

Primera parte

Discursos de ascenso e ingreso como Miembros de la Academia Colombiana de Jurisprudencia



Revista de la Academia
Colombiana de Jurisprudencia
julio-diciembre, 2023

PROCESO PENAL Y PERSPECTIVA DE GÉNERO DESDE UN ENFOQUE FEMINISTA*

Luisa Fernanda Caldas Botero**
Académica correspondiente

Resumen: la perspectiva de género constituye una forma de aplicación del principio constitucional de igualdad por medio del cual se pueden hacer efectivos en el derecho penal y en el proceso penal los derechos de las mujeres. En el derecho internacional y en el derecho interno se han desarrollado diversos estándares, técnicas e instituciones que resultan aplicables en la investigación, en el juicio y, en general, en todas las actuaciones y decisiones que hacen parte del proceso penal, para que en los casos en los que se presenta vulneración de los derechos de una mujer, el conflicto se aborde de tal forma que se evite la revictimización y una afectación mayor a tales derechos. Estas herramientas, derivadas de la perspectiva de género, resultan aplicables tanto a la mujer víctima como a la mujer procesada, por lo que su razón de ser es la protección de los derechos de la mujer y no la posición que ella ocupe dentro del proceso.

Palabras clave: Perspectiva de género; feminismo; proceso penal; principio de igualdad; acceso a la administración de justicia; mujeres y derecho penal; estereotipos de género; mujeres privadas de la libertad; derechos de las mujeres víctimas de delitos; derechos de las mujeres procesadas.

* Discurso de ingreso como Miembro correspondiente a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, en sesión del 30 de marzo de 2023.

** Abogada y docente titular del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Contacto: luisa.caldas@uexternado.edu.co

CRIMINAL PROCESS AND GENDER PERSPECTIVE FROM A FEMINIST PERSPECTIVE

Abstract: Gender perspective represents an application of the constitutional principle of equality, which aims to effectively enforce women's rights in criminal law and criminal proceedings. Both international and domestic legal systems have developed a range of standards, techniques, and institutions that are applicable throughout the investigation, trial, and all stages of the criminal process. These measures ensure that in cases where women's rights are violated, the conflict is addressed in a manner that avoids re-victimization and further harm. These tools, derived from the gender perspective, are applicable to both female victims and female defendants, with the overarching goal of protecting women's rights, regardless of their role within the legal process.

Keywords: Gender perspective; feminism; criminal process; principle of equality; access to justice; women and criminal law; gender stereotypes; incarcerated women; rights of women victims of crimes; rights of women defendants.

Introducción

La perspectiva de género, si bien podría entenderse como un tema relativamente reciente en el mundo jurídico, especialmente en el jurídico penal, en realidad no es tan novedoso, porque corresponde a una forma de materialización del principio de igualdad y del cumplimiento de las obligaciones de las autoridades estatales de protección a los derechos de las personas que se encuentran en situación de desigualdad o de discriminación, lo que ha ocurrido desde las civilizaciones más antiguas hasta la modernidad en relación con el género femenino. Es cierto que podemos hablar de otros grupos tradicionalmente discriminados y afectados por violencias de género, no obstante, en esta oportunidad solo haremos referencia a las que recaen sobre las mujeres, niñas y adolescentes.

El proceso de reivindicación del rol del género femenino en la sociedad actual es una responsabilidad que el mundo moderno ha asumido con determinación desde hace pocos años, por tanto, a partir de diversos instrumentos internacionales, de organizaciones internacionales y de movimientos ciudadanos y sociales, especialmente liderados por mujeres, se han venido emitiendo normas de diversa índole, enfocadas en lograr la eliminación de todas las formas de violencia y de discriminación en contra del género femenino, lo cual debe reflejarse en un acceso igualitario a

oportunidades políticas, sociales, económicas, culturales, judiciales, por mencionar algunas.

En el desarrollo de este proceso social-global de reivindicación de derechos y eliminación de todas las formas de violencia se busca lograr un cambio que incorpore y permita interiorizar en la humanidad la construcción de una nueva escala de valores, en la que se eliminen los estereotipos y sesgos que culturalmente han fortalecido la discriminación y vulneración de los derechos de las mujeres, niñas y adolescentes desde todos los ámbitos estatales y no estatales; los primeros, obligados a actuar desde todas las ramas del Poder Público, ya que solo una acción coordinada del Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial pueden lograr una verdadera protección de los derechos de las mujeres.

La perspectiva de género como herramienta jurídica para garantizar y materializar la igualdad del género femenino desde el derecho penal tiene aplicación, tanto en la parte sustancial (derecho penal general y especial) como en la parte procesal.

Desde el derecho penal sustancial se ha presentado un avance importante en la incorporación de visiones de protección de derechos de las mujeres y eliminación de estereotipos en el desarrollo de instituciones para la estructuración de la responsabilidad penal, tales como la imputación objetiva, la autoría y la participación, las causales de ausencia de responsabilidad, la creación de nuevos tipos penales, la incorporación de agravantes fundamentadas en el titular del bien jurídico, entre otras figuras jurídico-penales.

En lo que respecta al derecho procesal penal, la perspectiva de género también tiene un amplio ámbito de aplicación, que cubre desde los principios y garantías procesales, hasta la ejecución de la sanción penal, debido a que es indispensable aplicar la interpretación con perspectiva de género, tanto a las mujeres víctimas de delitos como a las autoras y participes de los mismos; al final, lo que determina la aplicación de esta visión en el derecho es el género y no la posición que se ocupa dentro del proceso penal.

En Colombia la academia, la Rama Judicial, las entidades de control y la Defensoría del Pueblo, principalmente, han asumido una importante labor de reivindicación de los derechos de las mujeres, niñas y adolescentes en el proceso penal, buscando garantizar el principio constitucional de

igualdad frente a ellas y, en consecuencia, desde hace algunos años hemos observado cómo, cada vez con más frecuencia, se utiliza la perspectiva de género en las decisiones judiciales, se realizan múltiples eventos académicos dedicados a la protección de los derechos del género femenino y a visibilizar diferentes comportamientos que, si bien en principio se consideraban socialmente adecuados, en realidad responden a estereotipos y stigmas que vulneran los derechos del género femenino. Precisamente, a continuación, se realizará un análisis de las principales aplicaciones de la perspectiva de género en el proceso penal, enfocado en el ámbito judicial colombiano.

Derecho procesal penal y perspectiva de género

Derecho fundamental a la igualdad y perspectiva de género

La incorporación de la perspectiva de género en el proceso penal responde a la aplicación seria y consciente del principio de igualdad para el género femenino, el cual es una derivación directa del derecho fundamental a la igualdad, consagrado en nuestra Constitución Política, en su artículo 13, que, a su vez, se respalda en instrumentos internacionales suscritos por Colombia, tales como la Declaración Sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de las Naciones Unidas, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém Do Pará”, la Convención Sobre los Derechos Políticos de la Mujer, principalmente.

El artículo 4º del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), establece:

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. (Énfasis agregado).

Del mencionado artículo se derivan tres mandatos claros para la autoridad judicial, que se logran a través de la implementación de la perspectiva de género en el proceso penal, a saber:

- i. Hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el proceso penal.
- ii. Proteger especialmente a personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.
- iii. Proscripción de cualquier tipo de discriminación dentro del proceso penal por razón del sexo.

Así, la perspectiva de género en el proceso penal puede entenderse, puntualmente, como una herramienta de interpretación judicial que permite materializar el principio de igualdad y, por tanto, corregir déficits procesales que se generan por el uso de estereotipos machistas en el desarrollo del proceso penal, en la fundamentación de decisiones judiciales y en la ejecución de la sanción penal. Sin embargo, su aplicación se extiende, incluso, a un momento anterior al proceso penal, esto es, el acceso a la administración de justicia como derecho esencial de los ciudadanos; por este motivo, antes de entrar a analizar la perspectiva de género dentro del proceso penal mismo, estudiaremos la necesidad de que, desde las mismas herramientas de acceso a la administración de justicia, se aplique este enfoque.

