



PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA DECISIÓN JUDICIAL

MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA PARA JUECES Y JUEZAS

**Isabel Cristina Jaramillo Sierra
Ana Lucía Jaramillo Sierra**

2017





CONTENIDO

| | |
|---|-----------|
| Sobre las autoras | 3 |
| Introducción | 4 |
| LAS EXCLUSIONES DE LAS MUJERES | 9 |
| LA POBREZA DE LAS MUJERES..... | 16 |
| LA URGENCIA DE TRANSVERSALIZAR EL GÉNERO..... | 18 |
| LA ESPECIFICIDAD DE LA TAREA JUDICIAL Y EL PROBLEMA DE LA IMPARCIALIDAD . | 22 |
| LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA DECISIÓN JUDICIAL | 29 |
| Unidad 1: La pregunta por las mujeres..... | 30 |
| LA INVISIBILIDAD DE LAS MUJERES..... | 31 |
| ÁREAS MASCULINAS Y ÁREAS FEMENINAS DEL DERECHO..... | 31 |
| TEMAS MASCULINOS Y TEMAS FEMENINOS EN EL DERECHO | 33 |
| LAS MUJERES EN LAS JERARQUÍAS ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES..... | 34 |
| LAS DIFICULTADES DE LAS MUJERES EN EL ACCESO A LA JUSTICIA..... | 36 |
| ENCONTRANDO A LAS MUJERES..... | 36 |
| EL IMPACTO DEL SEXO | 41 |
| EL SEXO COMO CATEGORÍA SOSPECHOSA | 42 |
| ACCIONES AFIRMATIVAS PARA LAS MUJERES | 44 |
| MEDIDAS A FAVOR DE LOS HOMBRES..... | 68 |
| LAS DIFERENCIAS ENTRE MUJERES Y OTRAS DIFERENCIAS IMPORTANTES..... | 71 |
| EMPLEO DOMÉSTICO..... | 72 |
| LIBERTAD REPRODUCTIVA | 74 |
| ROLES FAMILIARES | 77 |
| LIBERTAD SEXUAL | 79 |



Perspectiva de género en la decisión judicial

Unidad 2: La pregunta por el género 84

CREENCIAS DE GÉNERO RELACIONADAS CON LA VIOLENCIA SEXUAL 87

“LAS MUJERES HONESTAS PREFIEREN NO DENUNCIAR LA VIOLENCIA SEXUAL. LAS MUJERES QUE DENUNCIAN LA VIOLENCIA SEXUAL MIENTEN.” 87

“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.” 90

“LA VIOLENCIA SEXUAL ES MENOS GRAVE QUE OTROS TIPOS DE VIOLENCIA.” 94

CREENCIAS DE GÉNERO SOBRE LA VIOLENCIA DE PAREJA 98

“LAS MUJERES VALORAN POSITIVAMENTE SER TRATADAS DE MANERA AGRESIVA: LES GUSTA” 98

RAZONES LEGALES PARA QUEDARSE 99

RECUADRO 3. Los MITOS DEL DIVORCIO 100

RAZONES CULTURALES Y PSICOLÓGICAS PARA QUEDARSE 105

EL MARIANISMO 105

EL CICLO DE LA VIOLENCIA 106

LA TEORÍA DE MOTIVACIÓN AL CAMBIO 108

“LAS MUJERES NECESITAN SER EDUCADAS POR SUS ESPOSOS O COMPAÑEROS” 110

“LA VIOLENCIA DE PAREJA NO PUEDE SER CONTENIDA LEGALMENTE –ES UN ASUNTO PRIVADO.” 112

CREENCIAS SOBRE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LAS MUJERES 114

“A LAS MUJERES NO LES GUSTA LA POLÍTICA.” 114

“LAS CUOTAS SOLAMENTE PERJUDICAN A LAS MUJERES.” 118

“LAS MUJERES NO ESTÁN PREPARADAS PARA TOMAR DECISIONES.” 124

Unidad 3: La eficacia de la decisión judicial 129

LOS ELEMENTOS DE LA DECISIÓN JUDICIAL 130

HERRAMIENTAS PARA AUMENTAR LA EFICACIA DE LAS DECISIONES JUDICIALES 144

EL LENGUAJE CLARO Y DIRECTO ES SIEMPRE UNA OPCIÓN 144

LOS ASPECTOS SUSTANTIVOS DEL CASO 144



Perspectiva de género en la decisión judicial

| | |
|---|------------|
| LA NORMATIVIDAD CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL..... | 144 |
| DAR RAZONES Y NO SIMPLEMENTE CITAR NORMAS | 145 |
| LOS DESTINATARIOS DIFÍCILES..... | 145 |
| LOS PROBLEMAS DE PROCESAMIENTO DE INFORMACIÓN PARA LOS DESTINATARIOS 146 | |
| DAR AL DESTINATARIO UN PLAN PARA CUMPLIR | 152 |
| ARTICULANDO LAS ACCIONES DE VARIOS DESTINATARIOS..... | 153 |
| Bibliografía citada..... | 154 |



Sobre las autoras

Isabel Cristina Jaramillo Sierra

Nació en Medellín. Obtuvo su título de abogada (con honores) de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia, 1997) y su título de Doctora en Leyes de la Escuela de Derecho de Harvard (MA, EUA, 2007). Su producción académica se ha centrado en la pregunta por la reforma legal feminista y lo que ella ha dejado a las mujeres. Sus más recientes libros trabajan el problema de la producción de la familia y la desigualdad a través del derecho usando el caso colombiano: *Derecho y Familia en Colombia Historias de Raza, Género y Propiedad 1530-1980* (2013) y *Decisiones de Custodia y Visitas en Colombia. La perspectiva jurídica y familiar* (2015, junto con Karen Ripoll y Elvia Vargas). Isabel Cristina es Profesora Titular en la Universidad de los Andes y ha sido consultora para el gobierno nacional en temas de derechos sexuales y reproductivos y de equidad de género. Así mismo ha presentado importantes contribuciones ante la Corte Constitucional Colombiana y el Congreso de la República en lo relativo a la reforma del derecho de familia y los derechos de las mujeres. En 2017 fue nominada por el Presidente de la República Juan Manuel Santos al cargo de Magistrada de la Corte Constitucional.

Ana Lucía Jaramillo Sierra

Nació en Medellín. Es psicóloga de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia, 2005) y cuenta con un doctorado en Desarrollo Humano de la Universidad de Virginia Tech (VA, EUA, 2013). Su investigación gira principalmente en torno a las intervenciones terapéuticas en casos de violencia de pareja. Entre sus publicaciones más recientes se encuentran los siguientes artículos publicados en revistas internacionales: "Young women's anger in romantic relationships: Gendered rules and power" en *Journal Of Family Issues*, p.1 - 27, 2015 y "Couple and family therapists' perceptions of women's depression and preferred treatment modalities: A cross-national exploration" en *Journal Of Family Psychotherapy*, v.26 fasc.3 p.226 - 242, 2015. Es profesora asociada en la Universidad de los Andes y terapeuta individual, de pareja y familia.



Introducción

Og

Explicar en qué consiste aplicar el enfoque de género a una decisión judicial y por qué dicho enfoque es relevante dadas las desigualdades existentes y la comprensión contemporánea del derecho.

Oe

Reconocer el elemento político y técnico de la decisión judicial

Reconocer que un buen desempeño judicial exige una actualización permanente, incluida la que demanda usar la perspectiva de género

Distinguir la estrategia de “sumar” a las mujeres y la del enfoque de género

Distinguir los significados de los términos género, sexo, orientación sexual, identidad sexual, identidad de género y enfoque de género

Valorar la estrategia de la transversalización del género en la función judicial

Conocer la normatividad vigente sobre la imparcialidad en la decisión judicial y la igualdad de las mujeres

Reconocer las exigencias de la imparcialidad como característica de la decisión judicial



Perspectiva de género en la decisión judicial

En los últimos 100 años se han desplegado grandes esfuerzos personales, colectivos e institucionales para que el derecho deje de contribuir a la exclusión de las mujeres y de reproducir la distribución inequitativa de recursos que las perjudica. Sin embargo, a la fecha este objetivo está lejos de alcanzarse. Este Módulo parte de la idea de que esos esfuerzos han fracasado porque: 1) se han dirigido solamente a “sumar” a las mujeres a planes, programas y organizaciones pensadas para los hombres y desde el punto de vista de los hombres, y 2) no han involucrado a todos los que participan en la construcción del derecho.

RECUADRO 1. “SUMAR” A LAS MUJERES

Un ejemplo de la estrategia de “sumar” a las mujeres puede encontrarse en las reformas agrarias incluyentes que se han intentado en Colombia y otros países de América Latina desde los años ochenta. En estas reformas, se establece que la tierra debe entregarse a una persona que va a explotarla económicamente con cultivos que requieren trabajo intenso, y que esa persona contará con el apoyo de otras que no necesariamente reciben una remuneración, pero si invierten trabajo en el proyecto productivo. Aunque en la reforma se use un lenguaje neutral, la persona que se está imaginando quien hace la reforma es un hombre que es el proveedor de una familia pues en Colombia este tipo de relación con la tierra la han tenido históricamente los hombres. Las mujeres no se han desempeñado de la misma manera en las zonas rurales, aunque sean cabeza de familia. El que la reforma señale que tanto las mujeres como los hombres pueden reclamar la tierra cuando se hayan portado históricamente como hombres, no contribuye a que las mujeres aumenten su participación como propietarias de tierra porque simplemente no son como los hombres, aunque si aspiren a los mismos derechos.¹

RECUADRO 2. UNA ESTRATEGIA QUE INVOLUCRA A POCOS: EL CASO DE PNUD

“Las acciones de los gobiernos, las Naciones Unidas y la sociedad civil en los últimos 30 años han producido marcos normativos internacionales; el reconocimiento de los derechos de las mujeres como derechos humanos, y una amplia aceptación de la equidad de género como un componente crítico e indispensable del desarrollo humano. Sin embargo, la pobreza, las guerras y las epidemias como el VIH y el SIDA,

¹ *El problema de “sumar” a las mujeres en las reformas agrarias sin entender las ideas sobre hombres y mujeres que han determinado nuestra relación con el campo es ampliamente estudiado por Helena Alviar en su libro Derecho, desarrollo y feminismo en América Latina: Propuesta para un Análisis Distributivo, Bogotá, Universidad de los Andes, 2008.*



Perspectiva de género en la decisión judicial

y el impacto de la globalización acelerada siguen presentando grandes desafíos para las mujeres. En muchas partes del mundo, los déficits son mayores que las ganancias; el progreso se está erosionando.

En muchos sentidos los hallazgos de esta evaluación reflejan estas tendencias. La evaluación concluye que en los últimos diez años el Fondo de Poblaciones de Naciones Unidas ha introducido una serie de políticas y estrategias para transversalizar el género. No obstante, queda mucho por hacer: el UNFPA no ha sido efectivo ni exitoso en incluir el género en sus programas de desarrollo. Aunque hay muchos individuos comprometidos con el tema y algunas “islas de éxito”, la organización no tiene una aproximación sistemática al problema de la transversalización del género. UNFPA no ha adoptado objetivos claros, ni ha dedicado los recursos necesarios para establecer estos objetivos y lograrlos. Faltan aproximaciones sistemáticas, liderazgos y compromiso en los niveles más altos y capacidad en todos los niveles.

Las consecuencias de la evaluación son que UNFPA debería reconsiderar su aproximación, para que la transversalización del género produzca resultados tangibles y duraderos. La organización no solamente necesita una estructura nueva y más fuerte, sino que tiene que demostrar liderazgo, articular una visión, establecer objetivos y estándares ambiciosos y asignar importantes recursos administrativos y programáticos.”

Evaluation of Gender Mainstreaming in UNDP, disponible en: http://web.undp.org/evaluation/documents/eo_gendermainstreaming.pdf (traducción libre de las autoras)

Para superar estas dos limitaciones y contribuir a avanzar en la garantía de los derechos de las mujeres, el Módulo propone una metodología de análisis para incluir la perspectiva de género en la toma de decisiones dentro de la Rama Judicial que pasa por tres momentos: la pregunta por las mujeres, la pregunta por el género y la pregunta por la eficacia.² Esta metodología parte de tres supuestos sobre la labor judicial que es importante resaltar aquí. El primer supuesto es que la labor judicial involucra un elemento político pero también un elemento técnico.³ Se entiende que el elemento

² Esta metodología de análisis ha sido desarrollada por las autoras y constituye una contribución propia. Para otras metodologías de abordaje del género en la decisión judicial ver: Alda Facio, *Cuando el género suena, cambios trae*, San José, ILANUD, 1991. También ver Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, *Lista de Verificación*, Bogotá, Imprenta Nacional, Abril 2018.

³ La distinción de un elemento político y un elemento técnico en el derecho se elabora a partir de las reflexiones de Frederich Savigny en *La Vocación de Nuestro Siglo para la Codificación (1814)* y *El Sistema de Derecho Romano Actual (1840-1849)*. Ver también Ronald Dworkin, *Law's Empire (1989)* y *Duncan Kennedy, A Critique of Adjudication (1997)* en torno al papel de los jueces en la democracia.



Perspectiva de género en la decisión judicial

político de la decisión judicial tiene que ver con el apego o seguimiento a la ley, entendida de manera amplia como incluyendo la normatividad internacional y constitucional y el precedente relevante para el caso. El elemento técnico se refiere a la información sobre la realidad que inspira la norma y a la que ésta se aplica. Una forma en la que los jueces acceden a esta realidad es la prueba que las partes someten en el proceso. Pero esta prueba sería incomprensible si no fuera por lo que los jueces saben sobre la realidad. Un juez no puede cumplir bien su labor, en este sentido, si no se mantiene suficientemente actualizado sobre los cambios normativos y sobre los avances en el conocimiento psicológico, social, histórico, antropológico, político y científico.

El segundo supuesto es que la educación legal se ha retrasado en incorporar los cambios normativos y conocimientos relacionados con la situación de las mujeres y el impacto del género en el funcionamiento del derecho.⁴ Este rezago en las Facultades de Derecho hace que los operadores jurídicos se vean obligados a actualizar o completar su formación en procesos posteriores y por su propia cuenta. Por esto, además de conocimientos específicos, es preciso que se desarrollen habilidades para seguir aprendiendo a lo largo de la carrera profesional y mucho después de haber obtenido el título que habilita la práctica profesional. Tales habilidades poco atendidas en la formación tradicional y que merecen trabajo posterior incluyen, entre otras: la búsqueda de información, la revisión crítica de la información y la aplicación de la información a casos específicos.

El tercer supuesto es que los jueces no solamente tienen la capacidad institucional de resolver conflictos, sino la responsabilidad de elegir las soluciones que mejor contribuyan a prevenirlos en el futuro.⁵ La cantidad y complejidad de las decisiones que deben adoptar los jueces y las juezas en las sociedades contemporáneas, dada la magnitud de los problemas sociales que se tramitan por el sistema jurídico, exige la implementación de diversas estrategias para resolver conflictos. Sin embargo, algunas de estas estrategias son más eficaces que otras para prevenir los conflictos en el largo plazo. En particular, hoy en día sabemos que los grupos que han sido desventajados o desprotegidos tienen más dificultades en capitalizar las decisiones judiciales para el futuro y que los jueces pueden contribuir a fortalecer su posición de negociación.⁶

⁴ *Isabel C. Jaramillo Sierra y Helena Alviar García, Informe Final: Abordaje de los Derechos Sexuales y Reproductivos en las Facultades de Derecho con acreditación de Alta Calidad en Colombia (2017) (manuscrito en poder de las autoras).*

⁵ *Sobre el papel de los jueces en responder a problemáticas públicas véase Abram Chayes, "The Role of the Judge in Public Law Litigation" en Harvard Law Review, Vol. 89, No. 7 (May, 1976), pp. 1281-1316.*

⁶ *Véase especialmente a Marc Galanter, "Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change," en Law & Society Review, vol. 9, no. 1 (1974)*



Perspectiva de género en la decisión judicial

En conclusión, este módulo tiene tres supuestos:

- La labor judicial implica conocer las normativas vigentes (componente político) y reconocer las realidades sociales complejas a las que responden dichas normativas (componente técnico).
- La educación legal se ha retrasado en involucrar elementos sobre la situación diferenciada de las mujeres y el enfoque de género, por lo que los jueces y juezas necesitan herramientas para la permanente actualización y no sólo para conocer el estado actual de la normativa y realidades actuales.
- Los jueces y las juezas tienen la responsabilidad de resolver los conflictos presentes de tal manera que sea más efectivo prevenirlos en el futuro.

En lo que resta de la introducción se presenta información para demostrar por qué la perspectiva de género es relevante dentro de la decisión judicial. En particular, se presenta información que evidencia que: 1) las mujeres siguen estando excluidas de los beneficios de la sociedad, 2) que las mujeres son más pobres que los hombres, y 3) que la categoría de género es útil para comprender estas exclusiones y empobrecimiento.

Ae

Responda las siguientes preguntas para verificar y reforzar su comprensión de lectura.

1. ¿Qué consecuencias puede tener enfocarse simplemente en “sumar” a las mujeres?
2. ¿Por qué es importante involucrar en la construcción del derecho a los diversos actores del sistema judicial?
3. ¿Por qué este módulo se enfoca en el desarrollo de habilidades que permitan la actualización permanente de los jueces y las juezas?
4. ¿Por qué es importante formar debidamente a todos los que participan en el sistema jurídico?
5. ¿Cuál es el elemento político en la decisión judicial?
6. ¿Cuál es el elemento técnico en la decisión judicial?



Las exclusiones de las mujeres

La preocupación por la exclusión de las mujeres puede ubicarse ya en el contexto colonial, en el que las mujeres veían su vida reducida a ser la esposa, hija o madre de alguien, o a ser monjas. En la época republicana, la exclusión del gobierno, el tráfico comercial y la educación quedó consignada en las normas constitucionales y legales que hasta la mitad del siglo veinte les prohibían a las mujeres votar, les impedían contratar sin el permiso de su esposo, y restringían su acceso a la educación superior. Las primeras reformas legales en este sentido se dieron en 1931, 1932 y 1933 cuando se introdujeron normas que permitieron a las mujeres recibir sus salarios (ley 83 de 1931), administrar sus bienes y contratar con terceros (ley 28 de 1932), y acceder a la educación superior (ley 31 de 1933). Posteriormente la reforma constitucional de 1954 les permitió a las mujeres votar y el decreto legislativo 2820 de 1974 estableció su igualdad respecto del varón en todos los aspectos del derecho civil. La Constitución de 1991 reiteró el compromiso con la no discriminación de los sexos (art. 13 y 43), estableció la posibilidad de adoptar medidas para garantizar la participación efectiva de las mujeres en la administración pública (art. 40), el apoyo a las madres cabeza de familia y a las mujeres durante el embarazo y después del parto (art. 43), y la prohibición de toda forma de violencia dentro del hogar (art. 42).⁷

RECUADRO 3. LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades **sin ninguna discriminación por razones de sexo**, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. **El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.** El Estado **protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.** (Las negrillas se agregaron al texto original)

⁷ Para una versión más completa de esta evolución normativa, ver Magdalena Velásquez, *Género y Justicia*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2009, especialmente las páginas 87-127.



Perspectiva de género en la decisión judicial

Artículo 40. [...]Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisarios de la Administración Pública.

Artículo 42. [...]Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

La situación de las mujeres, sin embargo, no ha cambiado tanto como esperábamos en los últimos noventa años. Las mujeres apenas son el 21% de los Congresistas en 2018 (ver ilustración 1), ocupan un 36% de los altos cargos en la Rama Ejecutiva al Nivel Nacional⁸ y sólo un 24% de los cargos de máximo nivel decisario en la Rama Judicial⁹, tienen un nivel de participación y ocupación laboral muy inferior a las de los hombres (ver ilustración 2 y 3), más desempleo (ver ilustración 4), subempleo e informalidad (ver ilustración 5 y 6), reciben salarios inferiores a los de los hombres (ilustración 7), trabajan unas 2 horas más al día en promedio,¹⁰ no tienen una participación equitativa en la investigación y la academia, a pesar de tener mayores niveles de educación que los hombres (ver ilustraciones 8 y 8a), y más del 30% de las mujeres colombianas declaran haber sido agredidas alguna vez por su compañero permanente o esposo (ver ilustración 9).

⁸ Departamento Administrativo de la Función Pública, *Informe sobre la Participación de la Mujer en los Altos Cargos de Decisión del Estado Colombiano*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2017, p. 21

⁹ *Ibid*, p. 33. De acuerdo con los datos propios del Consejo Superior de la Judicatura, para 2019, un 26% de los Altos Cargos de la Rama Judicial son ocupados por mujeres que se distribuyen así: 9 magistradas en el Consejo de Estado, 8 magistradas en la Corte Suprema de Justicia, y 3 magistradas en la Corte Constitucional y cada una de las Salas del Consejo Superior de la Judicatura. Por peso relativo, la composición del Consejo Superior de la Judicatura se aproxima a una de paridad, con un total de 8 magistrados hombres y 6 magistradas mujeres. Donde hay menos representación de mujeres es en la Corte Suprema de Justicia donde los magistrados hombres son 27. Consejo Superior de la Judicatura, *Estadísticas Género Rama Judicial*, Marzo 2019 (archivo suministrado por la Comisión de Género de la Rama Judicial, en poder de la autora)

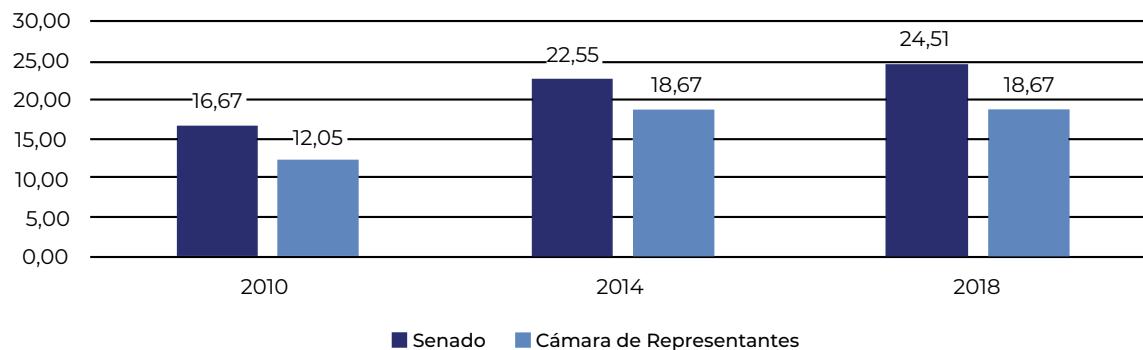
¹⁰ DANE, *Encuesta Nacional de Uso del Tiempo*, 2016-2017, Presentación: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ENUT/Presentacion_ENUT_2016_2017.pdf. De acuerdo con el reporte del DANE, las mujeres trabajan 13 horas y 24 minutos al día, mientras que los hombres lo hacen 11 horas y 16 minutos al día.



Perspectiva de género en la decisión judicial

ILUSTRACIÓN 1 PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN EL CONGRESO 2010-2018

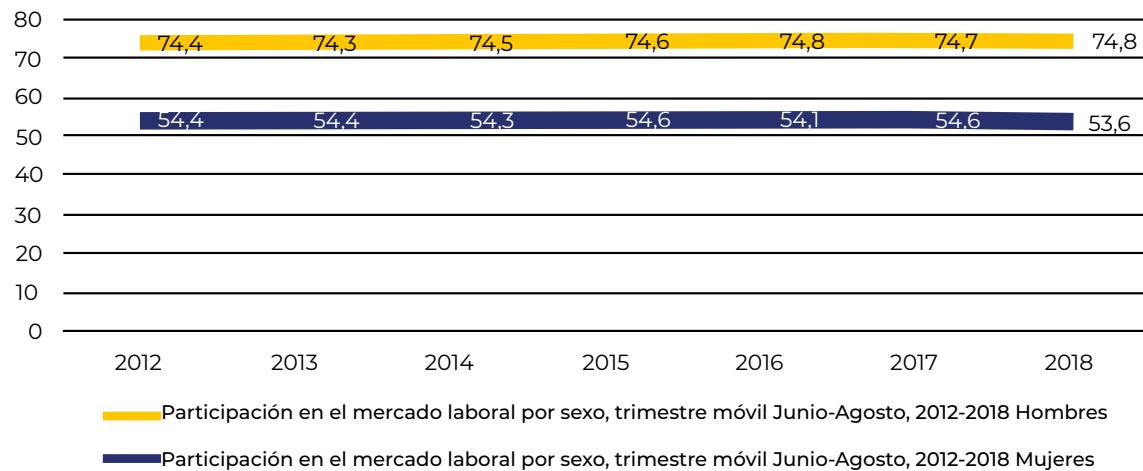
Porcentaje de mujeres en Senado y Cámara de Representantes



Fuente: elaboración propia

ILUSTRACIÓN 2 PARTICIPACIÓN EN EL MERCADO LABORAL POR SEXO 2012-2018

Participación en el mercado laboral por sexo



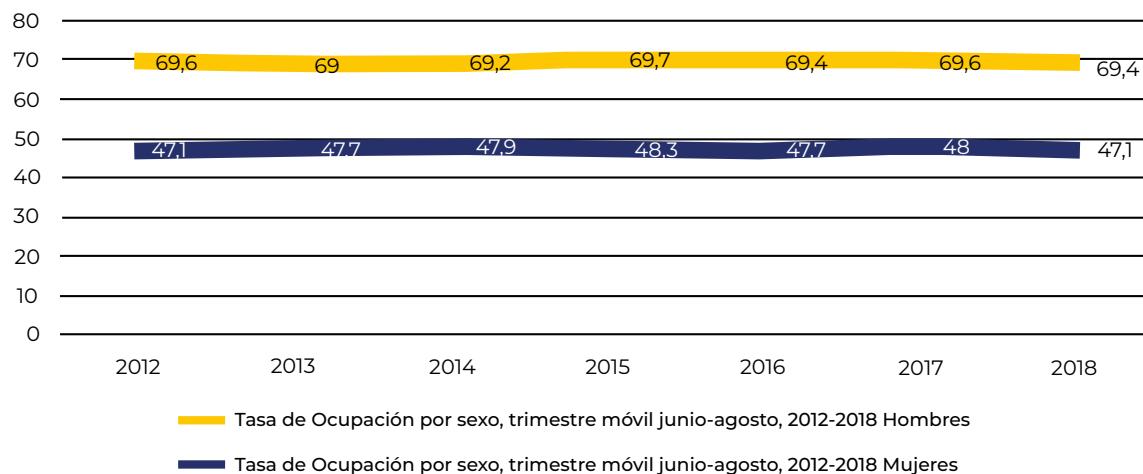
Fuente: DANE, Boletín Técnico, GEIH, Junio- agosto 2018



Perspectiva de género en la decisión judicial

ILUSTRACIÓN 3 TASA DE OCUPACIÓN POR SEXO, 2012-2018

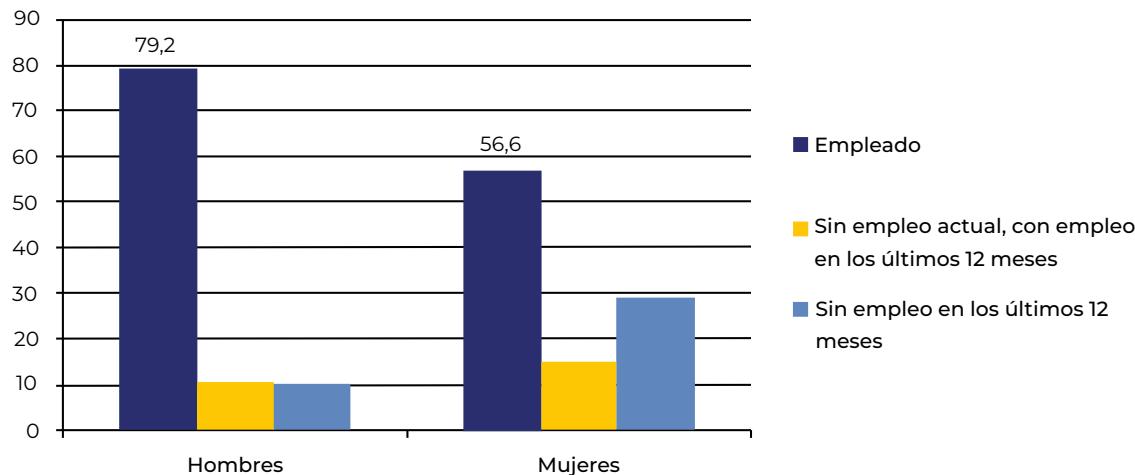
Tasa de ocupación por sexo, 2012-2018



Fuente: DANE, Boletín Técnico, GEIH, Junio- agosto 2018

ILUSTRACIÓN 4 EMPLEO DE HOMBRES Y MUJERES 2015

Situación de Empleo de Hombres y Mujeres de 15 a 49 años en 2015



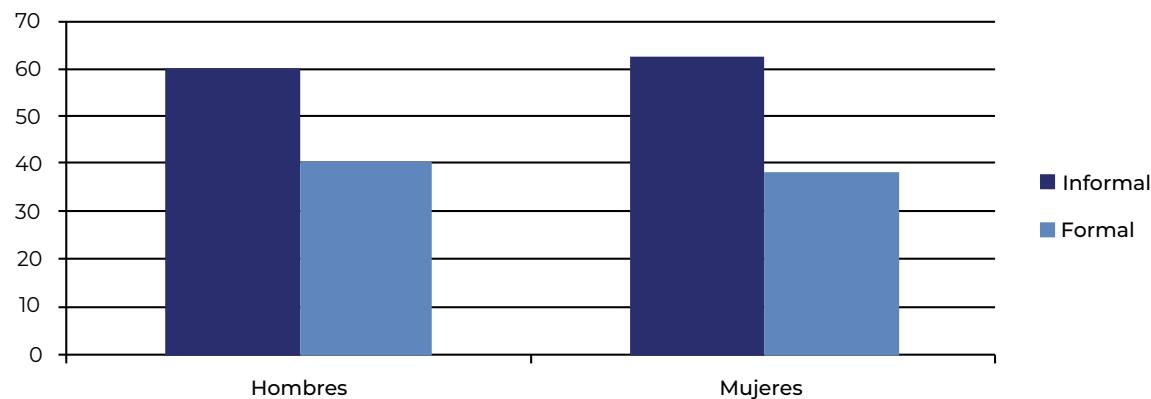
Fuente: Profamilia, ENDS 2015 <http://profamilia.org.co/docs/ENDS%20TOMO%20I.pdf> (la más reciente encuesta con información de este tipo)



Perspectiva de género en la decisión judicial

ILUSTRACIÓN 5 INFORMALIDAD DE HOMBRES Y MUJERES EN EL TRABAJO SEGÚN DIVERSOS INDICADORES

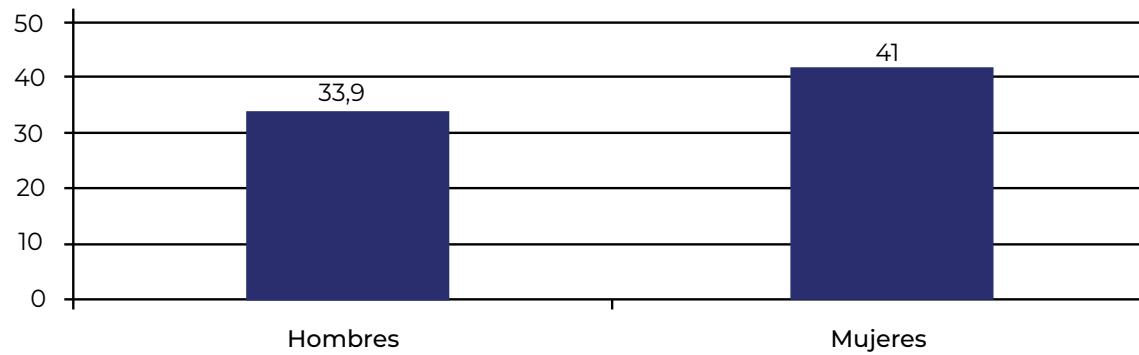
Proporción de informalidad de población ocupada en 2003



Fuente: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/empleo/mercado_lab_colombiano/analisis_informalidad_urba.pdf (información más reciente disponible)

ILUSTRACIÓN 6 PORCENTAJE EMPLEO TEMPORAL 2016

Porcentaje de empleo temporal en 2016



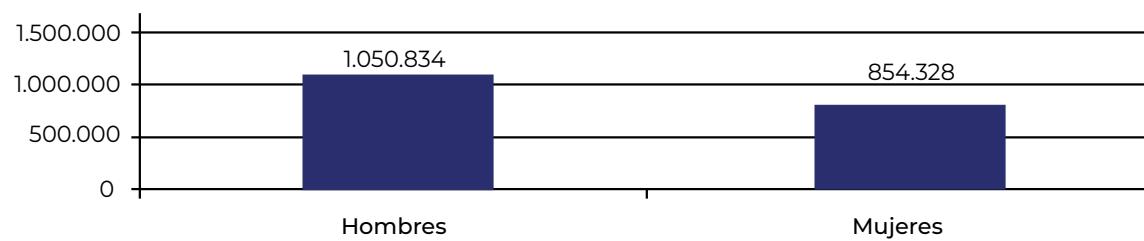
Fuente: <http://ail.ens.org.co/informe-especial/la-ens-presenta-x-informe-trabajo-decente-colombia-2007-2016-desigualdad-deficit-trabajo-digno-decente/> (información más reciente disponible)



