

**LA APLICACIÓN DEL ENFOQUE DE GÉNERO Y DE LAS GARANTÍAS  
PROCESALES EN CASOS TIPO DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**NATALIA ANDREA VÁSQUEZ CORREA  
FABIÁN ALEXIS GARCÍA AGUDELO  
SANDRA LILIANA RAMÓN SAAVEDRA**

**TUTORA:  
MARTHA AURORA CASAS MALDONADO**



**UNIVERSIDAD LIBRE  
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL  
BOGOTÁ, D.C.  
2023**

## Tabla de Contenido

Tabla de Contenido.....	2
Listado de Tablas.....	6
Capítulo 1: Proyecto de Investigación.....	7
La Aplicación del Enfoque de Género y de las Garantías Procesales en Casos Tipo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.....	7
Formulación del Problema de Investigación.....	7
Descripción del Problema de Investigación.....	7
Objetivos.....	9
Objetivo General.....	9
Objetivos Específicos.....	9
Justificación.....	9
Metodología.....	10
Capítulo 2: Marco Teórico.....	13
El Enfoque de Género y el Derecho Penal: Una discusión Pendiente.....	13
El Concepto de Género.....	13
Historia y el rol de la mujer.....	15
Género y Derecho Penal.....	18
El Principio de Igualdad ante la Ley como Elemento Clave de las Garantías	

Procesales Penales .....	21
El Principio de Igualdad en el Constitucionalismo Colombiano.....	21
El Principio de Igualdad y la Dignidad Humana .....	23
Igualdad, derecho penal y enfoque de género .....	26
Capítulo 3: Descripción los Casos Tipo tramitados ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia .....	32
Caso Tipo 1: Sentencia de Casación SP 2649-2002 del 27 de julio de 2022 .....	32
Identificación del caso .....	32
Aspectos Fácticos .....	32
Argumentos de los sujetos procesales .....	33
Consideraciones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia .....	34
Caso Tipo 2: Sentencia de Casación SP 2136-2020 del 1 de junio de 2020 .....	41
Identificación del caso .....	41
Aspectos Fácticos .....	41
Argumentos de los sujetos procesales .....	43
Consideraciones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia .....	44
Caso Tipo 3: Auto AP 2070-2018 del 23 de mayo de 2018.....	49
Identificación del caso .....	49
Aspectos Fácticos .....	49
Argumentos de los sujetos procesales .....	51

Consideraciones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia .....	52
Capítulo 4: Estudio de la Aplicación del Enfoque de Género en las Decisiones Tipo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia .....	56
Instrumentos Internacionales en Materia de Género .....	56
Legislación Colombiana en Materia de Género .....	57
La Utilización del Enfoque de Género en las Decisiones Judiciales.....	63
Criterios para el Análisis del Enfoque de Género en las Sentencias Tipo.....	69
Análisis de la Utilización del Enfoque de Género en el Caso Tipo 1: Auto AP 2070-2018 del 23 de mayo de 2018.....	70
Análisis de la Utilización del Enfoque de Género en el Caso Tipo 2: Sentencia de Casación SP 2136-2020 del 1 de junio de 2020 .....	74
Análisis de la Utilización del Enfoque de Género en el Caso Tipo 3: Sentencia de Casación SP 2649-2002 del 27 de julio de 2022 .....	77
Capítulo 5: Explicación de la aplicación de las garantías procesales penales en las decisiones tipo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.....	82
La Necesidad de las Garantías en el Proceso Penal.....	82
Las Garantías Procesales Penales .....	83
Explicación de las garantías procesales penales en el Caso Tipo 1: Auto AP 2070-2018 del 23 de mayo de 2018.....	86
Explicación de las garantías procesales penales en el Caso Tipo 2: Sentencia de Casación SP 2136-2020 del 1 de junio de 2020 .....	87

Explicación de las garantías procesales penales en el Caso Tipo 3: Sentencia de Casación SP 2649-2002 del 27 de julio de 2022 .....	89
Conclusiones.....	91
Referencias .....	97

## **Listado de Tablas**

<b>Tabla 1.</b> ....	65
<b>Tabla 2.</b> ....	67
<b>Tabla 3.</b> ....	77
<b>Tabla 4.</b> ....	74
<b>Tabla 5.</b> ....	70
<b>Tabla 6.</b> ....	85

## Capítulo 1: Proyecto de Investigación

### La Aplicación del Enfoque de Género y de las Garantías Procesales en Casos Tipo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

#### Formulación del Problema de Investigación

##### *Descripción del Problema de Investigación*

El derecho penal debe ser considerado como la *ultima ratio* en materia de coerción estatal a la hora de “garantizar la pacífica convivencia de los asociados, previa evaluación de su gravedad y de acuerdo a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad en un momento determinado” (Corte Constitucional, 2012). Esta posición fue ya defendida por Beccaría (1998), cuando expresaba que:

Toda pena, dice el gran Montesquieu, que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica; proposición que puede hacerse más general de esta manera: todo acto de autoridad de hombre a hombre que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico. (p. 10).

Dicha consideración cobra mayor fuerza en el modelo del Estado social y democrático de derecho, ya que como lo recapitula García de la Torre (2021) citando a Mir Puig (2015) este tiene mayores herramientas de intervención en la vida social que permiten, por diversas vías – no penales- la corrección de conductas lesiva de diversos bienes jurídicos socialmente y jurídicamente tutelados. Así entonces:

El principio de ultima ratio expresa la idea heredada ilustrada por la que se entiende que el Derecho penal nunca puede ser legítimo cuando los poderes públicos tienen a mano otras posibilidades de regulación igualmente adecuadas para el fin propuesto y menos drásticas que el delito y la pena. (García de la Torre, 2021, p. 137)

Sin embargo, en sociedades como la colombiana – con profundas desigualdades en diferentes ámbitos- el derecho penal es tomado como una herramienta para corregir problemas sociales, dando entonces como resultado, por un lado un populismo punitivo – el cual se recrea bajo la premisa que a mayores penas, menor será la comisión de delitos-, y por el otro, la aplicación con mayor fuerza a grupos históricamente marginados.

En este último aspecto, la realidad muestra que son, precisamente, los grupos poblacionales con exclusión política, económica, social o cultural los que mayor criminalización tienen. Vitale (2008), con razón afirma que en las cárceles

encontramos y encontraremos el común denominador que caracteriza a la gran mayoría de la población carcelaria: la pobreza, el abandono, el olvido (es decir, la enorme vulnerabilidad al sistema de persecución penal que es propia de la enorme mayoría de personas encarceladas. (p. 173)

Y así como tales grupos son objeto mayoritario de la persecución penal, al mismo tiempo son víctimas del sistema político-jurídico estatal. Uno de esos grupos, es precisamente la mujer, para quien las construcciones de género, enmarcadas en patrones culturales patriarcales, le pesan a la hora de enfrentarse – ya sea como víctimas o procesadas- al sistema penal. De allí, entonces, la necesidad de tener enfoques diferenciados para – desde el derecho penal- poder garantizar sus derechos en pie de igualdad con los hombres.

Esta posición ha sido ampliamente respaldada por la judicatura colombiana, de tal manera que ha tornado en un modelo de obligatorio cumplimiento cuando se trate de abordar delitos relacionados con violencia o discriminación en razón de género. Sin embargo, tal obligación no es muy reconocida y aun tiene objetores en su aplicación, sobre todo en relación con las garantías procesales penal.

En efecto, muchos le atribuyen a tal enfoque una violación del principio de igualdad



ante la ley y de presunción de inocencia, resquebrajando los límites al derecho penal como *ultima ratio*. De allí, entonces, surge el problema de investigación, en la medida en que es necesario conocer operativamente cómo se aplica el enfoque de género en decisiones tipo de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y su relación con las garantías procesales penales.

De lo anterior surge la siguiente pregunta problema: ¿Cuál es la aplicación del enfoque de género y de las garantías procesales en casos tipo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia?

## **Objetivos**

### ***Objetivo General***

Analizar la aplicación del enfoque de género y de las garantías procesales en casos tipo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

### ***Objetivos Específicos***

- Describir los casos tipo en casos tipo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.
- Estudiar de la aplicación del enfoque de género en las decisiones tipo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia
- Explicar la aplicación de las garantías procesales penales en las decisiones tipo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

## **Justificación**

Inicialmente se debe decir que, aunque el tema de la aplicación de enfoques diferenciales – en especial de étnico y de género- tiene amplia bibliografía jurídica desarrollada, este aun conserva vigencia, en la medida en que todavía no se ha logrado su

plena aplicabilidad – máxime en escenarios judiciales-, razón por la cual lo torna de actualidad.

Siguiendo esa misma idea, son escasos los estudios que aborden desde la casuística y, más aun, desde el trabajo de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, la aplicación del enfoque de género y su relación con las garantías procesales, de allí su importancia para el mundo académico. Lo anterior, lleva implícito la necesidad de llevar a cabo un trabajo como el presente, toda vez que permite dar cuenta no solo de la aplicación del enfoque de género en las decisiones escogidas, sino los parámetros para hacer tal análisis, aspecto que igual se debe predicar de las garantías procesales.

Por lo tanto, el trabajo aquí propuesto beneficia a diferentes y amplios sectores, toda vez, que hoy por hoy la aplicación de un enfoque de género en asuntos que medie violencia o discriminación contra la mujer es obligatoria. De allí que el presente trabajo sea útil para todos los partícipes del proceso penal, en especial a quienes deben abordarlo desde los ámbitos ya anotado; y por fuera de él, debe ser de interés para cualquier profesional del derecho cómo es la operatividad del enfoque de género en decisiones judiciales y qué lecciones se pueden aprender de los casos que se utilizarán para ello.

Y si bien es cierto, la literatura especializada es amplia al respecto, no lo es menos que el acercamiento a las decisiones seleccionados como muestra, permiten analizar de mejor manera la relación entre enfoque de género y garantías procesales penal, relación que para algunos puede ser peligrosa al poner en peligro los principios de igualdad ante la ley y de presunción de inocencia.

### **Metodología**

Para el desarrollo de la presente investigación se ha decidido utilizar un paradigma de tipo cuantitativo “su preocupación no es prioritariamente medir, sino cualificar y describir

el fenómeno social a partir de rasgos determinantes, según sean percibidos por los elementos mismos que están dentro de la situación estudiada” (Bernal, 2010, p. 36). Por su parte, Ñaupas *et al* (2003) al explicar este paradigma, menciona que “[s]u propósito es reconstruir la realidad, descubrirlo, interpretarlo; por tanto, el método no es la verificación, la contrastación o falsación poperiana, sino la comprensión, la interpretación o la hermenéutica” (p. 98), de allí que lo que se busca es reconstruir lo acaecido en unas decisiones tipo de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia buscando la relación entre dos criterios: el enfoque de género y las garantías procesales.

De la misma manera, se utilizará un enfoque hermenéutico ya que este permite establecer “relaciones circulares entre el todo y las partes, donde la anticipación del posible sentido está confirmada o superada en la contrastación con la coherencia significativa de todo el universo del hecho estudiado” (Bernal, 2010, p. 38).

Finalmente, el modelo metodológico se completa con el tipo de investigación, que no será otro que el estudio de caso, en donde se comprende a profundidad un caso, con el fin extrapolar los resultados a un contexto más amplio a fin al caso documentado. Rozo y López (s.f.) manifiestan que el estudio de caso es un método de investigación en donde se comprende a profundidad un caso, con el fin extrapolar los resultados a un contexto más amplio, a fin al caso documentado; por ello es una herramienta muy útil para la investigación de violaciones a derechos humanos al responder las preguntas de ¿por qué? y ¿cómo?.

Así entonces, se utilizó una técnica de análisis documental toda vez que los casos escogidos corresponden a tres decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que son:

- Caso Tipo 1: Sentencia de Casación SP 2649-2002 del 27 de julio de 2022.
- Caso Tipo 2: Sentencia de Casación SP 2136-2020 del 1 de junio de 2020.

- Caso Tipo 3: Auto AP 2070-2018 del 23 de mayo de 2018.

Fueron escogidas en función de los siguientes criterios: (i) aplicación o no de enfoque de género pese a ser un asunto con violencia o discriminación en razón de género, (ii) la posición jurídica de la mujer en el caso; (iii) la diversidad de hechos, materia de juzgamiento.

## **Capítulo 2: Marco Teórico**

### **El Enfoque de Género y el Derecho Penal: Una discusión Pendiente**

#### **El Concepto de Género**

Para concebir lo que es la perspectiva de género es forzoso depurar unas nociones importantes en la interpretación de lo que implica el concepto de género, el cual tiene aristas muy heterogéneas. En la actualidad, y más que en cualquier otra época de la historia, dicho concepto es espacio de disputa ideológica tanto en contextos internacionales como nacionales, por lo cual la discusión sobre derechos de las mujeres ha ingresado colmada de demandas en las prioridades políticas y en las políticas públicas de los Estados y de la sociedad civil.

El género tiene una significación contemporánea, ya que su conceptualización e importancia no alcanzó a ser dimensionada en el siglo ilustrado, cuando una porción social emprendió las batallas por el establecimiento de políticas equivalentes entre mujeres y hombres en todos los contextos (Criado, 2006).

El término género, más allá de su utilización en gramática, fue acuñado a mediados de la década de los 50 del Siglo XX y en su acepción primaria significaba las maneras de "comportamiento, formas de expresarse y moverse y preferencia en los temas de conversación y juego que caracterizaban la identidad masculina y femenina" (León Rodríguez, 2015, p. 42) y era concebido como una edificación cultural mutua con base en la cual los rasgos masculinos o femeninos no proceden de una conjeturada biología originaria, sino que se logran a través de un desarrollo propio de la persona y de su interacción social .

Se trata, entonces, de un grupo de roles, conductas, diligencias y facultades culturalmente edificadas que un grupo social específico reflexiona ajustadas a mujeres o a hombres. Tradicionalmente se ha identificado sexo con género y es habitual, a veces, hallar

tal sinonimia en escenarios con implicaciones orgánicas. Es en este escenario donde se debe aclarar que el sexo aparece fijado por la biología personal y es el elemento identificador de las fisonomías que desigualan a las mujeres y a los hombres, creado por los contrastes naturales entre ellas y ellos (Mejía, 2015).

Por tanto, el sexo personificaría los tipos físicos y funcionales que diferencian a las hembras de los machos en la estructura humana; en consecuencia, el sexo se fija desde el nacimiento y se visualiza en los miembros orgánicos corporales, en las peculiaridades naturales congénitas de un cuerpo, el cual se ha configurado por la evolución natural.

En sentido inverso, el género es una cimentación general que se atribuye culturalmente; no es pues, un estado dado por las leyes naturales como sí lo es el sexo. Luego, entonces, se debe decir que las peculiaridades de la especie humana referidas como femeninas no proceden de lo biológico – que sería lo sexual- sino que se logran a través de una causa propia y mutual, relacionada con la interacción social y los roles culturalmente asignados. (García, 2004)

Ahora bien, en la cultura contemporánea el género es un concepto muy amplio que toma rumbos diferentes por la orientación sexual que asume. En consecuencia, en el género femenino se identifican (i) mujeres cis, que nacen con genitales femeninos y que se identifican como heterosexuales, homosexuales, bisexuales o pansexuales: (ii) las mujeres trans, que nacen con genitales masculinos pero que se identifican como mujeres, independiente de que conserven esos genitales o de que se practiquen cirugías y procedimientos para modificar su cuerpo y su morfología genital; y (iii) las mujeres no binarias, llamadas *queer*, que no se asumen en ningún género de manera absoluta (Pastrana, 2017).

Estas distinciones conceptuales no deben ser tomadas como simples definiciones sino

más bien como la distinción de la variedad de identidades de género que pueden existir en lo que comúnmente se rotula como mujeres. Y es más importante cuando se trata de violencia o discriminación basada en género, ya que permiten otras hermenéuticas legales diferentes a lo tradicionalmente trabajado por el derecho penal.

Así las cosas, por ejemplo, se debe predicar que la violencia de género se presenta cuando cualquier mujer es agredida por razón de su condición de mujer sea cual sea apariencia exterior. En el caso de las mujeres cis las más violentadas son:

[l]as mujeres negras, las lesbianas, las pobres, las campesinas, las indígenas y las migrantes son aquellas que están en mayor riesgo. En ellas cae el peso del sistema económico que separa sobre la explotación de su fuerza de trabajo, de los acuerdos culturales por los que cualquiera puede acceder a sus cuerpos y de las instituciones diseñadas para garantizar impunidad en caso de que las asesinen. (Pineda, 2019)

Pero, por otro lado, no es menos cierto que las parejas u otras personas agreden a las mujeres homosexuales, trans y *queer*; esta última situación se complica cuando hay vacíos legales “debido al no reconocimiento de su género e identidad auto percibida, por ende, al no ser consideradas legalmente como mujeres no están bajo la protección de dicho instrumento legal” (Franco, 2017).

### **El rol de la Mujer a través de la Historia**

Inicialmente se debe partir de la premisa que la mujer a lo largo de la historia ha tenido diferentes roles que generaron una clara distinción con el hombre. Sin embargo, es indudable que la constante ha sido la invisibilización y reconocimiento de la mujer como sujeto histórico. García Peña (2016) reseña que el abordaje disciplinar específico de la historia de la mujer vio a luz en el siglo XX, que inició con lo que se llama historia de excepción donde el énfasis estuvo en la narrativa histórica de mujeres sobreasalientes; para

continuar con la llamada historia contributiva, en la cual analizaba el papel histórico de las mujeres como accesorio a los movimientos sociales.

García Peña (2016) ve que estas dos tendencias de estudios históricos están mediados por dicotomías como victimización/protagonismo de la mujer, víctimas de la sociedad patriarcal/luchadoras de la transformación social y feminista, las cuales son limitadas en la medida en que no analizan en detalle las complejidades propias de sociedades del pasado. “No se trata de escribir una historia lineal de los supuestos avances y retrocesos de la condición femenina, sino una historia social de mujeres en toda su complejidad” (s.p)

Así, por ejemplo, en la antigüedad greco-romana las mujeres no tuvieron capacidad política; sin embargo, en el mundo griego el rol de la mujer era principalmente el de la reproducción de nuevos ciudadanos mientras que en Roma su papel fue reconocido más allá de este aspecto en la medida en que sobre ella recaía la educación cívica de los futuros ciudadanos. Por tanto, mientras que en la Grecia clásica la mujer estaba desterrada al gineceo en el mundo romano ella podía salir al mundo exterior (Tello Lázaro, 2003).

En la Edad Media se manejaron dos premisas básicas sobre la mujer: (i) su inferioridad con respecto al hombre y (ii) su sujeción a este último. Ahora bien, en este periodo se puede hablar de una imagen teórica de lo que se predicaba sobre la mujer, la cual fue construida a partir de las ideas de los teólogos cristianos, las de la aristocracia existente y de la burguesía emergente. Por ello, la visión teórica de la mujer era bastante ambigua balanceándose entre la idea de Eva – fuente de tentación- y María – amor salvador- (Corleto Oar, 2006).

Sin embargo, como lo refiere Corleto Oar (2006) esta imagen no coincide con la realidad donde el papel de la mujer dependía de su jerarquía. Está, por un lado, la dama quien tenía un alto grado de libertad, máxime si estaba sola y era determinante en la economía del



feudo, llegando a disfrutar – en algunos eventos y lugares- de los mismos derechos que los hombres; por ejemplo, cuando el marido partía para la guerra, la dama-esposa quedaba a cargo de la unidad familiar. En otra jerarquía estaban las mujeres trabajadoras y las campesinas que en términos generales tenían los mismos roles que sus homólogos varones: “Debían ofrecerse para ser contratadas, trabajar para subsistir, ayudar a redondear la economía doméstica y, si eran casadas, normalmente compartían las mismas tareas que sus maridos” (Corleto Oar, 2006, p. 661).

En contraposición a ello, en el Renacimiento europeo se dieron tres posturas: en primer lugar, una que reclamaba igual capacidad de mujeres y hombres para ser virtuosos; otra en que la tal capacidad estaba mediada por las funciones individuales y sociales que desempeñaban; y una última en que la capacidad para la virtud es diferente en hombres y mujeres, lo que implica virtudes diferentes para unos y otras. Esta última visión fue la que se afianzó en el Renacimiento y sirvió como justificación a preconcepciones heredadas del medioevo hacia las mujeres (Flecha García, 1993).

Entonces, la mujer quedó reducida al ámbito familiar con una educación destinada al matrimonio, que una vez dado le otorgaba ciertos derechos frente a la sociedad dentro de los límites propios de cada estrato social, ello en plena compaginación con los postulados clásicos que el Renacimiento intentaba restaurar (Flecha García, 1993).

Para el periodo Ilustrado el debate se centró en la naturaleza de la mujer y cuál era su capacidad para la vida política. De hecho, la mayor parte de los filósofos ilustrados –Kant y Rousseau, por ejemplo- excluyeron a las mujeres de la vida política bajo concepciones médico-fisiológicas sobre la incapacidad natural de la mujer así como en la razón, todo ello en contravía del postulado demoliberal de igualdad. Así, entonces, “[e]n los discursos patriarcales del siglo XVIII, se afirma que la naturaleza hizo a la mujer diferente del hombre,

y que se le define por su belleza, su encanto, y sexualidad, siendo esto precisamente lo que la hace inferior al hombre” (Bonilla Vélez, 2010, p. 196)

Sin embargo, en el ambiente de la Revolución Francesa se alzaron voces a favor de aplicar los principios del liberalismo político a las mujeres tales como Theodor Von Hippel, Montesquieu, Diderot y D’Alembert; así a juicio de Bonilla Vélez (2010) las feministas del siglo XVIII utilizaron argumentos que reclamaban la igualdad natural entre hombres y mujeres y apelaron a la lógica de los derechos políticos para discutir su rol dentro de la sociedad burguesa que se consolidaba.