Acceso a la administración de justicia penal y perspectiva de género

Para que podamos satisfacer los derechos de las mujeres dentro del derecho penal sustancial y procesal, primero es indispensable revisar si se está cumpliendo con el mandato que tiene el Estado de garantizar el acceso a la administración de justicia a los ciudadanos (art. 229 de la Constitución Política) y, especialmente, a las mujeres víctimas de violencia de género, la cual puede no solo ser el producto de una conducta de otro ciudadano (hombre o mujer) sino del mismo Estado, que en muchas ocasiones la ejerce a través de la violencia institucional. El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas”¹ evidencia esta problemática y solicita a los

¹ En, <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap1.htm>

Estados miembro la revisión de sus normas sobre el particular, a efectos de evitar que los casos de violencia contra la mujer continúen, en su gran mayoría, marcados por la impunidad.

El acceso a la administración de justicia debe darse en condiciones materiales y reales de igualdad; por tanto, el Estado colombiano está en la obligación de eliminar obstáculos como los estereotipos machistas, la discriminación y los requisitos probatorios innecesarios para que la mujer acceda a ese aparato estatal de administración de justicia, que le permitirá defender de forma efectiva sus derechos, obtener una sanción para el victimario, lograr medidas de protección y la reparación que corresponda. Sobre el particular, resulta relevante la Recomendación 33 de la Cedaw de 3 de agosto de 2015, sobre acceso de las mujeres a la justicia, en la que se abordan diferentes problemáticas sobre el particular y se hacen diversas recomendaciones a los Estados.

Dentro de las principales recomendaciones que pueden hacerse para fortalecer el acceso de las mujeres a la justicia, podríamos mencionar las siguientes:

- i. *Formulación de incentivos para que la mujer acceda a la justicia sin que tenga temor de ser estigmatizada:* en muchos casos las mujeres no logran acceder a los programas de protección del Estado ni a un funcionario judicial que pueda conocer de la denuncia, porque el trámite que debe adelantar no solo es engorroso, sino que implica estigmatización por parte de los funcionarios del Estado encargados de darle trámite a las peticiones, por ejemplo, las mujeres que ejercen la prostitución cuando acuden a la justicia no deben ser estigmatizadas²,

² Sobre el uso indebido de estos estereotipos se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, en el caso *Velásquez Paiz vs. Guatemala*, en la decisión de fecha 19 de noviembre de 2015, en la cual aseveró que: “La Corte reconoce, visibiliza y rechaza el estereotipo de género por el cual en los casos de violencia contra la mujer las víctimas son asimiladas al perfil de una pandillera y/o una prostituta y/o una “cualquiera”, y no se consideran lo suficientemente importantes como para ser investigados, haciendo además a la mujer responsable o merecedora de haber sido atacada. En este sentido, rechaza toda práctica estatal mediante la cual se justifica la violencia contra la mujer y se le culpabiliza de esta, toda vez que valoraciones de esta naturaleza muestran un criterio discrecional y discriminatorio con base en el origen, condición y/o comportamiento de la víctima por el solo hecho de ser mujer. Consecuentemente, la Corte considera que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos donde se presenten”. (Énfasis agregado)

ni su oficio puede constituir un elemento para que sean cuestionadas como víctimas de delitos sexuales.³

- ii. *Necesidad de divulgación y de realización de jornadas de información sobre los derechos de la mujer y la forma en que pueden hacerlos efectivos, es decir, educación sobre acceso a la justicia:* se hace referencia aquí, especialmente, a la necesidad de que el Estado invierta en divulgación sobre derechos de las mujeres y formas de acceso a la administración de justicia porque, por lo menos en países como Colombia, que tiene múltiples regiones apartadas y con población rural con acceso limitado o nulo a la información y las comunicaciones, en muchas ocasiones la impunidad se origina en la falta de conocimiento de la mujer sobre sus derechos y la forma de ejercerlos.

Esta recomendación la aborda la Cedaw en la Recomendación 33 antes mencionada, desde diferentes componentes, así:

- *Justiciabilidad*, entendida como acceso material a la justicia.⁴
- *Disponibilidad* de la justicia, tanto en áreas urbanas como rurales.
- *Accesibilidad*, desde el punto de vista de suministrar los recursos físicos indispensables para acceder a la justicia (sedes) en condiciones de seguridad para el usuario.
- *Buena calidad del servicio de justicia*, lo cual se materializa en la capacitación de los funcionarios judiciales; en la investigación y análisis de fondo de los casos; en la realización de análisis de contexto que permitan identificar los casos de violencia de género

³ Conforme lo ha reconocido la Corte Constitucional, en la Sentencia T-594/2016, reiterando “... las sentencias T-629 de 2010 y T-736 de 2015 los trabajadores sexuales son un grupo marginado y discriminado lo cual los sitúa en una condición de debilidad manifiesta que merece una especial protección constitucional. A esa conclusión llegó la última decisión después de identificar el contexto social, político, económico y legal del grupo para verificar que su situación en todos esos ámbitos era la consecuencia de una selección y una omisión de exclusión que los situaba en una circunstancia de inferioridad o subordinación en la sociedad”.

⁴ El porcentaje de justiciabilidad en Colombia, para el año 2018, en los delitos de femicidio es del 53,50%, de acuerdo al Tercer Informe de Seguimiento del CEVI, <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/Tercer-Informe-Seguimiento-ES.pdf>

desde la investigación, y en tener mecanismos de administración de justicia dinámicos y adaptables.

- *Aplicación de recursos*, que se manifiesta en la reparación efectiva a los daños ocasionados a la mujer por razón de la violencia de género.
- *Rendición de cuentas*, entendida como una obligación de Estado para que se pueda vigilar su funcionamiento y se garantice que se realicen los cambios necesarios para mejorar el sistema. Así mismo, se refiere a la necesidad de imponer sanciones a los funcionarios judiciales por el ejercicio de violencia institucional, por ejemplo, procesos disciplinarios.

Lo anterior concuerda con los indicadores de acceso a la administración de justicia que se intentan garantizar desde la Convención de Belem do Pará y su mecanismo de seguimiento (MESECVI) a cargo de la Organización de Estados Americanos, conforme lo dispuesto en los artículos 7º literales d) y f) y 8º literales c) y d), que invitan a los países miembros de la Convención a:

i) ... *fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley* [...], ii) *suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado* [...], iii) ... *adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma*, y iv) ... *establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos*.

El tercer informe de seguimiento sobre el cumplimiento de tales indicadores realizado por el Comité de Expertas del CEVI, publicado en el año 2021⁵ por la OEA, en el capítulo dedicado al acceso a la justicia, luego de analizar los datos suministrados por diferentes países de la región (entre ellos Colombia), concluyó que si bien se ha avanzado en la construcción de protocolos de investigación de casos de violencia de género, aún existe un alto índice de impunidad porque se mantiene una brecha grande entre el inicio de las causas y la emisión de sentencias definitivas; así mismo,

⁵ En, <https://www.oas.org/es/mesecv/docs/Tercer-Informe-Seguimiento-ES.pdf>

llama la atención sobre la ausencia de medición del impacto de los estereotipos de género y de la discriminación hacia las mujeres en el acceso a la administración de justicia, lo que constituye una barrera estructural para obtener justicia en estos casos.⁶

En relación con este aspecto, en nuestro país, aunque se han emitido guías y lineamientos dirigidos a los funcionarios judiciales para garantizar la aplicación de la perspectiva de género en la administración de justicia (documentos elaborados tanto por la Rama Judicial⁷, como por el Ministerio de Justicia y del Derecho⁸) y se ha creado una Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial⁹ que ha tenido una actividad importante en esta materia, es indispensable que se trabaje de forma más profunda en la divulgación de esta información entre los funcionarios judiciales y administrativos encargados de la administración de justicia, así como en la sensibilización y concientización de los mismos sobre la importancia de la eliminación de las diferentes formas de violencia de género.