Perspectiva de género en la decisión judicial

ILUSTRACIÓN 7 SALARIO MENSUAL PROMEDIO POR SEXO EN 2016

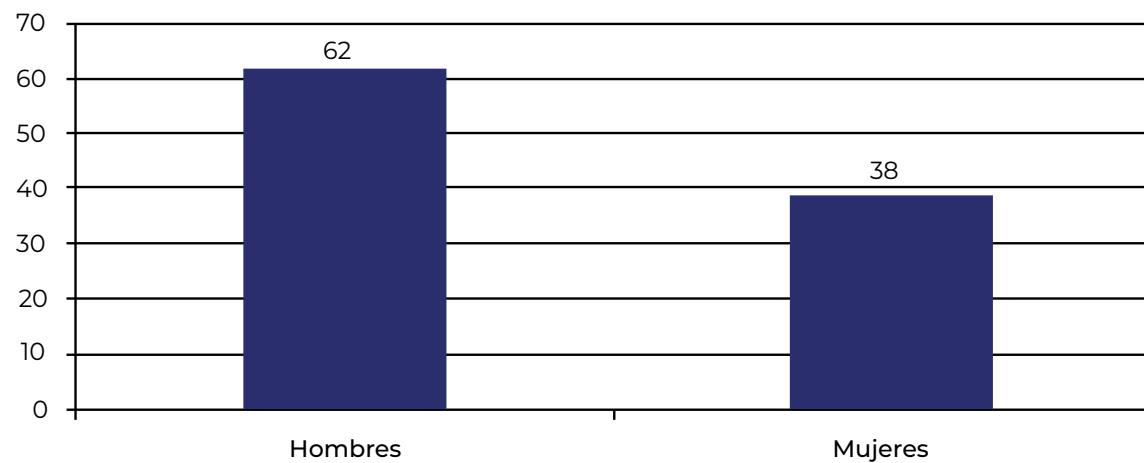
Salario mensual promedio en 2016



Fuente: <http://ail.ens.org.co/informe-especial/la-ens-presenta-x-informe-trabajo-decente-colombia-2007-2016-desigualdad-deficit-trabajo-digno-decente/> (información más reciente disponible)

ILUSTRACIÓN 8 MUJERES EN LA CIENCIA

Porcentaje de investigadores en 2015



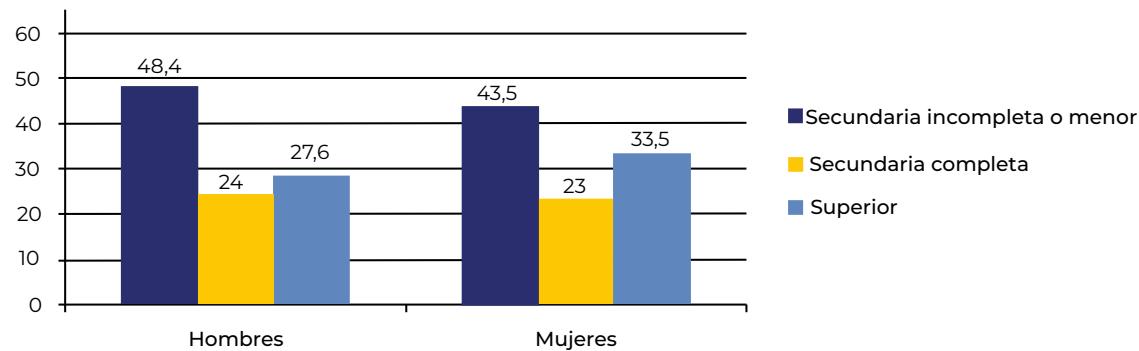
Fuente: Nicolás Congote Gutiérrez, Las mujeres siguen siendo minoría en campo de la ciencia, El Tiempo, Febrero 24, 2016: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16519639> (dato más reciente disponible)



Perspectiva de género en la decisión judicial

ILUSTRACIÓN 8A. EDUCACIÓN DE HOMBRES Y MUJERES

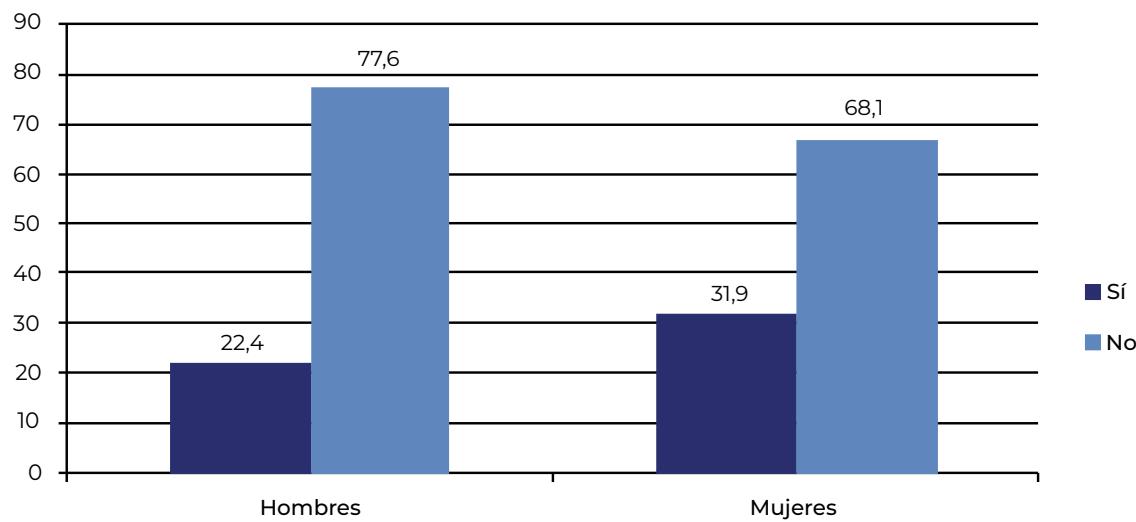
Nivel de educación mas alto alcanzado en 2015



Fuente: Profamilia, ENDS 2015 <http://profamilia.org.co/docs/ENDS%20%20TOMO%20I.pdf> (dato correspondiente al de participación como investigadores)

ILUSTRACIÓN 9 VIOLENCIA FÍSICA EN LA PAREJA

Porcentaje de víctimas de violencia física por parte de su pareja



Fuente: Profamilia, ENDS 2015 <http://profamilia.org.co/docs/Libro%20RESUMEN%20EJECUTIVO.pdf>



La pobreza de las mujeres

Calcular la pobreza de las mujeres es un ejercicio complejo por varias razones. En primer lugar, porque los datos con los que contamos para medir la calidad de vida se recogen teniendo como única unidad de análisis el hogar. El hogar se define como el conjunto de personas que comparten olla y techo, es decir, que cohabitan en un lugar y comparten los recursos que tienen disponibles para sobrevivir. No existen datos para medir la distribución de recursos al interior del hogar.¹¹

RECUADRO 4. DEFINICIÓN DE HOGAR UTILIZADA POR EL DANE

DEFINICIÓN

Unidad de Gasto. Se considera como tal al grupo de personas que comparte la vivienda y tiene arreglos para satisfacer en común sus necesidades esenciales (gastos de alimentación, servicios de la vivienda, equipamiento y otros gastos del hogar). La unidad de gasto puede ser equivalente al hogar ó un hogar puede estar compuesto por varias unidades de gasto.

UNIVERSO DE ESTUDIO

El universo para la Gran Encuesta Integrada de Hogares está conformado por la población civil no institucional, residente en todo el territorio nacional; va dirigida a todos los hogares encontrados en la vivienda y a todas las personas que forman parte del hogar.

Tomado de DANE, Gran Encuesta Integrada de Hogares 2015, documento metodológico disponible en:

https://formularios.dane.gov.co/Anda_4_1/index.php/catalog/356/datafile/F3/V134

En segundo lugar, también es difícil calcular la pobreza de las mujeres porque carecemos de datos catastrales agregados que nos permitan saber cuánta de la propiedad inmueble está en manos de mujeres. Los datos de la DIAN para efectos tributarios muestra que entre los contribuyentes las mujeres tienen activos de 354 millones en promedio (los hombres de 411 millones), patrimonios de 298 millones en promedio (los hombres de 325 millones) e ingresos de 98 millones en promedio al año (los hombres de 171 millones) (ver ilustración 10). Pero en Colombia la cantidad de

¹¹ Un intento por medir esto puede encontrarse en Isabel C. Jaramillo Sierra y Ana Lucía Jaramillo Sierra, Documento para la construcción de políticas públicas de familia: El caso de Antioquia (manuscrito en poder de las autoras).

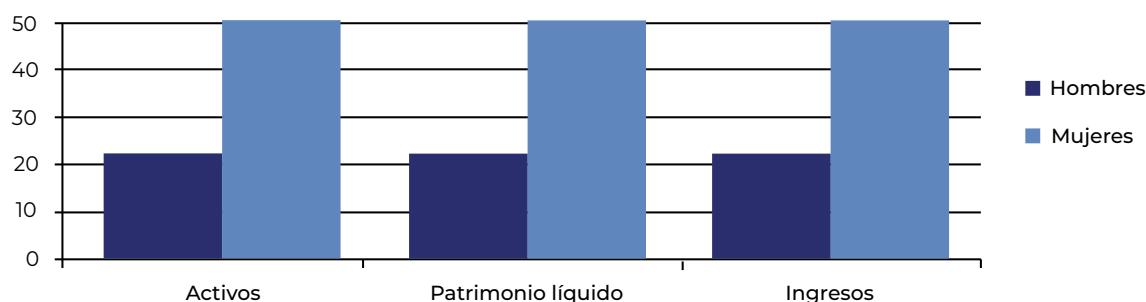


Perspectiva de género en la decisión judicial

contribuyentes es solamente el 5% del total de la población.¹² De otro lado, se estima que al menos un 18% del total de la tierra en Colombia no está debidamente registrado.¹³ Estas bajas tasas de registro y declaración de renta hace que sea muy difícil medir la pobreza de las mujeres en Colombia.

ILUSTRACION 10. DIFERENCIAS EN LA RIQUEZA ENTRE CONTRIBUYENTES

Promedio declarado en 2014 en millones de pesos



Fuente: DIAN, Diferencias de género en la riqueza, ingresos y rentas de las personas naturales en Colombia (2015) disponible en: <https://www.dian.gov.co/dian/cifras/Cuadernos%20de%20Trabajo/Diferencias%20de%20g%C3%A9nero%20en%20la%20riqueza,%20ingresos%20y%20rentas%20de%20las%20personas%20naturales%20en%20Colombia.pdf>

En el caso colombiano se ha tomado la jefatura de hogar femenina como uno de los indicadores de pobreza de las mujeres. De acuerdo con la Encuesta Longitudinal Colombiana realizada por la Universidad de los Andes, en las ciudades el número de hogares liderados por mujeres aumentó de 35 a 39% entre 2010 y 2016 en las zonas urbanas, y de 18 a 22% en los mismos años en las zonas rurales.¹⁴

La CEPAL propone mirar más bien el número de mujeres viviendo en hogares pobres para calcular un índice de feminidad de la pobreza.¹⁵ De acuerdo con este índice, puntajes por encima de 100 reflejan una feminización de la pobreza. América Latina tiene como promedio un puntaje de 118,2; Colombia está levemente por encima con un puntaje de 118,4 (ver ilustración 11).

12 DIAN, *Diferencias de género en la riqueza, ingresos y rentas de las personas naturales en Colombia (manuscrito en poder de las autoras)*

13 Especiales Semana, "Así es la Colombia Rural" disponible en: <http://especiales.semana.com/especiales/pilares-tierra/asi-es-la-colombia-rural.html>

14 Ver: Universidad de los Andes, Encuesta Longitudinal <https://encuestalongitudinal.uniandes.edu.co/es/>

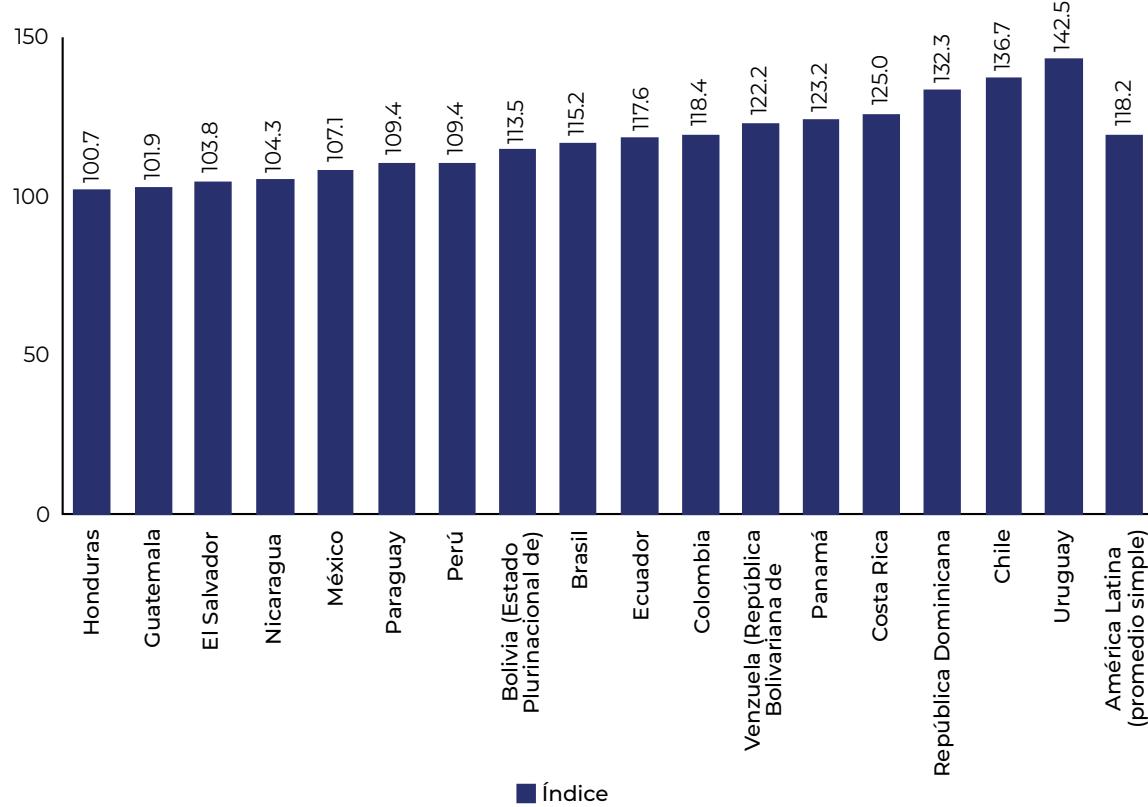
15 El índice de feminidad en hogares pobres compara el porcentaje de mujeres pobres de 20 a 59 años respecto de los hombres pobres en esa misma franja. Este indicador muestra que los esfuerzos de reducción de la pobreza en la región no han beneficiado de igual manera a hombres y mujeres, ni ha tenido el mismo ritmo, y que finalmente los hogares pobres concentran una mayor proporción de mujeres en edades de mayor demanda productiva y reproductiva. CEPAL, *Observatorio de Igualdad de Género, Índice de Feminidad en Hogares Pobres*, disponible en: <https://oig.cepal.org/es/indicadores/indice-feminidad-hogares-pobres>



Perspectiva de género en la decisión judicial

ILUSTRACIÓN 11. ÍNDICE DE FEMINIDAD DE LA POBREZA PARA AMÉRICA LATINA

Índice de Feminidad de la Pobreza para América Latina



Fuente: <https://oig.cepal.org/es/indicadores/indice-feminidad-hogares-pobres>

La urgencia de transversalizar el género

Estos retos en relación con las exclusiones y la pobreza de la mujeres no son principalmente o exclusivamente colombianos. Las mujeres en todas las democracias liberales se han enfrentado al dilema de “haber cambiado todo para que no cambiara nada”. Después de varias décadas de esfuerzos dirigidos a mejorar la situación de las mujeres, las mujeres y los mismos gobiernos aprendieron que no era suficiente proclamar la igualdad entre hombres y mujeres, la igualdad formal proclamada en las normativas internacionales y locales, para eliminar la discriminación de las mujeres. La desigualdad continuó operando de maneras sutiles, pero igualmente efectivas (discriminación implícita y discriminación indirecta), y las mujeres siguieron teniendo grandes dificultades para acceder a los recursos y el



Perspectiva de género en la decisión judicial

reconocimiento social (las cifras sobre exclusión y empobrecimiento han cambiado poco en las últimas tres décadas, para ampliar esta información consulte: www.weforum.com).

RECUADRO 5. PENSANDO EN LA DISCRIMINACIÓN DESPUÉS DE LA IGUALDAD FORMAL

“La discriminación en el trabajo puede ser directa o indirecta. Es directa cuando la normativa, las leyes o las políticas, excluyen o desfavorecen explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características como la opinión política, el estado civil o el sexo.”

“Puede haber discriminación indirecta cuando unas disposiciones y prácticas de carácter aparentemente imparcial redundan en perjuicio de gran número de integrantes de un colectivo determinado, independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate.”

OIT, Informe del Director General, La Hora de la Igualdad en el Trabajo, 2003, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_publ_9223128714_sp.pdf

Así, desde finales de la década de los noventa, se ha enfatizado en la importancia de que todos y todas las personas tengan la capacidad de ver las diferencias entre hombres y mujeres y de tomar decisiones que tengan que ver con estas diferencias. A esto se le ha llamado “transversalización del enfoque de género” (gender mainstreaming). Implica que en lugar de dejar en las manos de unos pocos expertos el comprender y abordar las diferencias entre hombres y mujeres, se vuelve una tarea común emprender esta transformación. Para una mejor comprensión del enfoque de género, es importante repasar la noción de género y la de sexo, así como las nocións de identidad y orientación sexual e identidad de género.

RECUADRO 6. DEFINICIONES ÚTILES PARA PENSAR EN EL ENFOQUE DE GÉNERO

¿Qué es la orientación sexual?

La orientación sexual está relacionada con las personas que nos atraen y con las que deseamos tener una relación de pareja. Las más comunes son gay, lesbiana, heterosexual y bisexual.



Perspectiva de género en la decisión judicial

La orientación sexual es diferente del género y de la identidad de género.

La orientación sexual tiene que ver con quiénes te atraen y con quiénes quieres tener una relación romántica, emocional y sexual. Es diferente de la identidad de género.

La identidad de género no se relaciona con quién te atrae, sino con quién ERES: hombre, mujer, intergénero, etcétera.

Esto significa que ser transgénero (sentir que tu sexo asignado es muy diferente del género con el que te identificas) no es lo mismo que ser gay, lesbiana o bisexual. La orientación sexual tiene que ver con quién quieres estar, mientras que la identidad de género se relaciona con quién eres. Hay varios tipos de identidad relacionados con la orientación sexual:

- Las personas que se sienten atraídas a un género diferente (por ejemplo, mujeres que se sienten atraídas por hombres, y hombres que se sienten atraídos por mujeres) por lo general se consideran "heterosexuales".
- Las personas que sienten atracción por personas del mismo género se suelen considerar "homosexuales" o "gais". Las mujeres gay prefieren el término "lesbiana".
- Las personas que sienten atracción tanto por hombres como por mujeres se suelen autodenominar "bisexuales".
- Las personas que sienten atracción por diferentes posibilidades de identidad de género (hombre, mujer, transgénero, intergénero, intersexual, entre otras) pueden autodenominarse "panasexuales" o queer ("cuir", según una adaptación al español).
- Las personas que no están seguras de su orientación sexual pueden decir que están "en duda" o que son "curiosas".
- Las personas que no sienten ningún tipo de atracción sexual por nadie suelen llamarse "asexuales" a sí mismas.

Es importante notar que algunas personas no se sienten exactamente representadas por ninguna de estas etiquetas. Algunas personas no les gusta la idea de las etiquetas en absoluto. Algunas otras personas se sienten cómodas con algunas etiquetas y no con otras. Tú decides cómo quieres que se te describa, o no.

Tomado de: Planned Parenthood, Orientación Sexual disponible en: <https://www.plannedparenthood.org/es/temas-de-salud/orientacion-sexual-y-genero/orientacion-sexual>



Perspectiva de género en la decisión judicial

Se ha propuesto que más allá de la importancia que tienen la identidad de género, la orientación sexual y la identidad sexual en generar patrones de discriminación, lo que afecta más directamente la situación de las mujeres es el género, entendido como las atribuciones que socialmente se hacen a quienes se clasifican como mujeres.

RECUADRO 7. ENFOQUE DE GÉNERO

El enfoque de género: “[...] consiste en observar de una manera sistemática a) las formas en que las mujeres, los hombres, las niñas y los niños participan e interactúan en los distintos ámbitos en los que se encuentran; b) las estructuras y procesos socioculturales, institucionales, legislativos y políticos que pueden perpetuar los patrones de desventaja de las mujeres con respecto a los hombres y de las niñas y los niños con relación a los adultos; c) los diferentes impactos que tienen las intervenciones para el desarrollo sobre las mujeres, los hombres, las niñas y los niños. Requiere que se desglosen los datos por sexo, que se comprenda cómo se divide y valora el trabajo y que se examine la manera como una actividad, decisión, proyecto, programa, plan o política particular afecta a las mujeres y a los hombres y a las relaciones que se establecen entre ellas y ellos. El análisis de género permite reconocer y visibilizar las diferencias entre hombres y mujeres que se convierten en desigualdades y desventajas para las personas y que les limitan el ejercicio de los derechos humanos fundamentales.”

Tomado de: Elvia Vargas e Hilda Gambara, Evaluación de programas y proyectos de intervención. Una guía con enfoque de género. Bogotá, Universidad de los Andes, 2008. Cita p.1.

Ap

Identifique un caso en el que usted piense que están en juego los derechos de las mujeres.
Explique cómo cree que el caso se resolvería usando la idea de “sumar” a las mujeres. Tenga en cuenta el ejemplo del Recuadro 1.
Explique cómo cree que se resolvería el caso usando el “enfoque de género”. Tenga en cuenta las definiciones en los Recuadros 4, 5 y 6.
¿Con cuál de estas aproximaciones está de acuerdo usted como persona?
¿Considera que alguna de ellas se acerca más a lo que le corresponde hacer como juez o jueza? ¿Por qué?



La especificidad de la tarea judicial y el problema de la imparcialidad

A partir de la diferenciación de la función judicial en el siglo XIX con las revoluciones burguesas y la introducción de la idea del gobierno por el derecho o estado de derecho, se ha impuesto al juez ser imparcial en el sentido de someterse únicamente al imperio de la ley en su función de “resolver conflictos” o de “adjudicación conforme a la ley”. En esto se entiende que se distingue de los legisladores, cuya función propia es la “creación de la ley”, y de los burócratas, cuya función propia es la “aplicación de la ley”.¹⁶

RECUADRO 8. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN LA CONSTITUCIÓN Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. (Constitución Política de Colombia)

Sentencia C-284 de 2015, Corte Constitucional, MP: Mauricio González Cuervo

La jurisprudencia comprende el conjunto de decisiones adoptadas por las autoridades a quienes les ha sido atribuido el ejercicio de la función judicial. A pesar de su calificación como criterio auxiliar, este Tribunal ha concluido “que nuestro sistema normativo ha avanzado significativamente en este campo, al punto de superar las apreciaciones que consideraban de manera categórica a toda la jurisprudencia como criterio auxiliar de interpretación, para reconocer ahora, la fuerza vinculante de ciertas decisiones judiciales.” Con fundamento en la interpretación conjunta de los artículos 1, 13, 83 y 230 de la Constitución, **la Corte ha dicho que el precedente judicial tiene una posición especial en el sistema de fuentes, en atención a su relevancia**

¹⁶ *La importancia de diferenciar claramente el trabajo de los jueces fue teorizada tempranamente por John Locke y el Barón de Montesquieu. Véase, John Locke, Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil (1689) y Montesquieu, El Espíritu de las Leyes (1748). Ambos determinaron los principales aspectos del debate, si bien las tendencias en los países anglosajones y de derecho civil resultarían bien distintas. En los primeros, la independencia de los jueces se afirmó por la vía de su sumisión al Rey y por esa vía al Creador. Este encargo les permitió trabajar a partir del derecho natural para limitar tanto el poder del Rey como el del Parlamento. Véase, Matthew Hale, The History of the Common Law of England (1713). En los países de derecho civil, las revoluciones del siglo XIX marcaron el inicio de una fuerte desconfianza hacia los jueces, que en muchos casos representaban la continuidad con el pasado. La postura de Robespierre sobre la primacía del legislador sobre los demás poderes es representativa de esta tendencia. Robespierre, Maximilien, Principles of Political Morality (1794)*



para la vigencia de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de las personas. Por ello existe una obligación prima facie de seguirlo y, en el caso de que la autoridad judicial decida apartarse, debe ofrecer una justificación suficiente. Incluso la jurisprudencia ha reconocido que la acción de tutela procede contra providencias judiciales cuando éstas violan el precedente aplicable.

Esta diferencia nítida en las funciones de legisladores, burócratas y jueces en relación con la ley, se ha ido matizando de dos maneras. En primer lugar, se ha mostrado que todos los funcionarios, en ejercicio de sus funciones, crean normas jurídicas de obligatorio cumplimiento y lo hacen en aplicación de normas superiores y para resolver conflictos. A esto se le ha llamado el elemento “dinámico” en el derecho. En segundo lugar, se ha evidenciado que no todos los funcionarios crean o aplican normas de igual nivel, o resuelven conflictos del mismo tipo. A la necesidad de comprender estas diferencias se le ha identificado con el estudio del elemento “estático” en el derecho.

En efecto, al preguntarse por la especificidad de los jurídico, pensadores como Kelsen, Hart, y Dworkin, a pesar de venir de tradiciones muy diferentes, identifican las reglas como principal unidad de análisis para resolver el problema y la actitud de funcionarios respecto a las reglas como fundamental para identificar si la regla es jurídica o de otro tipo.¹⁷ En relación con las reglas jurídicas, afirman estos autores, lo propio es que los funcionarios consideran que su tarea es aplicarlas a los casos concretos que se les presentan. A partir de esto, los teóricos identifican dos elementos importantes. Por una parte, que la posibilidad de usar la fuerza está en el corazón de lo que consideramos derecho –esto está representado precisamente por el hecho de que quienes se sienten interpelados por las reglas son los funcionarios, es decir, quienes tienen el monopolio de las reglas. Por otra parte, que todos los funcionarios están al mismo tiempo sometidos a las reglas, al aplicarlas y al adjudicar, y crean reglas, pues sus órdenes se refieren a otros funcionarios que deberán relacionarse con éstas como si fueran reglas iguales en su capacidad de compelir la acción a las que tuvieron en cuenta los primeros funcionarios.

¹⁷ Veáse, por ejemplo, Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1995; Hart, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011; Ronald Dworkin, *El Imperio de La Justicia*, Barcelona, Gedisa, 2012.



Perspectiva de género en la decisión judicial

RECUADRO 9. EL SIGNIFICADO DE LA PALABRA “LEY” EN EL ARTÍCULO 230 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Sentencia C-284 de 2015, Corte Constitucional, MP: Mauricio González Cuervo

“Esta expresión, contenida en el artículo 230 ha sido entendida “en un sentido material” de manera que comprende todas las normas (i) adoptadas por las autoridades a quienes el ordenamiento jurídico les reconoce competencias para el efecto y (ii) siguiendo el procedimientos o las formas fijadas con ese propósito. En ese sentido la “ley” incluye no solo las normas dictadas por el Congreso de la República sino también –y entre otros cuerpos normativos- los Decretos expedidos por el Presidente de la República, así como las disposiciones adoptadas -en desarrollo de sus atribuciones constitucionales- por el Consejo Nacional Electoral (Art. 265), la Contraloría General de la República (Art. 268), el Banco de la República (Arts. 371 y 372) y el Consejo Superior de la Judicatura (Art. 257). El amplio concepto de ley, necesario para comprender todas las formas de regulación que prevé la Carta, no implica que entre sus diferentes componentes no existan las relaciones jerárquicas propias de un ordenamiento escalonado. Esas relaciones –necesarias para definir la validez de las normas- se establecen a partir de criterios relativos (i) a su contenido dando lugar, por ejemplo, a que las leyes aprobatorias de tratados en materia de derechos humanos, las leyes estatutarias y las leyes orgánicas ostenten una especial posición en el ordenamiento jurídico; (ii) al órgano que la adopta de manera tal que, por ejemplo, una ley adoptada por el Congreso se superpone a un decreto reglamentario expedido por el Presidente de la República; o (iii) al procedimiento de aprobación conforme al cual normas con un procedimiento agravado de expedición tienen primacía respecto de otro tipo de leyes, lo que ocurre por ejemplo en la relación entre los actos legislativos y las leyes aprobadas por el Congreso. En adición a ello, existen variadas competencias normativas de las entidades territoriales que, en virtud de las reglas que rigen la armonización del principio unitario y autonómico, se encuentran en una relación o de coexistencia, o de complementariedad o de subordinación, con las atribuciones de autoridades del orden nacional. Las normas adoptadas por las autoridades de Municipios, Distritos o Departamentos en ejercicio de las competencias previstas directamente por la Carta, por ejemplo en los artículos 300, 305, 313 y 315, se encuentran entonces también comprendidas por el concepto de “ley” del artículo 230 de la Carta.”



Perspectiva de género en la decisión judicial

Esta indiferencia funcional en relación con el derecho ubica a los funcionarios en el deber de tener siempre en cuenta las posibles consecuencias de sus decisiones más allá del caso concreto, pues todas las decisiones de funcionarios se convierten en parámetro para la acción de otros funcionarios de igual rango o rango inferior, y en este sentido no están localizadas, sino que tienen el potencial de ser estructurales siempre. De otro lado hace más complejo el mandato de imparcialidad pues supone que los funcionarios conocen todas las reglas superiores a aquella que están aplicando, incluyendo la jurisprudencia, y no simplemente la que de manera directa les asigna la competencia para decidir. Al ampliar el rango de las leyes que deben tener en cuenta los funcionarios, la tarea se hace más compleja no sólo porque hay mucha más información involucrada, sino porque esta información casi siempre contiene contradicciones que el funcionario debe resolver explícita o implícitamente para tomar decisiones.

La imparcialidad de los jueces en esta comprensión contemporánea del derecho ha pasado entonces a estar definida por la capacidad que tiene cada juez o jueza para justificar su decisión con base en el derecho. En este caso, ya la tarea del juez no se limita a mostrar el artículo de la ley que fundamenta su decisión, sino que se amplía a mostrar que se han tenido en cuenta todas las normas relevantes para la decisión. Dado que estas normas son muchas y muy variadas y tienden a contradecirse, justificar implica no solamente mostrar o citar sino explicar: 1) por qué se tuvieron en cuenta las normas que se tuvieron en cuenta; 2) en qué sentido dichas normas no son contradictorias entre sí, o sea, cuáles son los principios que les dan unidad; 3) por qué la decisión judicial sería aceptable para todos los casos similares que se presenten ante el mismo juez u otros jueces.

RECUADRO 10. UNA DECISIÓN EJEMPLAR DE LA SUPREMA CORTE DE MÉXICO

Hechos. Un hombre demandó el divorcio de su ahora ex esposa. En abril de 2014 la Jueza Primera de lo Familiar del Primer Distrito Judicial del Estado de Campeche dictó sentencia, declarando disuelto el vínculo familiar, pero estimó innecesario fijar pensión alimenticia a favor de la mujer debido a que ella ya tenía una pensión por jubilación.

En contra de dicho fallo, la mujer interpuso un recurso de apelación ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Campeche que confirmó la sentencia recurrida. Ante la resolución anterior, la mujer



Perspectiva de género en la decisión judicial

solicitó el amparo y protección de la Justicia Federal y el Tribunal Colegiado del Trigésimo Primer Circuito dictó sentencia negando el amparo solicitado. Ante esta situación, la mujer interpuso recurso de revisión y el caso llega a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para ser resuelto.

Razonamiento. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que subsiste una cuestión de constitucionalidad relacionada con el análisis del derecho a la pensión alimenticia compensatoria a la luz de los derechos de igualdad y no discriminación, analizándose los siguientes aspectos:

a) estereotipos de género, doble jornada laboral y desequilibrio económico

El Tribunal considera que los hechos objeto del amparo son fundados en Derecho, atendiendo a que existen o se presentan estereotipos en el ámbito social, familiar, político, o laboral. En este sentido, los roles desempeñados por hombres y mujeres en los distintos ámbitos se han adscrito a través de prácticas culturales y tradicionales, así como de prejuicios cultural y socialmente arraigados. Así determina que las características de género son construcciones socioculturales que la sociedad atribuye, a cada uno/a, de lo que se considera “masculino” o “femenino”. El objetivo es la identificación y la corrección de la discriminación que la estereotipación genera en la impartición de justicia.

Análisis sobre los roles de género en la familia y división sexual del trabajo
La Suprema Corte expone el argumento de que en el ámbito familiar existe una disparidad de género histórica en lo que se refiere a las labores domésticas y el trabajo de cuidado, pues han sido las mujeres las que han estado siempre encargadas. Así, reconoce que por el sólo hecho de ser mujeres, se espera que realicen las labores domésticas y de cuidado, independientemente de si desempeñan un empleo o profesión fuera del hogar.

La Suprema Corte considera que existe una expectativa cultural de que las mujeres deben poner a su familia primero, y que el género funciona como una estructura jerárquica que influye en las relaciones familiares y laborales, asignando, por ejemplo, el rol de madre a las mujeres el cual viene acompañada de una serie de obligaciones y expectativas por ser mujeres. La Corte, además, reconoce que la idea de “una buena madre” lleva a muchas mujeres a completar jornadas dobles de trabajo sin que ese trabajo sea reconocido ni valorado como tal, pues se designa a las mujeres por el hecho de serlo la realización en exclusiva las labores domésticas y de cuidado.



Perspectiva de género en la decisión judicial

Brecha salarial de género

Para la Suprema Corte la disparidad de género en el ámbito familiar también se refleja en el ámbito laboral. México se encuentra entre los países con mayor brecha salarial y con las tasas más bajas de participación laboral de las mujeres. Con lo cual, reconoce que la brecha salarial existente constituye una de las causas que perpetúan la desigualdad entre los hombres y las mujeres haciendo que el trabajo doméstico sea invisibilizado y por lo tanto perpetuado en perjuicio de las mujeres.

Doble jornada laboral

A pesar de que la participación laboral de las mujeres ha aumentado, no se ha logrado un reparto igualitario de las tareas domésticas dentro de las familias, lo que genera la llamada “doble jornada”, tal y como expone la propia Corte.

La Suprema Corte considera que el presupuesto nacional está subestimado al no considerar la contribución económica del trabajo doméstico por parte de las mujeres. Para los hogares significa ahorro monetario, porque para obtener el mismo grado de bienestar en el hogar sin efectuar dicho trabajo se tendría que erogar cantidades importantes de dinero.

