres un trato igual al de los hombres, modelo al que se adscriben otras subformas dependiendo del concepto de igualdad que se adopte, entre ellas, el *feminismo liberal clásico* (igualdad de oportunidades formales), *feminismo liberal social* (igualdad de oportunidades materiales o reales – advierte la desigual distribución de recursos según el género) y *feminismo socialista* (igualdad en el acceso a los recursos – género como estructura de opresión social), ii) *Feminismo de la diferencia o feminismo cultural*, que precisa el reconocimiento de la diferencia de las mujeres y iii) *Feminismo Radical* según el cual el género constituye la estructura fundamental de la sociedad, resultando determinante en el proceso de distribución de poder; para MacKinnon, su principal exponente, son los hombres quienes detentan el poder, condición que se hace efectiva en su libre acceso a la sexualidad femenina y en la posibilidad que tienen de definir –por este hecho-, lo que es ser mujer (Jaramillo, 2000, págs. 40-52).

Dentro de las distinciones propuestas por la autora, cabe resaltar aquella que clasifica a los feminismos atendiendo la prioridad otorgada al *género en la comprensión de la opresión de los individuos*. En este sentido, tal distinción calificaría los *feminismos esencialistas*, para quienes el género representa el principal factor de opresión y, aquellos para quienes la opresión del sexo femenino es distinta en cada caso y obedece a factores como el género, la raza, la orientación sexual, la clase o la etnia. Dentro de esta segunda clasificación, la autora ubica al *feminismo*

---

<sup>1</sup> Concepto definido por la autora como las restricciones impuestas a los seres humanos que les impiden desarrollarse como seres de la especie (West, 2000, pág. 44)

*posmoderno*, una interesante categoría de acuerdo con la cual el sujeto responde a una construcción social, *resultado de interacciones sociales* que se reflejan y se crean dentro del lenguaje y por tanto se encuentra libre de esencia o característica que lo defina o le pertenezca (Jaramillo, 2000, pág. 50).

A propósito de las distinciones propuestas y en un plano más concreto, la autora detalla las instituciones jurídicas que son objeto de la crítica feminista. En este orden, en el *liberalismo clásico*, la crítica se dirigió puntualmente contra las normas jurídicas que excluían a las mujeres en el reconocimiento de derechos, puntualmente en los casos del derecho al voto concedido únicamente en favor de los hombres, las normas que establecían la potestad marital, las restricciones para las mujeres en el acceso a la educación superior y a ciertos empleos u horarios y la penalización del aborto. Desde el *feminismos liberal social y socialista*, los reclamos se centraban en dos escenarios: *i)* En cuanto a derechos laborales equitativos, esto es, el reclamo de garantías reales para la igualdad salarial, para la no discriminación en el empleo y la no discriminación en la distribución de recursos de la seguridad social y *ii)* El reconocimiento de su papel de reproducción biológica y sus implicaciones en el campo laboral; para este efecto, los reclamos se centraron en la necesidad de las licencias de maternidad y lactancia, la valoración del trabajo doméstico, la posibilidad de acceder a un empleo al tiempo de continuar con su labor de madres (guarderías) y la incorporación de los factores propios de esta condición en el sistema de seguridad social (Jaramillo, 2000, págs. 53-55).

Desde el *feminismo cultural o de la diferencia*, las reivindicaciones orbitan en el plano del derecho de familia y, considerando que dentro de este contexto, este modelo se opone a las pretensiones del feminismo liberal cuestionando su intención de lograr una mera asimilación de las mujeres a los hombres y su introducción en los esquemas eminentemente masculinos, el feminismo cultural precisa la adopción de un *esquema de derechos especiales a través de los cuales se reconozcan y valoren el punto de vista y las prácticas particulares de las mujeres* (Jaramillo, 2000, pág. 56).

Finalmente, las críticas del *feminismo radical* se sustentan en los derechos sexuales, destacando dentro de estos, aquellos relacionados con la sanción del acoso sexual, la violación entre

cónyuges o conocidos y la lucha no tan fructífera de las agresiones contra las mujeres en el marco de la pornografía (Jaramillo, 2000, pág. 56)

Muchas de las críticas propuestas han redundado en un proceso importante de reconocimiento transformando el panorama de derechos de las mujeres, proceso que como se vio, ha trasegado desde la búsqueda de una igualdad formal hasta la necesaria construcción de una igualdad real que parta de entender la diferencia entre hombres y mujeres y busque reconstruir nuevos esquemas de igualdad en el marco de un modelo eminentemente patriarcal, esto convierte al derecho en una herramienta que ha permitido grandes conquistas, pero que a la vez mantiene la vigencia de diferentes formas de opresión.

La segunda década del siglo XX representó para el feminismo una etapa de transición, orientada a profundizar la valoración de las características propiamente femeninas, superando el nivel eminentemente biológico, para abordar un análisis psicológico y cultural, constituyendo el epicentro de importantes estudios que han influenciado de manera directa la teoría del derecho y de la justicia.

La reformulación de los conceptos de igualdad y diferencia promovidas desde el feminismo proponen entonces otra opción, que van más allá de modelos de asimilación en los que triunfa la cultura dominante y al que quedan sometidos las y los individuos, lo que para Fuchi se traduce en una renuncia, al menos parcial, de la propia identidad personal y de grupo. En palabras de Iris Marion Young, citada por Fucchi, en el ideal de asimilación existe una completa negación de tal identidad y, una verdadera política de emancipación que exige la resignificación misma del concepto de igualdad, pues, *“El ideal asimilacionista presupone que igualdad social significa tratar a todos con base en los mismos principios, reglas y criterios. La política de la diferencia sostiene, por el contrario, que la igualdad en cuanto participación e inclusión de todos los grupos, puede requerir a veces un tratamiento diferenciado de los grupos oprimidos o desaventajados”*(Facchi, 2005, pág. 28).

El *feminismo de la diferencia* que, en esencia exige un tratamiento especial que responda a las características particulares en cada caso, abre la brecha para entender y reivindicar derechos y garantías de otro tipo de grupos tradicionalmente discriminados, situación que, desde todas las

perspectivas, termina minando la idea de universalidad y neutralidad del derecho. Robin West analiza esta forma de distinción en el entendimiento mismo del ser humano y lo que ella denomina “la tesis de la separación” de acuerdo con la cual *estamos físicamente delimitados, que el “yo” es singular e inequívoco y que la palabra “individuo” tiene un significado biológico incuestionable*; esta teoría es la que define tanto la teoría liberal del derecho como la teoría crítica del derecho, haciéndola inevitablemente masculina, pues esta categorización ha de predicarse únicamente respecto de los hombres, obviando de ello a las mujeres. Lo anterior se explica por cuanto las “mujeres están particular e inconfundiblemente *conectadas* a otra vida humana durante el embarazo” y agrega:

De hecho, las mujeres están en cierto sentido *conectadas* a la vida y a otros seres humanos por lo menos durante cuatro experiencias recurrentes, críticas y concretas: la experiencia misma del embarazo; la experiencia, invasora y conectante de la penetración heterosexual que puede llevar al embarazo; la experiencia mensual de la menstruación, que representa el potencial del embarazo, y la experiencia del amamantamiento, posterior al embarazo. Lo anterior revela que la mujer está “esencialmente conectada”, no “esencialmente separada” del resto de la vida humana, tanto materialmente, como existencialmente, a través de la vida moral y práctica. (West, 2000, pág. 72)

Así las cosas, la percepción de la realidad y su organización se presentarían desde perspectivas radicalmente diferentes. Para la autora, desde la visión masculina, mientras la teoría liberal del derecho defiende al individuo libre y autónomo con respecto al otro, pero con una amenaza latente, esto es, el peligro de la aniquilación por parte de ese otro, la teoría crítica del derecho, al reconocer la separación física del otro, motiva el temor a la alienación y al aislamiento respecto del otro y contempla la posibilidad de asociación y comunidad con él. En este sentido, la cultura liberal – dominante-, que la autora llama oficial, defiende la autonomía como valor supremo; desde el lado opuesto, la vida subjetiva precisa establecer alguna clase de conexión humana con el otro, superando con ello el aislamiento y la alienación (West, 2000, págs. 72-87)

Tal como la teoría masculina del derecho presenta dos visiones aparentemente opuestas, la teoría feminista se presenta en dos escenarios fundamentalmente definidos por la categorización e importancia de las diferencias que se reconocen entre hombres y mujeres. Esta distinción, en términos de West nos ubica frente a las llamadas “feministas culturales” para quienes la “diferencia esencial entre hombres y mujeres es que las mujeres crían niños y los hombres no”, y las “feministas radicales” para quienes la diferencia esencial se basa en que *a las mujeres “se las tiran” y los hombres “tiran”*, en este contexto, las mujeres por definición “son aquellas de quienes el sexo es arrebatado”. West por su parte, encuentra que dicha distinción no es tan radical y puede resultar errónea y, en su lugar, plantea una caracterización alternativa que subyace tanto al feminismo radical como al cultural y que tiene que ver con el estado de la mujer y “su potencial de conexión física y material a la vida humana”, caracterización a la que llama “tesis de la conexión” que fundamentalmente puede explicarse en que “las mujeres están real o potencialmente conectadas a otra vida humana, los hombres no. Este hecho material tiene consecuencias existenciales”. En este sentido, “el potencial de conexión material [femenino] engendra placeres y dolores, valores y peligros, y atracciones y temores que son enteramente diferentes de esos que son consecuencia, para los hombres, de la necesidad de separación” (West, 2000, págs. 87-89)

No obstante lo anterior, ni las feministas culturales ni las feministas radicales se adhieren por completo a la *tesis de la conexión*, pues para la autora, pese a que las dos corrientes reconocen el potencial de conexión material con otros presente en la órbita femenina, éstas difieren sobre las experiencias subjetivas que se derivan de ese estado material de conexión; así, para el feminismo cultural, “las mujeres valoran la intimidad, desarrollan una capacidad de sustentar la vida y una ética del cuidado por el otro con el que estamos conectadas”, situación que desencadena el temor de la separación respecto de éste, para el feminismo radical, ese potencial de conexión representa un acto de invasión de la integridad física de los cuerpos de las mujeres y de la intrusión en la integridad existencial de sus vidas (West, 2000, pág. 90).

Carol Gilligan y su obra *In a Different Voice* representa uno de los principales referentes desde la perspectiva del feminismo cultural, sus aportes se sustentan en atribuir una ética de cuidado o de responsabilidad a lo femenino, en oposición a una ética de la justicia o de los derechos atribuible a lo masculino. Facchi citando a Gilligan resalta que:

La ética de los derechos se funda en el concepto de igualdad y en la equidad del juicio, mientras la ética de la responsabilidad se basa en el concepto de justicia distributiva, en el reconocimiento de la diversidad de necesidades. Donde la ética de los derechos da expresión al reconocimiento del igual respeto debido a cualquiera y se orienta a encontrar un equilibrio entre las demandas del otro y las propias, la ética de la responsabilidad se basa en una comprensión que hace nacer la compasión y el cuidado (Facchi, 2005, pág. 33). El imperativo moral (...) es para las mujeres un mandato de cuidado, una responsabilidad por discernir y aliviar el verdadero e identificable problema de este mundo. Para los hombres, el imperativo moral aparece más bien como el mandato de respetar los derechos de los otros y así proteger de intromisiones el derecho a la vida y a la realización de las ambiciones personales (West, 2000, pág. 94)

Sin embargo, esta teoría de la conexión presenta un lado negativo, pues, la aniquilación que temen los hombres los aleja de alcanzar la intimidad, mientras que el temor de las mujeres a la separación del otro, las aleja de la independencia. En este sentido, el potencial de conexión de las mujeres a otra vida humana gira alrededor del eje de la intimidad, la sustentación, la comunidad, la responsabilidad y el cuidado y la creación de valor dependen de respuestas efectivas a las necesidades de esos que son débiles y dependientes. En el caso masculino, el concepto de valor gira alrededor de la autonomía, la individualidad, la justicia y los derechos, y la creación de ese valor depende de la habilidad para respetar los derechos de los independientes y de la *habilidad deductiva y cognitiva para inferir de esos derechos reglas para una vida segura* (West, 2000, pág. 110)

Como era de esperarse, para el feminismo radical, el potencial de conexión de las mujeres con los otros –entendido a partir de las relaciones sexuales y el embarazo pero extendido a todas las esferas de la vida- es una condición nefasta, es la fuente para su degradación y subyugación y en ningún evento podrá entenderse como una fuente de valor. Esa insistencia en las implicaciones invasoras, opresivas y destructivas del potencial de conexión de las mujeres con el otro, ha definido las líneas del modelo feminista radical en la actualidad.

En la visión del feminismo radical, es precisamente esa conexión física de las mujeres con la naturaleza y con el otro, la causa del patriarcado, dicha conexión puede entenderse desde dos perspectivas. West cita a French para advertir que la consolidación del patriarcado sobre la base de esa conexión se da por el rol reproductivo de las mujeres y el temor y desprecio que sienten los hombres por la naturaleza. En igual sentido, nos presenta la visión de Shulamith Firestone, para quien, el desprecio del hombre, en principio no representa mayores implicaciones, pues el embarazo en sí mismo, *es invasor, peligroso y opresivo; es un asalto a la integridad física y a la intimidad del cuerpo* (West, 2000, pág. 112)

Ahora bien, para la autora, tanto la cópula como el embarazo representan una invasión al cuerpo de las mujeres y una intrusión a sus vidas, pues son *ocupaciones literales, físicas y materiales del cuerpo*. El feto y el pene, literalmente ocupan el cuerpo de las mujeres. Ante esta situación, las mujeres desean la *liberación de la opresión de la intimidad*, “Las mujeres secretamente, subrepticamente y de manera no oficial anhelan esa misma individuación que, como insiste el feminismo cultural, las mujeres temen: la libertad, la independencia, la individualidad, el sentido de integridad, la confianza, la autoestima y la seguridad de la identidad que sólo puede venir de una vida, una historia, un camino, una voz, una sexualidad, un útero y un cuerpo propios. Las mujeres temen la intrusión y la invasión, y anhelan una identidad independiente, individualizada y separada” (West, 2000, págs. 121-122).

La clandestinidad en que permanecen estos anhelos obedece al temor de las mujeres de ser rechazadas y cuestionadas por la cultura dominante, temor que se traduce en mecanismos fuertemente vinculados con la órbita interna como lo son el romance, la ternura, la sensibilidad y la forma de experimentar la maternidad.

Sin embargo, la individuación que precisa el feminismo radical no es igual a la autonomía que persigue el modelo liberal; la individuación *es el derecho a ser la clase de criatura que puede tener, y luego perseguir, sus propios fines*. De manera injusta para el feminismo radical entonces, la autonomía será una condición natural al estado de los hombres, que el Estado está llamado a proteger, en su opuesto, la individuación *es la precondition material de la autonomía, (...) es lo que se necesita para ser, incluso antes de poder empezar a pensar acerca de lo que se necesita para ser libre* (West, 2000, págs. 130-131).

Lo anterior deja en evidencia que el ser humano estructurado por la teoría del derecho es diferente a la mujer. El ser humano centra su valor en la autonomía y se rehúsa a la aniquilación, las mujeres por su parte, valoran la intimidad y anhela en secreto la individuación, espacio inalcanzable por el miedo a la separación. La autora así concluye que el ser humano construido por la teoría del derecho, excluye a la mujer descrita por el feminismo (West, 2000, pág. 132)

West propone una teoría feminista del Derecho ante el modelo dominante, como se vio eminentemente masculino, para lo cual precisa que el Estado encuentra como valor oficial la autonomía, desconociendo por completo la intimidad, así, los valores y peligros que reposan en la vida de la mujeres no se encuentran, en forma alguna, regulados por el derecho, para precisar, la autora señala que la teoría liberal del derecho no compensa el trabajo íntimo del cuidado ni observa en la invasión sexual o fetal del yo un problema del que ocuparse y es esta falta de reconocimiento en el mundo real lo que implica representación de las mujeres como objeto –*criaturas a las que no se les puede hacer daño*- (West, 2000, pág. 157).

En este orden, los valores, daños, peligros y contradicciones de las mujeres son invisibles para la teoría del derecho, modelo que únicamente atiende las leyes y reglamentos que real y materialmente existen y que tienen como autores y beneficiarios a los hombres, así, para la autora “La abolición virtual del patriarcado es la condición política necesaria para la creación de una teoría del derecho no masculina y feminista” (West, 2000, pág. 158). No obstante, en el camino hacia la consolidación de una teoría feminista del Derecho, West destaca la existencia en la actualidad de dos proyectos puntualmente dirigidos a alcanzar este logro; el primero, relacionado con el *desenmascaramiento* de la teoría del derecho, encargado de evidenciar su naturaleza eminentemente patriarcal y la ausencia de neutralidad, y el segundo, relacionado con lo que la autora denomina *teoría reestructuradora del derecho*.

En cuanto a la crítica a la teoría patriarcal del derecho, la autora distingue entre la *teoría narrativa* del derecho según la cual “la persona, el estado natural y las demandas de justicia están primero, tanto histórica como fenomenológicamente. Los seres humanos crean el

Estado de derecho a partir del estado de naturaleza, para ajustarse a las demandas de la justicia” y la *teoría interpretativa* que “comienzan por una interpretación del derecho, o de un cuerpo de la doctrina legal, o de la idea del derecho en sí, y derivan de esa interpretación una descripción de justicia” (West, 2000, págs. 160-161)

Las mujeres, como personas que privilegian y valoran la intimidad, temen la separación y la invasión y anhelan la individuación, resultan invisibles ante un sistema legal que fue diseñado para restarle importancia a la intimidad, que no protege contra la separación, que no entiende el mal que representa la invasión, y se niega a reconocer las aspiraciones de individuación y de autonomía física de las mujeres. Desde una *crítica narrativa* y en el estado natural, las mujeres eran las encargadas del cuidado del hogar y de crianza de los hijos, mientras los hombres tenían a su cargo la defensa y protección; con llegada del Estado de Derecho –en los términos de Hobbes-, la situación mejoró notablemente pero solo para los hombres, pero las mujeres merecieron la peor parte, pues no solo conservaron su rol, sino que fue anulada toda posibilidad de intervención y participación en las garantías masculinas, la labor entonces debe centrarse en demostrar que i) las tareas de cuidado, de crianza y bienestar merecen ser protegidas en la misma medida que los valores de autonomía, independencia e individualismo, ii) que la intrusión y la invasión física representada en la cópula, incluso, aquella que se presume “normal”, como la que tiene lugar en el matrimonio y en el noviazgo, hace daño a las mujeres, iii) que ese modo de invasión reflejada en el embarazo, trasgrede los límites físicos del cuerpo y los límites síquicos de la vida y, iv) que las mujeres han debido vivir sin la protección del Estado. (West, 2000, págs. 162-168)

La *crítica interpretativa*, de otro lado, expresa cómo el derecho patriarcal *construye, define y delimita* a las mujeres, de manera semejante a como construye, define y delimita al ser humano. El problema radica en que, bajo este proceso, las mujeres no adquieren tal calidad y quedan reducidas al valor de un objeto o de un ser invisible. La tarea de la crítica interpretativa se centrará entonces en la función de deconstruir aquellas representaciones que despojan a las mujeres de cualquier tipo de valor (West, 2000, págs. 168-170).

Finalmente, para la autora, la teoría reestructuradora del derecho tendrá como propósito volver racional la reforma feminista, racionalidad que se ha visto cuestionada o se predica

inexistente por parte de la cultura dominante. En este sentido, los reclamos feministas en temas como el aborto, la pornografía o la maternidad son catalogados bajo un manto constante de irracionalidad que debe combatirse. Las razones que sustentan esta categorización se centran en calificaciones claramente otorgadas desde el modelo patriarcal que intentan preservar, en todo caso, la autonomía masculina. Así por ejemplo, la autora define cómo la reforma legal en favor de la libertad reproductora es expresada en términos de daño y de violencia, conceptos que nos remontan al modelo masculino hobbesiano que se agota en el daño físico y que en forma alguna logra evidenciar el daño subjetivo, propio del género y que se materializa en la experiencia del embarazo no deseado. En este sentido, según la autora, el aborto debe ser visto como un acto de defensa propia, consideración que no sería entendido desde el modelo patriarcal predominante, situación que se replica en los demás escenarios enunciados (West, 2000, págs. 170-172).

Para West, la teoría feminista reconstructivista “debe tratar de explicar o de reconstruir las reformas necesarias para la seguridad y el mejoramiento de las vidas de las mujeres, en un lenguaje directo que sea fiel a nuestra propia experiencia y a nuestras propias vidas subjetivas”, su meta debe ser “proporcionar descripciones del ser humano, subyacentes a las reformas legales feministas, que sean fieles a las condiciones de vida de las mujeres (...) dando descripciones fieles de la subjetividad de las mujeres”. (West, 2000, págs. 171-172)

Olsen aporta una importante perspectiva en torno a la naturaleza masculina del derecho y las críticas que el feminismo ha sostenido en virtud de esta realidad. La estructuración del pensamiento a partir de dualismos o pares opuestos; negro/blanco, racional/irracional, pensamiento/sentimiento, razón/emoción, universal/particular es la génesis de procesos discriminatorios que, en el caso de las mujeres, las subordina y somete, situación que obedece a tres causas, principalmente: i) los dualismos están sexualizados (una mitad es femenina y la otra, masculina); ii) constituyen una jerarquía “en cada par, el término identificado como “masculino” es privilegiado como superior, mientras que el otro es considerado como negativo, corrupto o inferior”; y iii) el derecho se identifica con el lado “masculino” en cada uno de los dualismos; en este sentido el derecho se pretende racional, objetivo, abstracto y

universal -características que los hombres predicán de sí mismos- y evita ser calificado como irracional, subjetivo o personalizado, de la manera como los hombres califican a las mujeres (Olsen, 1990, págs. 1-3).

Las estrategias feministas, según la autora para contrarrestar este pensamiento dominante serán: i) la oposición a la sexualización de los dualismos y a la idea que las mujeres son inherentemente irracionales o pasivas; ii) el rechazo de la jerarquización y la redefinición favorable –e incluso superior- de lo irracional y pasivo que representan las mujeres (aceptando con ello la sexualización), y iii) el cuestionamiento y rompimiento de las diferencias que se supone existen entre hombres y mujeres (Olsen, 1990, págs. 4-9)

Considerando la filiación del derecho con lo masculino, las críticas que a éste le hace el feminismo se centrarán en: i) atacar su aparente racionalidad, objetividad, abstracción y universalidad del derecho y denuncia el fracaso en esta aspiración cuando se ocupa de las mujeres; ii) aceptar su racionalidad, objetividad, abstracción y universalidad pero rechazar la jerarquía de los dualismos y, iii) el rechazo absoluto de esa caracterización del derecho y su jerarquización (Olsen, 1990, págs. 9-10)

Frente a la primera crítica, la estrategia feminista reafirma la necesidad que tiene el derecho de reconocer la actual subordinación de las mujeres y apelar a la construcción de norma orientadas a superar tal desigualdad – Reformismo legal (Olsen, 1990, págs. 10-12). Ante el segundo cuestionamiento será necesario “desafiar y transformar el paradigma del poder masculino en el derecho”, resaltando que, el sistema legal, su organización jerárquica, su estructura procesal litigiosa y adversarial, forma parte de la estructura de dominación masculina que oprime a las mujeres.

El tercer reclamo, parte de lo que la autora denomina *teoría jurídica crítica feminista*, que entiende que el derecho no es universal porque la normas son muy específicas y los principios muy abstractos, no es racional por cuanto no proporciona fundamentos claros para elegir qué derecho reconocer y proteger en cada caso en particular y no es objetivo por la gradual intervención de las cuestiones políticas en las decisiones judiciales, se critica además la imposibilidad de dividir las áreas del derecho entre un centro y la periferia, situación que se

hace realidad en el derecho cuando se excluye de éste el reconocimiento de los derechos de las mujeres. El “antídoto” en este punto bien podría ser la teoría de la “androginia” que implica “el rechazo de todos los dualismos y una ruptura de los papeles sexuales convencionales”, deconstruyendo con ello, al mismo tiempo, la sexualización y la jerarquización, entendiendo que, “ser irracional es racional y la objetividad es necesariamente subjetiva” (Olsen, 1990, págs. 10-19).

Para la feminista Judith A. Baer, la desconfianza en la ley –entendida en sentido estricto- se sustenta en tres premisas fundamentales: i) las doctrinas jurídicas convencionales tienen un sesgo fundamental masculino, incluso cuando se muestran ostensiblemente neutras desde la perspectiva del género, ii) la vida de las mujeres –al margen de las razones que lo expliquen- es muy diferentes de la vida de los hombres, de tal suerte que, esa teoría por ellos desarrollada no se ajusta a la realidad concreta de las mujeres, consecuencia de las dos premisas anteriores, la autora concluye que, iii) el desarrollo de la teoría feminista requiere que las mujeres produzcan la teoría a partir de su propia experiencia y perspectiva (Baer, 2013).

Ante la presencia del sesgo masculino, la autora, citando a Bartlet, propone hacer preguntas sobre las mujeres para identificar las implicaciones de género en las reglas que podrían mostrarse como neutrales u objetivas, así, la jurisprudencia convencional requiere que la adjudicación se soporte en principios y razones que trasciendan el resultado inmediato que se logra. La jurisprudencia feminista, teoría defendida por la autora, ahora forma parte integral de la teoría legal y ha contribuido también a propiciar un verdadero cambio legal, que no se agota en asuntos de género. Este proceso ha quedado sometido a la realidad de género y a los debates de la diferencia, dentro de los cuales, la autora identifica, dos corrientes: i) la uniformidad frente a la diferencia, que se explica desde la igualdad de género bajo la ley y la discusión sobre la existencia de tratamientos especiales, y ii) la relación diferencia vs dominancia, y la explicación sobre el mal ajuste entre la ley y la vida de las mujeres. No obstante, aún no existe una identidad esencial común tal como ocurre en el debate sobre la diferencia, planamente vigente en el modelo contemporáneo (Baer, 2013).

El desarrollo crítico al derecho, aportado por las teorías feministas, ha sido definitivo en el estudio de la teoría y los métodos legales. De este modo, la “jurisprudencia feminista” ha contribuido al cambio legal en el mundo real, a partir de la consolidación de nuevas doctrinas, nuevos métodos y nuevas propuestas de reforma, especialmente en áreas como el derecho penal y el derecho de familia, pese a ello, y como lo afirma la autora, el sesgo masculino mantiene la fuerza dominante, consiguiendo que la doctrina legal responda más a las demandas de los hombres que aquellas presentadas por las mujeres (Baer, 2013).

Martha Alberstson Fineman, plantea un interesante análisis frente a la teoría de la diferencia, para advertir que su existencia, lejos de perpetuar las distinciones que en la actualidad existen y que son objeto de crítica, pueden promover escenarios de cambio, apropiándose de las transformaciones generadas en la sociedad; de esta forma, las diferencias –categorías marcadas como resultado de la lucha feminista en el proceso de igualdad de trato y asimilación- pueden potenciar la oportunidad y no el estigma. “perspective scholarship” concepto que surge como manifestación del realismo jurídico norteamericano de los años 30, en los términos de la autora, representa una herramienta para promover esa transformación, destacando que el concepto de la ley, sólo puede ser descubierto desde una perspectiva amplia que involucre las acciones, las palabras, la interpretación y la aplicación de las reglas, así como en su expresión doctrinal formal, condición que obliga, el estudio del contexto fáctico de los casos y no únicamente el análisis de los principios abstraídos (Fineman, 1992).

Es innegable que el poder del sistema amenaza de manera inminente a las mujeres; en materia de reconocimiento de derechos, la ley y los procesos de adjudicación se basan fuertemente en la clasificación y las diferencias de género, que son, en definitiva, construcciones sociales. Ciertos grupos históricamente no han sido representados en la ley, generando con ello sesgos que imposibilitan un análisis jurídico completo, situación que motiva la contención que ahora ejercen estos grupos, la que deviene en experiencias relevantes que alteran la “tradicción monótona de la ley” añadiéndole colores y texturas divergentes (Fineman, 1992)

La realidad es que, independientemente de la naturaleza de las diferencias entre hombres y mujeres, existe una distinción real, que genera supuestos y expectativas a nivel social y cultural con consecuencias materiales que afectan a las mujeres, tal distinción se ha originado y

perpetuado a través de la ley. Para la superación de este desequilibrio surge la posibilidad de que el derecho sea un instrumento de reconstrucción. “Gendered lives” es un concepto acuñado por la autora para resaltar que el género es y será una perspectiva relevante, condición que implica que ese concepto de diferencia –marcado tan profundamente desde el contenido legal- debe ser remediado desde el punto de vista social y cultural (Fineman, 1992).

Joan Williams, retomando a Fineman, reafirma la problemática que ha dejado para el feminismo la asimilación, que hasta hace unas décadas, aún podía leerse como un logro en la lucha que esta corriente defiende. Sin embargo, para la autora, la consigna del principio de igualdad que exige tratar de la misma manera a aquello igual y diferente a lo diferente, termina por afectar negativamente a las mujeres, dejándolas en una posición de vulnerabilidad. La igualdad sin discriminación exige, no solo igualdad de trato a ambos sexos, sino también: i) la *deconstrucción de las normas masculinas actualmente empotradas en muchas leyes e instituciones sociales*, diseñadas respecto de los cuerpos y los patrones de vida de los hombres, y ii) la adopción de acciones afirmativas, en aquellos casos donde la toma de decisiones, involucra a muchos/as actores sociales (en buena parte cargados de estereotipos), proceso que solo podrá cumplirse a partir de un análisis de igualdad que incluya como categoría relevante el género, entendido como poder social. En igual sentido, es claro para la autora que, frente al concepto de desigualdad (que implica privilegios para un grupo y desventajas para otro que está en las mismas condiciones), la igualdad debe centrarse en eliminar las desventajas tradicionales, antes que aplicar las desventajas por igual (Williams).

Las propuestas para “acomodar las diferencias de las mujeres” o “darles un tratamiento especial” presentan dos obstáculos: i) no delimita claramente la distinción entre las diferencias biológicas de hombres y mujeres y las diferencias en los roles sociales y ii) refuerzan la idea sobre la necesidad de establecer verdaderas diferencias entre unos y otras, condición que una corriente del feminismo niega. Ante esto, la autora resalta que, la teoría propuesta no pretende negar las diferencias biológicas y sociales entre hombres y mujeres, su propósito se centra en destacar *cómo los hombres están sistemáticamente en ventaja, gracias a un mundo construido alrededor de sus características sociales y físicas*, es esta situación, es la realidad en que orbita el mundo, la que justifica una “adaptación especial” para las mujeres; “lo único que las mujeres necesitan es

aquello que los hombres tienen: igual oportunidad en un mundo no cargado en su contra”. La igualdad sin discriminación necesita que *las normas masculinas sean reemplazadas por nuevas normas que reflejen los cuerpos y experiencia de la vida de las mujeres, así como también los de los hombres* (Williams)

Al analizar casos concretos de disputa de derechos en el ámbito laboral y de familia, la autora resalta que, en el espacio en que existan privilegios tradicionales de los hombres, la igualdad conmina a extender esos principios a las demás personas –sin que importe la forma del cuerpo. En igual sentido, frente a los privilegios tradicionales que puedan inclinarse en beneficio de las mujeres, la solución posible se orienta a hacerlos accesibles a todas las personas que asumen el rol de género que constituye la justificación de dicho privilegio, esto ayudará a que mujeres y hombres deseen moverse hacia los roles tradicionalmente asignados al grupo del sexo opuesto. Retomando a Alda Facio, la autora reitera la necesaria transformación en los tres niveles del derecho: en las normas, en la forma de aplicación que de ellas hacen las y los jueces y en las costumbres sociales que emergen como reglas informales y expectativas no habladas (Williams).

La crítica de MacKinnon, por su parte, se centra en el concepto de desigualdad, entendido en la jerarquía de los sexos y sus implicaciones en la relación entre conocimiento y política; su crítica encuentra como punto de apoyo las categorías aportadas desde el marxismo por ser la tradición teórica contemporánea, por identificar las fuerzas sociales que configuran los *imperativos sociales*, por plantear una crítica a la coherencia interna de la injusticia social y una *teoría de la necesidad* (MacKinnon, 1989, págs. 9-10), en este sentido, las dos corrientes representan *teorías del poder, de sus consecuencias sociales y de su injusta distribución*. En los términos de la autora, *la sexualidad es al feminismo lo que el trabajo al marxismo: lo más propio de cada uno, pero también lo más robado*. En la teoría marxista, el trabajo constituye la categoría central, la clase es su estructura, la producción es su consecuencia, el capital una forma quieta y el control, su lucha; en el feminismo, la heterosexualidad es su estructura social, el deseo se convierte en su dinámica interna, el género y la familia sus formas quietas, *los roles sexuales sus cualidades generalizadas en la persona social, la reproducción una consecuencia y el control, su lucha* (MacKinnon, 1989, págs. 23-25).

La denuncia por la desigualdad entre los sexos es enfática en MacKinnon, es esta la razón que justifica el sometimiento sexual y económico de las mujeres. Si los sexos fueran iguales, las mujeres contarían con medios y recursos de expresión, intimidad, autoridad, respeto y oportunidades en igualdad de condiciones; si los sexos fueran iguales, *la violación y la pornografía se reconocerían como violaciones, el aborto sería infrecuente y estaría verdaderamente garantizado* (MacKinnon, 1989, pág. 391). En la perspectiva epistemológica liberal, los sexos, respondiendo a su naturaleza, son biológicamente diferentes y, como resulta lógico, la diferencia también será social para algunos fines; *sobre esta diferenciación natural, inmutable, inherente, esencial, justa y maravillosa, se considera que la sociedad y la ley han levantado ciertas distinciones ciertas distinciones arbitrarias, irracionales, restrictivas y distorsionantes* (MacKinnon, 1989, pág. 396).