Finalmente, es menester decir que es a partir del siglo XIX que inician los movimientos de mujeres – iniciando con las sufragistas- que permitirían materializar el principio de igualdad ante la ley heredado del liberalismo político con las consecuencias jurídico-políticas que ello implicaría. Será el siglo XX el que genere los movimientos feministas que no claudicaron en la lucha por el pleno reconocimiento de la mujer en la sociedad y que fue respaldado por el derecho internacional de los derechos humanos, tal y como ya se lo había advertido.

### **Género y Derecho Penal**

El derecho penal actual brota contiguo a los postulados y productos ideológicos del período ilustrado. La noción de derecho penal como preservador de valores legales - desmarcados de la moral y que poseen la meta de resguardar hasta donde pueda la libertad ciudadana- surge en el marco de dicho período (Rodríguez, 2016).

Ahora bien, el asunto es que la fase ilustrada de la historia fue concebida e implementada por hombres occidentales, caucásicos y burgueses, donde las mujeres no fueron vistas como merecedoras de derechos autónomos que logran ejercitar como ciudadanas en igualdad de condiciones ante la estructura estatal (Bonet Esteva, 2009); ello

dejó una impronta patriarcal que impregnó varios escenarios de la vida social, incluido el derecho. En este último ámbito, y en especial el penal, conceptos como imparcialidad, igualdad ante la ley y coherencia, son meras formalidades tal y como lo sostienen los movimientos feministas (Abadía, 2014).

Un ejemplo de ello, es la ejecución de una perspectiva masculina de las reglas penales, que implica una invisibilización de la mujer a la par que su subalterización como sujeto político, por ejemplo: el requerimiento de oponer resistencia para evidenciar la fuerza ilegítima como dispositivo de la violencia sexual, dejando de lado la circunstancia frecuentes en las que las mujeres víctimas no se defienden, mientras ocurre la agresión, ya sea por la supremacía física del victimario o por una réplica reactiva causada por una culturización que, en contrapeso de lo que ha establecido la masculinidad, no vigoriza el empleo de la potencia física como procedimiento de amparo.

En este orden de ideas, son varios los reparos que el movimiento feminista hace al acceso a la justicia en materia penal; así, se establece que varias reglas jurídico-penales, lo que hacen es mantener ciertos estereotipos de género sobre todo en relación con el erotismo femenino y su sexualidad (Barlett, 2011). Otra crítica recae sobre la idea de la pretendida neutralidad del derecho penal, que exige interpretaciones exégeticas de los tipo penales e impide valoraciones diferenciales del contexto. Esto se evidencia, por ejemplo, en la alevosía como agravante del homicidio que existe en la mayoría de códigos penales del mundo y que no tiene en cuenta que la mujer víctima de violencia doméstica requiere que su pareja esté en indefensión para poder matarlo -en defensa de su vida-, a diferencia del hombre que por su poder físico asesina a la mujer en cualquier circunstancia que ella se halle (Fernández Revoredo, 2006).

Como lo ha examinado el feminismo cultural (De Miguel, 2007), el derecho penal ha

incentivado la depreciación de las mujeres al edificar su la ética vital sobre un contexto de socialización donde, luego de una concientización conectiva comunitaria, brota la concepción de compromiso social. De este modo, una instrucción marcada por el cuidado colectivo permite que sobresalga el enlace mutuo sobre la independencia. Esta alineación de la autonomía personal de la mujer induce a que la ruptura de vínculos sea percibida como un ataque y, en esa medida, las tramitaciones a los problemas de abuso o violencia se sitúen en la óptica de conservar el lazo con las personas y grupos de convivencia. Ante dicha cimentación ética del cuidado femenino, el derecho penal prioriza la definición punitiva de forma vertical, por medio del encarcelamiento, lo que induce a la depreciación de la manera de remediar las dificultades desde esa ética del cuidado (Faerman, 2015).

Este modo de tramitación de conflictos ha estimulado, verbigracia, que las víctimas de abuso y violencia en el hogar o en otros ambientes opten por no efectuar la denuncia, o si la han interpuesto, desistan luego, pues ellas no quieren prisión para sus agresores, sino que cesen con la violencia (Deza Villanueva, 2012). Y como corolario de este aspecto está la tendencia que afirma que el derecho penal, abiertamente, no protege a las mujeres de los delitos de género (Montoya, 2011). Esta aserción es el resultado de la obstinación de las normatividades penales de interponerse en el contorno personal de las ciudadanas víctimas de abuso y agresión por el hecho de ser mujeres (Zaffaroni, 2000) y en la carencia de tipos punitivos específicos que no se generalicen en violencia intrafamiliar, sino que especifiquen todas las formas concretas de abuso y violencia contra la población femenina.

En la actualidad, los Estados han asumido que los paradigmas patriarcales son el origen de las disconformidades reales hacia las mujeres y la cepa de los abusos y agresiones de género en su concepción más desarrollada (Páez, 2011). De allí, entonces, la necesidad de utilizar criterios diferenciadores para materializar ese principio demoliberal de igualdad.

## **El Principio de Igualdad ante la Ley como Elemento Clave de las Garantías Procesales Penales**

### ***El Principio de Igualdad en el Constitucionalismo Colombiano***

Inicialmente se debe predicar que el principio de igualdad desde el punto de vista jurídico se ha construido a partir de diversa experiencias y contextos históricos. Así, se lo ha atado al concepto de justicia e interrelacionado con otros derechos humanos. Sin embargo, la igualdad jurídica nunca ha sido concebida como igualdad de trato sino frente a aquellos que ostentaban iguales características; es decir, igualdad entre iguales y trato diferente para quienes tenían distinciones jurídicamente admisibles (González Alarcón, 2011).

Entonces, el principio de igualdad objetivamente, al decir de González Alarcón (2011), se desarrolló a través del carácter general de la norma jurídica donde su carácter abstracto implicó la resolución generalizada de casos idénticos a partir de una hipótesis inicial, sin que ello desconozca el carácter desigual que se puede predicar de los destinatarios de la norma.

Desde este ámbito la igualdad fue uno de los derechos o principios que se plasmó a partir de las ideas demoliberales como lo atestiguan la Declaración de Independencia de las trece colonias, la posterior Constitución de los Estados Unidos de América, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Defensoría del Pueblo, s.f.). Con la consolidación del derecho internacional de los derechos humanos la igualdad se consolidó como uno de los pilares fundamentales de los Estados modernos: Aparece incluida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 1), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Arts. 2, 3 y 14) así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 1.1 y 24).

Colombia acogerá en su Constitución Política de 1991 la igualdad como uno de los

ejes arquimédicos sobre los cuales gira el Estado social de derecho inaugurado en tal constitución. De esta forma se distingue una concepción de la igualdad meramente formal – propia de la visión del Estado de derecho y desarrollada por el liberalismo político- de un material, que busca precisamente su realización (Gómez Martínez, 2019).

Es de esta manera que se consagró la igualdad en el artículo 13 de la Constitución, el cual incluye (i) el principio general de igualdad - todas las personas nacen libres e iguales ante la ley-, (ii) la regla de prohibición de trato discriminatorio y (iii) el mandato de promoción y la obligación de adoptar medidas en favor de grupos marginados o discriminados (Corte Constitucional, 2016).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional le dio a la igualdad la connotación de ser un valor, principio y derecho. Así, se dijo que era una norma que contiene fines constitucionales obligatorios para todas la autoridades públicas; a partir de ello, la igualdad como valor tiene un sentido finalista de interpretación tanto para el juez como para el legislador; mientras que como principio la igualdad es un mandato de optimización que permite la introducción de reglas concretas para lograr la materialización de la igualdad. En tanto derecho, la igualdad debe ser vista bajo el prisma de los derechos subjetivos lo que implica una correlativa obligación y la existencia de un sujeto activo y otro pasivo (Gómez Martínez, 2019).

A partir de esta triple caracterización, la jurisprudencia constitucional explica que la igualdad puede entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios

sospechosos contruidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras. (Corte Constitucional, 2017)

Luego, entonces, los diferentes ámbitos donde la Carta Política de 1991 plantea el principio de igualdad son, *inter alia*: (i) igualdad formal o igualdad ante la ley, (ii) igualdad de trato, (iii) igualdad de derechos y deberes, (iv) igualdad de bienes, (v) igualdad de oportunidades, (vi) igualdad en la imposición de cargas, e (vii) igualdad de salario (Defensoría del Pueblo, s.f.).

Finalmente, frente al principio de igualdad es menester traer a colación a Bernal Pulido (2002) quien frente a la indeterminación de tal principio explica que la Corte Constitucional colombiana ha utilizado diversos criterios que pueden ser condensados en las en tres diversas versiones del llamado test o juicio de igualdad: (1) un juicio de la igualdad de influencia europea, que sigue el modelo del principio de proporcionalidad; (2) un segundo juicio, de influencia norteamericana, que se funda en la distinción entre tres tipos de escrutinios de igualdad; y (3) un original juicio integrado de igualdad, que pretende ser una simbiosis entre los dos primeros esquemas (p. 57)

Así las cosas, la Corte Constitucional de Colombia ha diseñado un test de igualdad que integra los modelos norteamericano y europeo en un intento de utilizar lo mejor de los dos ello con el fin de limitar las críticas que se pudiesen hacer al activismo judicial desplegado por este tribunal en un intento de equilibrar la voluntad legislativa – que representa al pueblo- con los cambios sociales o la protección de minorías.

### ***El Principio de Igualdad y la Dignidad Humana***

La dignidad humana es un concepto que está inmerso en diversas culturas y

tradiciones filosóficas lo que le da en palabras de Recanes (2006) un carácter universal que surge de la naturaleza misma del ser humano, lo que implica que no puede instrumentalizarse para la realización de fines diferentes a los propios; es decir, el ser humano como auto-fin.

Sin embargo, para llegar a tal concepción fue necesario un proceso histórico en la medida en que inicialmente ese atributo de dignidad no se predicó de todos sino de ciertos grupos reducidos; por ejemplo, piénsese en los que eran considerados ciudadanos - ya sea en la antigüedad greco-romana o en tras las revoluciones burguesas-, lo que implicaba que quedaban “excluidos los pobres, las mujeres, los negros y negras, indígenas y mestizos, los jóvenes, las niñas y niños y los no letrados, es decir, la inmensa mayoría de la población” (Velásquez Toro, 2010, p. 52) .

Para el siglo XIX la cuestión social y las movilizaciones políticas de ciertos sectores, hicieron que ese concepto de dignidad abarcará a otros sectores poblacionales que se incorporarán como nuevos ciudadanos. Solo será para el siglo XX cuando se dé el reconocimiento del carácter de dignidad humana a grupos históricamente marginados o excluidos ya sea por género, orientación sexual, discapacidad, origen étnico, etc.

Ahora bien, la idea recapitulada por Recanes (2006) también tuvo su origen en las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial que dieron pie a la expedición de diversos documentos internacionales como la Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1945 o la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; mientras que a nivel interno se la consignó en la Ley Fundamental de Bonn (1949), la Constitución de Portugal (1976), la Constitución de España (1978), la Constitución de Brasil (1988) o la de Colombia (1991).

En el caso colombiano, la Carta Política de 1991 estableció a la dignidad humana como un fundamento del Estado social de Derecho (Art. 1) y como atributo predicable a



todas las manifestaciones culturales del país (Art. 70). A partir de ello, la Corte Constitucional (2002) predicó que la dignidad humana debe ser abordada desde dos visiones: como (i) concepto normativo y (ii) objeto de protección. Desde la primera, implica reconocer a la dignidad humana tres caracterizaciones: (a) la de principio constitucional – fundamento del Estado y del ordenamiento jurídico-, (b) la de valor constitucional – meta o fin del Estado- y (c) como derecho fundamental – lo que implica ser una garantía exigible al Estado. Y como objeto de protección, la dignidad humana implica (a) vivir como se quiera, (b) vivir como quiera, (c) vivir bien y (d) vivir sin humillaciones.

Mendieta y Tobón (2018) establecen la existencia de un relación histórica y conceptual entre la dignidad humana y el principio de igualdad que se concreta en la prohibición de no discriminación y el reconocimiento del otro: “no puede haber dignidad humana, sin el reconocimiento del otro, y su diferencia a la luz del principio de igualdad en el marco del Estado social y Democrático de derecho” (p. 279). En conclusión, se puede predicar que la discriminación es una grave violación a la dignidad humana que menoscaba el principio de igualdad (Velásquez Toro, 2010).

Ello implica que no se puede predicar la existencia de sujetos indignos o inhumanos y la existencia de una correlativa obligación estatal de generar espacios de garantía para el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones. Ahora bien, para concretar tal garantía es necesario la adopción de políticas pública donde las medidas a desarrollar deben superar el test de igualdad de tal manera que sean constitucionalmente admisibles.

Es en este orden de ideas, es donde el enfoque de género cobra relevancia toda vez que “tiene su origen en la búsqueda del reconocimiento de la dignidad humana y de los derechos inherentes a la humanidad de las mujeres” (Velásquez Toro, 2010, p. 19) ya que como lo sostuvo la misma Corte Constitucional (2006):

Las mujeres han batallado durante años por reclamar lo que a partir de un concepto mínimo de humanidad han merecido pero que históricamente les ha sido negado, esto es, el reconocimiento de su dignidad humana y de su estatus de personas y ciudadanas; la igualdad formal y material de trato; el goce de aquellos derechos que hacen factible su capacidad de concebir y emprender de manera activa los proyectos que sean de su interés; la capacidad de administrar sus propios bienes; el derecho a recibir una instrucción y una educación adecuada a sus necesidades; la posibilidad de participar de manera activa en la configuración, en el ejercicio y en el control del poder político. En suma, la manera de hacer factible su aparición visible, concreta, consciente, autónoma y libre en la vida familiar, social, económica, política, cultural y jurídica de conformidad con su propia mirada.

Como se puede observar hay una íntima relación entre el derecho, valor y principio constitucional de la dignidad humana y el desarrollo y aplicación del enfoque de género, entendido este como una herramienta que ayuda a la comprensión e interpretación del mundo desde la perspectiva de la mujer y con la carga histórica de persona históricamente excluida.

### ***Igualdad, derecho penal y enfoque de género***

Como ya se ha explicado, el principio de igualdad ante la ley ha sido reconocido universalmente como derecho humano y se ha recogido en los ordenamientos constitucionales modernos y que envuelve no exclusivamente la igualdad ante la ley - hombres y mujeres, acusadores y acusados, etc.- sino, asimismo, y preponderantemente, la igualdad en la aplicación de la ley. Este último punto es de interés para el presente trabajo, ya que cuando el operador judicial utiliza un enfoque de género, debe procurar que la aplicación de la ley sea igualitaria, de tal manera que no considere al hombre como culpable, precisamente por ser hombre.

Solo así se entenderá cumplido el mandato consagrado en los artículos 7 del Código Penal colombiano y 4 del Código de Procedimiento Penal, que en sus tenores literales expresan:

Artículo 7°. Igualdad. La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella. El funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito, en relación con las personas que se encuentren en las situaciones descritas en el inciso final del artículo 13 de la Constitución Política. (Congreso de la República, 2000)

Artículo 4°. Igualdad. Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

El sexo, la raza, la condición social, la profesión, el origen nacional o familiar, la lengua, el credo religioso, la opinión política o filosófica, en ningún caso podrán ser utilizados dentro del proceso penal como elementos de discriminación. (Congreso de la República, 2004)

Ahora bien, la correspondencia entre derecho y diferenciación humana ha sido establecida con claridad por Ferrajoli (2001a) quien percibe cuatro capitales pilares de disposición jurídica de las diferencias entre congéneres, que en gran medida declaran cómo la teoría del derecho ha marchado en su ruta evolutiva frente a la temática de la igualdad y que podemos evidenciar de manera concisa.

El primer pilar es la apatía jurídica de las diferencias, piloto en donde éstas son ocultas intencionalmente, lo que se traduce en que no se las ampara ni se las resguarda legalmente.

El anterior es el ejemplo conveniente que Ferrajoli (2001a) aporta de las sociedades concebidas por Hobbes, así como las de corte anarquista, en donde el puesto de las diferencias surge desterrado a las conexiones de pujanza y poder. En esta óptica, la mujer permanece asida al poder masculino y a sus impuestos papeles caseros y familiares en una trama machista ancestral. En este contexto, el actual riesgo sería que se asumiese que todo hombre acusado penalmente de delito de género tiene un rol de misógino y abusador *per se*.

El segundo pilar consiste en el contraste legal de las diferencias, tipo conveniente de las culturas con procedimientos de estratificación por ralea en los períodos más antiguos de la práctica judicial. Bajo este esquema, algunas diferencias como el sexo, el lugar de origen, o las edades de los ciudadanos, se encarecen y elevan en menoscabo de otras que puede llevar hasta adjudicarse una suerte de estatus favoritos, que serían principios de derechos poderosos. Las diferencias se conciben como distinciones sencillas, a manera de prerrogativas y segregaciones. Los colectivos con etiqueta discriminatoria, como las mujeres, o los afrodescendientes, entre otros, son excluidos, hostigados o subyugados legal o ilegalmente por los grupos de poder, donde el género fue seriamente afectado, por supuesto.

Un tercer pilar propuesto por Ferrajoli (2001a) es la aprobación jurídica de las diferencias, guía conforme a los postulados liberales que equiparan a una persona generalizada como vocablo estándar de los enlaces humanos de igualdad. Las diferencias son imposibilitadas ya que son depreciadas y desconocidas bajo el pretexto abstracto de que todos somos iguales. La diferencia femenina no soporta una seria segregación judicial, pero por este idéntico motivo es ignorada y escondida. Este piloto social y jurídico, implica extensos bordes de ineficiencia de una igualdad que niega las diferencias. Contemporizando diríamos que hoy la presunción de inocencia de un hombre se halla escondida bajo una falsa equiparación procesal.

El cuarto pilar se agrupa desde una similar apreciación jurídica de las diferencias, esquema social que avala el desarrollo independiente de las personas y el respeto por sus diferencias, sin segregarnos, ni privilegiarlas ya que una dupla garantista garantiza su efectividad: los derechos fundamentales convencionales y constitucionales y un Estado de derecho que lo haga posible. Este escenario plantea la hipótesis por la cual una perspectiva de género mal enfocada puede convertir a la mujer demandante en actor con supremacía frente al hombre acusado. La igualdad de los derechos esenciales tiene como secuela el parejo derecho de todos a la aserción personal y a la protección de la identidad de cada ciudadano, gracias al idéntico importe coligado a las diferencias humanas que permiten a cada persona ser única y diferente, pero a la vez, igual a sus congéneres en términos de generalidad legal.

Pues bien, este cuarto tipo, con base en los planteamientos de Ferrajoli (2001a), es el *quid* para descifrar la investidura de las cartas magnas de los Estados de derecho como Colombia, referente al fundamento de la igualdad: la enunciación preceptiva del derecho a la igualdad y la implantación de cauciones para su efectividad, como resultado de que varias diferencias tienen valor supremo en la interacción social como elementos de desigualdad (Rey Martínez, 2005).

Tal y como se lo ha mencionado, el ala más radical del feminismo ha condicionado que gran parte de las modificaciones legales ámbito penal se hagan en clave de populismo punitivo de género, con una tendencia a negar derechos, como el debido proceso, a los hombres acusados de abuso o violencia contra las mujeres, en una clara desviación de los principios liberales propios del garantismo penal.

Sin embargo, es imperativo registrar que aun desde los feminismos hay voces que apuntan a definirlo en equidad Cydón (2020):

Ser feminista no significa que pensemos que las mujeres merecemos derechos

especiales; significa que sabemos que merecemos los mismos. Defender la igualdad no implica menospreciar o castigar a los hombres. El feminismo no habla de superioridad ni discrimina al otro género, simplemente combate las desigualdades que sufren las mujeres por el mero hecho de serlo. No se lucha por ser “más”, se lucha por ser igual.

Este sería el ideal de una reivindicación liberal de los derechos de las mujeres incluido el acceso a una justicia penal pronta y eficaz, que tome en cuenta sus requerimientos particulares, como no ser revictimizada, por ejemplo, pero que respete el debido proceso y demás garantías constitucionales de las contrapartes, sobre todo las masculinas. Esta tendencia sería la más ajustada a derecho contemporáneo a juicio de Valcárcel (1993) primero, porque se mantiene en la línea de instituir las diferencias entre personas y se dirige a suprimir cualquier segregación que fomente desigualdad en cualquier escenario.

Y, segundo, porque se concibe como un método de segura de observancia. En este punto es preciso advertir, por encima del ideal socio jurídico, que es difícil entender por qué el principio de igualdad pese a ser uno de los más defendidos es a su vez uno de los más trasgredidos incluso por quienes lo han demandado históricamente como algunas feministas, que lo hacen en contra de algunos hombres en los estrados penales.

Así cabe la pregunta legítima de la utilización del enfoque de género haría que el principio de igualdad quede circunscrito a existir puramente como una declaración protocolaria, o si de verdad continúa en un proceso evolutivo que sea capaz, incluso, de oponerse a tendencias que lo han demandado jurídicamente, pero en esa misma medida lo niegan a otros (Palomar, 2005). Precisamente por ello la igualdad puede convertirse en un principio muy incómodo para filosofías radicales, fanáticas y fundamentalistas que en la cumbre de sus logros políticos, jurídicos y jurisprudenciales optan por negarla a quienes

asumen como su contendor. Una inquietud jurídica que surge es si al lograr horizontes muy altos de ideales jurídicos que protejan las diferencias dentro de la igualdad, se cae en un enajenamiento de la realidad que puede hacer ineficiente su ejercicio en la obtención de justicia penal (Motta y Cabal, 2006).