En casi la totalidad de los casos, el tiempo total de trabajo es mayor para las mujeres que para los hombres. La Corte lo valora como consecuencia del mayor peso del trabajo no remunerado y de cuidado en las vidas de las mujeres. Por lo tanto, el desarrollo de las mujeres es obstaculizado por una distribución desigual del trabajo del hogar y una inserción desigual al mercado laboral. La sentencia destaca cómo la discriminación en base al género produce esta doble jornada y se traduce en el desequilibrio en el uso del tiempo de las mujeres y los hombres que trabajan.

b) el derecho fundamental a un nivel de vida adecuado en relación con la obligación de dar alimentos

La Suprema Corte encuentra una profunda vinculación del derecho fundamental a un nivel de vida adecuado con la dignidad humana, la cual se proyecta en el ordenamiento como un bien jurídico, merecedor de la más amplia protección jurídica. En lo que respecta a este derecho fundamental, la Corte considera que éste corresponde tanto al Estado en el régimen de seguridad social, como a los/as particulares en la obligación de alimentos.



Perspectiva de género en la decisión judicial

La Corte ha señalado que la pensión alimenticia que surge de la disolución del matrimonio no tiene una naturaleza de sanción civil, sino que surge del deber ético de solidaridad entre quienes integran la familia, atendiendo a la realidad económica que coloca al acreedor/a de la pensión en un estado de necesidad.

La Sala resolvió que el principio de proporcionalidad en los alimentos implica además de un estudio de la capacidad económica del deudor/a, el análisis de otras circunstancias concretas de cada caso, con objeto de verificar que la carga alimentaria impuesta no resulte desproporcionada.

c) derechos de los/as adultos/as mayores; y aplicación al caso concreto.

La Corte aplica en la sentencia, además, una perspectiva de envejecimiento, considerando que las y los adultos mayores no son un grupo homogéneo, por lo que no gozan de una presunción de necesidad. Las normas que regulan los asuntos en los que están involucrados intereses de personas adultas mayores por lo general no exigen la aplicación de una perspectiva del envejecimiento. Esto, en muchos casos, menoscaba sus intereses. Derivado del principio general de dignidad y bajo una perspectiva de género, existe un derecho a que las mujeres puedan envejecer con dignidad y gozando de la totalidad de sus derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación.

Fallo. La Suprema Corte de Justicia de la Nación concede el amparo y reconoce a favor de la mujer la pensión alimenticia por compensación. Este resumen de la sentencia fue elaborado por el equipo del Observatorio de Justicia de Género de Women's Link. La sentencia completa está disponible en la misma página para consulta: <http://www.womenslinkworldwide.org/files/84f07cee00d2547b0dba57c62b38b4e2.pdf> (tiene más de 48 páginas)

Ap

Lea la sentencia completa a la que se refiere el recuadro 10. Identifique cada uno de los pasos en la decisión judicial de acuerdo a lo reseñado anteriormente.

1. ¿Por qué se tuvieron en cuenta las normas que se tuvieron en cuenta?
2. ¿En qué sentido dichas normas no son contradictorias entre sí, o sea, cuáles son los principios que les dan unidad?
3. ¿Por qué la decisión judicial sería aceptable para todos los casos similares que se presenten ante el mismo juez u otros jueces?



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ae

De acuerdo con lo explicado en esta sección, responda a las siguientes preguntas.

1. ¿Cuál es la noción clásica de la imparcialidad en la función judicial?
2. ¿Qué quiere decir la “indiferencia funcional” y cómo afecta la noción clásica de la imparcialidad en la función judicial?
3. ¿Cómo puede definirse la imparcialidad en el marco de la indiferencia funcional?

Ap

Identifique una situación reciente en la que hubiera necesitado tomar una decisión en derecho. Señale cómo aplicó la teoría contemporánea de la decisión judicial:

1. ¿Cuáles normas tuvo en cuenta para su decisión y cómo identificó que éstas y no otras eran las relevantes?
2. ¿Cuáles principios usó para explicar que estas normas son coherentes?
3. ¿Cómo argumentó que su regla podría usarse en casos similares?

Aunque cotidianamente no se hacen explícitas todas estas razones en todos los casos que requieren de decisiones judiciales, hacerlas explícitas puede ayudar a mejorar la práctica judicial. En su caso:

1. ¿Qué aspectos de su decisión cree que cambiaría a la luz de este ejercicio?
2. ¿Cómo le fue útil personalmente desarrollar este ejercicio?

La perspectiva de género en la decisión judicial

En este Módulo se abordará especialmente la perspectiva de género en la decisión judicial. Aquí se entiende, a la luz de todo lo explicado anteriormente, que: 1) existe un mandato constitucional de igualdad entre hombres y mujeres; 2) este mandato no se ha materializado y requiere esfuerzos explícitos encaminados a lograrlo; 3) no es suficiente con “sumar” a las mujeres para lograr la igualdad; 4) la decisión judicial no deja de ser imparcial por usar principios o enfoques que contribuyan a dar sentido a la normatividad existente y sus finalidades; y 5) la perspectiva de género no sesga la decisión judicial puesto que lo que hace es contribuir a dar sentido a la normatividad existente a la luz del mandato de igualdad entre hombres y mujeres.

En las unidades que siguen, se explicarán en detalle los tres momentos de la decisión judicial con perspectiva de género: la pregunta por las mujeres (Unidad 1), la pregunta por el género (Unidad 2) y la pregunta por la eficacia de la decisión judicial (Unidad 3).



Unidad 1: La pregunta por las mujeres

Og

Al finalizar el módulo el disidente comprenderá la importancia de hacer esfuerzos explícitos para visibilizar a las mujeres en los casos y tendrá herramientas para hacerlo

Oe

Ubicar información relevante respecto a la situación diferenciada de hombres y mujeres

Reconocer las barreras emocionales frente a la tarea de visibilizar a las mujeres

Conocer la normatividad vigente en relación con derechos de las mujeres y no discriminación



Perspectiva de género en la decisión judicial

En la Introducción se explicó que solamente “sumar” a las mujeres no es suficiente. Aquí se mostrará que parte del problema radica en que a los abogados no se los entrena para “ver a las mujeres”. La educación legal sigue orientándose por la noción de que el conocimiento del derecho y su enseñanza deben referirse a la “persona” sin sexo, una persona abstracta. Esta postura, que aspira a ser garantista por su neutralidad, sin embargo, contribuye a reforzar sesgos que existen en el sistema (discriminación indirecta e implícita) y que llevan a la exclusión y empobrecimiento de las mujeres. En esta unidad sugerimos una manera de encontrar a las mujeres en los casos a través de tres preguntas: 1) ¿dónde están las mujeres en este caso? 2) ¿qué sabemos sobre el impacto del sexo en este tipo de casos? 3) ¿debemos tener en cuenta diferencias entre las personas más allá del sexo?

La invisibilidad de las mujeres

El derecho, como muchas otras áreas de la vida, está intensamente segregado por sexo. Aunque usamos a la persona natural asexuada como parámetro en el pensamiento jurídico (artículo 33 Código Civil), hay áreas del derecho en las que las personas naturales están intensamente sexuadas, temas dentro de cada área que son sexuados aunque no se trate de una de esas áreas intensamente sexuadas, y campos laborales y posiciones jerárquicas que se sesgan en torno al sexo.¹⁸ Esta segregación favorece cuantitativamente a los hombres y lo masculino: hay más áreas masculinas y más hombres dentro del ejercicio del derecho. Adicionalmente, las mujeres en cuanto ciudadanas no acuden a los tribunales con la frecuencia que deberían hacerlo. La combinación de estos elementos hace que la mayoría del tiempo las mujeres sean “invisibles” para quienes toman decisiones judiciales. En esta sección mostramos los elementos que contribuyen a la invisibilidad de las mujeres y terminamos aportando herramientas para “encontrarlas”. Como se indicará más adelante, el paso de la visibilidad a la invisibilidad implica no sólo tener la información sino reconocer mecanismos de resistencia inconscientes y trabajar sistemáticamente para abordarlos.

ÁREAS MASCULINAS Y ÁREAS FEMENINAS DEL DERECHO

Siguiendo con las diferencias que introdujo en la vida cotidiana la idea de la separación de lo público y lo privado, una primera segregación dentro del derecho se da entre las áreas de lo político, lo patrimonial y lo social, que tienden a considerarse áreas masculinas, y las áreas de lo familiar, que tiende a considerarse femenina. La segregación se refleja en los temas que se priorizan dentro de la enseñanza, en el sexo de la mayoría de los profesores y doctrinantes y en ocasiones también en quiénes litigan en estas áreas.¹⁹

¹⁸ Es relevante en este punto específico lo señalado por la Corte Constitucional en su sentencia C-804 de 2006, Magistrado ponente Humberto Sierra Porto

¹⁹ En Colombia, el trabajo de la Escuela de Género de la Universidad Nacional fue pionero en indicar cómo estudiar la invisibilidad de las mujeres en la academia. Ver: Luz Gabriela Arango y Mara Viveros, coords., *El Género: Una categoría útil para las Ciencias Sociales*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011.



Perspectiva de género en la decisión judicial

Una investigación reciente de la Universidad de los Andes sobre lo que se enseña en 9 facultades de derecho del país, encontró que en las materias de Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Internacional y Derecho Laboral se enseña solamente un 20% de los contenidos relevantes para las mujeres de acuerdo con la normatividad existente al respecto en el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente en los tratados que tienen que ver con derechos de las mujeres.²⁰ Al indagar con los profesores sobre el motivo para no enseñar estos temas, la mayoría de los hombres contestó que no consideraba que fueran relevantes y que probablemente este debía ser tema de algún otro curso.²¹ La mayoría de las mujeres, por su parte, dijeron que enseñan los temas (en laboral y familia) y creen que los colegas hombres no lo hacen por machismo.²²

Esta misma investigación reveló que la mayoría de mujeres profesoras están en el área de derecho de familia y que en esta área se abordan un 80% de los temas importantes desde una perspectiva de género. En las demás materias estudiadas la mayoría de los profesores son hombres. Esto es cierto también para las facultades de derecho en general: la mayoría de los profesores son hombres.²³ Los autores canónicos en Colombia en todas las áreas, incluyendo la de familia, también son hombres: Arturo Valencia Zea, Marco Gerardo Monroy Cabra, Luis Carlos Sáchica, Roberto Suárez Franco, Javier Tamayo, Ospina Fernández, entre otros. En el rastreo de autores que hizo esta investigación a partir de los programas de los cursos, no apareció citada NINGUNA mujer.²⁴

En cuanto a la práctica de la profesión, aunque las estadísticas muestran un número similar de graduados hombres y mujeres, el reconocimiento sigue concentrándose en los hombres.²⁵ Un artículo reciente de la Revista Dinero, por ejemplo, hace una lista de abogados destacados en las áreas relevantes para los negocios: de una lista de más de 60 abogados, solamente se menciona a 7 mujeres.²⁶

20 Isabel C. Jaramillo Sierra y Helena Alviar García, *op.cit.*

21 *Idem*

22 *Idem*

23 *Idem*

24 *Idem*

25 El trabajo reciente de María Adelaida Ceballos, de hecho, se refiere a una creciente feminización de la profesión legal. Ver: María Adelaida Ceballos, *Educación Jurídica, Abogados y Movilidad Social* (tesis para obtener el título de maestría en sociología, Universidad Nacional de Colombia, 2017) (manuscrito en manos de las autoras)

26 ¿Cómo es el mercado de abogados en Colombia? Revista Dinero, Julio 21, 2016, disponible en: <http://www.dinero.com/edicion-impresa/caratula/articulo/el-mercado-de-abogados-en-colombia-y-su-facturacion-2016/225888>



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

Lea el artículo de la Revista Dinero que se cita en esta sección. Puede encontrarlo con el vínculo que se aporta en la nota de pie de página. Conteste las siguientes preguntas:

1. ¿Por qué cree que habrá más mujeres reconocidas en ciertas áreas del derecho? ¿Cuáles son las características de hombres y mujeres que podrían explicarlo?
2. ¿En qué otras áreas del derecho cree usted que hay más mujeres? ¿Cuáles son las características de hombres y mujeres que podrían explicarlo?
3. ¿Cree que podría modificarse esta distribución de hombres y mujeres en la profesión? ¿le parece deseable que se dé este cambio? En caso de que le parezca deseable, ¿cómo cree que podría promoverse este cambio de manera efectiva?

TEMAS MASCULINOS Y TEMAS FEMENINOS EN EL DERECHO

Dentro de cada área se repite la división entre lo masculino y lo femenino con un énfasis en lo masculino, salvo en el área de derecho de familia, en relación con los temas y doctrinas. Por ejemplo, en el derecho laboral son temas femeninos la licencia de maternidad y el trabajo doméstico. En el derecho internacional son temas femeninos la convención sobre la violencia contra la mujer y la convención para eliminar la discriminación de las mujeres. En el derecho penal son temas femeninos la violencia sexual y de género. En el derecho administrativo el tema femenino es la protección a las madres cabeza de familia. Así en cada área del derecho, hay temas que se asocian con lo femenino y con la labor de las abogadas; y otros que se consideran temas masculinos o neutros y con la labor de los abogados.

Los temas identificados en el párrafo anterior como femeninos ciertamente son importantes para las mujeres. El punto aquí no es que no sean importantes, sino que sesgan nuestra comprensión de cómo el derecho afecta a las mujeres al construir sujetos que aparentemente sólo tienen necesidades en estos temas muy estrechos y reciben igual trato en todos los demás aspectos de su vida.

Ap

Reflexione sobre las siguientes preguntas:

1. ¿Cuáles son las ventajas y desventajas de hacer del tema de licencia de maternidad un tema explícito y pensarla como un tema de las mujeres?
2. ¿Cuáles son las ventajas y desventajas de pensar el tema de la responsabilidad médica como un tema de individuos asexuados?



Perspectiva de género en la decisión judicial

LAS MUJERES EN LAS JERARQUÍAS ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES

La introducción de cuotas para los cargos de máximo nivel decisorio en la Rama Ejecutiva del Poder Público y el posterior interés de la Función Pública por medir el cumplimiento de estas cuotas, nos permite actualmente entender mejor la participación de las mujeres en la administración pública y la rama judicial. De acuerdo en el último informe publicado por la Consejería para la Equidad de la Mujer (Informe Ley de Cuotas 2016), al menos desde 2013 y usando el método de auto reporte, al menos un 30% de los cargos de alto nivel decisorio son ocupados por mujeres tanto en la administración como en la rama judicial.

RECUADRO 2. PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y RAMA JUDICIAL

Rama Ejecutiva

Máximo Nivel Decisorio

De los 24 sectores que reportaron información para el presente periodo se concluye:

- a) Los dos sectores que tienen mayor cumplimiento son: 1) Sector Deporte (100 por ciento) y 2) Sector Ciencia y Tecnología (67 por ciento).
- b) Los sectores que no cumplieron con la meta del 30 por ciento de Ley de Cuotas son: 1) Sector Agricultura y Desarrollo Rural (24 por ciento). 2) Sector Planeación (24 por ciento). 3) Sector Defensa Nacional (22 por ciento). 4) Sector Vivienda Ciudad y territorio (18 por ciento). 5) Sector Inteligencia Estratégica y Contrainteligencia (0 por ciento). 6) Sector Estadística (0 por ciento).
- c) En el MND se tiene que el 48 por ciento de las mujeres entienden, hablan y escriben perfectamente el idioma inglés (bilingüismo).
- d) En el ítem de estudios de las mujeres en el MND, se tiene que el máximo nivel educativo alcanzado es doctorado.

Otro Nivel Decisorio

De los 24 sectores que reportaron información para el presente periodo se concluye:

- a) Para el MND en la Rama Ejecutiva en el periodo del 2016, todos los sectores cumplieron con la meta del 30 por ciento establecido por la Ley de Cuotas.



Perspectiva de género en la decisión judicial

- b) El sector con mayor representatividad de mujeres en OND fue el de Sector Tecnologías de la Información y las Comunicaciones con un 69 por ciento.
- c) En OND se tiene que el 34 por ciento de las mujeres entienden, hablan y escriben perfectamente el idioma inglés (bilingüismo).
- d) En el ítem de estudios de las mujeres en OND, el máximo nivel educativo es doctorado.

Rama Judicial

Máximo Nivel Decisorio

De las tres entidades que reportaron en el MND se concluye:

- a) El cumplimiento promedio de la *Ley de Cuotas* es de 33 por ciento.
- b) La mayor representación de mujeres en esta rama fue la Fiscalía General de la Nación con un 39 por ciento.
- c) En el MND para mujeres se tiene que ninguna de ellas entiende, hablan ni escriben perfectamente el idioma inglés (bilingüismo).
- d) En el máximo nivel educativo alcanzado es maestría.

Otro Nivel Decisorio

De las tres entidades que reportaron en OND se concluye:

- a) El cumplimiento promedio de la *Ley de cuotas* es el 35 por ciento.
- b) La mayor representación de mujeres en esta rama fue la Fiscalía General de la Nación con un 40 por ciento.
- c) En OND se evidencia que ninguna de las mujeres entienden, hablan y escriben perfectamente el idioma inglés (bilingüismo).
- d) El máximo nivel educativo alcanzado es especialización.

Tomado de: Consejería para la Equidad de la Mujer, *Informe Ley de Cuotas, 2016*, pp. 75-76



Perspectiva de género en la decisión judicial

Llama la atención el número de entidades que reportaron en cada caso y que, a pesar de los buenos resultados consolidados, sigue habiendo incumplimiento en un número significativo de entidades. También es interesante que la presencia de mujeres no se mantenga a lo largo del tiempo, variando casi 10 puntos porcentuales de un año a otro, a la baja.²⁷

LAS DIFICULTADES DE LAS MUJERES EN EL ACCESO A LA JUSTICIA

De acuerdo con los recientes datos del DANE y Planeación Nacional, los colombianos solamente reconocen un 10% del total de sus necesidades jurídicas insatisfechas. No obstante, en relación con las necesidades que sí reconocen es importante señalar que para las mujeres solamente son relevantes las necesidades insatisfechas que se dan en temas de derecho de familia y muy especialmente en temas de alimentos y custodia y visitas de niños.²⁸ En relación con este tema las mujeres no solamente consideran que no tienen acceso a la justicia sino que están muy insatisfechas con las decisiones de jueces y juezas.

En materia de violencia sexual, de otro lado, la literatura ha identificado históricamente que las mujeres se abstienen de denunciar por desconfianza frente a la justicia y temor a ser doblemente victimizadas.²⁹ En asuntos de violencia familiar, también se ha encontrado que las mujeres no creen que el sistema pueda resolver su problema y por eso prefieren acudir a otras instancias como la familia o los vecinos.³⁰

ENCONTRANDO A LAS MUJERES

Lo importante del argumento sobre la invisibilidad de las mujeres es justificar el desarrollo de habilidades y competencias para encontrarlas. Aquí se plantea que encontrar a las mujeres implica localizar indicadores que den cuenta de la situación de manera diferenciada para hombres y mujeres, buscar estudios sobre la situación que expliquen estas diferencias y/o introduzcan otras, y proponer la recolección de información para el caso específico.

27 Consejería para la Equidad de la Mujer, *Informe Ley de Cuotas 2016*, p. 72

28 Manuel Diaz -DNP, *Women Legal Needs in Colombia, 2016* (diapositivas en poder de las autoras)

29 Fiscalía General de la Nación, *Protocolo para la Investigación y Juzgamiento de Delitos Sexuales (2015)* (manuscrito en poder de las autoras)

30 Manuel Díaz-DNP, *Women Legal Needs in Colombia, 2016*. De acuerdo con los datos de DANE-Planeación Nacional, solamente 1 de cuatro mujeres acude a las instituciones para resolver sus conflictos y 1 de cada tres mujeres que no hizo nada lo atribuye a no contar con la evidencia.



Perspectiva de género en la decisión judicial

RECUADRO 3. HERRAMIENTAS PARA ENCONTRAR A LAS MUJERES

| | |
|---|---|
| Información estadística en Colombia | <ul style="list-style-type: none">● http://obs.equidadmujer.gov.co/● http://www.dane.gov.co/● http://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/con-foque-de-genero● https://encuestalongitudinal.uniandes.edu.co/es/● https://profamilia.org.co/investigaciones/ends/● http://sistemadeindicadoresley1257.co/informes.php● http://www.medicinalegal.gov.co |
| Fuentes internacionales de información estadística | <ul style="list-style-type: none">● https://www.cepal.org/es/temas/estadisticas-de-genero● http://datatopics.worldbank.org/gender/● http://www.unwomen.org/es/how-we-work/research-and-data● https://www.unicef.org/spanish/gender/3984_statistics.html |
| Bases de datos de sentencias | <ul style="list-style-type: none">● http://www.womenslinkworldwide.org/observatorio● http://www.genderjustice.us/cases/● https://www.cejil.org/es/sumarios-jurisprudencia-salud-y-derechos-reproductivos● https://www.cejil.org/es/sumarios-jurisprudencia-igualdad-y-no-discriminacion-edicion-actualizada |
| Estudios académicos sobre mujeres en Colombia | <ul style="list-style-type: none">● Biblioteca Feminista Ofelia Uribede Acosta (http://www.bdigital.unal.edu.co/view/divisions/bib=5Fest=5Ffem=5Fgen/) |



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

Desde 1999, se han ensayado varias soluciones para mejorar el acceso a la vivienda de las clases medias y fortalecer los sistemas financiero y constructor. En esta actividad se propone reflexionar sobre este caso a partir de la pregunta por el sexo.

- Lea las páginas 1 a 30 del documento: “Investigación Jurisprudencial sobre crédito hipotecario” (file:///C:/Users/ijaramil/Downloads/PRY_JURIS_CRED_HIPOT_2008.pdf)
- Indique dónde cree usted que están las mujeres en el caso del UPAC que describe este documento y por qué
- Señale en dónde cree que puede encontrar información sobre las mujeres en el caso del UPAC
- Busque información sobre cómo fueron afectadas las mujeres por el UPAC y las decisiones que se adoptaron al respecto y haga un resumen de la información que encontró
- Contraste la información que encontró con lo que usted había supuesto que iba a pasar en relación con las mujeres

Tan importante como encontrar la información, es ser capaz de identificar las rationalizaciones que tenemos para no hacer esfuerzos adicionales en la búsqueda de información y la actualización normativa. Algunas de las rationalizaciones que se han identificado en el área del género son:

- “A los hombres también les pasa”
- “Las mujeres mienten para causarles daño a los hombres”
- “No es cuestión de género sino de clase (raza, etc)”
- “Hay que resolver primero otros problemas (raza, etnia, clase, etc)”
- “Hay otros problemas igual de importantes (raza, etnia, clase, etc)”

Se nombran como rationalizaciones porque son mecanismos defensivos sin una fundamentación lógica y científica, que se utilizan para no atender un reclamo específico y fundado de parte de las mujeres o las feministas.



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

Elija de las racionalizaciones formuladas en el párrafo anterior una con la que usted se identifica (esto puede ser porque antes la ha considerado; porque le parece parcialmente cierta; porque la ha escuchado con frecuencia a sus colegas)

1. Identifique un contra-argumento para dicha racionalización.
2. Escriba el contra-argumento como si usted estuviera intentando convencer a un colega de su validez.
3. Intente poner a prueba el contra-argumento en la conversación con un colega o amigo/a.

Ae

A partir de su trabajo en el caso del UPAC conteste las siguientes preguntas:

- ¿Encontró la información sobre las mujeres y el UPAC en el documento inicialmente asignado?
- ¿Está satisfecho con las respuestas que encontró para las preguntas propuestas en el ejercicio?
- ¿Cuánto tiempo dedicó a responder las preguntas?
- ¿Consideró que fue fácil o difícil desarrollar este ejercicio?
- ¿Cree que es factible hacer este tipo de ejercicios como parte de su rutina?

Después de encontrar la información, es de suma importancia identificar por qué este tipo de información es relevante para el juez y por qué debe ser parte de su tarea, y no de las partes, encontrarla. Ya se ha explicado aquí que los jueces deben hacerse cargo del elemento técnico de la decisión judicial y que la imparcialidad, en su versión contemporánea, exige explicar cómo la decisión que va a adoptarse está acorde con el derecho (no es meramente la aplicación de una ley) y dar cuenta del derecho a la luz de principios. A esto puede agregarse que la normatividad colombiana vigente permite al juez usar los indicios como prueba (artículo 165 Código General del Proceso) y demanda que aplique la sana crítica como mecanismo para evaluar las pruebas en su conjunto (artículo 176 Código General del Proceso). Ambos procesos intelectuales, el que está implícito en el indicio y el que tiene que ver con la sana crítica, exigen que el juez se remita a información general del contexto para tomar decisiones concretas.

El indicio, o prueba indirecta, ha sido definido de la siguiente manera por Andrea Vishinski:

""La prueba indirecta puede tener por sí misma un carácter perfectamente neutral; junto a otras circunstancias puede adquirir, por el contrario, una categoría fatal para el acusado. Cierta persona



Perspectiva de género en la decisión judicial

adquiere, por ejemplo, arsénico. Este hecho no tiene, en sí, nada de delictivo: puede necesitarlo para matar ratas. Pero quien ha comprado arsénico tiene la intención de vengarse del ciudadano N. En efecto, el ciudadano N muere pasado cierto tiempo a consecuencia de una intoxicación de arsénico. Unido a los datos acreditativos de que la persona que adquirió arsénico tenía, en realidad, la intención de atentar contra la vida de N, el hecho de la compra del arsénico adquiere la categoría de prueba indirecta”.

“Lo típico del indicio es que no tiene valor de prueba por sí, sino unido a otras circunstancias. Por consiguiente, cuando se utilizan las pruebas indirectas es importantísimo establecer la conexión de unos hechos con otros.”³¹

Aunque existe un debate en la doctrina sobre la aceptabilidad del indicio como prueba y del indicio como prueba autónoma, la Corte Suprema de Justicia claramente la ha aceptado dentro del derecho colombiano:

“Precisa la Corte que el indicio es un medio de prueba crítico, lógico e indirecto, estructurado por el juzgador a partir de encontrar acreditado por otros medios autorizados por la ley, un hecho del cual razonadamente, y según las reglas de la experiencia, se infiera la existencia de otro hasta ahora desconocido que interesa al objeto del proceso, el cual puede recaer sobre los hechos, o sobre su agente, o sobre la manera como se realizaron, cuya importancia deviene de su conexión con otros acaecimientos fácticos que, estando debidamente demostrados y dentro de determinadas circunstancias, permite establecer, de modo más o menos probable la realidad de lo acontecido”³²

Para efectos de la reflexión sobre la perspectiva de género en la decisión judicial, lo que interesa es que parte de la decisión judicial implica deducir hechos no conocidos de hechos conocidos usando la lógica y las reglas de la experiencia. Parte de estas reglas de la experiencia, precisamente, son los conocimientos que tenemos sobre el género, incluyendo los que resultan de los datos estadísticos.

La sana crítica, al contrario del indicio, no es un hecho sino un método de apreciación de las pruebas que la doctrina entiende como un punto medio entre la tarifa legal y la libre convicción. También al contrario que el indicio, es el método que debe usarse siempre y no un método entre otros disponibles (autor, corte). Al igual que el indicio, sin embargo,

³¹ Andrea Vishinski, *La teoría de la prueba*, p. 326 citado por Jairo Parra Quijano, “Algunos apuntes de la prueba indiciaria” disponible en: <http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Apuntes%20de%20la%20prueba%20indiciaria.pdf>.

³² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 26 de octubre de 2000, radicado 15.610 citada por *ibid.*



Perspectiva de género en la decisión judicial

involucra también el razonamiento lógico y las reglas de la experiencia. El elemento lógico exige que el juez aplique los principios de identidad, no contradicción, razón suficiente y tercero excluido. Las reglas de la experiencia, por otra parte, son aquellas “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”³³ A estos elementos, Parra Quijano agrega la necesidad estricta de la crítica, que en su opinión implica representarse primero una solución en la imaginación y luego hacerse preguntas sobre ella hasta convencerse de una versión por encima de otra. El autor se refiere a los siguientes pasos como materialización del ejercicio de la “sana crítica”: “i) El juez debe escrutar los hechos, con mucho cuidado; ii) Debe ensamblarlos en el campo de la imaginación; iii) Teniéndolos retenidos en la memoria e imaginando, debe juzgarlos utilizando como material para ello, las reglas de la experiencia, de la lógica, la ciencia y la técnica.”³⁴

Ap

“En poder de X fueron encontrados muchos y valiosos objetos (quince anillos de oro, anillo de diamantes, diez cadenas de oro, seis relojes de mujer, dos de ellos enchapados en oro, diez perfumes, etc.). El valor de esos objetos contrasta con las modestas entradas que dice recibir [...].” Por otra parte, X ha sometido en el proceso judicial documentos que acreditan que su hogar ha sido clasificado como SISBEN 1. Usted debe decidir si debe proteger o no el derecho al mínimo vital de X en un caso de tutela en el que se reclama el pago del retroactivo de una pensión de supervivencia. (Caso inspirado en Jairo Parra Quijano, “Algunos apuntes sobre la prueba indiciaria”, op. cit.)

1. ¿Es posible deducir de los hechos el sexo de X?
2. ¿Sería diferente el juicio que usted realizaría de los hechos si supiera el sexo de X?
3. ¿Con base en qué información estadística, científico o técnica establecería usted la diferencia?

El impacto del sexo

Encontrar a las mujeres es el primer paso para entender si el sexo de la persona importa para pensar en el caso concreto. Sabemos bien, sin embargo, que no podemos darle la misma importancia a todas las

³³ Friederich Stein, *El conocimiento privado de los jueces*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1973, p. 30

³⁴ Jairo Parra Quijano, *Razonamiento judicial en materia probatoria* disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3069/7.pdf>, p. 51



Perspectiva de género en la decisión judicial

diferencias. Existen tres maneras de abordar estas diferencias desde el derecho colombiano vigente: 1) exigir que quien introduce una diferencia usando el sexo como criterio demuestre que es relevante (el sexo como categoría sospechosa); 2) asumir que una vez se ha demostrado que la diferencia tiene impacto es posible adoptar medidas que reflejen esa diferencia para transformarla (la validez de las medidas afirmativas); y 3) buscar que las medidas no sean solamente a favor de las mujeres sino también a favor de los hombres (la paridad como meta).

EL SEXO COMO CATEGORÍA SOSPECHOSA

La noción de categorías sospechosas fue introducida por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos desde la década de los sesenta para explicar por qué el estudio que debía hacer la Corte de ciertas normas debía ser más intenso o profundo que el que procedía hacer en otras. Esta Corte, a través de una serie de casos, introdujo la idea de que los casos que involucran categorías económicas son distintos a aquellos que usan categorías como la raza o el sexo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha utilizado la noción de categoría sospechosa en sus recientes fallos sobre el caso Atala Riff y Norín Catrimán, en los que señaló que cuando se usan las categorías de raza y orientación sexual, la fundamentación debe ser “rigurosa y de mucho peso”.³⁵

La Corte Constitucional colombiana ha utilizado así mismo la noción de categoría sospechosa en el juicio de igualdad. Así, la sentencia C-481 de 1998, explica que son categorías sospechosas:

“[...] en últimas, categorías que ‘(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menoscabarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales’”

Esta posición fue confirmada en la sentencia T-141 de 2015, donde se afirma explícitamente que tanto la raza como el sexo son categorías de este tipo. En la sentencia T-291 de 2016, se explica que en el derecho colombiano las categorías sospechosas implican que la carga de la prueba se ubica en quien es acusado de haber discriminado, por lo que dan lugar a una carga dinámica de la prueba:

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riff y niñas v. Chile, febrero 24 de 2012; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Norín Catrimán y otros v. Chile, mayo 29 de 2014.



Perspectiva de género en la decisión judicial

“Las víctimas de actos de discriminación por razones de raza, sexo, idioma, religión u opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, son sujetos de especial protección constitucional. [...] En los casos donde se discuta la existencia de un trato basado en cualquiera de las categorías sospechosas de discriminación o que se presente alguna situación de sujeción o indefensión, opera, prima facie, una presunción de discriminación que debe ser desvirtuada por quien ejecuta el presunto acto discriminatorio. [...] Por último, y en armonía con la regla anterior, la autoridad judicial debe aplicar la carga dinámica de la prueba a favor del extremo accionante, es decir, la obligación probatoria se invierte y pasa a cargo del extremo accionado.”

En esta misma sentencia la Corte Constitucional explicó que esta doctrina de la carga dinámica de la prueba se justifica porque la parte débil en la relación tiene menos acceso a documentos y materiales probatorios y por tanto tiene mayores dificultades en demostrar la discriminación. Con base en esta doctrina, la Corte Constitucional declaró inexistente condicionalmente la norma legal que solamente favorecía a las mujeres cabeza de familia en casos de reestructuración de una entidad estatal (el llamado retén social) y la práctica que no concedía a las esposas de hombres que se desempeñaban como madres comunitarias la protección en caso de maternidad.³⁶

³⁶ *Sentencia Su-389/2005 (sobre retén social) y T-145 de 1995 (sobre el derecho a la igualdad de un parent ocmunitario)*



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

La ley 82 de 1993 estableció varios mecanismos para proteger a las mujeres cabeza de familia en cuanto a su acceso a la vivienda. Estas normas fueron reformadas por la ley 1232 de 2008. Después de leer cuidadosamente las leyes responda:

- ¿De qué manera se protege el acceso de las mujeres cabeza de familia a la vivienda en la legislación actual?
- ¿Son estas medidas discriminatorias?
- ¿Qué tendría que probar una mujer si establece una demanda contra la ley alegando que es discriminatoria?
- ¿Qué tendría que probar el Estado para que la ley sea declarada constitucional?
- ¿Podría un hombre demandar las medidas por discriminarlo?
- ¿Qué tendría que probar un hombre para que la ley sea declarada inconstitucional?
- Si compara la ley 82 de 1993 en su versión original y la nueva versión resultante de las reformas de la ley 1232 de 2008, ¿cuál considera que es mejor desde el punto de vista de la igualdad?