Para la autora, la igualdad necesita cambios, no reflexión; la consolidación de una nueva jurisprudencia y una nueva relación entre la vida y la ley. El punto de discusión es si en algún momento la reformulación de una ley feminista, que represente el alegado de un grupo que no sea el dominante, puede darse (MacKinnon, 1989, pág. 446).

Estas consideraciones dejan en evidencia que las críticas feministas al Derecho no se limitan a sus contenidos o a sus productos, sino que trascienden a su esencia y naturaleza misma. Su componente eminentemente patriarcal no se agota en el contenido de sus normas, sino que se materializan en el proceso de aplicación que de él hacen sus intérpretes autorizados – generalmente hombres-, excluyendo a las mujeres. El feminismo de la diferencia, entendido en el concepto amplio del término, plantea entonces serios cuestionamientos sobre el derecho como medio y herramienta de organización y control social, en razón de su carácter sexuado, carente de neutralidad, situación que deja en evidencia la necesidad de articular una teoría feminista del Derecho capaz de resolver esta cuestión.

Pues bien, la discusión propuesta por las autoras arriba señaladas, nos ubica en un debate que es quizá el punto de partida para definir la corriente del feminismo que ha de defenderse y las posturas que a partir de ello se adoptarán. Como se indicó en el capítulo anterior, la teoría de la diferencia se muestra como un concepto que enmarca de mejor manera los postulados del feminismo actual y, en general, los procesos de reivindicación de derechos de los que el

mundo conoció desde la segunda mitad del siglo XX. El ideal de asimilación, pese a ser portador de un valor incalculable, por representar las luchas de las primeras feministas que cuestionaron el sistema y por defender un valor que para ese entonces era el correcto y el necesario ante un escenario de total negación de derechos para las mujeres, hoy no alcanza a responder todas las demandas de igualdad y de justicia; aceptar su vigencia implicaría –en los términos de Iris Marion Young- entrar a jugar un partido que ya comenzó, que cuenta con jugadores y reglas ya definidas, condiciones éstas que facilitarían la consolidación de formas de sometimiento y dominación, como resulta lógico, en perjuicio de aquellas que llegaron tarde al juego.

En oposición a ello, lejos de cuestionar su origen, con el riesgo además de sumergirse en una discusión de carácter esencialista, retomando a Fineman, es innegable que entre hombres y mujeres existe una distinción real, que tal diferenciación cuenta con implicaciones en todos los niveles, y que en el estado actual de la situación, las mujeres siguen cargando con las desventajas. Así las cosas, apoyarse en una teoría de la diferencia implicaría, entre otras: i) la superación de un debate poco fructífero; ii) la ampliación de un panorama político, jurídico, social y cultural que no solo convoca al movimiento feminista, sino que permite entender la acción de otros grupos tradicionalmente discriminados que, hace mucho o poco, han logrado reivindicar sus derechos, iii) el reconocimiento del otro o de los otros a partir de su diferencia, y iv) la deconstrucción del significado negativo que se construyó en torno a esa distinción para convertirla en un concepto favorable a través de acciones afirmativas.

En este contexto, una teoría crítica feminista, estaría llamada a impulsar propuestas que generan cambios de impacto. El reformismo legal, representa uno de los eslabones en esta secuencia, sin embargo no debe perderse de vista que el discurso normativo no se agota en el derecho, sino que trasciende a la realidad y encuentra plena vigencia en la sociedad, así nos lo hacen saber Alda Facio y Margareth Schuler cuando le asignan al fenómeno legal tres componentes: i) el formal sustantivo, relativo a las leyes formalmente promulgadas, ii) el estructural, relacionado con el proceso de aplicación de las normas desde el punto de vista judicial o administrativo y iii) el cultural, asociado con las significaciones y contenidos que se le atribuyen a las normas y que provienen de las costumbres, tradiciones, relaciones y usos otorgados por las personas a las normas formalmente promulgadas o formalmente

interpretadas (Facio, 1992, pág. 52). Pero ese reformismo tendrá como esencia la tarea de “acomodar las diferencias de las mujeres” –en palabras de Joan Williams, esto implicaría entonces la sustitución de las normas masculinas existentes, con normas que reflejen la vida real de las mujeres, y también la vida real de los hombres.

La teoría de la “androginia” propuesta por Olsen que le apuesta a la ruptura de las distinciones y los roles convencionales, pese a representar un gran reto con resultados no tan inmediatos, puede hacerse realidad bajo el ideal de Judith A. Baer, quien exhorta a las mujeres a crear una teoría propia a partir de su propia experiencia. La “jurisprudencia feminista” será entonces el vehículo conductor hacia un verdadero cambio legal, que incorpore nuevas doctrinas, nuevos métodos y nuevas propuestas de reforma en el derecho. Deteniéndonos un poco en el escenario normativo colombiano, en el panorama interamericano y, con referencia a otros países no solo de occidente, esta propuesta ya no es una utopía; existe en efecto un cambio legal, cambio que, en la mayoría de los casos ha sido promovido por el papel activista de tribunales y cortes que, al fallar casos puntuales en materia de género, han abierto la brecha hacia transformaciones profundas, hasta hace un tiempo inimaginadas, cambios que finalmente convocan la intervención de otros actores y poderes.

Martha Alberston Fineman nos ofrece el complemento perfecto con su propuesta “perspective scholarship” que refleja la necesidad de materializar las teorías y los principios abstractos, mediante el estudio detallado y profundo del contexto fáctico de cada caso, elemento que reafirma –como ningún otro- la teoría del reconocimiento y de la diferencia que se ha defendido con antelación.

La necesidad de consolidar una verdadera teoría crítica feminista, promoviendo cambios efectivos, se evidencia a partir del estudio que se presentará en el siguiente capítulo. Dicho análisis se centra en el ii) y iii) componente del fenómeno legal propuesto por Alda Facio, esto es, el estructural y el cultural, con el propósito de advertir cómo el proceso de adjudicación del derecho, entendido como el “procedimiento racional” empleado para la aplicación de las normas a un caso concreto, inevitablemente se encuentra permeado por esa fuerza cultural que dota de significado y contenido a las normas, componente que está acostumbrado a

pensar en las mujeres con un fondo pintado en color rosa, con vestidos recatados y zapatos de tacón, con delantales de cocina o con un coche de bebé como accesorios, dentro del hogar o en la peluquería o, simplemente bajo la idea de un “ser humano” sensible, delicado, callado, reservado, tímido e incapaz. Ese potencial de conexión de las mujeres, que les atribuye el papel de cuidado y protección del otro, en oposición a la autonomía e independencia que define la vida de los hombres -del que habla West-, se hace explícito en la cotidianidad, en las relaciones humanas que se observan en cada uno de los ámbitos del desarrollo y se convierte en el fundamento de formas de distinción prohibidas que el derecho está llamado a evitar y sancionar.

No puede dejarse de lado además, ese anhelo femenino oculto por alcanzar la autonomía, esa independencia que parece solo permitida para los hombres pero que merece ser reconocida. La teoría reconstructivista apela a ese propósito, hacia la deconstrucción de esos modelos patriarcales -fuente de dominación y desigualdad-, para la consolidación de sistemas que valoren la vida subjetiva de las mujeres, condición que implicaría otro importante triunfo en muchas de las luchas feministas.

El derecho, gracias al papel protagónico que desempeña en las sociedades, está llamado a adecuarse hasta constituirse en el sustento de un modelo incluyente, que materialice los postulados de una igualdad real, soportada en el reconocimiento y la protección de la diferencia. El proceso normativo en los órdenes internos y a nivel mundial, ha aportado mucho en este objetivo; la creación legislativa, de manera progresiva ha logrado incorporar y adecuar mandatos y estándares de igualdad, aboliendo y evitando cláusulas discriminatorias basadas en el sexo, la raza, la religión, la nacionalidad o la opinión política; las cartas de derechos se han convertido en verdaderas “Cartas de Batalla” – acuñando el término del profesor Valencia Villa -, para defender estas garantías sin ningún tipo de distinción. Con sustento en esta plataforma, la acción de los Estados desde sus demás poderes, para empezar, el ejecutivo, también han abocado una perspectiva de género en sus decisiones administrativas, propiciando con ello paulatinas transformaciones con implicaciones en la labor y el pensamiento de sus funcionarios/as y de los entornos que los rodean, tarea que también cumplen los órganos de control –en los países que cuentan con estas autoridades-,

que representan una voz con la fuerza suficiente para advertir y cuestionar procesos o conductas discriminatorias.

Y el poder judicial, fuerza donde se concentra buena parte de la función de adjudicación del derecho, función que atrae una de las principales críticas como se vio, constituye quizá el eje central que impulsa esa fuerza transformadora que precisa el feminismo. Las y los jueces alcanzan entonces una participación determinante, pues recae en sus manos la tarea de enfrentar la norma con los hechos, en busca de una solución que lleve implícito el concepto de justicia bajo un procedimiento reglado. No obstante, la racionalidad de dicho proceso hace mucho ha suscitado profundos debates, dentro de los cuales se destaca una suerte de incertidumbre sobre la verdadera posibilidad de independencia e imparcialidad que debe acompañar la labor de un juez o jueza, condiciones que dotarán de racionalidad la decisión que se produzca como resultado. La naturaleza humana de este(a) intérprete de la ley indudablemente sustenta este cuestionamiento, cómo podría una persona aislarse completamente de la influencia de ese mundo que la rodea? El capítulo anterior advirtió sobre el riesgo latente de que fuerzas externas -conscientes o inconscientes-, permeen el razonamiento y el contenido de una decisión judicial, pese a ello y, reconociendo que la adjudicación del derecho no es una tarea automática y, que en su lugar se encuentra atribuida a la acción de seres humanos –en su acepción más amplia-, será necesario apelar al propósito de encontrar la mayor racionalidad en una decisión judicial, propósito que nos puede acercar a la aspiración de una decisión correcta.

### **2.3 La decisión judicial.**

Frente al estudio de la decisión judicial y su pretensión de corrección, cabe advertir que, dos elementos son los que básicamente sustentan un camino adecuado en la labor de interpretación que ha de cumplir la o el juez ante la decisión en un caso determinado, i) su necesaria sujeción al ordenamiento jurídico, y ii) la incorporación de criterios de justicia, equidad, moralidad y conveniencia política en el proceso de interpretación. Los profesores Uprimny y Rodríguez califican el primer escenario como *corrección jurídica* y al segundo como “corrección supra-jurídica” de la interpretación judicial, contexto en el que se busca preservar el contenido de la seguridad jurídica y el logro de la justicia material (Uprimny A. R., 2014)

Pero la interpretación, lejos de representar una tarea sencilla o mecánica, reviste exigencias particulares que complejizan su aplicación. Dentro de los obstáculos que inicialmente se advierten, se destacan; i) el derecho, visto como sistema normativo, no tiene la capacidad de proveer una solución o respuesta clara a cada caso puntual que se presenta ante el juez, dificultad que, entre otros aspectos se deriva, de los problemas propios del lenguaje y la interpretación como se vio y, ii) dada la complejidad de los criterios supra-jurídicos, existe el riesgo de configurarse una sobredeterminación del derecho que no corresponda con los postulados de justicia, equidad y moralidad, coartando con ello esa necesaria relación que se precisa en orden a lograr una decisión justa y, al mismo tiempo, conforme al ordenamiento jurídico (Uprimny A. R., 2014, págs. 76-77).

Al abordar el estudio frente a las características de la interpretación, fue preciso analizar –en alguna medida- aquel tradicional debate respecto de las normas y el papel del juez. Esta tarea permitió un acercamiento a dos ideas fundamentales i) la discrecionalidad del juez para lograr la aplicación del derecho al caso concreto, cuando en él existen “zonas de penumbra”, y ii) el deber de atribuir criterios de racionalidad suficientes en la decisión, escenario en el que cobra sentido la tarea de argumentar.

En el espacio de este debate, dos posturas marcan criterios de distinción en el camino hacia una respuesta correcta. El positivismo jurídico, con Kelsen y Hart como exponentes, advierte que, ante aquellos casos que no pueden ser resueltos mediante el procedimiento de la subsunción bajo el modelo del silogismo (casos difíciles), la o el juez tendrá “discreción” para decidir. Dworkin por su parte, reafirma en este concepto su teoría de que las partes tenían un derecho preexistente a ganar el proceso, aunque, advierte a la vez que, detrás de esta ficción, se esconde el hecho de que el juez “ha introducido nuevos derechos jurídicos que ha aplicado después, retroactivamente, al caso que tenía entre manos” (Dworkin, 1977, págs. 146-147).

En oposición igualmente a los modelos realistas, que se alejan notablemente del formalismo clásico, sometiendo con ello las decisiones judiciales a una suerte de *conciencia subjetiva*, Dworkin provee un modelo de la *respuesta correcta*, con postulados claramente trascendentales, que en gran medida alteraron el concepto del derecho que hasta entonces encontraba como

preocupación las reglas y su aplicación. Fue entonces como la defensa de los principios, entró a cuestionar el modelo positivista contemporáneo, centrado en las reglas como *mandatos definidos*, aplicables bajo la condición de *todo o nada*, en oposición a la naturaleza de los principios, entendidos como mandatos de optimización que en caso de entrar en conflicto, deberán someterse al método de la *ponderación*. Además de este aporte, Dworkin defiende la existencia de una sola respuesta correcta que reposa en el derecho preestablecido, condición que elimina la discreción y el poder político del juez, permaneciendo vigentes para él, únicamente la función de garantizar derechos preestablecidos quedando sometido con ello a la ley y al derecho, para advertir finalmente que los casos difíciles deben resolverse con sustento en los principios que fundamentan derechos. (Dworkin, 1977, págs. 20,21,80,116,146)

En palabras de los profesores Uprimny y Rodríguez, la centralidad de los principios representó un punto de partida hacia la constitucionalización del Derecho, estrechando la relación existente entre el sistema jurídico, la moral y la política. No obstante, esta teoría ha recibido fuertes críticas –como las promovidas por la Critical Legal Studies–, relacionadas especialmente con la indeterminación que sobre el Derecho causan los principios, restando su componente teórico y reduciéndolo a un asunto de voluntad (Uprimny A. R., 2014, pág. 135)

Ahora bien, pese a los múltiples debates, existe un punto común en el proceso de aplicación del derecho que supone i) la preexistencia de normas constituidas que han de ser interpretadas, y ii) la necesidad de motivación o justificación que acredite la correspondencia de la decisión con la norma. En palabras del profesor Sanchís, dentro del primer punto, cabe referirse a las características propias de los modelos de sistemas jurídicos, definidos por unas instituciones organizadas de forma jerárquica que disponen la aplicación de normas precisas y conocidas –al menos en cierto grado– materializando con ello el principio de legalidad (Sanchís, 2014, pág. 275).

La motivación por su parte, se encuentra asociada a la justificación racional y representa una de las principales distinciones entre juez y legislador. De acuerdo con el autor, “solo necesita justificación aquello que no es evidente ni arbitrario”, dando entonces sentido al *iter* que conduce desde la presentación fáctica y normativa, hasta la resolución o fallo. En este camino,

la motivación se asocia con procesos mentales del juez que bien pueden describirse como motivos, impulsos o causas que indudablemente existen e influyen, obedeciendo a patrones propios de la intuición, la cultura, los prejuicios o las pasiones del intérprete, “factores que pueden determinar el fallo al margen de su ulterior justificación, de manera que –y esto se decide con frecuencia desde perspectiva realista- primero se decide y luego se razona”. Esto es así porque la aplicación del derecho no refiere una tendencia lineal, representando si, un “círculo argumental de preguntas y respuestas que va de la realidad a la norma y regresa de la norma a la realidad, todo ello presidido por una precomprensión cultural”. De esta manera concluye que, la motivación “no consiste en sacar a la luz ningún proceso mental, sino en argumentar racionalmente para justificar una decisión aplicativa” (Sanchís, Apuntes de Teoría del Derecho, 2014, pág. 277)

Ese proceso mental de que habla el autor, no podrá ser evidenciado a través de la motivación, por cuanto, en el escenario de una decisión judicial, i) sus bases se predicen de un proceso racionalizado y ii) en muchos de estos eventos la influencia de estos factores externos resulta inconsciente. Añade que, la labor de averiguación de los hechos y de interpretación de las normas es un proceso reglado en el que “no vale todo” y “una decisión que ha de justificarse racionalmente ha de obtenerse también, al menos en parte, por los mismos medios” (Sanchís, Apuntes de Teoría del Derecho, 2014, pág. 278)

En este orden, nos apropiaremos de la pedagogía de Guastini para plantear un acercamiento a la comprensión de ese proceso racionalizado.

Para empezar, en palabras del autor (Interpretar y argumentar, 2014, pág. 225), el término “razonamiento” puede entenderse en dos sentidos, esto es, i) como un *proceso mental* a través del cual se llega a una conclusión o decisión, y ii) como un *discurso*, con el que se argumenta o se justifica -se dan razones para sostener- tal conclusión o decisión. En este caso el autor, de manera específica, definirá por “razonamiento” (que además pueden nombrarse como *inferencia* o *argumentación*) un discurso, específicamente una *secuencia de enunciados*, dentro de ésta, uno de ellos cumplirá la función de *tesis o conclusión*, mientras los restantes se desempeñarán como “premisas, argumentos o razones en favor de aquella”.

Los razonamientos pueden clasificarse en dos categorías. De acuerdo con el tipo de enunciados que lo componen, se dividen en i) *aléticos* o *teóricos*, cuando sus premisas y conclusiones son *proposiciones*, es decir, “enunciados del discurso cognoscitivo o descriptivo”, como tales, “verdaderos o falsos”, y ii) *normativos* o *prácticos*, son razonamientos que tienen como conclusión a una *norma*, esto es, un enunciado del discurso *prescriptivo* o *directivo*, en este sentido, ni *verdadero* ni *falso*. El razonamiento jurídico (o razonamiento del juez), al pertenecer al razonamiento normativo, presenta una particularidad, esto es, que la norma que ocupa el lugar de la conclusión es una norma jurídica, sin embargo, no solo una norma jurídica desempeña el papel de la conclusión, pues al menos, otra norma jurídica debe figurar entre las premisas, lo contrario se dotaría de invalidez o arbitrariedad (Guastini R. , Interpretar y argumentar, 2014, pág. 226)

De acuerdo con su estructura lógica, los razonamientos pueden ser: i) *deductivos* (lógicamente válido), se configura cuando la conclusión se siga lógicamente de las premisas, esto es, que esté lógicamente implícita en ellas y, ii) *no deductivos*, razonamiento que se presenta en los casos restantes. En este sentido, si se aceptan las premisas, no se puede (sin contradicción) rechazar la conclusión, mientras en los razonamientos no deductivos (inductivos, abductivos u otros), si es posible (sin contradicción) rechazar la conclusión aunque se acepten las premisas, podría afirmarse con ello que, las premisas *no garantizan* la conclusión (Guastini R. , 2014, págs. 226-227).

Ahora bien, Guastini, al analizar los procesos de “descubrimiento” y “justificación” de la decisión judicial, plantea importantes consideraciones en torno al proceso argumentativo que debe soportar una sentencia, veamos:

Como se anotó, el concepto de “razonamiento” guarda implícito un *proceso mental* y un *discurso*, el primero, entendido como el camino que debe cruzarse hasta llegar a la conclusión o decisión y, el segundo, entendido como los argumentos que la soportan, condición que establece una tajante distinción, considerando que, una cosa son los *motivos* y otra las *razones*. Claramente, los motivos se refieren a estados mentales o psíquicos (impulsos, emociones, actitudes, sentimientos, etc), que *inducen a sostener una tesis o a tomar una decisión*. Las *razones* –dice

el autor-, son enunciado del lenguaje que se alegan públicamente para sostener o justificar una tesis o una decisión, convirtiéndose de esta manera en las premisas del razonamiento, esta clasificación puede equipararse de alguna manera con el método aplicado por las teorías científicas que distingue el contexto “de descubrimiento” (o de invención) y el contexto “de justificación” (o de control), así, en el caso de las decisiones judiciales el discurso justificatorio no siempre refleja fielmente un proceso psicológico del autor, afirmación frente a la cual, algunos se atreven a decir que el discurso justificatorio constituye la “racionalización” ex post de una conclusión a la que el juez ha llegado de un modo completamente “irracional”, dejándose llevar por emociones, preferencias, ideologías” (Guastini R. , 2014, págs. 232-233)

En todo caso, pese a que estos factores (emociones, preferencias, ideologías) puedan afectar en la decisión del juez, como resulta obvio, tales sentimientos no pueden ser alegados en la motivación y debe demostrar por el contrario, que su decisión está fundada sobre normas jurídicas, reiterando con ello que el “razonamiento judicial tiene por objeto el discurso justificatorio del juez, no sus estados mentales y procesos psicológicos” (Guastini R. , 2014, págs. 232-234).

La decisión jurisdiccional es una prescripción individual y concreta	
(Obligaciones)	
Sujeción del juez a la ley (Obligación de aplicar el derecho)	Motivar las decisiones (Argumentadas- Justificadas)
(Partes constitutivas)	
Dispositiva: Es la decisión en sentido estricto	Motivación: Conjunto de argumentos adoptados en favor de la decisión

(Guastini R. , Interpretar y argumentar, 2014, págs. 251-252)

Una decisión judicial se considera fundada o justificada si es el resultado de una inferencia lógica, esto es, de un proceso deductivo a partir de una norma general, unida a una proposición fáctica que describe las circunstancias probadas del caso.

Una decisión no estaría justificada si: i) carece de motivación y ii) se basa no sobre una norma, sino sobre el capricho del juez, sobre sus sentimientos de justicia, sobre cualquier objetivo de política social.

Ahora bien, en este proceso de justificación de la decisión, N. MacCormick plantea la necesaria comprobación de tres requisitos, considerando que se está frente a una tarea compleja, esto es, “el requisito de la universalidad, el requisito de la consistencia y la coherencia y el requisito de tener en cuenta las consecuencias de la decisión”. Su teoría se ubica en el marco de lo que denomina *justificación de segundo orden* que encuentra aplicación frente a casos difíciles que implican dificultades en la identificación de las premisas fácticas y normativas, al contrario de lo que normalmente ocurriría en una justificación de carácter deductivo. Para MacCormick, el concepto de universalidad podría explicarse cuando la decisión es coherente con el sistema jurídico y esa coherencia se deriva además de su correspondencia con las consecuencias que supone. Estos criterios se enmarcan en la *exigencia de justicia formal* y orbitan en el marco de la premisa mayor o premisa normativa que exige el procedimiento lógico formal (Uprimny A. R., 2014, pág. 131)

El requisito de la *consistencia* en MacCormick implica que las decisiones guarden correspondencia con el sistema jurídico, de esta manera, la *subregla* que tiene su origen en la decisión judicial no debe desconocer (concepto negativo) las disposiciones contenidas en las reglas y principios del sistema. La *coherencia* por su parte hablará de la efectiva posibilidad con que cuenta la decisión, de subsumirse (concepto positivo) en los principios y valores del sistema que son aceptados bajo los parámetros de una “forma de vida satisfactoria que posibilita la vida en común de los seres humanos”. Finalmente la decisión judicial deberá propender por alcanzar las mejores consecuencias sociales y políticas, valor que quedará medido en la fuerza de sus argumentos que, como ha de notarse, se enmarcarán en lo que MacCormick denomina propiamente *consecuencias jurídicas* y que se derivan puntualmente de la decisión judicial (Uprimny A. R., 2014, págs. 130-132)

Las anteriores consideraciones ofrecen un panorama general respecto de las características que deben acompañar una decisión en su propósito de alcanzar la corrección, pese a ello la duda

sobre la existencia de esa “decisión correcta” siempre estará latente. Hart y Dworkin, al referirse a un “caso difícil”, brindaron importantes aportes sobre este cuestionamiento, desde orillas distintas; Dworkin defendiendo siempre la tesis de una decisión correcta en el derecho - posición que desde la coherencia de un sistema unificado también apoyó Habermas-, y Hart desde una posición eminentemente negativa al respecto. Dworkin defiende su posición argumentando que la imposibilidad de “demostrar” tal corrección obedece a la naturaleza del derecho, que únicamente puede ser entendido desde “el interior del proceso de argumentación en el que dos o más participantes reivindican la corrección de su interpretación de las normas”, de este modo, la existencia de tal corrección solo puede ser explicada desde la “coherencia narrativa” de la solución propuesta y no podrá hacerse evidente a partir de hechos externos o “hechos duros” que representan una categoría exclusiva de otras áreas del conocimiento que encuentran en la demostración, la herramienta de medición para sus hallazgos. Hart, por su parte, se opone a la teoría de Dworkin en razón de los presupuestos metafísicos que sustentan su postura y que presuponen la existencia de parámetros de corrección, sostiene que los “sistemas jurídicos contemporáneos contienen normas contradictorias, basadas en concepciones éticas y políticas opuestas”, tal como sucede con incompatibilidad manifiesta entre reglas y principios, condición que influye de manera directa en el proceso de adjudicación del derecho, eliminando con ello la posible existencia de una respuesta correcta. Así las cosas, cada posición aporta elementos definitivos para el debate, mientras Hart recrea con mayor sinceridad el dilema e incertidumbre al que diariamente se enfrentan las y los jueces en la práctica judicial, Dworkin privilegia el componente normativo que dota de consistencia a la decisión y que a su vez facilita la evaluación y crítica de la labor de las y los operadores en sus fallos; “allí donde Hart provee los elementos descriptivos, Dworkin proporciona los instrumentos para la justificación y la crítica” (Rodríguez, 1997, págs. 84-88)

Valiosos resultan los estudios y debates en torno a la corrección de la decisión judicial, análisis que necesariamente involucra profundos cuestionamientos sobre el derecho, tanto como sistema creado, cuanto desde su proceso de adjudicación, las teorías expuestas representan un buen ejemplo de ello y las decisiones judiciales que son objeto de este estudio, constituyen un valioso elemento para ejemplarizar las nociones descritas, principalmente en el sentido de entender cómo ese sistema de razonamiento reglado, y la neutralidad e imparcialidad que de

éste se deriva, se encuentra influenciado por elementos externos a ese proceso —que el profesor Sanchís llama motivos, impulsos o causas- que indudablemente existen y afectan el contenido de la decisión, los que en algunas oportunidades quedan en evidencia en la motivación del fallo, pero que en muchas otras se mantienen invisibles, permaneciendo en la mente del(a) juez, pero que en ambos escenarios, determinan el resultado.

El análisis que se planteará en el capítulo siguiente, demuestra la relación directa que existe entre las palabras de las y los jueces descritas en sus motivaciones —cargadas de estereotipos- y las penas mínimas o la absolución descrita en la parte resolutive de la decisión. En este punto encontrarán sentido dos aspectos de gran relevancia: i) la innegable incidencia humana que enfrenta el proceso hacia la construcción de una decisión judicial, que hace inalcanzable la posibilidad de aislar completamente del mundo y de las circunstancias que rodean a la o el juez y de aquellas que forman parte de su esencia; y ii) el carácter local de los fallos; tal vez a primera vista, estas decisiones puedan observarse bajo la lupa de teorías y conceptos generales, que involucren principios y nociones universales del derecho, que bien pueden replicarse en la metodología o en la estructura de cada decisión en cualquier escenario judicial, sin embargo, son muchas las particularidades que éstas precisan, respecto de aquellas emitidas por autoridades judiciales del orden nacional, y son estas distinciones las que elevan la relevancia del presente estudio.



### **3. Justicia de género en Nariño.**

Sin desconocer los múltiples debates y cuestionamientos planteados sobre el término “Justicia de Género”, debates asociados con el problema esencial de la justicia y la participación de las mujeres en ella, es preciso aclarar que en este aparte, el término será empleado para describir la aplicación de la perspectiva de género en el derecho y la dinámica de la administración de justicia desde este enfoque, condición que comportará un estudio sobre el papel desempeñado por las y los jueces –como seres humanos que son- frente a casos de violencia contra las mujeres.

#### **3.1 Cómo es el sur del país?**

Pasto, es un municipio ubicado en el suroccidente colombiano, que debe su nombre al pueblo indígena Pastos. Fue fundado en 1927 a través de la ordenanza No. 14, emanada de la Asamblea de Nariño (Pasto). Es la capital del departamento de Nariño y alberga alrededor de 371.000 habitantes en su zona urbana (DANE, 2012).

En palabras del abogado y escritor Vicente Pérez Silva (Silva, 2008), en la antigüedad, Pasto, que es una palabra de origen quechua que significa “río azul” fue conocida como Villaviciosa de la Provincia de Hatunllacta, Villaviciosa de la Concepción, Villaviciosa de Pasto, Villa de Pasto y San Juan de Pasto. Señala el autor que, su último nombre, constituye un homenaje a la princesa doña Juana, hermana del rey Felipe II, quien firmó los documentos que concedieron el título a la ciudad. Añade que es ésta una de las ciudades más antiguas de América y de Colombia, que el espíritu combativo de sus moradores, en el siglo XIX, le otorgó el nombre de “La Leona de los Andes” y la Vendée Americana, “donde el amor al rey y la fidelidad a Castilla llevó a extremos de sublime heroísmo”. Con posterioridad recibió el nombre de la “Ciudad Teológica”. En la actualidad lleva el calificativo de la “Ciudad Sorpresa”.

A nivel territorial, el proceso de colonización española transformó la forma de ordenamiento indígena que por entonces imperaba -que se centraba en la apropiación del territorio, técnicas de producción y expresiones culturales basadas en el entorno-, en un nuevo esquema basado en la lógica de organización espacial, como resultado de los nuevos intereses económicos, políticos y culturales, destacando dentro de ellos, la expansión de la frontera agrícola, la introducción de nuevos cultivos y de ganadería, y un trascendental cambio en la estructura del paisaje, con la construcción de edificios e iglesias, advirtiendo la llegada de nuevos códigos culturales, factores estos que estaban al servicio de un poder clerical (Ramos, 1997).

De acuerdo con los autores (Ramos, 1997), hacia el siglo XIX, lo que ahora se conoce como Pasto, representa en suma, una región notablemente afectada por la guerra de independencia, de ello dan cuenta, las cementeras taladas o quemadas, ganado saqueado para alimentar las tropas, bestias confiscadas para el transporte, campesinos y obreros reclutados a la fuerza para los ejércitos, (...)y hasta las escuelas permanecen cerradas para convertirse en alojamiento de soldados, la economía se reduce, pero se incrementa notablemente el sistema de tributos Esta nueva realidad cambia el orden jerárquico urbano- regional colonial, para dar paso a un territorio independiente y autónomo que debe empezar a pensar en competir en una nueva dinámica basada en el mercado. Sin embargo, como lo afirma Ramos y Benhur, los rezagos de la guerra y los efectos de la resistencia republicana que una vez defendió, dejó a esta ciudad aislada de los centros de poder (pues tomaba cuarenta días en mula para llegar a Bogotá), en un territorio de difícil acceso y sin vías que favorezcan la comunicación con el resto del país.

Particularmente en este siglo, vale destacar un suceso histórico recordado como la “Guerra de los Supremos”, originada por el mandato que en mayo de 1839 emitió el Congreso –apoyado por la orden eclesiástica- para ejecutar una norma promulgada en 1831 que ordenaba el cierre de cuatro conventos menores localizados en Pasto por estar conformados por menos de ocho religiosos, medida a que el pueblo pastuso se opuso, bajo el liderazgo del padre Francisco de la Villota a través de manifestaciones que incitaban a una guerra santa en la que se pensó incluso en ganar la independencia de la ciudad de Bogotá y perseguir la proclamación de un estado federal (Ocampo, 2016)

Para inicios del siglo XX, la ciudad de Pasto mantiene grandes áreas rurales, con una economía basada en el autoconsumo y un sistema de producción a cargo de indígenas y campesinos. No obstante, en la pequeña zona urbana del Valle de Atriz, sobresalen una veintena de capillas de torres cuadradas, cubiertas de teja, donde penden dos campanillas de una voz chillona, que sirven de lengua a la parcialidad agrupada en su contorno el toque de alba, para saludar el día; el de AVEMARIA, para suspender las labores campestres y alabar a Dios; el toque de ANIMAS para recordar a los antepasados, son los únicos signos de lenguaje metálico de la parcialidad, pronunciados desde lo alto del campanario entejado de la capilla rústica Triana (Ramos, 1997).

El final del siglo XX definió para la ciudad de Pasto un centro mucho más urbanizado que aún guarda el recuerdo de su etapa colonial, sobretodo en el centro de la ciudad, espacio que alberga las principales autoridades del orden administrativo, judicial, financiero y cultural. Por su parte, el espacio arquitectónico de Pasto preserva con devoción los templos religiosos que gobernaban su estructura desde las épocas coloniales y de independencia.

En materia económica, la agricultura y la ganadería continúa siendo la principal fuente de recursos, así, en Nariño, en 1990, cuatro actividades económicas –agropecuaria, industria, comercio y transporte- concentraban el 55% del PIB del departamento de Nariño, cifra que para el año 2004 se redujo al 47% con sustento en las mismas actividades, dentro de ellas, el sector agropecuario abarca el 32%, seguido por el comercio con el 7%, el transporte con el 6% y la industria con el 3% (Hoz, 2007). Lo anterior demuestra que esta región del país mantiene una connotación eminentemente rural en orden a sus tradiciones y quizá, gracias a la riqueza de sus territorios, y mantiene además un modelo minifundista pero dinámico ante sistemas abiertos de comercialización pese a las extensas distancias que lo separan del centro, norte y oriente del país.