Si bien falta mucho para que la perspectiva de género se aplique con rigor legal en juzgados y tribunales, no lo es menos que ya se presenta una clara exageración de esa perspectiva que pretende soterrada y hasta abiertamente, la negación de derechos procesales a los ciudadanos de género masculino, sin que esto implique que se afirme que los victimarios pasaron a víctimas, sino que todo acusado tienen derecho a un proceso justo, que forma parte de sus derechos humanos universales. La perspectiva de género no anula ningún derecho pues

ha de ser la prueba, una o varias, de cargo, la que conduzca al juzgador a eliminar la presunción de inocencia. Prueba que en materia de violencia de género no presenta, ni debiera presentar, especialidades en cuanto a su proposición y práctica” (Martín, 2018, p. 35).

Así las cosas, es pertinente concluir que el enfoque de género no puede generar menoscabo de las garantías procesales de los sindicados y por ello su aplicación debe circunscribirse únicamente a aquellos casos donde se predique violencia contra la mujer y que a partir de los antecedentes fácticos de las partes se concluya una posición de discriminación histórica, de falsas percepciones, creencias o estereotipos relacionados con lo que se espera o se cree que es la mujer.

### **Capítulo 3: Descripción los Casos Tipo tramitados ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**

#### **Caso Tipo 1: Sentencia de Casación SP 2649-2002 del 27 de julio de 2022**

##### ***Identificación del caso***

Se trata de una sentencia de casación proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

##### ***Aspectos Fácticos***

La procesada es Johana del Carmen Montoya Rosario, quien desde temprana edad fue sometida a tocamientos sexuales abusivos, que cuando cumplió doce años se convirtieron en acceso carnal; su madre nunca le creyó y más bien la agredió verbal y psicológicamente, por lo que abandonó su hogar, para vivir en la calle o con conocidos.

A los 14 años tuvo su primer hijo, en el 2008 tuvo a su segunda hija y en el 2010 a su tercer hijo. Alrededor del nacimiento de su primer hijo, ella empezó a escuchar voces que le impelían a terminar con su vida.

Para el año 2014, Montoya Rosario había vuelto a su hogar familiar, pero en el 2015 ella descubre a su padre en flagrante violación de su hija; tras las denuncias de rigor y ante la amenaza que el Instituto de Bienestar Familiar profirió sobre quitarle a la niña si seguía viviendo en ese hogar, ella decide salir hacia el municipio de Palmar de Varela.

En este contexto siguió escuchando voces que le indicaban que debía suicidarse, otros ruidos en el techo, así como el reflejo de alguien que no era ella en los espejos. Sufría de fuertes dolores de cabeza, no podía conciliar el sueño y presentaba un cuadro de ansiedad y depresión.

El 18 de febrero de 2015, mientras su novio Wilson Díaz Reales se fue a trabajar, Montoya Rosario alrededor de las 5 de la tarde llamó a cada uno de sus hijos y los degolló



con un cuchillo, tras lo cual se cortó las muñecas y el cuello. Cuando regresó Díaz Reales, tuvo que a la fuerza ingresar al hogar para encontrar ya muertos a los tres menores y aún con signos vitales a Montoya Rosario, quien fue atendida médicamente impidiendo así su deceso.

El 19 de febrero de 2015 la fiscalía legalizó la captura de Johana del Carmen Montoya Rosario; para el día 23 se le imputó los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo, dándole, adicionalmente, la detención preventiva en centro carcelario. Finalmente, tras el juicio oral se la condenó el 23 de noviembre de 2017 a la pena de 720 meses de prisión. Aunque se apeló tal fallo condenatorio la decisión fue confirmatoria, razón por la cual se acudió al recurso extraordinario de casación.

#### ***Argumentos de los sujetos procesales***

La defensa de la condenada, propuso recurso extraordinario de casación por errores de hecho al darse falso raciocinio en tanto se valoró mal las pruebas; en tal medida, se alinea con el voto disidente de la segunda instancia, en la cual se reclama la existencia de una situación de inimputabilidad.

Esta idea se fundamenta en el peritaje rendido por una psicóloga quien determinó la existencia de un trastorno esquizofrénico al momento de realizar la conducta punible; pese a ello, la fiscalía conceptuó por medio de psiquiatra que no existía tal situación de inimputabilidad. Sin embargo, la segunda instancia descartó al primero ya que a su juicio solo un psiquiatra puede brindar concepto pericial sobre enfermedades mentales.

Así mismo, la defensa argumenta que se suprimió las declaraciones del Díaz Reales que daban cuenta de tal situación. Si se une a ello a las declaraciones de sus vecinas – para quienes era una madre dedicada- y las tragedias familiares que había soportado, la defensa argumenta que no habría prueba alguna de la plena capacidad para autodeterminarse en el momento de la comisión de los hechos.

El Ministerio Público se alineó con la solicitud de la defensa, al considerar que sí existía un estado de inimputabilidad de la señora Montoya Rosario; consideró que, efectivamente, no se valoró correctamente los testimonios ni el contexto de la vida familiar de ella, por lo que predica que la segunda instancia no hizo una valoración integral y completa de los elementos probatorios obrantes en el proceso penal.

La fiscalía, en cambio, expresó que la decisión de instancia está debidamente sustentada en pericia psiquiátrica que confirma la imputabilidad de Montoya Rosario y que no existe ningún error de razonamiento, máxime si se la misma Corte Suprema de Justicia se ha inclinado a decir que frente a alegatos de inimputabilidad la prueba idónea es la psiquiátrica.

#### ***Consideraciones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia***

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (2022) abordó esta sentencia a partir de tres problemas a resolver: (i) el contexto en que le tocó vivir a la procesada, (ii) la existencia o no de un estado de inimputabilidad frente a Montoya Rosario, y (iii) el posible error en la dosificación de la pena principal y de la accesoria.

Frente al primer aspecto, la Sala Penal argumenta que, aunque la defensa de la señora Montoya Rosario como el Ministerio Público no ahondaron en cuál sería el error cometido por la segunda instancia, si examina que era pertinente tal contexto para comprender de mejor forma el caso. En este sentido, al Corte Suprema reprocha que en la primera instancia el juez ignoró este punto, mientras que la segunda instancia solo los calificó como sucesos inmorales.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (2022) advierte que las situaciones vividas por la señora Montoya Rosario antes de la ocurrencia de los fatídicos hechos, corresponden a “una profunda violencia sexista que las instancias estaban obligadas a

ponderar con un enfoque de género y, en tanto condenaron a la nombrada como imputable, tenían que haber considerado al fijar los parámetros legales de la pena y al dosificarlas judicialmente.

Entonces, el contexto vivencial de la procesada era importante a la hora de valorar la culpabilidad como uno de los elementos básicos de la construcción del delito; de allí que la Corte Suprema de Justicia, haga un resumen dogmático de tal elemento, para concluir que, si la decisión que permitió desplegar la conducta delictiva no estaba dada a partir de la autonomía del sujeto, no pueden predicarse culpabilidad alguna. Y, además, que más allá de este aspecto, la culpabilidad debe estar presente en la dosificación de la pena – como lo expreso esta misma corporación en sentencia del 9 de septiembre de 2020, radicado 54497-

Esta última idea, permite argumentar que si bien puede predicarse la existencia de una conducta típica y antijurídica, existen ciertas circunstancias, que si bien es cierto no anulan el libre albedrío, si “lo disminuyen, enervan o reducen y suscitan un reproche punitivo de menor intensidad, como también puede realizarla en condiciones, que en cambio, ameritan uno de mayor intensidad porque denotan un mayor desprecio por el comportamiento jurídico exigible” (Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, 2022, p. 13).

En lo que respecta a la perspectiva de género, la Sala Penal recuerda que su jurisprudencia es constante y reiterativa en su utilización en casos de violencia física, psicológica, sexual, familiar y económica contra la mujer. Recuerda, así mismo, la existencia de una obligación de su utilización, máxime en instancias judiciales, tal y como lo menciona la Corte Constitucional en sentencias T-590 de 2017 y T-012 de 2016 y sentencias de la Sala como SP919-2020, SP922-2020, SP931-2020, SP1270-2020, SP1729-2020, SP3002-2020, SP3274-2020, SP4624-2020, SP1289-2021, SP1793-2021, SP3614-2021, SP3583-2021, SP5451-2021 y SP849-2022.

Aclara la Corte que:

Sin embargo, poco se ha profundizado en el entendimiento y aplicación de la perspectiva de género cuando la mujer no es víctima de un acto de violencia de género, sino que concurre al proceso penal como imputada por la comisión de un delito. (p. 18).

Precisamente, y a partir del caso concreto, la Sala Penal, Corte Suprema de Justicia (2022) establece que el enfoque de género debe ser utilizado por los funcionarios judiciales en casos donde la imputada y juzgada sea mujer, en la medida en que razonablemente pueda predicarse que lo que derivó la comisión del delito está ligado a la presencia de violencia de género precedente o concomitante.

Inicialmente, la Corte Suprema establece que si bien es cierto no existe específicamente tal obligación en el derecho interno o internacional, si se puede establecerse a partir de los principios generales que abogan por la lucha contra la violencia de género y que obligan – tanto desde lo convencional como lo constitucional- a utilizar el enfoque de género para lograr tal objetivo.

Así las cosas, la violencia contra las mujeres no solamente se debe predicar en el ámbito penal desde la faceta donde se materializan actos delictivos de violencia de género, mediados por ideas patriarcales, sino también cuando se dan condiciones de vulnerabilidad que se relacionan con la comisión de delitos por parte de mujeres, unos más evidentes que otros – por ejemplo cuando también es víctima del mismo delito por el cual se la procesa-.

De allí, entonces, que la perspectiva de género sea un instrumento idóneo – a la par que una obligación- en asuntos donde la procesada sea mujer, para comprender la culpabilidad de ella, a partir de sus vivencias personales en tanto que estén relacionadas como “causa directa, indirecta, total o parcial del ilícito” (p. 24) y sobre las cuales deben los jueces

pronunciarse.

Este escenario plantea las siguientes posibilidades: (i) circunstancias de menor punibilidad, (ii) mitigar bajo el criterio de necesidad la pena, (iii) crear un escenario de inimputabilidad a causa de la anulación de la voluntad por los hechos que rodea el contexto de vivencia de la procesada, situación permitida por el artículo 33 del Código Penal colombiano.

Para la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal (2022) esta obligación también debe predicarse del trabajo de la fiscalía bajo el amparo del criterio de objetividad; así se el asunto está relacionado con contexto de violencia contra la mujer y que estos incidieron en la comisión del delito, es deber (i) de descubrirlos a la defensa, (ii) darles las consecuencias jurídicas del caso – delimitación de los hechos jurídicamente relevantes, calificación de las conductas, medidas procesales de su competencia.

En lo que respecta al caso concreto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia establece que estaba acreditado la señora Montoya Rosario tuvo que sufrir violencia de género de todo tipo, que *inter alia* implicó la vulneración de varios de sus derechos así como la defraudación de expectativas sociales por parte de sus allegados, y ni qué decir de las respuestas institucionales. Para esta sala, entonces, los errores que se cometieron tanto en primera como segunda instancia fueron:

(i) La no valoración en perspectiva de género las condiciones de vida de la procesada cuando se hizo el juicio sobre la culpabilidad, ya que *prima face* descartaron la inimputabilidad.

(ii) La segunda instancia no motivó correctamente la fijación de la pena cuando es mayor que el mínimo fijado por la ley, situación que a juicio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia vulnera el debido proceso – por ejemplo la sentencia del 16 de septiembre

de 2015, radicado 46485-

(iii) Si bien, el argumento del *ad quem* para fijar la pena fue la gravedad de la conducta, no se tuvo en cuenta las circunstancias en las que tuvo que vivir la señora Montoya Rosario.

(iv) La fijación de la pena accesoria violó lo prescrito por el artículo 51 del Código Penal que fija como límite máximo 20 años de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

El último aparte de la sentencia en comento es dedicada a la inimputabilidad por trastornos permanentes, donde inicialmente se hace una explicación dogmática de la inimputabilidad desde el elemento de la culpabilidad a partir de lo comentado en la sentencia SPP3218 del 28 de julio de 2021. En el caso específico de los trastornos mentales permanentes, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia utiliza la definición dada por la sentencia C-017 de 2018.

En términos generales, la Sala Penal considera que para que se configure una inimputabilidad es necesario reunir dos requisitos a saber: (i) la condición mental que afecte al autor del ilícito – inmadurez psicológica, trastorno mental o condición de diversidad sociocultural- y (ii) que dicha condición haya incidido en la comisión del delito.

Ahora bien, en el caso del trastorno mental se requiere conocimientos científicos especializados que ayuden a su comprensión – vale decir, prueba pericial-; aquí la jurisprudencia de la Corte Suprema – sentencia del 2 de marzo de 2022, radicado 52207- de conformidad con el artículo 421 de la Ley 906 de 2004, establece que la valoración normativa de la inimputabilidad la hace el juez y por tanto, los peritos no pueden referirse a tal punto. Lo anterior implica que el peritaje ayudaría a determinar la existencia del trastorno mental, quedando en la apreciación del juzgador si tal situación implicó la anulación del

discernimiento sobre la ilicitud de la conducta desplagada por el procesado.

Para el caso concreto se explica que se presentaron en la fase de juicio dos versiones peritales contradictorias: uno realizado por un médico-psiquiatra del Instituto de Medicina Legal y otro dado por una psicóloga con doctorado en psicología con énfasis en neurociencia cognitiva aplicada, así como otro más rendido por otra psicóloga, estudiante de doctorado en salud mental. En el primero se estableció que la señora Montoya Rosario no presentaba un diagnóstico clínico psiquiátrico al momento de los hechos, lo que implicaba una plena conciencia sobre lo que había realizado.

Mientras que en el segundo experticio dictaminó la existencia de un trastorno esquizoafectivo, que en situaciones de crisis produce alucinaciones e ideas delirantes; además, establece que en el momento de la comisión del ilícito Montoya Rosario se encontraba en una crisis psicótica aguda, desencadenada por haber encontrado a su padre abusando sexualmente de su hija, la amenaza del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar sobre quitarle la hija sino abandonaba el hogar. En el tercero, fundado en entrevistas a Montoya Rosario, se establece la existencia de un trastorno esquizoafectivo. A lo anterior, se le suma las declaraciones de Díaz Reales, novio de la procesada, y de varias vecinas de la misma.

La evaluación de la Sala Penal, Corte Suprema de Justicia (2022) inicia con los argumentos del *ad quem* donde establece que (i) por el objeto de estudio es la psiquiatría la ciencia que mejor determina la existencia de un trastorno mental, (ii) que la procesada era plenamente conciente de la conducta ilícita desplagada. Luego, establece los errores que el juez de segunda instancia comentó frente a la valoración probatoria:

(i) A diferencia de lo expresado por el *ad quem*, los experticios periciales de la defensa fueron efectuados con plena atención a los protocolos que para estos casos la psicología ha

formulado, pese a ello llevó a que, erróneamente, no se tuviesen en cuenta.

(ii) El argumento de la primacía de la psiquiatría sobre la psicología para dictaminar un trastorno mental, se basó en literatura anónima y nada que dice sobre la idoneidad de la psicología clínica, campo de experticia de las psicólogas de la defensa.

(iii) No corresponde a la realidad lo afirmado por la fiscalía en cuanto a la existencia de una tarifa legal dada por la Corte Suprema de Justicia en cuanto a que el diagnóstico de trastorno mental solo puede ser dado por un perito psiquiatra. Contrario a lo dicho, la sentencia 070-2019, radicado 49047 – con la que la fiscalía argumentó su posición- si bien es cierto la comprensión de los trastornos mentales debe darse mediante dictamen pericial psiquiátrico, más adelante la sentencia afirma que ello no implica la existencia de una tarifa legal, ya que tal situación puede demostrarse por cualquier medio de convicción.

(iv) Por consiguiente, la segunda instancia realizó inferencias improcedentes, lo que cae en el ámbito de “falsos juicios de identidad por cercesanamiento, de existencia por omisión y falsos raciocinios y equivocaciones conceptuales” (Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, 2022, p. 61)

Por todo lo anterior, y una vez corregidos los problemas de valoración ya explicados, la Sala Penal concluye que la señora Montoya Rosario sufre de un trastorno esquizoafectivo con manifestaciones sicóticas, presentes a la hora de cometer el delito por el cual fue procesada penalmente, siendo entonces una persona inimputable.

A manera de conclusión se puede manifestar que la presente sentencia fue elegida como tipo en la medida en que permite el examen del enfoque de género y de las garantías procesales más allá del tradicional rol de víctima. En efecto, tal y como se puede apreciar, también desde el ámbito de la procesada es dable aplicar el enfoque de género.

Lo que deja entrever este caso es cómo el examen de los antecedentes fácticos de la



procesada son relevantes a la hora de valorar su responsabilidad penal. Una adecuada valoración – que necesariamente implica un enfoque de género- puede llevar a una mejor adecuación típica, a valorar diminuentes de la pena, a reconsiderar la antijuridicidad de la conducta e incluso su imputabilidad.

Adicionalmente a lo anterior, llama la atención cómo los jueces de instancia pasaron por alto los antecedentes personales de la procesada para llegar a la conclusión de su plena responsabilidad penal; sino fuera por la intervención de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la procesada debería cumplir su pena como imputable sin el tratamiento psiquiátrico que su estado requería.

## **Caso Tipo 2: Sentencia de Casación SP 2136-2020 del 1 de junio de 2020**

### ***Identificación del caso***

Se trata de una sentencia de casación proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

### ***Aspectos Fácticos***

La presunta víctima - Heidy Johanna Hoyos Trujillo-, al momento de los hechos tenía 24 años de edad y vivía en la casa de sus padres; un año antes había roto la relación con el padre sus hijos la cual databa de 8 años. En dichas circunstancias llevaba una relación sexual oculta de carácter causal con Henri Fernando Burgos Mendoza.

Para el 1 de enero de 2015 Burgos Mendoza invitó a Hoyos Trujillo y su familia su casa, donde también estaba el primo de aquel, Jeison Enrique Botello Burgos, para los festejos de año nuevo. En este escenario Burgos Mendoza y Hoyos Trujillo a quedarse quedaron solos - alrededor de las dos de la mañana- y donde el primero manifestó a la segunda si quería tener relaciones sexuales, a lo que ella inicialmente aceptó. Ahora bien, durante el encuentro sexual Burgos Mendoza se percató que Botello Burgos se encontraba en

la pieza masturbándose; Burgos Mendoza le expresa a Hoyos Trujillo que tenga sexo con su primo, idea que fue rechazada por esta última.

Tras esta última manifestación la presunta víctima expresa que Botello Burgos “la volteó hacia la cama, la sostuvo con las manos por la espalda y la penetró vaginalmente” (Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, 2020, p. 3), con la complecencia de Burgos Mendoza que se reía y le decía que se dejara.

El 19 de enero de 2016 la fiscal imputó a Botello Burgos, en calidad de autor, y Burgos Mendoza, en calidad de cómplice, por el delito de acceso carnal violento agravado. Para el 11 de mayo se verbalizó el escrito de acusación, donde se indicó que el agravante consistía en el que corresponde al numeral 2 del artículo 211, el cual se refiere a la utilización de una posición de autoridad o de confianza frente a la víctima.

La audiencia preparatoria se hizo el 2 de junio de 2016 y la de juicio se dio el 25 de agosto y 18 de octubre de 2016, y el 1 de febrero y 13 de marzo de 2017. Tras ello, el juzgado de conocimiento condenó a Botello Burgos por el delito de acceso carnal simple, al no haber relación de confianza con la víctima, mientras que a Burgos Mendoza lo declaró responsable penalmente en calidad de cómplice en la modalidad agravada. Las penas correspondieron respectivamente a 144 y 96 meses de prisión.

El 7 de marzo de 2018 el superior jerárquico del juez de conocimiento emitió sentencia de apelación donde se decidió absolver a los procesados, al considerar que la fiscalía “no logró demostrar que la víctima hubiere sido sometida a violencia física o de otra índole para quebrar su voluntad” (Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, 2020, p. 4). Por esta decisión, la representante de la presunta víctima presentó recurso extraordinario de casación.

### *Argumentos de los sujetos procesales*

La representante de la señora Hoyos Trujillo argumentó en favor de casar la sentencia de instancia porque a su juicio esta última cambió el testimonio de la presunta víctima; para el tribunal el acto sexual no fue antecedido por violencia; afirma que se desconoció las circunstancias en las que ella se encontraba: (i) estaba en ropa interior, (ii) en una posición de vulnerabilidad, (iii) en un lugar cerrado, (iv) con música a alto volumen; tal escenario, implicaba una incapacidad física de resistir a los presuntos ofensores. Precisamente, hacer de lado estas consideraciones implica un desconocimiento “de los estándares internacionales en materia de valoración de prueba en casos de violencia sexual” (Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, 2020, p. 6), ya que acogió la versión de la defensa donde se puso en juicio el comportamiento sexual de Hoyos Trujillo y se privilegió los testimonios de los acusados, máxime cuando Burgos Mendoza manifestó que todo había cambiado cuando la presunta víctima había querido formalizar la relación que con él llevaba, aspecto que él rechazó.