ACCIONES AFIRMATIVAS PARA LAS MUJERES

Creer que las diferencias basadas en el sexo son muy difíciles de justificar no es lo mismo que creer que es imposible justificarlas. En el caso del sexo dos tipos de diferencias se han considerado justificables en el derecho colombiano: 1) las diferencias que se derivan de los distintos roles de hombres y mujeres en la reproducción; y 2) las diferencias que se orientan a “forzar” la paridad que no se da “naturalmente” en las instituciones e interacciones sociales.

El trato diferencial a las mujeres en razón de su papel en la reproducción está garantizado constitucionalmente en los artículos 42 y 43, que prevén la igualdad entre hombres y mujeres, pero también la protección de las mujeres durante el embarazo y después del parto. La Corte Constitucional ha desarrollado este mandato constitucional estableciendo un fuero reforzado para las mujeres embarazadas, autorizando el uso de la tutela para el cobro de la licencia de maternidad y reconociendo el valor del trabajo reproductivo al encontrar que es suficiente para conformar una sociedad



Perspectiva de género en la decisión judicial

de hecho entre cohabitantes, declarar admisible una edad inferior para el acceso de las mujeres a la pensión de jubilación y declarar a las mujeres cabeza de familia sujetos de especial protección constitucional. El Consejo de Estado ha desarrollado el mandato constitucional extendiendo el fuero de maternidad a mujeres en cargos de libre nombramiento y remoción, a contratistas del estado y a parejas del mismo sexo. Así mismo, el Consejo de Estado ha establecido que en casos de mortalidad materna en los que la embarazada asistió a todos los controles y gozaba de buena salud, el hospital público donde ocurrió el parto tiene la carga de demostrar que tomó todas las medidas para evitar el deceso.

RECUADRO 4. DOCTRINAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD

[...] 4. Fundamentos y alcance de la protección constitucional a la maternidad y la lactancia

La jurisprudencia de esta Corte ^[26]ha reconocido que la protección a la mujer durante el embarazo y el período de lactancia tiene múltiples fundamentos en nuestro ordenamiento constitucional colombiano.

4.1. Primer Fundamento. El artículo 43 contempla un deber específico estatal en este sentido cuando señala que la mujer “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”. Este enunciado constitucional implica a su vez dos obligaciones: la especial protección estatal de la mujer embarazada y lactante, sin distinción, y un deber prestacional también a cargo del Estado consistente en otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada.

Igualmente, el Estado colombiano se ha obligado internacionalmente a garantizar los derechos de las mujeres durante el período de gestación y de lactancia. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25 señala que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”, mientras que el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, señala que “se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”. Por su parte, el artículo 12.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), señala que “los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario”.



Perspectiva de género en la decisión judicial

A partir de estos referentes la jurisprudencia de esta Corte reconoció que “existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado. Es decir, se trata de una protección no sólo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, de todas las mujeres”^[27]

4.2.- El **segundo fundamento** constitucional es la *protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo*^[28], habitualmente conocida como fuero de maternidad. El fin de la protección en este caso es impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato de trabajo por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia.

El fundamento constitucional inicial del fuero de maternidad, es el derecho a la igualdad y la consecuente prohibición de la discriminación por razones de sexo, prescritas en los artículos 13^[29] y 43^[30] de la Constitución, en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)^[31] y en los artículos 1^[32] y 24^[33] de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Del mismo modo se funda en los artículos 2^[34] y 6^[35] del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) y en los artículos 3^[36] y 6^[37] del Pacto de San Salvador, que en su conjunto consagran el derecho a trabajar para todas las personas sin distinciones de sexo. De forma más concreta, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), expedida en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU y aprobada por la ley 51 de 1981, en su artículo 11^[38] dispone que es obligación de los Estados adoptar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo” a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres “el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano”.

Como lo ha reconocido esta Corporación, este instrumento internacional protege no sólo la remuneración laboral de la mujer embarazada sino que además, como lo dice claramente el texto, busca asegurarle su derecho efectivo a trabajar, lo cual concuerda con el primer ordinal de ese mismo artículo que consagra que “el derecho al trabajo” es un “derecho inalienable de todo ser humano”. Conforme a esas normas, no es entonces suficiente que los Estados protejan los ingresos laborales de estas mujeres, sino que es necesario que, además, les asegure efectivamente la posibilidad de trabajar.



Perspectiva de género en la decisión judicial

En este mismo ámbito, la Organización Internacional del Trabajo –OIT– ha desarrollado en su Constitución misma y en diferentes Convenios un deber fundamental a cargo de los Estados que consiste en *promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en el mundo laboral*^[39].

Desde comienzos del siglo XX, la OIT promulgó regulaciones específicas para amparar a la mujer embarazada. Así, el Convenio No 3, que entró en vigor el 13 de junio de 1921 y fue aprobado por Colombia por la Ley 129 de 1931, estableció pautas para una protección de la mujer trabajadora antes, durante y con posterioridad al parto^[40].

Esto concuerda con la Recomendación No. 95 de la OIT de 1952, sobre protección de la maternidad, la cual constituye una pauta hermenéutica para precisar el alcance constitucional de la protección a la estabilidad laboral de la mujer embarazada. Según el artículo 4º de ese documento internacional, una protección idónea de empleo de la mujer antes y después del parto, implica que se debe no sólo salvaguardar la antigüedad de estas trabajadoras “durante la ausencia legal, antes y después del parto” sino que, además, se les debe asegurar “su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente retribuido con la misma tasa”.

Igualmente el Convenio 111 de la OIT de 1958 sobre la discriminación en el trabajo, prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación por razones de “sexo” (artículo 1.1) y establece que los Estados tendrán la obligación de “promover la igualdad de oportunidades y de trato” en el entorno laboral (artículo 2). También el Convenio 100 de la OIT de 1951 sobre igualdad de remuneración, establece que se deberá garantizar la aplicación a todos los trabajadores del “principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor” (artículo 2).

En el mismo sentido, el Convenio 156 de la OIT de 1981 sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, señala que deberá permitirse que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo “ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales” (artículo 3).



Perspectiva de género en la decisión judicial

Finalmente, el Convenio 183 de la OIT de 1952 relativo a la protección de la maternidad, estableció que los Estados “deberá[n] adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo.”^[41] Este Convenio también desarrolla el derecho que tiene toda mujer “a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas” (artículo 4.1) y la obligación que tienen los Estados de adoptar medidas apropiadas para garantizar que “la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo” (Artículo 9, se destaca).

Con base en estos referentes normativos la Corte ha concluido que las disposiciones constitucionales y las normas internacionales establecen una garantía reforzada a la estabilidad en el trabajo de las mujeres que se encuentran en el periodo de embarazo y lactancia. En este sentido, la Corte ha indicado que “en desarrollo del principio de igualdad y en aras de garantizar el derecho al trabajo de la mujer embarazada (...) tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobre costos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas”^[42].

4.3. Un tercer fundamento de la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es^[43].

La protección reforzada de la mujer embarazada se extiende entonces a la protección de la maternidad, cuando ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz. Esta medida de protección guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia. De esta manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, buscando entre otros propósitos el de “garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos”^[44].



Perspectiva de género en la decisión judicial

Como ya se ha mencionado, el artículo 43 de la Constitución ordena que “durante el embarazo y después del parto [la mujer goce] de especial asistencia y protección del Estado” y el artículo 53, que dentro de los principios mínimos fundamentales del estatuto del trabajo, se incluya la “protección especial a la mujer [y] a la maternidad”. La intención del Constituyente de garantizar los mencionados derechos, se evidencia en la previsión de que la mujer embarazada reciba del Estado un “subsidió alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el fuero de maternidad previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, además de prevenir y sancionar la discriminación por causa o razón del embarazo, desde una perspectiva constitucional e internacional, debe servir también para garantizar a la mujer embarazada o lactante un salario o un ingreso que le permita una vida en condiciones dignas y el goce del derecho al mínimo vital y a la salud, de forma independiente.

4.4. **En cuarto lugar**, la especial protección a la mujer gestante y a la maternidad se justifica, igualmente, por la particular relevancia de **la familia** en el orden constitucional colombiano, ya que ésta es la institución básica de la sociedad que merece una protección integral de parte de la sociedad y del Estado (CP art. 5º y 42), pues como ha sostenido esta Corte “si la mujer que va a tener un hijo, o la madre que acaba de tenerlo, no recibieran un apoyo específico, los lazos familiares podrían verse gravemente afectados.”^[45]

En conclusión, los múltiples fundamentos constitucionales que concurren a proveer justificación a la especial protección que la sociedad y el Estado deben prodigar a la mujer en período de gestación y de lactancia tiene una consecuencia jurídica importante: “el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo.”^[46] Se trata de un deber de protección que vincula a todas las autoridades públicas, debe abarcar todos los ámbitos de la vida social, y aunque adquiere una particular relevancia en el ámbito laboral (fuero de maternidad) comoquiera que, debido a la maternidad, la mujer ha sido y sigue siendo objeto de graves discriminaciones en las relaciones de trabajo, involucra también otros ámbitos como la preservación del valor de la vida, la protección de la familia, la asistencia y la seguridad social y el interés superior del menor.



Perspectiva de género en la decisión judicial

4.5. Asimismo, en el rango legal, desde su expedición en 1950 el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 239, estableció la prohibición de despedir a las trabajadoras por motivo de embarazo o lactancia; la presunción de que dicho despido se ha efectuado por dicha razón, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo o dentro de los tres (3) meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades competentes, y las sanciones imponibles en caso de que se vulnere dicha prohibición^[47].

El artículo 240 del mismo estatuto^[48] señala que el despido de una mujer en estado de embarazo o lactancia debe ser autorizado por el Inspector de Trabajo o el Alcalde Municipal (en los lugares en los que no exista inspector). Asimismo, dispone que antes de resolver el asunto, el funcionario debe escuchar a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes. La infracción de lo dispuesto en este texto normativo genera la ineficacia del despido^[49], conforme lo establece el artículo 241 del mismo Código Sustantivo del Trabajo. Según dicha disposición, el empleador debe conservar el empleo de la trabajadora que se encuentre disfrutando de los descansos remunerados o de la licencia por enfermedad motivada por el embarazo o por parto, por lo cual “*no producirá efecto alguno el despido que el patrono comunique en tales períodos o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionadas*”.

4.6. Mediante la ya citada sentencia SU-070 de 2013, la Sala Plena estableció criterios jurisprudenciales generales y uniformes respecto de la garantía de la protección reforzada a la maternidad, una vez se ha demostrado: (i) la existencia de una relación laboral o de prestación, y (ii) que la mujer se encontraba en estado de embarazo o dentro de los tres (3) meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación^[50]; que le permiten al juez constitucional determinar el alcance de dicho amparo.

5. La conciliación entre vida familiar, personal y laboral en el camino hacia la igualdad entre trabajadores y trabajadoras

5.1. El párrafo decimocuarto del preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) declara que los Estados Partes^[51] reconocen que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia.



Perspectiva de género en la decisión judicial

Recordando este compromiso el Convenio 156 de la OIT sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, establece en su artículo 3º (1.1.) que “*Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales*”.

5.2. En desarrollo de este propósito la Recomendación 165 de la OIT, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares señala que “*12. Deberían tomarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo*, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades.” (Se destaca).

Con miras a promover la igualdad de trato entre trabajadores de uno y otro sexo la citada Recomendación establece que “*deberían adoptarse y aplicarse medidas para prevenir la discriminación directa o indirecta basada en el estado matrimonial o las responsabilidades familiares*”. Y recalca que “*16. El estado matrimonial, la situación familiar o las responsabilidades familiares no deberían constituir de por sí causas justificadas para denegar un empleo a un trabajador o para terminar la relación de trabajo*”. Por lo que es preciso adoptar medidas “*para que las condiciones de empleo sean tales que permitan a los trabajadores con responsabilidades familiares conciliar sus responsabilidades profesionales y familiares*”.

5.3. En el estado actual del Derecho del trabajo, las medidas orientadas a promover la conciliación de trabajo y vida familiar están íntimamente relacionadas con la expansión del principio de igualdad de trato y de no discriminación, y con la efectiva igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el plano laboral, toda vez que el acceso y permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo depende, en gran medida, de la implementación de estas estrategias.

En este sentido, la progresiva integración equitativa de la mujer en el campo laboral ha dado paso a una paulatina evolución del derecho laboral, en la que la doctrina^[52] ha identificado cuatro fases:



Perspectiva de género en la decisión judicial

La primera, corresponde a la aceptación social del doble rol de la mujer como trabajadora y madre, lo que conlleva la necesidad de arbitrar medidas de resguardo que eviten la discriminación en el empleo y que la protejan en esa doble condición permitiéndole conciliar trabajo y familia. Bajo esta perspectiva, la conciliación es un asunto que sólo interesa a las mujeres, en tanto los hombres no tienen la carga social de conciliar, y son ellas las que asumen una doble responsabilidad en los ámbitos doméstico y laboral, reproductivo y productivo.

Una segunda fase evolutiva en la armonización de trabajo y familia, se consolida con el reconocimiento normativo del derecho de los padres trabajadores a hacer uso de parte del permiso de maternidad. Lo que caracteriza esta fase es que sigue representando el reconocimiento de una posición subordinada o accesoria del padre en la atención y cuidado de sus hijos, pues sus derechos en este sentido son en gran medida una derivación de los derechos que se le reconocen a la madre trabajadora.

En una tercera fase de evolución del Derecho del Trabajo se identifica un cambio jurídico importante caracterizado por la titularidad indiferenciada (**neutra**) de los derechos de conciliación, por lo que la legislación laboral reconoce que los derechos de conciliación destinados al cuidado y atención de hijos y familiares son derechos individuales de los trabajadores, ya sean estos hombres o mujeres. Se asume por tanto un modelo de familia con una doble fuente de ingresos provenientes tanto del trabajo del hombre como de la mujer y, en relación con el tema de la armonización de trabajo y familia, se consagra el derecho de ambos progenitores, con independencia del sexo a la suspensión del contrato y a las prestaciones de seguridad social por causa de maternidad y paternidad. Finalmente, en una etapa más evolutiva en el cambio de roles de hombres y mujeres en el plano familiar y laboral, se espera que, al margen de la ley y como consecuencia de su efectividad, se genere un cambio cultural que implique la materialización y puesta en práctica de las medidas de conciliación y la superación de los clásicos modelos de reparto de responsabilidades familiares que marginan al hombre en el cuidado y atención de sus hijos.

Una participación dinámica y promocional del padre en el cuidado de los hijos constituye una pieza nuclear del cambio social necesario en el proceso de armonización laboral y familiar, con miras a mejorar los estándares de igualdad entre hombres y mujeres en el plano laboral. Es preciso poner el acento en la obtención de mayores grados de armonización entre las



Perspectiva de género en la decisión judicial

responsabilidades laborales y familiares de trabajadores y trabajadoras que posibiliten una verdadera corresponsabilidad de los progenitores en el cuidado de las personas que estén bajo su dependencia y, muy especialmente de sus hijos^[53].

Sobre el particular cabe recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño en su preámbulo, proclama que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, quienes tienen derecho a recibir de sus padres la protección y la asistencia necesarias para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad y así poder crecer en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, para lo cual, sin duda alguna, un cambio en los roles laborales y familiares de trabajadores y trabajadoras constituye un presupuesto ineludible.

5.4. La jurisprudencia de esta Corte ha realizado significativos avances en el proceso de conciliación y armonización entre los ámbitos familiar y laboral, y en la consolidación de la igualdad en las relaciones familiares y de pareja:

5.4.1. En este propósito ha desarrollado una vigorosa jurisprudencia en torno a la protección laboral reforzada de la mujer trabajadora en estado de embarazo o lactancia. Esta protección, como ya se indicó, se fundamenta^[54], en cuatro premisas: (i) en el mandato contenido en el artículo 43 de la Constitución Política en relación con la “*especial asistencia y protección del Estado*” a la mujer en estado de embarazo y después del parto; (ii) en la protección de la mujer embarazada o lactante contra la discriminación en el ámbito del trabajo, garantía habitualmente conocida como fuero de maternidad^[55], que tiene como fin impedir el despido o la terminación del contrato causados por el embarazo o la lactancia; (iii) en la concepción de la vida como valor fundante dentro del ordenamiento constitucional (Preámbulo y artículo 11) y la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas establecida en el artículo 44 Superior; y (iv) en la relevancia de la familia dentro del orden constitucional colombiano, como institución básica de la sociedad, en atención a lo cual recibe una salvaguardia integral de parte de la sociedad y del Estado contenida en los artículos 5 y 42 de la Constitución Política^[56].

5.4.2. Así mismo, mediante sentencia SU- 389 de 2005^[57], la Corte Constitucional extendió a los padres cabeza de familia las medidas de estabilidad laboral reforzada previstas para las madres cabeza de familia que, como consecuencia de la aplicación del programa de renovación de



Perspectiva de género en la decisión judicial

la administración pública, vieran suprimidos sus cargos y se dieran por terminados sus contratos laborales^[58]. Se consideró que esta medida (retén social) buscaba proteger la unidad familiar y especialmente el bienestar de los menores que se encontraran al cuidado de sus padres, fundamentado en el artículo 44 de la Constitución Política y en el principio de interés superior del niño.

5.4.3. Avanzando en este proceso de conciliación del trabajo con la vida familiar, que como se indicó está ligado al desarrollo evolutivo de la equidad entre trabajadoras y trabajadores, en la sentencia C-273 de 2003^[59], al declarar inexistente un aparte del artículo 1º de la Ley 755 de 2002 que regula la licencia de paternidad, la Corte destacó el interés superior del niño y la garantía de la plena satisfacción de sus derechos, como fundamento de esta prestación. En torno a este último tópico resaltó que la razón de ser del interés superior del niño es su plena satisfacción y más concretamente permitir al recién nacido el ejercicio de todos sus derechos fundamentales, particularmente el poder recibir cuidado y amor de manera plena en la época inmediatamente posterior a su nacimiento. Además, sostuvo que la licencia permite al padre comprometerse con mayor fuerza en su paternidad bajo un clima adecuado para que la niña o el niño alcance su pleno desarrollo físico y emocional.

Respecto al significado de la paternidad y su importancia para el desarrollo de la niña o del niño, en la mencionada decisión se sostuvo:

“En conclusión, si bien no existe un rol paterno único al cual todos los padres deben aspirar -pues debe admitirse que la naturaleza de la influencia paterna puede variar sustancialmente dependiendo de los valores individuales y culturales-, lo que sí está claro es que la presencia activa, participativa y permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo, y aún más cuando ha decidido asumir su papel en forma consciente y responsable, garantizando al hijo el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales y especialmente el derecho al cuidado y amor para su desarrollo armónico e integral”^[60].

Exaltó la idea de que el padre se involucre activamente en la crianza de las hijas o hijos brindándoles asistencia, protección, cuidado y amor desde los primeros días de vida, lo cual es fundamental para su desarrollo armónico e integral, que parte del concepto de familia como núcleo fundamental de la sociedad (arts. 42 y 44 de la Constitución).



Perspectiva de género en la decisión judicial

5.4.4. Sobre la misma prestación en la sentencia C-174 de 2009^[61] la Corte amplió (unificando en 8 días) la cobertura de la licencia de paternidad. En esta providencia recalcó la Sala Plena de esta corporación la importancia de que el padre se involucre activamente en la crianza de las hijas o hijos brindándoles asistencia, protección, cuidado y amor desde los primeros días de vida, como factor fundamental para su desarrollo armónico e integral, en el contexto de la familia como núcleo fundamental de la sociedad. Al respecto indicó:

“La licencia de paternidad tuvo su origen en la O.I.T con el ánimo que el hombre desempeñe un rol más activo en el cuidado de los hijos desde sus primeros días de nacidos, llevó a la Organización Internacional del Trabajo a adoptar la Recomendación 165 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981, cuyo numeral 22 hizo explícito que durante un periodo inmediatamente posterior a la licencia de maternidad, también el padre debería tener posibilidad de obtener una licencia sin perder su empleo y conservando los derechos que se derivan de él, a lo que denominó *licencia parental*. Así mismo, dejó en libertad de cada país su determinación, que debería introducirse en forma gradual.

De igual modo, la OIT expidió el Convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981, que se aplica a los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, cuando las mismas limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella (art. 1 y ss.).

De esta forma, la licencia de paternidad busca que los hombres concilien el trabajo y la vida familiar, a través del disfrute de un breve periodo alrededor de la fecha del parto del hijo^[62]”.

5.4.5. Finalmente, en cuanto al derecho a la igualdad, en el marco de las relaciones familiares, esta corporación ha destacado^[63] que el artículo 42 de la Constitución Política de 1991 reconoce la igualdad de derechos entre los integrantes de la familia y de la pareja, mientras que el artículo 43 consagra la igualdad de derechos entre la mujer y el hombre. De otro lado, el artículo 42 confiere a la pareja la libertad de decidir el número de hijos que quieran tener, pero también le impone a la misma el deber de sostener y educar a sus hijos mientras sean menores de edad o impedidos.

Asimismo, en el derecho internacional, instrumentos como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer^[64], consagran el deber de los Estados de asegurar una igualdad real entre los miembros de



Perspectiva de género en la decisión judicial

la pareja que conforma el matrimonio o la unión de hecho. Por su parte, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos dispone que los Estados Partes se “*comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos*”^[65]. También la Convención Americana de Derechos Humanos, determina que “*los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo*”^{[66],[67]}.

Así, el régimen constitucional colombiano garantiza la igualdad entre los miembros de la pareja y respecto de sus deberes y obligaciones como padres. Los instrumentos diseñados por la ley para que los progenitores cumplan su función de garantizar los derechos de sus hijos, la patria potestad y los deberes que se derivan de la relación paterno-filial, se dirigen a realizar el interés superior del niño y a asegurar su desarrollo integral y armónico.

5.5. Las anteriores referencias normativas y jurisprudenciales permiten advertir una creciente tendencia en la normatividad internacional y en la jurisprudencia, a articular progresivamente medidas para conciliar el trabajo y la vida familiar, en el entendido de que estas representan un factor clave para asegurar la igualdad de oportunidades en el trabajo, así como para alcanzar una distribución más justa entre hombres y mujeres de sus responsabilidades familiares, contribuyendo a hacer compatible el trabajo con el cuidado de la familia.

Sin embargo, no se puede perder de vista que las demandas por alcanzar mayores grados de armonización de trabajo y vida familiar no se pueden limitar hoy a promover una mayor participación femenina en el campo laboral, así como a prever y a sancionar actos de discriminación basados en el sexo. Las reivindicaciones hoy en día deben abarcar también al padre trabajador, como titular de derechos específicos en el campo laboral, a vivir más intensamente el cuidado de sus familias, permitiéndole que pueda conciliar efectivamente sus responsabilidades laborales y familiares.

Tampoco se puede soslayar que la conciliación de la vida laboral y familiar no incumbe únicamente a hombres y mujeres, sino a toda la sociedad. Por tal razón se sostiene que la conciliación de trabajo y vida familiar debe ser entendida antes que nada como una materia de política de familia, desarrollada tanto en el marco del mercado de trabajo, como de la protección social^[68].

Tomado de: Sentencia C-005 de 2017, Corte Constitucional (se omiten los pies de página del original)



Perspectiva de género en la decisión judicial

El legislador colombiano, por otra parte, ha introducido acciones afirmativas para las mujeres en dos campos: el de la participación política y el de la violencia (Recuadro 5. Justificación Constitucional Acciones Afirmativas para Mujeres). En materia de participación política, el legislador estableció cuotas para mujeres en cargos de dirección y manejo dentro de la rama ejecutiva del poder público, en ternas para la elección de magistrados, defensor, procurador, contralor y fiscal y en las listas que los partidos políticos someten al voto popular para la elección de congresistas, concejales y diputados. Estas cuotas fueron analizadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-371 de 2000, en la que la Corte encontró probado que el sexo determina la exclusión de las mujeres de los más altos cargos en Colombia.

RECUADRO 5. JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL ACCIONES AFIRMATIVAS PARA MUJERES

[...]

36- Es claro para esta Corporación, que la primera finalidad de la medida analizada es la de aumentar, en un tiempo corto, la participación de la mujer en los cargos directivos y de decisión del Estado, de manera que poco a poco se llegue a una representación equitativa. Así mismo, con la cuota se busca habituar a las autoridades nominadoras a que seleccionen a las mujeres en los cargos referidos o, en otras palabras, a través de una imposición, corregir el sistema mismo de selección, que continúa parcializado en detrimento de la población femenina. Dichos objetivos, sin duda alguna, son constitucionales, como quedó demostrado en el fundamento N° 30, al encontrar pleno sustento en los artículos 1, 2, 13, 40 y 43 de la Carta. No hace falta, entonces, hacer mayores comentarios a este respecto.

37- En relación con la adecuación del medio al fin propuesto, la Corte no duda de que la cuota es una medida eficaz, pues asegura que por lo menos un 30% de mujeres se desempeñen en los empleos del “máximo nivel decisorio” y de “otros niveles decisarios”, aumentándose así, significativamente, su participación. La cuota garantiza entonces que la primera finalidad propuesta, se concrete en resultados.

No obstante, respecto de la eficacia de esta medida, vale la pena referirse a los reparos que formulan algunos de los intervenientes.

38- Un primer argumento en contra, es el hecho de que el legislador no estableció una cuota del 50% que, para algunos, correspondería a una



Perspectiva de género en la decisión judicial

porcentaje de participación verdaderamente equitativo. En relación con esta objeción, es preciso señalar que la disposición en comento se refiere a por lo menos un 30%, de manera que no se cierran las puertas para que las mujeres accedan a un porcentaje mayor en el desempeño de esos cargos.

Pero además, el porcentaje que el legislador estableció no es, de manera alguna, gratuito o infundado. Las Naciones Unidas consideran que alcanzado el 30% de participación, se llega a una “masa crítica”, que permite que las mujeres superen barreras de discriminación y puedan ejercer una influencia apreciable en los ámbitos de decisión del Estado.^[36] Así mismo, este porcentaje fue aceptado por el Gobierno colombiano en la Plataforma de Acción de Beijin. Expresamente, el Gobierno se comprometió en el corto plazo a «favorecer el acceso de la mujer a cargos de poder y de dirección del Estado, a través de las siguientes acciones: Garantizar que al menos el 30% de los cargos directivos del gobierno estén en manos de las mujeres (...)»^[37] Finalmente, en distintos países del mundo se han adoptado medidas de cuotas para estimular la participación de la mujer, que apuntan a este mismo porcentaje. Aunque las medidas adoptadas cubren campos distintos al que se examina, y su intensidad o dimensión obligatoria no es la misma a la que se analiza, vale la pena citar las «Leyes de cupos» en Argentina, Bolivia, Brasil, Panamá y Venezuela.^[38]

39- Un segundo argumento en contra de la eficacia de la cuota, puede expresarse así: ésta se dirige exclusivamente a eliminar o disminuir la subrepresentación de la mujer, pero no ataca las causas que provocan esa baja participación.

Si bien la primera finalidad del legislador es, precisamente, la de disminuir esa subrepresentación y, en este sentido, como antes se advirtió, sí resulta eficaz, la Corte considera que la medida en comento también es adecuada para contrarrestar algunas de las causas que la generan.

En efecto, una de esas causas es la larga tradición patriarcal, en virtud de la cual, se ha considerado que el papel de la mujer corresponde principalmente a la esfera privada. Tal tradición ha llevado a que mujeres capacitadas, dispuestas a participar en la vida pública, permanezcan “invisibles”.

Precisamente el hecho de que se imponga una cuota para que la mujer participe en los ámbitos de decisión del Estado, no sólo obliga a las autoridades nominadoras a indagar por esas mujeres -que sin duda las



Perspectiva de género en la decisión judicial

hay, y muchas-, sino que también les permite hacerse “visibles”. De esta forma, poco a poco, se va creando un hábito o una costumbre de pensar en ellas y reconocerlas como plenamente capaces para desempeñarse en las cargos más altos de la esfera pública. En últimas se va entendiendo que esta esfera no puede ser ajena a la equidad entre los géneros.

El efecto simbólico de las cuotas no es una conjetura de la Corte. En una reciente investigación adelantada por los profesores Mala N. Htun de la Universidad de Harvard y Mark P. Jones de la Universidad del Estado de Michigan, se constató que en los países latinoamericanos en los que se han adoptado medidas de cuotas en favor de las mujeres, la participación equitativa entre hombres y mujeres se ha convertido “en un asunto nacional”. A este respecto dice el informe:

“Existe numerosa evidencia que sugiere que las leyes de cuotas han triunfado, en hacer que la paridad de los géneros en la toma de decisiones se convierta en un asunto nacional. Las congresistas que han propuesto proyectos de ley de cuotas, han influido en sus colegas del género masculino para que formulen y defiendan opiniones en relación con la equidad de los géneros. En muchos países, la difusión de la prensa sobre las leyes de cuotas, ha servido para estimular debates sobre la historia del liderazgo de la mujer y sobre la necesidad de adoptar medidas de acción afirmativa en otras áreas.”^[39]

Pero además de esta función simbólica, el ingreso de las mujeres a las instancias de decisión, como bien lo señalan algunos de los intervenientes, abre un campo para que se propongan y diseñen políticas que favorezcan a la población femenina en su conjunto. De esta forma, no son sólo las mujeres mejor situadas las que se benefician con la medida, sino otras que por su condición económica, social o educativa, no pueden acceder a los centros de poder.^[40]

Todo lo anterior demuestra, pues, que la cuota es realmente eficaz para alcanzar el fin propuesto.

40- Lo que sigue, entonces, es analizar si la cuota es una medida “necesaria”. Como ya se advirtió, para ello se debe indagar si existen otros mecanismos menos onerosos -en términos de sacrificio de otros principios constitucionales- para alcanzar el fin propuesto.

Algunos de los intervenientes señalan que para aumentar la participación de la mujer existen otros medios, como por ejemplo, “mejorar la educación, la capacitación o formación técnica de la mujer, de manera que pueda desempeñarse en igualdad de condiciones con los hombres”.



Perspectiva de género en la decisión judicial

Este argumento necesariamente tiene que ser mirado a la luz de lo expuesto en el fundamento N° 20. Allí se dijo que las acciones afirmativas buscan que de manera “real y efectiva” se promueva una igualdad de oportunidades para todas las personas. Sin embargo, también se advirtió que tal propósito no sólo apunta a garantizar condiciones de igualdad “en los puntos de partida”, sino también, “en las condiciones de llegada”. Que un hombre y una mujer tengan las mismas calificaciones, porque accedieron a una educación o formación académica similar, significa que se encuentran en condiciones iguales en la línea de salida, pero no necesariamente es sinónimo de que tienen las mismas oportunidades para acceder a determinados cargos. Para la Corte es un hecho que la mujer, incluso si tiene una formación académica superior a la del hombre, ha de enfrentar mayores obstáculos para acceder, máxime si se trata de los empleos más altos en la jerarquía política.

En síntesis, esta Corporación entiende que el estímulo a la educación de las mujeres, que se impone, además, para toda la población en general, es sin duda esencial, pero con ello no se garantiza de manera eficaz el punto de llegada, o en otras palabras que la mujer, en un lapso corto, realmente acceda a los cargos de mayor jerarquía y de dirección en el poder público, que es en últimas el objetivo perseguido por el legislador.

A este respecto, resulta ilustrativo que el porcentaje de mujeres egresadas de instituciones de educación superior, es más alto que el de los hombres. Sin embargo, en el ámbito laboral, y específicamente en cuanto a los cargos referidos, su representación es significativamente menor. También es diciente la afirmación de las Naciones Unidas, en el sentido de que si se mantiene el ritmo de crecimiento actual de 1 a 2% de mujeres en cargos de dirección por año, en el mundo existirá paridad de representación hombre-mujer, en 400 años.”^[41]

Es claro que en el análisis de si existen medidas alternativas menos onerosas, se debe indagar por otras que en igual proporción sean eficaces para el logro del fin propuesto, y vale la pena insistir en que la promoción en la educación, o simples compromisos para promover la “igualdad” de la mujer, si bien son importantes, no son suficientes.

¿Qué otras medidas pueden ser igual de eficaces y que sean menos costosas?

No se conoce una medida que, ajustándose a las exigencias constitucionales, resulte tan eficaz como la cuota, y como se mostrará un poco más adelante, ésta no resulta tan onerosa como una apreciación ligera podría indicar.



Perspectiva de género en la decisión judicial

41- Ahora bien: aceptado que la medida es adecuada y necesaria, debe entonces determinarse si el trato desigual sacrifica derechos y principios que tengan un mayor peso que los que se pretende satisfacer mediante dicho trato. Esta Corporación, siguiendo la línea de argumentación que lleva hasta ahora, considera que la mejor vía para analizar este punto es examinando los reparos que generalmente se aducen en relación con las cuotas y que, por su parte, plantean algunos de los intervenientes.

42- Primer argumento: La medida establece una diferenciación irrazonable en las oportunidades de acceso a los cargos de “máximo nivel decisorio” y “otros niveles decisarios”, que viola el derecho a la igualdad y al trabajo de las personas que pertenecen a la población masculina.

De esta objeción, parecería inferirse que la medida en realidad trae un perjuicio o desventaja injustificada para los hombres; pero se pregunta la Corte ¿la mengua de un privilegio que se ha tenido a costa del marginamiento de alguien, implica una seria desventaja para quien lo ha ostentado? Una respuesta positiva es, sin duda, una concesión grande en el discurso igualitario. Así como la abolición de la esclavitud no puede considerarse como un perjuicio para los “dueños” de esclavos, paliar el marginamiento al que han estado sometidas las mujeres, no puede entenderse como una seria desventaja para la población masculina.

Pero aún, si en gracia de discusión se admitiera que la cuota propuesta afecta de alguna forma a los hombres, en la medida en que no pueden acceder a por los menos 30% de los cargos en cuestión, la objeción arriba citada tampoco puede ser admitida, por varias razones:

En primer lugar, porque la diferenciación que se hace entre hombres y mujeres no es injustificada. La razón de ser de la medida ya ha sido ampliamente explicada, pero vale la pena insistir en que ella obedece al interés del legislador en que la mujer supere la baja participación en los niveles de decisión del Estado y en erradicar las prácticas discriminatorias en los procesos de selección. Es, entonces, una medida que apunta a satisfacer principios constitucionales importantes, como lo son la igualdad “real y efectiva” y la consecución de un orden social justo. En otras palabras, esta política se justifica porque mejora la situación de un grupo marginado -las mujeres- y, en general, de la sociedad en su conjunto.