Ahora bien, la cultura del pueblo pastuso, reúne un sinnúmero de características que combinan la belleza del pasado con un contraste de modernidad. El lenguaje, como elemento esencial de este componente define la autenticidad de esta región que conserva quechuismos de gran simbolismos, así es el caso de términos como: *guagua* (para referirse a un niño), *chay*

(expresa frío), *guascazo* (golpe), *pupo* (ombligo), *quilico* (tonto), *acausatado* (triste), *achucar* (atorarse), entre otros; su gastronomía se sustenta en productos del campo, siendo un plato representativo el cuy o curí asado, las empanadas de ñeño (maíz) y los hervidos (bebida a base de jugo de furta y chapil). En materia artesanal, se destaca la labor de los talladores en madera y el arte del barniz o mopa – mopa, técnica que tiene un origen claramente precolombino y que, en los términos de la antropóloga Carolina Cortés Forero (2000) consiste en el *recubrimiento o aplicación de láminas elásticas (elaboradas con la resina vegetal denominada Mopa - Mopa) sobre objetos generalmente de madera.*

Una cuota importante en materia cultural está representada en la poesía, con exponentes como *Aurelio Arturo* (1906 - 1974), quien en su obra *Morada al Sur*, representó el “canto de un pueblo a través de la evocación. No se trata de la ramplona e himnica exaltación de héroes, personajes y productos típicos de un pueblo, siempre en oposición con otros pueblos, otros héroes, personajes y productos. Sencillamente, Arturo invoca un pasado que ha vivido y lo eterniza en la fantasía, no en la historia” (Duque, 2016). En las líneas de sus poemas se reflejan pasajes como los siguientes:

### *Morada al Sur*

*Aurelio Arturo*

#### IV

No eran jardines, no eran atmósferas delirantes. Tú te acuerdas  
de esa tierra protegida por una ala perpetua de palomas.  
Tantas, tantas mujeres bellas, fuertes, no, no eran  
brisas visibles, no eran aromas palpables, la luz que venía  
con tan cambiantes trajes, entre linos, entre rosas ardientes.  
¿Era tu dulce tierra cantando, tu carne milagrosa, tu sangre?

#### Sol

Mi amigo el sol bajó a la aldea  
a repartir su alegría entre todos,

bajó a la aldea y en todas las casas  
entró y alegró los rostros.

Avivó las miradas de los hombres  
y prendió sonrisas en sus labios,  
y las mujeres enhebraron hilos de luz en sus dedos  
y los niños decían palabras doradas.

(...)

Pero ahora el sol está muy lejos,  
lejos de mi silencio y de mi mano,  
el sol está en la aldea y alegra las espigas  
y trabaja hombro a hombro con los hombres del campo.

### **Rapsodia de Saulo**

Trabajar era bueno en el sur, cortar los árboles,  
hacer canoas de los troncos.  
Ir por los ríos en el sur, decir canciones,  
era bueno. Trabajar entre ricas maderas.

(Un hombre de la riba, unas manos hábiles,  
un hombre de ágiles remos por el río opulento,  
me habló de las maderas balsámicas, de sus efluvios...  
¡Un hombre viejo en el sur, contando historias).

(...)

Trabajar... Ese río me baña el corazón.  
En el sur. Vi rebaños de nubes y mujeres más leves

que esa brisa que me mece la siesta de los árboles.

Pude ver, os lo juro, era en el bello sur.

Grata fue la rudeza. Y las blancas aldeas,  
tenían tan suaves brisas: pueblecillos de río,  
en sus umbrales las mujeres sabían sonreír y dar un beso.  
Grata fue la rudeza y ese hálito de hombría y de resinas.

Me llena el corazón de luz de un suave rostro  
y un dulce nombre, que en la ruta cayó como una rosa.

Aldea, paloma de mi hombro, yo que silbé por los caminos,  
yo que canté, un hombre rudo, buscaré tus helechos,  
acariciaré tu trenza oscura, —un hombre bronco—,  
tus perros lamerán otra vez mis manos toscas.

Yo que canté por los caminos, un hombre de la orilla,  
un hombre de ligeras canoas por los ríos salvajes.

### **La ciudad de Almaguer**

La ciudad de Almaguer en oro y en leyendas  
alzada, ardiera siempre con audaz fogata  
la remembranza. (Brisas erraban. Noche.  
Brumosa voz urdía la feliz cantinela).

"Hablaban las mujeres, su voz la dicha ardía  
y el suave amor. Los largos brazos blancos  
fluían lentitud...". (Y en una sombra  
honda la voz dorada se perdía).

Las montañas de oro ya en la bruma se hundían.

Más las bellas mujeres ardientes de pureza,  
hendiendo con sus senos la bruma y la opalina  
sombra vienen, venían.

"Hablaban las mujeres..."

La habla pulposa, casi palpable, altas  
vienen. (La bruma azul ya se desvanecía).

Y en la voz de las mórbidas mujeres  
reclinado, mil años me adormía.

### Clima

Dance el viento y las verdes lontananzas  
me llamen con recónditos rumores:  
dócil mujer, de miel henchido el seno,  
amó bajo las palmas mis canciones.

Dentro de las expresiones artísticas que caracterizan la región del sur, no puede dejarse de hablar de *La Guaneña*, como una pieza musical de gran tradición y simbolismo. El historiador Sergio Ospina Romero (2012) acertadamente la define como *uno de los bambucos más emblemáticos del país y, sobretodo, un referente sobresaliente dentro de los discursos de identidad del departamento de Nariño*. Dentro de sus históricas hazañas cabe resaltar su caracterización como *factor decisivo del triunfo en la jornada épica del 09 de diciembre de 1824*, en la Batalla de Ayacucho. Este *cuasihimno* de Nariño, que en la actualidad cuenta con múltiples versiones y ha sido escuchado en innumerables escenarios alberga los signos más característicos del pueblo nariñense, constituyendo un *referente obligado de identidad en los imaginarios de buena parte de esta población*. Fue escrita en los albores del siglo XIX por un compositor anónimo, en honor a una “*ñapanga*” -en quechua “*Llapanga*” entendida como una muchacha del pueblo, de graciosa figura y hermosa vestimenta, dedicada a los oficios como la modistería, el bordado o la pulpería- (Cordero, 2007); su origen lingüístico, al parecer proviene del vocablo *huayna*, voz

quechua que representa a una *mujer coqueta*. Desde entonces, esta muestra de identidad estaría presente en todas las conmemoraciones, festejos y acontecimientos de la región, hasta la actualidad.

*¡Guay que sí, guay que no!  
la Guaneña me engañó  
por tres pesos cuatro riales  
con tal que la quiera yo.*

*Que a mí sí...que a otro no  
la Guaneña me lo juró  
me recibió la platica  
y con otro se la gastó.*

*Guay que sí...guay que no  
la Guaneña me engañó  
el lunes a media noche  
al Tambo se me largó.*

*Guay que sí...guay que no  
la Guaneña me engañó  
ñapanga tan mentirosa  
en Pasto jamás se vió.*

*Guay que sí...guay que no  
hay que pena que sentí yo  
mirando por mucho tiempo  
las chancas que no llevó.*

*Que a mí sí que a otro no  
la Guaneña me lo juró  
las penas que tuvo mi alma*

*con cuyes las mate yo. (Romero, 2012)*

Las anteriores consideraciones evidencian que la región sur del país, es un escenario tradicionalmente rural, con una economía basada en los productos del campo y la ganadería, región que refiere un aislamiento significativo del centro del país, como consecuencia de factores geográficos y, otros, de contenido marcadamente histórico. Demuestra además que Pasto es un centro religioso, fuertemente definido por el catolicismo y sus doctrinas, con significativas muestras culturales que nos narran la caracterización de hombres fuertes y ágiles, con manos hábiles, aunque proclives al sufrimiento por una mujer infiel; también nos habla de mujeres puras y amorosas, dóciles y mórbidas, que enhebran hilos en sus dedos y aguardan en los umbrales.

### **3.2 El concepto de mujer en el sur del país.**

Ese contexto histórico, las tradiciones y la cultura del sur del país han propiciado un terreno fértil para la implantación de un modelo eminentemente patriarcal que se encuentra plenamente legitimado y que se hace explícito en las manifestaciones de casi toda su población. Esta realidad explica que las mujeres de la región, por lo menos hasta las generaciones de inicios del año 2000, crecimos bajo la idea de la superioridad de los hombres, y todos nuestros actos debían estar encaminados a venerar tal dignidad.

El punto de partida de este modelo era la familia que, bajo el ideal perfecto, debería estar conformada por el padre, la madre y sus hijos –generalmente en plural y cuyo número dependería de la decisión de él-. En la vida cotidiana y para todos los rigores, eran ellos los dueños del hogar; eran quienes presidían la mesa, elegían el menú y merecían la ración más grande de comida; pese a que todos los miembros del hogar tuvieran hambre, la cena no podía ser servida hasta que el padre anunciara su llegada. Eran considerados los proveedores y por lo tanto los únicos con la capacidad y el talento de desarrollar un oficio o profesión. Sus pantalones debían estar limpios y planchados, sus zapatos lustrados y sus pañuelos completamente blancos. Él era quien conducía el auto, quien asumía todos los gastos y su palabra y órdenes debían cumplirse sin cuestionamiento alguno, no había decisión que no fuera tomada por él. Cuando el padre faltaba, era el hermano, no importa si mayor o menor,

quien asumía como “el hombre de la casa”. En los casos de familias con una integración diferente, era el abuelo o el tío quien ocupaba ese lugar.

En las relaciones de noviazgo, la historia no difería mucho. Era una constante y una regla general que los hombres eran quienes debían tomar la iniciativa, ellos tenían siempre en sus manos el privilegio de elegir a la chica que les gustara y decidir sobre el momento para entablar una conversación, para iniciar el baile, para proponer una invitación o para declarar su interés. Las relaciones sexuales por supuesto debían darse en el momento por ellos elegido y siempre era visto como un premio a su virilidad.

El papel de las mujeres en todas las esferas siempre fue “algo” diferente; aquellas que habían decidido casarse –algunas libremente, otras por obligación, otras porque ya casi cumplían treinta años- entraban a formar parte de una “sociedad” muy particular, pues dentro de sus obligaciones se encontraban las de atender todos los asuntos del hogar: eran ellas las encargadas del cuidado de los hijos, de la limpieza de la casa, de lavar y planchar la ropa de todos los integrantes de la familia, de preparar los alimentos de acuerdo con las indicaciones de su esposo, de apoyar en las tareas de los niños, de llevarlos y recogerlos en el colegio y, en los casos de mayor emancipación, se les encargaba el pago de algunas pequeñas obligaciones del hogar.

Ellas no conducían el auto, en muchos casos su segundo apellido era el de su esposo y su nivel educativo con frecuencia no superaba el bachillerato. Su aspecto físico estaba caracterizado por una forma de vestir bastante “cómoda”, cabello recogido y con un delantal como accesorio. Dentro de su círculo de amigos y amigas se destacaban, las amas de casa del vecindario o la propietaria de la tienda. Estaban permanentemente dedicadas al hogar, sus gastos eran limitados, todo bajo la supervisión de sus esposos y sus salidas se concentraban generalmente los fines de semana dentro del plan familiar que ellos decidieran cada vez. Por supuesto, las mujeres que tuvieran hijos fuera de ese matrimonio tradicional eran tildadas de “locas”, “brinconas”, “fáciles” o “avispadas” y, en definitiva, perdían su calidad de mujeres ante los ojos de ellos.

En el noviazgo, las cargas de las mujeres también eran evidentemente desproporcionadas. Como consecuencia del papel que cumplían los hombres, en muchos casos, a las mujeres únicamente les correspondía la tarea de “aguardar”. Cabe advertir que, el proyecto de vida de las mujeres y el anhelo de realización personal se encontraba para entonces definido por la posibilidad de encontrar un buen esposo –cuanto antes mejor- y crear de inmediato su descendencia.

El propósito de mostrar este retrato consiste en expresar gráficamente las marcadas diferencias entre hombres y mujeres, las imágenes normalizadas de estas situaciones y el convencimiento de que esta realidad es la ideal, así, todos los privilegios eran para ellos y las mujeres debían trabajar para que eso fuera así. Pese a la existencia de excepciones, hasta hace tan solo una década, éste era el panorama general de las familias en la ciudad de Pasto, pese a ello, la transformación de la sociedad y el reconocimiento de los significativos cambios – producto de las luchas arriba descritas- han permitido una reciente alteración de ese orden “natural” y una progresiva reivindicación de los derechos de las mujeres, situación que, como resulta lógico, genera oposición, explicando en buena medida: i) los altos índices de violencia contra las mujeres registrados en esta región, la clase de agresiones y sus aparentes causas, muchas de ellas cometidas por sus parejas o, simplemente, por el hecho de ser mujeres, y ii) los altos niveles de tolerancia a estos hechos, demostrados por las sociedad en general, entre ellos, los servidores judiciales.

### **3.3 Los(as) jueces(as) y sus palabras.**

Resulta inevitable abstraerse de un panorama permeado por tantos imaginarios y estereotipos sobre los roles de hombres y mujeres en la sociedad. En medio de la cotidianidad y de esas marcadas costumbres y tradiciones, todos los sectores de la población se encuentran influenciados directa o indirectamente por estos conceptos en sus mentes, pensamientos y sentimientos que se reproducen, en la mayoría de los casos de manera inconsciente- en las labores que diariamente cumplimos.

El tarea de administrar justicia no se escapa a esta situación y, desafortunadamente, la discriminación que afecta a las mujeres, también se replica en las decisiones judiciales, y es

que, ese proceso de aplicación del derecho, que ha orbitado en el debate constante entre la estricta sujeción a la ley y la posibilidad, en un mayor o menor grado, de discrecionalidad para el/a operador/a, ha permitido la intromisión de prejuicios que resultan definitivos a la hora de fallar casos, donde la balanza se inclina notablemente y con fuerza en favor de los hombres y en perjuicio del sexo femenino.

Las decisiones judiciales han representado entonces un escenario que reproduce la naturaleza patriarcal del derecho y ratifica la vigencia de estereotipos, logrando marginar el reconocimiento de las mujeres como seres humanos y la igualdad que de ella se desprende en relación con los hombres.

Rebecca J. Cook y Simone Cusack (2010) definen los estereotipos como “una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir (v.g. mujeres, lesbianas, adolescente)”. Este término tiene su origen en los vocablos griegos *stereo* = *sólido* y *tipo* = *molde* y fue empleado por primera vez en 1798 por el tipógrafo Fermin Didot dentro del procedimiento de imprenta, para referirse a la plancha metálica o molde que serviría de base para las demás impresiones, siglos más tarde, esto es, en 1922 fue incorporado como un concepto de las ciencias sociales bajo el entendido de aquella “preconcepción sobre las personas” del que hablamos.

Retomando un significativo pasaje, incorporado por las autoras en su texto, citando a Walter Lippmann, podríamos entender el papel de los estereotipos si los concebimos como aquellos que nos hablan

del mundo antes de que lo miremos; imaginamos la mayor parte de las cosas antes de experimentarlas; y, a menos que la educación nos dé conciencia de ello, esos conceptos anticipados gobiernan profundamente todo el resto de la percepción. Señalan ciertos objetos como familiares o extraños, acentuando la diferencia, de manera que lo familiar se ve como muy familiar, y lo que es un poco extraño como fuertemente exótico. Son originadas por leves signos que pueden variar de un índice verdadero a una vaga

analogía. Una vez que aparecen, inundan la visión reciente con imágenes viejas y proyectan sobre el mundo lo que resucita la memoria.

Y esta función de generalizar, puede en parte obedecer a la intención de simplificar nuestra realidad y nuestro entorno, constituyéndose así en un proceso que todos los seres humanos cumplimos diariamente, como parte de nuestra cotidianidad, algunas veces en forma consciente, otras no tanto.

Para las autoras, los estereotipos, en ciertos casos, producen ventajas, pero a su vez, pueden generar escenarios marcados de discriminación. El caso de hombres vs mujeres representa el ejemplo perfecto de este opuesto, escenario que se encuentra determinado, claro está, por factores políticos, sociales y culturales históricamente definidos pero que se mantienen hasta la actualidad y que centran su distinción en las funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales de unos y otras. Tal distinción puede nombrarse como estereotipos de género y, pese a que sus características pueden variar en el tiempo y en el espacio (época y lugares en el mundo), éstos se han constituido desde siempre como categorías que subvaloran y degradan a las mujeres.

Son los estereotipos de género los que han impuesto relaciones desiguales de poder entre los sexos, subordinando y excluyendo a las mujeres, a partir de la asignación de roles serviles y atributos inferiores, reservando para ellas los espacios privados, el cuidado del hogar y de los hijos/as, los oficios accesorios y su imposibilidad de decidir y participar en la vida pública, en oposición a la condición de los hombres, a quienes siempre les ha sido atribuida la fuerza, la inteligencia, además de la función de proveer y decidir. La persistencia de los estereotipos de género, “degradan a las mujeres y menoscaban su dignidad y, en muchos casos, les niegan beneficios que se encuentran justificados o les imponen cargas injustas” (Cusack, 2010, págs. 2-3).

Como un elemento esencial dentro del proceso de identificación de estereotipos que se pretende con esta investigación y, considerando que estas distinciones se sustentan fundamentalmente en “capacidades intelectuales o cognitivas, el perfil psicológico o en

diferencias biológicas” (Cusack, 2010, pág. 24) se acogerá la clasificación prevista por las autoras, para quienes, los estereotipos de género pueden ser:

- \* Estereotipos de sexo, categoría que se centra en las diferencias físicas y biológicas entre hombres y mujeres. Un ejemplo de ello es la creencia de que las mujeres cuentan con menos fuerza física que los hombres (Cusack, 2010, pág. 29)
- \* Estereotipos sexuales, que determinan “las formas aceptables de sexualidad masculina y femenina. Refieren la interacción sexual entre hombres y mujeres”. Dentro de este parámetro de clasificación, prima la preconcepción de que la sexualidad para las mujeres se cumple únicamente en función de su matrimonio, de su hogar y de su tarea procreadora, sumado a ello, privilegia – más bien con una suerte de imposición-, la heterosexualidad (Cusack, 2010, págs. 29,31)
- \* Estereotipos sobre los roles sexuales, “aluden a los roles y comportamientos que se atribuyen a y se esperan de, los hombres y las mujeres con base en sus construcciones físicas, sociales y culturales” (Cusack, 2010, pág. 29).
- \* Estereotipos compuestos. Dentro de esta categoría, el género se encuentra con otros atributos, condiciones o situaciones, tales como la edad, la orientación sexual, el estatus, creando formas más complejas que podrían ahondar la distinción.

Ante este panorama y las múltiples formas en que éstos se perpetúan afectando a las mujeres, las autoras consideran que la forma de erradicar un estereotipo de género requiere: i) nombrarlo, ii) identificar sus modalidades; iii) exponer el perjuicio que ocasiona y, iv) desarrollar las reparaciones adecuadas para su eliminación (Cusack, 2010, pág. 231)

Ahora bien, Simone Cusack (2014), en un estudio mucho más preciso sobre los estereotipos de género en la labor judicial, sustentado ante la Organización de las Naciones Unidas, precisa que las y los jueces “aplican, imponen y perpetúan los estereotipos”, fundamentalmente de dos maneras: i) permeando con estereotipos de género la interpretación sobre las leyes (principalmente en casos de agresión sexual), situación que implica una alteración en la forma de observar y entender el caso y en las reglas de valoración probatoria, y ii) aceptando sin cuestionamiento los estereotipos presentes en los casos que llegan a su conocimiento, es decir,

aquellas valoraciones sexistas que han sido aportadas por los tribunales inferiores, en instancias anteriores.

Dentro de las alteraciones que esta situación puede generar, la autora destaca: i) la distorsión en la percepción de las y los jueces sobre lo ocurrido en una situación particular de violencia, condición que altera lógicamente, los asuntos que deben determinarse en juicio; ii) la falta de claridad sobre quién es la víctima de la violencia; iii) la variación en la percepción de las y los jueces sobre la responsabilidad de las personas acusadas por la agresión; iv) la influencia en la opinión de las y los jueces sobre la credibilidad de los testigos, v) la influencia negativa en la valoración probatoria, afectando con ello, la relevancia o conducencia de las pruebas; y vi) una interpretación errónea de la ley (Cusack S. , 2014).

Sobre la base de estas consideraciones, a continuación se identificarán y nombrarán los estereotipos de género -explícitos- dentro de cada una de las sentencias que resultaron seleccionadas en aplicación de los criterios señalados, para este efecto y, en desarrollo de la metodología planteada, se intentará resolver en cada caso, estos interrogantes (Courtis, 2009, págs. 77,78):

- \* ¿Se le está negando un beneficio a las mujeres en razón de la existencia de cierto estereotipo de género?
- \* ¿Se le está imponiendo una carga a las mujeres en razón de la existencia de cierto estereotipo de género?
- \* ¿Se degrada a las mujeres, se les minimiza su dignidad o se las marginaliza de alguna manera en razón de la existencia de cierto estereotipo de género?

Como se indicó en la parte introductoria del presente estudio, las sentencias materia de análisis corresponden a casos de violencia contra mujeres fallados en el Distrito judicial de Pasto entre los años 2005 y 2012. Dentro de los pronunciamientos analizados, se encuentran aquellos emitidos por Juzgados Penales Municipales, del Circuito y la Sala Penal del Tribunal

Superior de Pasto frente a delitos de homicidio, lesiones personales, acceso carnal violento y violencia intrafamiliar. La selección se realizó a partir de la lectura de las sentencias judiciales, teniendo en cuenta principalmente: i) fallos sobre delitos más graves, de acuerdo con el cuántum punitivo y la gravedad de los hechos en cada instancia, y ii) fallos con argumentos sexistas; condición por la que se emitirá un criterio orientador frente a las tendencias de las y los jueces en sus fallos, sin que ello represente un factor generalizador para la administración de justicia en dicho Distrito judicial.

Sumado a ello, el estudio que sigue, se apoyará en la metodología de Anna Fernández Poncela (Fernández, 2002), quien al estudiar el lenguaje popular destaca su papel en la representación del pensamiento y encuentra en la cultura un escenario infinito que alberga símbolos, significados, valores, normas y comportamientos, que perduran bajo la forma de legado, con la disposición de ser producidos, reproducidos y consumidos (pág. 24).

### **3.3.1 Cómo son y cómo deberían ser las mujeres? Lo que esperan los hombres de ellas...**

Para Anna Fernández Poncela (2002), en términos generales, una mujer es “buena mujer” cuando cumple a cabalidad con dos funciones: la de madre y la de ama de casa, esta es la imagen de mujer ideal defendida por la fuerza dominante (pág. 59). Tal distinción trae consigo el peso de esa categorización que ubica a las mujeres en el lado negativo y a los hombres en el lugar privilegiado, es un pensamiento que se encuentra inmerso en la cultura, que trasciende de generación en generación y se reformula cada vez a través del lenguaje; en todo caso, cada reformulación parece mantener, preservar o agudizar los efectos negativos de estos imaginarios en la vida de las mujeres. En este sentido, aquella que cumple con el estándar, tendrá como premio, una familia a la que cuidar y un buen esposo al que servir. Por el contrario, aquellas que se sustraigan de estas obligaciones, lograrán otro tipo de consecuencias.

La cultura nariñense parece recrear plenamente este modelo, así, las distinciones que definen su tradición, dará cuenta de ese escenario ancestral que mantiene vivo el rol de las mujeres

como reinas del hogar, “puras” y “dóciles” –en palabras de Aurelio Arturo- y el papel de los hombres “rudos” y de “manos hábiles”, encargados de proveer y administrar.

Esta primera parte pretende enmarcar los estereotipos encontrados en las sentencias judiciales analizadas desde una mirada un tanto masculina, en el sentido de evidenciar cómo el mundo patriarcal pretende que sean las mujeres, encontrando en este propósito varios escenarios, así:

**\* Una mujer le pertenece al hombre que la ama (concepto de propiedad).**

Imaginario que se encuentra presente y define principalmente las relaciones afectivas, justificando con ello actos de propiedad que se materializan en dos esferas, una física, que condiciona el cuerpo de las mujeres, motivando imposiciones o agresiones, y otra psicológica, que afecta la autonomía de las mujeres limitando con ello su capacidad de decisión y de acción, clasificación que no obsta para que con frecuencia se manifiesten de manera conjunta. Dentro de los fallos analizados, esta representación fue muy frecuente, veamos:

Fragmento de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Pasto en el año 2007 ante un delito de Lesiones Personales (Juzgado Cuarto Penal Municipal de Pasto, 2007):

También se debe tener en cuenta que entre el procesado y la ofendida, en esa oportunidad, hubo una serie de fricciones que él mismo reconoce cuando afirma que la vio con un muchacho con el cual le había prohibido se entrevistara. No hay la menor duda, como el mismo procesado reconoce que toda su actitud se debió al ofuscamiento que le produjo verla con una persona que consideraba como un rival directo, a punto que se conoce que luego siguieron las relaciones con aquel joven y ahora tiene un hijo con él. (...) Se ha de tener en cuenta que en la situación del procesado se observan circunstancias de menor punibilidad, contempladas en el numeral 1º y 3º del art. 55 del C.P., por cuanto carece de antecedentes penales y por obrar en estado de emoción, pasión excusables, motivadas por la reacción de los celos. Resuelve: Condenar al sentenciado a la pena principal de veintiséis (26) meses de prisión y multa de cincuenta

mil pesos (\$50.000) por el ilícito de Lesiones Personales. Concede suspensión condicional de la ejecución de la pena. (págs. 6,9,15).

Tal argumento deja entrever que para el operador judicial del caso, las mujeres necesitan el permiso de su pareja para actuar y, en este sentido, le deben entera obediencia, de lo contrario, asumirán las consecuencias de sus actos. Sumado a ello, del análisis se desprende el propósito de restarle valor a la agresión causada, aduciendo un acto de provocación generado por la víctima. A la par, llama la atención el cuestionamiento que se realiza respecto de la conducta desarrollada por la agredida después de los hechos materia de juicio, al hacer referencia al hijo que ésta concibió con aquel hombre con quien tenía prohibido hablar.

El concepto de propiedad se ejemplifica de manera puntual en este fallo y obedece a ese estereotipo que califica a las mujeres como incapaces y a los hombres como sus tutores y por tanto, con el derecho a disponer de ellas en forma absoluta. Ese concepto de propiedad, pese a que fue el mismo que se transformó en llama para encender las principales luchas en las revoluciones feministas, al parecer, se encuentra vigente aún en nuestros días.

En el sur del país, la imagen de un hombre como esposo, compañero y padre, se asemeja en gran medida con la noción de autoridad, haciendo que su presencia se entienda indispensable para la realización de una mujer y que su permiso se torne necesario ante las labores o actividades que amenacen tal dominio. Esta realidad define en la cotidianidad su fuerza y su poder como “jefes del hogar”.

Extracto del fallo emitido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto, en el marco de una conducta calificada como homicidio agravado (Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto, 2008).

De otra parte, (...) se evidencia que la actitud del imputado estuvo vinculada a la provocación derivada de un comportamiento ajeno, grave e injusto de parte de su compañera, por lo tanto se está frente a un delito emocional, es decir, que el procesado realizó la conducta con un grado de perturbación en su psiquis y alteración de su afectividad, sin que haya alcanzado a producir el cuadro equivalente a un trastorno

mental transitorio que llegará a afectar la imputabilidad y la culpabilidad. Se trata de un estado de ira, causado por un choque emocional que desencadena actitudes violentas como ocurrió en el presente asunto, cuando la víctima en actitud desafiante le restregó su infidelidad burlándose por “ser un cornudo”, estado que constituye una causal de atenuación punitiva, según lo consagra el artículo 57 del C.P. La jueza resuelve Condenar al procesado a treinta y un (31) meses y veinte (20) días de prisión, como autor responsable del delito de Homicidio Agravado en Estado de Ira. Concede Subrogado de suspensión condicional de la pena en centro carcelario (págs. 5,9,10).

En el presente caso, se resaltan dos aspectos de gran relevancia: i) la idea de provocación que en actos de violencia con frecuencia se asocia a las acciones o actitudes de las mujeres, como detonante que dio origen al conflicto, y ii) la incorporación puntual de la infidelidad de una mujer como causal de atenuación punitiva, juicio al que se arriba tras enmarcar –de manera bastante obvia para la jueza - la reacción violenta del agresor con los sentimientos de ira y dolor generados al ver afectado su honor.

Pronunciamiento del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto, frente a un delito de lesiones personales en segunda instancia (Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto., 2009)

Examinadas dichas exigencias en el presente caso, no cabe duda que el comportamiento de la ofendida, apreciado subjetivamente por el procesado, quien para la fecha de los hechos era su novio, era grave e injusta, pues debido a sus relaciones sentimentales, le debe respeto y consideración y al observarla bailando con quien anteriormente ya había tenido una relación, sirvió de factor estimulante para el desencadenamiento de los celos, descarga emocional como natural reacción biológica ante la ofensa latente contra su honor, originando una reacción violenta en contra de la ofendida. Entonces fue la conducta de la ofendida la causante de la reacción violenta por el estado emocional del procesado, hecho que sin lugar a dudas fue motivado por la pasión inspirada en la relación amorosa entre el procesado y la víctima, en donde este vio comprometido su honor, celos que tenían fundamento en anteriores romances con el sujeto, y que han sido confirmados con el hecho de que ahora se ha convertido en esposo de la citada ofendida. Como puede apreciarse, convergen los requisitos para que se predique el

estado de ira o intenso dolor en el presente caso, pues la acción de la víctima, fue la causa para que se desencadenara la descarga emocional del procesado, que condujo que éste procediera de manera violenta, en reproche contra la integridad física de la ofendida, siendo en consecuencia procedente en el presente caso la disminución de la pena impuesta. La jueza, en instancia de apelación, decide aplicar el atenuante de *ira e intenso dolor* (Artículo 57 C.P.) – motivo de la alzada, condenando al procesado a cuatro (4) meses de prisión por el delito de Lesiones Personales, perpetrado en Estado de Ira contra la [víctima] (págs. 4,5,9)

El concepto de propiedad nuevamente representa para la jueza en este caso un factor determinante para el análisis de la agresión en contra de una mujer, así, la cosificación de las mujeres bajo el dominio de los hombres se hace expresa en este pronunciamiento. La sentencia deja claro que a la víctima le estaba vedado bailar con alguien distinto a su novio, esa era la disposición de su actual pareja y, como aun así lo hizo, merece la reprensión que recibió. Resulta lógico para la jueza que la actitud de la víctima fue en todo sentido “grave” e “injusta”, pues desatendió sus deberes de respeto y consideración hacia su novio, quien con ese hecho, se vio ofendido en su honor; los celos y la reacción violenta que esto desencadenó, resultan fácilmente explicables a partir de la naturaleza biológica de los hombres. No obstante, cabe resaltar que para la jueza, el hecho que sustenta este juicio, fue en todo momento un acto de amor desplegado por el agresor a su víctima.

Éste representa uno de los fallos más significativos en el estudio propuesto, en primer lugar por tratarse de un fallo proferido tras la entrada en vigencia de la Ley 1257 de 2008 y, en segundo lugar, por la fuerza de los argumentos claramente discriminatorios desplegados por la directora del Despacho. En él se encuentran presentes muchos de los imaginarios y estereotipos por los que las mujeres son víctimas de violencia y, desafortunadamente, en esta ocasión se encuentran normalizados y legitimados por la persona encargada de administrar justicia.

La obvia configuración del estado de ira e intenso dolor, como factor que afecta favorablemente la pena para el agresor se reitera, convirtiéndose en una regla general para estos casos, justificando con ello la irrisoria pena de cuatro meses de prisión impuesta en

contra del acusado y la aplicación de los subrogados penales en su favor. Estas consideraciones dejan en evidencia la desprotección de las mujeres en todas las instancias, así, la fragilidad y dulzura de las mujeres, que inspira notas de poesía nariñense, también es el fundamento para desplegar actos de control que se justifican en esa naturaleza femenina y débil que les ha sido atribuida.

Fragmento de la sentencia del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto, por el delito de homicidio agravado. En este caso se aplicaron los beneficios de la figura de la ira e intenso dolor. El proceso terminó además con la suscripción de un preacuerdo (Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto, 2012):

En virtud de lo anterior se debe tener en cuenta las razones que llevaron al procesado para atacar a su esposa hasta el punto de propiciarle la muerte, las cuales se encuentran expresadas en el interrogatorio del acusado refrendado por varias entrevistas que hacen altamente probable que el contenido del dicho del implicado, se ajuste a la verdad; de ello se evidencia que el procesado actuó en un momento de ira e intenso dolor, al escuchar la confesión de su esposa donde admitía que sostenía una relación afectiva con el señor (...), además del comportamiento inapropiado que ella tenía. En el sub judice el estado emocional del inculpatado estimamos si está provocado por un comportamiento grave e injusto, proveniente del proceder infiel de su esposa. Es grave porque el comportamiento tiene una entidad tal de desestabilizar emocionalmente al agente e injustificado porque el cónyuge no está obligado a soportar la ofensa que conlleva la confesión de la existencia precedente y actual de relaciones de la [víctima] con un varón diferente. El juez resuelve imponer al procesado la pena de cuarenta y ocho (48) meses de prisión por el delito de Homicidio Agravado en circunstancias de Ira e Intenso Dolor, calificación que es el resultado de un preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y el imputado, preacuerdo que fuera validado por el juez de conocimiento (págs. 7-10).