Es imprescindible destacar que el acceso a la administración de justicia inicia mucho antes de que el usuario pueda lograr su atención por parte del funcionario judicial, pues deben surtirse procedimientos administrativos y policivos que, en muchas ocasiones, constituyen la principal barrera para acceder a la justicia y generan espacios de discriminación y violencia institucional en contra de la mujer, que originan impunidad, porque ni siquiera llegan a conocimiento de los funcionarios judiciales, debido a que la víctima se siente maltratada y revictimizada, desincentivándose así el proceso de denuncia judicial. Esta situación se confirma con el último informe de acceso a la administración de justicia en Colombia publicado por el Departamento Nacional de Planeación, en el cual se estableció que dicho índice se situaba en el 51%.¹⁰

⁶ Cfr. <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/Tercer-Informe-Seguimiento-ES.pdf>.

⁷ Véase <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/noticia/herramientas-pedagogicas-para-incorporacion-de-perspectiva-de-genero-en-decisiones-judiciales>

⁸ Consultar la Guía de Atención a las Mujeres y personas LGTBI en los Servicios de Acceso a la Justicia de 2019.

⁹ Véase <https://www.ramajudicial.gov.co/web/comision-nacional-de-genero/248>

¹⁰ Cfr. <https://www.dnp.gov.co/Paginas/Quind%C3%ADo,-el-mejor-en-proveer-condiciones-para-el-acceso-efectivo-a-la-justicia;-Amazonas,-el-peor.aspx#>

Vale la pena citar una reciente sentencia de la Corte Constitucional en la que se evidenció una situación de violencia institucional desde la Rama Judicial, originada, principalmente, en la falta de aplicación de la perspectiva de género en la administración de justicia, lo que llevó a la Corporación a insistir en que:

... el enfoque de género exige la existencia de *recursos judiciales efectivos para sancionar la violencia contra la mujer* lo cual supone, además de *fortalecer la capacidad institucional* para combatir los patrones de impunidad existente, reprochar actuaciones de operadores judiciales basados en actitudes sociales discriminatorias, respecto de las cuales *se impone la capacitación de los funcionarios judiciales y administrativos* que hacen parte de la ruta de atención de las mujeres, para que esta sea un escenario libre de estereotipos de género, en donde prevalezcan los derechos fundamentales de las mujeres víctimas de violencia (Sentencia SU- 349 de 2022). (Énfasis agregado)

En consecuencia, en la parte resolutive de la decisión mencionada se instó a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a capacitar

... a los funcionarios judiciales sobre el enfoque de género en las providencias, con el fin de promover la creación de nuevos marcos interpretativos en perspectiva de género, que permitan la real y efectiva reconfiguración de patrones culturales y estereotipos de género discriminatorios.

En síntesis, se debe afirmar que la aplicación del principio de igualdad en la administración de justicia, solo es posible si el Estado garantiza a las mujeres un acceso efectivo e igualitario a este servicio porque, de otra forma, se hace nugatoria la posibilidad de que se puedan conocer los casos de violencia de género en contra de la mujer y estos seguirán quedando en la impunidad. Por supuesto, esta labor compete no solo a la Rama Judicial, sino al Ejecutivo, debido a que deben adoptarse las medidas necesarias para garantizar desde el Ministerio de Justicia y desde la Policía Nacional, entre otras entidades que, en lo que a ellos corresponde, sus funcionarios no incurran en conductas que impongan obstáculos para el acceso a la justicia.

Aplicación de la perspectiva de género dentro del proceso penal colombiano

La perspectiva de género, como herramienta de interpretación y orientación judicial dentro del proceso penal, impacta todas y cada una de las etapas

e instituciones procesales, es decir, dicha perspectiva, en los casos en los que resulta aplicable, debe orientar desde la investigación penal hasta la adopción de una sentencia y, en los eventos en que la infractora de la ley penal es mujer, resulta indispensable usarla, adicionalmente, en la ejecución de la sanción penal. En consecuencia, a continuación, se expondrán las diferentes formas en las que impacta esta interpretación dentro del procedimiento penal.

Aplicación de la perspectiva de género en la investigación penal: análisis de contexto

La aplicación de la perspectiva de género desde el inicio del proceso penal, es decir, desde que la Fiscalía asume el conocimiento de un caso que podría eventualmente inscribirse dentro de un contexto de violencia en contra de la mujer resulta indispensable, precisamente, a efectos de advertir si la investigación debe desarrollarse con aplicación de este enfoque.

Es claro que no todas las investigaciones en las que se encuentra involucrada una mujer como víctima o como indiciada deben adelantarse bajo dicha perspectiva; precisamente si la Fiscalía desarrolla esta tarea de identificación de contextos de violencia de forma diligente, podrá diferenciar, desde el inicio del proceso penal, los casos en los cuales se presenta este fenómeno de los que no, y, por tanto, podrá proteger de mejor forma los derechos de las mujeres (calificando el riesgo adecuadamente y ordenando las medidas de protección que correspondan), y se tipificarán las conductas punibles de manera adecuada, evitando que en el juicio se identifiquen deficiencias que ya no es posible corregir y que, por tanto, conducirán a decisiones absolutorias.

Sobre la aplicación de un análisis de contexto en la investigación de delitos con perspectiva de género, debe aclararse que, tal y como se advirtió en su momento cuando se empezó a utilizar esta metodología de investigación en nuestro país en el marco de la Ley de justicia y paz, por contexto se entiende

... una herramienta que facilita el derecho a la verdad, del cual son titulares tanto la víctima como la sociedad, pues apunta a que se determine de manera precisa cómo tuvieron ocurrencia los hechos en general, sus autores, sus motivos, las prácticas utilizadas, los métodos de financiación, las colaboraciones internacionales, estatales o particulares recibidas.

Sin embargo, debe destacarse que dicha metodología nace en el derecho internacional, especialmente, en las investigaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 25 de noviembre de 2015, con ponencia del magistrado José Luis Barceló Camacho.

... sustentado en la flexibilización probatoria en favor de las víctimas, propuesta en procesos donde (i) no se sanciona a individuos sino a Estados, (ii) hay inversión de la carga de la prueba y (iii) corresponde al país demandado desvirtuar el contexto y, con ello, su responsabilidad internacional, aspectos todos que impiden trasladar, sin más, ese examen al derecho penal interno de índole individual.

En consecuencia, dicho contexto constituye una herramienta útil al momento de investigar un caso que puede enmarcarse dentro de un patrón de criminalidad organizada, de conflicto armado interno, de violencia de género, etc., pero no es, de ninguna manera, una prueba de responsabilidad, como tampoco un sustituto de la obligación del funcionario investigador de demostrar cada uno de los elementos de la responsabilidad penal de una persona determinada.

En materia de violencia de género, al igual que en otros eventos de patrones de criminalidad, es posible usar el contexto como una forma de adscribir a un caso unas características que permiten ubicarlo dentro de un grupo específico, lo que orientará la investigación en una dirección distinta a la de un comportamiento aislado, para caracterizarla en un entorno especial, que sea útil para aplicarle las normas creadas para tales eventos, por ejemplo, tipos penales específicos o agravantes dirigidas a reprochar con mayor gravedad algunas conductas punibles que se originan en actos de discriminación en contra de la mujer. Incluso, en ocasiones será posible que se identifiquen diferentes contextos que hagan aún más especial el análisis y la investigación de los hechos concretos, v.gr. delitos de violencia en contra de la mujer ocurridos dentro del conflicto armado interno.