En segundo lugar, porque la situación del grupo masculino no varía significativamente. Los hombres tienen la posibilidad de desempeñarse en un considerable número de cargos del “máximo nivel decisorio” y de “otros niveles decisarios”, esto es, el que corresponde al 70% de esos empleos.



Perspectiva de género en la decisión judicial

Cosa distinta sucedería si, por ejemplo, el legislador hubiera establecido una cuota que anulara o restringiera de manera exagerada las posibilidades de las personas del género masculino para acceder a tales cargos. Piénsese, por ejemplo, en un caso extremo en el que se dispusiera que el 80% de los empleos de mayor jerarquía del Estado han de ser desempeñados por mujeres. Si la finalidad principal de las cuotas es permitir una representación equitativa entre hombres y mujeres, es claro que una disposición de ese tipo no tendría razón de ser. Pero no es éste el supuesto que se establece en el artículo 4º del proyecto de ley que se analiza.

Empero, podría argumentarse que en un caso particular, en el que un determinado hombre no fue elegido, porque el 70% de los cargos en cuestión ya estaban ocupados por otros hombres, a esta persona, individualmente considerada, se le impuso una carga injustificada.

Sin embargo, esta objeción no puede ser aceptada, pues los cargos que están comprendidos en el “máximo nivel decisorio” y en los “otros niveles decisarios” son cargos de libre nombramiento y remoción, frente a los cuales nadie puede alegar que tiene un derecho adquirido para ocuparlos. Lo que sucede, entonces, es que en virtud de la cuota se reducen las expectativas del hombre que espera ser elegido, y ello no comporta, de manera alguna, una carga excesiva, y mucho menos, un vicio de inconstitucionalidad. Sería absurdo, por ejemplo, que una persona insistiera en que tiene derecho a ser ministro, o que si se suprime el Ministerio del Medio Ambiente, la norma que así lo dispone es inconstitucional, porque tiene menos posibilidades para acceder a una cartera ministerial.

Así pues, para la Corte, este primer argumento, se cae de su peso.

43 -Segundo argumento: La cuota termina por discriminar a las mismas mujeres. Sugiere que son inferiores o discapacitadas, porque por sus propios méritos no pueden llegar a ocupar los cargos de mayor responsabilidad.

La Corte no comparte este reparo, pues considera que una medida de acción afirmativa como la que se estudia, se adopta, precisamente, porque se entiende que las mujeres tienen igual capacidad que los hombres para desempeñarse en los cargos de mayor responsabilidad del Estado. No obstante, reconoce que la intervención del Estado es necesaria para remover los mayores obstáculos que históricamente han tenido que enfrentar para acceder a ellos. En últimas, se trata de un mecanismo dirigido a corregir las prácticas sociales que generan condiciones de inequidad, y no una medida de paternalismo estatal, que trata a las mujeres como si fueran “menores de edad”.



Perspectiva de género en la decisión judicial

Esta idea, quedó claramente expresada en la ponencia para segundo debate en la Cámara de representantes, que vale la pena citar. Allí se señaló:

"Una cosa es la capacidad para disputar y ser nombrada en un puesto y otra cosa es la capacidad para desempeñarse en ese puesto. Debido a la discriminación que sufren las mujeres, no es cierto que las consideradas capaces para desempeñar un puesto puedan acceder a éste sin mayores obstáculos. Por ejemplo, muchas mujeres reconocidas como las mejores en sus áreas de especialización, nunca llegan a ocupar puestos de jefatura o de mayor rango, debido a que se les imponen mayores requisitos en su hoja de vida, se les solicita una dedicación de horario que es incompatible con las tareas que la sociedad espera que cumplan como amas de casa, se espera que piensen y reaccionen como los hombres y que dejen de lado cualquier manifestación de sentimientos tildados como femeninos, etc. (...) Las cuotas no son concesiones, sino estrategias de acción afirmativa, que las mujeres han impulsado para lograr el reconocimiento de su plena ciudadanía". (Subraya la Corte)

Claro está, que sería ingenuo pensar que ninguna persona va a esgrimir que tal o cual mujer accedió a un cargo de mayor jerarquía, no por sus capacidades, sino por la cuota. Pero esta es una eventualidad que no justifica sacrificar una mecanismo valioso como el que se estudia. En la medida en que se va creando un hábito de ver a las mujeres asumir tareas de dirección y mando, lo más seguro es que tales críticas se vayan diluyendo.

44-Tercer argumento: La cuota atenta contra la naturaleza de los cargos de libre nombramiento y remoción.

Como ya se explicó, los cargos que se pretende proveer mediante el sistema de cuotas son cargos de libre nombramiento y remoción. Tales empleos, son "creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades." [42] En la provisión de estos cargos, a diferencia de los de carrera, el nominador tiene libertad o discrecionalidad para designar a la persona que considere más idónea. En relación con el Presidente de la República, esta facultad está expresamente reconocida en los numerales 1 y 13 del artículo 189 de la Constitución.



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ahora bien: aunque está implícita en la naturaleza de tales cargos la discrecionalidad del nominador, es claro que ella no es absoluta, pues necesariamente debe ejercerse de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales. Así, por ejemplo, las personas que deben ser designadas tienen que cumplir con ciertos requisitos, de manera que se garantice la eficacia y la eficiencia en la administración pública, y no por ello puede considerarse que se “desnaturaliza” la facultad de libre nombramiento y remoción o, como lo sugiere uno de los intervenientes, el principio democrático en el caso de que el nominador sea elegido popularmente.

Lo mismo sucede, entonces, en relación con las cuotas; si bien es cierto que la medida constituye una restricción al ámbito de la potestad de libre nombramiento y remoción, esta limitación es razonable y no es de tal naturaleza que afecte su núcleo esencial. En primer lugar, porque el nominador tiene un universo muy amplio de donde elegir, el 51 % de la población y, en segundo lugar, porque tal límite se establece en función de una finalidad constitucional, como es la consignada en el artículo 40 de la Carta, a saber: garantizar en un Estado democrático, la participación equitativa de la mujer en el ejercicio del poder.

45- Cuarto argumento: La cuota atenta contra la eficacia y eficiencia de la administración, pues es una regla de selección que desconoce el mérito. “Se antepone el sexo al buen servicio.”

Lo dicho anteriormente, sirve para rebatir este argumento. El hecho de que se establezca una regla de selección como la que aquí se estudia, no es sinónimo de que las personas elegidas no tienen que cumplir con los requisitos que la Constitución y la ley establecen para el desempeño de funciones públicas o, en otros términos, que las autoridades nominadoras tienen que elegir a cualquier mujer, sólo por el hecho de serlo. Por el contrario, está implícito en la norma, que si se trata de proveer cargos del “máximo nivel decisorio” y “de otros niveles decisarios”, las mujeres que resulten elegidas tienen que reunir los requisitos y méritos necesarios para desempeñarse en los empleos en cuestión; exigencia que, claro está, también se predica de los hombres.

La objeción expuesta, por ende, no puede ser aceptada, pero cabe señalar que le sirve a la Corte para confirmar que cultural y socialmente sí existe discriminación. Afirmar que en virtud de la cuota se antepone “el sexo al buen servicio” o presumir siquiera que las mujeres no pueden desempeñarse eficientemente en el sector público es, en últimas,



Perspectiva de género en la decisión judicial

considerarlas como inferiores, desprovistas de razón, relegadas al ámbito de "naturaleza". Nada más contrario a la realidad y a los principios que defiende nuestro ordenamiento constitucional.

46- Así pues, conforme a todo lo anterior para la Corte la medida que se establece en el artículo 4º del proyecto es razonable y proporcionada. Sin embargo, antes de proceder a adoptar una decisión, debe analizar otros factores, como la temporalidad de la medida, la fecha en la cual entrará en vigencia y la forma en que será aplicada.

Tomado de: Sentencia C-371 de 2000.

La violencia contra las mujeres "por el hecho de ser mujeres" es materia de la ley 1257 de 2008. Esta ley introduce la categoría de la violencia de género para referirse a los actos de violencia que tienen su sustento y se perpetúan en las exclusiones y pobreza de las mujeres. La ley concede poderes especiales a funcionarios administrativos para intervenir en la protección de la vida, la integridad física, mental y sexual y la autonomía económica de las mujeres. Estas medidas especiales incluyen ordenar el desalojo de un propietario que es también agresor de su lugar de vivienda, ordenar que los hoteles reciban a las mujeres víctimas de violencia, entre otras. Respecto a esta relación entre la violencia contra las mujeres y la discriminación, la Corte Constitucional señaló en la Sentencia C-335/2013:

"La discriminación y la violencia están íntimamente ligadas, pues la primera tiene un componente afectivo muy fuerte que genera sentimientos agresivos, por lo cual la discriminación causa violencia y la violencia a su vez es una forma de discriminación, generando actos que vulneran los derechos humanos y la dignidad humana de muchos grupos de la sociedad. La discriminación y la violencia contra la mujer están a su vez fundados sociológicamente en prejuicios y estereotipos de género que han motivado la idea de la independencia, dominancia, agresividad, e intelectualidad del hombre y de la emotividad, compasión y sumisión de la mujer, situación que ha causado una desafortunada discriminación de las mujeres en roles intelectuales y de liderazgo que históricamente ha sido reforzada mediante la violencia, a través de la agresividad masculina aprendida en la infancia como estereotipo y luego desarrollada como forma de dominación."

En la sentencia C-368 de 2014, la Corte Constitucional encontró que no se vulnera el derecho a la igualdad cuando se establece una pena mayor para el delito de violencia intrafamiliar cuando la víctima es mujer. La Corte, citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, explicó



Perspectiva de género en la decisión judicial

que está probado que las mujeres son discriminadas cuando son víctimas de violencia en el ámbito doméstico y por tanto el Estado tiene deberes especiales en relación con la prevención, sanción y erradicación de este delito cuando se comete en contra de las mujeres.

RECUADRO 6. INCREMENTO DE SANCIÓN CUANDO VIOLENCIA SE EJERCE CONTRA MUJERES

[...]

La Sala considera que existe un deber especial de protección a la familia y, dentro de ella, a quienes por alguna condición son más vulnerables y requieren de medidas de protección reforzada. Señaló que la unidad y armonía familiar deben ser salvaguardados, entre otras medidas, a través del ejercicio del poder sancionatorio del Estado conforme al artículo 42 de la Constitución, por lo cual el Estado está obligado a consagrar una normativa que permita investigar y sancionar cualquier tipo de violencia al interior de la familia. Para tal efecto el legislador tiene la potestad de tipificar como delito las diversas formas de violencia que vulneran la unidad y armonía familiar e incrementar como medida de política criminal los límites punitivos fijados para el delito de violencia familiar descrito en el artículo 229 del Código Penal, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007. Sobre el principio de legalidad la Sala señala que para determinar en cada caso concreto, si se configura o no el verbo rector del tipo penal, es decir, el maltrato físico o psicológico, debe atenderse a lo dispuesto en los artículos 18 de la Ley 1098 de 2006, relativo al maltrato infantil, y los artículos 2 y 3 de la Ley 1257 de 2008, sobre violencia física y psicológica. Y señaló que, como lo ha indicado la Corte en sentencia C- 674 de 2005, por violencia intrafamiliar puede entenderse todo daño o maltrato físico, psíquico, trato cruel, intimidatorio o degradante, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión contra el natural modo de proceder, con ímpetu e intensidad extraordinarias, producida entre las personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica, aunque no convivan bajo el mismo techo. Conducta que, para ser penalizada conforme al artículo demandado, requiere que la violencia sea cual fuere el mecanismo para infingirla, sea antijurídica porque trae como consecuencia la afectación y desestabilización de la unidad y armonía familiar. Igualmente considera la Sala que la expresión "siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor" del artículo 229 del Código Penal respeta el principio de taxatividad penal, porque no genera ambigüedad sobre ninguno de los elementos del tipo penal de



Perspectiva de género en la decisión judicial

violencia intrafamiliar, en particular, no hace indeterminada o lleva a la confusión sobre la consecuencia punitiva, pues constituye en realidad un criterio al cual deben acudir los funcionarios judiciales al momento de realizar el proceso de adecuación típica de la conducta sometida a investigación y juicio en cada caso concreto. Para la Sala que esta elevación de los límites punitivos no contradice los principios de proporcionalidad y razonabilidad porque es un mecanismo adecuado para prevenir y reprimir los actos de maltrato en la familia que, atendiendo a su incremento y reiteración, han sido considerados por el legislador como una situación que afecta ostensiblemente la convivencia pacífica. Además, las penas fijadas para el delito de lesiones personales en sus distintas modalidades no constituyen un parámetro de comparación para determinar la proporcionalidad de la pena fijada para el delito de violencia intrafamiliar que busca proteger a la familia, como bien jurídico distinto a la integridad personal y elemento fundamental de la sociedad, e incluye dentro de las conductas constitutivas de la infracción muchos otros comportamientos diferentes a causar daño en el cuerpo o en la salud. Indica la Sala que aún en los casos en que los actos de violencia intrafamiliar ocasionen, entre otros efectos, daños en el cuerpo o en la salud, no existe identidad entre el comportamiento que configura violencia familiar y las lesiones personales pues la condición del sujeto activo del punible – con quien la víctima tiene una relación derivada de la pertenencia al mismo núcleo familiar- es una circunstancia que permite diferenciar los dos delitos y que justifica el establecimiento de consecuencias punitivas diversas por parte del legislador. En este orden, no hay violación del principio de igualdad cuando se trata de conductas que no son equiparables.

Tomado: Sentencia C-368 de 2014



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

Si bien todos los jueces pueden alegar una excepción de inconstitucionalidad para dejar de aplicar una norma jurídica que consideran contraria a la Constitución y en sede de tutela pueden aplicar directamente la Constitución, esta no es la principal manera en la que se aproximan al ordenamiento jurídico. Teniendo en cuenta esta diversidad:

- Identifique 5 situaciones fácticas en distintas especialidades, una por especialidad hasta llegar a 5, que involucren el acceso a la vivienda.
- Identifique en cada una de estas situaciones medidas que podría adoptar el juez para mejorar la igualdad en el acceso a la vivienda.
 - Defina si la medida favorecería a los hombres o a las mujeres y fundamente su decisión en cada caso.
 - Determine cuál es el fundamento legal que le permitiría o le impediría adoptar la medida que considera que podría ser más idónea.
 - Identifique los argumentos que podrían esgrimirse en contra de cada medida, incluyendo los de orden constitucional, internacional y legal.

MEDIDAS A FAVOR DE LOS HOMBRES

Las medidas para mejorar la situación de diferenciación sexual que se califica como una de discriminación basada en el sexo pueden también dirigirse a los hombres, en particular, pueden apoyar que los hombres ocupen posiciones y desempeñen labores habitualmente consideradas femeninas. En Colombia, la Corte Constitucional ha señalado que no puede impedirse el acceso de los hombres a las labores de aseo y servicios generales, que debe darse igual trato a las mujeres y a los hombres que tienen a su cargo hijos y no tienen pareja, y que los hombres que se desempeñan como madres comunitarias deben tener la misma protección laboral de las mujeres que lo hacen.

En otros países los jueces han ido más allá en favorecer que los hombres accedan a espacios de mujeres. Así, en Estados Unidos, la Corte Suprema de Justicia encontró que la prohibición de admitir hombres en una escuela de enfermería era inconstitucional.³⁷ La Alta Corte Constitucional de Suráfrica decidió que para proteger la igualdad debía ordenarse una igual participación de hombres y mujeres en la crianza de los hijos y para esto la custodia compartida debía ser la regla general y no la excepción.³⁸

37 *Mississippi Univ. for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718 (1982).

38 *Krugel v. Krugel*, 2003 (6) SA 220 (T)



Perspectiva de género en la decisión judicial

RECUADRO 7. INTEGRANDO A LOS HOMBRES A ESPACIOS DE MUJERES

Mississippi University for Women v. Hogan, 458 U.S. 718 (Resumen tomado de Law.Cornell.edu) (traducción por las autoras)

Doctrina: La política de la demandante -la Universidad para Mujeres de Mississippi (MUW), una Universidad que ha recibido apoyo del Estado y que desde su formación ha limitado el ingreso a mujeres, de negar el ingreso a su Escuela de Enfermería a hombres que cumplen los requisitos de admisión (como el demandado) viola la cláusula de Igual Protección de la Enmienda Catorce. Pp. 723-733.

(a) La parte que busca mantener una norma que clasifica a los individuos sobre la base de su género debe cargar la prueba de mostrar una “justificación excesivamente persuasiva” para dicha clasificación. *Kirchberg v. Feenstra*, 450 U.S. 455, 461; *Personnel Administrator of Mass. v. Feeney*, 442 U.S. 256, 273. La carga solamente se satisface si se muestra que la clasificación es útil para cumplir “objetivos gubernamentales importantes y que los medios discriminatorios que fueron empleados” están “sustancialmente relacionados con el logro de esos objetivos”. *Wengler v. Druggists Mutual Insurance Co*, 446 U.S. 142, 150. El test debe aplicarse sin tener en cuenta consideraciones sobre los roles y habilidades de hombres y mujeres. Pp. 723-727.

(b) La política de admisión de personas de un mismo sexo de la Escuela de Enfermería de MUW no puede justificarse sobre la base de que compensa la discriminación contra las mujeres y, por lo tanto, constituye una acción afirmativa en el campo educativo. Un Estado puede invocar un objetivo compensatorio para justificar una clasificación que de otra manera sería considerada discriminatoria solamente si los miembros del género beneficiado por la clasificación realmente sufren una desventaja en relación con esa clasificación. Más que compensar por las barreras discriminatorias que enfrentan las mujeres, la política de MUW tiende a perpetuar la visión estereotipada de que la enfermería es un trabajo exclusivamente para mujeres. Más aún, el Estado no ha mostrado que la clasificación basada en el género esté relacionada sustancial y directamente con su objetivo compensatorio. Al contrario, la política de MUW de permitir que los hombres asistan a clase sin registrarse socava fatalmente su reclamo de que las mujeres, al menos las de la Escuela de Enfermería, se ven afectadas negativamente por la presencia de hombres. Luego el Estado no ha podido establecer la “justificación excesivamente persuasiva” que se necesita para sostener la clasificación basada en género. Pp. 727-731



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

Lea con detalle la siguiente noticia:

“¿Qué está pasando? Colombia incumple cuota de género en las Fuerzas Militares pese a resolución de la ONU (03 Marzo 2017) Con un 3 por ciento de uniformadas, Colombia no ha cumplido con la cuota de género en sus Fuerzas Militares, según una resolución de Naciones Unidas que aconseja a los países el aumento en la incorporación de personal femenino especialmente para que desarrollen misiones de paz.

A diciembre de 2016, Colombia contaba con 3.758 mujeres en las filas de las Fuerzas Militares y 12 mil policías en esta institución. Es decir que de los cerca de 500 mil uniformados en la fuerza pública apenas alrededor de 15 mil son mujeres.

El mayor Neil Gregory, adjunto de Defensa de Canadá en Colombia y experto en educación militar, dice que Naciones Unidas se pronunció iniciando la presente década sobre la necesidad de aumentar en todos los países la presencia de las mujeres en las Fuerzas Armadas buscando propiciar escenarios de estabilización de la seguridad y la paz.

“Hay una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que reconoce que hay necesidades especiales de las mujeres en un conflicto, tienen un papel bien importante y la resolución pide a las naciones prevenir la violencia sexual en el conflicto e incluir una perspectiva de género”, señala el militar canadiense.

Por esa razón, agrega el mayor Gregory, es necesario que se busque rápidamente el cumplimiento de esa resolución de Naciones Unidas ampliando la presencia de mujeres en las Fuerzas Armadas.

En el caso de Colombia el incremento de las mujeres en las filas es necesario toda vez que se intenta llegar a un escenario viable tras la terminación del conflicto armado.

“Es bien importante que tomemos en cuenta estos requisitos e incluir a las mujeres las perspectivas de género en todos los aspectos de conflicto y de la guerra, operaciones de paz y de estabilización en un posconflicto”, señala.

Con menos de un 3 por ciento en el número de uniformadas, Colombia está lejos de cumplir la cuota de género que de acuerdo con la resolución de la ONU señala al menos un 20 por ciento de la participación de la mujer en labores militares, no solo en trabajos de oficina o administrativos sino también en el campo de combate y especialmente en misiones de paz.”

A la luz de esta y otras consideraciones relevantes a la luz de las doctrinas sobre igualdad adoptadas en nuestra legislación, analice el caso del servicio militar obligatorio para hombres en Colombia: ¿Considera usted que es inconstitucional la norma que establece que solamente los hombres deben prestar servicio militar?



Las diferencias entre mujeres y otras diferencias importantes

Desde muy temprano en el activismo feminista fue evidente que no todas las mujeres sufren las mismas exclusiones o están afectadas de la misma manera por la pobreza. Así, aunque dos individuos que en todo son iguales menos en su sexo, tienden a ser tratados distinto por razón solamente de su sexo (ver introducción en este documento), cuando existen otras diferencias entre ellos, éstas pueden fragmentar su experiencia de la diferencia sexual. Esta fragmentación puede implicar simples diferencias de énfasis o interés, o verdaderas batallas por hacer prevalecer un enfoque sobre otro. Un ejemplo del primer tipo de escenario es el de las reivindicaciones por iguales salarios e iguales oportunidades de ascenso. En este caso, las mujeres adineradas y de clase media tienen un interés más claro en lograr al menos estar en la misma posición de los hombres; mientras que las mujeres pobres se consideran más aliadas a los hombres que están en su misma situación de ganar un salario mínimo y ser maltratadas por sus empleadores. En este sentido es ya un clásico el argumento de sojourner truth, una esclava recién liberada, frente a la exclusión de las mujeres del voto por su exclusión del mundo laboral. Truth dijo al respecto: "no soy acaso una mujer?"³⁹ Y explicó cómo, frente a la inquietud de los legisladores Estadounidenses de permitir a las mujeres trabajar, estaba el hecho cierto de que las mujeres racializadas y pobres habían venido trabajando por siglos.

Un ejemplo del segundo tipo de fragmentación es el que se ha dado entre mujeres blancas y negras en torno al recrudescimiento del castigo para agresores en casos de violencia doméstica. Las mujeres negras en estos casos han mostrado que, dado el sesgo de raza del sistema penal en contra de los hombres negros, las medidas que hacen más fácil castigar a agresores terminan favoreciendo el encarcelamiento de los hombres negros. En los Estados Unidos, donde se ha presentado de manera más clara el problema de encarcelamiento a los hombres negros, las mujeres negras han manifestado ser aliadas de los hombres negros más que de las mujeres. Estos dos ejemplos cruzan las preocupaciones de raza con las de discriminación de las mujeres.

En América Latina ha sido más importante la fragmentación de las mujeres a lo largo del eje de clase, origen familiar y etnia. Cada vez resulta más evidente, sin embargo, que factores como la edad, la residencia –urbana o rural, la nacionalidad, la orientación sexual y las creencias religiosas generan sesgos que deben ser tenidos en cuenta al momento

³⁹ sojourner truth, "Ain't I a woman" (1797)



Perspectiva de género en la decisión judicial

de hacer el análisis. A continuación, se presentan algunos de los núcleos problemáticos para pensar las diferencias entre mujeres y sus efectos en la manera en la que pensamos la igualdad en Colombia: empleo doméstico, libertad reproductiva, roles familiares y libertad sexual.

EMPLEO DOMÉSTICO

América Latina es una de las regiones que cuenta con más empleados del servicio doméstico. En Colombia, en particular, se ha detectado que un número muy importante de mujeres que se encuentran empleadas lo están en el servicio doméstico, que las fluctuaciones en la ocupación de las mujeres se relacionan de manera significativa con el empleo en el servicio doméstico y que el servicio doméstico ha permitido a las mujeres rurales tener acceso a la educación, salud, seguridad social y vivienda que de otra manera habría sido inalcanzable para ellas. Por otra parte, la regulación del servicio doméstico ha estado marcada por el excepcionalismo, y la prestación del servicio por el maltrato. Así, si bien el Código Sustantivo del Trabajo siempre ha reconocido derechos a las empleadas del servicio doméstico, ha autorizado pagos en especie que en general están prohibidos, ha permitido jornadas laborales más extensas sin necesidad de realizar pagos adicionales y por mucho las excluyó del pago de primas de servicios. Académicas y activistas, y más recientemente la Corte Constitucional, han documentado los maltratos a los que se somete a las empleadas del servicio doméstico: desde pagos inferiores a los legales, falta de continuidad en el pago, micro agresiones, deducciones salariales prohibidas, falta de continuidad en pagos de seguridad social, hasta agresiones sexuales por varios miembros del hogar y retenciones ilegales.⁴⁰

Un elemento muy importante de esta situación es que las principales empleadoras, o al menos supervisoras, de mujeres que trabajan como domésticas son las mismas mujeres. En su calidad de empleadoras son frecuentemente responsables de los incumplimientos en los pagos y en el respeto de otros derechos como trabajadoras. Adicionalmente, se benefician de la plusvalía de dicho trabajo pues su disponibilidad es en últimas lo que les permite a ellas, como mujeres de clase media y alta, responder por dobles y triples jornadas laborales. Así que no solamente

⁴⁰ Ver por ejemplo María Edith Morales Mosquera y Sandra Milena Muñoz, *Diagnóstico condiciones de trabajo decente de las trabajadoras domésticas afrocolombianas en la ciudad de Medellín* (2017) (manuscrito en poder de las autoras) Ver también Magdalena León (1993). "Trabajo doméstico y servicio doméstico en Colombia", en Chaney, E. y García Castro, M. (comp.) *Muchacha, cachifa, criada empleada, empregandinha, sirvienta y...más nada. Trabajadoras del hogar en América Latina y el Caribe. Venezuela*. Editorial Nueva sociedad, 1993.



Perspectiva de género en la decisión judicial

una cierta rivalidad por el prestigio, el cariño de los hijos y la atención sexual de los esposos está en el corazón del poder de las empleadoras; ellas tienen un interés material concreto en expropiar de sus empleadas el mejor y mayor trabajo posible por el menor precio.

Las discusiones sobre el servicio doméstico se entrecruzan, por otra parte, con los reclamos de las mujeres por el valor del trabajo reproductivo para efectos de la formación de sociedades de hecho y recompensas en la liquidación de la sociedad conyugal. En la medida en que muchas mujeres no pueden o renuncian a delegar una parte o todas sus labores domésticas, aparecen como realizando al menos 10 horas semanales adicionales de trabajo reproductivo.⁴¹ Por otro lado, las mujeres que se dedican al “hogar”, ya sea que tengan ayuda o no, han ido creando el argumento de que dicho trabajo es una contribución a la empresa doméstica y debería ser compensado de alguna manera. Dos alternativas se han explorado en el ordenamiento jurídico colombiano. En la sentencia T-494/92 de la Corte Constitucional ésta manifestó que cuando uno de los miembros de la pareja realiza oficios del hogar, esta actividad puede ser considerada una contribución a la empresa económica del “hogar” y por lo tanto sirve para delinear una sociedad de hecho entre personas que no son esposos ni compañeros permanentes. En el proyecto de ley de “No más esclavitud en el hogar”, el senador Carlos Moreno de Caro sugirió que existiera una causal de divorcio que permitiera a los cónyuges terminar relaciones en las que una sola de las partes cargaba todo el trabajo reproductivo.⁴² El proyecto no se convirtió en ley. Chile y Argentina en sus reformas recientes a la legislación del matrimonio han ido más allá, introduciendo indemnizaciones para compensar el trabajo reproductivo de las mujeres, especialmente el de aquellas mujeres amas de casa.

41 Ver DANE, *Encuesta de Uso del Tiempo 2012-2013* disponible en: https://www.dane.gov.co/files/noticias/eventos/ENUT_DIMPE_EF.pdf

42 Proyecto 02 de 2005, Senado, publicado en la Gaceta del Congreso 465 de Agosto de 2005.



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

Lea la siguiente noticia de un medio de comunicación argentino: "Una mujer que vive en un country en las afueras de la ciudad de Córdoba quedó detenida, con prisión domiciliaria, acusada de maltratar a su empleada doméstica y obligarla a firmar una carta documento de renuncia laboral. La fiscalía local le imputó los delitos de "extorsión" y "privación ilegítima de la libertad" contra una ciudadana peruana que hacía dos años que trabajaba en su hogar, con "cama adentro".

Según denunció la empleada, la obligó a desnudarse y la zamarreó, tras acusarla de haber robado \$300 en la casa.

"Hemos recibido muchos casos de maltrato, especialmente psicológico y a veces, incluso, físico, pero este es el primero que logramos sacar a la luz y llevar a la Justicia", destacó en diálogo con Página/12 Nélida Sosa, secretaria general del Sindicato de Trabajadoras de Casas Particulares de Córdoba (Sinpecaf).

Teresa Beatriz Nourikhan reside en el barrio privado La Reserva. Fue detenida el jueves de la semana pasada, pero al día siguiente volvió a su hogar para cumplir la prisión de manera domiciliaria, luego de que la Justicia le otorgara el beneficio previsto en la ley a personas que tienen a cargo hijos menores de cinco años.

El fiscal de instrucción Carlos Matheu imputó al ex esposo de Nourikhan por privación ilegítima de la libertad calificada, en calidad de partícipe.

La empleada denunció que fue trasladada en el vehículo conducido por el ex esposo a una oficina de correos, donde su empleadora la obligó a enviar un telegrama de renuncia, bajo la amenaza de que si no accedía no le devolvería su pasaporte." (tomado de: <http://www.iprofesional.com/notas/169256-prision-empleo-domestico-maltrato-Ordenan-prision-domiciliaria-a-una-mujer-que-maltrato-a-su-empleada-domestica>)

Explique cómo cree que se resolvería este caso en Colombia en lo penal, laboral y constitucional utilizando la legislación y jurisprudencia colombiana.

LIBERTAD REPRODUCTIVA

La libertad reproductiva incluye los derechos a decidir libremente el número y espaciamiento de los hijos, en particular, la posibilidad de acceder a abortos legales y seguros, a tratamientos para el control de la fertilidad, a la atención médica adecuada durante el embarazo y después



Perspectiva de género en la decisión judicial

del parto, y a tratamientos de fertilidad. La libertad reproductiva de las mujeres tiene un impacto importante en las exclusiones que padecen y en su pobreza, dada la ausencia de servicios de cuidado para niños y niñas y la responsabilidad económica que cargan las mujeres en relación con la crianza de sus hijos e hijas. Esta libertad reproductiva, sin embargo, se ve limitada de varias maneras. Hasta 2006, la legislación colombiana no preveía ninguna situación en la que las mujeres pudieran acceder a abortos dentro del sistema de salud y no incluía anticonceptivos de barrera en el Plan Obligatorio de Salud.⁴³ Aún hoy, no está garantizado a las mujeres el cubrimiento en salud para los tratamientos de fertilidad y no existe regulación específica sobre la filiación de hijos concebidos a través de este tipo de tratamientos.⁴⁴ El acceso al aborto legal y seguro sigue estando sometido a múltiples barreras que hacen que menos de la mitad de los abortos que se realizan ocurran por fuera del sistema de salud, así sean legales.⁴⁵ El maltrato obstétrico es prevalente en el país, siendo un elemento importante en las tasas de mortalidad materna que se reportan.

RECUADRO 9. DERECHOS REPRODUCTIVOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA

Artículo 42. [...]La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.[...]

Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

Sentencia C-355 de 2006. “No se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida,

43 Sentencia C-355 de 2006, Corte Constitucional, Magistrada ponente Clara Inés Vargas

44 Sentencia T-377 de 2018, Corte Constitucional, Magistrado ponente Alberto Rojas Ríos

45 Véase Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Tatiana Alfonso Sierra, *Mujeres, Cortes y Medios. La Reforma Judicial del Aborto en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes y Siglo del Hombre, 2008. Ver también: Mesa por la Salud y la Vida de las Mujeres, *Barreras de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Colombia* (2019) disponible en: http://ngx249.inmotionhosting.com/-despen5/wp-content/uploads/2019/02/12.-Barreras_IVE_vf_WEB.pdf



Perspectiva de género en la decisión judicial

certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.”

Sentencia T-698 de 1998. “La Corte ha tenido la oportunidad de ocuparse de las disposiciones adoptadas por ciertos colegios en virtud de la cuales se somete a las alumnas embarazadas a tratamientos educativos especiales consistentes, por ejemplo, en limitar la asistencia de la estudiante a ciertos días y horas específicas en los cuales se les imparten tutorías o cursos personalizados. En estos eventos, la Corporación ha estimado que, en principio y salvo demostración en contrario, debe considerarse que tales medidas tienen carácter discriminatorio, pues someten a la estudiante embarazada a un trato distinto al de sus restantes compañeros sin una justificación objetiva y razonable a la luz del ordenamiento constitucional. Según la Corte, tales tratos, en lugar de ayudar a la alumna, tienden a estigmatizar una situación personal que sólo interesa a la futura madre, pues la maternidad es una cuestión que, en principio, no afecta derechos de terceros y que pertenece a uno de los ámbitos más íntimos de la vida personal de la mujer. Así mismo, la jurisprudencia ha considerado que, en un asunto como el embarazo, sólo la futura madre tiene capacidad para decidir qué es aquello que más conviene a su estado e intereses y, por ello, su juicio no puede ser sustituido arbitrariamente por el de sus padres o por el del plantel educativo en donde cursa sus estudios.”

No todas las mujeres están de acuerdo con enfatizar la libertad reproductiva de las mujeres. Para algunas, este interés refleja un desprecio por la naturaleza del cuerpo femenino, dedicado a la reproducción e incapaz de encontrar su salvación de otra manera. Para otras, subrayar la libertad frente a la reproducción oculta la conexión entre sexo y reproducción y, particularmente, que la mayoría del tiempo las mujeres no son libres en la sexualidad. Finalmente, mujeres negras e indígenas han planteado que la maternidad tiene un lugar central en sus comunidades no solamente como materialización de la feminidad sino también de la nacionalidad. Para ellas, la maternidad más que la negación de la misma, son centrales en el proyecto de vida de las mujeres.