El esta oportunidad, el “comportamiento inapropiado” de la víctima fue calificado como la razón suficiente para desestabilizar emocionalmente al agresor al punto de causar la muerte de su esposa. El juez, en este caso, justificó la comisión del delito de homicidio, porque un

hombre no está obligado a soportar la ofensa que conlleva una infidelidad, siendo además preso de la ira y el intenso dolor que esa actuación inaceptable le causó. Por ello, la gravedad de la conducta mereció la imposición de una pena de 48 meses, en un proceso que terminó de manera anticipada gracias a la aprobación de un preacuerdo que dejó en evidencia la inexplicable ira que sintió el agresor y la necesidad de terminar con tal ofensa a través del ataque a su esposa hasta provocarle la muerte. Cabe resaltar que la sentencia fue proferida en el año 2012.

Se trata de la opresión y la dominación a la que se refiere Iris Marion Young (2000), advirtiendo las desventajas e injusticias que una clase privilegiada podría imponer sobre otra, considerada como inferior. Ésta constituye la evidencia de un modelo patriarcal que ha delimitado las diferencias con el propósito de convertirlas en fuerza para defender la superioridad de un grupo -en este caso del masculino- a fin de reconocer únicamente sus derechos, suponiendo la obligación del otro grupo en orden a preservar tales garantías, incluso bajo el sacrificio de las propias. Esta lucha, que tuviera como origen el análisis de la fuerza de clase y la posibilidad que este contexto definió para la usurpación de los beneficios de un grupo sobre otro, deja en evidencia los factores de explotación y marginación referidos por la autora.

Las condiciones particulares de esta región del país, le otorga un matiz especial a este análisis, en la medida en que ese concepto de “propiedad” resulta determinante para el entendimiento de la sociedad y la resolución de sus conflictos. Las agresiones que motivan los litigios analizados y las razones que fundamentan las decisiones que pretenden resolverlos, giran en torno a este concepto, convirtiéndolo en un imperativo que no encuentra discusión, que duplica los deberes y obligaciones para las mujeres, principalmente aquellas relacionadas con la obediencia, y que otorga privilegios a los hombres, otorgando plena facultad de disposición sobre ellas.

**\* Las mujeres deben ser amas de casa y dedicarse al cuidado de sus hijos (rol de cuidado).**

Esta valoración representa la histórica relación asimétrica de poder entre hombres y mujeres, que cataloga a los hombres como sujetos proveedores, cabeza del hogar y limita el papel de las

mujeres a la crianza de los hijos y las labores domésticas, entre ellas, la asistencia incondicional a sus esposos. Este estereotipo encuentra plena vigencia en nuestros días, justificando la inequitativa presencia de las mujeres en la vida laboral, académica o política de la sociedad. Veamos qué piensan las y los jueces al respecto:

Fragmento de la sentencia del Juzgado Primero Penal Municipal de Pasto por el delito de lesiones personales. En la sentencia se concede el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena (Juzgado Primero Penal Municipal de Pasto, 2011) :

Debe resaltarse que la actitud evasiva de la deponente, muestra claramente su intención de no perjudicar a su compañero marital, lo cual resulta entendible, dados los lazos sentimentales que la unen a él y su interés de no perjudicarlo, sin embargo de su testimonio y el de su progenitora debe rescatarse que ratifica la presencia [del acusado] en el lugar de los sucesos, su estado de alicoramiento, la discusión previa por celos de su pareja, así como el posterior arribo de su hermana para mediar en el conflicto y la observancia de la afectación a su presanidad a esa hora de la madrugada cuando regresaban del Cai de Policía de pedir ayuda. Se condena al sentenciado a 24 meses de prisión y multa de 26 S.M.L.M.V. por el delito de Lesiones Personales Dolosas y concede subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena en prisión (págs. 13, 20).

El estereotipo del cuidado a cargo de las mujeres, representa una estrategia de desvalor que limita su acción en todos los escenarios de la vida. Fernández (2002) destaca que, pese a ello, la fuerza dominante pretende mostrar tal menoscabo como una recompensa, como sucede cuando las llama “las reinas del hogar”, sin embargo -agrega la autora- este contenido discriminatorio esconde otro más grave y es la pretensión de domesticación que establece una suerte de similitud existente entre las mujeres y los animales. Esa domesticación resulta necesaria por su incapacidad de entendimiento, por la maldad que la naturaleza femenina aguarda, por su incoherencia e irracionalidad, condiciones que exigen su castigo y el uso de la violencia. La legitimación de estas acciones se entenderá marcada por el simple hecho de pertenecer al hombre que la reprende (págs. 51-53).

La degradación y minimización de las mujeres en este contexto salta a la vista por sí sola. Esta concepción que nació con nuestra civilización, ha marcado de manera definitiva la vida de las mujeres, limitando y obstaculizando su papel en el mundo real y, aunque tal limitación ha disminuido paulatinamente gracias a las batallas y los triunfos logrados, en la actualidad aún encuentra vigencia. Las mujeres, pese a que han ganado espacios en la vida pública, mantienen todavía esa tarea del cuidado, que en muchos casos aún no es compartida, así por ejemplo, para las mujeres que tienen hijos, tras su jornada laboral habitual, inicia su jornada en el hogar, jornada que en muchos eventos es ignorada y no compensada. La distinción biológica entre hombres y mujeres y esa teoría de la conexión de que nos habla West (2000), puede cobrar más sentido en este contexto; ese lazo permanente que ata a las mujeres con sus hijos (incluso en el nivel potencial de aquellas que no son madres), es usado para mantener la desigualdad en este aspecto, atribuyendo cargas notablemente más grandes para ellas, en oposición a la relativa responsabilidad que se abrogan los hombres frente al hogar.

Sumado a ello, bajo esta idea de cuidado, toman fuerza serias formas de opresión, como la violencia de orden económico y patrimonial, tal es el caso de aquellas mujeres que siguen encargadas del hogar, debiendo esperar de sus esposos el suministro de los recursos, condición que naturalmente las somete, generando espacios de dependencia y dominación.

Sobre esta concepción, se ha edificado ese modelo que marcó roles definitivos que vinculan de manera obligatoria a las mujeres con los/as hijos/as y el hogar, del que se deriva su sensibilidad y su necesaria condición de alienación. Desde esta noción parte la idea de inmanencia y alteridad femenina de que hablaba Cobo (2014), en oposición a la trascendencia e individualidad que acompaña la condición masculina.

- \* **Las mujeres se buscan que les peguen y les gusta que las maltraten (criterio de subordinación).**

Preconcepto que acompaña con frecuencia las valoraciones en relación con la víctima en casos de violencia sexual, violencia intrafamiliar o lesiones personales y que definen los términos en que se sustenta la calificación de la conducta, así como también, permite la aplicación de atenuantes en delitos de grave connotación, afectando con ello el quantum

punitivo. Los efectos de este estereotipo pueden observarse desde las primeras etapas de la investigación, condicionando con ello el contenido de la declaración de las víctimas o la denuncia interpuesta, afectando la reconstrucción de los hechos en orden a configurar las circunstancias potencialmente causantes y justificantes de las agresiones perpetradas por el sujeto activo de la conducta. Sumado a ello, persiste en el pensamiento colectivo el deber de obediencia de las mujeres frente a sus esposos, compañeros o novios, condición que permite observar con aparente normalidad cualquier forma de abuso, agresión o represión ejecutada por estos sobre aquellas.

Pronunciamiento del Juzgado Primero Penal Municipal de Pasto en un delito de lesiones personales. Se aplica el subrogado Penal (Juzgado Primero Penal Municipal de Pasto, 2009)

El Juzgado tendrá en cuenta para dosificar la pena el diminuyente de la ira e intenso dolor, ya que el afectado en forma espontánea informa en su declaración que el procesado desarrolló las agresiones hacia él y su acompañante por celos al verla con su nueva pareja, de allí que haya desplegado una ira desmedida, la que lo llevó a irrumpir en el vehículo por la ventana, proceder a agredir a su ex esposa y luego a su novio, cuando logró introducirse por la puerta de atrás del rodante, valiéndose de un tarro de ambientador que encontró en el forro del asiento trasero. Ese impulso violento fue provocado por la presencia del querellante y su pareja, lo que sin mayor protagonismo logró provocar al agresor. No se trata por tanto, de un acto impulsivo simplemente, sino que hubo una provocación, de allí que [el acusado], no haya actuado en forma injusta ni movido por su propia voluntad, sino por los sentimientos de rabia e ira al ver a su mujer con otro, a pesar de ya estar separados, reacción que es común en las parejas que todavía guardan la esperanza de la reconciliación. El Juzgado lo condena a dos meses de prisión y multa de 2.5 S.M.L.M.V., al encontrarlo responsable de la comisión del delito de Lesiones Personales de carácter doloso. Concede Subrogado Penal (págs. 14, 15, 20).

Los argumentos arriba señalados permiten observar que la provocación y la idea de que las mujeres se buscan que les peguen y las maltraten, representa un estereotipo presente en el pensamiento de las y los jueces y que se aplica en casos como el analizado. El concepto de

dominación parece ser una generalidad, la necesidad de reprender a las mujeres y de reaccionar con violencia ante sus “malos comportamientos” desafortunadamente se manifiesta como una regla que para el año 2009 todavía tenía vigencia en el campo judicial.

Pese a tratarse de un juicio en virtud de una agresión causada por el acusado, es evidente que la voluntad del juez está orientada a encontrar una justificación para dicha agresión, entonces los celos y esa ira desmedida que provocan ante la pérdida de un ser amado, surge como la explicación perfecta para demostrar que el agresor no actuó en plena conciencia y que lo hizo cegado por sus instintos y por el amor que le profesaba a aquella mujer que ahora había iniciado otra relación. Los argumentos del juez, además de adecuar los presupuestos para demostrar la provocación causada, plantea la normalización de la conducta sancionada, aduciendo que este tipo de comportamientos son plenamente normales en parejas que aguardan la esperanza de una reconciliación, valoraciones que justifican claramente el quantum de la pena impuesta (dos meses) enviando con ello un mensaje de tolerancia a este tipo de hechos que, en virtud de escenarios como éste, se tornan cada vez más cotidianos.

Ante esta perspectiva del operador judicial, cómo puede una víctima desvirtuar los cargos en su contra?, pese a ser parte en el proceso y ser por este hecho acreedora a iguales derechos, desde el primer momento está siendo ubicada en la parte más débil de la balanza, por su condición de ser mujer, por las calificaciones que la sociedad le ha dado al género femenino y por los estereotipos que negativamente han influenciado la decisión del juez que resolverá su situación.

La marginación y el despojo de toda forma de poder para las mujeres ha sido un elemento recurrente y decisivo en la idea de dominación. Para Gilligan (West, 2000), esta realidad se deriva de esa “ética de cuidado o de responsabilidad” atribuida a lo femenino, en oposición a la “ética de la justicia y de los derechos” a que se encuentra adscrito el género masculino, esta situación motiva el valor que las mujeres le atribuyen a la intimidad y el temor a la separación, convirtiéndolas en seres dependientes, contrario al valor que los hombres le otorgan a la autonomía e independencia, pues ven en las relaciones con el otro un amenaza de aniquilación. Esa esencial importancia de “conexión” en las mujeres representa un factor determinante en la realidad de dominación que diariamente enfrentan.

Extracto fallo del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto por el delito de homicidio simple; se concede una pena de 25 meses de prisión y la aplicación de subrogado penal (Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto, 2007):

Los elementos de prueba recopilados demuestran que el sentenciado es responsable de la muerte violenta de (...), falleciendo por shock hipovolémico, producido por múltiples heridas de arma corto punzante, punible cometido en circunstancias de ira provocada por el rechazo sexual y la agresión física que la ofendida le ocasionó a [acusado] comportamiento que esta Judicatura considera grave e injustificado, pues no puede perderse de vista que fue la occisa quien provocó al sentenciado, para luego negarse a acceder a sus pretensiones sexuales porque no tenía dinero para pagarle. En cuanto a los antecedentes personales, familiares y sociales del sentenciado, estima esta Judicatura que se trata de un hombre joven que colabora con el sostenimiento de su hogar que se vio involucrado en esta situación por un mal momento en su vida, toda vez que quedó establecido que fue la ofendida quien lo abordó provocando estos lamentables acontecimientos, además, se trata de un delincuente ocasional que carece de antecedentes penales todo lo cual nos lleva a concluir que merece una oportunidad para rectificar su conducta en el seno de su hogar. La jueza resuelve condenar al sentenciado a veinticinco (25) meses de prisión, como responsable del delito de Homicidio Simple. Concede Subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena (págs. 8-9).

Cuatro elementos resultan cuestionables en esta decisión: i) la identificación puntual del rechazo sexual de la víctima como evento que justifica la agresión que le causó la muerte, esto unido a la constante de la provocación; ii) la valoración del agresor como un hombre joven que tuvo un “mal momento”, iii) la calificación del victimario como delincuente ocasional que merece otra oportunidad; y iv) la condición femenina de la jueza y la contundencia de sus argumentos en favor del agresor.

Las limitaciones y agresiones contra la sexualidad de las mujeres, representa uno de los espacios más significativos de dominación. Ellos y el mundo consideran que la libertad sexual representa un privilegio exclusivo para el sexo masculino que las mujeres deben ayudar a preservar; su instrumentalización y cosificación como sujetos eminentemente sexuales

representa una de las principales críticas que Catharine MacKinnon (1989) le formula al sistema, calificándolo quizá como el factor más determinante de la dominación de hombres contra mujeres, que representa la piedra sobre la cual se ha cimentado el modelo patriarcal que el feminismo combate. La deconstrucción de este modelo no es fácil, su esencia se mantiene incólume en muchos espacios –como la pornografía– y se replica diariamente en escenarios públicos y privados, como el caso de aquel esposo que viola a su esposa, o el novio que obliga a su novia para acceder a tener relaciones sexuales o, desafortunadamente, en casos que terminaron con el homicidio de la víctima y que resultan justificados por el derecho y sus operadoras.

El juicio que evidentemente la jueza realiza contra la mujer, como causante y provocadora de su muerte, invierte la lógica de las responsabilidades y las sanciones a imponer, condición que explica la valoración del homicida como un delincuente ocasional que por un impase o equivocación no merece recibir la sanción máxima y merece una segunda oportunidad. Por estas consideraciones la conducta se califica como un delito simple, obviando la aplicación del agravante que procedería en razón de la relación existente entre el victimario y la occisa, correspondiendo por ello una pena de tan solo 25 meses que da lugar a los beneficios penales efectivos para el cumplimiento de la pena.

La falladora nuevamente es una mujer, situación que demuestra que los estereotipos no solo están presentes en la mente de los hombres, sumado a ello, la fuerza de los argumentos y la calificación de la conducta de la víctima como “injusta” plantea serios cuestionamientos del papel del derecho y del ideal de justicia que éste persigue.

Aparte sentencia del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto por el delito de lesiones personales en concurso con el de porte ilegal de armas. La jueza emite condena por 25 meses (Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto, 2009):

Tomando en cuenta que en el expediente no aparecen constancias sobre existencia de antecedentes penales en contra del procesado, que es un delincuente primario, que es una persona joven que al momento en que sucedieron los hechos era preso de la rabia y los celos por estar lejos de la mujer que según él amaba, que si bien las lesiones que le

causó no dañaron órganos vitales pues véase que fueron en el brazo y en el abdomen, que las secuelas que le dejaron a la ofendida las lesiones no fueron en el rostro, para la determinación final de la pena nos ubicaremos en el cuarto mínimo del ámbito de movilidad punitiva. Por razón del concurso con el delito de porte ilegal de armas y tomando en cuenta que con esa misma arma causó las lesiones en la humanidad de una mujer indefensa, se incrementará la pena señalada para el delito de lesiones personales en 6 meses más. La jueza resuelve condenar al procesado a la pena de veinticinco (25) meses y multa de 12.5 S.M.L.M.V. como autor del delito de Lesiones Personales, en concurso con Porte Ilegal de Armas (págs. 5,8)

Este caso reviste gran particularidad, en razón de la valoración que realiza la jueza con ocasión de la gravedad de las lesiones causadas a la víctima. Al parecer, el hecho de que las heridas no fueron en órganos vitales o en el rostro y, en su lugar, fueron en el brazo y el abdomen, son causales para minimizar la conducta del agresor. Por lo demás, persiste el componente de culpabilidad atribuido a la mujer por la provocación realizada y los efectos de la rabia y de los celos –producto del amor- como razón esencial de la agresión.

Fragmento sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito por el delito de homicidio. La condena ascendió a 156 meses de prisión (Juzgado Primero Penal del Circuito, 2009):

Así las cosas, si bien el hecho atribuido al procesado es de una gravedad suma, pues constituyó un atentado contra el más elemental de los derechos, deparando la temprana desaparición de una persona con una prolongada expectativa de vida, lo cierto es que las pruebas aportadas al plenario indican que el motivo determinante del hecho lo constituyó el desamor que (...) le deparó a su victimario; es decir, que los motivos fueron de carácter pasional, donde no se avizora la preparación ponderada del hecho, sino por el contrario, la comisión intempestiva a impulsiva del mismo, propio de este tipo de injustos donde la pasión desborda los frenos inhibitorios de la persona y la lleva a perpetrar hechos que bajo otras circunstancias jamás estaría en posibilidades de cometerlos. Por ello, dadas las circunstancias anotadas precedentemente, esta judicatura estima que al procesado ha de imponérsele la pena mínima contemplada para este injusto, es decir, ciento cincuenta y seis (156) meses de prisión (pág. 7).

En un ambiente de estereotipos, el amor y el desamor son dos características que cobran gran relevancia, en palabras de Florence Thomas (2008), “el amor, ha sido siempre el gran asunto, la grande *affaire* de las mujeres, de su vida; casi una cultura. Una cultura más a menudo de la desgracias que de la felicidad”. Se le ha enseñado a las mujeres que amar es sinónimo de sufrir y esta premisa desafortunadamente se hace realidad en las múltiples agresiones de que son víctimas. Los imaginarios que se construyen en torno al amor, son tan fuertes y constantes, que difícilmente desaparecen, así que éste se convirtió en un propósito dentro de la revolución silenciosa de las mujeres. En este orden, se buscó crear un nuevo orden amoroso, en el que las mujeres se convirtieran en “sujetas de sí”, después de haber sido durante siglos “sujetas de otros”. El camino no ha sido fácil y tampoco representa una tarea concluida, pese a ello, en palabras de la autora, por lo menos las mujeres “hoy enloquecemos menos de amor porque hemos aprendido a tener otros proyectos de vida que el solo proyecto amoroso familiar” (págs. 83-89)

Es por ello que en nombre del amor se lastima, se humilla, se minimiza, se degrada...se domina y, mientras esta idea se mantenga presente en las y los operadores judiciales, hechos como los arriba señalados seguirán siendo calificados como homicidios pasionales, esto es, aquellos ocurridos con frecuencia en el seno del hogar; aquellos en los que el agresor se convirtió sólo por un momento en victimario, buscando defender la propiedad que según él detentaba sobre la vida de quien amaba, bajo un panorama de plena normalidad que lo exculpa. Entre tanto, la culpabilidad será atribuida a la mujer, como la causante de la ira, la rabia y los celos de su agresor, de esta manera, la obediencia y el buen comportamiento serán los requisitos innegociables para evitar agresiones como las causadas, si no quiere enfurecer a su pareja

**\* Las mujeres necesitan un hombre a su lado (condición de inferioridad).**

La idea de dependencia que forma parte del modelo patriarcal que aún rige nuestras sociedades y que se enlaza con ese potencial de conexión de que nos habla Gilligan (West, 2000), entiende limitada la realización femenina bajo un proyecto de vida que no contemple el desarrollo de su función reproductiva, condición que implica la necesaria configuración de un vínculo marital con la presencia de un esposo, compañero o novio para quienes las mujeres

representan su complemento. En el marco de esta realidad, encuentran mucho sentido todas las formas de violencia que pueden darse en el seno del hogar y que resultan, en la mayoría de los casos, imperceptibles.

Frente a este panorama, la dependencia emocional alcanza una gran relevancia, hasta convertirse en un fuerte mecanismo de opresión, capaz de legitimar graves formas de violencia como lo veremos en el siguiente caso.

Fragmento sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pasto por el delito de acceso carnal violento (Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pasto, 2005):

La [mujer víctima] ha dicho en su narración que [el acusado], utilizando la intimidación con la exhibición de un cuchillo la obligó a permitir que la accediera en cuatro oportunidades, por vía vaginal, en distintas posiciones y lugares de aparta estudio ocupado por ella (...). Se cuestiona en esta oportunidad el despacho, cómo es posible que el procesado haya podido cumplir su cometido de acceder carnalmente a la mujer, utilizando la violencia y la intimidación, por medio de un cuchillo, sin que la víctima de ultraje haya hecho nada para impedirlo? En todo ese discurrir, bien pudo la mujer actuar en su defensa e impedir la ejecución del ayuntamiento carnal del que dice fue víctima.

Aparece entonces como probable la hipótesis de que la razón de la denuncia y actuación de parte de la [mujer víctima] en contra del hoy enjuiciado pudiese obedecer a la explicada por el encartado cuando sostiene que en la noche de autos y luego de haber consumido las medias de aguardiente, le expusiera su intención de terminar con la relación en razón de que su propósito era contraer próximamente matrimonio con su novia, quien para entonces se hallaba estudiando en la ciudad de Cali. No es de extrañar y la experiencia enseña que la reacción de mujeres de cierta edad, al verse humilladas, heridas en su amor propio, reaccionen con resentimiento y venganza en contra de quien es el causante de su sufrimiento y decepción atribuyendo actos que en realidad no pudieron ocurrir o no se ajustan en su totalidad a la verdad verdadera de lo realmente acaecido. La jueza resuelve absolver al [agresor] por no haberlo encontrado responsable del delito de Acceso Carnal Violento (págs. 7,8,10)

Cabe resaltar tres aspectos de gran impacto dentro de los argumentos de la sentencia señalada: i) la desacreditación planteada por la jueza frente a la declaración de la víctima sobre las circunstancias en que sucedió la agresión sexual materia de juicio, cuestionamiento cargado de prejuicios que terminó con la absolución del agresor; ii) la sugestiva afirmación de la jueza respecto de una posible falsedad en que incurriría la ofendida al denunciar hechos inexistentes, producto de su decepción y el sentimiento de venganza que la agobiaba al advertir una probable separación con quien fuera su pareja; y iii) la representación de una mujer que abandona cualquier forma de razonamiento ante el rompimiento de una relación afectiva.

Esta sentencia representa un claro ejemplo de cómo los estereotipos de la jueza comprometen la imparcialidad de su decisión. El fallo estuvo marcado en todo momento por imaginarios sexistas que ubicaron en una posición de total indefensión a la víctima, tales prejuicios, condicionaron la percepción que la jueza obtuvo de los hechos y, lo que resulta sumamente grave, motivaron una valoración inadecuada de la prueba, que jamás atendió al valor del testimonio de la víctima o acudió a un estudio científico que demostrara lo ocurrido, propiciando con ello su revictimización. Esto sumado a las convicciones de la jueza sobre aquello que dicta la ley de la experiencia frente al estado de irracionalidad que alcanzan las mujeres rechazadas por un hombre, valoraciones estas que condujeron obviamente a la absolución del acusado.

En palabras de Cusack, la desacreditación del testimonio de la víctima en casos de agresión sexual, representa uno de los mayores riesgos dentro de los impactos negativos de la estereotipación, considerando que en estos casos las mujeres violentadas, además de representar en muchas ocasiones la única prueba de lo sucedido, son sujetas de un particular escrutinio y, generalmente la justicia espera de ellas respuestas razonables y acertadas en un momento particularmente problemático, dada su condición de vulnerabilidad (Cusack S. , 2014).

La violencia, como uno de los factores de dominación y opresión advertidos por Young (2000), se representa en las palabras de las y los jueces en estos casos. Su evidencia se concreta en la transformación de estas formas de sometimiento en *prácticas comunes*, en

*comportamientos aceptados* que definen la naturaleza de las relaciones de pareja y en general, de las relaciones sociales. De esta manera, los hombres y las mujeres, en todos los niveles entienden y naturalizan la idea de que ellas cuentan con la predeterminación para ser violentadas y atacadas y que la producción de este resultado, en muchos casos, obedece a un comportamiento inadecuado de su parte y es sobre la base de estos preconceptos como se decide y se juzga.

En Pasto, como se vio, las mujeres deben ser “obedientes” de lo contrario, podrán ser objeto de abusos y violencia, una violencia de alguna manera “consentida” y “legitimada”, una violencia que es el producto de una valoración injusta entre hombres y mujeres y que favorece en todo sentido su sometimiento.

**\* Las mujeres que usan minifalda se buscan que las violen**

El permiso que muchos hombres creen tener para agredir a una mujer, con frecuencia se sustenta en acciones o características particulares de la víctima. La forma de vestir o actuar y los mensajes que los hombres implícitamente identifican en ellos, han representado el motivo para extender acciones violentas o irrespetuosas sobre las mujeres, acciones que pese a afectar su dignidad, generalmente no merecen la atención debida.

Así lo demuestra el fragmento de la sentencia que a continuación se presenta, por la cual se juzga el caso de un hombre que, al caminar por un sendero peatonal, alzó la falda de una mujer que pasaba a su lado y le tocó con una de sus manos los glúteos (Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, 2012)

En el sub lite, el señor (...), obró bajo un impulso, pero que dicho impulso fue fugaz, sin que dicho acto constituya un acto lujurioso o libidinoso dirigido a despertar el apetito sexual del implicado o de un tercero, pues como bien se ha recalcado se trata de un acto efímero que si bien como él mismo lo reconoce como una falta de respeto, desconocía que era delictual y por tanto sancionado por la ley, por lo anterior se concluye que [el procesado] actuó sobre la no ilicitud de su comportamiento, pues no ha tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo

injusto de su conducta. Teniéndose en cuenta además las especiales circunstancias personales y sociales del procesado, ya que se trata de un ciudadano sin arraigo en esta ciudad, vive en circunstancias de marginalidad y de extrema pobreza por lo tanto es imposible exigirle un comportamiento diferente, dada su escasa educación y aunque la ignorancia no sirve de excusa, le impide conocer las leyes prohibitivas de todos los ciudadanos, este es uno de los casos en que la falta de educación y por su misma vida que lleva lo mantenga alejado de lo que sucede día a día. La jueza resuelve absolver al procesado de los cargos como autor del delito de Injuria por vías de hecho (págs. 10,11).

Los argumentos esgrimidos por la jueza ratifican ese marco de normalidad que ampara este tipo de actos cometidos contra las mujeres, normalidad que en casos como el presente también se ampara con un ropaje de legalidad, gracias a la acción de jueces y juezas que desvaloran este tipo de conductas, acogiendo percepciones marcadamente estereotipadas.

El cuerpo de las mujeres en los hombres se representa como una obsesión oculta, como un espacio que permite reafirmar su virilidad. Florence Thomas, describe con fuerza esta relación entre *mujer – cuerpo - hombre*, afirmando que “algunos y algunas psicoanalistas piensan que los hombres parecen no poder perdonarse haber sido y ser el hijo de una mujer: incluso podríamos llegar a pensar que la violencia ejercida por los hombres sobre los cuerpos de las mujeres es un manera secreta de vengarse del inmenso poder que tuvieron un día sus madres sobre ellos, y del inmenso y oscuro deseo que los unía” (Thomas, 2008, pág. 137)

Éste ha sido quizá el origen de muchos propósitos conjuntos que se hacen extensivos en los movimientos feministas: la lucha por el reconocimiento de las mujeres como seres humanos y no como simples cuerpos. Lucha que se seguirá dando ante la concurrencia de múltiples y frecuentes episodios de agresión contra el cuerpo de las mujeres y que por su naturaleza deberá librarse en escenarios judiciales, condición que precisa el compromiso de las y los operadores con esta causa y la adopción de acciones afirmativas inmediatas que eliminen los estereotipos con los que usualmente se juzga, propiciando sin más, nuevos ciclos de violencia en contra de las víctimas.

Un proceso profundo de reconocimiento como seres humanos, como aquel defendido por Fraser (2006), entendido como esa “relación recíproca ideal entre sujetos” implica un buen punto de partida para consolidar esa “racionalidad moral” de que habla Young (2000), espacio en que la identificación de las diferencias entre unos y otras fomentaría verdaderos modelos dialógicos que partan de la igualdad para entender las necesidades y expectativas de cada grupo, sin que ninguno pretenda el provecho propio y en el marco del cual, las diferencias constituyan eslabones para la consolidación de formas reales de equidad.

### 3.3.2 Cómo son los hombres?

Firestone (1976) válidamente afirmó que fue la naturaleza quien produjo la desigualdad básica, condición que más tarde fuera institucionalizada en favor de los hombres. Ésta ha sido la base del modelo de sometimiento y dominación que afecta a las mujeres y que, pese a la lucha y los logros obtenidos para contrarrestar sus efectos, aún encuentra vigencia en contextos actuales, con características particulares en cada región. En el sur del país, los hombres aún ostentan la superioridad, situación que se consolida como un factor común que la sociedad admite y legitima y que se evidencia en todos los escenarios, incluso en el modelo de justicia.

Ahora bien, siguiendo nuevamente la metodología planteada por Anna Fernández, resulta de gran utilidad analizar la presencia e impacto de los estereotipos de género desde una perspectiva diferente. Este segmento, contrario al anterior, plantea un pequeño giro, un punto de inflexión para tratar de interpretar los roles asignados política, social y culturalmente a los hombres, roles que se aplican y perpetúan en el mundo actual, por parte de muchos actores de la sociedad, desafortunadamente, dentro de este grupo, también se encuentran las y los jueces, veamos:

**\* Todos los hombres son machistas.**

Fragmento sentencia del Juzgado Séptimo Penal Municipal de Pasto en un caso de violencia intrafamiliar (Jugaddo Séptimo Penal Municipal de Pasto, 2007)

(...) de otro lado, debe tenerse en cuenta que si bien estos hechos ostentan la gravedad que le es intrínseca a este tipo de conductas por estar dirigidas contra el núcleo fundamental de la sociedad, los mismos fueron producto de la falta de tolerancia del enjuiciado y de su bajo o casi nulo nivel académico, lo cual lleva a estas personas a desarrollar una personalidad machista, agresiva y carente de sensibilidad, que los induce a perpetrar este tipo de actos. En consecuencia, nos permite llegar a la conclusión de que no hay necesidad de ejecución de pena intramural (...). Resuelve: Condenar a (...) a la pena privativa de veintiún (21) meses de prisión por el delito de Violencia Intrafamiliar. Concede el beneficio de suspensión condicional de la ejecución de la pena (pág. 13).

El aparte de esta sentencia resulta valioso porque, además de reiterar los criterios de discriminación constantes en los fallos analizados con antelación, incorpora una categoría que no había sido utilizada de manera explícita, esto es, la personalidad machista presente en el agresor.

En el sur del país, los hombres, están llamados a ser los proveedores, los “machos”, los jefes del hogar, los decididos, los responsables y los encargados de entender a las mujeres. Estos son factores comunes para describir las relaciones de género, claramente asimétricas. En cumplimiento de tal asignación, ellos están llamados a mostrarse fuertes a cualquier costa, incluso a través de la violencia, todo con el propósito de evitar la alteración del orden patriarcal que los respalda. El machismo será entonces ese conjunto de conductas por ellos desplegadas para preservar esa condición de superioridad que les fue atribuida. Acogiendo el estudio de Fernández, el machismo se encuentra definido por múltiples hechos cotidianos que son entendidos como verdad y obligación, así, los hombres son los que preñan a las mujeres y se identifican con la virilidad, por ello, no pueden llorar, no pueden ser débiles y su lugar tampoco está en la cocina. Su calidad también se encuentra atada a la preservación del linaje y por esto, su condición de “don juan” en lugar de restarle respeto, le otorga prestigio (Fernández, 2002, págs. 67-75)

Cabe destacar que la incorporación de esta categoría en la sentencia, implica tácitamente el reconocimiento sobre la existencia de esta situación y su normalización en la sociedad, de ahí

que, cualquier acción generada bajo el argumento del machismo podrá ser aceptada y reproducida, eventos en que surgirán como víctimas principales las mujeres, a quienes la cultura las ha convertido en blanco de múltiples ataques bajo esta premisa.

Young (2000) precisa la necesidad de promover la reproducción y el respeto de las diferencias, derribando todas las formas de opresión y superando el tradicional modelo de asimilación que, en definitiva, anula la idea de heterogeneidad. Esta transformación representaría un gran aporte en la lucha por alcanzar la igualdad material, sólo si logra extenderse a todas las esferas. En el marco del derecho, este cambio se acopla con la propuesta de Baer (2013) por explotar la propia experiencia de las mujeres y fomentar una nueva teoría feminista que genere un verdadero cambio legal, transformación que, dada la configuración del derecho, recae con gran responsabilidad en el papel que las y los jueces cumplen en un mundo real, que se enfrenta a conflictos de gran diversidad, con las particularidades que cada lugar propone; son sus decisiones las que cuentan con el potencial de impulsar cambios profundos que trasladen los preceptos de igualdad contenidos en las normas hacia un espacio de realización posible.

**\* El hombre es el jefe del hogar.**

Algunos argumentos de la sentencia emitida por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Pasto por el delito de violencia intrafamiliar (Juzgado Séptimo Penal Municipal de Pasto, 2009)

Bajo las anteriores preceptivas, se destaca que, hasta donde se conoce, el acusado no registra antecedentes penales, por lo que se considera como un delincuente primario, tampoco se verifica que haya obrado de manera beligerante frente a su núcleo familiar en anteriores datas, además, es una persona joven que necesita de otra oportunidad para que evalúe que su forma de proceder resquebraja su núcleo familiar. Se resuelve condenar a (...) a la pena principal de tres (3) años de prisión, por el delito de Violencia Intrafamiliar. Concede en favor del sentenciado el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión (págs. 5,7).