Es más, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado, casi como una obligación de los Estados parte, que en las investigaciones que se realicen se cumplan los estándares fijados. Así, entre otros, puede citarse la Sentencia de fecha 16 de noviembre de 2009 en el caso *Campo Algodonero vs. México*, en el cual aseveró:

La Corte considera que el deber de investigar efectivamente, siguiendo los estándares establecidos por el Tribunal [...] tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres.

[...]

Las irregularidades en el manejo de evidencias, la alegada fabricación de culpables, el retraso en las investigaciones, *la falta de líneas de investigación que tengan en cuenta el contexto de violencia contra la mujer en el que se desarrollaron las ejecuciones* de las tres víctimas y la inexistencia de investigaciones contra funcionarios públicos por su supuesta negligencia grave, vulneran el derecho de acceso a la justicia, a una protección judicial eficaz y el derecho de los familiares y de la sociedad a conocer la verdad de lo ocurrido. Además, *denota un incumplimiento estatal de garantizar, a través de una investigación seria y adecuada, los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal de las tres víctimas.* (Énfasis agregado)

Conforme lo expuesto, si se identifica un contexto de violencia de género, desde la misma formulación del programa metodológico por parte de la Fiscalía, se deberán orientar los actos de investigación y de recolección de elementos materiales probatorios hacia ese contexto, generando así un impacto positivo en la tipificación de las conductas punibles, la identificación del riesgo al que se expone la víctima, la solicitud de medidas de protección que sean realmente útiles para la contención de dicho riesgo y, finalmente, la correcta dirección del proceso penal y de las actuaciones procesales subsiguientes antes los jueces respectivos.¹¹

No obstante, la identificación de que unos hechos se puedan inscribir en un contexto de violencia de género, como se afirmó, no habilita a la justicia a disminuir las garantías a las que tiene derecho el procesado, como tampoco releva al Fiscal de demostrar la responsabilidad penal individual por que, se

¹¹ En relación con la investigación del delito de violencia intrafamiliar, la Fiscalía General de la Nación emitió la Directiva 0001 de 16 de marzo de 2021, en la que se reafirma la necesidad de que los fiscales orienten la investigación de tal forma que se puedan establecer los contextos de violencia de género, a través de la identificación de elementos como la relación de procesos previos por iguales hechos, la identificación de móviles para la realización de la conducta punible, la identificación de diversas formas de maltrato, la reiteración de los actos, entre otros.

reitera, el contexto no es una prueba, en otras palabras, por más que un caso pueda ubicarse en un contexto concreto, esto no implica que la demostración del contexto sea igual a la demostración de la responsabilidad penal.

Así mismo, es preciso indicar que el contexto debe referirse a un hecho o hechos concretos y que, si bien es posible acudir a investigaciones, a doctrina y a jurisprudencia sobre el tema, no está permitido que el hecho concreto que se investiga se confunda con el contexto, o se inscriba dentro del contexto, sin elementos materiales probatorios que así lo prueben. En palabras sencillas: no podría válidamente afirmarse que una agresión física en contra de una mujer por parte de su pareja sea siempre delito de violencia intrafamiliar, basados en que la región o la zona en la que conviven se ha caracterizado dentro de un estudio específico como una de alta presencia de ese delito; si bien este caso podría terminar catalogado como violencia de género, esto no puede concluirse a partir de valoraciones genéricas, sino que tienen que recolectarse elementos materiales probatorios relacionados con el caso concreto que así permitan aseverarlo.

Proscripción del uso de estereotipos machistas en cualquier etapa del proceso penal

Uno de los principales reflejos del análisis con perspectiva de género dentro del proceso penal es la expresa prohibición del uso de estereotipos machistas en cualquier clase de valoración o análisis que deba realizarse dentro del proceso penal, con independencia de la etapa en la que se encuentre (investigación o juicio) y del funcionario encargado del acto procesal respectivo. Como se destacó antes, esta regla de valoración probatoria viene dada, incluso desde la misma Convención de Belem Do Pará, porque, precisamente, una forma de violencia contra la mujer es el uso de tales estereotipos por parte de cualquier persona o autoridad. Así, el artículo 6º, literal b de la Convención contempla *el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.* (Énfasis agregado)

De esta manera, la prohibición de tales estereotipos como criterio de valoración de su comportamiento, ya sea en un ámbito social, cultural,

académico y, con mayor razón, judicial, se prohíbe por ser una forma de materializar la violencia en contra de la mujer.

Nuestra Corte Constitucional, en varias sentencias, especialmente de tutela¹², ha analizado los estereotipos machistas como formas de violencia y de discriminación en contra de la mujer, y ha demostrado cómo el uso de los mismos por parte de las autoridades del Estado no solo constituye una forma de revictimización, sino la aplicación incorrecta de una regla de la experiencia para valorar la prueba dentro del proceso judicial respectivo. Se ha referido la Corte, por ejemplo, a estereotipos recurrentes en los casos de violencia sexual en contra de la mujer en los cuales se le atribuye a la víctima, en muchas ocasiones, el rótulo de mentirosa, de manipuladora, de fantasiosa, de vengativa, entre otros, para desacreditarla dentro del proceso y, de esta manera, desviar la atención del proceso.

Ha insistido la Corte en que las autoridades judiciales y, concretamente, el juez, deben abstenerse de utilizar estos estereotipos al momento de realizar la valoración probatoria, porque constituyen discriminación y violencia en contra de la mujer. Lo anterior no significa que, por ejemplo, en un proceso penal concreto no se pueda probar que la presunta víctima está mintiendo, como tampoco implica que la versión de la víctima sea incontrovertible; claro que es objeto de contradicción, como cualquier otra prueba que se presente dentro del proceso, porque esta es una garantía constitucional. Lo que no está permitido es que la contradicción de la prueba y su valoración se haga a partir de afirmaciones estereotipadas que no encuentran respaldo probatorio en el expediente.

Dicha proscripción del uso de estereotipos dentro del proceso penal le es exigible a todos los funcionarios del Estado y a los particulares que participan dentro del mismo, desde que ocurre el hecho punible y hasta que el proceso culmina con una decisión de fondo. Así, se vinculan a esta prohibición los miembros de la Policía (judicial o no), los funcionarios administrativos y judiciales de la Fiscalía General de la Nación, los miembros de los cuerpos técnicos de investigación y auxiliares de la justicia, los jueces, los funcionarios del Ministerio Público, los personeros,

¹² Cfr., entre otras: sentencias T- 878 de 2014 y T- 634 de 2013.

los defensores públicos y los abogados (defensores o representantes de víctimas), principalmente.¹³

Lo anterior se traduce en que, desde la persona que recibe la denuncia, pasando por quien adelanta actos de investigación y hasta quien juzga en el proceso penal, tienen prohibido utilizar estereotipos machistas en el desarrollo de sus funciones, lo cual aplica tanto para los casos en los que la mujer es víctima, como procesada. Sobre este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en que el Estado está en la obligación de garantizar este derecho a las mujeres; en el caso *Manuela y otros vs. El Salvador*, en la Sentencia de fecha 2 de noviembre de 2021, afirmó:

Por otra parte, la Corte ha reconocido que *los prejuicios personales y los estereotipos de género pueden afectar la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar las denuncias que se les presentan, influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia*, en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima. (Énfasis agregado)

142. En el presente caso, la investigadora a cargo del caso señaló en el acta donde resumen los hechos que: [N]o omito manifestar que como investigadora y mujer, opino que lo que hizo la señora [Manuela] no lo [h]ubiera hecho, si es que no quería a su hijo, le [h]ubiera dado la oportunidad de vivir, hay personas que ni pueden tener hijos y los desean con todo su corazón, el bebé encontrado muerto y lleno de gusanos, era un varoncito, bien formado, piel moreno claro [...] y físicamente bien bonito, que cualquier mujer o madre le [h]ubiera crecido con amor...