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

En su despacho interpone una tutela la abuela de una niña de 10 años, cuyos padres están vivos y son capaces, solicitando que se ampare el derecho de la niña a abortar por cuanto el Hospital Sagrado Corazón objetó conciencia para no realizar el procedimiento. Identifique los problemas jurídicos del caso y, citando toda la jurisprudencia relevante de la Corte Constitucional, proponga una solución para el caso.

Ap

Usted es magistrado en el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca. A su despacho llega el caso de una demanda presentada por el cónyuge supérstite de Laura García, quien murió al dar a luz a su hijo en el Hospital San Juan de Dios. El hospital alega que, dada la complicación que tenía Laura, aun si la hubieran atendido bien se habría muerto. Identifique los problemas jurídicos del caso y, utilizando toda la normatividad y jurisprudencia relevante, elabore una sentencia para este caso.

ROLES FAMILIARES

Al mismo tiempo que las constituciones y la legislación del siglo XIX se encargaban de excluir a las mujeres de los espacios que se identificaron como públicos (el trabajo, la educación, las instituciones políticas formales), crearon la familia como espacio de la intimidad y el afecto en el que la mujer podría encontrar satisfacciones iguales o mayores que las que cualquier hombre podría obtener. Así, a lo largo de lo público y lo privado se consolidó una división sexual del trabajo en la que todo lo que quedó a cargo de la mujer, por estar cobijado por la intimidad y el afecto, se redujo a tareas domésticas inspiradas por el amor, mientras que la actividad del hombre era intensamente debatida, medida y calificada. Contrario a lo anunciado, el hogar se convirtió en el lugar de la ausencia de libertad, y las recompensas domésticas en cadenas que impiden a las mujeres salir de situaciones de falta de amor o violencia. Algunas de las instituciones jurídicas que consolidaban este modelo fueron derogadas en el siglo xx: en 1932 se eliminó la potestad marital y en 1974 se igualaron los derechos de la mujer dentro de la familia. En la medida en que las mujeres siguen excluidas de los espacios públicos, sin embargo, las normas que distribuyen el poder dentro de las familias se han vuelto muy importantes para entender las negociaciones que ocurren entre hombres y mujeres en relación con la división sexual del trabajo. En particular, las reglas sobre la división de la propiedad después de la separación o el divorcio, las reglas que establecen cuotas alimentarias a favor de los hijos y las reglas



Perspectiva de género en la decisión judicial

sobre custodia y visitas de los hijos. Estas reglas prometen una relativa continuidad en la situación familiar después de la ruptura, en la medida en la que establecen una comunidad de gananciales, la responsabilidad compartida por los alimentos y el interés superior de los hijos al momento de definir custodia y visitas.

Sin embargo, para las mujeres que no cuentan con un ingreso propio y que valoran altamente estar cerca de sus hijos, estas reglas no son capaces de garantizar siquiera un mínimo que les permita sobrevivir, viéndose obligadas a permanecer en relaciones de maltrato físico, sexual y psicológico prácticamente hasta que sus hijos alcanzan la mayoría de edad.⁴⁶ Para empezar, las reglas sobre la sociedad conyugal son claras en que solamente lo que se ha acumulado es susceptible de división entre los cónyuges.⁴⁷ Esto deja por fuera tanto los salarios futuros, como los ingresos contingentes relacionados con la seguridad social. Concretamente en el caso de las mujeres, esta regla puede implicar que aún si les va bien y se “quedan con el apartamento”, no tendrán con qué pagar siquiera la administración y los servicios. Pueden vender los bienes raíces y mudarse, pero esto implica que la administración que hagan de los bienes adquiridos les va a permitir un ingreso estable y creciente (dada la inflación en el país) para el resto de sus vidas. La mayoría de las mujeres sabe, o descubre, que esto no es una posibilidad. Las reglas sobre alimentos son claras en distinguir el vínculo conyugal del vínculo paterno filial y en establecer que los alimentos de los hijos son congruos y protegidos constitucionalmente. La informalidad de la economía colombiana, no obstante, hace muy difícil perseguir los bienes de los padres proveedores para obtener el pago de cuotas alimentarias. Los procesos de alimentos se han convertido, así, en los más importantes de la jurisdicción civil y penal. Este volumen refleja la incapacidad o indeseabilidad del pago de alimentos.⁴⁸ Por último, las reglas sobre custodia y visitas generan tantas incertidumbres en las parejas, que prefieren no acudir al mecanismo judicial y micronegociar cada una de las decisiones relevantes.⁴⁹ Esto, no obstante, refuerza la incertidumbre que las mujeres pueden sentir en relación con la posibilidad de salir de relaciones que no son satisfactorias o que son violentas.

⁴⁶ Ver Isabel C. Jaramillo Sierra, Elvia Vargas Trujillo y Karen Ripoll Trujillo, *Decisiones de Custodia y Visitas. La perspectiva jurídica y familiar*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2013.

⁴⁷ Artículo 1784 del Código Civil.

⁴⁸ Ver Isabel C. Jaramillo Sierra y Sergio Anzola, coords., *La Batalla por los Alimentos*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2018.

⁴⁹ Isabel C. Jaramillo Sierra, Elvia Vargas Trujillo y Karen Ripoll Trujillo, op.cit.



Perspectiva de género en la decisión judicial

Para algunas mujeres, esta situación debe ser superada eliminando la división sexual del trabajo y con ella la estricta asignación de roles en la familia. Esto implicaría, por ejemplo, eliminar la sociedad conyugal; obligar al pago de impuestos y seguridad social sobre todo trabajo de cuidado, sin importar quién se haga cargo –esposa, hermana, hija; hacer que la custodia compartida sea obligatoria; obligar al estado a asumir la carga de recaudar las obligaciones alimentarias; entre otras. Muchas mujeres, no obstante, consideran que la vida doméstica es una opción que debe ser respetada y que asignar a los hombres las mismas responsabilidades que a las mujeres en relación con los hijos niega la inversión cultural que históricamente han hecho las mujeres en el cuidado y la educación de los niños. En este último grupo destacan las que rechazan estas reformas porque no se corresponderían con “los hombres que tenemos”, es decir, hombres que no han aprendido a cuidar de los niños, que no han negociado la salida de sus mujeres del mercado laboral teniendo en cuenta los pagos de impuestos que tendrían que hacer, etc. En esta situación, señalan, las mujeres van a estar peor de lo que están ahora porque van a perder las protecciones que les permiten sobrevivir dentro del sistema existente.⁵⁰

Ap

Marcela ha obtenido varias sentencias ordenando a su esposo el pago de la cuota alimentaria establecida judicialmente en el momento de su divorcio. No obstante, Marcela no ha logrado cobrar las sumas establecidas en ninguna de ellas. Desde su punto de vista y experiencia, ¿cuáles podrían ser las razones que podrían llevar a este repetido “fracaso” en el cobro? ¿Qué vía judicial le recomendaría a Marcela?

LIBERTAD SEXUAL

La posibilidad de decidir con quién, cómo y cuándo involucrarse sexualmente con alguien, está protegida constitucionalmente en el artículo 16 de la Constitución Política (sobre libre desarrollo de la personalidad), según reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional.⁵¹ La libertad sexual está concretamente protegida en las normas civiles que permiten el divorcio por incumplimiento del débito conyugal, relaciones sexuales extramaritales y conductas tendientes a pervertir o corromper al cónyuge o a sus hijos (artículo 144 Código Civil); normas penales que castigan la violencia sexual en sus formas de acceso carnal violento, acceso carnal abusivo, acoso sexual y actos sexuales diversos; y normas constitucionales desarrolladas por vía de jurisprudencia que prevén la posibilidad de elegir la pareja sexual, la identidad de género y la identidad sexual.

⁵⁰ Sobre las distintas aproximaciones feministas en general, ver Isabel C. Jaramillo Sierra, “La Crítica Feminista al Derecho” en *Género y Derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2000. La discusión que hace Nancy Fraser sobre distintos modelos para hacerse cargo del problema del cuidado es todavía vigente. Ver: Nancy Fraser, *Iustitia Interrupta*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1998.

⁵¹ Ver Elvia Vargas Trujillo, Isabel C. Jaramillo Sierra y Elena María Trujillo, *Médicos y Derechos*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010.



Perspectiva de género en la decisión judicial

El tema que divide más profundamente a las mujeres es el del trabajo sexual o prostitución. Mientras algunas consideran que el intercambio de sexo por dinero es una forma más de subordinación del cuerpo que es posible y deseable en las sociedades capitalistas, otras sostienen que la única razón por la que las mujeres se someten a la vejación implícita en este intercambio es que no tienen otras alternativas. Para las primeras, lo clave es garantizar a las mujeres los mejores ingresos posibles y seguridad en su trabajo; para las segundas, la única alternativa aceptable es acabar del todo con el mercado del sexo criminalizando todas las conductas asociadas al mismo. En este campo del abolicionismo, del trabajo sexual, se reúnen mujeres conservadoras que ven el sexo como fuente de peligro y en necesidad constante de supervisión, y mujeres radicales que entienden que la objetualización de la mujer que hace posible el intercambio que se da entre una prostituta y su cliente permea todo el mundo social de manera que hace imposible para todas las demás mujeres tener intercambios distintos a éste.⁵² Tanto las conservadoras como las radicales han trabajado con las mujeres “reales” de la prostitución, mostrando las múltiples violencias que sufren y las vidas degradadas que terminan viviendo. Las mujeres a favor de la liberalización completa del trabajo sexual, por su parte, tienden a ser muchas veces las mismas trabajadoras sexuales que no ven cómo la criminalización podría ayudarlas pues sus mayores enemigos son los policías.⁵³

En el caso colombiano, la legislación penal prevé sanciones para quienes se lucran del trabajo sexual de otros (proxenetismo) y para quienes obligan a otros a ejercer el trabajo sexual (trata de personas); la legislación de policía autoriza a los agentes a obligar a los trabajadores sexuales a limitar su actividad a las zonas autorizadas en el plan de ordenamiento territorial; y constitucionalmente se ha construido la presunción de la debilidad de los trabajadores sexuales en relación con la protección de sus hijos e hijas. Por otra parte, se ha sostenido que los establecimientos que permiten a los trabajadores sexuales conseguir allí sus clientes y les cobran una comisión sobre este uso, están obligados a realizar cotizaciones regulares a la seguridad social en beneficio de dichos trabajadores sexuales.

52 El trabajo de Catharine MacKinnon ha sido especialmente enfático en la importancia y necesidad de terminar con la prostitución para liberar a todas las mujeres y no solamente o especialmente a las prostitutas. Su trabajo sobre la prostitución está íntimamente ligado con lo que ha hecho y dicho sobre la pornografía. Ver Catharine A. MacKinnon, “Prostitution and Civil Rights” en Michigan Gender and the Law Journal, vol. 1, p. 13, 1993. Ver también su trabajo “No es cuestión moral” en Derecho y Pornografía, Bogotá, Universidad de los Andes y Siglo del Hombre, 1997.

53 Ver por ejemplo PARCES, Ley entre Comillas disponible en: https://issuu.com/adrianamariaolloreda/docs/ley_entre_comillas_informe_ddhh_tra



Perspectiva de género en la decisión judicial

RECUADRO 9. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA SOBRE TRABAJO SEXUAL

Sentencia T-629 de 2010. “Habrá contrato de trabajo y así debe ser entendido, cuando el o la trabajadora sexual ha actuado bajo plena capacidad y voluntad, cuando no hay inducción ninguna a la prostitución, cuando las prestaciones sexuales y demás del servicio, se desarrolle bajo condiciones de dignidad y libertad para el trabajador y por supuesto cuando exista subordinación limitada por las características de la prestación, continuidad y pago de una remuneración previamente definida. Una conclusión del juez constitucional que no pretende ni auspiciar la actividad, ni desconocer su carácter no ejemplificante, mas sí proteger a quienes se ganan la vida y cumplen con su derecho deber al trabajo a través de la prostitución ejercida no de modo independiente sino al servicio de un establecimiento de comercio dedicado a ello. Más aún cuando desde el punto de vista del **juicio de igualdad** y la jurisprudencia constitucional que lo ha estructurado, no existe en la Constitución ninguna disposición que autorice una discriminación negativa para las personas que ejercen la prostitución. Todo lo contrario según el artículo 13 C.P. y las demás cláusulas de diferenciación subjetiva que la Carta y la jurisprudencia constitucional han reconocido (art. 53, 13, 43, 44 CP). Esto en la medida en que la pretendida finalidad legítima con que se quisiera negar la licitud y exigibilidad de un contrato laboral entre persona prostituida y el propietario de prostíbulo o local donde se ejerce, está soportada en criterios que por sí mismos no hacen posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de derechos, obligaciones, responsabilidades; o sea porque al desconocerlo sólo se favorecen los intereses del empresario de la prostitución, con consecuencias excesivamente gravosas para quien presta efectivamente el servicio. Pero también aparece contrario a la igualdad constitucional el desconocimiento del Derecho laboral para los y las trabajadoras sexuales, porque con esta medida se restringen derechos fundamentales (al trato digno, al libre desarrollo de la personalidad y ante todo a ganarse la vida, al trabajo, a recibir una remuneración justa y equitativa) y se afecta de manera desfavorable a una minoría o grupo social tradicionalmente discriminado que se encuentra por tanto en condiciones de debilidad manifiesta. De allí el imperativo constitucional de reconocer sus mínimas garantías, de permitirles ser vinculadas no sólo a un sistema policivo de protección en salubridad y cuidado propio, sino también al sistema universal de seguridad social, a poder percibir prestaciones sociales así como el ahorro para la jubilación y las cesantías. De allí la importancia de empezar a visibilizar sus derechos desde el Derecho, no sólo en su perspectiva liberal e individual, sino también en la económica y social, en la que les concreta posiciones jurídicas de derecho a una remuneración justa por su trabajo y de derecho al progreso.”



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

Varios congresistas colombianos han presentado proyectos de ley sobre el trabajo sexual en los últimos cinco años. Lea la siguiente noticia sobre uno de ellos:

“Tenemos el deber de imaginar un mundo sin prostitución, lo mismo que hemos aprendido a imaginar un mundo sin esclavitud, sin apartheid, sin violencia de género, sin infanticidio ni mutilación de órganos genitales femeninos”. Así condensó Clara Rojas, representante a la Cámara por el Partido Liberal, la utopía detrás de su más reciente proyecto de ley. El objetivo: sancionar económicamente a los ciudadanos que paguen por sexo en Colombia, a quienes el proyecto considera los “actores responsables de esta forma de violencia”. El totazo empezaría en cuatro salarios mínimos por contratar a una prostituta durante los primeros dos años de vigencia de la ley y escalaría hasta 32 (algo así como 23 millones de pesos) después de nueve años. La plata recaudada iría a un Fondo Nacional de Atención y Apoyo a Personas en Situación de Prostitución que se crearía tras la aprobación de la ley. Todo, dice la representante Rojas, para reducir los índices de feminicidios, explotación sexual, violencia de género y para “generar mecanismos de protección y medidas alternativas a las personas que se encuentran en situación de prostitución”.
Copyright: <http://pacifista.co/mi-familia-depende-de-mi-vaginas-las-prostitutas-le-responden-a-clara-rojas/>.

¿Considera que este proyecto de ley sería constitucional a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia? Consulte en particular la sentencia T629 de 2010.

LIDIANDO CON LAS DIFERENCIAS

La postura de la Corte Constitucional en los casos en los que se hacen evidentes diferencias entre mujeres, ha sido proteger a las mujeres más débiles en su libertad, integridad física e ingresos. Así, ha defendido a las trabajadoras domésticas en sus derechos laborales e integridad física; la libertad reproductiva de las menores de edad tanto protegiendo a embarazadas adolescentes como autorizando que las menores tomen por sí mismas decisiones sobre interrupción de embarazo; y la libertad sexual y supervivencia de las mujeres que se dedican al trabajo sexual. Esta misma tendencia ha llevado a adoptar posiciones que protegen a la mujer como madre más que como trabajadora, y que tienden a conservar roles familiares más que a transformarlos. Dos conjuntos de fallos pueden ser especialmente relevadores en esta materia. El primero, incluye las sentencias adoptadas por la Corte en casos de jóvenes que se hicieron



Perspectiva de género en la decisión judicial

padres mientras prestaban su servicio militar obligatorio.⁵⁴ En estos casos, la Corte Constitucional ordenó al ejército desacuartelar a los jóvenes para que pudieran cumplir sus funciones como proveedores. Alternativamente, y tal vez con costos económicos menores, habría podido ordenar que se pagara a las mujeres un subsidio y se les ayudara a conseguir un empleo para mantener a sus hijos mientras los padres completaban su asignación. El segundo conjunto de casos incluye los casos de personas solicitando se autorice u ordene la visita de sus hijos. En estos casos, mientras se ha considerado un derecho fundamental de las mujeres mantener un contacto cercano con sus hijos, incluso en contra de la voluntad de ellos e incluso si han sido condenadas a pena privativa de la libertad; a los hombres se les ha dicho que pueden esperar a que se supere el obstáculo antes de reanudar sus relaciones con sus hijos.⁵⁵

⁵⁴ La más reciente en este sentido es la T-039 de 2014, lo que podría indicar que el Ejército colombiano cambió su práctica o los jóvenes aprendieron a reclamar esto antes de tener que acudir a la tutela. En todo caso es importante el razonamiento en cuanto a la forma en la que se puede resolver la vulnerabilidad y, en particular, sobre cómo los jueces pueden hacer operativa la Constitución.

⁵⁵ Sobre el derecho de las madres véase T-523 de 1992.



Unidad 2: La pregunta por el género

Og

Al finalizar el módulo el disidente estará en capacidad de reconocer en sí mismo y en otros las creencias de género que influyen en la decisión judicial

Oe

Definir el concepto de creencias de género

Identificar creencias de género en relación con la violencia sexual, la violencia de pareja y la participación política de las mujeres

Identificar la normativa vigente (leyes y jurisprudencia) en relación con violencia sexual, violencia de pareja y participación política de las mujeres

Reconocer elementos históricos, culturales y psicológicos relacionados con la permanencia de las creencias de género

Comprender la necesidad de reevaluar las creencias de género para aplicar debidamente la legislación vigente a nivel internacional, constitucional y nacional



Perspectiva de género en la decisión judicial

En la introducción se explicó que la categoría género se utiliza para asignar el conjunto de atribuciones sociales que se les hacen a las personas de acuerdo con su sexo. En esta Unidad se propone como segundo paso de la decisión judicial con perspectiva de género, identificar las creencias de género que subyacen a lo que se ha llamado aquí “las reglas de la experiencia” para poder proceder a interrogarlas críticamente. Como herramienta para este segundo paso del análisis, se propone un conjunto de creencias de género que se han identificado como relevantes colectivamente porque aparecen en libros de texto, en sentencias judiciales o en prensa, tanto a nivel nacional como a nivel internacional. Frente a algunas de estas creencias se sugieren documentos o fuentes que podrían consultarse para determinar si es una creencia que puede seguir siendo útil o si definitivamente debe descartarse. En otros casos se mostrará que la creencia es contradictoria con otra que se sostiene simultáneamente y por tanto merece descartarse la creencia a la que se le asigna un lugar secundario. Se agruparán las creencias de género en torno a tres temas para acotar el ejercicio: violencia sexual, violencia interpersonal y participación política.

QUÉ SE ENTIENDE POR CREENCIAS DE GÉNERO

Las creencias de género son creencias construidas socialmente, a lo largo de la historia, respecto a los hombres y las mujeres. Son creencias, en la medida en que no corresponden a la realidad diversa y compleja de los hombres y las mujeres de “carne y hueso”. Implican generalizaciones sobre un amplio grupo de personas a partir de unos pocos elementos.⁵⁶ Las creencias de género implican normas y expectativas sobre lo que deberían ser y hacer los hombres y las mujeres. Estas creencias se constituyen como uno de los pilares de la inequidad entre hombres y mujeres. Por una parte, las creencias mantienen el sistema de desigualdades a nivel económico, político y social en la medida en que se internalizan en hombres y mujeres responsables de las decisiones a estos niveles. Por ejemplo, en senadores que deciden sobre normativas; gerentes que deciden sobre salarios y posiciones; sacerdotes que predicen sobre las relaciones interpersonales; padres y madres que promueven ciertos comportamientos en niños y los desestimulan en las niñas. Por otra parte, las creencias de género se perpetúan en la medida en que dichas desigualdades efectivas persisten y contribuyen a reafirmar las creencias. Por ejemplo, en la medida en que hay menos mujeres senadoras que hombres senadoras, se refuerzan creencias como “las mujeres no son buenas en los cargos públicos” (el razonamiento detrás: de lo contrario habría más), “las mujeres son muy emotivas para

⁵⁶ Cecilia Ridgeway y Shelley Correll, “Unpacking the Gender System: A Theoretical Perspective on Gender Beliefs and Social Relations” en *Gender and Society*, vol. 18, pp. 510-531, 2004.



Perspectiva de género en la decisión judicial

ejercer cargos públicos" (el razonamiento detrás: por eso no les va bien en los cargos públicos), "a las mujeres no les gusta ejercer cargos públicos" (el razonamiento detrás: si no están en los cargos públicos debe ser que no les gusta ese trabajo).

Los psicólogos sociales se refieren a dichas creencias de género como estereotipos de género.⁵⁷ Un estereotipo es una sobre-generalización sobre una persona con base en unos pocos atributos (por ejemplo, sexo, raza, etc.), que generalmente busca favorecer a un grupo dominante sobre otro menos dominante. El énfasis en las diferencias entre unos y otros, implica determinar un grupo interno de pertenencia y uno externo de no pertenencia. Esta diferenciación cumple la función de justificar el poder de unos (grupo interno) sobre otros (grupo externo). Los estereotipos de género, son entonces sobre-generalizaciones sobre las características de una persona dependiendo de su sexo (ser hombre o ser mujer). En el mundo social, dichas generalizaciones contribuyen al imaginario de que los hombres y las mujeres son diferentes ("el sexo opuesto", "los hombres son de marte y las mujeres son de venus"). Además, los estereotipos de género justifican las desigualdades entre unos y otras, en la medida en que los rasgos atribuidos a los hombres son más valorados que los rasgos atribuidos a las mujeres. Por ejemplo, la racionalidad, la autonomía y el pragmatismo identificados como características masculinas son más valoradas que la sociabilidad, la interdependencia y la emotividad atribuidas a las mujeres.

Ap

1. Identifique tres (3) creencias de género que usted haya escuchado de sus compañeros(as) en el despacho judicial. Pueden ser creencias de género en relación con los casos o sin relación directa con estos.
2. Argumente por qué cree que estas tres (3) son creencias de género. Utilice las siguientes estrategias en su argumentación:
 - Identificar evidencia de casos de hombres y mujeres que contradigan las creencias
 - Identificar las contradicciones y errores lógicos de las creencias en sí mismas
 - Identificar otras ideas que expliquen mejor el fenómeno que la creencia identificada
 - Identificar la manera en que la creencia refuerza una desigualdad entre hombres y mujeres
 - Identificar cómo percibiría una persona del otro sexo (una mujer si usted es un hombre; un hombre si usted es una mujer) dicha creencia

⁵⁷ Alice H. Eagly, Wendy Wood, y Amanda Diekman, "Social role theory of sex differences and similarities: A current appraisal" en T. Eckes & H. M. Trautner (Eds.), *The developmental social psychology of gender*, pp. 123-174, 2000.



Perspectiva de género en la decisión judicial

Creencias de género relacionadas con la violencia sexual

La investigación y juzgamiento de la violencia sexual es uno de los campos en los que más creencias de género se han identificado como obstáculos para avanzar en la protección de los derechos de las mujeres. Algunos de esos obstáculos estuvieron consagrados legalmente y ahora ya no lo están; la mayoría se divultan y generalizan a través de libros de texto y sentencias, como ya se explicó más arriba.⁵⁸

“LAS MUJERES HONESTAS PREFIEREN NO DENUNCIAR LA VIOLENCIA SEXUAL. LAS MUJERES QUE DENUNCIAN LA VIOLENCIA SEXUAL MIENTEN.”

El sistema jurídico por mucho tiempo sancionó duramente a las mujeres por su comportamiento sexual: cualquier contacto sexual con alguien distinto a su marido podía hacer que la mujer perdiera su dote, su participación en los gananciales y el cuidado personal de sus hijos; el homicidio cometido sobre mujer adúltera para defender el honor era atenuado; y la mujer que había perdido su virginidad perdía valor en el mercado afectivo –valor que se representaba en el pago de arras en el momento del matrimonio, que de por si era bastante rígido. Todas estas consecuencias no podían producirse, sin embargo, si en lugar de un encuentro consentido lo que se daba era una agresión violenta. En esta estructura legal, entonces, lo que se esperaba de las mujeres era que guardaran silencio sobre la violencia sexual pues hablar de ella era exponerse a quedar como adúlteras o fornicadoras. De otro lado, los motivos de quienes si denunciaban la violencia se volvían siempre sospechosos porque la recompensa, si lograban demostrar que no medió su consentimiento, era grande: ni perdía sus gananciales, ni perdía sus hijos, ni podía ser asesinada por sus padres.

Estas normas que imponían a la mujer un estándar de conducta mucho más estricto que a los hombres en términos sexuales fueron derogadas paulatinamente: la que sancionaba la pérdida de la virginidad con la eliminación de la regulación de las dotes y arras por el Código Civil 1887; la que le hacía perder su dote y gananciales en la reforma de la ley 28 de 1932; la que le hacía perder la custodia de sus hijos con el decreto 2820 de 1974 y la ley 1 de 1976; y la que atenuaba el homicidio de la mujer adúltera en la reforma penal 1980. Todas estas normas se cambiaron precisamente para aumentar la libertad sexual de las mujeres y darles la oportunidad de denunciar el abuso y la violencia sexual de la que son víctimas. Las

⁵⁸ *El Protocolo de Investigación de Violencia Sexual elaborado por la Fiscalía General de la Nación en 2015, es una herramienta muy importante para trabajar este tema desde el punto de vista técnico en derecho colombiano. Se considera una referencia obligada en la materia.*



Perspectiva de género en la decisión judicial

historias de muchas mujeres sobre sus silencios tuvieron que acumularse para mostrar que la situación solamente favorecía una agresión sexual descontrolada por parte de los hombres y reducía a las mujeres en su capacidad para participar socialmente. La intención de estas reformas, pues, era que las mujeres tuvieran razones para denunciar y la violencia se redujera por vía de las sanciones a los agresores.

Pero la creencia en que las mujeres honestas no denunciarían un abuso sexual persiste a pesar de las reformas. Paradójicamente, hoy en día la creencia parecería tener más que ver con el enorme poder que se les atribuye a las mujeres en materia sexual tanto porque son las que “disponen”, como porque pueden calificar el hecho después de ocurrido. Aunque a las mujeres se les asigna un rol pasivo en la relación sexual, al mismo tiempo se les considera capaces de afirmar o destruir a un hombre por su poder para escoger entre varios y su facultad de valorar o criticar al hombre que han escogido. El rol activo que socialmente se atribuye a los hombres en el sexo tiene que ver con estas responsabilidades y sus consecuencias. De un lado, se asigna a los hombres toda la carga de “saber” cuándo, cómo y con quién tener sexo. Culturalmente se le premia si es bueno “adivinando”. De otro lado, se les enseña a hombres y mujeres que el pudor debe impedirles a ellas ser explícitas sobre qué quieren, cuándo y cómo. La manera en la que los hombres se protegen de semejante carga tan enorme y absurda es creyendo que nunca se equivocan. Lo cierto, sin embargo, es que se equivocan mucho y abusan de la incertidumbre. La solución cultural que se ha promovido desde los sesenta no parece tan difícil en este escenario: 1) tanto el hombre como la mujer pueden tener roles pasivos y activos en el sexo; 2) en la medida de lo razonable, debe obtenerse el consentimiento sexual explícitamente, no hay que asumir nunca el deseo de nadie ni imputarle segundas intenciones.

En el campo del derecho, este giro tiene dos consecuencias importantes. La primera, es que se obliga a presumir la buena fe de quien interpone una denuncia por violencia sexual. La presunción de buena fe es un derecho garantizado por la Constitución Política de Colombia en su artículo 83. Si bien en los casos en los que se busca establecer la responsabilidad de alguien para efectos de imponer una sanción, esta presunción debe balancearse con la presunción de inocencia que consagra el artículo 29, en el caso concreto de la violencia sexual presumir la buena fe de quien interpone la denuncia ha significado eliminar la regla de confirmación de su dicho por un medio de prueba independiente. Esta regla impedía que la credibilidad del dicho de la víctima fuera confirmada, sobretodo y



Perspectiva de género en la decisión judicial

principalmente con indicios relacionados con el contexto: el lugar de los hechos, la hora de su ocurrencia, los eventos anteriores y posteriores, entre otros.

La segunda consecuencia del giro cultural en el derecho colombiano es que se obliga al acusado a demostrar que intentó obtener el consentimiento de la víctima –pues no puede obligarse a la víctima a probar la negación indefinida de que no dio su consentimiento- en lugar de someter a la víctima a la prueba de que resistió de todas las maneras imaginables los abordajes sexuales del agresor. Esto no quiere decir, claro, que las mujeres no pueden mentir sobre la violencia sexual. Lo que si quiere decir es que el estándar probatorio que se les aplica es el mismo que se aplicaría a un hombre en similares circunstancias, esto es, uno en el que no se parte del supuesto de que quien presenta la denuncia está mintiendo.

Ap

Compare y contraste las dos narraciones que siguen. Indique cuáles son las diferencias jurídicamente relevantes en los casos y cómo ellas deberían impactar la solución del caso, desde su punto de vista.

Narración 1.

A las 3 de la madrugada del 18 de febrero de 2007, después de una noche de rumba con sus amigos, Dennis Lorena Cortés y Amalia Martínez salieron de un bar ubicado en el barrio Restrepo, en el sur de Bogotá, con destino a la casa de Dennis. En su trayecto, cinco desconocidos las rodearon y uno de ellos le tocó las nalgas dos veces a Dennis, quien le reclamó la agresión. Los delincuentes subieron el tono de las amenazas y las obligaron a cambiar de rumbo hasta hacerlas llegar al parque del barrio Olaya, donde las intimidaron, las empujaron contra una pared y les robaron sus teléfonos celulares y bolsos de mano. Cuatro de esos hombres huyeron, pero uno se quedó y, bajo la amenaza de que las “chuzaría”, forzó a Dennis a bajarle el pantalón y practicarle sexo oral, al tiempo que tocaba los senos de Amalia. Entonces le dijo a Dennis que debía desnudarse, pero al final no pudo violarla.

Entretanto, Amalia, quien presenció todo mientras fue obligada a sentarse sobre un charco del parque, alcanzó a dar aviso a un sujeto que transitaba por el lugar y éste prometió que buscaría ayuda. Poco después, aparecieron varios taxistas que las protegieron, al tiempo que retuvieron, hasta que llegó la policía, al sujeto identificado como Diego Alberto Parra Garzón.

(Tomado de *El Espectador*, “Controversia por un caso de violencia sexual”, noviembre 27, 2017)



Ap

Narración 2.

Tuvieron ocurrencia el 11 de enero de 2008 a las 8:00 p.m. en la casa cural del municipio de Filadelfia (Caldas), cuando el menor B.E.S.M. quien es acólito de la parroquia de ese municipio, es llamado por el padre PEDRO ABELARDO OSPINA HERNÁNDEZ para que se suba a su habitación por una película. El menor tenía temor de subir, pues otra ocasión que el padre lo había llevado allí, éste había cerrado las puertas y ventanas y lo abrazaba y le mordía la oreja, por lo que en esa oportunidad el menor salió corriendo, no sin antes amenazarlo, manifestándole que si decía algo, ni su mamá, ni sus amigos, ni su papá le volverían a hablar. Ya para el día que sucedieron los hechos, le dijo que subiera por una película a lo que el menor le solicitó que se la bajara y él le dijo que subiera rápido y volvía a salir, entonces el menor entró e iba a salir cuando el padre cerró la puerta con seguro y no lo dejó salir, lo amenazó pues como él le había dado la plata para la mitad de un celular, le dijo que se lo iba a quitar o que le devolviera la plata, lo cogió a la fuerza y lo desnudó, lo acostó en la cama y lo cogió a la fuerza, trató de pegarle y el menor gritaba, pero como quiera que no había nadie en la casa cural, nadie lo escuchó y en ese momento fue la violación. El menor en su relato manifiesta que el padre lo cogió a la fuerza, le quitó la ropa y lo tiró en la cama, el menor trata de salir corriendo, pero el padre nuevamente lo coge del brazo y le dice que no se vaya, que se acuerde de lo que le dijo, y se quita la ropa quedando desnudo, lo sube a la cama boca abajo, lo tenía cogido de las manos y los pies por lo que el menor no podía pegarle, gritaba pero no le escuchaban pues no había nadie, se le monta encima y le mete el pene por detrás.

(Tomado de Auto Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 3 de Julio de 2013, magistrado ponente José Leonidas Bustos)

"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."

En línea con la idea de que la disponibilidad sexual de la mujer debe adivinarse en lugar de verificarse, se consolidaron un conjunto de ideas sobre comportamientos y decisiones de las mujeres que podrían tomarse como "indicadores" de su disponibilidad sexual. Jurídicamente esto se tradujo en el uso de pruebas sobre estos indicadores para probar la inocencia del agresor. Así, en lugar de exigir que el agresor demostrara que había obtenido el consentimiento de la víctima, se juzgaba si la víctima estaba ausente de culpa en las señales culturales que había enviado al agresor.