La necesidad de preservar la familia a cualquier costa fue con seguridad una de las premisas que orientaron el sentido de la decisión analizada. Como se vio, la idea de familia en las

sociedades de tendencia patriarcal se intensifica, convirtiendo esta institución en el fin último del proyecto de vida para las mujeres. Los hombres por su parte, encuentran en este escenario, la herramienta para ejercer su poder y asegurar su descendencia, condición que los dota de derechos y privilegios pero no les asigna deberes en igualdad de condiciones a las responsabilidades de sus parejas.

El contenido de la sentencia perpetúa esta tradición y a su vez, encuentra en esta condición el elemento para justificar un trato benevolente con el agresor, desvalorando la gravedad de la conducta desplegada que, en suma, atenta de manera directa y con mayor fuerza, el bien jurídico que el fallador busca preservar.

Este contexto, bien puede explicarse a partir del *imperialismo cultural* del que nos habló Young (2000). La noción de generalización –en un mundo globalizado- de aquellas concepciones creadas e impuestas por los grupos dominantes, fortalece la opresión que somete a las clases que buscan reivindicación. Es innegable que aquellas ideas preconcebidas que el mundo nos ha dado sobre la superioridad masculina, han logrado permear todos los espacios y perspectivas, traduciendo esa esencia patriarcal a la cotidianidad. La revolución femenina ha logrado poner en evidencia ese desnivel y ha impulsado significativas transformaciones en la esfera mundial, no obstante, es necesario traducir esos cambios en realidad, para que logren hacerse efectivos en los conflictos que diariamente enfrenta la sociedad, en todas las latitudes, se trata de promover un espacio de igualdad, con acceso a todos los niveles, desde la esfera central de los países desarrollados que generalmente albergan el origen de los acuerdos y tratados de derechos, hasta las localidades alejadas de las naciones tercermundistas que intentan darle sentido al concepto de justicia superando sus carencias.

**\* Él no quiso hacerle daño porque la ama.**

Fragmento de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto por el delito de tentativa de homicidio. La jueza absolvió al procesado (Juzgado Tercero penal del Circuito de Pasto, 2008):

En este contexto, en opinión del despacho no existe absoluta claridad acerca del dolo en el comportamiento del enjuiciado, porque si bien disparó el arma de fuego en zona vital de la humanidad de la ofendida, existe la posibilidad de que haya sufrido un trastorno mental sin secuelas por la ingestión de licor, aspecto sobre el cual hay total ausencia de elementos probatorios, surgiendo dudas sobre este trascendental aspecto, pues, como bien resalta el abogado de la defensa, no basta que se haya efectuado el disparo y causado daño en la integridad personal de la víctima, sino que el comportamiento haya sido doloso, es decir, que en forma voluntaria, se haya ejecutado la conducta típica y antijurídica, cuestión sobre la cual existen dudas que deben resolverse a favor de procesado, en aplicación de los principios de la presunción de inocencia y del in dubio pro reo, consagrados en el Art. 29 de la Carta Constitucional, pues, lo contrario, sería dar vía libre a la responsabilidad puramente objetiva, que por entrañar inequidad e injusticia se encuentra erradicada de nuestro ordenamiento penal. La jueza resuelve absolver al procesado de los cargos imputados por el delito de Tentativa de Homicidio (págs. 7,8)

El fragmento de esta sentencia incorpora varios elementos cuestionables, pues la decisión a que arriba la jueza deja grandes vacíos frente a la valoración probatoria que se realiza y la prevalencia que sobre este procedimiento se otorga a la duda existente, principalmente sobre la procedencia de un trastorno temporal del agresor como consecuencia de la ingesta de licor, de esta manera y en sus palabras, “no basta que se haya efectuado el disparo y causado daño en la integridad personal de la víctima” cuando no existe certeza sobre la conciencia del hecho ilícito que cometió el autor. Se trata de la agresión a una mujer con quien el victimario sostuvo una relación sentimental, criterio que resulta sospechoso y permite pensar en la probabilidad de que sea ésta la razón para privilegiar la duda sobre el principio de legalidad en este caso.

Los estereotipos de género al parecer entran nuevamente en escena para condicionar el sentido del fallo, otorgando relevancia a aquellos elementos favorables al agresor y desvalorando los elementos que llevan implícito el modelo estructural de discriminación que perjudica a las mujeres.

\* **Los hombres son por naturaleza lujuriosos.**

Fragmento de la sentencia del Juzgado primero Penal del Circuito de Pasto por el delito de actos sexuales con menor de catorce años (Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, 2005)

A pesar de lo anterior no puede señalarse al sindicado como un perverso sexual reincidente en esta modalidad delictiva, ya que de haber querido aprovecharse de la menor en otra forma, fácilmente pudo haberla accedido carnalmente más aún cuando la menor tenía en él depositada toda su confianza, hasta el punto de complacerlo en los juegos infantiles a los cuales la convidaba y haber accedido ir hasta las residencias Orientales en donde se encontraron solos y tuvo el tiempo suficiente para hacerlo, por eso como él lo manifiesta, su conducta estuvo encaminada a acariciarla, tocándole el pecho, sus piernas y lo cual es corroborado por la ofendida, razón por la cual al [procesado] debe juzgársele como un hombre común y corriente, que en determinado momento no supo controlar su lujuria y se aprovechó de la menor, si tenemos en cuenta que sus deseos sexuales a pesar de su edad se encuentran latentes. El juez resuelve condenar al procesado a la pena de treinta y cuatro (34) meses de prisión por el delito de Actos Sexuales con Menor de Catorce Años. Concede el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena (pág. 6.8)

Los hombres son por naturaleza lujuriosos y el deber de las mujeres es complacerlos. Este representa uno de los estereotipos que más ha sometido a las mujeres en la historia. Para Florence Thomas “de la misma manera que los niños varones miden el largo de su pene o el alcance del chorro de su orina, los hombres no dejan de medir su poder, y el cuerpo de las mujeres es para ellos uno de los medios más importante para lograrlo. Estéril y a menudo vano poder que oculta mal una inmensa fragilidad, y el silencio cómplice de las mujeres les garantiza la ilusión” (Thomas, 2008, pág. 137).

Nótese cómo ante un hecho tan grave, donde la víctima es una menor, ubicándose en el margen de la mayor indefensión, el juez privilegia al agresor descalificando las implicaciones de esta conducta y minimizando el riesgo inminente que su acción precisa, con plena

comprensión de la imposibilidad del agresor para controlar su lujuria ante la menor que estaba a su lado. Cómo puede explicarse en la actividad de un juez tal vulneración? Por qué las mujeres y las niñas deben soportar el predominio de un mundo masculino bajo la acción de actores que deben estar desprovistos de tal condicionamiento? Quizá la normalización de conductas como éstas y el silencio de muchas víctimas han logrado mantener activos los privilegios de este tipo de agresores.

**\* Él prometió no volverlo a hacer**

Finalmente, se presenta un fragmento de la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, 2006), veamos:

Respecto del segundo presupuesto, se tiene que se trata de un delincuente ocasional, que demostró su arrepentimiento al acogerse a la sentencia anticipada y si es cierto que la conducta punible reviste gravedad por haber perpetrado contra una menor, el condenado ha observado buena conducta personal precedente, pues en su contra no obra la certeza de habérselo condenado antes. Además se dedica a las labores del campo, lo cual refuerza el criterio de que en este caso no existe necesidad de la ejecución de la pena. Además consideramos que los establecimientos carcelarios en nuestro país no ofrecen oportunidad de rehabilitación para el delincuente primario, sino que le producen resentimiento y estigmatización, por cuyas razones debe de brindársele una oportunidad para que pueda rectificar su comportamiento fuera de los muros de la cárcel, siendo un ciudadano de bien, que con el tiempo que lleva en detención preventiva ha significado castigo que le hará indudablemente rectificar su conducta. El juez resuelve condenar al procesado a treinta y seis (36) meses de prisión como responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años. Concede subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena (pág. 6)

De manera inusual, la sentencia citada incorpora en sus argumentos un elemento extraño en comparación con los casos anteriores; con el propósito de minimizar los efectos negativos de

la sanción para el agresor, además de analizar sus antecedentes, las condiciones de su domicilio y su oficio, aboca la ineficaz función de la pena en nuestro país, resaltando que la privación de su libertad como resultado de la sanción a imponer, solo ocasionaría resentimiento y estigmatización, elementos éstos que pretenden privilegiar su condición masculina, restando por completo importancia al daño causado en la vida y en el cuerpo de la menor víctima.

Resulta claro que la decisión en el presente caso se basó en estereotipos y no en los parámetros legales, condición que mantiene, aplica y perpetúa las relaciones asimétricas de poder que discriminan a las mujeres.

Pues bien, las preocupaciones expuestas por Simone Cusack, en cuanto a la aplicación y perpetuación de los estereotipos por parte de las y los jueces, se hicieron realidad en las sentencias analizadas. Resulta incuestionable que la percepción con que contaban los falladores(as) de manera anticipada, resultó definitiva a la hora de juzgar los casos de violencia contra las mujeres, condición que les permitió ajustar su interpretación para justificar la acción de los agresores y elevar la responsabilidad de las mujeres en los hechos de que fueron víctimas.

La creencia de que son las mujeres quienes provocan sus propias agresiones, que son ellas quienes incumplen sus obligaciones de cuidado perjudicando con esto a su esposo y a sus hijos, que los celos y el machismo de sus parejas son una característica propia de los hombres que debe ser soportada, que las manifestaciones de violencia en ellos son simplemente reacciones a situaciones de provocación y esto explica lógicamente su agresividad, que los hombres también cometen errores y es justo otorgarles una segunda oportunidad, que el amor a veces implica dolor y sacrificio, que es comprensible una reacción agresiva ante la infidelidad y que las mujeres deben soportar siempre por sus hijos y por su familia, son entre muchos otros “mitos” que la cultura ha sembrado en la sociedad, que han definido el pensamiento de buena parte de la humanidad y que desafortunadamente en esta oportunidad se manifiestan en las palabras de las y los jueces.

Estos estereotipos provocaron en los(as) jueces la peligrosa habilidad de generalizar, impidiendo el estudio de las circunstancias particulares de cada caso y la incorporación de criterios de análisis que reconozcan y destaquen patrones históricos de discriminación que resultan decisivos a la hora de fallar.

En las decisiones analizadas es posible identificar además las cinco categorías señaladas por Young (2000) para definir un escenario de opresión y dominación. La *explotación*, la *marginación*, la *carencia de poder*, el *imperialismo cultural* y la *violencia*, encontraron significado en las palabras de las y los jueces en sus fallos, el lenguaje empleado fue la manifestación de ese esquema estructural fuertemente patriarcal que mantiene plena vigencia y que distingue a los seres humanos de acuerdo con su sexo, imponiendo cargas y beneficios según el caso, condición que a todas luces resulta inequitativa. El sustrato sexual y su desigual valoración definieron la labor de las y los jueces, que enmarcaron las diferencias como elemento esencial para aplicar una distinción que favoreció a unos y perjudicó a otras. El poder dominante nuevamente se impuso en un contexto donde debía permanecer totalmente aislado, alejando con ello, la aspiración de racionalidad que se pretende en una decisión judicial, tras el anhelo de lograr modelos posibles de justicia.

Sumado a ello, esta marcación de las diferencias a partir de una valoración completamente sesgada, impidió materializar la propuesta de reconocimiento planteada por Fraser (2006), propuesta que exige la “revaluación ascendente de las identidades no respetadas”, permitiendo con ello la consolidación de un modelo de igualdad que parta de respetar la existencia “del otro” o “la otra”, como sujeto(a) de derechos.

Esta realidad torna más lejano el anhelo de lograr una verdadera reivindicación de los grupos tradicionalmente discriminados y el propósito de construir “procesos comunicativos altamente democráticos” a partir de una discusión que involucre a todos los sectores, sobre la base de la igualdad, propuesta que encuentra un núcleo común en las teorías analizadas.

Ahora bien, partiendo del análisis de los criterios señalados por Simone, el estudio de los casos analizados nos permite arribar a las siguientes conclusiones:

Las y los jueces con sus palabras reprodujeron de manera explícita estereotipos de género; como consecuencia directa de esta situación, los argumentos expuestos destacaron todos y cada uno de los hechos relevantes para justificar la conducta de los agresores, los ejemplos más recurrentes: la ira y la provocación, así, la afirmación que se hiciera frente a cada uno de ellos planteaba en cada sentencia una narrativa que indiscutiblemente soportaría una sentencia absolutoria, causales específicas para la tasación de la pena dentro de los cuartos mínimos, la aplicación de eximentes de responsabilidad o de subrogados penales. En oposición a ello, el discurso dispuesto para describir el actuar de la mujer – víctima, en todos los casos, se orientó a resaltar su mal comportamiento, su actuación indebida o la provocación de los hechos, además se apeló con frecuencia al escrutinio de sus actuaciones que tuvieron lugar con anterioridad y posterioridad a los hechos, esto con la finalidad de plantear la sospecha de culpabilidad en su contra.

La estructura para la exposición de los hechos estuvo atada a la presentación de las pruebas netamente pertinentes que reforzarán la teoría propuesta, es por ello, que los dictámenes de medicina legal o las valoraciones técnicas que dieran cuenta de la gravedad de las agresiones causadas en contra de las mujeres víctimas, nunca fueron mencionadas ni representaron un elemento relevante para la decisión. Sin embargo, las entrevistas o testimonios que lograran demostrar el estado momentáneo de exaltación o ira del agresor o su buen comportamiento antes y después de la comisión de la conducta punible, estuvieron presentes en todo momento y fueron objeto de valoración probatoria.

Las anteriores valoraciones incidieron claramente en la tipificación de la conducta delictiva sometida a juicio. Dentro de los casos más recurrentes se destacan aquellos que constituyeron una tentativa de homicidio y recibieron sanción por el ilícito de lesiones personales (caso de las agresiones múltiples con arma cortopunzante) y, aquellos tipificados como homicidio simple, cuando procedía la aplicación de los agravantes del caso, principalmente en razón del vínculo entre la víctima y el victimario. No obstante lo anterior, se destaca el sentido del fallo al que arribó la jueza en los casos identificados con los números 2003-0076 y 2003 – 0050, considerando que en el primer evento se absolvió al acusado al no encontrarlo responsable por el delito de acceso carnal violento, teniendo en cuenta que únicamente se contaba con el testimonio de la víctima, testimonio que al parecer era el resultado del resentimiento y el

sentido de venganza que despertó la víctima contra su pareja después de conocer su decisión de terminar la relación.

En el segundo caso, la sentencia por el delito de tentativa de homicidio resultó absolutoria al considerar la probabilidad de que el agresor haya sufrido un “trastorno mental sin secuelas por la ingesta de licor” que lo llevó a “disparar un arma de fuego en zona vital de la humanidad de la ofendida”, sin embargo la duda existente llevó a que el caso sea resuelto en favor del agresor sin condena alguna.

Estas conclusiones cuestionan profundamente la imparcialidad de las decisiones judiciales analizadas y dejan en evidencia la forma cómo los estereotipos de género cuentan con la fuerza para permear dichos fallos. Si bien no es posible plantear una medición hacia una decisión correcta, los dos criterios mínimos para garantizar su legitimidad también se encuentran en duda, considerando que i) el apego al ordenamiento jurídico no puede defenderse con firmeza, y ii) los criterios de racionalidad de la decisión resultan difusos.

Si bien en la actualidad las condiciones han variado notablemente y los derechos de las mujeres cuentan con una amplia plataforma para su defensa, situación a la que se deben sumar los procesos de sensibilización a jueces y juezas en la región, no puede perderse de vista que esta realidad refleja problemas estructurales que deben ser valorados en cada caso. Reconocer la diferencia y asumir acciones afirmativas en pro de la igualdad, con seguridad se traducirá en cambios visibles, en la construcción de una jurisprudencia que paulatinamente reevalúe los estereotipos y sea capaz de transformar los procesos de adjudicación del derecho. Simone al respecto afirma que en estos casos la tarea de las y los jueces debe orientarse en dos sentidos; i) a desmentir y desacreditar los estereotipos y, ii) a desafiar todo razonamiento estereotipado que se identifique en otros jueces u otros actores. Esta idea de transformación sólo se hará posible si empezamos a construir a partir de nuestras diferencias.

Las críticas feministas al derecho convergen en un punto central: *la igualdad precisa cambios, no solo reflexión, y estos cambios deben ser estructurales*. Pero estas transformaciones deben surgir de las experiencias adquiridas y deben apropiarse de los cambios intrínsecos de la sociedad. Se trata

de “alterar la tradición monótona de la ley” como lo advirtió Fineman y, en este sentido promover un “cambio legal en el mundo real”; la “jurisprudencia feminista” explicada por Baer puede cumplir este papel. Se trata de darle vida y sentido a la igualdad en cada caso en particular, en los conflictos que diariamente deben resolver las sociedades contemporáneas, es aquí donde la idea de justicia está llamada a materializarse, libre de cualquier valoración binaria que imponga cargas a unas y privilegios a otros o cualquier concepto predeterminado que limite el reconocimiento de derechos para un grupo. Las y los jueces precisan esta gran responsabilidad, su importante labor en el proceso de adjudicación del derecho se convierte en la herramienta para rechazar esos dualismos y superar los roles convencionales atribuidos a hombres y mujeres que sustentan formas de desigualdad; sus sentencias cuentan con esa fuerza transformadora capaz de alterar la esencia patriarcal que impregna el campo jurídico, para convertirlo en un escenario de oportunidades, que repotencialice las diferencias y permita - en los términos de Joan Williams - hacer accesibles los privilegios a todos y todas sin distinción.

Ahora bien, si como vimos, hacia el año 2006 se inició al interior de las altas cortes en Colombia ese significativo proceso de reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres, haciendo eco de los modelos internacionales de garantía y defensa de los derechos humanos, proceso que poco después se acompañaría de una importante reforma a nivel normativo interno, por qué en Pasto, solo hasta el año 2012 fue posible establecer un fallo claramente ejemplarizante, por qué ese proceso garantista se desarrolló tan lentamente en el sur del país? La siguiente sección nos ofrece un acercamiento a las respuestas de estos interrogantes.

### **3.4 Cómo viaja el derecho hasta las regiones?**

Valiosos son los avances alcanzados por las altas cortes en materia de reconocimiento de los derechos de las mujeres, pese a ello, el impacto garantista de sus sentencias varía notablemente cuando se traslada a una esfera local. Y es que las razones que sustentan tal realidad son variadas y los fundamentos que las respaldan son lo suficientemente fuertes para explicar tal alteración.

Para empezar, la naturaleza de las normas en que se centran las decisiones, constituyen el principal factor de distinción, así los mandatos constitucionales y el carácter de normas ordinarias de que conocen las y los jueces locales en el marco de la jurisdicción penal, permiten proponer un importante marco de comparación. El enfrentamiento que se plantea entre estos fallos, si bien puede parecer incompatible, resulta en suma relevante, pues como se verá, el modelo de protección de derechos humanos, en especial, la garantía frente a los derechos de las mujeres, responde a un sistema fuertemente influenciado desde el contexto internacional, contexto que la Corte Constitucional ha adoptado desde muy temprana edad y que se convierte en referente para fallos posteriores en esta materia, criterio que además se fortalece, dado el alcance de las disposiciones constitucionales y su posibilidad de irradiar todo el ordenamiento jurídico.

Luis Prieto Sanchís (1991), al hablar de ciertas peculiaridades de la justicia constitucional, resalta, en un primer plano la diferencia que separa – y a la vez da sustento- a las normas de naturaleza ordinaria y la Constitución como norma jurídica suprema. En este sentido y, desde el punto de vista gramatical, las normas constitucionales se caracterizan por su contenido *abstracto, indeterminado, elásticos y sin contornos definidos*, para explicar esta situación, Uprimny (2010, pág. 4) trae a colación conceptos tan abstractos como los de “dignidad humana”, “igualdad” o “libre desarrollo de la personalidad”, generalmente contemplados en los textos constitucionales de los estados democráticos. En oposición a estas, las disposiciones ordinarias, pese a que no se constituyen como normas completamente cerradas, situación que en términos de Hart se explica por el lenguaje natural en que se encuentra expresado todo concepto jurídico que les atribuye una *textura abierta y una zona de penumbra*, ofrecen un grado más alto de determinación (Uprimny, 2010, pág. 4). Guastini (2010, págs. 212-217) por su parte, al plantear una distinción entre reglas y principios –que para Alexy implicaría una distinción entre dos tipos de normas-, concluye:

- (i) Las reglas son normas con antecedente “cerrado” (con supuesto de hecho cerrado), mientras que los principios son normas con antecedente “abierto” (con supuesto de hecho abierto).
- (ii) Las reglas son normas “precisas” (puede ser aplicada directamente por los órganos de aplicación-razonamiento deductivo), circunstanciadas, mientras los principios

son normas “genéricas” (requiere de otras normas u otros medios que las concreten).

- (iii) Las reglas son normas “inderrotables” (no admite más excepciones que las establecidas), mientras los principios son “derrotables”-“derogables” (admite excepciones implícitas).
- (iv) Los principios son normas “fundamentales” (porque dan *fundamento* y porque tienen o no requieren *fundamento* alguno)

Ahora bien, siendo los tipos penales, las normas jurídicas sobre las que se desarrollan los fallos analizados, conviene anotar que la *determinación* y la *precisión* propias de las reglas, en este ámbito, resulta más evidente, considerando que los delitos constituyen uno de los mejores ejemplos para explicar el razonamiento deductivo, veamos: “*Los asesinos deben ser castigados. Tizio es un asesino. Entonces Tizio debe ser castigado*”, esto es lo que el profesor Pietro Sanchís (Apuntes de Teoría del Derecho, 2014, pág. 56) denomina una *estructura hipotética*, es decir, una norma que se compondría de dos elementos: *el antecedente o prótasis*, también reconocido como *supuesto de hecho* y, el consecuente o *apódosis*, que en Derecho se traduce como *consecuencia jurídica*; de esta manera, *que se produzca el supuesto de hecho es condición de la consecuencia jurídica* (Ej: “El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes...Artículo 111 C.P.).

Consecuencia del anterior criterio, toma posición otra distinción radical entre las decisiones judiciales del centro a la periferia. Para algunos teóricos, la diferencia entre la interpretación legal y la constitucional –esta última, claramente, como forma de interpretación judicial-, además de resultar determinante en razón del objeto, se encuentra definida por la función que cumplen los órganos encargados de su aplicación. Para el juez ordinario, ante un caso concreto, solo cabe una interpretación correcta, como una “unidad de solución justa”, mientras para el juez constitucional, la labor no se orienta únicamente a identificar la “mejor” o la “única” respuesta posible, sino a definir el tipo de interpretaciones que resultarían “intolerables”. En este sentido, la respuesta correcta para el juez ordinario se entendería consignada en la norma por un acto de asignación otorgado por su autor – legislador-, por su parte, el juez constitucional buscará definir *un campo más o menos extenso de licitud*, condición de

la cual se deriva una mayor responsabilidad en su decisión, bajo parámetros de *razonabilidad* (Sanchís, Notas sobre la interpretación constitucional., 1991, pág. 177).

Tal distinción encuentra sustento además en el órgano encargado de su aplicación -la *autoridad*- el agente que produce o emite la norma y que puede ser una persona o un órgano jurídico, que expresa su voluntad a través de una *acción normativa o acto lingüístico* cuya ejecución tiene el efecto de dar vida a una prescripción (Sanchís, Apuntes de Teoría del Derecho, 2014); en este sentido, pese a que las y los jueces de todos los niveles ejercen su jurisdicción al amparo de la “norma suprema”, es el Tribunal Constitucional, el único intérprete autorizado y guardián de la Constitución, mientras las y los jueces de instancia mantienen su competencia en aplicación de la legislación ordinaria.

Ahora bien, otro de los factores que indudablemente acentúa la distinción entre los fallos, lo constituye la naturaleza de la acción judicial que se precisa en cada caso. El artículo 241 de la Carta Política de 1991, le confió a la Corte Constitucional la *guarda de la integridad y supremacía* de la Constitución; en orden a esta designación, tiene a su cargo -entre otras- dos funciones de significativas implicaciones para los términos de nuestro estudio, esto es, *i)* la facultad de decisión sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan las y los ciudadanos, y *ii)* la facultad de revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales. En cumplimiento de estas facultades, el papel de la Corte ha sido determinante dentro del ordenamiento jurídico colombiano, situación que se deriva del activismo judicial de este Tribunal que lo ha convertido en referente regional y mundial, por la naturaleza de sus fallos.

Esa tendencia activista, asociada al concepto positivo y progresista de sus decisiones, en buena medida podría explicarse, en razón de: *i)* el contenido de los derechos reconocidos por la Corte, *ii)* las medidas por ella adoptadas para hacerlos efectivos y *iii)* el seguimiento a su cumplimiento, con la distinción de grado y variedad que se precise en cada caso, tal como se analiza en el estudio del profesor Cesar Rodríguez en su *juicio a la exclusión* (Garavito, 2015, págs. 29-31) y que puede explicarse en fallos como la Sentencia T – 025 de 2004 (Estado de Cosas Inconstitucional en materia de desplazamiento) y la sentencia C -355 de 2006,

(Despenalización del aborto en tres circunstancias). Esta situación niega de plano la posibilidad de establecer algún tipo de comparación entre fallos como éste y fallos eminentemente regionales -en casos de tutela-, desde el punto de vista técnico, metodológico y de argumentación, afirmación que se realiza al margen de la fuerza del precedente, como fuente del Derecho.

Lo anterior, sumado a las implicaciones de la acción de inconstitucionalidad, que emergen desde el papel de la Corte como “legislador negativo” y la autoridad que le asiste como instancia de revisión y de cierre de las decisiones de tutela, con fallos definidos por una fuerte tendencia progresista, por la que se han reivindicado derechos de minorías tradicionalmente discriminadas, en el seno de un país aún consagrado a las doctrinas de la iglesia, incrementan la visibilidad e impacto de las decisiones de este órgano y hacen ver aún más grandes las distinciones con los fallos de los despachos regionales, aún si se trata de decisiones vanguardistas que intentan una leve aproximación a ese modelo neoconstitucional de la Corte.

De manera similar ocurre con las decisiones proferidas por el Consejo de Estado, tribunal supremo de lo contencioso administrativo en los términos del artículo 237 constitucional. La trayectoria reflejada por esta jurisdicción en materia de equidad de género no se acompañaba de mucho reconocimiento, no obstante, hacia el año 2012, la evolución de este tribunal fue determinante, como en el caso de la sentencia 29 de agosto de 2012 – Sección Tercera, MP. Stella Conto Días del Castillo y la sentencia de 09 de octubre de 2014 – Sección Tercera, MP. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero (ambos originarios de la ciudad de Pasto) que, al resolver una acción de reparación directa en cada caso, declararon la responsabilidad del Estado por acciones cometidas en contra de las mujeres víctimas, dejando en evidencia la fuerza de factores de discriminación y la vigencia de estereotipos de género definitivos a la hora de causar el daño que resultó sancionado. Adicionalmente cabe resaltar la sentencia de 28 de mayo de 2015, emitida por la Magistrada Conto al fallar una acción de reparación directa, en la que declara la responsabilidad del Estado con sustento en la configuración de la figura de feminicidio que terminó con la vida de la víctima en este caso, a manos de su compañero, un miembro activo de la Policía Nacional, fallo que precedió a la expedición de la Ley 1761 de 6 de julio de 2015 por la cual se tipificó esta conducta como delito autónomo.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia, como máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y, en este sentido, instancia de cierre de los despachos que profirieron los fallos analizados en el presente estudio, refiere igualmente importantes avances en la línea jurisprudencial definida por la entidad en asuntos de género. No obstante, poco se sabía sobre fallos emblemáticos antes de la sentencia proferida el 04 de marzo de 2015 por la Sala de Casación Penal, en la que se probó la configuración del delito de *feminicidio*, readecuando con ello la calificación jurídica que inicialmente se había realizado contra el procesado y que omitió incorporar el agravante descrito en el numeral 11 del artículo 104 del Código Penal, precisando que para entonces la Ley 1761 aún no había sido sancionada. En este punto, resulta de gran utilidad resaltar otro fallo significativo, como el logrado a través de la sentencia proferida por esta instancia el 06 de mayo de 2015 sobre el radicado No. 43880, fallo por el cual se casa la sentencia absolutoria de segundo grado emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto, para en su lugar confirmar el fallo condenatorio de primera instancia (Juez Penal del Circuito de Pasto), en el marco de un asunto tramitado por el delito de *acceso carnal violento agravado*, al advertir la violación de los artículos 13 y 29 de la Constitución Política y la presencia de criterios discriminatorios en razón del sexo, principalmente relacionados con la desacreditación que el Tribunal hiciera sobre el testimonio de la víctima, situación que atenta contra el ordenamiento jurídico interno y los mandatos y estándares internacionales en materia de equidad de género.

Lo anterior deja en evidencia dos aspectos de especial importancia; por un lado, el reconocimiento paulatino que se ha logrado al interior de la justicia penal ordinaria hacia la sanción de cualquier forma de discriminación basada en el género, reconocimiento que quizá tardó un poco más en llegar, pero logró acoplarse a los procesos que ya adelantaban en este sentido el Consejo de Estado y, desde mucho tiempo atrás, la Corte Constitucional. En segundo término, emerge un aspecto que influye notablemente en el sentido de las decisiones en el nivel regional, y es, la fuerza que alcanza, como mecanismo de control, la garantía de la segunda instancia. En sentido positivo o negativo, las y los jueces penales inferiores se encuentran fuertemente influenciados por la línea o tendencia que maneja su juez superior, tendencia que indudablemente define la carga argumentativa y el sentido del fallo.

Como veremos más adelante por ejemplo, dentro de los asuntos analizados, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto, en el año 2012 emitió una decisión ejemplarizante ante

el caso de un homicidio agravado cometido por la pareja de la víctima, el fallo incorpora elementos del derecho nacional e internacional para demostrar la naturaleza del delito y su componente fuertemente discriminatorio, además de valorar como equivocados los términos del preacuerdo suscrito por la Fiscalía, por apartarse del derecho para reconocer un estado de ira e intenso dolor en favor del victimario a fin de conceder una rebaja de pena, situación que mereció la declaratoria de nulidad de dicha actuación a partir de un juicio razonado, coherente y consistente, para ordenar en su lugar, la continuación del procedimiento hacia una sentencia condenatoria. Sin embargo, pese a esta situación, tras la activación del recurso de apelación por la parte condenada, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, no encontró validez en las razones manifestadas por el *a quo* y dejó sin efecto el fallo ejemplarizante, situación que se replicó ante un caso similar presentado más adelante por el mismo despacho.

En oposición a éste, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, en un caso con supuestos fácticos similares adoptó en primera instancia la posición marcada por el Tribunal, encontrando aceptable la aplicación del atenuante que hizo viable la procedencia del preacuerdo, esta decisión no fue objetada. Finalmente, el estudio muestra cómo en instancia de cierre, un fallo de aquel Tribunal que, como se expuso, obvió la fuerza y consistencia de un fallo ejemplarizante en materia de género, también fue sometido a escrutinio y, en tal sentido, mereció el reparo de la Corte Suprema al advertir visos discriminatorios en una decisión que atentaba contra el concepto de igualdad al apelar a la desacreditación de la conducta de la presunta víctima de violencia sexual para lograr la absolución del victimario.

Es válido señalar que el periodo de tiempo que transcurrió entre una y otra instancia resulta considerable, más aún cuando se trata del recurso de Casación.

El contexto descrito bien puede explicarse bajo la teoría de: **i)** las *reglas de adjudicación* en Hart (1961, pág. 120) por las cuales se confieren facultades jurisdiccionales, definiendo con ello los individuos que pueden juzgar y el procedimiento que deben seguir, es decir, los conceptos de *juez o tribunal, jurisdicción y sentencia*; las potestades jurisdiccionales conferidas por este tipo de normas revisten de autoridad las determinaciones sobre la trasgresión de una regla, determinación que no ha de entenderse en sentido material, esto es, en razón de los

contenidos de la interpretación normativa, sino en sentido formal, es decir, en cuanto al sujeto competente para la determinación, condición que definirá la estructura jerárquica jurisdiccional (Uprimny A. R., 2014, pág. 67). Es de anotar que, las reglas de adjudicación, junto con las reglas de reconocimiento y cambio, en combinación con las reglas primarias de obligación, configuran, en palabras de Hart, la médula de un sistema jurídico (Hart, 1961, pág. 121); **ii**) la *unidad del sistema jurídico* que, en términos de Prieto Sanchís, puede entenderse desde tres niveles: *a.* Desde el punto de vista de las normas, como cualidad que unifica y vincula a las normas entre sí; *b.* como sistema jurídico -propriadamente dicho-, bajo la identificación de un rasgo o criterio definido que lo diferencia de otro tipo de sistema y, *c.* desde el punto de vista temporal, cualidad que permite identificar la *existencia de sistemas sucesivos en el tiempo*.