[...] 143. Estas consideraciones fueron transcritas en el requerimiento solicitando la instrucción formal con detención provisional contra Manuela.

144. La Corte advierte, en primer lugar, que *estas consideraciones parten del supuesto de que Manuela era responsable del delito que se le acusaba, ya que exteriorizaban un claro prejuicio sobre la culpabilidad de Manuela*, lo que a su vez genera dudas sobre la objetividad de la investigación. Adicionalmente, *constituyeron un juicio de valoración personal por parte de la investigadora, basándose en ideas preconcebidas sobre*

¹³ Esta situación fue advertida desde la Corte Constitucional en sentencias C-519 de 2019; C – 754 de 2015; T – 012 de 2016; T – 283 de 2020, entre otras.

el rol de las mujeres y la maternidad. Se trata de nociones basadas en estereotipos que condicionan el valor de una mujer a ser madre y, por tanto, asumen que las mujeres que deciden no ser madres tienen menos valía que otras, o son personas indeseables. En este sentido, además, se impone a las mujeres la responsabilidad de, sin importar las circunstancias, priorizar el bienestar de sus hijos, incluso sobre su bienestar propio.

145. Al respecto, este Tribunal resalta que *estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos. Además, el Tribunal reitera que la utilización de estereotipos por parte de autoridades estatales es particularmente alarmante, y por ende, se deben tomar medidas inmediatas para erradicarlo.*

146. En razón de todo lo anterior, la Corte considera que desde las primeras etapas de la investigación *se presumió la culpabilidad de Manuela, se eludió determinar la verdad de lo ocurrido y tomar en cuenta los elementos probatorios que podían desvirtuar la tesis de culpabilidad de la presunta víctima.* Este actuar, además, se vio impulsado por los prejuicios de los investigadores en contra de las mujeres que no cumplen el rol de madres abnegadas que deben siempre lograr la protección de sus hijos. (Énfasis agregado)

Desde el punto de vista de mujeres víctimas de delitos, también se ha abordado el tema de la proscripción del uso de estereotipos machistas para valorar los casos; así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia de 19 de agosto de 2020, con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar, afirmó:

Bajo esa óptica, la Sala no puede pasar por alto que el reconocimiento de la ira o intenso dolor en el presente caso comportaría la justificación de algo inadmisibles, esto es, la reacción violenta de un hombre con fundamento en estereotipos machistas. Recientemente, *la Corte (CSJ SP2136-2020, rad. 52.897) reiteró su postura en torno a que el enfoque de género en casos de violencia contra la mujer obliga al fallador a valorar las situaciones fácticas “eliminando estereotipos que tratan de universalizar, como criterios de racionalidad, simples prejuicios machistas”.*

Entre esos estereotipos, se destacó en la referida sentencia, se encuentra el de “la mujer co-responsable”, según la cual la violencia es manifestación de una relación disfuncional y no de una historia de discriminación estructural, por lo que a la víctima le corresponde parte de la culpa de las lesiones recibidas.

En esa dirección, no podría avalarse la reacción homicida adoptada por el acusado, bajo el entendido de que su honor machista se vio gravemente lesionado porque la compañera permanente de aquél lo golpeó públicamente, frente a sus amigos y conocidos. (Énfasis agregado)

A pesar de lo expuesto, es indispensable insistir en que el estereotipo no debe usarse como regla de valoración; no obstante, esto no implica que en algunos casos el estereotipo, siempre que no constituya una vulneración de los derechos humanos de la mujer, pueda corroborarse como una realidad en el caso concreto y, por tanto, deba ser objeto de valoración por el funcionario judicial. Por ejemplo, un proceso penal en el que se demuestre que efectivamente la mujer puede ser exonerada de responsabilidad penal, porque confió ciegamente en su pareja y firmó documentos que esta le solicitó sin siquiera preguntar para qué iban a ser utilizados.

Valoración de la prueba con perspectiva de género en el proceso penal

En lo que respecta específicamente a los jueces de control de garantías y a los jueces de conocimiento, se ha establecido que en la valoración de la prueba la perspectiva de género puede contribuir como criterio de interpretación que permita corregir déficits procesales, por ejemplo, las reglas aplicables a la valoración del testimonio de víctimas de delitos sexuales, el uso de medidas procesales que eviten la revictimización, la posibilidad de configurar la causal de casación por falso juicio de raciocinio cuando se usan estereotipos machistas como reglas de la experiencia en la valoración de la prueba, la creación de la figura del testigo adjunto, la configuración de los elementos de la legítima defensa en casos de violencia doméstica reiterada en contra de la mujer, etc.

Este asunto, de amplio desarrollo jurisprudencial en Colombia, se puede concretar en las siguientes reglas:

- i. Imposibilidad de utilizar estereotipos machistas en la valoración de la prueba, por ejemplo, la obligación de sumisión de la mujer ante su esposo como causal para justificar el comportamiento violento del hombre.¹⁴ Con la prohibición de estos estereotipos se tienen

¹⁴ Cfr. Sentencia de la CSJ de 19 de agosto de 2020, Rad. 54039.

herramientas para valorar pruebas en los procesos en que la mujer es víctima y en los que es procesada, como en los casos de homicidios cometidos por mujeres en contra de sus parejas actuando en legítima defensa.

En este evento, uno de los estereotipos que ha generado mayor violencia y discriminación es el de la supuesta obligación de sumisión y obediencia que debe tener la mujer frente a su esposo y que, por tanto, la obliga a soportar el maltrato y, supuestamente, le impediría alegar la causal de legítima defensa con excluyente de responsabilidad. Sobre el particular, debe destacarse que se trata de una situación recurrente en muchos países, lo cual llamó la atención del MESECVI y llevó a este comité de expertas a emitir una recomendación general¹⁵ frente a la legítima defensa y la violencia en contra de las mujeres, reconociendo que aquí se presenta una situación de violencia recurrente en contra de la mujer que justifica su reacción, así entre una y otra no exista una relación de inmediatez.

- ii. Necesidad de aplicar criterios de valoración de la prueba que tengan en cuenta la discriminación de la mujer, la situación de desigualdad y de desprotección a la que ha sido sometida tradicionalmente y que resulta pertinente en el caso concreto.¹⁶
- iii. Configuración de la causal de casación de falso juicio de raciocinio cuando se apliquen estereotipos de género en la valoración de la prueba.¹⁷ Esta causal de casación, por supuesto, implica que quien la alegue la estructure y demuestre su trascendencia, es decir, que se justifique porque el uso de tal estereotipo efectivamente generó un falso juicio de raciocinio en el caso concreto. No bastaría con afirmar simplemente que el juez pudo usar una frase machista en la motivación de la decisión, sino que se debe establecer cómo esta manifestación realmente incidió en el sentido del fallo.
- iv. Proscripción de la instrumentalización de la mujer, lo que se materializa, por ejemplo, en la creación de figuras como la del testigo

¹⁵ Cfr. <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/RecomendacionLegitimaDefensa-ES.pdf>

¹⁶ Cfr. Sentencia TC-4362 del 4 de abril de 2018 de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁷ Cfr. Sentencias de la CSJ de 1 de julio de 2020, SP-2136-2020.

adjunto¹⁸, la cual responde a una creación de origen jurisprudencial, conforme a la cual en los procesos por delitos sexuales es posible que en los eventos de retractación, las declaraciones de la víctima, previas a la versión que se presenta en juicio, siempre que se hayan descubierto oportunamente, pueden ser valoradas como testimonios adjuntos al del juicio y valorarse de forma conjunta. Esta figura, por supuesto, no puede significar la revictimización de la mujer.