Por ello, es equivocada la valoración del testimonio de la presunta víctima, ya que el tribunal de segunda instancia expresa que (i) no quedaron huellas externas, (ii) que ella no opuso resistencia, (iii) ni pidió ayuda, por lo que, a su juicio, la denuncia presentada en contra de Botello Burgos y Burgos Mendoza fue por arrepentimiento del encuentro sexual.

La representante de la presunta víctima presenta, además, como argumento que la segunda instancia no tomó en consideración apartes de la declaración de la psicóloga que atendió a la señora Hoyos Trujillo, en donde se consignó que existió siempre un relato veraz y coincidente de lo dicho por ella en las diferentes fases del proceso penal.

Por su parte, el Ministerio Público se alineó con la decisión de segunda instancia al manifestar que no hubo violencia contra la presunta víctima; la fiscalía, por su parte,

argumentó que el problema jurídico que se debería resolver era si se había probado o no el elemento normativo de la violencia en el tipo penal correspondiente a acceso carnal, así indicó que “el ingrediente normativo de la violencia no debe cuantificarse sino cualificarse y ser valorado en cada caso concreto a efectos de establecer si fue suficiente para doblegar la voluntad de la víctima, lo cual, en este evento, ciertamente sucedió” (Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, 2020, p. 9)

Para la fiscalía, el testimonio de la presunta víctima rendida tanto en el juicio como a la psicólogas que la atendió, así como las declaraciones de familiares sobre el deterioro de su salud física y psíquica, permiten establecer que la configuración del delito imputado a Botello Burgos y Burgos Mendoza. Es más, la fiscalía trae a colación que tiempo atrás Burgos Mendoza ya le había propuesto hacer un trío sexual con su primo a la señora Hoyos Trujillo, quien desde ese inicio se había negado.

En cuanto a los defensores de los procesados, sus argumentos fueron similares y básicamente giraban en torno a lo acertado de la valoración probatoria hecha por la segunda instancia, acorde a las reglas de la sana crítica y que no se percibía tergiversaciones u omisiones frente a los testimonios rendidos.

### ***Consideraciones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia***

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (2020) divide su argumentación en las siguientes partes: (i) la relación entre el falso raciocinio y el enfoque de género, (ii) los fundamentos probatorios y argumentos esgrimidos por la segunda instancia, (iii) los yerros de tal instancia, (iv) la comprensión de la tipicidad objetiva en el tipo penal objeto de casación; (v) la práctica de la prueba en juicio.

Inicialmente, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (2020) manifiesta que hay error de hecho por falso raciocinio cuando existe una obligación por parte del juez de

conocimiento de hacer una valoración con enfoque de género y que explícitamente se aplica al testimonio de la presunta víctima eliminando estereotipos machistas. Tal obligación tiene raigambre constitucional (artículos 13 y 44) y por ende vinculante a todos los servidores públicos, en aras de (i) identificar, (ii) cuestionar y (iii) eliminar la situación de histórica discriminación y violencia contra la mujer; y a nivel normativo está la Ley 1257 de 2008. Sobre decir, los múltiples tratados internacionales – vinculantes para el Estado colombiano – que abogan por la aplicación de tal enfoque en casos de violencia y discriminación contra la mujer.

Evidentemente, la obligación de utilizar el enfoque de género también se debe reclamar de las autoridades judiciales; así, por ejemplo, la Corte Constitucional en sentencia T-338 de 2018 ha manifestado cómo los jueces de la república están llamados a hacer cumplir la obligación constitucional y convencional de investigar, sancionar y reparar todo tipo de violencia estructural contra la mujer. En este mismo sentido, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado – como en la sentencia del 10 de octubre de 2018, radicado 50836- sobre la obligación de incorporar el enfoque de género en la labor jurisdiccional.

En su argumentación la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (2020) manifestó que la obligación en comento tiene cabida desde el mismo momento del inicio de la investigación de asuntos penales relacionados con violencia contra la mujer tal y como lo manifestó la Corte Constitucional en sentencia T-590 de 2017, donde se dijo que aquella debe ser (i) oportuna, (ii) exhaustiva, (iii) imparcial y (iv) que impida la revictimización, y en el marco de la Ley 1719 de 2014.

Y trasciende el ámbito de la investigación penal, para predicarse de la etapa de juicio donde la obligación de utilizar el enfoque de género se concretiza en el razonamiento

probatorio tal y como lo indicó la sentencia T-012 de 2016 o la T-878 de 2014 y la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Espinoza González vs. Perú del 20 de noviembre de 2014, todo con el ánimo de evitar estereotipos de género que ayuden a mantener la histórica discriminación contra la mujer.

Tal postura se ve en el ámbito legislativo en la Ley 1719 de 2014 donde se puede apreciar que fue su voluntad “negar la validez de ciertos razonamientos inferenciales o probatorios que, bajo el disfraz de las reglas de la experiencia, simplemente esconden posturas estereotipadas, prejuicios o pretensiones de control masculino sobre la sexualidad y el cuerpo de las mujeres” (Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, 2020, p. 20); por lo tanto, la Sala Penal ha establecido que cualquier razonamiento contrario a un enfoque de género, producen errores demandables en casación – como en las decisiones del 26 de enero de 2006, radicado 23706; o la del 7 de abril de 2010, radicado 27595; o la del 21 de febrero de 2018, radicado 2017-00544-01- bajo la figura de error por falso raciocinio.

En lo que respecta a los fundamentos del fallo de segunda instancia que resultó absolutorio, básicamente se sintetiza en el argumento por el cual no se logró demostrar el ejercicio de la fuerza física o moral para obtener una relación sexual no consentida. Los elementos materiales probatorios no logran establecer tal situación limitándose a decir que no hubo repulsión ni acción alguna por parte de la presunta víctima hacia sus supuestos agresores, por lo que se considera que se trata de un evento de arrepentimiento posterior.

Al analizar tales argumentos, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (2020) explica los siguientes errores en la decisión de segunda instancia: (i) falso juicio de identidad, (ii) falso raciocinio. En virtud de la primera, la Sala Penal sí establece que de la narración de señora Hoyos Trujillo describe un episodio de violencia física, ya que el tribunal de segunda instancia suprimió aspectos importantes, de tal forma que “minimizó la descripción

de la agresión al punto de ridiculizarla inadmisiblemente” (p. 32).

El falso raciocinio, se constituyó cuando los jueces colegiados de segunda instancia hicieron “varias deducciones e inferencias indiciarias permeadas por prejuicios sexistas que llevaron a desestimar el relato de Heidy Johanna Hoyos” (Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, 2020, p. 34), tal como es el caso de (i) imponer a la mujer sexualmente violentada una determina reacción, (ii) o que se entiende que la mujer accede voluntariamente a toda insinuación de corte sexual; (iii) o que siempre que la mujer tiene relaciones sexuales diferentes a la patriarcalmente definidas la mujer se arrepiente e intenta justificar el acto sexual con la interposición de denuncia penal.

Luego, pasa la Sala de Casación Penal a abordar la comprensión del delito de acceso carnal violento; para ello parte de la premisa argumentada por la segunda instancia por la cual en el caso concreto no hubo consentimiento pero tampoco violencia. El repoche que hace tal sala es en la inadecuada noción que de consentimiento tuvo el *ad quem* a la hora de resolver la apelación.

Para esta sala, si una persona comunica su voluntad de no acceder a una relación sexual y luego se consuma, solo hay dos posibilidades: (i) que se haya cambiado de opinión o (ii) que el encuentro sexual se hizo pese a la voluntad negativa de la persona. En el primer caso no se podría configurar delito alguno, mientras que el segundo se trata de la descripción del tipo penal de acto o acceso carnal de carácter violento; en efecto, la dimensión normativa del delito sexual violento “está referida a la consumación de intercambios sexuales sin la adquisencia real (voluntaria y libre de constreñimiento alguno) de la persona ofendida” (Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, 2020, p. 42) tal y como la jurisprudencia lo ha expresado – sentencias del 9 de septiembre de 2015, radicado 3514; del 6 de agosto de 2019, radicado 54394-.

En el siguiente acápite, la Corte Suprema de Justicia pasa a examinar la valoración probatoria en el caso *sub examen*. En ella la conclusión es que los hechos manifestados por Heydi Johana Hoyos corresponden al tipo de acceso carnal, por lo que casa el fallo de segunda instancia dejando con vigencia la sentencia de primera instancia.

Arriba a esta conclusión, tras hacer una valoración conjunta, integral y con enfoque de género de la sentencia recurrida en casación; se hace énfasis en que el testimonio de la víctima manifestó claramente su negativa a tener encuentro sexual con Botello Burgos pese a lo cual este quebrantó su voluntad físicamente y la accedió; y si bien es cierto la defensa de Botello Burgos y Burgos Mendoza es que el encuentro fue voluntario, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, determina que debe darle credibilidad al de la víctima.

Esta credibilidad radica en que (i) no hay motivos fácticos ni probatorios para concluir que la víctima quisiese perjudicar a los procesados, al sindicarlos de un delito que no existió; en términos del artículo 404 del Código Penal, el testimonio de la víctima es creíble; (ii) la mera denuncia de los hechos, implicó a la señora Heydi Johana Hoyos develar circunstancias personales que pretendía reservarla para su fuero íntimo; (iii) pese a la demora en la denuncia, su relato ha sido constante y coherente en todos los escenarios; (iv) se pudo constatar afectaciones físicas y psíquicas en la víctimas, tras el paso del tiempo; (v) el testimonio de Burgos Mendoza no es creíble ya que, en su conjunto, no tiene aspectos coherentes.

Finalmente, es menester concluir manifestando que esta decisión fue escogida como tipo ya que permite la valoración del enfoque de género y de las garantías procesales cuando la víctima es mujer y permite constatar la utilidad de tal criterio diferencial sobre todo a la hora de valorar las pruebas.

La decisión al utilizar un criterio diferencial lo que hace es corregir valoraciones



fácticas y probatorias de los jueces de instancia. Como se pudo apreciar de la descripción hecha, es realmente importante que cuando se está ante la posible comisión de conductas punibles relacionadas con violencia sexual contra mujeres el enfoque de género debe ser la regla a aplicar.

Así por ejemplo, al utilizar un enfoque de género en la constatación de los testimonios – tanto de la víctima como de los procesados- la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal deja sin base las supuestas reglas de experiencia que el *ad quem* utilizó para determinar la no existencia de responsabilidad penal.

Igual que en la decisión anterior, llama la atención cómo los juzgados de instancia utilizaron valoraciones estándares que incluyeron prejuicios de género dando como resultado la no credibilidad de la víctima y que llegó, incluso, a la absolución de los encartados.

### **Caso Tipo 3: Auto AP 2070-2018 del 23 de mayo de 2018**

#### ***Identificación del caso***

Se trata de un auto donde la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, decide una solicitud de preclusión.

#### ***Aspectos Fácticos***

El escenario fáctico gira alrededor de la denuncia presentada por Astrid Helena Cristancho Palacios, funcionaria de la Defensoría del Pueblo, en contra de Jorge Armando Otálora Gómez – en su momento Defensor del Pueblo- por agresiones calificadas como tratos descorteses e insinuaciones sexuales, que la denunciante dice haber aceptado, precisamente por el cargo que ostentaba.

Inicialmente la denunciante afirmó que conoció al denunciado desde el 2006, quien vía telefónica la acosó; siete años más tarde se lo vuelve a encontrar cuando Otálora Gómez era Defensor del Pueblo y ella asume el cargo de secretaria privada. En ejercicio de sus

actividades laborales, Cristancho Palacios es testigo del carácter despótico de su jefe con respecto a sus subalternos.

Ella comentó que el denunciado la llamaba por fuera de su horario laboral y no precisamente para aspectos laborales, dándose un ambiente de acoso. Por tal razón, la denunciante decide acceder a algunas de las pretensiones que Otálora Gómez le hacía en aras de congraciarse con él e intentar limitar el ambiente tóxico que vivía, por ello aparentó tener una relación donde se hablaba abiertamente de aspectos sexuales y de otros compromisos sentimentales como matrimonio y formar una familia.

Cristancho Palacios manifestó que, para el 12 de octubre de 2013, ella visitó a Otálora Gómez en su apartamento, donde bebió una copa de vino, le dio un beso y sostuvo una relación sexual con él; según su manifestación, no recuerda muy bien el momento y no pudo determinar si estuvo baja el efecto de algún alucinógeno o si simplemente el recuerdo fue bloqueado. Ello dio pie para continuar con la actividad sexual, debido a trastornos que viciaron su consentimiento y que pensaba que después del primer encuentro ya no tenía otra alternativa.

Todo ello generó, según la denunciante, que la relación se normalizara – salidas a diferentes escenarios, justificación de inasistencias de ella a su trabajo, pernoctación en el apartamento de él-; sin embargo,

explicó que sus encuentros sexuales y el acoso del cual se dice víctima no los denunció, porque entendió que nadie la obligó a mantener relaciones sexuales, pero aclara que fue manipulada por su superior, quien aprovechó su posición dominante y su poder con ese propósito, en lo cual incidió también su situación económica para llevarla a soportar una relación basada únicamente en la superioridad de su jefe. (Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, 2018, p. 6)

### *Argumentos de los sujetos procesales*

La fiscalía delegada ante la Corte Suprema de Justicia inició la respectiva indagación preliminar; sin embargo, el ente acusador decide solicitar la preclusión de la investigación ya que no puede desvirtuar la presunción de inocencia frente a la conducta de acceso sexual en persona incapacidad de resistir y atipicidad con respecto a la de acoso sexual.

Argumentó la fiscalía que por las condiciones donde generalmente se dan estas conductas, así como la imposibilidad de tener pruebas periféricas que confirmen la denuncia presentada por la presunta víctima, la salida jurídica es la preclusión de la investigación. En efecto, tras las entrevistas realizadas, la forma cómo el señor Otálora Gómez presentaba a Cristancho Palacios a su círculo íntimo de amigos, no se puede desvirtuar la presunción de inocencia con respecto al delito de abuso sexual, mientras que la de acoso sería atípica.

Si bien, tras el decir de la denunciante su primer encuentro sexual caería en la conducta típica de acceso carnal con persona en incapacidad de resistir, solamente ella da cuenta de tal situación y del carácter enajenante de los demás. Es más, para el ente acusador las fotografías y chats presentados como elementos materiales probatorios fueron provocados por la presunta víctima, lo que haría caer su valor probatorio.

Por parte de la presunta víctima, ella expone no estar de acuerdo con las conclusiones de medicina legal donde se ahondó en temas de violencia que ella no mencionó y en su personalidad; manifestó su dolor por cómo los medios de comunicación presentaron sus viajes con Otálora Gómez y que buscaban desprestigiarla y revictimizarla.

Su apodera manifiesta que la solicitud de la fiscalía es improcedente por cuanto se reúnen los elementos materiales probatorios suficientes para llamar a juicio al señor Otálora Gómez. En este sentido, dicente de las valoraciones hechas por la fiscalía ya que no fueron hechas con perspectiva de género.

La procuraduría en su intervención inicia manifestando que la preclusión no es un instituto que favorezca la impunidad, sino que más bien sirve para reconocer que no existió delito alguno. En ese orden de ideas, la conclusión a la que llega el Ministerio Público es que no es convincente la versión de Cristancho Palacios y, por lo tanto, se debe aceptar la solicitud de la fiscalía.

Finalmente, el denunciado no profundizó en el asunto planteado sino más bien resaltó cómo se había comportado en los distintos cargos públicos que había desempeñado. Su defensor, resalta que se trata de una visión subjetiva de la denunciante como puede verse por la duración de la relación sentimental en la cual en vez de rechazo se vio afecto y que la denuncia está mediada por un interés en descalificar a Otálora Gómez.

El defensor trae a colación diversas entrevistas las cuales no dan cuenta de la versión de la presunta víctima; es más, lo que hacen es confirmar la existencia de una relación sentimental, permanente y consentida, con todo lo que ello lleva aparejado. Igualmente, establece que el dictamen siquiátrico da cuenta que Cristancho Palacios en cualquier momento pudo poner fin a tal relación o renunciar a su cargo, cesando las presuntas conductas de acoso.

### ***Consideraciones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia***

Para la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia son dos los aspectos a discutir: (i) los elementos dogmáticos de los tipos penales y (ii) la credibilidad de la declaración de la presunta víctima Astrid Helena Cristancho Palacios.

Así las cosas, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia establece que el acoso sexual no es un tipo penal de resultado en la medida en que no exige la concreción de actividad sexual alguna. Siguiendo su propia jurisprudencia, establece que lo que propicia el acto sexual derivado del acoso puede ser el abuso de poder, “expresión que en artículo 212

A del Código Penal se traduce normativamente en un acto de violencia” (p. 20).

Por consiguiente, si existe consentimiento libre y la subordinación laboral no es factor clave para que el encuentro sexual pueda calificarse como de delito alguno; de allí que en el caso concreto es necesario determinar que si la señora “Cristancho Palacios fue acosada y si las relaciones sexuales que mantuvo por largo tiempo con el indiciado fueron consentidas o resultado del “*abuso de poder*” (cursivas en original) (p. 20).

Tras hacer un breve resumen de la declaración de la presunta víctima, la Corte hace referencia a cómo esta fue ventilada en medios de comunicación de donde se extrajeron conclusiones particulares y personales, las cuales no ofrecen ningún dato de interés o que vinculen a la decisión que se vaya a adoptar.

A partir de una carta escrita por la señora Cristancho Palacios a su jefe en una fecha especial, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal comienza a determinar que existió una relación sentimental, que daba muestras de afecto sin que ello implique que fuese obligada, lo que fue corroborado por el testimonio de varias personas que sabían de tal relación. La Corte, entonces se hace dos preguntas:

¿Cómo es posible, entonces, que un comportamiento acreditado por tantos e incuestionables elementos materiales de prueba pueda ser la manifestación de una sumisión provocada por el maltrato, el acoso, el hostigamiento o el producto de una debilidad de carácter que los peritos de medicina legal dijeron que la doctora no tiene?  
¿Cómo se podría aislar este momento de los otros para sostener que en algunas ocasiones fue acosada y en otro no? (p. 23)

Tras ello el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria establece que lejos de decir que la conducta del procesado no importe, si se debe tener presente que la desplegada por la presunta víctima no corresponde a la de una persona obligada por fuerzas externas a tener

relaciones sexuales con alguien que no quiere. Y aunque se ha establecido un carácter fuerte – que podría ser hasta despótico-, de Otálora Gómez hacia sus subordinados, no hay evidencia que lo utilizó para doblegar la voluntad de Cristancho Palacios.

En otro escenario, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia hace un análisis del argumento de la fiscalía por el cual no hay prueba periférica que ayude a corroborar la declaración de la presunta víctima; aquí, la Corte manifiesta que no es correcto concluir que en los delitos investigados sea necesarias pruebas adicionales a la versión de la víctima:

La posibilidad de llevar al juez el conocimiento más allá de toda duda a través de un testigo único no se puede menospreciar, solo que la crítica debe ser más incisiva por los derechos en conflicto: la necesidad de justicia y la presunción de inocencia. (p. 24)

En el caso concreto, aduce la Corte Suprema de Justicia, no es que no haya prueba periférica, sino que la versión de la señora Cristancho Palacios es desmentida por los demás elementos materiales probatorios obrantes en el proceso.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia comenta que hay plena prueba de la existencia de una relación romántica entre Cristancho Palacios y Otálora Gómez la cual fue reconstruida por la fiscalía; luego, entonces, lo que se determina es que la presunta víctima tiene una versión diferente de ella, donde Otálora Gómez pasó a ser su agresor.

Finalmente, la Corte afirma que al no encontrarse una asimetría en víctima y victimario – que haría necesario utilizar un enfoque diferencial-, no es necesario acudir a un enfoque de género ya que acorde a los elementos materiales probatorios existentes lo que existió fue una relación consentida. Por todo lo anterior, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resuelve precluir la investigación en contra del señor Jorge Armando Otálora Gómez.

Para concluir con la descripción de esta decisión se debe decir que la misma fue

escogida como tipo en la medida en que prefigura algunos problemas de interés en cuanto a violencia de género y escenarios procesales como en el que se desarrolló este asunto.

En efecto, inicialmente se debe predicar que tratarse de un procesado con fuero constitucional y legal el trámite se llevó por fuera del proceso penal ordinario. En este escenario y máxime cuando es el mismo órgano acusador el que solicita la preclusión de la investigación, la presunta víctima – en este caso una mujer- tiene pocas, por no decir nulas posibilidades de revertir una decisión adversa, en la medida en que no se está en una etapa procesal donde no hay debate probatorio propiamente dicho.

Por otro lado, y tras la descripción de las dos decisiones anteriores, se podría argumentar que, si la Fiscalía General de la Nación hubiese utilizado un enfoque de género a la hora de abordar el asunto en cuestión, no se habría solicitado la preclusión por las causales ya narradas, sino que más bien determinaría proseguir con la investigación para obtener mejores elementos materiales probatorios y solo allí decir si existía o no mérito para proseguir con la acción penal.

## **Capítulo 4: Estudio de la Aplicación del Enfoque de Género en las Decisiones Tipo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**

### **Instrumentos Internacionales en Materia de Género**

El derecho internacional de los derechos humanos ha consolidado un gran *corpus* de instrumentos que desarrollan la protección a la mujer; este inició con la misma Carta de las Naciones Unidas la cual ratifica la confianza en los derechos esenciales toda persona humana y la equivalencia de derechos de mujeres y hombres. Luego está la Declaración Universal de Derechos Humanos que confirma el principio de no discriminación por ningún motivo, entre ellos el género, y pregona que la totalidad de habitantes del orbe nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

De manera específica frente al tema que nos ocupa, está la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). Ella establece que cualquier hombre o cualquier mujer puede invocar uno o la totalidad de los derechos y libertades contenidos en ella, sin discriminación de ninguna naturaleza, lo que incluye al sexo, en su momento, hoy conocido como género.