La primera categoría bien podría expresarse a partir de la existencia de un entramado de normas *primarias* y *secundarias*, normas que pueden deducirse de otras normas – por un criterio estático o dinámico – y también aquellas que son creadas –y aplicadas por los jueces o legisladores, a las que les acompaña una *práctica social de reconocimiento* (Sanchís, Notas sobre la interpretación constitucional., 1991, pág. 113). Por su parte, la identidad del sistema ha de entenderse a partir de su connotación como aparato de fuerza organizado y con *vocación de monopolio*, necesariamente sustentado en normas, acompañado de una práctica de reconocimiento hacia esas normas, hacia los sujetos que investidos de autoridad precisan su aplicación y hacia las determinaciones que en ejercicio de esa facultad éstos producen (Sanchís, 1991, pág. 120)

No obstante lo anterior, la diferencia más profunda entre aquellas decisiones emitidas en materia de género por las Altas Cortes y los fallos de Tribunales y Juzgados regionales – distinción que resulta necesaria- se ubica fundamentalmente en la actividad interpretativa y de argumentación, situación que claramente encuentra sustento en diferencias evidentes, pero que para el presente estudio intentará despojarse de esas categorías, con el propósito de evidenciar tal distinción.

Para empezar, debe recordarse que la tradicional discusión sobre la interpretación jurídica, mantuvo desde sus inicios y, hasta hace solo unas décadas, como eje central de debate el

concepto de norma y sistema jurídico. Con la entrada en escena del papel transformador de los principios y la “constitucionalización” del derecho, la acción de interpretar paulatinamente cobró un significado diferente, atrayendo notablemente la atención del derecho en la actividad judicial, trasladando con ello esa histórica discusión hacia el estudio de las y los jueces, su labor y las implicaciones de sus fallos (Uprimny A. R., 2014, pág. 11).

Así, los clásicos debates se han centrado entre la defensa de un derecho formal, que ha de entenderse completo y coherente, eximido de cualquier forma de interpretación y atado al culto de la Ley y, de otro lado, una teoría mucho más amplia que, al advertir profundas dificultades en la aplicación del proceso deductivo, opta por la idea de racionalidad del derecho, escenario en que los(as) jueces(zas) y sus decisiones ocupan un papel protagónico. Sin embargo, no puede perderse de vista que, pese a que el modelo exegético ha sido reinventado al amparo de nuevas teorías que en buena medida responden a las transformaciones propias del derecho, sus bases resultan –en todo- definitivas en la ciencia jurídica, al defender el concepto de seguridad jurídica, advertir sobre los excesos y la arbitrariedad de los(as) jueces(zas) y, al preservar el elemento democrático de que se encuentra revestida la ley.

La tradición de la que hablamos, se nutrió de grandes e importantes posturas que, en gran parte, respondieron a las coyunturas de cada etapa y fueron objeto de la evolución que define la dinámica misma del derecho, dentro de estas, cabe destacar las tensiones entre las *escuelas radicales* de la interpretación jurídica, representadas por Beccaria y Kantorowicz, en el siglo XIX. De acuerdo con los postulados defendidos desde cada extremo de estas teorías, la interpretación del derecho transitó entre un criterio de anulación para esta actividad en términos de Beccaria, hasta un escenario mucho más abierto a la intervención del(a) juez(a) respaldada por Kantorowicz. Para Beccaria, al estar el derecho constituido por mandatos contenidos en normas (como producto del soberano) y respaldados por una sanción, queda sujeto a la aplicación del modelo básico del silogismo, que evita su interpretación y la posible injerencia de factores subjetivos o arbitrarios por parte del juez, esto hará de la decisión judicial una obra previsible que atiende a la “voz constante y fija de la ley” (Uprimny A. R., 2014, págs. 86-87).

Kantorowicz por su parte, ampliaría el contenido del derecho a algo más que mandatos, apelando a la intervención de elementos diferentes como los principios, condición que valida la interpretación que el(a) juez(a) realice en el proceso de aplicación de las normas; es más, de advertir la presencia de dudas en este proceso, el(a) juez(a) podría apelar al derecho libre o espontáneamente creado por la sociedad, liberándose de las cadenas que impone el ordenamiento legal. En este orden, el procedimiento del silogismo resulta insuficiente dada la existencia de factores de otro tipo que se apartan del método lógico en sentido deductivo, espacio que supone la existencia de lagunas en el derecho que la o el juez deben entrar a suplir a partir de un proceso de interpretación (Uprimny A. R., 2014).

La Jurisprudencia de conceptos y el Realismo Jurídico norteamericano representan un gran peso de las tensiones extremas del siglo XIX que bien pueden ser caracterizadas con el modelo de Ihering –“el segundo Iherin”, teoría que defiende la finalidad como el elemento esencial del derecho y el faro que guía toda la interpretación jurídica, restando el papel central y privilegiado de la ley para atribuir elementos trascendentales a la decisión judicial; esta posición se opone radicalmente al formalismo conceptual para atender, de manera preferente al fin social que se pretende servir con la norma, ubicando con ello en un plano sobresaliente al juez(a), quien deja de ser “la boca que pronuncia las palabras de la ley”. Por su parte, el realismo jurídico de corte norteamericano para quien el “derecho no son las normas generales sino las decisiones concretas de los jueces”, representa una expresión que busca resaltar el proceso creativo del juez y la consecuente responsabilidad social que debe acompañar sus decisiones, propuesta que en el caso de Estados Unidos puede analizarse desde el impacto de movimientos progresistas y democráticos de las y los jueces en el campo social. No obstante, en el caso de la escuela libre (de origen alemán), las conclusiones no han sido tan afortunadas, considerando que su experiencia dio valor y sentido a aquellos viejos temores del formalismo, que fácilmente pueden revivir en sociedades pluralistas y heterogéneas, pues el activismo, siguiendo un cambiante concepto de justicia puede traducirse en un irracionalismo jurídico, tal como sucedió con la escuela del derecho libre en la Alemania Nazi (Uprimny A. R., 2014, págs. 120-122)

Durante el siglo XX, tras la identificación de varias inconsistencias en las teorías radicales sobre la interpretación y la ausencia de respuestas a múltiples cuestionamientos, surgen algunas tendencias moderadas a estos postulados, representadas principalmente, de un lado, por el *positivismo normativista* de Kelsen y Hart vs. las “tendencias tópicas y argumentativas”, defendidas por autores como Aarnio. En este contexto, Kelsen defiende el postulado según el cual “el derecho por aplicar constituye sólo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación que inevitablemente le brinda la norma superior”, campo en que se produce la decisión judicial y es en este contexto, donde el arbitrio del juez (función volitiva), haciendo uso de las opciones interpretativas de la ley, resulta definitivo. De acuerdo con Hart, “Las reglas jurídicas pueden tener un núcleo central de significado indiscutido, y en algunos casos puede ser difícil imaginar un debate acerca del significado de la regla. Sin embargo todas las reglas poseen una penumbra de incertidumbre donde el juez tiene que elegir entre alternativas” (Hart, 1961, pág. 15).

Lo anterior, para los profesores Uprimny y Rodríguez, deja en evidencia que, a criterio de ambos autores, la decisión judicial constituye una regla que se integra al sistema jurídico, siendo la actividad judicial una acción parcialmente reglada, con esto respaldan una “certeza jurídica no exegética que se funda en el problema de la validez de la decisión judicial, más que en su corrección interpretativa” (Uprimny A. R., 2014, pág. 125).

Aarnio por su parte, adiciona un elemento determinante en este sentido; propone la noción de que en la decisión judicial deben estar presentes dos elementos complementarios, esto es, además de la autoridad que acompañe tal decisión, deben incorporarse las razones – “aceptabilidad racional de las decisiones judiciales”, aspecto que se determinará a partir de la justificación de la decisión (Uprimny A. R., 2014, págs. 92-93). La certeza jurídica para Aarnio es determinante y el “decisor” tendrá a su cargo la tarea de proveerla. El autor describe la expectativa de certeza jurídica en estricto sentido, como la obligación jurídica de los tribunales u otro órgano adjudicativo de dar una respuesta cuando el ciudadano pide protección jurídica; en sentido amplio, deberá cumplir dos elementos sustanciales, esto es, las exigencias de i) evitar la arbitrariedad (concordancia con el derecho válido), y ii) que la decisión sea “correcta”, con ello, los tribunales cumplirán con un comportamiento “que les permita a los ciudadanos planificar su propia actividad sobre bases racionales”, de esta manera, “la justificación profunda de la certeza jurídica es del mismo tipo que la justificación de los conceptos

“racionalidad” y “discurso racional””. Ahora bien, de aquí nace la responsabilidad del(a) decisor(a) de justificar sus decisiones, pues, en las sociedades contemporáneas la fuerza de las decisiones ya no se soporta únicamente en la posición de autoridad de que se encuentra investido el tribunal y por ende sus fallos, dicha fuerza ahora se deriva de la responsabilidad de justificación que se entenderá entonces como *una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión*, dotando de credibilidad las decisiones, “donde descansa la confianza de los ciudadanos” (Aarnio, 1991, págs. 26-27).

Dentro del debate contemporáneo –siglo XX–, sobre la interpretación judicial del derecho, sobresalen tres tendencias, así: i) el *uso alternativo del derecho* (L. Ferrajoli), ii) el *pragmatismo jurídico* (R. Posner), y iii) *las tendencias de la decisión judicial correcta* (R. Dworkin).

En este contexto, a través del concepto de *magistratura democrática*, Ferrajoli propone el ejercicio alternativo de la función judicial, a partir de una práctica igualmente alternativa a los modelos tradicionales de conducta de los jueces, superando el “falso aislamiento” que se precisa de su función, para trasladarse “dentro de las dinámicas sociales por la vía de un compromiso político vivido”, en conexión directa con la realidad del movimiento de clase. Posner por su parte, apela a un modelo de razonamiento que denominó “razón práctica” que entiende que los jueces “crean el derecho en lugar de encontrarlo”, utilizando para ello las reglas establecidas por el legislador y las cortes anteriores, además de sus propias *preferencias éticas y políticas*. Así las cosas, un pragmatista se preguntará *cuál de las posibles decisiones va a tener mejores consecuencias?*. Finalmente, Dworkin, al ubicar al juez frente a un caso difícil, amplía su marco de discrecionalidad, advirtiendo entonces que éste “debe dirigirse a las normas constitucionales restantes, y a las prácticas tenidas por firmes según esas normas, para ver cuál de las dos teorías llega a adecuarse con menos tropiezos a la totalidad del esquema constitucional”, en este sentido, el caso no se resuelve como un elemental problema de adecuación entre una teoría y las normas de la institución, “sino como un problema de filosofía política”. (Uprimny A. R., 2014, págs. 94-98)

Así entonces, las teorías de la interpretación jurídica se enfrentan a nuevos retos y debates contemporáneos, escenario en el que entran a jugar un papel determinante, nuevos elementos que los autores categorizan en: “principios, consecuencias y protagonismo judicial”, factores

que revisten una especial trascendencia y que dan sentido a teorías contemporáneas de la interpretación y la argumentación jurídica.

No obstante lo anterior, la interpretación ha mantenido desde siempre una serie de problemas que incrementan la complejidad en el ejercicio de esta función y que se evidencia en la labor cotidiana de los jueces. El lenguaje, representa un elemento esencial en el concepto de derecho que, tal como lo afirma el profesor Sanchís, “pretende ser un sistema de comunicación entre el productor y los destinatarios de las normas”, normas que se comunican bajo la pretensión de que sean obedecidas o que produzcan los efectos para los que fueron creadas en las y los ciudadanos que se entienden como sus receptores, este propósito solo se materializará si estos ciudadanos y los/as jueces/zas encargados/as de su aplicación pueden entenderlas, finalidad que lógicamente se consigue a través del lenguaje, que bien puede explicarse como un “conjunto de símbolos que ordenados de determinada manera tienen atribuido un significado. Las palabras son símbolos para transmitir información”.

Sin embargo, en palabras del autor, no existe ninguna relación esencial entre las palabras y las cosas y es precisamente por esta situación que, las convenciones que le atribuyen significado a los símbolos a veces resultan no ser uniformes y pueden experimentar variaciones con el paso del tiempo. Agrega que los lenguajes pueden ser *naturales*, como en el caso del inglés o el español, y *formales*, como el lenguaje de la lógica y de las matemáticas; aquel lenguaje natural se caracteriza por la *ambigüedad y la vaguedad*, mientras el formal pretende ser unívoco y preciso, condición que a la vez reduce su capacidad expresiva y le imprime como requisito adicional la preparación y la pericia. Entre uno y otro, aparece el lenguaje *técnico*, entendido como aquel lenguaje natural que cuenta con algunas palabras con un significado más preciso o mejor delimitado. El Derecho, es técnico o tecnificado, situación que implica la reformulación del significado de palabras procedentes del castellano ordinario, sin embargo, no deja de ser un lenguaje natural que no puede asimilarse al lenguaje de la lógica. (Sanchís, Apuntes de Teoría del Derecho, 2014, págs. 249-250)

Ahora bien, dentro del mundo de los símbolos, cabe una distinción que los clasifica en *descriptivos o lingüísticos* (se refieren a los objetos del mundo – extralingüísticos) y, de otro lado, aquellos *lógicos o sintácticos* (tienen como función ordenar y conectar los símbolos lingüísticos)

que a su vez pueden ser *conectivas o cuantificadores*. Los problemas que pueden derivarse de los símbolos lingüísticos se conocen como *problemas semánticos o de significado*, mientras los que nacen en el de las *conectivas o cuantificadores* reciben el nombre de *sintácticos o gramaticales*. Los predicados son aquellos símbolos que designan propiedades o relaciones que deben poseer las cosas para que puedan ser denotados por la palabra correspondiente. Pues bien, en el lenguaje, los obstáculos surgen “de la indeterminación o falta de certeza acerca de los objetos denotados o de las propiedades connotadas; la ambigüedad”, como primer obstáculo, se precisa cuando una palabra presenta más de un significado que en el ámbito del Derecho puede darse en el uso de palabras procedentes del lenguaje ordinario o a partir de la utilización de palabras técnicas o tecnicadas propias del lenguaje jurídico, así por ejemplo –precisa el autor- la ambigüedad puede producirse porque existe duda de si una determinada ley emplea una expresión en su sentido común u ordinario o, si los utiliza en un sentido técnico, esta recibe el nombre de *ambigüedad semántica*; de otra parte existe además una *ambigüedad sintáctica* que se precisa sobre la estructura u ordenación de las palabras y, particularmente del uso de símbolos lingüísticos (Sanchís, Apuntes de Teoría del Derecho, 2014, págs. 250-254).

La *vaguedad* por su parte, representa otra de las dificultades del lenguaje, sin embargo, ésta no expresa dudas sobre el significado de la palabra, sino sobre su aplicación a los objetos del mundo, duda que bien podría traducirse en la pregunta “a qué cosas se refiere esta palabra?”. El derecho usa con frecuencia expresiones vagas, como por ejemplo: daño grave, notoria importancia, negligencia leve o negligencia grave, conceptos que, como afirma el autor, no pueden ser dilucidados en abstracto, pero deben alcanzar una solución correcta en el caso concreto (Sanchís, Apuntes de Teoría del Derecho, 2014, págs. 255-256).

Las anteriores consideraciones encuentran sentido si se hace referencia a una norma aislada, situación que generalmente no se presenta al momento de aplicar el Derecho, escenario en el que, el intérprete aplica con frecuencia, conjuntos normativos en el marco de un sistema jurídico determinado. En este evento las dificultades que pueden presentarse, en palabras del profesor Sanchís son: lagunas, redundancias, presuposiciones o reenvíos y antinomias. Las lagunas en el Derecho existen cuando “el sistema carece de norma aplicable y entonces hay que crearla a través de un procedimiento”, en este contexto, no se trata de atribuir significado

a una norma, sino de crearla<sup>2</sup>. Nos ubicamos frente a una redundancia, cuando “dos disposiciones dicen lo mismo y tienen al menos en apariencia el mismo significado”, el problema en este punto se centra en la confusión que puede propiciarse para el intérprete y que terminaría con la atribución de un significado diferente. Las *presuposiciones o reenvíos* se presentan cuando “la atribución de significado a una norma presupone interpretar otra norma a la cual la primera reenvía, ya de un modo explícito o implícito”, la dificultad puede nacer cuando existe duda o discusión sobre el reenvío o, cuando se remite a una norma inexistente. Para terminar, el autor define las *antinomias* como un problema de *relevancia*, considerando que se trata de “decidir cuál de las normas en conflicto debe aplicarse al caso y cuál debe quedar marginada”; cuando se trata de antinomias de segundo grado –reglas, la decisión se apoyará en las buenas razones del intérprete, en los casos de antinomias en el plano constitucional, el remedio se traduce en un juicio de ponderación. (Sanchís, 2014, págs. 258-261)

Esta preocupación también se hace evidente en Hart, para quien “la precisión del lenguaje humano, en general, y del lenguaje jurídico, en particular, es limitada”, así, las palabras que nutren la conversación cotidiana son vagas, pese a que logran significados que permiten la comunicación, sin embargo, la vaguedad o “textura abierta” del lenguaje se acentúa en el campo de las reglas jurídicas, en los términos del autor por dos razones fundamentalmente: i) las reglas jurídicas no se dirigen a personas o cosas particulares, sino a “clases de personas o cosas” y ii) éstas permanecen vigentes durante periodos largos, motivo por el cual se aplican a situaciones que no pueden ser previstas en el momento de su creación. Esta situación explica que “toda expresión lingüística tiene un núcleo duro de significado y un área de penumbra”, condición que representaría la base hacia la categorización de casos “fáciles” y casos “difíciles” que constituye un punto central para la discusión entre Dworkin y Hart (Rodríguez, 1997, págs. 33-34)

Pues bien, ante este panorama, la distinción que existe entre la interpretación que realizan las altas cortes y la ejecución de esta acción por parte de tribunales locales es significativa. No

---

<sup>2</sup> Para el autor, la existencia de una laguna no es un problema interpretativo, pues en su criterio, la constatación de una laguna es *la consecuencia y no el presupuesto de la interpretación*. Esto quiere decir que las lagunas, en realidad, *son evitadas o propiciadas por el juez mediante una interpretación extensiva (que evita la laguna) o restrictiva (que la produce)*.

obstante, en razón del tipo de normas sobre las que se desarrollan los litigios en cada caso, el camino de la interpretación en el plano de la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción contencioso administrativa se sujeta –de manera preferentes y generalizada- al estudio de la regla que el ordenamiento jurídico ha dispuesto en cada materia, proceso que encuentra como punto de partida la legislación vigente –en algunos casos abundante-, que *prima facie* podrá apoyarse en proceso de estirpe deductiva para llegar a la decisión, situación que, para el caso del derecho penal, se encuentra claramente reglada, bajo un sistema normativo que define las conductas que constituyen delito, las penas a imponer (Ley 599 de 2000) y el proceso que ha de seguirse para su juzgamiento (Ley 906 de 2000), trámite que ha de surtirse en todas las instancia, atendiendo la naturaleza del delito, y la autoridad encargada de su conocimiento. Así quedó claro en los fallos judiciales restantes que no contaban con las características definidas en los criterios de clasificación del presente estudio; la sentencia judicial en estos casos, mantuvo la siguiente estructura:

<p><b>Juzgado Primero Penal Municipal.</b>                  Sentencia de 22 de mayo de 2008.                  Delito: Lesiones personales dolosas.</p>	
<p><b>Primera premisa: Regla.</b></p>	<p>“El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes” (Art. 111 C.P.)</p>
<p><b>Segunda premisa: Proposición fáctica.</b></p>	<p>José le propinó a Nancy dos puntapiés en la pierna derecho lo que le ocasionó una incapacidad médico legal de 15 días y secuelas de carácter permanente.</p>
<p><b>Tercera premisa: Enunciado genérico de subsunción.</b></p>	<p>El hecho investigado tiene relevancia penal por encontrarse tipificado como delito en el Código Penal y es antijurídico formalmente al vulnerar el principio constitucional que impone el respeto a la vida y a la integridad de las demás personas.</p>
<p><b>Cuarta premisa: Enunciado individual de subsunción</b> –</p>	<p>“La materialidad del punible se encuentra plenamente establecida, máxime cuando la conducta del enjuiciado encaja de manera perfecta en la</p>

<b>interpretación en concreto.</b>	descripción del artículo 111 del C.P. Si los hechos son típicos, incuestionablemente estamos ante la vulneración del bien jurídico tutelado, esto es la integridad personal de la señora Nancy, siendo una conducta antijurídica tanto de manera formal por incumplir el mandato de los artículos 11 y 12 de la C.P., y claro, el art. 111 del C.P., como materialmente puesto que a la afectada se la disminuyó en su salud por 15 días y definitivamente por el resto de sus días se alteró la simetría natural de su cuerpo de manera negativa. Más aún, la conducta aparece antijurídica puesto que no está amparada por ninguna causal de ausencia de responsabilidad.”
<b>Conclusión: Precepto singular y concreto.</b>	El Juzgado primero Penal Municipal de Pasto, resuelve:  Condenar al señor José al encontrarlo autor responsable de la comisión del delito de <i>lesiones personales</i> de carácter doloso cometido en las circunstancias de modo, tiempo y lugar ya analizadas, perpetrado en la humanidad de Nancy.

Essquema de análisis tomado de (Guastini R. , 2014, págs. 253-256)

En estos eventos, el proceso de interpretación, bien puede acoplarse a las características del silogismo, para obtener su conclusión (decisión), considerando que los hechos se enmarcan en los presupuestos contemplados por la norma, situación que se replica en las instancias de cierre de cada jurisdicción, -especialmente en la ordinaria-. Lo anterior quiere decir que estas decisiones se centran en normas con un “núcleo central de significado indiscutido” que, pese a que puede exigir grados diferentes de justificación, parten del conocimiento de una consecuencia clara frente al caso.

No obstante, las sentencias de la jurisdicción constitucional, en materia de interpretación si refiere grandes diferencias respecto de los demás fallos. Para empezar, la amplitud y abstracción de las normas aplicables al caso, dotadas de un fuerte componente axiológico, las características particulares de los casos que llegan a su conocimiento, el tipo de acciones judiciales que resuelven, la connotación política de las decisiones que innegablemente se muestra exacerbada en este estadio y el alcance e implicaciones de sus fallos bajo la fuerza del sistema de precedentes y el concepto de igualdad, entre otros importantes aspectos ya analizados, nos ofrecen el escenario perfecto para advertir cómo el derecho creado en el seno de esta corporación, ubicada en el centro del país, dotado plenamente de un componente garantista, con implicaciones incluso en el plano internacional, va restando su fuerza, a medida que se traslada hasta la periferia.

Sanchís, citando a Carrasco (Sanchís, Apuntes de Teoría del Derecho, 2014, pág. 178), afirma que el método que caracteriza la interpretación constitucional se sitúa en medio de la *deducción estricta* que encuentra sentido en la justicia ordinaria y el *juicio de optimización política*, de esta manera, la interpretación que hiciera el tribunal no se encuentra satisfecha con un proceso de subsunción, pues, aquello que es sometido a su juicio no puede ser fácilmente equiparado a un supuesto de hecho y, el parámetro de juicio debe necesariamente ponderar *principios y reglas*, pero de manera concurrente, el tribunal está llamado a “autocontenerse”, para mediar la garantía de los derechos y mandatos constitucionales, manteniendo –en una medida razonable- el margen de apreciación del órgano legislativo, en esto consiste el difícil papel de guardián de la Constitución.

Estas consideraciones favorecen, en los términos del autor (Sanchís, 1991), la categoría de una “interpretación creativa”, entendida no como una interpretación *libre*, pues en todo momento se verá condicionada con los parámetros del ordenamiento jurídico en cabeza de la Constitución Política, sino como un modelo de interpretación que precisa suficiente racionalidad, dadas las características particulares de las normas objeto de aplicación y en razón de la autoridad y posición institucional del intérprete, condición que motiva un proceso argumentativo abierto a las consideraciones valorativas y finalistas, situación que resta todo valor a aquella pretensión de que la decisión judicial sea el resultado de un proceso

eminentemente lógico, apartado de toda noción de voluntad y que en su lugar respalda la idea de una decisión totalmente consecuente con la realidad de la sociedad en que se emite.

Ferrajoli (Ferrajoli, 1973, págs. 197-199) apoya este criterio, advirtiendo que la evolución del derecho ha puesto definitivamente en duda la actividad técnica del juez, que despojaba la intervención de otros factores como la política en el proceso hacia la decisión judicial; se asumía entonces la *apoliticidad* como un sinónimo y condición de imparcialidad e independencia del juez que a su vez lo aislaba de la sociedad civil, permeada por intereses particulares y formas disímiles de integración al sistema estatal. No obstante, la actividad judicial presenta por el contrario “una ineliminable dimensión política en virtud de las inevitables opciones valorativas que necesariamente intervienen en toda decisión jurisdiccional”. Agrega el autor que el debate se centra entre quienes “entienden que la función judicial es, porque no puede evitarlo, política y quien postula que debe ser apolítica”, y que la razón de sustentar la negativa ante la apoliticidad se centra en los dogmas positivistas de completitud y coherencia del ordenamiento jurídico.

Ese momento político de que habla Ferrajoli, junto a la autoridad de que se encuentra investida la Corte Constitucional por mandato de la Carta Política y la crisis de legitimidad que en temas puntuales refiere el poder legislativo y el ejecutivo, sumado a otros aspectos determinantes como los efectos del conflicto, han fortalecido en el caso colombiano el papel de este Tribunal y el impacto de sus decisiones, esta situación explica el efecto simbólico de fallos como la sentencia C -355 de 2006 o las implicaciones de la Sentencia T – 967 de 2014, destacando en este punto los efectos *erga omnes* que respaldan la primera decisión y los efectos *inter partes* que, en principio sustentan el segundo caso, escenario que tras su expedición entrará a fortalecerse con la fuerza del precedente y podrá extenderse bajo la aplicación del principio de igualdad a casos similares. No está de más en este punto reiterar, el efecto *inter pares o inter comunis* con que cuentan algunas sentencias emitidas por esta Corte, bajo el cumplimiento de parámetros específicos, en cada caso.

Por su parte, los fallos regionales analizados, en sentido estricto, refieren los efectos de una sentencia *inter partes*, que si bien, replica en algunos casos, las tendencias y orden argumentativo de los fallos de las altas Cortes, por razones que saltan a la vista, revisten un

carácter limitado que se agota entre los extremos del litigio, sin lograr un eco mayor, pese a consolidarse en algunos casos como fallos innovadores y garantistas. Frente a las decisiones de casación, de que conoce la instancia de cierre en la jurisdicción ordinaria, pese a que sus fallos cuentan igualmente con efectos inter partes, los alcances de sus sentencias indudablemente cuentan con un respaldo institucional que aventaja, fuera de un rango de comparación, los efectos de las sentencias locales, es así, como fallos emitidos por la Corte Suprema, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, además de alcanzar un reconocimiento nacional, logran incluso traspasar las fronteras, con incidencias en la región sur del continente o en países principalmente adscritos al modelo romano germánico que nos gobierna, prueba de ello es la referencia que en múltiples ocasiones ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias, a los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana en materia de protección y garantía de derechos, como en el caso de la consulta previa para comunidades indígenas.

Otra de las grandes diferencias entre los fallos analizados, la constituye la facultad de selección que le asiste por ejemplo a la Corte Constitucional frente a las acciones de tutela de que tendrá conocimiento. Si bien esta facultad se encuentra justificada ante el volumen de requerimientos de tutela que inundan los despachos judiciales y se encuentra – ahora más que nunca- reglada, esta facultad modifica notablemente el escenario hacia la interpretación y fallo de los asuntos en el seno de la Corte, en comparación con la tarea cumplida al interior de los tribunales regionales que conocerán la totalidad de casos sometidos a su conocimiento, en virtud de su competencia o aquellos que se inicien en ejercicio de la segunda instancia. En los casos de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, al constituirse en instancias de cierre de su correspondiente jurisdicción, el sistema de valoración de aquellos casos de que conocerán incluye el cumplimiento de una serie de requisitos que definen su procedencia y que se encuentran relacionados con posibles afectaciones al debido proceso que hayan podido configurarse en el trámite surtido en las instancias inferiores. Ferreres (2004, pág. 10), al hablar de esta facultad, refiriéndose al *writ of certiorary* que opera en el modelo norteamericano, destaca una característica fundamental de este propósito y es la jurisdicción compartida que se predica del tribunal de cierre respecto de los jueces ordinarios, de esta manera, la inadmisión de un recurso frente a un caso particular que no cumpla con las condiciones legalmente definidas no

implica la negación de tutela judicial, pues se presume que el caso fue examinado con plenitud por los tribunales ordinarios.

En este contexto, las implicaciones del precedente, adquieren un notable valor como fuente del derecho que es. Aarnio, después de definir una fuente del derecho como esa “razón que – de acuerdo con las reglas generalmente aceptadas en la comunidad jurídica- puede ser usada como base justificatoria de la interpretación”, advierte que las decisiones de los tribunales pueden adquirir tal condición cuando cuenten con algún tipo de relevancia para la jurisdicción posterior, situación que materializaría la teoría del precedente. En palabras del autor, la fuerza obligatoria del precedente puede ser de dos tipos: *legal (de jure)* o *fáctica (de facto)*, en el primer caso, la observancia del precedente está legalmente sancionada, en el segundo evento, la fuerza obligatoria fáctica de un precedente, tiene solo el carácter de una directriz. Ahora bien, un precedente es *horizontalmente* vinculante, si vincula –*de jure o de facto-* la *jurisprudencia posterior del mismo cuerpo jurisdiccional* y, será vinculante de manera *vertical* cuando las decisiones emitidas por un tribunal superior tienen efecto (de jure o e facto) en la jurisdicción de los tribunales interiores. En todo caso, la fuerza vinculante de un precedente depende del *peso de los argumentos* presentados para la decisión (Aarnio, 1991, págs. 126-127).

Para el autor también resulta de suma importancia la distinción que necesariamente se configura entre las decisiones de los *tribunales supremos*, instancia a la que son canalizados principalmente los casos que tienen relevancia general para la aplicación del derecho y donde generalmente, la legislación excluye un gran número de asuntos para los que la decisión del tribunal inferior se vuelve final; las decisiones del *nivel judicial intermedio*, que revisten especial relevancia, especialmente cuando los casos fallados en esta instancia no pueden apelarse desde estas cortes al nivel supremo, con sustento principalmente en prohibiciones de carácter legislativo y, finalmente, resalta la *praxis de los tribunales inferiores*, instancia que puede revestir algún tipo de relevancia como precedente, o al menos, relevancia como justificación de una decisión, evento que aplica cuando el asunto es tratado únicamente a nivel de un tribunal inferior (Aarnio, 1991, págs. 130-131)

Dentro de los casos analizados, es recurrente la remisión que se realiza a fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal, principalmente para advertir el alcance que esta

Corporación ha otorgado a figuras como la *ira e intenso dolor*, que define el artículo 57 del Código Penal dentro de los criterios para la determinación de la punibilidad, en la mayoría de los casos, tal referencia se realiza por parte de un Juzgado del Circuito.

En igual sentido, en una oportunidad, uno de los juzgados penales del circuito, hace referencia a los términos de la decisión emitida por el Sala Penal del Tribunal, es decir el superior jerárquico (fuerza vinculante de carácter vertical), para respaldar, a partir de sus argumentos, la validez que éste otorgara frente a los términos del preacuerdo suscrito entre el acusado y la Fiscalía. No obstante, en ninguno de los fallos analizados, existe referencia expresa a precedentes de la Corte Constitucional, incluso, uno de los fallos ejemplarizantes apela directamente a instrumentos de carácter internaciones, más se sustrae de la remisión que pudiera hacerse frente a fallos de este Tribunal.

Los aspectos desarrollados en este análisis, describen puntualmente cómo el derecho y sus efectos asumen matices diferentes cuando viajan de un espacio a otro. El estudio de esas transformaciones desde el centro a la periferia representan un buen inicio para interpretar este fenómeno, pese a ello, en materia normativa y, en mayor medida cuando hablamos de derechos humanos en perspectiva de género, las implicaciones asumen un mayor nivel que vale la pena ser abordado.

La concepción de un modelo globalizado invade sin remedio todas las esferas, sin distinción de territorio, régimen político, modelo económico o cultural. Es así como todas las latitudes han sido influenciadas por las corrientes que circulan desde el norte y el sur, desde oriente y occidente. El derecho, como sistema de regulación de las sociedades se encuentra especialmente influenciado por estas transformaciones, condición que ha obligado la deconstrucción de ese modelo tradicional para abrir el espacio hacia la aplicación de formas híbridas en el proceso de adjudicación del derecho en el propósito de lograr la materialización de la justicia, especialmente en materia de derechos humanos, constituidos fundamentalmente por normas de naturaleza interna y por instrumentos internacionales que persiguen el reconocimiento y protección de las garantías humanas en todo momento y lugar.

Tanto las bondades como los riesgos de esta nueva condición deben ser observados desde diferentes ángulos y atendiendo las perspectivas de las partes involucradas. Sin embargo es posible asociar sus bondades en el amplio marco de protección a los derechos humanos que en virtud de este sistema se ha construido, que bien ha sido el resultado de la contención que la humanidad debió configurar para evitar actos de agresión desmedida en su contra, pero que además ha propiciado espacios de acercamiento entre las naciones y la idea de un trabajo conjunto en la lucha por alcanzar la paz, el progreso y la protección de un mínimo de derechos inviolable que no advierta distinción de ningún tipo.