- v. Flexibilización de procedimientos (tanto de investigación como de juicio) que eviten lesionar en mayor medida los derechos de la mujer, pero que, por otra parte, no impliquen lesión a las garantías y derechos del procesado, los cuales se puedan reflejar en una mengua de su derecho de defensa y del debido proceso.¹⁹

Aquí es importante reiterar que la creación y aplicación de estas especiales reglas para los casos de violencia de género no implica, de ninguna manera, la inversión de la carga de la prueba en el proceso penal, como tampoco la modificación de los estándares probatorios que trae el Código de Procedimiento Penal, especialmente, el relativo a la obligación de demostrar más allá de toda duda la responsabilidad del procesado para que se pueda

¹⁸ Cfr. Sentencia de la CSJ del 29 de septiembre de 2021, Rad. 59825. La tesis central de esta jurisprudencia radica en que se presenten los siguientes requisitos: *“En ese mismo contexto, ha resaltado que la incorporación de una declaración anterior a título de testimonio adjunto supone lo siguiente: i) por razones obvias, el testigo debe estar presente en el juicio oral; ii) como el juez no conoce -ni debe conocer- el contenido de las declaraciones antes de la práctica de la prueba en el juicio oral-, son las partes -especialmente la que presenta el testigo- las que primero detecten el cambio de versión; iii) para ilustrar al juez sobre lo que está sucediendo, se debe demostrar a través del interrogatorio que el testigo se ha retractado o cambiado su versión; iv) hasta ese momento, la declaración anterior no existe como prueba, porque estas versiones, por regla general, solo constituyen actos preparatorios del juicio oral; v) la parte interesada en que se incorpore la declaración anterior a título de “testimonio adjunto” debe hacer la solicitud expresa, entre otras cosas, para que la contraparte tenga la oportunidad de oponerse; vi) si el juez decide que es procedente la admisión, debe procederse a la incorporación de la declaración anterior; vi) es requisito esencial que el testigo no solo está disponible físicamente, sino que lo esté para ser conainterrogado, ya que la posibilidad de ejercer esta faceta crucial del derecho a la confrontación constituye la principal diferencia entre la prueba de referencia y el testimonio adjunto y vii) por tanto, si el testigo no está disponible para ser conainterrogado sobre lo que testificó en el juicio y lo que declaró con antelación, la declaración rendida por fuera del juicio oral constituye prueba de referencia, sometida a las reglas ya mencionadas (CSJSP, 25 enero de 2017, Rad. 44.950; CSJ, 20 mayo de 2020, Rad. 52.045; CSJSP, 4 de diciembre de 2019, Rad. 55.651, entre otras).*

¹⁹ Cfr. Sentencia de la CSJ de 2 de septiembre de 2020, Rad. 50587.

emitir sentencia condenatoria. Por tanto, la afirmación de flexibilización probatoria que hace la Corte debe entenderse en relación con la forma en la que el funcionario judicial procede en el recaudo de la prueba, por ejemplo, usando medios que impidan la revictimización y la degradación de quien ha sido víctima de ciertos delitos que impactan fuertemente en la dignidad humana; las limitaciones al principio de publicidad; entre otros, pero nunca, como se ha sostenido, puede reclamarse el traslado de la carga de la prueba a la defensa ni el desconocimiento de garantías como el *in dubio pro reo*.

Finalmente, se hace necesario insistir en que estas reglas probatorias también tienen aplicación cuando la mujer es la procesada, es decir, la perspectiva de género se usa de manera indistinta a la posición jurídica que ostente la mujer dentro del procedimiento penal; desconocer esta regla implicaría, claramente, constituye una práctica discriminatoria en contra de la mujer que es investigada por cometer una conducta punible.

Aplicación concreta de la perspectiva de género a algunos principios del proceso penal colombiano

En adición a todas las formas en las que se impacta la administración de justicia y el proceso penal con la perspectiva de género, a continuación se hará referencia concretamente a algunos principios del proceso penal que tienen estrecha relación con el enfoque de género y que presentan algunas particularidades que merecen ser destacadas. Se excluye en este apartado el principio de igualdad, debido a que este, como se afirmó al principio de este escrito, es el fundamento constitucional de la necesidad de utilizar la perspectiva de género en el proceso penal. En otras palabras, siguiendo lo establecido por la doctrina procesal en la materia,

... la igual aplicación del derecho y la igualdad ante la ley son criterios interpretativos de la normatividad vigente, [...] subsisten debido a rezagos normativos, tratamientos no justificados por razones religiosas o de género. En tales casos el aplicador del derecho está en la obligación de adecuar la interpretación de la norma a fin de garantizar el trato igualitario.²⁰

²⁰ Jaime BERNAL CUELLAR y Eduardo MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso pena: Fundamentos constitucionales y teoría general*, Tomo I, 6ª edición (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 94-95.

1. Principio de imparcialidad de los funcionarios judiciales:

La imparcialidad dentro del proceso penal ha sido entendida como la garantía del ciudadano a ser juzgado por un tercero que tome una decisión en derecho y sin influencia de factores externos a la justicia misma. Así, se ha sostenido que la imparcialidad tiene dos dimensiones, la subjetiva y la objetiva. En palabras de la Corte Constitucional:²¹

Esta noción de imparcialidad [...] se encuentra asegurada desde su dimensión *subjetiva* con[...] ... la probidad y la independencia del juez, de manera que este no se incline intencionadamente para favorecer o perjudicar a alguno de los sujetos procesales, o hacia uno de los aspectos en debate, debiendo declararse impedido, o ser recusado, si se encuentra dentro de cualquiera de las causales previstas al efecto. Con todo, junto a ella, se debe asegurar la *imparcialidad objetiva*²², esto es, sin contacto anterior con el *thema decidendi*, de modo que se ofrezcan las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al respecto²³. No se pone con ella en duda la 'rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción' sino atender al hecho natural y obvio de que la instrucción del proceso genera en el funcionario que lo adelanta, una afectación de ánimo, por lo cual no es garantista para el inculpaado que sea este mismo quien lo juzgue.²⁴

²¹ Cfr. Sentencia C-762 de 2009, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

²² Al respecto, señala Luigi Ferrajoli: *"En segundo lugar, para garantizar la imparcialidad del juez es preciso que este no tenga en la causa ni siquiera un interés público o institucional. En particular, es necesario que no tenga un interés acusatorio, y que por esto no ejercite simultáneamente las funciones de acusación, como, por el contrario, ocurre en el proceso inquisitivo y, aunque sea de manera ambigua, también en el mixto..."*. En *Derecho y razón* (Madrid: Trotta, 1995), 582.

²³ El numeral 2° del artículo 24 de la Constitución española de 1978 señala que *"todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia"*.

²⁴ Esta garantía también se ha considerado como elemento esencial del debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reconocida a partir de la interpretación del art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, de conformidad con el cual *"toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial..."*.

En el caso concreto que nos ocupa, es decir, los estereotipos de género, se vería comprometida la imparcialidad en su dimensión objetiva, la cual, en la actualidad no se limita a que el juez no tenga conocimiento previo del caso por decidir, sino que se ha ampliado²⁵ a que, dentro del marco del debido proceso, también se deben tener en cuenta como generadores de parcialidad el apego a preconceptos o a prejuicios, así:

La garantía del debido proceso o del juicio justo, referente al derecho a un juez imparcial, como actualmente es considerado, ha sido entonces adicionada, por paulatina evolución doctrinal foránea, para *no circunscribirse ahora únicamente a la parcialidad intencional del funcionario, por tener o haber tenido un vínculo que le lleve hacia el favorecimiento o animadversión; también apunta hoy en día al apego competencial a preconceptos que humanamente vayan siendo asumidos y consolidados, llegando a percibirse externamente como inmodificables, que pudieren obstaculizar la confianza que deben inspirar los jueces, tribunales y, en general, toda la administración de justicia, en una sociedad democrática...*

[...]