Esta herramienta convencional fue la columna jurídica cosmopolita sobre la que se edificó una nueva perspectiva de los derechos femeninos al ser una disposición vinculante frente a la discriminación contra la mujer. en contra de la segregación por motivos de género y dio paso – esta vez en el ámbito interamericano- a la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer – de 1994- mucho más centrada en una el abordaje de la violencia en todas sus formas.

Esta convención exige de los Estados parte asumir sus obligaciones de prevención, judicialización, tipificación y reparación de en situaciones donde el género sea el eje de la violencia. Estas obligaciones, tienen soporte internacional en otros instrumentos como la,



CEDAW, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La legislación internacional anteriormente citada, requiere de los países compromisarios la toma de medidas de protección integral de la mujer en sus regímenes penales y de estar ausente en éstos específicamente, deberán adaptar dicha normatividad para cumplir lo allí estipulado.

### **Legislación Colombiana en Materia de Género**

En la época de la recién creada nación colombiana en el siglo XIX y en un buen lapso de la siguiente centuria, las mujeres en el país desempeñaron un rol de piezas familiares con ocupaciones activas muy precisas bajo el yugo autoritario de hombres: padres, esposos y hasta amantes. Incluso en los hogares, los hermanos poseían prerrogativas y dispensas con relación a sus hermanas, hasta en temas particulares como la comida pues éstas recibían menos cantidad que aquéllos y la justificación normalizada era que los jóvenes quienes precisaban de alimentarse mejor porque debían educarse o laborar, a lo que para las mujeres estaba vedado (Vizcarra, 2008).

Aunque, poco a poco esta situación cambió a la par con los cambios normativos, la lucha contra la discriminación y violencia de género no estaba presente a nivel constitucional sino hasta la expedición de la actual carta política la cual se constituyó en el instrumento más significativo de tal lucha.

La norma suprema reunió derechos significativos para las mujeres como la participación ciudadana y política, la libertad, la identidad autónoma personal y el paralelismo de derechos frente a los hombres, el derecho a formar una médula familiar si es su deseo, la protección durante el embarazo, el derecho a la elección independiente de oficios laborales más otros que el país ya había emparentado a su ordenamiento jurídico en pactos

multilaterales (Lopera y Díaz, 2010). Fue importante para las mujeres este cambio constitucional, especialmente en la implementación del Estado social de derecho, porque bajo esta plataforma se dio vida al ejercicio real de la ciudadanía femenina en igualdad, equidad y equiparación.

Lo anterior es un punto de inflexión que permite adentrarse de manera más sucinta en la legislación actual colombiana en materia de género, que se reseñará a continuación. En primer lugar, está la Resolución 412 del 2000, “Por la cual se establecen las actividades, procedimientos e intervenciones de demanda inducida y obligatorio cumplimiento y se adoptan las normas técnicas y guías de atención para el desarrollo de las acciones de protección específica y detección temprana y la atención de enfermedades de interés en salud pública” siendo las más importante para nuestro caso, las guías para asistir a las mujeres abusadas y a los menores maltratados, dentro de los cuales, las niñas son las más vulnerables.

Posteriormente se desarrolló el documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social número 91 de 2005, donde se precisó la trascendencia de compilar datos oportunos para aminorar la violencia hacia la mujer y se incluyó un objetivo de milenio que fue suscitar el paralelismo de género y la independencia de las mujeres con el fin de conservar un estudio, al menos cada lustro, del capítulo de violencia contra las ciudadanas, así como la implementación de un programa intersectorial de cuidado y esmero en el contexto de la agresión intrafamiliar como estrategia de salud pública, especialmente cuando es ejercida por la pareja; importante destacar que así quedó, y aunque es clara la referencia a la pareja masculina como agresora más probable, es significativo reseñar que también va incluida implícitamente la potencial agresora femenina.

En ese mismo año se expidió la Ley 985 de 2005, que ordenó la adopción de acciones contra el delito de trata de personas y dictó reglas para el cuidado y el amparo de las víctimas,

la mayoría mujeres y muchas menores de edad. Esta herramienta busca combatir este flagelo que esclaviza sexualmente a muchas niñas, jóvenes y adultas no sólo colombianas sino extranjeras que llegan al país como consecuencia de este ilícito con tentáculos en mafias internacionales.

Un año después vio la luz la Ley 1098 de 2006 que contiene el Código de la Infancia y la Adolescencia que tuvo como objetivo principal proteger a las niñas, niños y jóvenes para que puedan gozar plenamente y en armonía de su desarrollo y evolución personal al interior de la familia y también de la sociedad, en un contexto de bienestar, cariño y comprensión y proclama que predominará la afirmación jurídica de la paridad de género y la dignidad humana, sin diferencia de sexo, raza, religión, etnia, o preferencia sexual. Las niñas y adolescentes son muy vulnerables al abuso sexual en sus ambientes primarios y requieren de mucho acompañamiento integral para denunciar, por eso esta ley fue un buen inicio.

Posteriormente, el legislador promulgó la Ley 1146 de 2007, la cual contiene reglas para la prevención del abuso y la violencia sexual, así como para el cuidado y protección general de menores de edad víctimas de estos delitos e implementó el comité interinstitucional consultivo encargado directamente de efectuar las acciones de política pública que ejecuten el fin diseñado con otras instituciones gubernamentales y no gubernamentales y con la sociedad civil en general.

Luego se expidió la Ley 1257 de 2008 que incluye normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres y deposita el compromiso al Ministerio de Salud de realizar todas las acciones tendientes a crear y poner en funcionamiento el Observatorio Nacional de Violencias, para la localización, visualización y acción gubernamental en materia de abuso y violencia sexual o de otra índole contra la población femenina, nutriéndose de forma permanente de información de diversas

entidades estatales como ICBF, Policía Nacional, Fiscalía General de la Nación, Defensoría del Pueblo y Procuraduría General de la Nación, entre otros. Más adelante se expidió la Ley 1336 de 2009 que suma acciones y vigoriza el poder estatal de la Ley 679 de 2001, de combate a la explotación sexual, la pornografía y el turismo sexual con menores de edad.

Con el fin de implementar y promover un método de registro estandarizado para casos de abusos y violencias contra las mujeres, el gobierno nacional expidió el Decreto 164 de 2010 a través del cual se dio vida a la Comisión Intersectorial para Erradicar la Violencia contra las Mujeres, entidad que deberá sistematizar de manera ágil y eficaz todos los datos referentes a la comisión de delitos de género y servir así de apoyo a las autoridades respectivas, mientras se lleva un dossier oficial lo más completo posible sobre estas infracciones a la ley.

En términos de política pública se halla el documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social número 140 que modificó el 91 de 2005, para fortalecer y dotar de herramientas estatales a quienes delinean, despliegan y efectúan acciones directas en el Observatorio Nacional de Violencias por medio de una tendencia oficial de asiento jurídico determinado que proporcione los datos requeridos para rastreo y monitoreo de abuso y violencia contra las mujeres, tanto sexual como de cualquier otro tipo.

Colombia ha vivido muchas violencias a través de su historia y las mujeres han sido, por lo general, las principales víctimas. Con base en esta macro problemática se promulgó la Ley 1448 de 2011, que dispuso labores de atención, ayuda y desagravio completo a las víctimas del conflicto armado interno dentro de la cuales, las mujeres son factor preponderante por haber sido objetivo de guerra más allá de los fines de ésta y padecieron abusos y violencias por su condición femenina.

Con la idea de optimizar la presencia estatal frente a las ciudadanas, se expidió la

Resolución 459 de 2012 cuyo logro más importante es la consumación del modelo de atención integral para las víctimas de violencia sexual, un protocolo en salud para estas personas afectadas por abusos y agresiones de carácter sexual, que sirve, a su vez, como cuadro de reseña para el seguimiento de todo el proceso por parte de las Entidades Promotoras de Salud de los dos regímenes, el subsidiado y el contributivo, así como de la ejecutoras, es decir, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, por medio de 15 fases consagradas en el texto legal citado.

La Resolución 4505 de 2012 estableció el registro oficial de las labores de protección concreta, detección temprana y aplicación de guías de atención integral para las enfermedades de impacto en la salud pública mediante la definición de los criterios para el acopio y afianzamiento del registro personalizado por cada ciudadana y cada ciudadano, acciones administrativas que son de forzosa observancia por todo el sector salud, incluidas todas las mediaciones verificadas a niñas, adolescentes y mujeres adultas maltratadas y/o abusadas sexualmente.

En continuidad de la política pública hacia la mujer se concibió la Ley 1639 de 2013 para vigorizar las medidas preventivas, protectoras y de cuidado integral a quienes han sido violentadas con ácido, álcalis o sustancias equivalentes o corrosivas que creen menoscabo o pérdida corporal grave a los tejidos de un ser humano; si bien esta violencia no es directamente sexual, la mayoría de la veces ha sido conexas a abuso y violencia sexual previa y por eso se reseña, además de la continuidad temporal jurídica.

Más adelante se expidió la Ley 1719 de 2014 que retoma el sistema unificado de información sobre abuso y violencia contra las mujeres en proporción jurídica con lo señalado en la ya citada Ley 1257 de 2008 y en el también reseñado Decreto 164 de 2010, donde se dan instrucciones precisas al Departamento Administrativo Nacional de Estadística,

a la Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer y al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, para que asesoren el alistamiento de toda la información de las víctimas al Sistema de Registro Unificado de Casos de Violencia contra la Mujer estipulado en dichos instrumentos jurídicos, que se constituya en una herramienta centralizada y exclusiva que agilice la acción pública. Este método contiene las violencias sexuales en el marco del conflicto armado, así como la desnudez forzada, la esclavitud, la esterilización obligada, el abuso sexual en menores de 14 años, el embarazo forzado y el aborto obligado, entre otras tipificaciones.

Sin duda se llega en este punto a la norma más importante en materia penal dentro del ámbito de género que es Ley 1761 de 2015, también conocida como Rosa Elvira Cely en honor a una víctima de este delito en el Parque Nacional de Bogotá que impactó por su extrema crueldad. En esta reglamentación se tipificó el feminicidio como delito autónomo con el objetivo de avalar la indagación criminal y el castigo judicial a los responsables de abuso y violencia de género; también se pretende combatir la segregación y trabajar en la eliminación de los ambientes, conceptos y actos que favorecen la perpetración de esos crímenes contra las mujeres. Es pertinente aclarar desde lo penal, que el feminicidio tipifica cuando se dan las causales de odio contra la mujer por razón directa de su género, mas no los perpetrados en delincuencia común, intolerancia fortuita, o terrorismo donde el fin sea diferente (Benavides, 2015).

Finalmente está la Ley 1773 de 2016 conocida como Natalia Ponce de León por una víctima de agresión con ácido, que modificó parcialmente la ley 599 de 2000, Código Penal, y se cambió el artículo 351 de la ley 906 de 2004; se adjuntó, entonces, el delito de lesiones con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares y eliminó beneficios y subrogados penales a estos delincuentes, a la vez que otorgó a la víctima y al personal médico que la

atiende el acceso al proceso sin restricción, para lo que necesiten.

### **La Utilización del Enfoque de Género en las Decisiones Judiciales**

Inicialmente, se debe partir de la idea que las construcciones jurídicas, por mucho tiempo han estado permeadas por criterios machistas, en la medida en que solo habían sido elaboradas por la posición dominante y hegemónica del hombre. Por tanto, es una necesidad suministrar contar con herramientas teórico-conceptuales para que juzgadores y juzgadas puedan cumplir su función a partir de una mirada de género, ya no androcéntrica, sobre todo cuando se está ante asuntos relacionados con violencia o discriminación hacia mujeres, pero en estricta garantía procesal para los acusados (Sánchez, 2012). Se trata, como diría Ferrajoli (2001) de hacer del derecho una herramienta de equivalencia procesal.

La utilización del enfoque de género implica *per se* romper con la neutralidad del derecho penal, lo cual puede sonar como peligroso e incluso riesgoso; sin embargo, debe ser entendido como un acto de justicia histórica que reconoce que las mujeres no han partido en la misma línea en la carrera por sus derechos y que la acción jurídica penal debe reflejar esos moldes de equidad que deben equiparar en la práctica, lo que la igualdad formal patriarcal no ha hecho.

Así, y para el caso colombiano, se tiene a Jaramillo Sierra y Jaramillo Sierra (2019) quienes formularon para el Consejo Superior de la Judicatura el libro “Herramientas para la aplicación del enfoque de género en la administración de justicia”. Un punto de partida importante es, según la autora, la moderna concepción de imparcialidad judicial, la cual ya no es vista únicamente como el apego y aplicación de la ley sino “la capacidad que tiene cada juez o jueza para justificar su decisión con base en el derecho” (p. 30), lo que implica una explicación de la no aplicación de otras alternativas jurídicas.

Ahora bien, en un primer momento, Jaramillo Sierra y Jaramillo Sierra (2019)

recuerdan que de manera clásica las reglas jurídicas son consideradas como intrínsecamente neutras, es decir aplicables a una persona abstracta, sin sexo. Ello, aunque formalmente cierto, trae como consecuencia la replicación de estereotipos propios del sistema jurídico que discriminan a la mujer; por tanto, una primera actividad que los jueces y juezas deben realizar es, precisamente, preguntarse dónde está la mujer.

Un segundo momento está dado por determinar la relevancia de la información – que responde la pregunta ya mencionada-. En este sentido, cobra importancia la licencia que da el Código General del Proceso – Art. 165- que permite utilizar los indicios como prueba, así como la exigencia de la utilización de la sana crítica para la valoración del conjunto de los elementos probatorios – Art. 176-

Para Jaramillo Sierra y Jaramillo Sierra (2019) encontrar a la mujer es el primer paso que permite comprender al operador judicial si es relevante el sexo de la persona a la hora de resolver el caso a él presentado; cuando se trata de aplicar criterios diferenciales, el sistema jurídico colombiano ha utilizado tres abordajes: (i) el sexo como categoría sospechosa, cuando se demuestre que aquel es relevante para la solución del caso; (ii) como medida afirmativa, en la medida en que la diferencia sí tiene impacto y se debe tomar medidas para transformarla; (iii) la paridad como meta, cuando se quiere que las medidas no solo seas tutivas de las mujeres sino de los hombres.

Luego, las autoras en cita, presenta como segundo paso del enfoque de género en la actividad judicial, comprender qué se entiende por creencias de género, es decir aquellas “certezas construidas socialmente, a lo largo de la historia, respecto a los hombres y las mujeres” (p. 102) así como las “normas y expectativas sobre lo que deberían ser y hacer los hombres y las mujeres” (p. 102).

Jaramillo Sierra y Jaramillo Sierra (2019) mencionan que ha sido en el ámbito de la



violencia por género donde en mayor medida se han identificado las creencias de género, tales como: (i) Las mujeres honestas prefieren no denunciar la violencia sexual. Las mujeres que denuncian la violencia sexual mienten; (ii) las mujeres autorizan la violación desde el momento en que se visten de manera sugerente, aceptan una invitación a ciertos lugares o de ciertas personas, consumen drogas o consumen alcohol en exceso; (iii) a violencia sexual es menos grave que otros tipos de violencia; (iv) las mujeres valoran positivamente ser tratadas de manera agresiva: les gusta; (v) las mujeres necesitan ser educadas por sus esposos o compañeros; (vi) la violencia de pareja no puede ser contenida legalmente: es un asunto privado; (vii) a las mujeres no les gusta la política; (viii) las cuotas solamente perjudican a las mujeres; (ix) las mujeres no están preparadas para tomar decisiones.

Finalmente, Jaramillo Sierra y Jaramillo Sierra (2019) toman en consideración la efectividad de la decisión judicial como parte importante del enfoque de género en la medida en que solo la plena aplicación de la parte resolutive de la sentencia es la garantía de los derechos de las mujeres y de los cambios normativos del caso. Para ello, ella parte de tres elementos básicos de la decisión judicial – “a) la articulación de argumentos; b) el destinatario de la orden; y c) el contenido de la orden” (p. 154) con el fin de crear una matriz con indicadores que permitan valorar la eficacia:

**Tabla 1.**

*Indicadores de eficacia del enfoque de género en sentencias judiciales*

Elemento	Indicadores	Valoración
Argumentación	¿Está redactada en un lenguaje que el destinatario puede entender?	El lenguaje en el que se expresa la decisión debe mantener la función de comunicar a sus destinatarios (tanto demandante como demandado) el fondo de la decisión.
	¿Se refiere al fondo del asunto?	Las decisiones de fondo tienden a conectar a la ciudadanía con el servicio de justicia, pero son más difíciles de cumplir. Las decisiones procesales suponen o una orden para otra instancia judicial o una negativa a la petición del

		ciudadano.
	¿Revela las normas de nivel constitucional e internacional que están involucradas en la decisión?	La densidad normativa que sustenta una posición judicial contribuye a fortalecer la posición del juez frente a otros operadores jurídicos y frente a los destinatarios de la norma.
	¿La sentencia da razones o solamente invoca las normas?	Dar razones a favor de una decisión implica ir más allá del texto de la ley para explicar por qué la decisión es mejor que las alternativas existentes. Generalmente los jueces incluyen razones morales, políticas, económicas y culturales para sustentar su decisión. Una decisión con razones es más persuasiva que una desprovista de ellas.
Destinatario de la orden	¿El destinatario de la orden se ha mostrado históricamente dispuesto a obedecer?	El destinatario de la orden judicial ha sido el mismo en el pasado y se sabe que no tiene voluntad de cumplir o que cuesta mucho trabajo lograr que obedezca. En la medida en que el juez tiene la posibilidad de ampliar o cambiar los destinatarios de la orden, ese comportamiento se vuelve relevante.
	¿El destinatario de la orden puede conocer la orden dentro de los términos previstos?	Los modos clásicos de notificación resultan en algunos casos deficientes para lograr los resultados deseados. Varios factores afectan el tiempo de conocimiento de la orden: distancia geográfica, acceso a tecnologías de información, capacidad para procesar grandes volúmenes de información. Aquí debe tenerse en cuenta que muchos destinatarios no reciben una sola orden sino múltiples ordenes relativamente simultáneas de distintas autoridades.
	¿El destinatario de la orden cuenta con los recursos para cumplir la orden?	Aunque el principio clásico del derecho de que nadie está obligado a lo imposible es importante para los jueces colombianos, en ocasiones no se verifica la capacidad del destinatario en términos concretos sino en abstracto.
Contenido de la orden	¿La orden es de dar o de hacer?	Generalmente las órdenes de dar son de más fácil cumplimiento porque solamente implican disponer de un recurso. También se puede verificar más fácil si se cumple con ellas. Las órdenes de hacer suponen vigilancia continua de la acción del destinatario.
	¿La orden es de dar información o de dar bienes o servicios?	Para la mayoría de los destinatarios dar información es muy difícil. Las órdenes de este tipo casi nunca se cumplen.
	¿La orden tiene un plazo determinado y suficiente?	El plazo permite verificar el cumplimiento de la orden. Si el plazo es indeterminado.
	¿La orden tiene más de un destinatario?	Si la orden tiene más de un destinatario, es clave que sea claro qué le corresponde hacer a cada uno. La indeterminación en este punto puede llevar a la inacción de todos los involucrados.

Fuente: Jaramillo Sierra y Jaramillo Sierra (2019, pp.155-157)

En este orden de ideas, las autoras consideran como herramientas para aumentar la efectividad de las decisiones judiciales las siguientes: (i) El lenguaje claro y directo es siempre una opción; (ii) primacía de los aspectos sustantivos del caso; (iii) la argumentación con normatividad constitucional e internacional; (iv) el dar razones y no simplemente citar normas; (v) dar al destinatario un plan para cumplir; y (vi) cuando son varios destinatarios, articular sus acciones.

Por otro lado, Arbeláez de Tobón (s.f) explica que el modelo para la aplicación de la perspectiva de género desde el enfoque diferencial en las decisiones judiciales adoptado por la rama judicial colombiana tiene tres momentos: (i) referentes o insumos, (ii) gestión y (iii) resultados. El primero está relacionado con la consulta y aplicación de instrumentos internacionales e internos sobre la materia, con especial énfasis en casos judiciales laboral, y de publicaciones de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial. En la fase de gestión se hace la utilización de la llamada “Lista de Verificación” – que se encuentra en línea- la cual contiene varios criterios que ayudan a hacer un enfoque de género. La tercera fase – resultados- implica lograr una sentencia con perspectiva de género y enfoque diferencial.