Esta situación ha favorecido que muchos estados que permanecían en el anonimato, desprovistos del alcance de cualquier forma de cooperación y participación, ahora encuentren asiento en escenarios mundiales con la capacidad de atender sus problemáticas y buscar estrategias de solución. Las y los ciudadanos receptores de estas medidas, han observado también cómo estos recursos fortalecen la capacidad de respuesta de los Estados y las herramientas para efectivizar sus derechos, condición que obedece fundamentalmente a *i)* la fuerza vinculante que despliega la ratificación de los tratados y demás instrumentos de naturaleza internacional, dentro del amplio ámbito de protección de derechos y, *ii)* los compromisos internacionalmente adquiridos que enmarcan, con una suerte de garantía, la imagen de los estados en todo el hemisferio, condición que políticamente representa una notable fuerza basada en el sistema de relaciones con las implicaciones que mundialmente se despenden de ellas.

La evolución de las cartas de derechos de los estados, convertidas en estatutos con mayor sofisticación, representa también un avance significativo en este proceso. La intención de acoger en los ordenamientos internos los mandatos y estándares del sistema universal de protección de derechos humanos, eleva su nivel de garantía y la configuración de procedimientos más expeditos para hacerlos efectivos. Así, ya no resulta suficiente la mera incorporación o denominación de los derechos, sino que éstos deben entenderse respaldados con mecanismos que aseguren su efectivización. En este proceso, la diversidad y la multiculturalidad de las naciones cobra especial importancia, tal como sucede en el caso latinoamericano, así como también el surgimiento de mecanismos novedosos, adaptados a las necesidades y capacidad de cada región.

No obstante lo anterior, los riesgos y temores frente a los impactos de este sistema son igualmente fuertes. La amenaza de una neocolonización que avasalle y destruya los sistemas locales, desconociendo con esto su identidad, sus costumbres, sus tradiciones y, en general, su esencia, imponiendo en su lugar los elementos y condiciones de un modelo universal, que generalmente apela a la estandarización y que no cuenta con el tiempo suficiente para identificar las particularidades de cada lugar o región que forma parte de su gran estructura.

Este contexto enfrenta lo local a un mundo globalizado, traduciéndose en una lucha que no puede analizarse únicamente de manera amplificada desde el centro hacia la periferia y con resultados generalizados, pues al contrario, precisa un estudio particular, que igualmente encuentra limitada su posibilidad de realización.

Sally Engle Merry plantea un estudio en este sentido, analizando el impacto del sistema de derechos humanos y las violencias de género, su teoría constituye un importante aporte para entender cómo viaja el derecho hasta las regiones, más aún en el marco de un discurso de género y derechos humanos, veamos:

Esta antropóloga norteamericana parte de entender que, en el marco de este sistema universal de reconocimiento y protección de derechos humanos, la noción de efectividad solo se alcanzará si este fenómeno se traduce a *lenguajes locales “lenguaje vernáculo”* y logra situarse en *contextos locales de poder y significado*. De esta manera, la autora nos ofrece importantes herramientas para entender cómo funciona ese proceso de circulación transnacional de ideas desde la esfera global hasta los espacios locales, cómo se complementan –si esto es posible- esos procesos verticales de imposición de normas “desde arriba” con los mecanismos locales que intentan moldear dichas normas “desde abajo” y cuán necesaria es la readecuación de un modelo que estudie este fenómeno, entendiendo que las culturas son plurales y dinámicas y que deben ser observadas en diferentes escalas desde la más mínima hasta aquella de espectro universal (Merry, 2010, págs. 11-21)

En palabras de la autora, si la búsqueda se orienta a lograr el impacto de la noción de derechos humanos, es preciso que éstos formen *parte habitual de la conciencia de las personas comunes de todo el mundo*, de esta manera, el poder atribuido al derecho para configurar las sociedades, no debe depender únicamente del castigo, sino también debe apelar a la incorporación que de éste se

haga en las prácticas sociales cotidianas, siendo el sustento de las normas que los individuos recuerdan y tienen presente cuando actúan (Merry, 2010, pág. 24).

Ahora bien, en ese movimiento internacional por la defensa de los derechos humanos, en el que ocupa un lugar especial el compromiso por el reconocimiento de los derechos de las mujeres, existe una gran distinción entre aquellos “reformadores de los derechos humanos globales”, adscritos a una corriente jurídica eminentemente transnacional que adelantan sus discusiones sobre garantías humanas a escala global, que están llamados a consolidar estándares aplicables a todas las sociedades para obtener legitimidad, y aquellos *agentes locales*, para quienes este impulso transnacional ofrece una herramienta de suma importancia como medio de empoderamiento y defensa, pero quienes se enfrentan a situaciones locales y particulares, muchas veces imperceptibles en un panorama globalizado, se trata de una “tensión inevitable entre los principios generales y las situaciones particulares” (Merry, 2010, págs. 21-24)

En medio de esta tensión, la autora identifica a los *intermediarios*, personas o grupos como las ONG y los activistas de los movimientos sociales, encargados de tomar esas historias locales y traducirlas al lenguaje de los derechos humanos internacionales, situación que forma parte de un ciclo claramente permeado por un alto contenido político que se sustenta en un “lenguaje legitimado por un consenso global sobre determinados estándares”. Pese a ello, esta tendencia refiere un riesgo inminente, pues estas ideas sobre los derechos humanos pueden llegar a cercenar, desplazar o invalidar visiones alternativas de la justicia social que guardan la fuerza de muchos años de tradición y responden verdaderamente a las particularidades de cada región (Merry, 2010, pág. 25).

No obstante lo anterior, este sistema puede encontrarse también con el efecto inverso, esto es, la existencia de dificultades en el proceso de adaptación del discurso generalizado de los derechos humanos a nivel local. Para la autora, esta situación evidencia la dinámica de distribución desigual del poder y de los recursos “que determina cómo las ideas de desarrollo en entornos globales se escogen o rechazan después en los espacios locales”, situación que probablemente obedece a las siguientes razones: i) El discurso de los derechos humanos persigue como finalidad el establecimiento de estándares internacionales respaldados por la

racionalidad jurídica, condición que en muchos casos representa un obstáculo para la adaptación de estos modelos de tendencia universal a sistemas locales, ii) El lenguaje en que se expresan los derechos humanos, busca por antonomasia la contención de formas de poder que puedan afectar garantías universalmente reconocidas, circunstancia que puede afectar el entendimiento, comprensión y afiliación a estos postulados por parte de poblaciones locales al no estar definidos en un lenguaje familiar para éstos, iii) Como en el caso anterior, además del lenguaje, los valores y las imágenes descritas en forma local limitará o impedirá el respaldo financiero y político que requiere el sistema universal de protección de derechos humanos para ser aceptado y legitimado., iv) La falta de efectividad y conciencia frente a la existencia de derechos y la forma de hacerlos efectivo, fragmenta la materialización de ese discurso universal en ámbitos locales, y v) La soberanía de los Estados puede verse afectada o respaldada con ese sistema universal de protección a los derechos humanos, así las cosas, dependiendo de cada nación, éste podrá ser visto como un riesgo o una garantía (Merry, 2010, págs. 26-28).

De acuerdo con la autora, esa división – a veces tajante- entre lo global y lo local, suele explicarse en la dicotomía entre *derechos y cultura (o civilización y cultura)*, en este sentido, aquellos que se resisten a los cambios propuestos por el discurso de los derechos humanos, centran sus argumentos en la defensa de la cultura, concepto del que a su vez emerge un nuevo debate, definido entre *universalismo y relativismo cultural* que enfrenta el propósito de mantener “los estándares globales de justicia social y respetar las prácticas culturales locales”, así, mientras los relativistas defienden la tolerancia con la diferencia cultural, los universalistas apelan por la estandarización de sus principios en todos los espacios (Merry, 2010, págs. 29-33).

La cultura entonces asume un papel preponderante en este estudio y puede ser vista –en palabras de la autora- como “creencias, valores, prácticas, hábitos y formas de hacer las cosas que se piensan, producto del sentido común, incluye los acuerdos institucionales, las estructuras políticas y las normas jurídicas”. Este concepto podría ser interpretado desde varias perspectivas, principalmente definidas en tres contextos i) la cultura como tradición, concepto que lleva implícita la idea de *evolución*; desde esta perspectiva la cultura se relaciona frecuentemente con países pobres del Sur Global, específicamente de áreas aisladas y enfrenta

la modernidad con un estado salvaje, ubicando a la civilización en el primer escenario y a la cultura en el segundo; ii) la cultura como esencia e identidad nacional; iii) la cultura como espacio conflictivo, asociado a legitimación de posiciones de poder y autoridad, condición que resulta definitiva a la hora de promover o frenar cambios sociales. No obstante, la autora resalta que el sistema de los derechos humanos es ante todo un sistema cultural, de esta manera su impacto, en razón de la falta de mecanismos forzosos para exigir el cumplimiento de las naciones, queda sujeto a la persuasión de las poblaciones donde pretende ser aplicado, sin que existan herramientas represivas que aseguren su estricta observancia (Merry, 2010, págs. 36-46)

Las innumerables facetas culturales que el mundo puede experimentar genera un problema de representación para la cultura a nivel global, así su defensa en los escenarios internacionales queda supeditada al nivel de representación que las naciones puedan proveer y el compromiso que las delegaciones de cada una de ellas pretenda asumir en dichas instancias. Ante ello, la autora destaca la presencia de tres clase de “flujos culturales globales que tienen lugar entre los espacios globales y locales y en el interior de cada uno de ellos”, que resultan definitivos en los procesos de producción global y en la apropiación local de los derechos humanos: i) *la formación de consensos transnacionales*, contenidos principalmente en documentos y resoluciones legitimados mediante un acuerdo común entre naciones; ii) *los trasplantes de programas transnacionales*, referidos fundamentalmente a la réplica de innovaciones, programas, servicios o buenas prácticas desarrolladas en otras latitudes y que son implementadas en las naciones interesadas gracias a su participación en espacios de conexión que permiten e intercambio de dichos proyectos, iii) “la transformación local del conocimiento transnacional por sujetos nacionales y locales que participan en eventos transnacionales y luego llevan a sus países lo que allí aprenden”, condición que refleja en buena medida una traducción de lo global a lo local.

Pues bien, para dar vida a su teoría, Sally Engle Merry se apropió del fenómeno de la violencia contra la mujer como un escenario que permite explicar la influencia del sistema internacional de derechos humanos desde un viaje de lo global a lo local. Las agresiones contra las mujeres en el mundo –explica la autora-, empezaron a atraer especial atención después de la década de los ochenta; la mutilación genital, la violación, los asesinatos, las formas de violencia ejercidas

en el marco del conflicto y en la vida cotidiana, entre otros, son factores que encendieron las alarmas a nivel internacional, lo que permitió su reconocimiento como afectaciones a los derechos humanos y exigió la adopción de una plataforma de protección en su favor. Desde entonces, el sistema internacional se ha nutrido de instrumentos normativos claramente dirigidos al reconocimiento de los derechos de las mujeres, como seres humanos que son, y la consolidación de herramientas jurídicas para su defensa en todo tiempo y lugar.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) abrió el paso a múltiples instrumentos que ratifican este propósito y que en la actualidad encuentran vigencia en la mayoría de naciones de la esfera terrestre. No obstante lo anterior, es una realidad que esta forma de violencia de género se encuentra estrechamente relacionada con la cultura, así, son las comprensiones culturales sobre la sexualidad, sobre el matrimonio, sobre la responsabilidad de las y los hijos y sobre el rol de la mujer, las que definen y justifican las agresiones en su contra, un fenómeno que para muchos Estados suena desconocido y que, en este sentido se naturaliza, condición que permite concluir que “la reducción de la violencia contra la mujer requiere una transformación cultural” (Merry, 2010, págs. 54-61)

En muchos países, regiones y localidades existen prácticas tradicionales discriminatorias, muchas de ellas que implican agresiones físicas o psicológicas contra las mujeres, tales como la inmolación de las viudas, la selección prenatal del sexo del niño, el matrimonio infantil, el matrimonio acordado o forzado, la poligamia, la exclusión o el luto con velos y la ablación genital femenina, entre otros, tradiciones que se oponen en todo a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos, pero que encuentran plena vigencia en algunas sociedades como prácticas naturalizadas que, en ciertos casos incluso dignifican a las mujeres o sus familias. Qué tiene para decir entonces en estos casos los reformadores trasnacionales que apelan a un sistema estandarizado de protección, pero que desconoce completamente este tipo de situaciones? Para explicar esta realidad, Sally Engle propone como metodología, lo que ella denomina un “estudio etnográfico de los movimientos globales procedimiento que consiste fundamentalmente en estudiar los fenómenos y situarlos en un lugar concreto, rastrear los flujos de información que constituyen los discursos globales y

marcar los puntos en los cuales se cruzan los discursos antagonistas en un espacio compuesto por una multitud de vínculos entre las concepciones y las instituciones globales y locales” (Merry, 2010, págs. 65-68). Este propósito y la metodología aplicada le permitió hacer un estudio situado en cuatro lugares diversos: Beijing, Hong Kong, Fiyi y Delhi, principalmente con el ánimo de comparar cómo cada lugar materializaba las ideas sobre derechos humanos puntualmente frente al tema de violencia contra la mujer.

Una práctica ancestral en Fiyi, denominada *Bulubulu*, resulta una buena caracterización de las tensiones presentadas por la autora entre lo global y lo local. El *Bulubulu* consiste fundamentalmente en la disculpa presentada por una persona que cometió un delito, ofreciendo para ello el diente de una ballena (tabua) y un regalo, adicionalmente a este acto, el agresor pide se le perdone; en este contexto, sobre la víctima recae cierta presión para que acepte la disculpa. Esta práctica, sometida a escrutinio únicamente en casos de violación denunciados ante los tribunales, fue presentada en el año 2002 en el marco de las audiencias de la CEDAW, dicha presentación tuvo la oportunidad de exponerse en una intervención muy reducida, condición que impidió demostrar la importancia y trascendencia de esta práctica en los pueblos de Fiyi y su significativo papel en el proceso de consolidación de los vínculos del clan y en la resolución de conflictos –como una forma de justicia social alternativa-. La denuncia que se hiciera respecto de esta práctica se centraba en advertir la gran afectación que ésta causaba a las mujeres, fundamentalmente en casos de agresión sexual, considerando las sanciones irrisorias que eran impuestas a los agresores, el mínimo valor otorgado a este tipo de delitos, la posibilidad de convertirse fácilmente en conductas conciliables, la presión ejercida contra la víctima hasta lograr su desistimiento, la opción de que fuera el padre de la víctima quien aceptara en su nombre las disculpas o la calificación que en algunos casos merecía el delito como una herramienta de “disciplina familiar”. Más allá de la gravedad que pueda reflejar esta práctica y sus efectos, la denuncia de las mujeres representantes de Fiyi se centraba en la utilización de esta costumbre como un mecanismo para debilitar el procedimiento penal y evitar sanciones penales en los casos que ya cursaban ante los tribunales de conocimiento. Desafortunadamente, esta explicación no pudo darse, pues el Comité creado por la CEDAW debía atender las múltiples demandas provenientes de ocho países en tan solo dos semanas (Merry, 2010, págs. 203-211)

Ahora bien, esta práctica, que en un escenario internacional fue denunciada como una práctica discriminatoria, en los pueblos y las aldeas es vista como una ceremonia formal de disculpa (“soro”) que representa por esencia un acto de reconciliación, así “*el regalo salva la distancia creada por el ilícito, al mismo tiempo que reconoce la naturaleza pecaminosa y la posibilidad de arrepentimiento*” (Merry, 2010, págs. 211-216). De esta manera, reconociendo la naturaleza e implicaciones de esta práctica, es claro que las denuncias no se orientaban a lograr su desaparición como tradición y elemento esencial de la cultura, su propósito se centraba en cuestionar su utilización como herramienta para eludir las sanciones propias de un delito como el de violación. Como era predecible, el Comité clasificó esta representación dentro de las *prácticas tradicionales perjudiciales*, condenando el uso del *buruburu* por sus efectos negativos en los derechos de las mujeres, situación que obedece i) a la opinión generalizada de las élites de derechos humanos que los predispone a asociar este tipo de costumbres con problemas, y ii) a la intención de aplicar la racionalidad legal de manera generalizada y universalista (Merry, 2010, págs. 228-230).

Lo anterior deja en evidencia –en palabras de la autora- cómo los actores transnacionales y las élites nacionales se han apropiado del “marco de los derechos humanos y los traducen para que se ajusten a situaciones específicas”. Sally Engle puntualiza el concepto de trasplantes definiéndolos como aquellos programas o modelos adaptados de un contexto local a otro, sin modificar su naturaleza global, un ejemplo de ello son los modelos de centros de acogida para mujeres o las líneas de asistencia telefónica, “los programas se piensan a la medida de los contextos locales, pero llegan mediante la vía de la circulación global de ideas”; una vez activado ese mecanismo de trasplante de instituciones y programas, deviene la *apropiación* y la *traducción*. La apropiación puede ser entendida como la acción de tomar esas herramientas innovadoras de un lugar y replicarlas en otro –de ahí su componente transnacional-, la traducción por su parte implica el ajuste de la teoría y la estructura de esas innovaciones a los escenarios locales, ésta última (traducción) debe ser analizada en tres dimensiones: i) el proceso de “enmarcar las ideas” a partir de concepciones y narrativas culturales locales específicas; ii) la tarea de “adaptar el programa apropiado a las condiciones estructurales en las que debe desarrollarse”; y iii) la necesidad de aguardar el proceso de traducción de las ideas que motiva la redefinición de las poblaciones (Merry, 2010, págs. 235-241).

En el ámbito de la violencia contra la mujer, la autora identifica dos enfoques para traducir los derechos humanos y *vestirlos de un ropaje familiar*: i) un enfoque de servicios sociales, orientados a garantizar apoyo a las víctimas (acogida, consejería y ayuda) y procesos de reeducación para los victimarios, y ii) un enfoque de defensa de los derechos de las mujeres que precisa la intervención de grupos de abogados y élites políticas (Merry, 2010, pág. 241)

Dentro de los hallazgos de la investigación a partir de una etnografía desterritorializada, la autora identificó cuatro iniciativas para responder y prevenir la violencia contra las mujeres, prácticas que han sido trasplantadas globalmente en los cinco países, así: i) la criminalización, que implica la incorporación de leyes, el fortalecimiento de la policía a través de programas de educación para el arresto de infractores, la motivación a la Fiscalía para el perfeccionamiento de la etapa de investigación y un efectivo juicio y la formación de jueces y juezas en asuntos de género; ii) la provisión de servicios sociales, iii) los programas de educación pública que incluye campañas en medios masivos de comunicación, desarrollo curricular en las escuelas, formación en género y promoción de los derechos de las mujeres en eventos públicos y movilizaciones y iv) la investigación mediante encuestas, mecanismo que aporta en el proceso de documentación del fenómeno de la violencia contra las mujeres y la consecuente adopción de medidas para enfrentarlo (Merry, 2010, págs. 243-275) En este punto, cabe resaltar el importante proceso que cumplen los derechos humanos para moldear la política en materia de equidad de género en cada nación donde encuentran eco. En primer lugar, las disposiciones contenidas en convenciones y tratados, se incorpora a los ordenamientos jurídicos locales a través de su legislación, de las referencias que de ellos se realice y en las decisiones judiciales; en segundo lugar, este sistema motiva el empoderamiento y, con ello, el incremento de reclamos de mujeres exigiendo la defensa y protección de sus derechos, como tercer elemento se destacan los mecanismos de educación y formación para jueces y operadores judiciales y, finalmente, juega un papel determinante la dinámica en que se desarrolla el sistema internacional de protección de los derechos humanos, el cual deriva en procesos de seguimiento constantes desde las organizaciones internacionales, a través de informes periódicos, intervenciones in situ, asambleas globales y la consolidación de una gran comunidad universal que facilita los flujos de información (Merry, 2010, pág. 286).

Finalmente, cuando la autora analizó el efecto de los derechos humanos en la conciencia jurídica local determinó que: i) la disposición de las personas para adoptar un marco de derechos internacional se encuentra ligado de manera proporcional a la forma en que las instituciones respondan o hayan dado respuesta a la reivindicación de sus derechos, condición de la cual se deriva el efecto del empoderamiento en las mujeres, principalmente en aquellas que han sido objeto de agresiones; ii) el movimiento de derechos humanos estará inevitablemente integrado por grupos con diferentes niveles de compromiso, sin embargo, es evidente que, cuando las personas de base usan el marco de derechos, se apropian más fácilmente de él, esta situación no altera la realidad de los proceso de traducción, que seguirán transcribiéndose “hacia abajo”; iii) los derechos que se traducen al lenguaje vernáculo no se transforman, permanecen inalterados.; iv) una historia individual –generalmente escrita en el marco de una agresión- cobra valor político cuando se liga a un principio más amplio, situación que se aplica a las historias locales que insertan sus intereses en propósitos con implicaciones internacionales y, v) el escenario de lucha y de riesgo que implica el sistema de derechos humanos, inició con un proceso de empoderamiento configurado desde el orden global que se traslada paulatinamente a lo local, sus receptores y receptoras se enfrentan a esta nueva experiencia con el riesgo de volver y preferir sus sistemas tradicionales, espacio donde está llamada a operar la acción de los traductores (activistas y defensores/as) con el objetivo de borrar la distancia entre los principios de los derechos y los principios de la pertenencia al clan, panorama que explica muy bien la tensión que siempre vigente entre lo global y lo local (Merry, 2010, págs. 367-370)

El trabajo de la antropóloga Sally Engle representa para este estudio un significativo aporte en orden a valorar las características presentes en los fallos locales analizados, principalmente en cuanto a la influencia del contexto regional en que se encuentran enmarcados.

Es claro para el análisis que el reconocimiento de los derechos de las mujeres responde a un importante proceso evolutivo; los ideales feministas han representado una batalla un tanto silenciosa -si se toma como referencia otras formas de reivindicación que se desarrollaron en contextos violentos- pero que ha logrado cuestionar bases sólidas del poder y del derecho, como herramienta para advertir el manto de desigualdad que cubre el sistema y la necesidad

inmediata de repararlo. La plataforma de protección dispuesta desde el orden internacional para el reconocimiento y defensa de los derechos de las mujeres refleja, en buena medida, uno de estos logros, herramientas que, como se vio han sido recogidas y materializadas por las Altas Cortes en sus sentencias, promoviendo con ello un impulso importante hacia la idea de igualdad y no discriminación desde el poder judicial. Pero estos postulados encuentran eco en regiones ubicadas en la periferia?

El Distrito Judicial de Pasto, como se indicó constituye una región con un fuerte arraigo en sus costumbres y tradiciones, su economía es agrícola por excelencia, situación que amplifica la población que reside en áreas rurales, es religiosa por excelencia y hasta sus poetas dan cuenta del papel de sus mujeres como dueñas del hogar y el de los hombres como labradores y proveedores. Pese al crecimiento que refiere esta zona en materia de desarrollo, que puede ser observado en la industria, el comercio, la educación y el urbanismo –principalmente-, su población sigue atada a esos imaginarios ancestrales, condición que no ha impedido la transformación paulatina de algunos sectores hacia la consolidación de espacios de igualdad, así las cosas, muchas son ya las mujeres empresarias, dirigentes, políticas o administradoras. Estos avances responden principalmente a una dinámica de empoderamiento que ha llegado con aparente reserva pero que ha logrado consolidarse en grupos de todos los sectores, empoderamiento que bien puede obedecer a los siguientes factores:

- i) el papel de los movimientos sociales que en la última década han pasado del anonimato a ser fuentes promotoras de cambio, cuya labor se concentra en múltiples direcciones, iniciando por la divulgación de contenidos amigables que informan sobre la existencia de derechos y la titularidad que sobre ellos se posee sin mayor condición que la de existir, pasando por la promoción de procesos de capacitación en grupos sociales de base para finalmente consolidar su acción en iniciativas jurídicas hacia la defensa de los derechos de las mujeres víctimas;
- ii) el compromiso de las administraciones locales con la consolidación de políticas de género y, en general, con la agenda de derechos humanos, tanto desde el nivel departamental (departamento de Nariño), como desde el nivel local (ciudad de Pasto), compromisos que se traducen en la creación de unidades como la *Oficina de Derechos Humanos* y la *Secretaría de la Mujer* que, dentro de sus aportes han logrado la

consolidación de proyectos como las Casas de Acogida para las mujeres, Unidades Móviles de Atención a víctimas, apoyos económicos y psicológicos para mujeres agredidas y para sus hijos, procesos de formación y capacitación en educación básica, media y en actividades productivas que promuevan espacios de emprendimiento y procesos fortalecidos de divulgación en medios de comunicación con información en materia de derechos, mecanismos para hacerlos efectivos y canales de asesoría, entre otros;

- iii) el compromiso del sector educativo, a través de la adecuación de mallas curriculares con enfoque de género, desde los primeros años de educación hasta programas universitarios de pregrado (proceso en consolidación) y iv) el aporte del sector salud con campañas preventivas para las mujeres en materia sexual y reproductiva –(planificación familiar), así como en la prevención de cáncer de seno, de útero o enfermedades como la causada por el virus del papiloma humano

El sector justicia por su parte, no ha sido ajeno a este desarrollo; los procesos de formación y capacitación en asuntos de género, dirigidos a sus fiscales y jueces ha representado uno de los proyectos bandera en este propósito. A nivel de la Fiscalía y, con el fin de fortalecer la investigación en el marco de agresiones contra mujeres, se ha adoptado protocolos y técnicas innovadoras para la atención y el recaudo de elementos materiales probatorios que ofrezcan herramientas efectivas para la etapa de juicio; la Judicatura por su parte ha fortalecido notablemente la capacitación de sus operadores y operadoras en esta materia.

Estas iniciativas y los procesos de cambio con ellas generados fueron impulsados en gran medida tras la expedición de la Ley 1257 de 2008, pese a que su aplicación igualmente se enfrentó a un progreso moderado, sus efectos son notables.

Los fallos analizados, específicamente aquellos correspondientes a los primeros años del estudio, esto es 2005 a 2008, dejan en evidencia la ausencia total de una perspectiva de género. Como se vio, las decisiones judiciales dejan ver de manera explícita la fuerza de los estereotipos que subvaloran a las mujeres, la idea de propiedad, de sumisión, de dependencia imperan en las palabras escritas por las y los jueces, los hombres por su parte se muestran como víctimas y merecedores de una sanción mínima, pues ha de entenderse que actuaron

llevados por la ira y el dolor que produce en su honor una traición. La absolución se muestra como una forma de reparar ese daño causado por las mujeres y la tipificación como delito frente a las conductas desplegadas no encuentra asidero ni pruebas que la sustenten.

La falta de empleo, la ausencia de educación, el desgaste que implica proveer el hogar, son entre otras, justificaciones que cuestionan la conducta de las mujeres y respaldan el actuar violento del agresor. En los fallos jamás encuentra lugar la remisión a fuentes de derecho nacional que defiendan la igualdad y mucho menos a instrumentos internacionales que adviertan sobre la prohibición de cualquier forma de discriminación.

Después del año 2008, el contenido de las decisiones demuestra un matiz diferente, no en extremo garantista, pero ya no incorpora palabras que limiten el valor de las mujeres. Las conductas empiezan a ser valoradas desde el marco de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad en un sentido plano del que no se avizora un reproche puntual o exacerbado por tratarse de agresiones contra las mujeres, pero que ya no otorga privilegios ni una condición de superioridad en favor de los agresores. A partir del año 2009 algunas sentencias ya incluyen medidas afirmativas de protección de las víctimas, específicamente aquellas de que trata la Ley 1257 de 2008.

En el año 2012 un fallo en particular llama la atención por advertir de manera explícita la histórica discriminación de que han sido víctimas las mujeres y la remisión que en su defensa realiza a instrumentos internacionales para ratificar el derecho a la igualdad y la garantía de no discriminación, principio que para el caso cobija de manera particular a las víctimas.

Estas valoraciones aprueban las consideraciones expuestas por Sally Engle Merry en su teoría. La tensión entre lo global y lo local, que refiere la existencia de un espacio en el que convergen distintas formas de poder, motiva una distinción en la forma como el derecho y, en particular el discurso de los derechos humanos, nace, se consolida y se expresa desde cada órbita, pese a ello, en el marco de un mundo globalizado y ante un agudo panorama de afectación de derechos, ese modelo transnacional efectivamente se trasplanta y se traduce para tomar la forma del lugar que lo recibe y, a través de un proceso progresivo de reconocimiento, empieza a escribirse en un lenguaje vernáculo, sin que su esencia se transforme. Sin embargo

y, pese a que los aportes desde ese ámbito local puedan darse y se exporten hacia el modelo globalizado, la tendencia predominante siempre estará dirigida de “arriba hacia abajo”.



## **4. Aportes para una decisión con perspectiva de género.**

Las teorías críticas en general y la teoría de género en particular, especialmente a partir de los cuestionamientos impulsados desde el feminismo hacia el Derecho llevan implícita la concepción de nuevos modelos de justicia, con la capacidad de atender aquellas reivindicaciones de derechos y garantías alcanzados en el contexto de un sistema globalizado.

Sobre este panorama, los retos para el derecho se intensifican, principalmente desde dos perspectivas: i) desde su capacidad de respuesta ante las exigencias y requerimientos de una sociedad pluralista que exige y merece ser reconocida y lograr su representación en espacios participativos incluyentes, y ii) desde la fuerza material y simbólica de sus decisiones, categoría que aspira a preservar su legitimidad.

El derecho adquiere vida a través de sus sentencias, es aquí donde los conceptos jurídicos pasan de la abstracción a la particularidad y, son esas decisiones las encargadas de producir cambios en la sociedad. En la medida en que esta realidad sean reconocidas, el derecho podrá convertirse en un agente de transformación, con la capacidad de entender y descifran las complejidades de una sociedad diversa y cambiante.

Siendo esto así, las decisiones judiciales adquieren un papel protagónico y sus creadores una responsabilidad de gran envergadura. La tarea de adjudicación del derecho precisa de un conjunto de habilidades del intérprete, siendo la objetividad la característica más preciada, más aún en el marco de una sociedad compleja con problemáticas disímiles que no simplificará en nada su labor.

Para Neil MacCormick, la decisión en un caso difícil, esto es, aquel para el que no basta una inferencia deductiva, estará justificada si en ella confluyen los siguientes tres requisitos: *universalidad*, *consistencia – coherencia* y el requisito de advertir las *consecuencias de la decisión*. En palabras del autor, el cumplimiento de estas exigencias se traduciría en el logro de una decisión correcta que se respalda en una interpretación adecuada, que supera un elemental ejercicio de adecuación al ordenamiento y en la que fueron consideradas categorías como los principios generales o valores que configuran –en su conjunto–, una “forma de vida satisfactoria” que toma en cuenta las consecuencias de la decisión que se asume. La suma de estos elementos, en palabras del autor, le daría al juez o jueza la posibilidad de lograr la justicia conforme a derecho (Uprimny A. R., 2014, pág. 76).

En el marco del estudio realizado, varias sentencias evidenciaron decisiones ejemplarizantes, cuya estructura y argumentos vale la pena resaltar, en orden a proponer un modelo de decisión con perspectiva de género, aplicable a casos de naturaleza penal que resuelvan delitos de violencia contra las mujeres. Para este efecto, se tomará como referencia, la Sentencia 2012 – 00016, proferida el treinta (30) de mayo de 2012 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto que declaró la nulidad de la audiencia de formulación de imputación, frente al homicidio perpetrado por el señor L.M.L.M. contra quien fuera su compañera permanente, conducta que en la mencionada diligencia sería calificada como agravada, pero se encontraría amparada por la figura de la ira e intenso dolor, circunstancias que le otorgó al acusado, el beneficio establecido en el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, equivalente a una rebaja del 50% de la pena a imponer.

Cabe anotar que los hechos que rodean el caso dan cuenta de una muerte causada por trauma craneoencefálico severo, ocasionado por un golpe contundente con un madero a la altura de la cabeza, circunstancia que a criterio del ente acusador obedeció a un estado de ira generado por la víctima en su agresor, dados los agravios verbales y físicos que permanentemente ésta cometiera contra él, además de la existencia de una supuesta relación con otro hombre, calificación que sería ratificada y validada por la jueza de control de garantías.