Si bien podría argumentarse que esta ausencia de prejuicios –por lo menos con respecto a la materia– nunca sería absoluta, por las convicciones propias del juez en tanto hombre, ello no obsta a que se trate de garantizar la mayor objetividad posible de este frente a la cuestión que deba resolver.

[...]

... la opinión dominante en esta materia establece que la imparcialidad objetiva se vincula con el hecho de que el juzgador muestre garantías suficientes tendientes a evitar cualquier duda razonable que pueda conducir a presumir su parcialidad frente al caso. Si de alguna manera puede presumirse por razones legítimas que el juez genere dudas acerca de su imparcialidad frente al tema a decidir, debe ser apartado de su tratamiento, para preservar la confianza de los ciudadanos –y sobre todo del imputado– en la administración de justicia, que constituye un pilar del sistema democrático. (Énfasis agregado)

En consecuencia, se podría aseverar que tanto altas cortes, como doctrinantes, han venido replanteando el alcance de los prejuicios y de los preconceptos del juez como posibles elementos que afectan el principio de

²⁵ Cfr. Sentencia C-545 de 2008. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

imparcialidad²⁶ que debe guiar la administración de justicia y, por tanto, es válido reflexionar si en el ámbito del proceso penal podría, por ejemplo, proponerse la posibilidad de configurar causales de impedimento o recusación en funcionarios que de manera demostrada tengan un marcado sesgo machista, discriminatorio de la mujer, que se haya exteriorizado previamente a asumir el conocimiento del proceso y que permita, en concreto, evidenciar la marcada parcialidad del funcionario en un caso que involucre violencia de género.

Si bien las causales de impedimento y recusación son una forma de garantizar el principio de imparcialidad, separando al funcionario del conocimiento del proceso antes de que se tome una decisión, esta no es la única herramienta que se puede usar para mantener incólume esta garantía. En eventos extremos en los cuales el funcionario, aún a pesar de un marcado sesgo machista, falla el proceso bajo una perspectiva de discriminación hacia la mujer (víctima o acusada), sería posible también pensar en la posibilidad de consolidar remedios procesales como las nulidades o, incluso, la configuración de vías de hecho que se puedan alegar a través de la acción constitucional de tutela.

2. *Presunción de inocencia y carga de la prueba:*

Frente a los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, característicos de los procesos penales, la perspectiva de género se manifiesta especialmente en dos dimensiones:

- a. La primera, es que aún en graves casos de violencia de género en los que la mujer es víctima, la protección que brinda el Estado no puede traducirse en la inversión de la carga de la prueba, es decir, no puede trasladarse al ciudadano la obligación de demostrar su inocencia en el proceso penal; como tampoco es posible que se elimine la garantía de presunción de inocencia del acusado ni la aplicación del *in dubio pro reo* en casos de duda. Las reglas probatorias que se han establecido como garantías dentro del proceso penal no sufren modificaciones por razón de la perspectiva de género,

²⁶ En el mismo sentido: Clérico, L. “Hacia un análisis integral de estereotipos: Desafiando la garantía estándar de imparcialidad”. *Revista Derecho del Estado*, n°. 41 (mayo 2018): 67-96. <https://doi.org/10.18601/01229893.n41.03>

en el sentido de disminuirlas o eliminarlas por tratarse de casos de violencia de género, aspecto sobre el cual, de manera enfática, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la Sentencia SP-3274 de 2020 con ponencia de la magistrada Patricia Salazar Cuéllar, señalando:

... el enfoque de género, como herramienta de protección de los derechos de la mujer en la investigación y sanción de los delitos cometidos en su contra, no se puede contraponer a postulados democráticos como la presunción de inocencia del procesado y la consecuente carga probatoria en cabeza del Estado, así como al sentido de protección de los bienes jurídicos como única función asignada al derecho penal.²⁷

En otros términos, la protección de un derecho no puede lograrse a través de la vulneración de otros derechos, también de rango constitucional y de obligatorio cumplimiento dentro de un Estado Social de Derecho. En otras palabras, la ratificación del derecho a la igualdad y de la no discriminación, en este caso por razón del género, no se puede lograr a través de herramientas que terminen siendo ilegítimas.

Lo antes expuesto significa que, aún en caso de graves vulneraciones a los derechos de la mujer, el juez penal está en la obligación de garantizar que el Estado, titular de la acción penal, cumpla con la carga de probar la responsabilidad penal del acusado, que se apliquen los estándares probatorios establecidos en la ley para adoptar decisiones judiciales y que, en caso de imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, se proceda a fallar a favor del procesado aplicando el *in dubio pro reo*.

- b. La segunda, consistente en que en los procesos penales en los que la mujer es la posible responsable del delito que se investiga, los estereotipos machistas, al ser usados en la valoración de la prueba y en la argumentación de las decisiones, conducen a fallos que vulneran: primero, el derecho a la prueba y la carga de la Fiscalía de probar la responsabilidad, porque estas se sustituyen por el subjetivismo y prejuicios del fallador, y segundo, la garantía de presunción de inocencia, porque dicha presunción solo puede desvirtuarse

²⁷ Reiterada, entre otras, en las Sentencias SP-403 de 2021 (Rad. 51848) y SP-3583 de 2021 (Rad. 57196).

con pruebas que se recauden de conformidad con las reglas procesales respectivas y que se valoren de manera objetiva.

Se debe aclarar que si bien las dos dimensiones expuestas corresponden a reglas del derecho procesal penal aplicables a cualquier proceso, con independencia de que se trate o no de los que se enmarquen en la violencia de género, lo cierto es que este es un aspecto que debe tratarse con el mayor cuidado y atención por parte de los funcionarios judiciales, debido a que por la sensibilidad que en muchos casos involucran estos delitos, las flexibilizaciones judiciales permitidas no pueden interpretarse como una autorización para que se vulneren garantías del procesado cuando la víctima o la acusada es una mujer. Dos ejemplos pueden ilustrar mejor la situación:

Si un hombre es acusado de violencia intrafamiliar y no existe prueba de su responsabilidad y, aun así, el juez condena, presumiendo la responsabilidad basado en la necesidad de proteger los derechos de la mujer, hay una clara vulneración de la carga de la prueba y de la presunción de inocencia.

Si una mujer que ejerce la prostitución es acusada del delito de homicidio por haber matado a un hombre que la accedió carnalmente sin su consentimiento y el juez desecha la legítima defensa por considerar que por el oficio de la mujer ella no puede ser víctima de violencia sexual, la decisión judicial vulnera también el derecho a que la prueba se valore de forma objetiva, libre de prejuicios, además de otras garantías.

Perspectiva de género en la privación de la libertad de la mujer y respeto a los derechos humanos de las reclusas

Aunque este tema corresponde al principio de libertad y, por tanto, se hubiera podido desarrollar en el apartado anterior, se considera necesario exponerlo de forma independiente en atención a la importancia y trascendencia que tiene dentro del derecho penal, tanto sustancial, como procesal. Desde esta perspectiva, es importante mencionar que cuando se produce la limitación del derecho a la libertad por orden de un juez, el Estado asume obligaciones y cargas especiales, ya sea que se limite por una medida de

aseguramiento o por la condena que impone una pena privativa de libertad. En cualquiera de los dos eventos, implica la revisión de ciertas particularidades y situaciones que solo afectan a la mujer²⁸ y que, por tanto, deben atenderse para la garantía de sus derechos, entre otras las siguientes:

- i. En relación con la imposición de medidas de aseguramiento durante el curso del proceso, si bien existe una regla general (aplicable a hombres y mujeres) que establece la obligación del funcionario judicial de imponer la medida menos restrictiva posible al procesado y solo cuando esta es insuficiente proceder a la privativa de libertad (art. 307, parágrafo 2º, Ley 906 de 2004), en la práctica esta valoración, en relación con las mujeres, debe efectuarse en función de otros factores, como: ser madre, aun sin ser cabeza de familia; encontrarse en estado de gestación; ser proveedora de los recursos económicos de miembros de su familia que dependen de ella, etc.