Ahora bien, la “Lista de Verificación. Herramienta virtual de apoyo para la identificación e incorporación de la perspectiva de género desde el enfoque diferencial en las sentencias” contiene aparte de los datos básicos de identificación del asunto los siguientes aspectos:

**Tabla 2.**

*Lista de Verificación. Herramienta virtual de apoyo para la identificación e incorporación de la perspectiva de género desde el enfoque diferencial en las sentencias*

Categoría	Derecho a la no discriminación
	Derecho a la vida sin violencia

	Derechos de las mujeres en situación de vulnerabilidad
	Derecho a la tutela judicial efectiva
	Derechos políticos
	Derechos a la educación, cultura y vida social
	Derechos al trabajo y a la seguridad social
	Derechos sexuales, reproductivos y a la salud
	Derechos civiles y patrimoniales
	Derecho a la no discriminación en la familia
1	Identificación del caso de género desde el enfoque diferencial
1.1.	Analizar en cada caso, los hechos y derechos en disputa, el entorno social y cultural en el que se desarrollan, la vulneración de los derechos de las mujeres y de los grupos poblaciones en situación de vulnerabilidad.
1.2.	Identificar categorías sospechosos asociadas a la raza, etnia, lengua, opinión política o filosófica, sexo, género y/o preferencia/orientación sexual, condiciones de pobreza, situación de calle, migración, discapacidad, privación de la libertad
1.3.	Establecer si el caso en el caso confluyen dos o más categorías sospechosas que impliquen una doble discriminación y por ende si se trata de un caso de interseccionalidad
1.4.	Identificar si el demandante o víctima pertenece a un grupo históricamente desaventajado (situación de vulnerabilidad) o de desigualdad formal, material y/o estructural
1.5.	En caso que exista un colectivo específico de demandantes o víctimas, hay que determinar si estas son mujeres víctimas de desplazamiento, despojo de la tierra o si pertenecen a un grupo indígena, gitanos, raizales, palenqueros, negros, afrocolombianos, etc.
1.6.	Identificar si existe una relación desequilibrada de poder
1.7.	Revisar si se presentan situaciones de estereotipos o manifestaciones de sexismo en el caso
2	Criterios orientadores relacionados con el procedimiento y la decisión judicial
2.1	Revisar si frente al caso proceden medidas especiales cautelares o de protección
2.2	Ubicar los hechos en el entorno social que corresponde, sin estereotipos discriminatorios y prejuicios sociales
2.3	Privilegiar la prueba indiciaria dado que en muchos casos la prueba directa no se logra
2.4	Documentar adecuadamente la decisión judicial, cuando el caso trata de situaciones que afectan a un colectivo específico de mujeres, o de población en situación de vulnerabilidad (víctimas de desplazamiento forzado, mujeres privadas de la libertad)
2.5.	Consultar y aplicar las normas nacionales concernientes al caso. En relación con los grupos étnicos se debe tener en cuenta: el derecho propio, su sistema jurídico, las autoridades, la organización social, cultural, política y lingüística.
2.6	Consultar y aplicar el marco normativo internacional. Realizar control de convencionalidad
2.7	Cuestionar, cuando amerite, la pretendida neutralidad de la norma, a fin de evaluar los impactos diferenciados en si aplicación
2.8	Consultar jurisprudencia nacional e internacional, así como la doctrina de género y derechos
2.9	Trabajar la argumentación de la sentencia con hermenéutica de género sin presencia de estereotipos y sexismos en los hechos acontecidos, en la valoración de las pruebas, en los alegatos y en las conclusiones de las partes, no olvidando acudir a la teoría general del derecho
2.10	Visibilizar con claridad en las decisiones la situación específica de las mujeres y/o población en situación de vulnerabilidad, al proteger el derecho a la igualdad y la no discriminación
2.11	Introducir en la decisión judicial el principio de progresividad de los derechos fundamentales
2.12	Visibilizar la existencia de estereotipos, manifestaciones de sexismo, relación de

	desequilibrio de poder y riesgos de género en el caso
2.13	Aplicar las medidas legales de discriminación positiva y emitir en sus decisiones juicios críticos frente a las protecciones reforzadas de orden constitucional para la efectividad de los derechos (igualdad, no discriminación, no violencia)
2.14	Escuchar la voz de las mujeres, de las víctimas y de las organizaciones sociales
2.15	Fijar precedentes y aportes en materia de género con la argumentación y el sentido de la sentencia
2.16	Controlar la revictimización y estereotipación de la víctima tanto en los argumentos como en la parte resolutive de la decisión judicial
2.17	Usar acertadamente un lenguaje incluyente y no invisibilizador
2.18	Determinar medidas de reparación integral del daño (verdad, justicia, reparación, garantías de no repetición)

Fuente: Arbeláez de Tobón (s.f., p. 21)

### **Criterios para el Análisis del Enfoque de Género en las Sentencias Tipo**

A partir del trabajo de Arbeláez de Tobón (s.f) y Jaramillo Sierra y Jaramillo Sierra (2019) se diseñaron los siguientes preguntas que dan cuenta de los criterios que permiten hacer el análisis de la aplicación del enfoque de género en la sentencia tipo descritas en el capítulo anterior:

- ¿La sentencia analiza los hechos?
- ¿La sentencia analiza el entorno social y cultural en el que se desarrollan los hechos?
- ¿La sentencia identifica al género como categoría sospechosa?
- ¿La sentencia establece que hay una relación desequilibrada de poder?
- ¿La sentencia visibiliza la existencia de estereotipos, manifestaciones de sexismo, relación de desequilibrio de poder y riesgos de género en el caso?
- ¿La sentencia privilegia la prueba indiciaria?
- ¿La sentencia se refiere al fondo del asunto?
- ¿La sentencia menciona en clave de instrumentos nacionales e internacionales sobre género – normas, jurisprudencia, doctrina-?
- ¿La sentencia da razones o solamente invoca los instrumentos nacionales e

internacionales sobre género – normas, jurisprudencia, doctrina-?

- ¿La sentencia hace control de convencionalidad?
- ¿La sentencia visualiza la situación específica de la mujer y sus necesidades de protección?
- ¿La sentencia hace algún aporte en materia de género?
- ¿La medida adoptada ayuda a la reparación integral?

Se advierte que el análisis de las decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se hará a partir de las consideraciones de la ella; es decir, no se hará valoración alguna sobre los antecedentes.

### **Análisis de la Utilización del Enfoque de Género en el Caso Tipo 1: Sentencia de Casación SP 2649-2002 del 27 de julio de 2022**

**Tabla 3.**

*Indicadores de eficacia del enfoque de género en sentencias judiciales. Caso tipo 3*

<b>Criterio</b>	<b>Si/No</b>	<b>Valoración</b>
¿La sentencia analiza los hechos?	Si	Más que los hechos objeto de procesamiento penal, el análisis se centra en el contexto en el que la imputada tuvo que vivir
¿La sentencia analiza el entorno social y cultural en el que se desarrollan los hechos?	Si	Tal y como ya se hizo mención, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia analiza el entorno social y cultural en la que la imputada tuvo que vivir
¿La sentencia identifica al género como categoría sospechosa?	Si	Considera que en razón a su género, la imputada tuvo que soportar actos de violencia que repercutieron en el ilícito penal
¿La sentencia establece que hay una relación desequilibrada de poder?	No	En el caso concreto no se vislumbra ninguna relación desequilibrada de poder
¿La sentencia visibiliza la existencia de estereotipos, manifestaciones de sexismo, relación de desequilibrio de poder y riesgos de género en el caso?	Si	En este asunto, la sentencia visibiliza cómo los riesgos de género confluyeron desde temprana edad, de tal manera que marcaron la vida de la procesada hasta tal punto que confluyeron la comisión del delito
¿La sentencia privilegia la	No	En este caso no hay necesidad de privilegiar la

prueba indiciaria?		prueba indiciaria ya que el meollo del asunto en casación no era la comisión del ilícito sino las circunstancias en que se efectuó.
¿La sentencia se refiere al fondo del asunto?	Si	Por lo menos sobre los problemas jurídicos llevados a casación
¿La sentencia menciona en clave de instrumentos nacionales e internacionales sobre género – normas, jurisprudencia, doctrina-?	Si	No lo hace directamente; sin embargo, cita extensa jurisprudencia de la misma corporación donde se ilustra este punto. En el tema doctrinario, la sentencia referencia a varios autores para determinar la importancia del enfoque de género cuando la imputada es mujer
¿La sentencia da razones o solamente invoca los instrumentos nacionales e internacionales sobre género – normas, jurisprudencia, doctrina-?	Si	Por lo menos sí, en los apoyos doctrinales.
¿La sentencia hace control de convencionalidad?	No	No era necesario para este caso
¿La sentencia visualiza la situación específica de la mujer y sus necesidades de protección?	Si	Hace un análisis de cómo la violencia de género afectó el proyecto de vida de la procesada e impactó en la comisión del ilícito penal
¿La sentencia hace algún aporte en materia de género?	Si	La necesidad de realizar un enfoque de género en asuntos donde la procesada sea mujer
¿La medida adoptada ayuda a la reparación integral?	No	Por las condiciones fácticas no era pertinente

En esta sentencia, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, aborda con perspectiva de género el caso presentado ante ella, pero no desde la postura de las víctimas sino de la procesada penalmente; básicamente son dos las cuestiones que se abordan en casación: el contexto social, cultural, económico de aquella y su estado de inimputabilidad al momento de la comisión del delito.

La Sala Penal, reprocha al *ad quem* que el contexto vivencial de la procesada no fue tenido en cuenta a la hora de hacer el juicio de culpabilidad, ya que se consideró a la perpetradora como imputable. Y es en este escenario donde la misma corporación reclama la utilización de una perspectiva de género que dé cuenta de tal contexto.

Por las dos cuestiones que abordó la sala, el análisis de los hechos no se centró en los

que rodearon al ilícito penal sino los relacionados con su vida pasada y su estado mental; entonces, es en este específico punto donde el entorno social y cultural que la imputada tuvo que vivir el que va hacer objeto análisis. En efecto, el entorno de maltrato, abuso y exclusión que la imputada tuvo que soportar – mediado por la violación que fue objeto por parte de su padre, la indiferencia de la madre, el vivir en la calle, haber quedado en embarazo en corta edad, ver cómo su padre violaba a su primera hija, la indiferencia de las instituciones públicas- no fue tenido en cuenta por los jueces de instancia: “La juez de primer grado ignoró íntegramente la cuestión, mientras que el tribunal - en una postura que debe rechazarse abierta e inequívocamente - las calificó de simples «*sucesos inmorales*». (Cursiva en original) (p. 10)

Aquí es dónde la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia manifiesta que el enfoque de género no sólo vincula a los funcionarios judiciales cuando juzgan casos de violencia contra la mujer, sino también **cuando la persona imputada y juzgada es una mujer, siempre que de los hechos conocidos pueda inferirse razonablemente que la comisión de la conducta punible tuvo relación con una victimización de género precedente o concomitante**” [Cursivas y negrillas en original] (p. 19).

Es decir, en palabras de la corporación, que se debe hacer una “auscultación cuidadosa de la situación contextual de la infracción, a partir de un entendimiento adecuado y comprensivo de las estructuras que suelen determinar las condiciones de vida de las mujeres, para identificar la posible existencia de precedentes de discriminación sexista que puedan estar involucrados como causa directa o indirecta, total o parcial, del ilícito (p. 24).

Para la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el no hacer eco de un enfoque de género para tales circunstancias permite que se case la sentencia ya sea como un yerro de



naturaleza fáctica – cuando se “ignora las pruebas que dan cuenta de ello, las valora equivocadamente o altera de una u otra forma su contenido material al punto de darlos por no demostrados estándolo” (p. 27)- o como un error de interpretación o selección normativa – como cuando pese a tener claridad sobre las circunstancias personales y su relación en el punible cometido, se “deja de atribuirles el efecto que les corresponde según las particularidades del asunto examinado”-.

Entonces, la sentencia resalta cómo los riesgos de género crearon las condiciones que llevaron a Johana del Carmen Montoya Rosario a ser procesada penalmente y que debieron ser tenidos en cuenta a la hora de valorar su culpabilidad dentro del esquema penal y si se la tuviera como imputable.

Ahora bien, en cuanto a los demás aspectos de análisis es necesario precisar que la sentencia no indica ninguna relación desequilibrada de poder, ni la necesidad de privilegiar la prueba indiciaria ya que el centro de la discusión en sede de casación no era la comisión del ilícito sino las circunstancias en que se efectuó.

En cuanto a la sustentación del argumento aquí esbozado – por cuanto no se tratará sobre el estado de inimputabilidad de la procesada, al ser ajeno al tema del presente trabajo- si bien es cierto no se cita directamente instrumentos internacionales o nacionales relacionadas con la utilización de perspectiva de género, no lo es menos que presenta referencias jurisprudenciales de la misma Corte Suprema – tanto en su sala penal como civil- como de la Corte Constitucional, que las recogen. Así mismo, utiliza ampliamente a doctrina nacional y extranjera para apoyar la tesis de la necesidad de utilizar tal perspectiva en escenarios donde la violencia de género debe ser teniendo en consideración frente a la imputada.

Como se puede ver, la novedad que trae esta sentencia es la determinación

jurisprudencial de la utilización de un enfoque de género más allá de mujeres víctimas de violencia de género, para hacerlo cuando ellas son procesadas penalmente, siempre y cuando el contexto de vida propio haya sido determinante para la comisión del delito.

### **Análisis de la Utilización del Enfoque de Género en el Caso Tipo 2: Sentencia de Casación SP 2136-2020 del 1 de junio de 2020**

**Tabla 4.**

*Indicadores de eficacia del enfoque de género en sentencias judiciales. Caso tipo 2*

<b>Criterio</b>	<b>Si/No</b>	<b>Valoración</b>
¿La sentencia analiza los hechos?	Si	La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, hace un análisis de los hechos que rodean el caso y lo hace desde un enfoque de género
¿La sentencia analiza el entorno social y cultural en el que se desarrollan los hechos?	No	No hay un análisis del contexto social y cultural que rodean los hechos; sin embargo, sí hay un análisis de cómo se desarrollaron los hechos objeto del proceso
¿La sentencia identifica al género como categoría sospechosa?	Si	Lo hace sobre todo en relación a las distintas valoraciones que hace el <i>ad quem</i> , donde el género cobró especial importancia
¿La sentencia establece que hay una relación desequilibrada de poder?	No	El caso no implicó la existencia de una relación de poder
¿La sentencia visibiliza la existencia de estereotipos, manifestaciones de sexismo, relación de desequilibrio de poder y riesgos de género en el caso?	Si	Es, precisamente, frente al fallo de segunda instancia, donde la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia visibiliza sesgos argumentativos basados en estereotipos de género.
¿La sentencia privilegia la prueba indiciaria?	No	La prueba indiciaria es utilizada para superar los testimonios contradictorios entre los procesados y la víctima.
¿La sentencia se refiere al fondo del asunto?	Si	De hecho, la sentencia casa la sentencia absolutoria de segunda instancia revertiendo tal decisión
¿La sentencia menciona en clave de instrumentos nacionales e internacionales sobre género – normas, jurisprudencia, doctrina-?	Si	La Sala Penal trae a colación diferentes instrumentos internacionales y nacionales tanto para establecer la necesidad de aplicar un enfoque de género como para la solución del caso planteado
¿La sentencia da razones o solamente invoca los instrumentos nacionales e internacionales sobre género – normas, jurisprudencia, doctrina-?	Si	Cuando se trae a colación la necesidad de la utilización de enfoque de género, la enunciación de instrumentos internacionales y nacionales es más de carácter expositivo. Pero en la resolución del caso, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sí argumenta su posición con fundamento en ellos.
¿La sentencia hace control de	No	Pese a la citación de instrumentos internacionales,

convencionalidad?		no hay control de convencionalidad porque en el caso concreto no es necesario
¿La sentencia visualiza la situación específica de la mujer y sus necesidades de protección?	Si	Precisamente, la utilización de un enfoque de género visualiza las necesidades específicas que se requiere
¿La sentencia hace algún aporte en materia de género?	Si	La necesidad de la valoración probatoria en clave de enfoque de género
¿La medida adoptada ayuda a la reparación integral?	No	Por las condiciones propias del recurso extraordinario de casación, aquí se obtuvo la materialización del derecho a la justicia y a la verdad

En esta sentencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia utiliza un enfoque de género para casar la sentencia de segunda instancia, al tiempo que le reprocha a esta la utilización de estereotipos de género y decir la absolución de los procesados. Así pues, una primera conclusión a la que se puede arribar es que la no utilización de un enfoque de género para la valoración probatoria permite acceder al recurso extraordinario de casación por la configuración de la causal de error por falso raciocinio.

La aplicación del enfoque de género le permite a esta sala hacer un análisis de los hechos que rodean el caso, evitando los prejuicios y sesgos que la segunda instancia incurrió; y si bien es cierto, no se analiza con detenimiento el contexto social y cultural de la víctima sí se lo hace en relación con el episodio de la agresión sexual, el cual es valorado en sus justas dimensiones una vez corregidos los errores interpretativos de la segunda instancia.

El estudio de la segunda instancia, realizado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, determinó que el género se constituyó en una categoría sospechosa, ya que con fundamento en él se hicieron valoraciones probatorias que distaban de una comprensión real de la violencia de género y aunque no comprobó la existencia de una relación de poder, sí arribó a un escenario de dominio donde se ejerció coerción física para obtener una relación sexual.

De esta manera, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, reprocha al *ad quem* cómo utiliza estereotipos de género, como que debe haber siempre una respuesta de repulsión frente a un ataque sexual o que una mujer que propicia un encuentro sexual atípico está dispuesta a todo; así, por ejemplo, la sala demuestra tales sesgos con el siguiente silogismo que la segunda instancia formula:

P1: Si una mujer no opone una reacción física a un avance sexual, es porque consiente a su realización.

P2: Heidy Johana Hoyos no ejecutó actos de resistencia física para evitar la interacción sexual.

C: Heidy Johana Hoyos accedió voluntariamente a la relación sexual con BOTELLO BURGOS. (Mayúsculas en original) (p. 34-35)

Otro ejemplo, es el siguiente:

Además, lo que el *ad quem* quiso hacer ver como el simple reposo de una extremidad del agresor en el cuerpo de la ofendida, ésta lo describió un modo bien distinto, pues lo que evocó fue que aquél le puso la mano «*fuertemente en (su) espalda*», tanto así, que sólo logró poner fin a la penetración cuando «**(se) le (pudo) zafar**». Puesto de otra forma, la aprehendió de un modo que le impidió evitar la penetración, hasta cuando, pasados varios minutos, se pudo liberar. (Cursiva y negrilla en original) (p. 32)

Como ya se lo ha mencionado, con la utilización del enfoque de género, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia llega a utilizar la prueba indiciaria sobre todo a la hora de valorar los testimonios antagónicos, para llegar a la siguiente conclusión:

Pues bien, ante a la existencia de dos versiones divergentes y mutuamente excluyentes sobre el hecho – una según la cual fue violento y, la otra, consentido – la Sala observa

plurales razones, que se explican a continuación, por las que se impone otorgar credibilidad al testimonio de la víctima sobre el de BURGOS MENDOZA. (Mayúsculas en original) (p. 51)

En otro escenario, la Sala Penal, trae a colación diversos instrumentos internacionales y nacionales sobre la necesidad de utilizar el enfoque de género en decisiones judiciales, así como para la solución del caso concreto: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Espinoza Gonzales v. Perú, Reglas de Evidencia y Procedimiento de la Corte Penal Internacional, Ley de Ofensas Sexuales de 2003 de reino Unido, Ley Orgánica de la Libertad Sexual de España, Convenio de Estambul, Ley 1719 de 2014, sentencias T – 012 de 2016, T – 878 de 2014, T – 462 de 2018, T– 590 de 2017.

Finalmente se puede predicar que la sentencia pudo dar cuenta de las necesidades específicas de protección y de valoración de la prueba en casos de violencia de género, de allí el aporte de la misma al tema objeto de estudio. Pese a lo anterior, y por las limitaciones propias de la figura del recurso extraordinario de casación, se está solo ante la materialización del derecho a la justicia y a la verdad.

### **Análisis de la Utilización del Enfoque de Género en el Caso Tipo 3: Auto AP 2070-2018 del 23 de mayo de 2018**

**Tabla 5.**

*Indicadores de eficacia del enfoque de género en sentencias judiciales. Caso tipo 1*

<b>Criterio</b>	<b>Si/No</b>	<b>Valoración</b>
¿La sentencia analiza los hechos?	Si	Si hay un análisis de hechos haciendo énfasis en el reconocimiento de la existencia de una relación sentimental entre Astrid Helena Cristancho y Jorge Armando Otálora.

¿La sentencia analiza el entorno social y cultural en el que se desarrollan los hechos?	No	No hay tal análisis, más allá de breves descripciones del entorno laboral – sobre todo el carácter de Otálora Gómez- y de la relación de pareja – salidas a lugares públicos, interacción social-
¿La sentencia identifica al género como categoría sospechosa?	No	De hecho, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, establece que al existir una relación de pareja algunas conductas son atípicas mientras que en otras no se puede probar su comisión
¿La sentencia establece que hay una relación desequilibrada de poder?	No	Pese a que la denunciante manifiesta que muchas de los actos que configuran el caso, estuvieron mediados por la existencia de una relación de poder, Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia determina que tal relación es laboral y no influyó en las decisiones de Cristancho.
¿La sentencia visibiliza la existencia de estereotipos, manifestaciones de sexismo, relación de desequilibrio de poder y riesgos de género en el caso?	No	La decisión adoptada en el auto es que los actos sexuales ocurridos entre Astrid Helena Cristancho y Jorge Armando Otálora, fueron consentidos, por lo que el auto no comenta nada sobre manifestaciones de sexismo, relación de desequilibrio de poder y riesgos de género en el caso. Sin embargo, es de anotar que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia si utiliza un estereotipo de género cuando hace la valoración de las pruebas sobre la existencia de tal relación.
¿La sentencia privilegia la prueba indiciaria?	No	De hecho, uno de los principales argumentos para llegar a la conclusión de la preclusión de la investigación es porque no hay elementos materiales probatorios directos ni corroboración periférica.
¿La sentencia se refiere al fondo del asunto?	Si	En este caso, el auto toca el fondo del asunto, cual es la solicitud de preclusión de la investigación contra Jorge Armando Otálora
¿La sentencia menciona en clave de instrumentos nacionales e internacionales sobre género – normas, jurisprudencia, doctrina-?	No	Ya que no se considera el género como aspecto relevante en la decisión a adoptar, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, no hace alusión a ningún instrumento nacional o internacional sobre el tema.
¿La sentencia da razones o solamente invoca los instrumentos nacionales e internacionales sobre género – normas, jurisprudencia, doctrina-?	No	Como se advirtió, los instrumentos internacionales y nacionales sobre eliminación de la violencia y discriminación basada en género no fueron mencionados y por ende no se

		valoraron en función del caso.
¿La sentencia hace control de convencionalidad?	No	No hay control de convencionalidad alguno
¿La sentencia visualiza la situación específica de la mujer y sus necesidades de protección?	No	La lógica de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es que en el caso presentado no se debe utilizar un enfoque de género, porque no se vislumbra un desequilibrio entre las partes que así lo amerite.
¿La sentencia hace algún aporte en materia de género?	No	Ninguno porque se dice que el enfoque de género no debe ser usado para la resolución de la petición incoada.
¿La medida adoptada ayuda a la reparación integral?	No	Al considerarse que no hay delito, se entenderá que no hay afectación alguna y por ende no habría lugar a reparación integral.