Perspectiva de género en la decisión judicial

RECUADRO 1. PRUEBA RELATIVA AL COMPORTAMIENTO SEXUAL DE LA VÍCTIMA

Sentencia T-453 de 2005, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa

En el caso bajo estudio, es preciso determinar si la introducción de una prueba relativa al comportamiento sexual o social previo de una víctima de un delito sexual, resulta razonable y proporcional como mecanismo para garantizar la defensa del procesado. La evaluación de la limitación del derecho a la intimidad en este contexto, ha de realizarse en cuatro pasos. En primer lugar, se analizará el fin buscado para ver si es imperioso para la defensa; en segundo lugar, se examinará si el medio para llegar a dicho fin es legítimo; y en tercer lugar, se estudiará la relación entre el medio y el fin, aplicando un juicio de necesidad. Luego, de ser razonable a la luz de estos pasos, se aplicará el juicio de proporcionalidad en sentido estricto para determinar si el grado de afectación del derecho a la intimidad es desproporcionado. La intensidad del juicio de razonabilidad depende de la relevancia constitucional de los valores en juego. En el caso bajo estudio, dado que se trata la colisión entre el derecho de defensa del procesado y el derecho a la intimidad de la víctima, para permitir un examen del comportamiento social y sexual de la víctima con anterioridad a los hechos que se investigan o juzgan, el fin que justifica una intromisión de esa dimensión en la vida íntima de la víctima debe ser imperioso, pues sólo la búsqueda de un fin de tal magnitud y trascendencia haría razonable limitar el derecho constitucional a la intimidad de las víctimas de delitos sexuales. En principio, dicho examen sólo cabría si (i) tal indagación está dirigida a demostrar que el autor del ilícito es otra persona y no el procesado; (ii) o si como consecuencia de impedir esa indagación, se vulnera gravemente el derecho de defensa del procesado, por ejemplo, porque un examen de la vida íntima común y anterior de la víctima y del acusado permitiría demostrar que hubo consentimiento. Por lo tanto, si la intromisión en la vida íntima de la víctima sólo está orientada a deducir un supuesto consentimiento a partir de inferencias basadas en relaciones privadas anteriores o posteriores y distintas de la investigada, tal intromisión no responde a un fin imperioso, y por lo tanto, debe ser rechazada. Lo que si es constitucionalmente admisible es que se investiguen las circunstancias en que se realizó el acto sexual objeto de la denuncia. De tal manera que a la luz del derecho constitucional experiencias íntimas separadas del acto investigado están prima facie protegidas frente a intervenciones irrazonables o desproporcionadas. En cuanto al medio escogido, se debe examinar que se trata de un medio no prohibido por el ordenamiento jurídico. Por eso, si la prueba sobre el comportamiento de anterior de la



Perspectiva de género en la decisión judicial

victima, se refiere, por ejemplo, a comunicaciones privadas, la posibilidad de hacerlo, está sujeta al cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales que garantizan la inviolabilidad de la correspondencia y de las comunicaciones privadas. El tercer paso del juicio de razonabilidad consiste en establecer si el medio es necesario para alcanzar el fin propuesto. En efecto, no basta con que el fin buscado sea imperioso y que el medio no esté prohibido. Para justificar constitucionalmente la limitación de derechos fundamentales como los que se encuentran en juego, se requiere que el medio sea necesario para alcanzar el fin.

La idea de usar ciertos comportamientos de la víctima como señal de su disponibilidad sexual, sin embargo, ha sido rebatida por el impacto que ella tiene sobre el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres y sobre su intimidad. En efecto, admitir que cierto vestuario o consumir sustancias que alteran la conciencia es una autorización para la conducta sexual, es materialmente restringir las posibilidades que tienen las mujeres de decidir cómo se visten y si quieren o no consumir alcohol o drogas. Dicha restricción no se impone a los hombres. De hecho, nuestra cultura también critica fuertemente a aquellas culturas que exigen a sus mujeres cubrirse o abstenerse de consumir alcohol o drogas, como la musulmana. Lo contradictorio en nuestro caso es que digamos que está bien que las mujeres elijan su vestuario y comportamiento, pero después castiguemos estas conductas imponiendo a las mujeres que usan ciertas ropas o consumen sustancias estar disponibles sexualmente para todos los hombres todo el tiempo.

Ap

Retome sus reflexiones sobre los casos de Dennis Lorena Cortés y el menor abusado por el padre Pedro Abelardo Ospina Hernández. De acuerdo con la discusión respecto a los indicadores de la “disponibilidad sexual”, ¿qué otras consideraciones deberían tenerse en cuenta para decidir sobre estos dos casos?
¿Qué similitudes y diferencias encuentra entre su primera aproximación al caso y esta segunda reflexión?
¿Cómo se explica las similitudes y diferencias encontradas?



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

Explique en qué sentido puede decirse que lo que se describe es un acceso carnal violento y qué otros elementos le parecería importante conocer para poder tomar una mejor decisión. Lea cuidadosamente el siguiente relato:

"Al día siguiente, a las cuatro en punto de la tarde, se presenta en su piso. Ella le abre la puerta; viste una camiseta arrugada, culottes de ciclista y unas zapatillas con forma de ardillas de dibujos animados que a él le resultan ridículas, carentes del elemental buen gusto. No le ha dado aviso previo; está demasiado sorprendida para resistirse al intruso que se abalanza sobre ella. La toma en sus brazos; los miembros de ella quedan inertes, como los de una marioneta. Pronuncia palabras pesadas como garrotes, se las susurra en la delicada concha de su oreja.

-¡No, ahora no! -dice ella debatiéndose-. ¡Mi prima está a punto de volver! Pero no hay nada que pueda pararlo. Se la lleva al dormitorio, le arranca las absurdas zapatillas, le besa los pies, se queda asombrado ante el sentimiento que ella evoca en su seno. Tiene alguna relación con su aparición en escena: la peluca, su forma de menear el trasero, la tosquerad y la crudeza al hablar. ¡Extraño es el amor! Pero proviene del estremecimiento de Afrodita, diosa de las olas espumeantes; de eso no cabe duda.

Ella no se le resiste. Lo único que hace es rehuirlo: aparta los labios, aparta los ojos. Deja que la tienda sobre la cama y la desnude: incluso le ayuda, pues levanta los brazos, arquea las caderas. Le sobrevienen pequeños escalofríos; en cuanto está desnuda, se cuela bajo el edredón como un topo que se abriese camino horadando la tierra, y le da la espalda.

No es una violación, no del todo, pero es algo, no obstante, carente de deseo, no deseado de principio a fin. Es como si hubiera decidido distenderse, morirse mientras dure, como un conejo cuando las fauces del zorro se cierran en torno a su cuello. Como si todo lo que se le haga, por así decirlo, se le hiciese lejos de sí.

-Pauline volverá en cualquier momento -dice cuando ha terminado-. Por favor, debes marcharte.

Él la obedece, pero cuando llega a su coche le invade tal abatimiento, un desánimo tan lúgubre, que permanece sentado, con los brazos cruzados sobre el volante y la cabeza apoyada en ellos, incapaz de moverse.

Un error, un error tremendo. En ese instante, y no tiene ninguna duda, ella, Melanie, está tratando de limpiarse de lo ocurrido, limpiarse de él. La ve abriendo el grifo de la bañera, la ve meterse en el agua con los ojos cerrados como los de una sonámbula. A él también le gustaría darse un baño."

(Tomado de John Coetzee, *Desgracia*)

A partir de sus reflexiones responda las siguientes preguntas:

1. Las dudas del narrador sobre el deseo de la joven en la historia, ¿podrían haberse resuelto de una manera distinta?
2. ¿Debió la joven en la historia haberse abstenido de invitar al narrador a pasar a su casa si ella no quería tener relaciones sexuales con él?
3. ¿Importa que ella sea mucho menor que él al momento de interpretar la situación?
4. ¿Importa que el narrador se hubiese arrepentido al final? ¿Cómo se tendría en cuenta este arrepentimiento?
5. ¿Cuál sería el fundamento jurídico de cada respuesta? Escriba la norma legal, constitucional e internacional relevante.



Perspectiva de género en la decisión judicial

"LA VIOLENCIA SEXUAL ES MENOS GRAVE QUE OTROS TIPOS DE VIOLENCIA."

Si bien en Colombia el legislador es que el determina la gravedad de una conducta al establecer las sanciones que le corresponden, se ha identificado que muchas personas están en desacuerdo con la valoración que ha hecho el legislador y consideran que el daño que se le causa a la persona violada es menor que el daño que se le causaría al agresor si se le adelanta un proceso penal y se le sanciona. Esta actitud se manifiesta en respuestas del estilo “¿Usted lo quiere en la cárcel? Le va a acabar su vida, él tiene hijos, una familia” frente a una denuncia de una víctima. Precisamente en respuesta a este tipo de presiones que puede recibir la víctima de violencia sexual, estos delitos no son querellables sino que deben ser investigados de oficio y no admiten desistimiento (artículo 74 Código de Procedimiento Civil).

RECUADRO 2. SECUELAS DE LA VIOLENCIA SEXUAL EN LAS MUJERES

Secuelas de la violencia sexual en las mujeres

Está comprobado que dos de cada tres mujeres en el mundo han sufrido alguno de estos tipos de violencia sexual y dos de cada tres de las víctimas sufren un Trastorno de Estrés Postraumático (T.E.P.)

El aumento de los estudios e investigaciones relacionados con las víctimas de agresiones sexuales nos ha permitido conocer más profundamente las consecuencias de este delito. Se concluye que la violación es un acontecimiento que cumple los criterios de diagnóstico del DSM-IV (APA,1994) para el Trastorno de Estrés Postraumático:

Las víctimas de agresiones sexuales tienen mayor riesgo de desarrollar el T.E.P. que cualquier otro tipo de víctimas, como son: los ex combatientes de guerra, los supervivientes de campos de concentración, de accidentes, de desastres naturales, etc.

Los criterios por los que se considera que las agresiones sexuales cumplen las condiciones de producir el T.E.P. son las siguientes:

- La violación se percibe por la mayoría de las mujeres, como un suceso que amenaza seriamente su vida. Las víctimas tienen una sensación de horror y de indefensión, temen morir o sufrir heridas graves y, experimentan niveles muy altos de miedo y ansiedad. Los síntomas más frecuentes son: susto, preocupación, terror, confusión, indefensión, rabia, vergüenza y humillación. Además tienen síntomas psicofisiológicos como: temblores, taquicardia, dolor, tensión muscular, respiración jadeante y paralización.



Perspectiva de género en la decisión judicial

- El acontecimiento traumático de la violación se re experimenta persistentemente por lo menos en una de las formas siguientes:
 1. Recuerdos desagradables, recurrentes e invasores de la agresión sexual, que incluyen imágenes, pensamientos o percepciones.
 2. Sueños desagradables y recurrentes sobre la experiencia.
 3. Conductas o sentimientos que aparecen como si el suceso estuviera ocurriendo de nuevo.
 4. Malestar psicológico intenso cuando la víctima se expone a estímulos internos o externos que simbolizan o recuerdan algún aspecto de la agresión sexual.
 5. Reactividad fisiológica cuando la víctima se expone a estímulos internos o externos que simbolizan o recuerdan algún aspecto de la agresión sexual.
- Se produce una evitación persistente de los estímulos asociados con el trauma y una falta de capacidad general de respuesta (no existente antes del trauma), que se pone de manifiesto en, al menos tres de los siguientes fenómenos:
 1. Esfuerzos para evitar pensamientos, sentimientos o conversaciones asociados con la agresión sexual.
 2. Esfuerzos para evitar actividades, lugares o personas que provocan el recuerdo de la agresión.
 3. Incapacidad para recordar algunos aspectos importantes del trauma (amnesia psicógena).
 4. Disminución del interés o de la participación en actividades cotidianas.
 5. Sensación de distanciamiento o extrañeza respecto a los demás.
 6. Limitación de la capacidad afectiva (por ejemplo, incapacidad de enamorarse).
 7. Sensación de falta de futuro (por ejemplo, no confía en realizar una carrera, tener una pareja, tener una larga vida...)Se da una restricción de su vida social, sentimientos de extrañeza y aislamiento de los demás, disminución de la satisfacción sexual y menor participación en la actividad sexual.
- Se producen síntomas persistentes de hiperactivación (no existentes antes del trauma), que se pone de manifiesto en, al menos, dos de los siguientes fenómenos:
 1. Dificultad para conciliar o mantener el sueño.
 2. Irritabilidad o explosiones de ira.
 3. Dificultad de concentración.
 4. Hipervigilancia.
 5. Respuesta de alarma exagerada.



Perspectiva de género en la decisión judicial

La duración de estos síntomas es por lo menos de un mes. La mayor parte de las víctimas de violación afirman que les provoca una sensación generalizada de malestar y conductas desorganizadas tanto en los tres primeros meses (víctimas recientes) como en períodos superiores a los tres meses (víctimas no recientes). Aunque la mayoría de las víctimas de la violencia sexual de género (el 70%) padece un Trastorno de Estrés Postraumático, el resto de las víctimas también suele sufrir numerosos problemas psicológicos, entre los que destacan: depresión, ansiedad, fobias, todo tipo de problemas sexuales y múltiples enfermedades ginecológicas.

Tomado de: <http://www.mujeresparalasalud.org/spip.php?article136>

Ap

1. Lea la siguiente noticia y reflexione sobre la decisión de la Corte Suprema de Justicia a la que se refiere el caso a la luz de los elementos proporcionados anteriormente.

Tenga en cuenta las siguientes preguntas:

¿Cuáles de las creencias de género sobre la violencia sexual cree que podrían presentarse cuando un juez o jueza haga una primera aproximación al caso?

De acuerdo a la información revisada hasta el momento en la Unidad 2, ¿qué consideraciones debería tener en cuenta el juez o jueza para abordar el caso de acuerdo a la normativa vigente?

De su respuesta a la pregunta 2, ¿qué decisiones podrían resultar difíciles, controversiales o suscitar críticas de compañeros/as o medios?

¿Qué consecuencias podría tener para su función judicial no tener en cuenta la normativa vigente sobre violencia sexual?

¿Qué consecuencias podría tener para la víctima de violencia sexual no tener en cuenta la normativa vigente sobre violencia sexual?

“No hubo violencia’ Los hechos ocurrieron a finales del año pasado, cuando la mujer salía de su casa, en Bogotá, y García, que iba en una bicicleta, le tocó sus partes íntimas. El hombre fue detenido.

Un juez inicialmente lo exoneró, pero en febrero pasado el Tribunal de Bogotá lo condenó a cuatro años de prisión por acto sexual abusivo, al considerar que los hombres no pueden ir por la calle realizando estas conductas.

El magistrado Álvaro Orlando Pérez, de la Corte Suprema, explicó ayer que el hecho, “tal como sucedió, es decir, el tocamiento sorpresivo de partes íntimas de la dama, no aparecía definido en la ley penal como delictivo. Sin embargo, encuentra que la conducta sí es delictiva, no como delito sexual, sino como un delito contra la integridad moral.

Según el magistrado, se trató de un comportamiento fugaz, que no duró 30 segundos. “No hubo violencia dirigida a reducir la posibilidad de defensa de la dama, por eso no hay delito sexual, indicó.



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

El magistrado comparó este hecho con algunos que ocurren cuando se debe hacer fila para un partido de fútbol, un espectáculo o en TransMilenio: "Hay personas que abusan, pero esos hechos, así nada más vistos como ocurrió en este caso, son injuria.

La decisión podría dejar tranquilos a quienes esperaban un castigo, pero no tan severo como el que inicialmente se le había proferido al mensajero.

Sin embargo, molesta profundamente a quienes han argumentado que este hombre cometió un abuso sexual al agredir los genitales de la mujer, en alusión a que no solo habría intentado tocarle las nalgas.

Tomado de El Tiempo, "Tocar Nalgas es Injuria, No abuso" (<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2255793>)

2. Contraste este caso con el siguiente:

"Se precisa que los acontecimientos ejecutados por CC consistieron en que la adolescente tuvo que presenciar los comportamientos libidinosos de éste y soportar los tocamientos que le hizo en sus piernas y senos en más de una ocasión, como también a su amiga menor de 14 años M.C.G.L (11 años de edad), mostrándole a ambas videos de contenido pornográfico y exhibiéndoles su órgano sexual que él mismo estimulaba, actos que respecto de la segunda, por contar con 11 años de edad, fueron tipificados acertadamente como actos sexuales con menor de 14 años, conducta descrita en el artículo 209 del Código Penal. No obstante, pese a que los acontecimientos frente a ambas menores se ejecutaron de manera concomitante y concurrente y que el comportamiento del procesado buscaba claramente un fin libidinoso respecto de las dos niñas, frente a una de ellas, la menor de 14 años, se dijo que se atentó contra su integridad sexual, mientras que respecto de la niña que escasamente superaba esta edad, se indicó que el menoscabo fue para su integridad moral, siendo víctima del delito de injuria por vías de hecho."

Tomado de: Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Octubre 24 de 2016, SP15269-2016

Ae

1. Defina creencias de género
2. Identifique una creencia de género relacionada con la violencia sexual y cómo ésta ha influido un fallo reciente sobre violencia sexual comentado en los medios
3. Identifique la normativa vigente que debería aplicarse en este caso
4. Reflexione sobre los posibles obstáculos o dificultades que el juez pudo haber enfrentado para utilizar la normativa vigente
5. Reflexione sobre las consecuencias que podría tener no utilizar la normativa vigente



Creencias de género sobre la violencia de pareja

La investigación y juzgamiento de la violencia de pareja también ha variado bastante históricamente y arrastra muchas creencias de género hasta la actualidad. Estas creencias han sido declaradas infundadas por los científicos sociales y han sido prohibidas por legisladores y jueces constitucionales. Se abordan aquí tres creencias –o conjuntos de creencias: 1) las mujeres valoran positivamente ser tratadas de manera agresiva; 2) las mujeres necesitan ser educadas por sus esposos o compañeros; 3) la violencia de pareja no puede ser contenida legalmente sino que depende de la voluntad de las partes –es un asunto privado.

"LAS MUJERES VALORAN POSITIVAMENTE SER TRATADAS DE MANERA AGRESIVA: LES GUSTA"

Esta creencia es resultado de la combinación de dos elementos presentes en los casos de violencia de pareja: la renuencia de la víctima a abandonar la relación; y la percepción de que la violencia expresa afecto. Ambos elementos tienen arraigo en la realidad y han sido sustentados legalmente. Como se pasará a mostrar, estudios recientes evidencian que si bien es cierto que las mujeres frecuentemente no dejan a su agresor y cuando lo hacen se toman un largo periodo de tiempo, esto no necesariamente indica que "les gusta" que les peguen. También se ha encontrado que la violencia no expresa afecto sino en algunos casos deficiencias del agresor, y en otros casos del agresor y de la víctima. Los agresores suelen presentar dificultades en expresión de las emociones, impulsividad, habilidades de comunicación y habilidades de solución de conflictos. Dichas características suelen ser "autorizadas" o "reforzadas" por el contexto familiar y cultural, en donde los hombres se espera que sean fuertes, poderosos, agresivos, protectores. Y donde se les permite ser impulsivos. Por su parte, suelen presentar dificultades en autoestima y establecimiento de límites. Esto, en parte, como consecuencia de vivir por períodos prolongados en relaciones de pareja con hombres con características como las mencionadas anteriormente. Sin embargo, vale la pena resaltar que estudios recientes han evidenciado razones alternativas que explican cómo las mujeres se quedan en las relaciones violentas, no por deficiencias, sino más bien por cálculos razonables de protección de su bienestar y el de sus hijos⁵⁹ o por las dificultades que implica hacer un cambio de vida⁶⁰.

59 Sherry Hamby, *Battered women protective strategies. Stronger than you know*. Cambridge: Oxford University Press, 2013

60 Lindal Khaw y Jennifer Hardesty, "Theorizing the Process of Leaving: Turning Points and Trajectories in the Stages of Change" en *Family Relations*, vol. 56, pp. 413-425, 2007



Perspectiva de género en la decisión judicial

RAZONES LEGALES PARA QUEDARSE

El fenómeno de la “mujer que se queda” ha retado la imaginación de activistas, legisladores y jueces por igual. Históricamente la principal solución que se ha propuesto para la violencia de pareja ha sido la de la terminación de la relación.⁶¹ Sin embargo, las mismas leyes han hecho que para las mujeres sea muy difícil buscar esta solución. En primer lugar, porque por mucho tiempo se configuró como causal de divorcio el “abandono del hogar” y éste solamente se entendía como justificado cuando la violencia que padecía la mujer ponía en riesgo su salud. En segundo lugar, porque las normas sobre tenencia y cuidado personal de los hijos favorecían a los hombres o al cónyuge inocente en caso de divorcio o separación. En tercer lugar, porque las normas sobre los efectos patrimoniales de la separación de cuerpos o divorcio no protegen satisfactoriamente a quienes no son económicamente activos.

La causal de “abandono del hogar” se ha derivado de la interpretación del numeral 2 del artículo 154 (antes numeral 3) del Código Civil relativo al grave e injustificado incumplimiento de los deberes como esposa, pues el deber de vivir juntos es uno que se entendía como derivado del artículo 113 del mismo Código. En la versión original del Código, también se sustentaba en el deber de la mujer de seguir el domicilio de su marido (artículo 178), lo que fue modificado por el decreto 2820 de 1974 sobre igualdad de las mujeres (artículo 11). Si bien la causal exigía que se probara que el incumplimiento del deber de cohabitación era injustificado, el estándar de justificación se fijó muy alto desde el Código Civil hasta la ley 25 de 1992. En el texto original del Código Civil se afirmaba que: “Cesa este derecho [del marido a obligar que su mujer lo siga] cuando su ejecución acarrea peligro inminente a la vida de la mujer. La mujer, por su parte, tiene derecho a que el marido la reciba en su casa” (artículo 178). Y en el texto reformado por la ley 1 de 1976, aunque no se exigía que la mujer estuviera en peligro inminente de muerte, si se exigía que se pusiera en riesgo su salud (artículo 154 Num. 3). La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que con la ley 25 de 1992 se eliminó el abandono del hogar como causal de divorcio (sentencia C-1495 de 2000) y se prohíbe al juez exigir que la mujer demuestre daño en su salud para decretar el mismo, siendo suficiente demostrar el ultraje (sentencia T-967 de 2014). Sin embargo, el que tan recientemente como el año 2014 haya tenido que conceder una tutela contra una sentencia de un juez que decía lo contrario, muestra hasta qué punto las mujeres tienen razón al temer ser condenadas por dejar el hogar común sin demostrar que la violencia pone en riesgo su vida.

⁶¹ *Isabel C. Jaramillo Sierra, “El hogar: público o privado?” en Observatorio de Justicia Constitucional, Manuel José Cepeda, César Rodríguez e Isabel C. Jaramillo, coords., Bogotá, Universidad de los Andes, 1998.*



Recuadro 3. Los Mitos del divorcio

NUNCA LE DARE EL DIVORCIO"..."Le quitaré los hijos".... "Le dejaré sin un centavo.. "Me tiene que pasar la mitad de lo que gana"..."Si se va, le demandaré por abandono del hogar".... Es frecuente que frases como estas salgan a colación cuando una pareja empieza a hablar de divorcio. Se dicen en forma de amenaza para intimidar al otro. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, ninguna de estas advertencias tiene fundamento.

Aunque los colombianos parecen estar cada vez más familiarizados con la palabra divorcio, éste es un término relativamente nuevo en el país. En realidad, esta figura jurídica sólo existe desde hace tres años, cuando la ley 25 de diciembre de 1992 estableció la cesación de los efectos civiles para los matrimonios celebrados por el rito católico. Antes, sólo existía para las parejas casadas civilmente. Tal vez por eso todavía subsisten muchos mitos. Y estas creencias erróneas, lejos de facilitar un proceso de por si doloroso desde el punto de vista emocional, pone a los cónyuges cuya unión ha fracasado en pie de guerra.

Como una forma de contribuir a la comprensión de las normas que regulan el divorcio, el abogado Helí Abel Torrado, especializado en derecho de familia, y la periodista María Clara Mendoza, decidieron recopilar y analizar los 12 mitos sobre el divorcio en un libro que Editorial Norma acaba de publicar. El libro permite a las parejas en conflicto reflexionar sobre lo que implica la decisión de divorciarse desde el punto de vista legal, conocer cuáles son sus derechos y deberes como cónyuges y como padres y, en una forma práctica, saber qué pasos deben seguir para proteger esos derechos cuando la disolución matrimonial es inminente. Este libro está escrito para quienes estén familiarizados con alguna de estas frases:

MITO 1: NUNCA LE DARÉ EL DIVORCIO

Esta es una respuesta frecuente cuando uno de los cónyuges llega a la decisión de divorciarse ya sea luego de una separación previa o como una medida para solucionar una vida conyugal destrozada. Pero el que uno de los dos cónyuges no acepte la determinación del otro no quiere decir que su petición no pueda prosperar. El divorcio no depende de la voluntad de ambos sino de que se hayan tipificado o no las causales que la ley contempla para otorgarlo. El rechazo de un cónyuge al divorcio lo único que significa es que no será de común acuerdo y, por tanto, pelearán en los tribunales.



Perspectiva de género en la decisión judicial

MITO 2: LE QUITARÉ LOS HIJOS

Perder a los hijos es el temor más grande que asalta a quienes se enfrentan a un proceso de divorcio. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, ningún parente puede quitarle al otro el derecho a permanecer con sus hijos. En eso la ley es estricta. No son los padres quienes deciden a cuál le corresponde el cuidado de los menores. Es el juez de familia quien determina, según las circunstancias que más convengan a los niños, cuál tendrá la custodia. No obstante, a pesar del divorcio, ambos padres conservan la patria potestad sobre los hijos y por tanto sus obligaciones y derechos permanecen.

MITO 3: LE DEJARÉ SIN UN CENTAVO

La parte económica es el tema que más conflictos genera dentro del proceso de divorcio. Pero pensar que se puede dejar al otro cónyuge en la ruina es una apreciación equivocada. La ley establece que todos los bienes habidos dentro del matrimonio conforman una sociedad. Y, en caso de disolverse, ese patrimonio corresponde a cada uno en partes iguales, sin importar quién sea el titular de esos bienes. Sin embargo, ante la inminencia de un divorcio, vale la pena tomar algunas medidas de precaución para lograr que esa liquidación sea equitativa.

MITO 4: ME DEBE PASAR LA MITAD DE LO QUE GANA

Muchas mujeres piensan, erróneamente, que el tener derecho al 50 por ciento de los bienes de la sociedad conyugal significa también que, al separarse, sus esposos deberán seguir cubriendo con la mitad de sus ingresos los gastos de sostenimiento del hogar, máxime si ellas obtienen la custodia de los hijos. Esta creencia lleva, con frecuencia, a desagradables sorpresas. Aunque la ley protege el patrimonio familiar, también establece unas pautas sobre las obligaciones económicas de cada uno de acuerdo con sus capacidades. Y, ante todo, no patrocina ni la irresponsabilidad de los padres ni la avaricia o la holgazanería de los cónyuges.

MITO 5: LOS HOMBRES PUEDEN SER INFIELES

Por cuenta del machismo que imperó durante muchos años en la legislación colombiana, la infidelidad de los hombres es muchas veces tolerada por sus esposas. Mientras gran parte de los matrimonios sobreviven a la infidelidad masculina pocos logran superar la de la mujer. Pero desde la ley la de 1976, que reformó el Código Civil, se consagró como causal de divorcio y de separación "las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado". Cualquiera de los dos que establezca una relación íntima con otra persona, así sea esporádica o casual, viola el deber de fidelidad del matrimonio e incurre en una causal de divorcio.



Perspectiva de género en la decisión judicial

MITO 6: SI SE VA, LE DEMANDAN POR ABANDONO DEL HOGAR

Si bien el incumplimiento de las obligaciones originado en el abandono del hogar es una causal de divorcio, la ley no obliga a una persona a vivir con otra cuando existen agresiones físicas o sicológicas que impiden la posibilidad de continuar la vida conyugal. Marcharse del hogar es posible si existe una causa justificada y, en este caso, no se incurre en la causal de abandono. Por el contrario, quien debe irse para proteger su integridad física o emocional puede presentar demanda contra el conyuge que permanece en el hogar pero que motivó su retiro del lugar de cohabitación.

MITO 7: CUANDO LE HABLE DE DIVORCIO, SE IRÁ DE LA CASA

Una sorpresa frecuente es encontrarse con el hecho de que el otro cónyuge continúe viviendo en el hogar. En Colombia no son pocos los casos de personas que tienen que convivir con quien está a punto de ser o ya es su ex cónyuge. Las razones para que uno de los esposos se niegue a abandonar el hogar son múltiples e involucran tanto factores emocionales como económicos uno de los dos no está convencido de que el divorcio sea la mejor opción o teme perder a sus hijos o sus bienes y por ello muchos 'separados' continúan durante mucho tiempo conviviendo bajo el mismo techo a pesar de la autorización judicial de residencias separadas.

MITO 8: CON TAL DE NO VERLE MAS, QUE SE QUEDE CON TODO

Ante una situación de crisis matrimonial la primera idea que puede cruzar por la mente es la de salir corriendo. Sin embargo, poner fin a una unión por las vías de hecho y no por las del derecho no es la mejor forma de afrontar el conflicto. Por tratarse el matrimonio de un contrato, esta actitud precipitada lleva al incumplimiento de una serie de obligaciones que pueden generar serios problemas legales. Abandonarlo todo puede parecer la única solución en una situación desesperada, sin embargo este comportamiento pone a los cónyuges en un estado de indefinición legal que puede tener insospechadas consecuencias en el futuro.

MITO 9: ¿COMO VOY A PEDIR EL DIVORCIO SI CUMPLE CON TODOS LOS GASTOS?"

No son pocas las personas que se resignan a vivir en un matrimonio 'de apariencia' simplemente porque consideran que es imposible reclamarle judicialmente a un cónyuge que cumple con todas sus responsabilidades económicas del hogar. No obstante, entre las personas casadas existen obligaciones que van más allá del dinero o la alimentación. El compromiso de socorro y ayuda se extiende también al apoyo de carácter moral y afectivo que deben prestarse los esposos entre sí y a los hijos que hayan



Perspectiva de género en la decisión judicial

procreado, en todas las circunstancias de la vida. Esto incluye lo que se conoce como el débito conyugal, según el cual la satisfacción sexual como expresión del amor hace parte importante del compromiso como pareja.

MITO 10: SE FUE A VIVIR CON UNA CUALQUIERA

A pesar de haberse divorciado legalmente muchas parejas continúan 'emocionalmente casadas'. Es frecuente el caso de cónyuges que, después de la separación, prácticamente siguen exigiendo la fidelidad del otro. Entonces, cuando se enteran que éste ha iniciado una nueva relación sentimental reviven las peleas y las agresiones. Estas se dirigen especialmente hacia esa persona que ha entrado a formar parte de la vida de su ex cónyuge. Con esa actitud lo único que se consigue es perjudicar enormemente la relación con los hijos comunes. Pero el derecho de las personas divorciadas a iniciar una nueva vida matrimonial es legítimo y esa unión es, ante la ley civil, tan válida como el anterior.

MITO 11: SI YA ME ORGANICÉ, ¿PARA QUÉ ARREGLO PAPELES?

Cuando se aprobó en Colombia el divorcio para el matrimonio celebrado por el rito católico, más que una alternativa para el futuro fue visto como una solución para el pasado. Millones de colombianos cuyos matrimonios habían fracasado se habían separado de hecho y una buena parte de ellos había contraído nuevas uniones en el exterior ante la imposibilidad de hacerlo en el país. Hasta ese momento las parejas así formadas vivían en un 'limbo jurídico'. El divorcio permitió el reconocimiento legal de esas nuevas uniones. No obstante, para que el Estado proteja los derechos y las obligaciones patrimoniales de una segunda unión, es indispensable que exista la disolución de la sociedad conyugal conformada por el matrimonio anterior.

MITO 12: TODO DIVORCIO IMPLICA UNA BATALLA CAMPAL

Una de las grandes conquistas de los colombianos con la ley del divorcio fue la figura del 'mutuo consentimiento' que se incluyó como causal. Antes de eso, el único modo de tramitar un divorcio era a través de un proceso contencioso, el cual exige una demanda formal de acusaciones y pruebas. De ahí surgió la creencia, generalizada, de que todo divorcio implica una batalla jurídica. Pero eso no es del todo cierto. En Colombia existe la opción de tramitar el divorcio de común acuerdo, lo cual hace el proceso más rápido y menos tormentoso. No es el divorcio lo que acaba los matrimonios. La legislación colombiana lo estableció para dar una solución legal a los matrimonios ya destruidos. Y su reglamentación busca velar por los derechos y deberes que subsisten entre ellos como cónyuges y



Perspectiva de género en la decisión judicial

frente a sus hijos. Sin embargo, por tratarse de una situación que involucra sentimientos, emociones y pérdidas, no es fácil que dos personas que una vez se unieron por amor puedan afrontarlo de una manera serena. Quizás un factor que contribuye a hacer del proceso más tortuoso es el desconocimiento de la ley. Los temores que surgen de la ignorancia llevan a que la culminación legal a una situación irremediable sea una verdadera batalla, que deja emocionalmente devastados no sólo a los dos contendores sino a los hijos. Quien haya pasado por una separación sabe que es un proceso doloroso y difícil. Pero divorcio no es sinónimo de batalla campal. Este es sólo la herramienta jurídica que permite a las personas establecer las bases legales de su nueva vida.