Estas situaciones, en muchos casos, permiten establecer que no hay riesgo de fuga o que no hay peligrosidad. Así mismo, su condición de madre en muchas ocasiones es incompatible con la vida en reclusión porque la privación de la libertad para una persona que no ha sido condenada no debería, por regla general, repercutir en las obligaciones y deberes de una madre frente a sus hijos, como tampoco en la calidad de vida de los menores de edad a su cargo. En otras palabras, la protección del proceso penal, esto es, del bien jurídico justicia, en algunos casos no puede ser superior a la protección del menor y el derecho que tiene a estar junto a su madre.

Se trata de reglas que no son generales y tal vez no sean aplicables a todos los delitos, pero sí, por lo menos, deberían ser tenidas en cuenta por los jueces en sus decisiones y no, como sucede actualmente, que se aceptan argumentaciones de la Fiscalía como que los hijos o dependientes de la mujer pueden quedar al cuidado del padre u otro miembro de la familia o que para esto se tiene al Instituto

²⁸ Un panorama claro sobre esta situación en Colombia se refleja en el informe “Mujeres gestantes, madres y niños(as) que conviven con ellas en prisión”, elaborado en el año 2019 por la Defensoría del Pueblo. https://www.defensoria.gov.co/documents/20123/1391052/Investigacion_madres_bebes..pdf/ce8f23a9-dc64-c9d4-f6ca-5d03f6efdc5b?t=1650814962384

Colombiano de Bienestar Familiar, lo que de forma recurrente se escucha en la práctica judicial.

- ii. En lo relativo a las condiciones de reclusión que se deben brindar a la mujer, es indispensable poner de presente que, a pesar de que se ha considerado que los derechos de los menores y de las mujeres se pueden garantizar a través de la convivencia en reclusión de las madres y sus hijos, lo cierto es que, aun si hiciéramos abstracción de las inhumanas condiciones en las que se vive en las cárceles de Colombia, en cualquier caso someter a un menor de edad a crecer en una prisión es una práctica altamente violatoria de los derechos humanos de la mujer y de los menores. Si bien algunos delitos, por razón de su gravedad, no permitirán la sustitución de la privación de la libertad en establecimiento carcelario por el domicilio y la aplicación de otros subrogados penales, lo cierto es que, por lo menos en el caso de las mujeres delincuentes en Colombia que, como demuestran las cifras del INPEC²⁹, ellas representan una tasa baja de delincuencia y los delitos por los que son declaradas culpables son, en mayor medida, delitos considerados como no graves, hechos que se han constatado, incluso, por entidades como la Defensoría del Pueblo.³⁰

Esta es una situación que afecta a las mujeres a nivel global, razón por la que la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2011 aprobó la *Resolución sobre reglas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para mujeres delincuentes*, conocidas como las *Reglas de Bangkok*, en las que se contemplan situaciones como la atención en salud física y mental; la prevención y tratamiento de enfermedades de transmisión sexual; el contacto con el mundo exterior; el personal penitenciario y su capacitación; la distinción en el tratamiento de reclusas condenadas y procesadas; las reclusas embarazadas, madres y lactantes; la necesidad de preferir sentencias y medidas no privativas de libertad para las mujeres, entre otras medidas que protejan a la mujer y sus derechos.

²⁹ Cfr. <https://www.inpec.gov.co/estadisticas-/tableros-estadisticos>

³⁰ <https://www.defensoria.gov.co/-/defensor%C3%ADa-alert%C3%B3-por-grave-situaci%C3%B3n-de-mujeres-en-las-c%C3%A1rceles>

Conclusiones

1. Hay un avance positivo en materia de perspectiva de género en el ámbito judicial, el cual, si bien no sustituye las obligaciones del Gobierno en cuanto a las políticas públicas en favor de las mujeres y de erradicación de la discriminación de la mujer, sí es una herramienta fundamental para la protección de estos derechos y para la eliminación de todas las formas de violencia en su contra. A pesar de esto, no puede perderse de vista que la protección que otorga el derecho penal siempre será posterior a la afectación o puesta en peligro del bien jurídico, por lo que su uso debe ser residual y no puede constituir la única política del Estado para enfrentar la violencia de género. Entre menos delitos ocurran en contra de la mujer, más exitosa será la lucha del Estado colombiano por la equidad de género y la eliminación de la violencia en contra de la mujer.
2. La perspectiva de género y, en general, cualquier criterio de interpretación dentro del proceso penal que pretenda efectivizar el derecho a la igualdad eliminando estereotipos de género, debe ser conocido por todos los funcionarios judiciales y su uso debe ser generalizado. Sin embargo, no puede deformarse en un instrumento para vulnerar las garantías dentro del proceso penal, ya sea de la víctima o del procesado. El derecho penal es un instrumento válido para reforzar la escala de valores de una sociedad, en este caso concreto, para dignificar a la mujer y su rol en la sociedad, pero al ser el mecanismo más represivo del Estado no puede usarse de forma desbordada e indiscriminada.
3. La perspectiva de género es una herramienta de efectivización del principio de igualdad y de eliminación de la discriminación que tiene aplicación en todas las etapas del proceso penal, incluso, desde mucho antes que este se inicie, esto es, desde la garantía de acceso a la administración de justicia. Por este motivo, es indispensable que el Estado actúe de manera articulada desde todas las instituciones involucradas en la protección de los derechos de la mujer, porque es la única manera de garantizar que se trate de un mecanismo que tenga operatividad real y no solo formal. No es suficiente con

suscribir convenios internacionales, con aprobar leyes y hacer diagnósticos que pretendan evitar la violencia en contra de la mujer, es indispensable que dicha protección se traduzca en acciones concretas y reales.

Bibliografía

- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS - UNODC. Resolución sobre reglas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para mujeres delincuentes y sus Comentarios, Reglas de Bangkok, 16 de marzo de 2011.
- BERNAL CUÉLLAR, Jaime y Eduardo MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal. Fundamentos constitucionales y teoría general*, Tomo I, 6ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- NACIONES UNIDAS - CEDAW, Recomendación general número 33 del 3 de agosto de 2015, sobre acceso de las mujeres a la justicia. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>
- CLÉRICO, L. “Hacia un análisis integral de estereotipos: Desafiando la garantía estándar de imparcialidad”. *Revista Derecho del Estado*, n.º. 41 (mayo 2018): 67-96. <https://doi.org/10.18601/01229893.n41.03>.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS - COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANO - CIM - MESECVI. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Pará”.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia n.º. 4. Derechos Humanos de las Mujeres - Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica: Corte IDH, 2021.
- COLOMBIA. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Mujeres gestantes, madres y niños(as) que conviven con ellas en prisión, 2019.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN - DNP. Informe de acceso a la administración de justicia en Colombia, 2017-2027.
- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Directiva No. 0001 de 16 de marzo de 2021, sobre investigación del delito de violencia intrafamiliar.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS - OEA – OAS - INTER-AMERICAN COMMISSION OF WOMEN. Follow-up Mechanism to the Belém do Pará Convention (MESECVI). Legítima defensa y violencia contra las mujeres: [aprobada en la XV Reunión del Comité de Expertas del MESECVI, celebrada el 3, 4 y 5 de diciembre de 2018 en Washington, D. C.], 6 de febrero de 2023.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS - OEA – OAS - INTER-AMERICAN COMMISSION OF WOMEN. Follow-up Mechanism to the Belém do Pará Convention (MESECVI). Tercer informe de seguimiento a la implementación de las recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI / [Preparado por el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI). Comisión Interamericana de Mujeres].

MINISTERIO DE JUSTICIA. Guía de Atención a las Mujeres y personas LGTBI en los Servicios de Acceso a la Justicia de 2019.