Inicialmente se debe manifestar que en el Auto AP 2070-2018 del 23 de mayo de 2018, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no utilizó el enfoque de género a la hora de valorar los elementos materiales probatorios recaudados; para llegar a tal conclusión, dicha sala parte de la premisa que la relación entre Astrid Helena Cristancho y Jorge Armando Otálora fue consensual, por lo tanto, no se está ante una situación de desequilibrio de una de las partes – en este caso Astrid Helena Cristancho- para que sea necesario tal enfoque. Así, entonces, se puede dar por descontado cualquier referencia al tema.

Lo anterior, pese a que la denunciante manifestó que muchas de los actos que configuran el caso, estuvieron mediados por la existencia de una relación de poder. Según la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (2018) el enfoque de género

supone como presupuesto la desigualdad de la concreta relación que se juzga, condición que se ha explicado no se presenta ahora, de manera que recurrir a una visión de género como única alternativa de interpretación de la situación que se analiza, es en este caso innecesario ante la avasalladora evidencia que demuestra la existencia de una relación consentida. (p. 28)

Luego, entonces, si se parte de la premisa de la existencia de una relación de pareja

de carácter normal – es decir, entre personas iguales- la conclusión de que no era posible desvirtuar la presunción de inocencia con respecto al tipo penal de acceso sexual con persona en incapacidad de resistir y que la de acoso sexual era atípica, inicialmente se tornaría como lógica.

Sin embargo, la utilización del enfoque de género hubiese dado un resultado diferente frente a la decisión adoptada finalmente por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria en su especialidad penal, tal y como se lo verá a continuación.

Inicialmente si se puede predicar que existe un análisis de los hechos que rodean el caso, pero al no tenerse un enfoque de género, tal análisis gira entorno a la relación sentimental entre Astrid Helena Cristancho y Jorge Armando Otálora, como si se tratase de una relación normal no mediada por un desbalance de poder y en un entorno laboral, que por la misma personalidad del jefe – Otálora Gómez- se tornaba en agobiante.

De allí entonces que se echa de menos un análisis del contexto: por un lado, en el trabajo, un ambiente que rayaba en el acoso laboral y, por el otro, en lo afectuoso, una relación de subordinación. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, sí establece un ambiente laboral complejo, pero no lo relaciona con el asunto a resolver, mientras que hace énfasis en la exteriorización de la relación sentimental, como es el caso de las salidas a lugares públicos, la interacción social, el hecho de pernoctar en el apartamento de Otálora Gómez, entre otros episodios.

En otro escenario, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (2022) menciona que la señora Astrid Helena Cristancho “dio muestras de afecto no propias de una persona mancillada, sometida o apabullada por razón del acoso de su superior” (p. 22) o que “la doctora también aceptó que fue halagada con obsequios y que se sintió complacida como mujer en un viaje al exterior. ¿Cómo se podría aislar este momento de los otros para sostener



que en algunas ocasiones fue acosada y en otro no? (p. 23).

Como se puede ver, dicha sala utiliza una serie de estereotipos de género – como cuando se dice que si no dice nada es porque consiente o que a toda mujer busca algo a cambio de la relación- para llegar a la conclusión ya conocida. Es más, la parte final manifiesta que: “La condición humana, como dice el defensor, tan difícil de entender, permitió también descubrir el interés de la doctora Astrid Helena por escribir una historia diferente en la que su pareja sería el agresor” (p. 26). Es decir, que como toda mujer inventa algo a manera de venganza.

Y ya que no se considera el género como aspecto relevante en la decisión a adoptar, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, no hace alusión a ningún instrumento nacional o internacional sobre el tema.

## **Capítulo 5: Explicación de la aplicación de las garantías procesales penales en las decisiones tipo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**

### **La Necesidad de las Garantías en el Proceso Penal**

Ferrajoli (2001) caracteriza al Estado de derecho como “un sistema político basado en la disciplina legal y el monopolio estatal del uso de la fuerza” (p. 91) de donde se desprende la existencia de una estricta legalidad que “consiste en una técnica legislativa idónea para disciplinar y limitar lo más rígidamente posible la violencia institucional y, en general, el ejercicio de los poderes coercitivos, a través de la determinación normativa de sus presupuestos” (Ferrajoli, 2001, p. 93).

Ello es importante, en la medida en que el Estado de Derecho es la garantía de delimitar el poder estatal, máxime cuando se trata del *ius puniendi*, escenario donde el citado Ferrajoli (2001) establece que el uso de la violencia estatal solo se puede dar a partir del cumplimiento de los siguientes

requisitos sustanciales correspondientes al conjunto de garantías penales y procesales: la tipicidad de las violencias configuradas como penas, la taxatividad de los supuestos empíricos previstos como delitos, su ofensividad y culpabilidad, su verificación por parte de un tercero -juez- a partir de un juicio contradictorio y público entre una acusación que tiene la carga de probarlos y una defensa que tiene la posibilidad de desmentirlos. (Ferrajoli, 2001, pp. 93-94)

Tal Estado de Derecho, está asentado en el principio de legalidad, el cual en palabras de Roxin (1997, citado en Simaz, 2014) “sirve para evitar la punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva” (p. 13), lo que trae cuatro grandes consecuencias para el derecho penal:

- 1.) la prohibición de Derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena

*(nullum crimen, nulla poena sine lege scripta)*;

2.) la prohibición de retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*);

3.) la prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*);

4.) la prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*). (p. 13)

Así, entonces, Caro Coria (2006) concluye que es necesario que el derecho penal esté revestido de una serie de garantías constitucionales – se agregaría convencionales- para otorgar tanto un marco de seguridad jurídica como un equilibrio entre la búsqueda de la verdad y los derechos del procesado “los cuales constituyen un límite al poder punitivo estatal, cuya protección y respeto no pueden ser ajenos a una justicia penal contemporánea” (p. 1028).

### **Las Garantías Procesales Penales**

Inicialmente se debe definir las garantías procesales de la siguiente manera:

Conjunto de derechos públicos reconocidos a los justiciables por la Constitución con la finalidad de asegurar las condiciones necesarias para el logro de un proceso justo. Son el derecho a la imparcialidad del juez, la publicidad del proceso, la posibilidad de asistencia de abogado, la prohibición de dilaciones indebidas y la utilización de los medios de prueba disponibles. (Real Academia de la Lengua Española, 2022)

En este orden de ideas, Caro Coria (2006) establece la existencia de unas garantías penales de carácter (i) genérico y otras (ii) específicas. Las primeras, producen efectos a lo largo de todo el proceso penal siendo: (a) derecho a la tutela judicial efectiva, que incluye los derechos al libre acceso a la jurisdicción, al libre acceso al proceso en las instancias reconocidas, a obtener una resolución fundada en Derecho que ponga fin al proceso, a la efectividad de la tutela judicial (derecho a la ejecución); (b) el derecho al debido proceso

penal que incluye: interdicción de la persecución múltiple (principio de *ne bis in idem*), el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a un juez imparcial, la prohibición de compeler a declarar o a reconocer la culpabilidad; (c) el derecho a la presunción de inocencia; (d) derecho a la defensa.

En cuanto a las específicas, Caro Coria (2006) presenta las siguientes: (a) principios referidos a la relación entre el juez y las pruebas (inmediación y mediación); (b) principio referente al conocimiento de los actos procesales (publicidad y secreto); (c) principios referidos a la marcha de los actos procesales (celeridad).

Por su parte, la Corte Constitucional (2014) al definir el derecho al debido proceso precisó que este estaba constituido por las siguientes garantías: (i) derecho a la jurisdicción que comprende el acceso libre e igualitario a los jueces, a obtener una decisión motivada, a impugnar la decisión y al cumplimiento del fallo; (ii) derecho al juez natural; (iii) el derecho a la defensa, que implica tener medios adecuados para preparar la defensa, el poder estar asesorado por un abogado, la igualdad ante la ley procesal, la buena fe y la lealtad de todos los intervinientes; (iv) el derecho a un proceso público, en un término razonable sin dilaciones injustificadas; (v) el derecho a una judicatura independiente y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez.

A nivel normativo, el Código de Procedimiento Penal colombiano establece una serie de principios y garantías procesales siendo: (i) dignidad humana, (ii) libertad, (iii) prelación de los tratados internacionales, (iv) igualdad, (v) imparcialidad, (vi) legalidad, (vii) presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, (viii) defensa, (ix) oralidad, (x) derechos de las víctimas, (xi) lealtad, (xii) gratuidad, (xiii) intimidad, (xiv) contradicción, (xv) inmediación, (xvi) concentración, (xvii) publicidad, (xviii) doble instancia, (xix) juez natural, (xx) cosa juzgada, (xxi) restablecimiento del derecho, (xxii) cláusula de exclusión de pruebas ilícitas

**Tabla 6.***Garantías procesales penales en Colombia*

Tutela judicial efectiva	Libre e igualitario acceso a la jurisdicción	
	Libre e igualitario acceso al proceso en las instancias reconocidas	
	Obtención de una resolución fundada en derecho	
	Derecho a la ejecución de la sentencia	
Derecho al debido proceso penal	Principio de ne bis in idem	
	Proceso sin dilaciones indebidas	
	Juez imparcial	
	Presunción de inocencia	
	Derecho a la defensa	Prohibición de autoincriminación
		Prohibición de utilizar el silencio como indicio en contra
		Derecho a la asistencia letrada
		Derecho a disponer de un tiempo razonable y medios adecuados para preparar la defensa
		Derecho a solicitar y controvertir las pruebas
	Relación entre el juez y las pruebas	Inmediación
Mediación		
Cláusula de exclusión		
Conocimiento de los actos procesales	Publicidad	
	Secreto	
Marcha de los actos procesales	Celeridad	

Ahora bien, para la explicación sobre la aplicación de las garantías procesales penales en las sentencias tipo elegidas, se utilizarán las siguientes: (i) Libre e igualitario acceso al proceso en las instancias reconocidas, (ii) obtención de una resolución fundada en derecho, (iii) derecho a la ejecución de la sentencia; (iv) juez imparcial, (v) presunción de inocencia, (vi) derecho a la asistencia letrada, (vii) derecho a solicitar y controvertir las pruebas, (viii) inmediación, en función de las características propias de las decisiones objeto de estudio.

Finalmente, es menester afirmar que – como en las sentencias objeto de estudio- la utilización de un enfoque de género como herramienta de abordaje para asuntos relacionados con violencia o discriminación por género, no implica la negación de principios fundamentales a los hombres en sus defensas, pues están cobijados por el derecho universal al debido proceso que no debe jamás ser conculcado, así haya presiones ideológicas desde alguna tendencia radical para que así sea (Martín, 2018).

### **Explicación de las garantías procesales penales en el Caso Tipo 1: Sentencia de Casación SP 2649-2002 del 27 de julio de 2022**

Pese a ser una sentencia de casación, esta utiliza el enfoque de género para valorar las condiciones de vida de la condenada e igual que en el caso anterior, las garantías procesales deben ser examinadas a la luz del recurso extraordinario de casación. Inicialmente, entonces, sobre el libre e igualitario acceso al proceso en las instancias reconocidas se debe decir que fue la defensa de la condenad quien propuso el recurso y en su desarrollo pudieron participar tanto la Fiscalía General de la Nación como el representante de las víctimas – aunque este último no se pronunió-.

La sentencia objeto de comentario está fundada en derecho en la medida en que se utiliza un enfoque de género – aceptado jurisprudencialmente como válido- para la valoración fáctica y probatoria de lo acaecido en el proceso penal. En lo que se refiere a la la ejecución de la sentencia, al estar privada de la libertad, el cambio de la pena de prisión a la de internamiento psiquiátrico se da como una realidad.

Al tratarse de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la garantía de juez imparcial se da máxime si se tiene cuenta que es un juez colegiado y donde no hay salvamento o claridad de voto. Por su parte, en lo que concierne a la presunción de inocencia esta no debe ser tomada en cuenta en la medida en que la persona proceda ya había sido

condenada por la primera y segunda instancia; sin embargo, es menester aclarar, que solo en sede casacional se logra – tras la utilización del enfoque de género- una nueva valoración de las circunstancias personales de la procesada, así como la ininputabilidad de ella.

Ahora bien, como ya se lo había advertido, el derecho a la asistencia letrada se dio en las instancia de casación, toda vez que tanto la condenada como las víctimas tuvieron la oportunidad de defender sus intereses en dicha instancia. Y en lo que respecta al derecho a solicitar y controvertir las pruebas por el diseño legal del recurso extraordinario de casación no se permite, por lo que el tramite se hace con base en lo alegado como causal y lo existente en el proceso.

Finalmente, con respecto a la inmediación si bien es cierto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia está al tanto del proceso, la audiencia de sustentación del recurso se hace en presencia del magistrado sustanciador y la decisión en audiencia cerrada. Con respecto a la valoración probatoria la inmediación que se requiere para ello no está presente, ello es particularmente relevante cuando se utiliza el enfoque de género en la medida en que se revisa las pruebas obrantes en el proceso, pruebas que no se conoció de primera mano.

### **Explicación de las garantías procesales penales en el Caso Tipo 2: Sentencia de Casación SP 2136-2020 del 1 de junio de 2020**

Esta decisión judicial corresponde a una sentencia de casación, por lo que es menester en cuenta sus específicas características a la hora de explicar las garantías procesales en juego. Así, con respecto al libre e e igualitario acceso al proceso en las instancias reconocidas, se puede decir que el recurso fue propuesto y sustentado por la representante de la presunta víctima, y en la audiencia respectiva comparecieron tanto la Fiscalía General de la Nación como los defensores de los procesados.

La sentencia en comento responde a una decisión fundada en derecho, ya que a lo largo de ella – como se puede examinar en la respectiva descripción- se hizo un análisis tanto fáctico como jurídico de los hechos presentados en sede de casación. En lo que respecta a la ejecución de la sentencia, esta no se puede determinar en la medida en que los procesados fueron absueltos en segunda instancia y no hay constancia de si fueron detenidos precautelativamente.

En cuanto a la imparcialidad del juez esta se desprende de las mismas calidades del juez de casación: sala colegiada y de la máxima instancia ordinaria. Frente a la presunción de inocencia, su abordaje es problemático en la medida en que al utilizar un enfoque de género, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia va utilizar criterios – como la utilización de prueba indiciaria- que en cierta manera van en contravía de tal garantía y de paso del *in dubio pro reo*.

Por otro lado, se debe decir que todos los intervinientes tuvieron acceso a la asistencia de un profesional de derecho para la defensa de sus intereses en esta sede casacional. Frente al derecho a solicitar y controvertir las pruebas, es claro que por las específicas características del recurso extraordinario de casación, no se puede aplicar tal derecho, ya que en últimas solo se trata de una revisión de lo actuado y por lo tanto las partes no pueden presentar o contrargumentar pruebas.

Ello nos lleva al examen de la garantía procesal de la inmediación: si bien es cierto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia estuvo al tanto del trámite del recurso, no lo es menos que frente al debate probatorio no tuvo presente; ello implica que no hubo inmediación de la prueba y por tanto, toda la valoración probatoria que hace es de carácter referencial. Este aspecto es complejo de asumir, en la medida en que al utilizar el enfoque de género dio valoraciones probatorias a las que dictaminó la segunda instancia.



### **Explicación de las garantías procesales penales en el Caso Tipo 3: Auto AP 2070-2018 del 23 de mayo de 2018**

Inicialmente se debe decir que con al ser el Defensor del Pueblo uno de los funcionarios que según el artículo 235 numeral 4 de la Constitución Política deben ser juzgados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, esta decisión corresponde a la entonces única instancia de juzgamiento para aforados.

Con respecto al libre e igualitario acceso al proceso en las instancias reconocidas, por las características esta decisión no cuenta con recurso alguno; en cuanto a la ejecución de la decisión, se debe decir que al aceptar la preclusión de la investigación penal, aquella se da por sentada en beneficio del Jorge Armando Otálora, implicando que “cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra del imputado por esos hechos” al tenor de lo dispuesto en el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal. Este último escenario implica que la presunta víctima no puede reiniciar el proceso penal, con el agravante que al ser un proceso de única instancia no se tiene derecho al recurso de alzada.

El juez imparcial está dado, en virtud a que se trata de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, órgano de cierre de esta especialidad y por lo cual se esperaría tal característica. Ahora bien, precisamente a que no es posible desvirtuar la presunción de inocencia de que goza Jorge Armando Otálora, es que la Fiscalía General de la Nación solicita la preclusión de la investigación penal.

Con respecto a la asistencia letrada, es necesario afirmar que la presunta víctima contó con su respectiva representante la cual participó en el audiencia donde la Fiscalía General de la Nación sustentó su solicitud; de igual manera, el procesado contó con defensor que igualmente pudo participar en la audiencia en comento.

El punto más complejo de abordar está en la garantía del derecho a solicitar y

controvertir pruebas ya que al tratarse de una solicitud de preclusión de la investigación penal no se está en la oportunidad procesal que legalmente se tiene para la materialización de tal garantía; es más el inciso tercero del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal establece que en esta audiencia no “habrá lugar a solicitud ni práctica de pruebas”. Ello está relacionado con el *telos* de la preclusión que no es otro que colocar el fin a la investigación al no existir delito a perseguir penalmente.

En lo que respecta, la garantía de la inmediación debe verse en dos aspectos: por un lado, la presencialidad del juez de conocimiento en la audiencia de preclusión, la cual se dio. Y, un segundo, relacionado con lo probatorio, que no se da al no existir pruebas que practicar.

## **Conclusiones**

El punto de partida de la presente investigación fue la formulación de la siguiente pregunta de investigación ¿cuál es la aplicación del enfoque de género y de las garantías procesales en casos tipo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia? El análisis de los tres casos tipo escogidos que implicó una primera parte descriptiva de ellos, una segunda donde se estudió el enfoque de género y finalmente, una tercera, donde se hizo lo propio con las garantías procesales.

El desarrollo de estos objetivos permitió dar respuesta al interrogante, ya que en cada una de las sentencias se pudo determinar la forma cómo se aplicaron o no el enfoque de género lo mismo que las garantías procesales, tal y como se detallar a continuación.

A partir de la base teórica planteada, es evidente que los enfoques diferenciales son necesarios para abordar tanto el tema de políticas públicas - desde su fase de diseño hasta su evaluación - como el mundo jurídico - ya sea de creación, interpretación o aplicación normativa-; para la materia objeto de estudio, la penal, el enfoque de género es una materia pendiente tanto desde el ámbito sustantivo como procesal.

Dicha tarea comienza con la clarificación conceptual de lo que implica el enfoque de género, es decir, el reconocimiento que en la sociedad hay violencias basadas en género, cuya victimización afecta principalmente a las mujeres, quienes deben ser caracterizadas como sujetos históricamente discriminados.

La segunda tarea es la implementación del enfoque de género en todos los escenarios del proceso penal, vale decir desde la investigación hasta el juicio. Ello inicia con la revisión de la concepción misma del derecho penal y del papel de la mujer en él. Tal análisis exige que los operadores jurídicos reconozcan que el proceso penal fue construido sobre bases ideológicas que privilegiaban los derechos de los hombres, argumentando la incapacidad o

inferioridad biológica de la mujer. Esta argumentación se trasladó a las instituciones políticas y jurídicas creadas en el marco de la modernidad, que solo se vería derrumbada en el siglo XX.

También se requiere una revisión del proceso penal desde una perspectiva garantista, y de última *ratio*, a partir de los principios universales de igualdad y dignidad humana. Estos dos últimos principios, lejos de entrar en conflicto con el uso del enfoque de género, deben ser considerados la base jurídico-epistémica de su construcción. Por lo tanto, el enfoque de género debe ser examinado como la herramienta que permite garantizar los principios cuando se trata de sujetos históricamente marginados en la construcción de las instituciones jurídicas y políticas.

Es a partir de estas bases teóricas que se estudiaron las tres decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia: la sentencia SP 2649-2002 del 27 de julio de 2002, la sentencia SP 2136-2020 del 1 de junio de 2020 y el auto AP 2070-2018 del 23 de mayo de 2018. Dichas decisiones fueron examinadas desde dos perspectivas: por un lado, la utilización de enfoque de género y, por la otra, la de las garantías procesales.