Con estos antecedentes, el Juzgado Segundo Penal del Circuito advirtió:

<b>Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto.</b> Sentencia del 12 de octubre de 2012. Delito: Homicidio Agravado (en estado de ira e intenso dolor).	
<b>Primera premisa:</b> <b>Regla.</b>	<i>Artículo 103 del Código Penal:</i> “El que matare a otro, incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años. <i>Artículo 104 del Código Penal:</i> “La pena será de veinticinco (25) a cuarenta (40) años de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere: <i>Numeral 1:</i> En los cónyuges o compañeros permanentes (...)
<b>Segunda premisa:</b> <b>Proposición fáctica.</b>	“El 31 de mayo de 2011, siendo aproximadamente las cinco de la mañana, en [su] casa de habitación, falleció la señora María a consecuencia de las heridas sufridas por dos contundentes golpes propinados en la cabeza con un leño por su compañero permanente Luis, quien salió de la casa dejándola abandonada en esas condiciones y sangrando. Cuatro horas más tarde, aproximadamente a las nueve de la mañana, una de las hijas de la occisa (...), encontró a su madre en la cama boca abajo, como no se movía, la volteó y sostiene que se dio cuenta que estaba muerta porque estaba tiesa y tenía ensangrentada la cara.” Posteriormente fue conducida al hospital, lugar al que ingresó sin signos vitales.
<b>Tercera premisa:</b> <b>Enunciado genérico de subsunción.</b>	“De acuerdo a lo anterior, se arriba a la conclusión de que la señora M.E.H.A, falleció como resultado de la acción desvalorada realizada por su compañero permanente que utilizó un arma contundente – leño- en contra de su humanidad, causándole la muerte.
<b>Cuarta premisa:</b> <b>Enunciado individual de subsunción – interpretación en concreto.</b>	“Es claro que la actitud y la conducta cometida por el sujeto activo, fue tendiente a demostrar la autoridad que pretendía ostentar, (...) donde fácilmente se observa que subyace el pensamiento patriarcal transferido por la cultura que desde la historia se ha manejado, dentro de la cual, existe gran inequidad de género que permitía a los hombres utilizar a las mujeres como si fuesen objetos, exigir sumisión y demostrar su poder incluso con agresiones; pero en la actualidad, con la existencia y aplicación de los derechos fundamentales y la protección especial que merece la mujer a raíz de

	<p>la ratificación por parte de nuestro país de la “Convención de Belém Do Pará”, mediante la ley 248 de 1995, que fue suscrita para proteger los derechos de la mujer y eliminar la violencia de género, la mujer esta investida de una protección especial tendiente a dar por terminada la discriminación que se ha ejercido en su contra desde la historia hasta nuestros días en la utilización del lenguaje, la cultura, la legalidad y judicialmente” (Sentencia 2012 – 00016, folio 47).</p> <p>“Si las leyes sobre la igualdad y equidad de género, (823/03, 581/00), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención de Belem Do Pará”, (leyes 51/81, 19-02-82, 248/95), la Ley 1257 de diciembre 4 de 2008, se han adoptado por el Estado Colombiano, su aplicación debe hacerse efectiva comenzando por los estrados judiciales, de lo contrario resultaría inane el Pacto por los tres poderes del Estado a través de la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer suscrito por las altas Cortes en el año 2003, de la búsqueda por consolidar y perfeccionar la aplicación de la transversalización de la perspectiva de género en la Administración de Justicia” (Sentencia 2012 – 00016, folio 43).</p>
<p><b>Conclusión:</b> <b>Precepto singular y concreto.</b></p>	<p>“En este sentido la imputación jurídica realizada al señor L.M.L.M. (...) no ostenta la debida congruencia con los presupuestos fácticos, porque como se explicó, desde su narración fueron acomodados a la preconcepción atávica histórica y cultural que se ha hecho mención, por ende la circunstancia ya de ira o ya intenso dolor establecidas en el artículo 57 del Código Penal, en el presente caso no existieron”. (Sentencia 2012 – 00016, folio 42).</p>

Esquema tomado de (Guastini R. , 2014, págs. 253-256)

Cabe destacar que el presente asunto intenta resolver el yerro cometido en el periodo inicial del proceso, para lo cual: *i)* valora objetivamente los hechos presentados, tras encontrar una recopilación inapropiada de los mismos, condición que validaba la aplicación de la figura de la ira e intenso dolor como circunstancia atenuante de la conducta, *ii)* reformula la tipificación de

la conducta delictiva inicialmente planteada, con sustento en la narrativa que objetivamente se realizó sobre lo acontecido, acudiendo a un respaldo jurídico que parte de contextualizar la situación de violencia ejercida contra la víctima por razones de género, condición que hace aplicable la agravación de la conducta y que además deja en evidencia la naturaleza de este hecho como el resultado de una condición histórica de discriminación que somete, subyuga y victimiza a las mujeres, *iii*) invalida una decisión de primera instancia, considerando la subjetividad que vició su naturaleza, conclusión a la que le precedió un conjunto de argumentos claramente reglados, con sujeción al marco normativo nacional e internacional y referentes jurisprudenciales que destacan el compromiso de la justicia con los derechos de las mujeres y la adopción de mecanismos oportunos y efectivos para hacerlos efectivos.

El poder simbólico del derecho y la facultad transformadora de sus sentencias, encuentran como centro al lenguaje. Dentro del estudio, el cambio notorio en el proceso evolutivo desde las decisiones marcadamente sexistas hasta aquellas ejemplarizantes se define fundamentalmente por dos aspectos, i) por la técnica y las características narrativas en la descripción de los hechos, y ii) por el discurso de derechos. En la primera etapa de la investigación, el primer aspecto se explica en buena medida por la filtración directa de experiencias y convicciones de las y los jueces que evidenciaban la relación asimétrica de poder entre hombres y mujeres, producto de la cultura y la tradición patriarcal de la región – entre otros aspectos-, decisiones que para entonces estarían dotadas de un sentido de legitimidad tácito, principalmente por tratarse de la “palabra de un(a) juez(a)” y por la asimilación de conductas estereotipadas que eran objeto de un proceso de normalización, estas condiciones serían la base para descifrar el segundo aspecto, considerando que, aquella legitimidad implícita no precisaba de un modelo discursivo sofisticado, haciendo parecer que el derecho era claro y la norma fácilmente aplicable, más aun tratándose de una regla de naturaleza penal que delimita “puntualmente” los elementos del tipo y los eventos que devienen en un eximente de responsabilidad.

La segunda etapa del estudio experimenta ya el impacto de una política que identifique y valore la diferencia, que acoja los rigores del proceso de *reconocimiento* descrito por Fraser y la nueva connotación de los derechos humanos, además de los mecanismos empleados para su representación en el marco de un amplio espacio participativo. La constitucionalización del

derecho, la defensa individual de estas garantía, la fuerza de los movimientos sociales, el compromiso de los modelos estatales para alcanzar una igualdad real y el impacto de un orbe globalizado, son entre otros, aspectos que obligaron la redefinición de conceptos de justicia y la forma de adjudicación del derecho. Las y los jueces con sus palabras, eran los principales actores de procesos efectivos de transformación que atiendan todas estas demandas, situación que obligó la superación de esas formas tradicionales –en alguna medida elementales- de decisión hacia procesos más rigurosos que se sustenten en i) hechos verificables acompañados de una narrativa libre de cualquier forma de subjetividad, ii) fuentes normativas que no se agoten en las prescripciones legales, sino que atiendan preceptos de rango internacional y precedentes, y ii) argumentos con la racionalidad suficiente para justificar la conclusión lograda.

Esto ha permitido encontrar en la actualidad importantes referentes para el proceso que la y el fallador debe cumplir en la tarea de dotar de contenido al derecho a través de sus fallos. En materia de reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres, son innumerables los avances jurisprudenciales; éstos se han ocupado fundamentalmente de advertir la necesidad de analizar en cada caso i) los hechos, no como elementos aislados, sino como parte de una realidad y un contexto que debe ser plenamente valorado, ii) las pruebas, como factor determinante para acceder a la verdad, iii) las normas, analizadas bajo criterios de interpretación complejos que incorporen todas las fuentes normativas sin desconocer factores de naturaleza local, y iii) el discurso, con sujeción exclusiva a los elementos probados y libre de cualquier condicionamiento que obedezca a preconcepciones o estereotipos.

Cabe recordar para este efecto, el importante aporte de la Corte Constitucional colombiana, en sentencia T – 145 de 2017, al estudiar un caso de violencia reiterada contra una mujer, a manos de su pareja sentimental y, al advertir los obstáculos en el acceso a la administración de justicia impuestos por diferentes autoridades judiciales en las instancias a que acudió la víctima, barreras que desdibujaron su derecho a una justicia pronta y eficaz, además de la posibilidad de acceder a un recurso judicial efectivo y la protección especial que merecía en su condición de mujer víctima, incorporó elementos significativos para la implementación de una perspectiva de género en el proceso argumentativo que sustenta las decisiones de este tipo de asuntos, así:

Sentencia T – 145 de 2017 Corte Constitucional de Colombia Elementos significativos para la implementación de una perspectiva de género			
<p>Otorgar especial importancia al <u>análisis de los hechos</u> que originan la controversia por resolver.</p>	<p>Cuando de dicho análisis se identifique la presencia de situaciones asimétricas de poder, de discriminación o de violencia contra la mujer que la ubican en una situación de vulnerabilidad, se pueden plantear en la resolución de los casos <u>criterios de distinción objetivos y razonables</u> sin vulnerar los derechos de las demás partes, ni presentar ventajas desproporcionadas que rompan con el principio de objetividad e imparcialidad del juzgador.</p>	<p>Para que la resolución que se emita no sea arbitraria, a partir de las asimetrías de las partes presentadas en los hechos, la o el juez deberá siempre <u>resolver con base en los elementos de juicio obrantes en el proceso.</u></p>	<p>Si el material probatorio resultan insuficiente para determinar con claridad los hechos discriminatorios o de violencia contra la mujer y en esa medida la ponderación se incline en favor del agresor, <u>los operadores judiciales deben hacer uso de sus facultades oficiosas para allegarse del material probatorio necesario</u> que les permita formar su convicción respecto del contenido del conflicto y sobre esa base adoptar o no una decisión con perspectiva de género. Cuando esto último no sucede y la autoridad pública omite realizar un estudio juicioso del asunto actuando desde formas estereotipadas que contribuyen a invisibilizar la violencia se configura un obstáculo en el acceso a la administración de justicia pronta y eficaz que puede ser subsanado a través de la acción de tutela.</p>

En igual sentido, reiterando lo dispuesto en pronunciamientos anteriores, especialmente la valoración realizada en Sentencia T – 848 de 2014, la Corte puntualizó sobre aquellos eventos en que las y los jueces vulneran derechos de las mujeres, esto es:

- (i) Omisión de toda actividad investigativa y/o la realización de investigaciones aparentes;

- (ii) Falta de exhaustividad en el análisis de la prueba recogida o revictimización en la recolección de pruebas;
- (iii) Utilización de estereotipos de género para tomar sus decisiones;
- (iv) Afectación de los derechos de las víctimas

Y con el propósito de subsanar esta situación, la Corte ordenó:

- (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

Estos elementos representan una forma de prevenir los riesgos advertidos por Simone Cusack ante la presencia de estereotipos en las decisiones judiciales, condición que amenaza peligrosamente la imparcialidad que debe sustentar cada sentencia judicial.

No obstante lo anterior, estas medidas solo podrán materializarse tras un ejercicio de sensibilización al que se encuentran llamados a participar todas y todos los operadores judiciales. Se trata de un proceso de reconocimiento y valoración de las diferencias que permita eliminar todos los escenarios de discriminación.

## **5. A manera de conclusión.**

Como bien lo afirma Florence Thomas, el proceso feminista representa una revolución silenciosa; sin embargo, esta revolución, como ninguna otra, ha logrado incorporar paulatinamente profundas transformaciones. El enemigo contra el que luchó es quizá uno de los más poderosos: es invisible, omnipresente, se aloja en la mente de los seres humanos y en la esencia de las instituciones que ellos han creado, su presencia nació y se arraigó en los sistemas y ordenamientos jurídicos de todo el mundo, aunque desde nuestra perspectiva ha sido observado con mayor rigor en occidente.

Nació desde la exclusión, por ello, sus primeras batallas buscaron la asimilación, la época de postguerra enfrentó esta lucha al influjo de nuevas corrientes políticas que resultaron decisivas, coyuntura en la que tomaron partido otros sectores tradicionalmente discriminados pero con una fuerza renovada; sus acciones lograron modificar la realidad política, social, económica y cultural del hemisferio dando la entrada a una política de la diferencia, con la fuerza de abandonar el poder hegemónico para dar paso al reconocimiento de todos los grupos, de todas las clases, de toda la sociedad. Esta idea transformó el concepto de igualdad, superando el significado que históricamente se le había asignado desde la similitud, para darle entrada al pluralismo, a la diversidad y a la necesidad de construir nuevos y amplios espacios participativos, con la capacidad de albergar a todos los actores.

Estas nuevas teorías, ratificaron la necesidad de transformar el sistema patriarcal y universalista que imperaba, ubicando los principales cuestionamientos en torno al derecho como principal herramienta de opresión y dominación. Para el caso del feminismo, las críticas se centraron en su naturaleza eminentemente masculina y su predisposición a privilegiar, en todo momento y lugar a los hombres, reclamos que también se extendieron al sistema de adjudicación del derecho. No obstante lo anterior y, pese a que en sus inicios el proyecto de

cambio de orientaba a deconstruir del sistema jurídico por hallarlo abiertamente discriminatorio, con el paso del tiempo, esa finalidad adquirió matices diferentes, es así como desde hace algunas décadas, el feminismo ha propuesto, además de las adecuaciones normativas necesarias, la consolidación de una teoría de género propia que propicie un verdadero cambio legal, a través de nuevas doctrinas, nuevos método y nueva jurisprudencia que permita “acomodar las diferencias de las mujeres”.

Este propósito ya cuenta con un gran avance, la plataforma universal de protección a los derechos humanos, la consolidación de estándares internacionales ampliamente garantistas en materia de defensa de derechos - entre ellos los de las mujeres - y el fortalecimiento de los sistemas regionales de protección como el interamericano, han logrado en buena medida la adecuación de los ordenamientos internos de los países parte, esto ha promovido la materialización de importantes reformas legales, la adopción de acciones afirmativas desde todos los niveles orientadas a eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y, un factor determinante, la consolidación de jurisprudencia relevante en esta materia.

Para el caso colombiano, las altas cortes del poder público (Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia), han sido protagonistas de fallos de vanguardia que han evidenciado desde todos los ángulos el compromiso con la adopción de una perspectiva de género, estos fallos han sentado importantes precedentes, logrando por vía jurisprudencial el reconocimiento de derechos que incluso aún no se encuentran contemplados legislativamente, situación que debe ser resaltada.

Sin embargo, al margen de los grandes avances que sobre el tema se observan en el nivel central, qué pasa en la periferia? Se extiende esta garantía de derechos y la perspectiva de género a ámbitos eminentemente locales? Este estudio demostró que aquel derecho que se crea en el nivel internacional y aquel que nace en el centro del país, en la mayoría de los casos viaja muy lento hasta la periferia y en otros tantos, nunca llega.

Al estudiar la región sur de Colombia, se encontró una réplica a escala de la dinámica que refiere a nivel nacional el fenómeno de violencia contra las mujeres, es así como se reportan altos índices en los episodios de agresiones de esta naturaleza, muchos de ellos llegan al

conocimiento de juzgados y tribunales, pero una cifra significativa permanece en el anonimato. Tales afectaciones tienen lugar en el contexto de una sociedad tradicionalmente patriarcal y con un fuerte componente religioso que mantiene la vigencia de los roles históricamente asignados a mujeres y hombres.

El análisis de los fallos emitidos en el Distrito Judicial de Pasto, entre los años 2005 y 2012 en casos de agresión contra mujeres demostró la presencia de estereotipos de género en las y los operadores judiciales y el reflejo de éstos en sus fallos. Imaginarios asociados al concepto de propiedad, superioridad y autoridad que le asisten a los hombres, y de subordinación, sometimiento, dependencia y debilidad propio de la mujeres, se reflejaron de manera explícita en sus sentencias, en este sentido, las y los jueces dejaron en evidencia el convencimiento de que: *i)* una mujer le pertenece al hombre que la ama, *ii)* las mujeres deben ser amas de casa y dedicarse al cuidado de sus hijos, *iii)* las mujeres se buscan que les peguen y les gusta que las maltraten, *iv)* las mujeres necesitan un hombre a su lado, *v)* las mujeres que usan minifalda se buscan que las violen, *vi)* todos los hombres son machistas, *vii)* el hombre es el jefe del hogar, *viii)* él no quiso hacerle daño porque la ama, y *ix)* los hombres son por naturaleza lujuriosos.

La marcada presencia de estos estereotipos afectó notablemente la neutralidad de la decisión, dentro de las principales consecuencias de esta condición se identificó *i)* una estructuración particular de los hechos, otorgando especial relevancia a los elementos fácticos que evidencien la culpabilidad de las mujeres en las agresiones causadas (provocación) o su mal comportamiento con antelación o posterioridad a los sucesos investigados; en el caso de los hombres el propósito se orientó a destacar sus virtudes (como un hombre responsable o trabajador) y la afectación emocional de que fue víctima al momento de la agresión; *ii)* una valoración probatoria orientada a justificar la conducta del agresor y la culpabilidad de la víctima; *iii)* una calificación jurídica de la conducta sin agravantes o por delitos de menor gravedad, tal es el caso de las conductas sancionadas como lesiones personales cuando comportaban los elementos de una tentativa de homicidio, además de la aplicación de eximentes de responsabilidad como el caso de la *ira e intenso dolor*, y *iv)* condenas con penas mínimas y la aplicación de subrogados penales, en el 12.5 % de los casos analizados, la sentencia fue absolutoria.

La motivación que refieren los fallos refleja en buena medida la condición humana de la o el juez, su exposición al mundo que lo rodea y la influencia que ejercen estos factores en el fallo, que cuentan con el poder para determinar su sentido *al margen de su ulterior justificación* –en palabras del profesor Sanchís-. Una vez definido el fallo, la motivación adecúa sus expresiones para respaldar la decisión, sus componentes, en algunas ocasiones enuncian de manera explícita los estereotipos, mientras que en otras se sumergen en argumentos de naturaleza ética, relacionados con la importancia de la familia o con la necesidad de proveer segundas oportunidades.

Esta tendencia se presenta en los primeros años analizados, esto es, 2005-2009. Tras esta etapa, las decisiones judiciales inician un proceso de transformación que empieza a reconocer la condición particular de las mujeres víctimas, los fallos se tornan más consistentes y las condiciones que agravan la conducta ya empiezan a ser observadas y su aplicación justificada, situación que automáticamente encuentra como resultado la imposición de condenas y el incremento de las penas, limitando con ello los beneficios de prisión domiciliaria de que antes disfrutaban los agresores. En el año 2012 se identificó un fallo ejemplarizante, que materializa los postulados constitucionales de igualdad y se apoya en instrumentos y estándares de rango internacional, dentro de su motivación, el fallo resalta además la condición de discriminación que históricamente las mujeres han debido soportar y la necesidad del incorporar acciones efectivas desde todos los niveles del Estado para superar esta situación. Si bien la *decisión correcta* en *casos difíciles* representa un asunto en discusión, pues el sistema normativo se encuentra limitado a la hora de asegurar tal corrección, situación que en gran medida obedece al componente volitivo que necesariamente acompaña el proceso interpretativo, la tarea de asegurar una decisión ajustada a derecho y respaldada por una motivación suficiente dotada universalidad, claridad, verdad en las premisas, coherencia, consideración de las consecuencias y consistencia puede acercarse a este propósito.

La evolución que pudo observarse en el estudio responde igualmente a un proceso transformador que se surtió alrededor, caracterizado principalmente por la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio (implementado en el año 2005), la promulgación de la Ley 1257 de 2008, el fortalecimiento y la adopción de políticas públicas para la equidad de género, el compromiso de las administración local y regional por materializar dichas líneas de acción y el

el impacto del sistema internacional de protección de derechos humanos que, en palabras de Sally Engle Merry logró trasladarse a esta región del país, e iniciar un importante proceso de traducción y apropiación en esta cultura vernácula.

El estudio demostró que, pese a los avances que en materia de reconocimiento de derechos de las mujeres se ha logrado en el nivel central, acogiendo la fuerza de los instrumentos y estándares internacionales, la dinámica jurídica reviste grandes diferencias desde el centro hasta la periferia. El derecho que cobra vida en la capital del país, en el seno de las Altas Cortes, se lee, se interpreta y se escribe de manera diferente en el sur del país, realidad que justifica los estudios situados y la necesidad de abordar los conflictos con una mirada en contexto que reconozca las características propias del lugar en que se producen.

*“Ninguna puerta que esté abierta para los hombres,  
puede estar cerrada para las mujeres”.*

Papa Francisco, 2015



## Bibliografía

- Aarnio, A. (1991). *Lo racional como razonable. un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Agatón, I. (2013). *Justicia de Género. Un asunto necesario*. Bogotá D.C.: Temis.
- Allen, A. (2005). Feminist Perspectives on Power. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/feminist-power/>>.
- Álvarez, C. A. (2007). *Teorías feminista: de la Ilustración a la globalización*. Madrid: Minerva.
- Amorós, C. (2008). Dimensiones del poder e la teoría feminista. *RIFP*(25), 11-33.
- Atienza, M. (1997). *Derecho y Argumentación*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Baer, J. A. (Septiembre de 2013). *The Oxford Handbook of Political Science*. Oxford University Press. *Feminist Theory And The Law*. Recuperado el 29 de Agosto de 2017, de The Oxford Handbook of Political Science. Oxford University Press. Feminist Theory And The Law:  
<http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199604456.001.0001/oxfordhb-9780199604456-e-016>
- Bechtel, G. (2008). *Las cuatro mujeres de Dios. La puta, la bruja, la santa y la tonta*. España: Zeta.
- Bobbio, N. (1992). *Teoría General del Derecho*. Bogotá D.C.: Temis.
- Bourdieu, P. (2000). Elementos para una Sociología del Campo Jurídico. En P. B. Teubner, *La Fuerza del Derecho* (págs. 153 -220). Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores.
- Bueso, M. (2010). *Estudio sobre tolerancia social e institucional a la violencia basada en género en Colombia*. Bogotá D.C.: Programa Integral conta Violencias de Género ONU.
- Calle Correa, M. (2011). *Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género*. Bogotá D.C.: Rama Judicial del Poder Público.
- Cobo, R. (2014). *Aproximaciones a la Teoría Crítica Feminista*. Lima: CLADEM.

- Cordero, L. M. (2007). *Pasto: "Bajo el beso aborígen del sol"*. Pasto: Academia Nariñense de Historia.
- Courtis, C. (2009). Metodología de la Investigación Jurídica. En C. Courtis, *Ecos cercanos. Escritos sobre derechos humanos y justicia* (págs. 17-90). Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores.
- Cusack, R. J. (2010). *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*. USA: University of Pennsylvania Press.
- Cusack, S. (2014). *Oficina de las Naciones Unidas*. Recuperado el 5 de Septiembre de 2017, de Oficina de las Naciones Unidas: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Women/WRGS/Pages/GenderStereotypes.aspx>
- DANE, D. A. (2012). *Proyecciones de población municipal por área 2005 -2020*. Bogotá D.C.: Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE.
- Díaz, F. (2011). *Violencia sexual contra las mujeres en Nariño y la situación de derechos de las mujeres víctimas en Pasto*. Bogotá D.C.: Programa integral contra violencias de género MDGIF.
- Duque, O. T. (2016). *Biblioteca Virtual Luis Ángel Arango/Biografías*. Recuperado el 12 de Julio de 2016, de Biblioteca Virtual Luis Ángel Arango/Biografías: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/biografias/artuaure.htm>
- Dworkin, R. (1984). *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel S.A.
- Dworkin, R. (2012). En qué se parece el derecho a la literatura. En R. Dworkin, *Una cuestión de principios* (págs. 191-215). Siglo del Hombre.
- Facchi, A. (2005). El pensamiento feminista sobre el Derecho. *Revista sobre enseñanza del Derecho*(6), 27-47.
- Facio, A. (1992). *Cuando el género suena cambios trae*. San José de Costa Rica: ILANUD.
- Fernández, A. (2002). *Esteriotipos y roles de género en el refranero popular*. Barcelona: Anthropos.
- Ferrajoli, L. (1973). "Magistratura Democrática" y el ejercicio alternativo de la función judicial. *L'uso alternativo del diritto I. Scienza giuridica e analisi marxista*, 105-122.
- Ferreres, V. (2004). Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial. *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 40*. (págs. 1-34). Connecticut USA: Yale Law School.

- Fineman, M. A. (1992). Feminist theory in law: Ther difference it makes. *Columbia Journal of Gender and Law*, 1-24.
- Firestone, S. (1976). *The Dialectic of Sex*. Kairos.
- Forero, C. C. (2000). La lógica de la representación en lo artesanal; un asunto de identidad. *Estudios Latinoamericanos*(6), 42-62.
- Fraser, N. (2006). *¿Redistribución o reconocimiento?* Madrid: Morata.
- Fraser, N. (2008). *Escalas de Justicia*. Barcelona: Herder.
- Garavito, C. R. (2015). *Juicio a la Exclusión*. Argentina: Siglo Veintiuno.
- Garcés, C. C. (2013). La doctrina del principio de soberanía y su controversia. La evolución del Estado moderno. En C. C. Garcés, *El Estado Democrático Postnacional* (págs. 47 - 121). Valencia.
- George, R. P. (2009). *Entre el Derecho y la Moral*. Madrid: Thomson Reuters.
- Goyes, I., & Montezuma, S. (2012). Justicia y Género en Nariño en casos de violencia contra las mujeres. *La Manzana de la Discordia*, 15-22.
- Guastini, R. (1997). Dudas interpretativas o discrecionalidad interpretativa? *Isonomía No. 7*, 121-131.
- Guastini, R. (2010). *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Hart, H. (1961). *El Concepto de Derecho*. Oxford: Oxford University Press.
- Hernández, H. (2014). Comportamiento de la violencia intrafamiliar en Colombia 2013. En C. Valdés, *Forensis 2013* (págs. 335-420). Bogotá D.C.: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.
- Hoz, J. V. (2007). *Economía del departamento de Nariño: Ruralidad y aislamiento geográfico*. Cartagena: Banco de la República - Centro de Estudios Económicos Regionales (CEER).
- Jaramillo, I. C. (2000). La Crítica Feminista al Derecho. En R. West, *Género y Teoría del Derecho* (págs. 25-60). Bogotá D.C.: Unidandes.

- Lamond, G. (2006). Precedent and Analogy in Legal Reasoning. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/legal-reas-prec/>>.
- Londoño, B., Montezuma, S., & Goyes, I. (2013). *El papel de los jueces contra la violencia de pareja en Colombia 2005-2009*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- López, D. (2009). La letra contra el espíritu: La lucha de los métodos de interpretación en el derecho. En D. López, *La letra y el espíritu de la ley* (págs. 19-42). Universidad de los Andes.
- MacKinnon, C. (1989). *Hacia una teoría feminista del Estado (trad)*. Madrid: Cátedra.
- Merry, S. E. (2010). *Derechos humanos y violencia de género. El Derecho Internacional en el mundo de la justicia local*. Bogotá: Siglo del hombre editores.
- Montezuma, S., & Goyes, I. (2012). Justicia de género en Nariño en casos de violencia contra las mujeres. *La manzana de la discordia*, 7(2), 15-22.
- Mujer, S. (25 de Noviembre de 2013). *Semana*. Recuperado el 25 de Octubre de 2015, de Semana: <http://www.semana.com/nacion/articulo/cifras-de-la-violencia-contra-la-mujer-en-colombia/366030-3>
- Muñoz, C. S. (2002). Genealogía de la Vindicación . En V. M. Elena Beltrán, *Feminismos. Debates Teóricos Contemporáneos* (págs. 17 - 35). Madrid: Alianza Editorial.
- Ocampo, A. V. (2016). *Biblioteca Virtual Luis Ángel Arango*. Recuperado el 16 de Agosto de 2016, de Biblioteca Virtual Luis Ángel Arango: <http://web.archive.org/web/20141010022811/http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/modosycostumbres/crucahis/crucahis119.htm>
- Olsen, F. (1990). El sexo del derecho. En D. K. (ed), *The Politics of Law* (págs. 452-467). Nueva York: Perseus Books Group.
- Pasto, A. d. (s.f.). *Alcaldía de Pasto*. Recuperado el 19 de Julio de 2016, de Alcaldía de Pasto: <http://www.pasto.gov.co/index.php/nuestro-municipio>
- Pateman, C. (1988). *El Contrato Sexual*. Barcelona: Anthropos.
- PNUD. (07 de Marzo de 2015). Recuperado el 29 de Octubre de 2015, de <http://www.co.undp.org/content/colombia/es/home/presscenter/articles/2015/03/07/d-a-internacional-de-la-mujer-2015-.html>
- Público, R. J. (2013). *II Informe de seguimiento a la Ley 1257 de 2008*. Bogotá: Rama Judicial.

- Quintana, O. M. (2006). Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho. (U. A. León, Ed.) *Humanitas*(33), 1-26.
- Ramos, B. C. (1997). *Pasto: espacio, economía y cultura*. Pasto: Fondo Mixto de Cultura - Nariño.
- Rodríguez, C. (1997). *La decisión judicial*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores.
- Rodríguez, C. (1999). Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Estudio preliminar. En D. Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial* (pág. 36). Bogotá D.C.: Uniandes.
- Romero, S. O. (2012). Música para amores, desamores, guerras y fiestas: Una historia doble de la Guaneña. *Goliardos*, 7-24.
- Sanchís, L. P. (1991). Notas sobre la interpretación constitucional. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Castilla - La Mancha*, 175-198.
- Sanchís, L. P. (2014). *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta.
- Silva, V. P. (2008). San Juan de Pasto. *Credencial Historia*(226).
- Tamayo Rincón, M. L. (2011). *Informe de Derechos Humanos de las Mujeres y Justicia de Género Colombia 2009-2010*. Bogotá D.C.: Corporación Humanas.
- Teubner, G. (2000). Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno. En P. B. Teubner, *La fuerza del Derecho* (págs. 83-144). Bogotá: Editorial Universidad de los Andes.
- Thomas, F. (2008). *Conversaciones con Violeta. Historia de una revolución inacabada*. Bogotá, D. C.: Prisa.
- Torres Corredor, H. (20 de Febrero de 2008). ACUERDO No. PSAA08-4552 DE 2008. Bogotá D.C., Colombia.
- Uprimny, A. R. (2014). *Interpretación Judicial*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia.
- Uprimny, R. (2010). El Dilema de la Interpretación Constitucional.
- Uprimny, R., & Rodríguez, A. (2006). *Interpretación Judicial*. Bogotá D.C.: Rama Judicial del Poder Público.
- Valdés, C. (2015). *Boletín Epidemiológico. Información Estadística de Violencia contra la Mujer*. Bogotá D.C.: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

- Valdés, C. (2015). *Boletín Epidemiológico. Información Estadística de Violencia contra la Mujer*. Bogotá D.C.: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.
- Valdés, C. (2015). *Forensis 2014. Datos para la vida*. Bogotá: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.
- Velasquez Toro, M. (1995). *Las mujeres en la historia de Colombia*. Bogotá D.C.: Norma.
- Vergel, J. (2012). *Descripción epidemiológica de los exámenes sexológicos forenses, Colombia, 2011*. Bogotá: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.
- West, R. (2000). *Género y Teoría del Derecho*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Wilches, M. E. (2016). Masatugó. En C. E. Moreno, *Masatugó 2009 - 2014 Forensis de mujeres* (págs. 134 -175). Bogotá: Instituto Nacional de Medicina Legal.
- Williams, J. (s.f.). *Observatorio Justicia y Género*. Recuperado el 4 de Septiembre de 2017, de Observatorio Justicia y Género: <http://observatoriojyg.org/index.php/280-doctrina/1-derecho-de-humanas/2-igualdad/687-igualdad-sin-discriminacion>
- Wollstonecraft, M. (1994). *Vindicación de los Derechos de la Mujer. Traducción de Carmen Martínez Gimeno*. Madrid: Cátedra.
- Young, I. M. (2000). *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Cátedra.

### **Jurisprudencia**

- Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, 2005 - 112 (Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto. 2005).
- Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pasto, 2003 - 0076 (Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pasto 2005).
- La Santa Biblia Católica*. (2005). Bogotá C.C.: Temis.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C - 355 de 2006 (Corte Constitucional de Colombia 10 de Mayo de 2006).
- Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, 2006 - 0019 (Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto 2006).
- Sentencia, 2006 - 0138 (Juzgado Segundo Penal del Circuito 2006).
- Juagaddo Séptimo Penal Municipal de Pasto, 2002 - 0229 (Juagaddo Séptimo Penal Municipal de Pasto 2007).

- Juzgado Cuarto Penal Municipal de Pasto, 2006-0138 (Juzgado Cuarto Penal Municipal de Pasto 2007).
- Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto, 2007 - 0327 (Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto 2007).
- Sentencia, 2007 - 0327 (Juzgado Tercero Penal del Circuito 2007).
- Sentencia, 2007 - 0163 (Juzgado Primero Penal del Circuito 2007).
- Sentencia , Proceso 2007 - 0327 (Juzgado Tercero Penal del Circuito 2007).
- Juzgado Tercero penal del Circuito de Pasto, 2003-0050 (Juzgado Tercero penal del Circuito de Pasto 2008).
- Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto, 2007-577 (Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto 2008).
- Juzgado Primero Penal del Circuito, 2007 - 0163 (Juzgado Primero Penal del Circuito 2009).
- Juzgado Primero Penal Municipal de Pasto, 2007-427 (Juzgado Primero Penal Municipal de Pasto 2009).
- Juzgado Séptimo Penal Municipal de Pasto, 2009 - 2753 (Juzgado Séptimo Penal Municipal de Pasto 2009).
- Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto, 2009-0116 (Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto 2009).
- Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto., 2006 - 138 (Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto 2009).
- Sentencia Segunda Instancia, 3006 - 0138 (Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto 14 de Agosto de 2009).
- Juzgado Primero Penal Municipal de Pasto, 2010-163 (Juzgado Primero Penal Municipal de Pasto 2011).
- Consejo de Estado de Colombia, 20001-23-31-000-2000-00567-01(24093) (Consejo de Estado de Colombia 29 de Agosto de 2012).
- Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, 2009-0197 (Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto 2012).

Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto, 2012 - 0082 (Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto 2012).

Consejo de Estado de Colombia, 07001-23-31-000-2002-00228-01(29033) (Consejo de Estado de Colombia 9 de Octubre de 2014).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T - 878 de 2014 (Corte Constitucional de Colombia 18 de Noviembre de 2014).

Consejo de Estado de Colombia, 17001-23-31-000-2000-01183-01 (26958) (Consejo de Estado de Colombia 28 de Mayo de 2015).

Corte Suprema de Justicia, SP2190-2015 (Corte Suprema de Justicia 4 de Marzo de 2015).

Sentencia, 17001-23-31-000-2000-01183-01 (26958) (Consejo de Estado de Colombia 2015).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-145 de 2017 (Corte Constitucional de Colombia 7 de Marzo de 2017).