En la primera sentencia tipo se puede destacar que el caso presentado permite examinar la aplicación del enfoque de género y las garantías procesales desde el ámbito de la procesada, más allá del tradicional rol de víctima. Este caso permitió evidenciar la importancia de considerar los antecedentes fácticos y personales de la procesada a la hora de valorar su responsabilidad penal, ello puede llevar a una mejor adecuación típica, a valorar disminuyentes de la pena, a reconsiderar la antijuridicidad de la conducta e incluso su replantear su imputabilidad.

En cuanto a las garantías procesales, lo primero que es menester indicar es que se trata de una sentencia de casación en la que se utiliza el enfoque de género para valorar las

condiciones de vida de la condenada y se examinan las garantías procesales a la luz del recurso extraordinario de casación. La sentencia está fundada en derecho y se basa en la valoración fáctica y probatoria del proceso penal, utilizando el enfoque de género aceptado jurisprudencialmente como válido. La garantía de juez imparcial se cumple al tratarse de una Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, donde no hay salvamento o claridad de voto. Se aclara que la presunción de inocencia no se aplica en este caso, ya que la persona había sido condenada previamente. El derecho a la asistencia letrada se dio en las instancias de casación, donde tanto la condenada como las víctimas tuvieron la oportunidad de defender sus intereses.

Por las especificidades procesales del recurso extraordinario no se permite solicitar o controvertir pruebas, por lo que la valoración de estas se basa en las causales alegadas y lo existente en el proceso, ello implica que la inmediación requerida para la valoración probatoria no está presente en la decisión de la Sala de Casación Penal.

En la segunda decisión tipo examinada se utiliza el enfoque de género para la constratación de los testimonios – tanto de la víctima como de los procesados-. Así, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, deja sin base el argumento utilizado por las instancias sobre ciertas reglas de experiencia que utilizaron para determinar la no existencia de responsabilidad penal. Igual que en la decisión anterior, llama la atención cómo los juzgados de instancia utilizaron valoraciones estándares que incluyeron prejuicios de género dando como resultado la no credibilidad de la víctima y que llegó, incluso, a la absolución de los encartados.

Ahora bien, en cuanto a la segunda cuestión objeto de estudio, lo primero que se debe decir es que correspondió a una sentencia de casación, lo que implica considerar sus características específicas al evaluar las garantías procesales involucradas. En cuanto al libre

e igualitario acceso al proceso, se destaca que tanto el representante de la víctima como la Fiscalía General de la Nación y los defensores de los procesados tuvieron la oportunidad de intervenir en el proceso. Además, se concluye que la sentencia se basó en un análisis tanto fáctico como jurídico de los hechos presentados en sede de casación.

Con respecto a la imparcialidad del juez se considera que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, al ser una sala colegiada y de la máxima instancia ordinaria, garantiza dicha imparcialidad. Sin embargo, se plantea un problema en cuanto al abordaje de la presunción de inocencia cuando se utiliza un enfoque de género, ya que se pueden aplicar criterios que van en contra de esta garantía, si no se adopta, como lo hizo la Corte Suprema, metodologías apropiadas para determinar la viabilidad de su aplicación.

Igualmente, se debe destacar que todas las partes tuvieron acceso a la asistencia de un profesional de derecho para la defensa de sus intereses en esta sede casacional. Sin embargo, en cuanto al derecho a solicitar y controvertir las pruebas, se señala que, debido a las características del recurso extraordinario de casación, no se puede aplicar tal derecho ya que solo se trata de una revisión de lo actuado.

Frente al examen de la garantía procesal de la inmediación y se concluye que, aunque la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia estuvo al tanto del trámite del recurso, no tuvo presente el debate probatorio, lo que implica que no hubo tal garantía y por tanto, toda la valoración probatoria que hace es de carácter referencial.

La última decisión tipo, es un auto que resuelve la solicitud de preclusión de una investigación penal. Aquí cabe destacar que el hecho que el procesado tuviese fuero constitucional y legal hace que la presunta víctima, en este caso una mujer, tenga pocas posibilidades de revertir una decisión adversa, ya que no se está en una etapa procesal donde se dé un debate probatorio propiamente dicho.

Aquí es menester referenciar que, si la Fiscalía General de la Nación hubiera utilizado un enfoque de género para abordar el asunto, no se habría hecho la solicitud de la preclusión por las causales ya narradas, sino que habría determinado proseguir con la investigación para obtener mejores elementos materiales probatorios y solo allí determinar si existe o no mérito para proseguir con la acción penal.

Con respecto a las garantías procesales, se debe decir que se desarrolló en un escenario de una única instancia judicial – lo cual era lo propio para la fecha de los hechos-, lo que implica que no se puede interponer ningún recurso y la decisión es final. Su resultado fue que al dar viabilidad a la preclusión ya no se puede reabrir proceso penal alguno en contra del procesado dando por sentada la cesación de la persecución penal en su contra. Por lo tanto, la presunta víctima no tiene derecho a pedir el reinicio del proceso ya que la decisión tiene efectos de cosa juzgada.

En cuanto a la garantía de la inmediación, se cumplió con la presencia del juez de conocimiento en la audiencia de preclusión, aunque no se pudo ejercer la garantía de solicitar y controvertir pruebas ya que en esta audiencia no se permite tal situación. Por último, se debe destacar que tanto la presunta víctima como el procesado contaron con su respectiva representación legal en la audiencia donde se sustentó la solicitud de preclusión de la investigación penal.

A partir de lo anterior se puede arribar a las siguientes conclusiones generales:

En primer lugar, el enfoque de género es una herramienta útil y obligatoria cuando se esté procesando hechos constitutivos de infracción penal y relacionados con violencia contra las mujeres.

En segundo lugar, su utilización no solo debe darse cuando la mujer sea víctima sino también cuando sea la procesada, en aras de una mejor comprensión de los hechos objeto de

juzgamiento y del contexto personal de ella.

En tercer lugar, el enfoque de género debe utilizarse únicamente cuando el caso lo amerite y donde haya un desequilibrio en contra de la mujer ya sea fáctico o probatorio; su éxito, entonces, está en determinar *prima face* su aplicabilidad al caso concreto.

En cuarto lugar, no debe predicarse que el enfoque de género implica un desconocimiento de garantías procesales; todo lo contrario, utilizado correctamente, las refuerza y permite materializar el derecho a un juicio justo y la materialización de los principios de igualdad ante la ley y dignidad humana de la mujer.

En quinto lugar, evidentemente una mala aplicación conllevaría a la vulneración de garantías procesales sobre todo en cuanto a la valoración probatoria y el principio *in dubio pro reo*, se trata. De allí la cautela que el operador judicial debe tomar a la hora de utilizarlo

Así las cosas, es dable decir que el enfoque de género es una herramienta esencial al procesar conductas punibles relacionados con la violencia contra las mujeres. Debe aplicarse tanto cuando la mujer es la víctima como cuando es procesada penalmente, en este último evento para lograr una mejor comprensión del contexto personal. Sin embargo, solo se debe utilizar cuando se justifique y haya un desequilibrio en contra de la mujer, de tal suerte que su utilización refuerce las garantías procesales para los intervinientes, así como el derecho a un juicio justo; de ello se desprende que una mala aplicación del enfoque de género puede desdibujar los aspectos fácticos y probatorios del caso, razón por la cual se requiere el conocimiento metodológico para su aplicación.



## Referencias

- Abadía, M. (2014). *Feminismos y sistema penal. Retos contemporáneos para una legitimación del sistema penal (tesis de doctorado)*. Universidad de los Andes.  
<https://bit.ly/3ArDE74>
- Arbeláez de Tobón, L. (s.f). *Lista de verificación. Herramienta virtual de apoyo para la identificación e incorporación de la perspectiva de género desde el enfoque diferencial en las sentencias*. Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial.  
<https://bit.ly/3UK7pDH>
- Asamblea Nacional Constituyente. (4 de julio de 1991). *Constitución Política de Colombia*.  
<https://bit.ly/3uHyxb6>
- Barlett, K. (2011). Métodos jurídicos feministas. En M. Fernández, & F. y Morales, *Métodos feministas en el Derecho Penal* (págs. 19-116). Palestra.
- Beccaría, C. (1998). *De los delitos y de las penas*. Ediciones Nuevo Foro.
- Benavides, S. (enero-abril de 2015). Femicidio y derecho penal. *Criminalidad*, 57(1), 75-90. <https://bit.ly/3HnPpeF>
- Bernal Pulido, C. (2002). El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. En J. M. Vega Gómez, & E. Corzo Sosa, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional* (págs. 57-74). Instituto de Investigaciones Jurídicas.  
<https://bit.ly/3IAUkb8>
- Bernal, C. (2010). *Metodoloía de la investigación* (tercera edición ed.). Bogotá, Colombia: Pearson Educación.
- Bonet Esteva, M. (2009). Derecho penal y mujer: ¿debe ser redefinida la neutralidad de la ley penal ante el género? En D. Heaim, & E. Bodelón Gonzáles, *Derecho, Género e Igualdad. Cambio en las estructuras jurídicas androcéntricas* (págs. 27-38).

Universidad de Barcelona. <https://bit.ly/3UO4b1t>

Bonilla Vélez, G. (2010). Teoría feminista, ilustración y modernidad. Notas para un debate.

*Cuadernos de literatura del Caribe e Hispanoamérica*(11), 191-214.

<https://bit.ly/3xZ2nth>

Castro, M., Rodríguez, L., Moreno, P., & Cruz, D. (2020). Violencia de género: otra

pandemia oculta. Bogotá. <https://bit.ly/41G5vrfa>

Congreso de Colombia. (26 de agosto de 2005). *Ley 985*. <https://bit.ly/3FLKmnB>

Congreso de la República. (24 de julio de 2000). *Código Penal. Ley 599*.

<https://bit.ly/3Z7KQuO>

Congreso de la República. (31 de agosto de 2004). *Código de Procedimiento Penal. Ley 906*.

<https://bit.ly/3VCIkeh>

Congreso de la República. (8 de noviembre de 2006). *Ley 1098. Por la cual se expide el*

*Código de la Infancia y la Adolescencia*. <https://bit.ly/3iJVkAk>

Congreso de la República. (10 de julio de 2007). *Ley 1146. Por medio de la cual se expiden*

*normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños,*

*niñas y adolescentes abusados sexualmente*. <https://bit.ly/3iYOvuI>

Congreso de la República. (4 de diciembre de 2008). *Ley 1257. Por la cual se dictan normas*

*de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación*

*contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley*

*294 de 1996 y se dictan otras disposiciones*. <https://bit.ly/3uIsAuC>

Congreso de la República. (21 de julio de 2009). *Ley 1336. por medio de la cual se adiciona*

*y robustece la Ley 679 de 2001, de lucha contra la explotación, la pornografía y el*

*turismo sexual con niños, niñas y adolescentes*. <https://bit.ly/3UISby4>

Congreso de la República. (10 de junio de 2011). *Ley 1448. Por la cual se dictan medidas de*

*atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.* <https://bit.ly/3HsDRH9>

Congreso de la República. (18 de junio de 2013). *Ley 1639. Por medio de la cual se fortalecen las medidas de protección a la integridad de las víctimas de crímenes con ácido y se adiciona el artículo 113 de la Ley 599 de 2000.* <https://bit.ly/3PkjzS7>

Congreso de la República. (18 de junio de 2014). *Ley 1719. Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado.* <https://bit.ly/3iV06Ly>

Congreso de la República. (6 de julio de 2015). *Ley 1761. Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones.* (Rosa Elvira Cely). <https://bit.ly/3FkAHCD>

Congreso de la República. (1 de febrero de 2016). *Ley 1773. por medio de la cual se crea el artículo 116A, se modifican los artículos 68A, 104, 113, 359, y 374 de la Ley 599 de 2000 y se modifica el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.* <https://bit.ly/3Pkk8LJ>

Consejo Nacional de Política Económica y Social. (14 de marzo de 2005). *Documento Conpes 91.* <https://bit.ly/3FjXU7Y>

Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2011). *CONPES 140.* <https://bit.ly/3FkzFGL>

Corleto Oar, R. W. (2006). La mujer en la Edad Media. *Revista Teología, XLIII(91)*, 655-670. <https://bit.ly/3KKUMX5>

Corte Constitucional. (17 de octubre de 2002). *Sentencia T-881.* <https://bit.ly/3xZRPdC>

Corte Constitucional. (27 de septiembre de 2006). *Sentencia C-804.* <https://bit.ly/3IDFIaV>

Corte Constitucional. (16 de mayo de 2012). *Sentencia C-365.* <https://bit.ly/3PgQlmT>

- Corte Constitucional. (4 de junio de 2014). *Sentencia C-341*. <https://bit.ly/3OW2duo>
- Corte Constitucional. (26 de octubre de 2016). *Sentencia C-586*. <https://bit.ly/41r91Gt>
- Corte Constitucional. (24 de enero de 2017). *Sentencia T-030*. <https://bit.ly/3IVANn3>
- Criado, L. (2006). El papel de la mujer como ciudadana del Siglo XVIII: la educación y lo privado. <https://bit.ly/2Tg17zh>
- Cydón, M. (6 de marzo de 2020). *Razones por las que el mundo necesita el feminismo*. <https://bit.ly/3VONF2f>
- De Miguel, A. (enero de 2007). Los feminismos a través de la historia. Capítulo IV. Feminismo de la diferencia y últimas tendencias. *Mujeres en Red. El Periódico Feminista*. <https://bit.ly/3Flq2HN>
- Defensoría del Pueblo. (s.f.). *El derecho a la igualdad*. Bogotá: Defensoría del Pueblo. <https://bit.ly/3Z7uZwy>
- Deza Villanueva, S. (2012). ¿Por qué las mujeres permanecen en las relaciones? *Avances en Psicología*, 1(20), 45-55. <https://bit.ly/3HquhUU>
- Faerman, R. (2015). Ética del cuidado: Una mirada diferente en el debate moral. *Revista de Teoría del Derecho*, 2(1), 123-146. <https://bit.ly/3uDAjKe>
- Fernández Revoredo, M. (2006). Usando el género para crítica el Derecho. *PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*.(59), 357-369. <https://bit.ly/3UPcc69>
- Ferrajoli, L. (2001). *El garantismo y la filosofía del derecho*. (G. Pisarello, A. Estrada, & J. Díaz, Trads.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2001a). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Fiscalía General de la Nación. (2021). *Guía de buenas prácticas para la investigación y judicialización de violencias fundadas en la orientación sexual y/o identidad de género (real o percibida) de la víctima*. Bogotá.

- Flecha García, C. (1993). Espacios para las mujeres en el Renacimiento europeo: Luis Vives como referencia. *VII Coloquio Nacional de Historia de la Educación. Educación y Europeísmo. De Vives a Comenio*, 173-183. <https://bit.ly/3IHnaq6>
- Franco, Q. (30 de noviembre de 2017). *La violencia contra las mujeres trans también es violencia de género*. Obtenido de Amnistía Internacional: <https://bit.ly/3FAkHxB>
- García de la Torre, F. (2021). Crisis del principio penal de ultima ratio ¿Debemos retomar la orientación constitucional del Derecho penal? *Anales de la cátedra Francisco Suárez. Protocolo I(1)*, 131-154. <https://bit.ly/3FyONAv>
- García Peña, A. L. (2016). De la historia de las mujeres a la historia del género. *Contribuciones desde Coatepec(31)*. <https://bit.ly/2RUCBD4>
- García, M. (2004). *Mujeres y hombres en el imaginario social. La impronta del género en las identidades*. México: Porrúa.
- Gómez Martínez, D. L. (2019). El derecho a la igualdad y su método de aplicación en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Revista de la Facultad de Derecho de México, LXIX(25)*, 331-360. <https://bit.ly/3mdTFoi>
- González Alarcón, H. M. (2011). Análisis del principio de igualdad ante la doctrina y la jurisprudencia comparada. *Revista Jurídica de Derecho Público, III*, 1-36. <https://bit.ly/3magTMm>
- Jaramillo Sierra, I. C., & Jaramillo Sierra, A. L. (2019). *Herramientas para la aplicación del enfoque de género en la administración de justicia*. Consejo Superior de la Judicatura. <https://bit.ly/3ULQEiy>
- León Rodríguez, M. (2015). Breve historia de los conceptos de sexo y género. *Revista de Filosofía, LIV(138)*, 39-47. <https://bit.ly/3Fe8WeW>
- Lopera, M., & Díaz, E. (2010). Mujeres, derechos y derecho. El derecho a los derechos.

- Diálogos de Derecho y Política*, 2(4), 28-38. <https://bit.ly/3HJZzXI>
- Martín, F. (2018). Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género. *Ius Et Praxis*, 28(3). <https://bit.ly/3FIEUpq>
- Mejía, C. (2015). Sexo y género. Diferencias e implicaciones para la conformación de los mandatos culturales de los sujetos sexuados. En J. Taguena, *Cultura, política y sociedad. Una visión calidoscópica y multidisciplinar*. (págs. 235-263). Pachuca: Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. <https://bit.ly/3W7GceF>
- Mendieta, D., & Tobón, M. L. (2018). La dignidad humana y el Estado Social y Democrático de Derecho: el caso colombiano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 10(3), 278-289. <https://bit.ly/3m9aiSe>
- Ministerio de Salud. (25 de febrero de 2000). *Resolución 412*. <https://bit.ly/3Bra51x>
- Ministerio de Salud. (28 de diciembre de 2012). *Resolución 4505*. <https://bit.ly/3heEbyy>
- Ministerio de Salud. (6 de marzo de 2012). *Resolución 459*. <https://bit.ly/2mLfdqA>
- Montoya, Y. (2011). Derecho penal y métodos feministas. En M. Fernández, & F. (. Fernández, *Métodos feministas en el Derecho Penal* (págs. 145-183). Lima: Palestra.
- Motta, C., & Cabal, L. (2006). *Más allá del derecho: justicia y género en América Latina*. Bogotá: Siglo del hombre.
- Organización de Estados Americanos. (22 de noviembre de 1969). *Convencion americana sobre derechos humanos*. <https://bit.ly/3PIXTol>
- Organización de Estados Americanos. (9 de junio de 1994). *Convencion interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>
- Organización de Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1945). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. <https://bit.ly/3UIj3yg>

- Organización de Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966). *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos*. <https://bit.ly/3iU3o1E>
- Organización de Naciones Unidas. (18 de diciembre de 1979). *Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer [CEDAW]*. <https://bit.ly/3hj4WSc>
- Páez, L. (febrero de 2011). Génesis y evolución histórica de la violencia de género. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*. <https://bit.ly/3FHZH88>
- Palomar, A. (2005). El principio de igualdad y la interdicción de la discriminación por razón de sexo desde una perspectiva constitucional. En A. P. Ojeda, *El tratamiento del género en el ordenamiento español (coordinador)* (págs. 23-133). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pastrana, O. (23 de junio de 2017). Trans, cis, queer y otros términos de género. *Bacanika*. <https://bit.ly/3PcRnQQ>
- Pineda, C. (20 de marzo de 2019). *Terrible momento para ser mujer, pero fantástico para ser feminista*. <https://bit.ly/3W5fL9e>
- Presidencia de la República. (25 de enero de 2010). *Decreto 164*. <https://bit.ly/3YdIs5I>
- Real Academia de la Lengua Española. (2022). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. <https://bit.ly/3Y7dhZI>
- Recanses, L. (2006). *Tratado general de filosofía del derecho*. Porrúa.
- Rey Martínez, F. (2005). *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. <https://bit.ly/3ULXSLQ>
- Rodríguez, J. (12 de mayo de 2016). *¿Feminismos y Derecho Penal?* <https://bit.ly/3VMstdc>
- Rozo, W., & López, D. (s.f.). *Estudio de casos*. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública, ESAP.

- Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia. (23 de mayo de 2018). *Auto AP2070. Radicado 51870*. <https://bit.ly/3Fe6xRh>
- Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia. (1 de julio de 2020). *Sentencia de Casación SP 2136-2020. Radicación No. 52897*. <https://bit.ly/3NRWipE>
- Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia. (27 de julio de 2022). *Sentencia de casación SP2649-022. Radicación 54044*. <https://bit.ly/3hENPtX>
- Sánchez, M. (2012). Violencia contra la mujer. La perspectiva de género en las decisiones judiciales. *Espacio Abierto*, 21(4), 611-627. <https://bit.ly/3UL9YVd>
- Simaz, A. (2014). Principio de legalidad e interpretación en el derecho penal: algunas consideraciones sobre la posibilidad de interpretar extensivamente la ley sustantiva. *Revista de derecho Penal y Criminología*(7), 49-72. <https://bit.ly/2Z7Ee5V>
- Tello Lázaro, J. C. (2003). Sobre la situación de la mujer en la antigüedad clásica. *Revista de Aula de Letras. Humanidades y Enseñanza*, 1-12. Obtenido de <https://bit.ly/3SCiaYt>
- Toledo, P. (2009). *El feminicidio*. México: ONU, OACNUDH.
- Valcárcel, A. (1993). *Del miedo a la igualdad*. Barcelona: Crítica.
- Velásquez Toro, M. (2010). *Género y Justicia*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. <https://bit.ly/3IFybZh>
- Vitale, G. (2008). Persecución penal de la pobreza. *Defensa pública: Garantía de acceso a la justicia*, 173-203. <https://bit.ly/3UFgPzz>
- Vizcarra, I. (mayo-agosto de 2008). Entre las desigualdades de género: un lugar para las mujeres pobres en la seguridad alimentaria y el combate al hambre. *Argumentos*, 21(57), 141-173. <https://bit.ly/3hi50BL>
- Zaffaroni, R. (2000). El discurso feminista y el poder punitivo. En B. Haydee, *Las trampas del poder punitivo. El Género del derecho penal*. (págs. 19-38). Buenos Aires: Biblos.



<https://bit.ly/3YcnPXL>