(Tomado de Semana, Febrero 26, 1996)

El derecho tampoco facilitaba que las mujeres abandonaran al agresor al establecer que en caso de separación de cuerpos o divorcio, los hijos mayores de 3 años deberían permanecer con el cónyuge inocente en el caso de las causales relativas a infidelidad o incumplimiento de los deberes como esposo (artículo 161 del Código Civil). Aunque este parámetro fue modificado desde 1976, con la ley 1 de ese año, y luego en 1989 por el Código de Procedimiento Civil (decreto 2289 de 1989, artículo 444), el criterio amplio del interés superior del menor en la evaluación de cuál de los padres debe tener la tenencia personal y cuidado de los hijos después del divorcio o separación de cuerpos, introduce una incertidumbre que muchas mujeres prefieren no enfrentar.⁶²

Finalmente, el régimen patrimonial del matrimonio y divorcio no es favorable a la decisión de terminar la relación. Como se explica en el recuadro, al momento del divorcio o separación de cuerpos procede liquidar la sociedad conyugal y, así, el beneficio que recibía el cónyuge que no era económicamente activo de los ingresos del otro deja de existir. Es decir, al terminar la relación lo que se divide es lo que se acumuló y una vez dividido esto no subsiste ningún derecho sobre los ingresos del otro, salvo que haya lugar a decretar alimentos a favor de uno de los cónyuges. El deber de alimentos, sin embargo, se limita estrictamente en el artículo 411 del Código Civil a aquellos casos en los que ha habido un cónyuge que es declarado inocente. Ser declarado inocente implica que el juez determinó que la culpa era solamente o principalmente de uno de los cónyuges (lo que puede hacer a solicitud de las partes, incluso si la causal es objetiva de acuerdo con la Corte Constitucional, sentencia C-1495 de 2000). Es decir,

⁶² Sobre las decisiones de custodia y cuidado personal ver Isabel C. Jaramillo Sierra, Elviar Vargas Trujillo Y Karen Ripoll Trujillo, op.cit



Perspectiva de género en la decisión judicial

implica involucrarse en un proceso judicial y aportar pruebas sobre la culpa de la contraparte y la inocencia propia. Muchas mujeres que carecen de ingresos propios no pueden pagar los honorarios de un abogado para llevar procesos de este tipo.⁶³ Si bien los alimentos de los hijos están legalmente garantizados y gozan de presunciones y asesoría legal que facilitan su cobro, sigue siendo cierto que hay un gran incumplimiento de las sentencias judiciales sobre alimentos.⁶⁴

RAZONES CULTURALES Y PSICOLÓGICAS PARA QUEDARSE

Como se ha mostrado, existen muchas razones legales que explican por qué las mujeres no dejan a su agresor. A estas razones legales se suman razones culturales y psicológicas que deben ser tenidas en cuenta al abordar los casos. Entre las explicaciones culturales la mejor articulada ha sido la del “marianismo”, conectada íntimamente a nuestro legado y presente católico. A nivel psicológico, la idea del “ciclo de violencia” ha sido la teoría predominante para explicar las dificultades que tienen las mujeres víctimas de violencia para salir de la relación. Sin embargo, más recientemente se han propuesto teorías alternativas para explicar por qué las mujeres se quedan en relaciones violentas como la teoría de la motivación al cambio⁶⁵.

EL MARIANISMO

En la década de los setenta, la antropóloga Evelyn Pritchard Stevens describió el marianismo como fenómeno latinoamericano que afectaba a las mujeres al imponerles dos creencias sobre su papel en el mundo y, en particular, en relación con los hombres.⁶⁶ La primera de estas creencias es que las mujeres son más fuertes moralmente que los hombres. La segunda de estas creencias es que las mujeres pueden soportar mayores cargas sociales precisamente porque son capaces de un altruismo que los hombres no pueden desplegar. Estas dos creencias estarían inspiradas en la virgen María y su actitud frente al sacrificio de su hijo.⁶⁷

63 De acuerdo con la Encuesta de Necesidades Jurídicas Insatisfechas (DANE 2016), la principal necesidad jurídica insatisfecha de las mujeres se relaciona con los conflictos familiares.

64 En esta misma Encuesta se muestra que la mayor necesidad jurídica insatisfecha tiene que ver con el cobro de alimentos.

65 Khaw y Hardesty, op.cit

66 Evelyn Stevens, “Marianismo: la otra cara del machismo en América Latina” en Diálogos: Artes, Cultura y Letras Vol. 10, No. 1 (55) (enero-febrero 1974), pp. 17-24.

67 Más recientemente el psicoanalista Héctor Gallo y su equipo de investigadores de la Universidad de Antioquia ha descrito el comportamiento de las mujeres colombianas como inspirado por un excesivo altruismo que no solamente se relaciona con la pareja sino con los hijos y que imposibilita a las mujeres hacer “reclamos” de derechos como “individuos”. Ver Hector Gallo, Mario Elkin Ramírez, Ángela Jaramillo, Feminidades, sacrificio y negociación en el tiempo de los derechos, Medellín, Editorial de la Universidad de Antioquia, 2010.



Perspectiva de género en la decisión judicial

En relación con la violencia de pareja, el marijanismo se traduciría en exigencias sociales de que las mujeres entiendan como “normal” en los hombres expresar agresivamente sus exigencias o inconformidades, pues los hombres serían menos capaces de auto regular sus emociones que las mujeres. Conforme con la segunda creencia, las mujeres tendrían que “soportar” estas agresiones no solo porque son “capaces” sino porque esto garantiza, según las creencias populares, el bienestar de sus hijos.

EL CICLO DE LA VIOLENCIA

El trabajo con víctimas y sobrevivientes de violencia de pareja llevó a la psicóloga Lenore Walker a explicar la situación como un ciclo con dos características: 1) la violencia no es permanente sino que se mezcla con clara señales de afecto y reconocimiento de culpa; y 2) las agresiones incrementan en intensidad gradualmente sin que la víctima pueda predecir claramente cuando va a estar en riesgo su vida.⁶⁸

Recuadro 4. Ciclos de la Violencia de Género

Este ciclo tiene varias fases:

Fase de acumulación de tensión:

El hombre maltratador empieza a mostrarse tenso e irritable, cualquier comportamiento de la mujer despierta en él una reacción de enfado. La mujer sorprendida intenta hablar con él para solucionar el problema, ver la causa, pero esto solo provoca más enfados en el hombre que la ve como excesivamente dependiente y empalagosa. La mujer, para no molestarle, comienza entonces a no hacer nada, intenta no expresar su opinión porque sabe que él expresará la contraria y entonces habrá “bronca”, también intenta hacer las menores cosas posibles, entra en una fase de inmovilidad, pero esto tampoco salva a la mujer, ya que el hombre la acusará de ser casi un “mueble” que no hace nada, que es una persona anodina y aburrida. Si la mujer se queja él lo niega todo y vuelca la culpabilidad en ella, y esa desigualdad que el hombre ha ido construyendo a lo largo de la relación es utilizada para callar a la mujer. La intenta convencer de que él tiene razón y no ella, que su percepción de la realidad es equivocada, y como ya hemos dicho, la desigualdad creada permite al hombre este comportamiento. Ella acaba dudando de su propia experiencia y se considera culpable de lo que pasa. Esto va a reforzar todavía más el comportamiento del hombre. Él se distancia emocionalmente, la mujer se asusta pensando que lo va a perder



Perspectiva de género en la decisión judicial

y que si esto ocurre será culpa de ella puesto que no ha sabido conservar su amor. El hombre ya no siente ningún amor y se distancia y cada vez está más irritable. Ella se disculpa una y otra vez, confiando en solucionar así la situación, pero el hombre se harta y siente necesidad de castigarla verbal, físicamente, o de ambas formas a la vez.

Fase de explosión violenta:

Como su nombre indica, el hombre acaba explotando, pierde el control y castiga muy duramente a su pareja, verbal o físicamente. La insulta, la golpea, rompe cosas, amenaza con matar a los hijos y a ella, le interrumpe el sueño, la viola... La mujer, que sólo intentaba salvar la relación, se ve ahora impotente y débil, la desigual balanza que se ha establecido a lo largo de los años la paraliza. No toma represalias, todo el poder está en él, eso lo ha aprendido muy bien y la mujer entra en una "indefensión aprendida" que le impide reaccionar.

Fase de "Luna de Miel":

El agresor se siente muy arrepentido de su conducta (por lo menos las primeras veces), pide perdón, promete cambiar. Y realmente cambia, durante esta fase se convierte en el hombre más "encantador" del mundo, la lleva el desayuno a la cama, la cura las heridas, incluso se hace cargo de las tareas domésticas, le cede todo el poder a ella. La mujer en esta situación se siente en éxtasis, tiene el poder y a su hombre detrás responsabilizándose y amándola. Él deja de ponerle tantas restricciones, se relaja un poco y la permite las salidas. Si bebía deja de beber, incluso puede ir a terapia. La mujer al ver estos cambios piensa que si ha podido dejar la bebida puede dejar de pegarla y piensa de verdad que no volverá a ocurrir, ya que equivocadamente ella relaciona (en un porcentaje muy alto) el maltrato con la ingesta de alcohol, sin pararse a pensar que cuando bebe él no maltrata a todo el mundo, sino sólo a ella.

Escalada de la violencia de género:

Una vez que ha conseguido el perdón de su víctima, se siente de nuevo seguro en la relación, ya la ha recuperado y no tiene que seguir complaciéndola, empieza de nuevo la irritabilidad y los abusos y cuando ella quiere ejercer su recién conseguido poder la castiga duramente. Cada vez la mujer es más dependiente, cada vez tiene menos energía para luchar (Indefensión aprendida). Es el marido o pareja, y no ella, quien controla estos ciclos y el



Perspectiva de género en la decisión judicial

que decide cuando se acaba la Luna de Miel. Ella empieza a darse cuenta de que haga lo que haga no puede controlar el comportamiento de su marido, los malos tratos son arbitrarios e indiscriminados. La mujer sólo tiene energías para intentar mantenerse con vida dentro de la relación o para que no se implique a los hijos e hijas. Los ciclos de violencia se van sucediendo hasta que finalmente desaparece la Fase de “Luna de Miel”.

Copyright @ FMP (Federación Mujeres Progresistas)

Tomado de: <http://www.mujeres-aequitas.org/docs/ciclos%20de%20violencia%20de%20genero.pdf>

LA TEORÍA DE MOTIVACIÓN AL CAMBIO

La teoría de motivación al cambio surgió dentro de la psicología clínica como una manera de entender las etapas por las que transita una persona dentro de una terapia psicológica. La teoría de motivación al cambio incluye cinco etapas: pre-contemplación, contemplación, preparación, acción y mantenimiento⁶⁹. En la pre-contemplación, las personas están considerando realizar un cambio en su vida en relación con un problema o dificultad específica. Sin embargo, en esta etapa aún ven el cambio como una posibilidad, un deseo o una meta a largo plazo. En la contemplación, las personas consideran el cambio como una posibilidad, un deseo o una meta más cercana en el tiempo. En la preparación, las personas inician reflexiones concretas relacionadas con el cambio que quieren lograr en su vida. Las personas muestran una disposición clara a cambiar en el corto plazo, aunque no hayan iniciado acciones encaminadas a la resolución del problema o dificultad. En la etapa de la acción, las personas inician acciones concretas en el presente para cambiar la situación problemática. Finalmente, en la etapa de mantenimiento las personas mantienen acciones alternativas y monitorean sus progresos.

Desde esta perspectiva, se propone que las víctimas de violencia de pareja experimentan un proceso similar en el movimiento de salida de las relaciones con los agresores. Es así como se propone lo siguiente. En primer lugar, se propone que el contexto relacional de control y poder prevalente en las relaciones en que se presentan la mayoría de las violencias de pareja⁷⁰ generan aislamiento social y pensamientos distorsionados en las víctimas, tal que las víctimas no reconocen la violencia como un problema y tampoco la necesidad de cambiarlo. Por lo tanto, se atribuye a factores relacionales la dificultad de las mujeres de salir de la etapa de pre-contemplación.

69 James Prochaska y Carlo DiClemente, *The transtheoretical approach*, New York, Dow Jones; 1984.

70 Ana Lucía Jaramillo-Sierra y Luz Ángela Carvajal-Villalobos, "An Application of Johnson's Typology to Intimate Partner Violence in Colombia" en *Journal of Interpersonal Violence*, 2018.



Perspectiva de género en la decisión judicial

Esto, en contraposición a los modelos que enfatizan en los déficits de las mujeres para explicar por qué se quedan en relaciones violentas. En segundo lugar, el modelo evidencia un proceso de cambio con varias etapas que toman tiempo en desarrollarse, más allá de un cambio de todo a nada. Esto implica pensar en la salida de las relaciones violentas como un proceso de cambio similar a otros cambios en la vida de las mujeres, tales como: interrumpir el consumo de alcohol, cambiar hábitos alimenticios, afrontar pérdidas. Este segundo supuesto implica considerar la salida de una relación violenta como un cambio vital, que conlleva consecuencias positivas y negativas a múltiples niveles individuales y familiares y que por lo tanto, requiere de ajustes significativos a nivel emocional, cognitivo y conductual.

Recuadro 5. Teoría de Motivación al Cambio en Violencia de pareja

Pre-contemplación

La víctima no reconoce la violencia como un problema y no reconoce la necesidad de cambiarla

Contemplación

La víctima empieza a reconocer la violencia como un problema e incrementa su conciencia sobre las consecuencias positivas y negativas del cambio

Preparación

La víctima reconoce que la violencia es un problema y muestra disposición a hacer acciones para no seguir siendo victimizada

Acción

La víctima desarrolla un plan y hace cambios para interrumpir la victimización.

Mantenimiento

La víctima toma medidas para prevenir la reincidencia y/o regresar a la relación violenta.



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

Identifique cómo se entendería el siguiente caso desde cada una de las teorías culturales y psicológicas expuestas.

Maria, una mujer de 25 años de edad, lleva 4 años de convivencia con su marido. La pareja tiene dos hijos, una niña de 4 años y un niño de 2 años. Durante el primer año de convivencia, su compañero empezó a maltratarla física y psicológicamente, y a controlar qué hacía fuera y dentro de la casa, con quien se veía y le revisaba el teléfono frecuentemente. Maria percibía esto como "lo normal que los hombres hacen en una relación". Sin embargo, después de un tiempo se empezó a cansar de no poder salir de su casa sola más de dos horas semanales. Cada vez que se quejaba con su esposo porque quería más tiempo fuera, él le respondía con una agresión. Ella pensaba "después de todo, no debería quejarme tanto", o "se lo dije de mala manera, él se merece respeto". Además, pensaba Maria, "él es un buen hombre pues nunca les faltaba dinero para la comida y los gastos de los niños". Por otro lado, Maria creía que el divorcio "daña a los hijos". Le preocupaba que su hijos "crecieran sin una figura paterna", que su hijo se volviera homosexual y que su hija estuviera desprotegida.

Un día, Maria empezó a pensar diferente después de que en una discusión su compañero sacara una pistola y la amenazara en frente de los niños. En este momento empezó a pensar que esto podría convertirse en un peligro para sus hijos y que esta no era el tipo de familia que ella quería tener. Al día siguiente, con ayuda de una vecina, acudió a la Comisaría de Familia más cercana a denunciar la violencia.

"LAS MUJERES NECESITAN SER EDUCADAS POR SUS ESPOSOS O COMPAÑEROS"

Durante un tiempo importante gran parte de la población estuvo excluida de la educación formal, y se pensaba que las mujeres en particular no necesitaban ser expuestas a estos procesos. La brecha educativa entre hombres y mujeres, sin embargo, se cerró muy pronto en nuestro país (al menos desde los años ochenta). Esta creencia se puede ver asociada más bien a dos instituciones jurídicas que, si bien se eliminaron de nuestro ordenamiento, persisten como creencias. La primera de esas instituciones, también la primera en ser eliminada, es la de la potestad marital; la segunda es la del "desarrollo temprano" de las mujeres y por tanto la autorización temprana del matrimonio de la mujer.

La potestad marital existió en nuestro territorio durante toda la época colonial y fue introducida por Andrés Bello en su Código Civil para Chile. El Código de la República de Colombia de 1887 adoptó en buena parte este Código Civil, especialmente adoptó estas medidas (artículos 181 y siguientes). La potestad marital implicaba que la mujer casada no podía representarse a



Perspectiva de género en la decisión judicial

sí misma judicial ni extrajudicialmente, quedando en manos de su esposo el cumplir con estas funciones o autorizarla expresamente para hacerlo. Aunque esta figura desapareció en 1932 con la ley 28 de ese mismo año, la creencia de que los negocios públicos y privados deben estar a cargo de los "maridos" sigue influyendo el comportamiento de muchas parejas.

El Código Civil preveía, hasta 2004, que la mujer pudiera contraer matrimonio a los 12 años de edad, mientras que los hombres solamente podrían hacerlo a partir de los 14 (Sentencia C-587 de 2004). En épocas recientes esto se justificó señalando que biológicamente las mujeres tienen su menarquia, su primer período, alrededor de los 12 años, mientras que los hombres solamente empiezan el proceso de maduración sexual alrededor de los 14 años. Este argumento asociaba el matrimonio principalmente con la capacidad de reproducción pero implícitamente sostenía: 1) que las mujeres maduran más pronto que los hombres (tienen una niñez más corta) y 2) que la igualdad en la pareja exige que los hombres sean mayores. La disparidad de edad, sin embargo, no llevó a la pretendida igualdad sino a la creencia de que los hombres en lugar de compañeros de sus esposas eran más bien superiores que debían guiar y orientar sus decisiones.

La noción de que la corrección puede, y en ocasiones debe, hacer uso de la violencia también estuvo sustentada en la ley: el artículo 262 del Código Civil establece que los padres podrán sancionar moderadamente a sus hijos (este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-371 de 1994). La Corte Constitucional, sin embargo, aclaró el alcance de la expresión "sancionar" diciendo que en ningún caso puede suponer maltrato físico o de otra clase (Sentencia C-1003 de 2007). A pesar de esto, la principal razón que aducen los padres para seguir golpeando a sus hijos es que necesitan "enseñarles" o "corregirlos".⁷¹

Recuadro 6. Enseñando con violencia

El terapeuta saudí que enseña cómo golpear a las mujeres

Khaled al Saqaby explica en un video el "camino correcto" para que los musulmanes "disciplinen" a sus esposas. Mirá.

Parece una broma pero no lo es. **Khaled al Saqaby** es un terapeuta saudí cuyos **consejos para "controlar a las mujeres"** están escandalizado a las redes sociales tras publicar un video en el que explica el **"camino correcto" para que los musulmanes "disciplinen" a sus esposas.**

71

Ver: Elvia Vargas Trujillo y Clemencia Ramírez Herrera, *Maltrato Infantil*, Bogotá, Planeta, 1999



Perspectiva de género en la decisión judicial

En el video --que resurge cada tanto en la red, viralizándose cada vez, reproducido por los medios de todo el mundo--, el terapeuta establece **"tres líneas de actuación"** para "mantener la disciplina en casa "porque, según dice, el problema está en que **"desafortunadamente, algunas esposas quieren vivir una vida en igualdad con su marido"**.

La primera línea que aconseja es **recordar a las mujeres "sus derechos y sus deberes de acuerdo a Alá"**. Si aún así la mujer no desiste de su error, se pasa al segundo consejo: **"abandonarla en la cama"** ya que, según admite al Saqaby, "algunos esposos cometan errores que podrían exacerbar el problema".

Por ello, explica que si la pareja comparte la cama, él siempre **debe darle la espalda** o, incluso, recomienda que cada uno duerma en una cama individual, pero en la misma habitación.

En tercer lugar llega el azote.

Sí, "la acción física" también aparece como uno de sus principales consejos. El terapeuta saudí destaca que "se deben cumplir las condiciones islámicas necesarias", por lo que el golpe "no se debe realizar con una palo o un objeto afilado" sino con **"una varilla o un pañuelo"** para "hacer sentir a la esposa que estaba equivocada en la forma en que trataba a su marido".

Tomado de: El Clarin, Mayo 13, 2016 disponible en https://www.clarin.com/mundo/terapeuta-saudi-enseña-golpear-mujeres_0_VyWH8xJGb.html

Ap

Identifique un caso de su trayectoria profesional o personal en el que alguien, o usted mismo, hubiera pensado o actuado como si la violencia pudiera "enseñar" algo. Piense qué podría decirle a esa persona para convencerla de usar otras maneras menos dañinas para cambiar comportamientos o ideas.

"LA VIOLENCIA DE PAREJA NO PUEDE SER CONTENIDA LEGALMENTE—ES UN ASUNTO PRIVADO."

La idea de que la violencia de pareja no puede ser tramitada por el derecho, salvo en la medida que la mujer decide terminar la relación y el nivel de violencia justifica esta salida, ha sido muy importante históricamente. Las dificultades que confrontan las mujeres para "salir" de las relaciones, así como la verificación de que muchas mujeres que padecen agresiones no están en relaciones formales y por tanto no tienen el divorcio o la



Perspectiva de género en la decisión judicial

separación como alternativas legales para tramitar sus conflictos, han llevado a reevaluar el divorcio y la cárcel como principales alternativas para este problema. Así, muchos países del mundo han adoptado medidas de protección y atención a las víctimas de violencia de pareja que superan el marco ideado para la violencia entre extraños y buscan reducir la incidencia de este tipo de violencia. En el caso colombiano, estas medidas, previstas en la ley 294 de 1996 y 1257 de 2008, están a cargo tanto de Comisarios y Comisarias de Familia, como de Jueces de Garantías y Ejecución de Penas.

Recuadro 7. Medidas de protección para las víctimas de violencia intrafamiliar

Ordenar al agresor el desalojo de la casa de habitación.

Ordenar al agresor abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima.

Prohibir al agresor esconder o trasladar de la residencia a los niños y personas discapacitadas en situación de indefensión, miembros del grupo familiar.

Obligación de acudir a un tratamiento reeducativo y terapéutico a costa del agresor.

Ordenar al agresor el pago de los gastos de orientación y asesoría jurídica, médicos, psicológicos y psíquicos que requiera la víctima.

Protección temporal especial de la víctima por parte de las autoridades de policía, tanto en su domicilio como en su lugar de trabajo cuando el maltrato reviste gravedad.

Ordenar a la autoridad de policía, previa solicitud de la víctima, el acompañamiento para su reingreso al lugar de domicilio cuando ella se haya visto en la obligación de salir para proteger su seguridad.

Decidir provisionalmente el régimen de visitas, la guarda y custodia de los hijos e hijas si los hubiere.

Suspender al agresor la tenencia, porte y uso de armas, en caso de que estas sean indispensables para el ejercicio de su profesión u oficio (Decisión motivada).

Decidir provisionalmente quién tendrá a su cargo las pensiones alimentarias.



Perspectiva de género en la decisión judicial

Decidir provisionalmente el uso y disfrute de la vivienda familiar.

Prohibir, al agresor la realización de cualquier acto de enajenación o gravamen de bienes de su propiedad sujetos a registro, si tuviere sociedad conyugal o patrimonial vigente.

Ordenar al agresor la devolución inmediata de los objetos de uso personal, documentos de identidad y cualquier otro documento u objeto de propiedad o custodia de la víctima.

Cualquiera otra medida necesaria para el cumplimiento de los objetivos y propósitos de la ley 1257 de 2008.

Ae

1. Identifique una creencia de género relacionada con la violencia de pareja y cómo ésta ha influido un fallo reciente sobre violencia de pareja en los medios
2. Identifique la normativa vigente que debería aplicarse en este caso
3. Reflexione sobre los posibles obstáculos o dificultades que el juez pudo haber enfrentado para utilizar la normativa vigente
4. Reflexione sobre las consecuencias que podría tener no utilizar la normativa vigente

Creencias sobre la Participación Política de las Mujeres

Si bien la participación política de las mujeres se considera menos urgente y más influenciada por las decisiones mismas de las mujeres que por decisiones legislativas y judiciales, examinar las creencias relacionadas con esto es útil tanto para poner en contexto las demás creencias como para reevaluar el lugar que este asunto juega en la agenda de reforma. En esta parte se examinarán tres creencias: 1) A las mujeres no les gusta la política; 2) Las cuotas solamente perjudican a las mujeres; 3) Las mujeres no estás preparadas para tomar decisiones.

"A LAS MUJERES NO LES GUSTA LA POLÍTICA."

La creencia de que a las mujeres no les gusta la política se relaciona tanto con supuestos sobre la incompatibilidad moral de las mujeres con esta actividad, como con impresiones sobre la participación política de las mujeres. La primera idea está influida de modo importante por el marianismo al que hicimos relación anteriormente, pues el altruismo de las mujeres llegaría incluso al punto de que otros decidan y ellas se dediquen a ejecutar lo que sea que se decida. Competir por imponer un punto de



Perspectiva de género en la decisión judicial

vista resulta del todo incompatible con la sumisión, veneración y entrega de la virgen María que es el modelo. Se asume, de otro lado, que el hecho de que haya menos mujeres ocupando cargos de dirección y manejo en la rama ejecutiva, mujeres congresistas o mujeres magistradas, tiene que ver con que ellas “no quieren”, “no se presentan”, “no votan”.

No es difícil, sin embargo, poner en evidencia que el estado actual de la participación de las mujeres no tiene mucho que ver con su poco interés o voluntad sino con barreras de acceso de tipo legal y creencias de los hombres sobre el papel de las mujeres más que creencias de ellas mismas. El abstencionismo de las mujeres en Colombia no ha sido un tema de particular interés para los investigadores, que en general tienden a no diferenciar por sexo los resultados de las encuestas que usan para medir esto. El único dato que fue posible encontrar, fue el de la Encuesta de Cultura Política de 2007 realizada por el DANE, que muestra que las mujeres votan mucho más que los hombres en las elecciones locales (41% v. 33%).⁷² No habría razones para pensar de manera diferente. Igualmente, los datos que tenemos muestran que las mujeres participan en la Rama Judicial y Ejecutiva en los niveles inferiores y en los más técnicos, lo que tendría que mostrar su interés en desempeñarse en estas áreas.

Entre las barreras que se han identificado para las mujeres están la manera en la que se arman las listas para elecciones de distintos tipos, la manera en la que se financia la actividad política y el abuso de los circuitos informales, altamente masculinizados, en las campañas. En Colombia la participación en elecciones depende de la posibilidad demostrar un reconocimiento entre los electores, es decir, o se presenta uno como parte de un partido o movimiento político, o acredita contar con firmas que lo respalden. Los partidos y movimientos políticos, de otra parte, no tienen obligación ninguna de aceptar postulaciones de personas. Su libertad para configurar el mecanismo por el que organizarán las listas es casi absoluta. En la medida en que históricamente estos partidos y movimientos han estado liderados por hombres, a las mujeres les ha resultado muy difícil adentrarse en las redes informales por las que los “nuevos” demuestran tener potencial suficiente para recibir el apoyo de los líderes.

Los mecanismos de financiación también han influido en excluir a las mujeres pues privilegian a los partidos y movimientos y castigan muy duramente a quienes no obtienen buenos resultados en las elecciones. La ausencia de capitales de respaldo a las campañas, porque existen pocas mujeres que tengan estas sumas a título personal, hace más difícil aún que las mujeres asuman riesgos.

⁷² P. 15. Informe disponible en: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/ecpolitica/informe_ECP_07.pdf



Perspectiva de género en la decisión judicial

La ausencia de mecanismos democráticos o meritocráticos al interior de los partidos y movimientos políticos perjudica especialmente a las mujeres por la segregación de la vida social colombiana, así como por las creencias que los hombres siguen teniendo sobre el interés y la capacidad de las mujeres. Hasta hace relativamente poco, los hombres colombianos, en particular los de la élite, solamente se relacionaban con las mujeres en su calidad de hermanas, madres, hijas, esposas o amantes. La educación de élite fue segregada por sexo hasta bien entrados los noventa, persisten hoy algunos colegios de élite de solo mujeres u hombres, y las mujeres estuvieron excluidas de la universidad casi por completo hasta los sesenta. Si aceptamos que las principales redes se tejen en estos dos momentos de la vida, puede verse cómo los hombres pueden terminar rodeándose sólo de hombres pues solamente conocen y entienden cómo trabajan los hombres.

Recuadro 7. Las mujeres y el viejo club de chicos buenos por Audrey Nelson

Las mujeres están lejos de alcanzar la paridad con los hombres entre los ejecutivos y las juntas directivas de las primeras 500 compañías de la revista Fortune. Pero el camino hacia la oficina con vista y la salida del ghetto rosa parece estar más visible, y ahora sabemos de algunos de los trucos que los hombres han usado para llegar hasta arriba. Uno de estos trucos es el de “Lo que importa es a quién conoces”. Esto puede armarte o desarmarte en el mundo de los negocios. Nadie llega hasta la cima solo. Y las mujeres no pueden llegar sin construir redes con hombres y sin buscar a hombres que sean sus mentores. Los mentores hombres pueden ayudarles a entender el modo particular en que los hombres hacen negocios, y a entender cómo hablarles a los hombres para que escuchen y les ayuden a llegar a la cima. Necesitan mentores hombres y mujeres. Tenerlos a ambos les asegura que aprenderán los trucos de su negocio.

Recuerdo que cuando estaba creciendo mi padre, que era contador, era un miembro del Club Optimista (similar al Kiwanis, Rotario, de Leones y otras organizaciones de hombres). Yo también recuerdo que solamente eran miembros los hombres blancos, no había mujeres ni personas de otras razas. Eso era en los cincuentas y sesentas. Las cosas han cambiado –más o menos. Cuando mi padre compró el auto familiar, fue a donde un miembro del Club de los Optimistas que era dueño de un concesionario. Cuando necesitaba comprar el seguro del carro, iba a donde un miembro del Club de los Optimistas. Esta es una muestra de cómo funciona el “viejo club de chicos buenos”.



Perspectiva de género en la decisión judicial

La “vieja red de chicos” se refiere a un sistema informal de amistades y conexiones a través de la cual los hombres ejercen influencia haciendo favores y dando información para ayudar a otros hombres. Con frecuencia los hombres están conectados porque hacen parte del mismo club campestre, fraternidad, universidad, o comparten el mismo círculo social. Mucha gente cree que tuvo sus raíces en el Sur, pero estas redes pueden encontrarse en todos los Estados Unidos y en otros países. Más importante aún, muchas redes de chicos buenos dentro de las compañías son informales. Existen en cualquier escenario, desde el corporativo hasta las asociaciones religiosas, hasta las asociaciones sociales y políticas entre hombres blancos. Las conexiones y favores se hacen en los almuerzos, en el bar de deportes, en el club campestre o en el campo de golf.

Estas redes tienen varias consecuencias en el mundo de los negocios. Aunque los miembros incluyen ahora algunas mujeres (y minorías), el club de hombres blancos todavía excluye injustamente a muchas mujeres. Estos clubs ejercen poder a través de sus conexiones. Es verdad, se trata de a quién conoces. Cuando te presentan a la persona correcta, puedes hacer negocios importantes o cerrar asuntos a través de estas redes. Estas redes funcionan como cualquier otra red social informal: estableces conexiones a través de las amistades comunes. “Tu me rascas la espalda y yo te la rasco a ti” es el mantra del club de chicos buenos. Y funciona. Es correcto? Es justo? Claro que no, pero existe. [...]

Tomado de: <https://www.psychologytoday.com/blog/he-speaks-she-speaks/201703/women-and-the-good-ole-boys-club> (traducción de las autoras)

Ap

Lea los siguientes apartes del fallo del Consejo de Estado que dejó sin efectos la ley de cuotas para ternas que presente la Corte Suprema de Justicia para la elección de funcionarios públicos:

“Por consiguiente, la aplicación directa de los artículos 13 y 43 de la Constitución Política, tiene lugar cuando quiera que se trate de proteger el derecho subjetivo a la no discriminación, pero no es competencia del juez deducir o elaborar políticas generales para conjurar la discriminación de un determinado grupo social, como en el presente caso, del derecho general de las mujeres de acceder al servicio público y, en particular para ser parte de una de las máximas corporaciones de administración de justicia.



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

En esa perspectiva, a juicio de la Sala, el hecho de no haber sido incluida ninguna mujer en la conformación de la terna de candidatos con base en la que, posteriormente fue elegido el doctor Jaime Córdoba Triviño como magistrado de la Corte Constitucional, no constituye violación directa de los artículos 13 y 43 del estatuto superior, por cuanto ninguna mujer puede alegar la existencia de un derecho subjetivo para integrar ternas para elegir los magistrados de esa Corporación, sin perjuicio de la posibilidad que tienen ellas de aspirar a esos cargos y a ser tratadas en igualdad de condiciones en el respectivo proceso de selección.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la existencia de la obligación específica de inclusión de al menos una mujer en la composición de la terna de candidatos para la elección de Magistrados de la Corte Constitucional, en modo alguno está consagrada ni puede deducirse directamente del texto de las dos normas constitucionales en cuestión.

En consecuencia, la Sala desestima este primer cargo en que se apoyan las súplicas de las demandas, por no estar acreditada la violación normativa directa alegada por la parte actora."

Tomado de: Sentencia Consejo de Estado, Noviembre 26, 2002, Sala de lo Contencioso Administrativo:

(http://eleccionvisible.com/doc/Jurisprudencia/CONSEJO_DE_ESTADO.pdf)

Indique de qué maneras podrían las mujeres como individuos hacer exigibles la ley de cuotas a la luz de esta decisión del Consejo de Estado. ¿Considera que la dificultad para reclamar la discriminación puede ser resultado de creencias de género sobre el papel de las mujeres en la política?

"LAS CUOTAS SOLAMENTE PERJUDICAN A LAS MUJERES."

Para contrarrestar los mecanismos informales a través de los cuales se excluye a las mujeres, en muchos países se han introducido cuotas que favorecen su participación en distintas esferas de la vida pública: en las juntas directivas de empresas, en los partidos políticos, en los cargos burocráticos, en los altos cargos de la rama judicial, en cargos directivos en universidades, entre otros. La reacción de muchos hombres, también de algunas mujeres, a estas medidas es que ellas perjudican a las mujeres más de lo que las ayudan porque son una forma de paternalismo que no se compadece con las capacidades de las mujeres. Esta reacción, sin embargo, desconoce que el sistema político no opera principalmente sobre la base del mérito y que incluso los sistemas meritocráticos están sesgados en contra de las mujeres cuando tienen elementos de valoración subjetivos.



Perspectiva de género en la decisión judicial

En efecto, el ascenso a muchas posiciones de toma de decisiones no está definido por el mérito sino por nociones más intuitivas sobre la capacidad y la confianza. Si bien estas nociones aluden implícitamente al mérito, no hay realmente exigencias sociales ni legales de que los criterios de mérito se expongan o se verifiquen. Aceptar la disociación entre mérito y posiciones de manejo es importante, de un lado, para aceptar que cuando se introducen las cuotas simplemente se está cambiando un criterio irracional por otro. De otro lado, es importante para aceptar que quienes ocupan los cargos en la actualidad no tienen ningún "título" o "derecho" al cargo. No hay ningún sentido en el que pueda decirse que lo han ganado: ni lo merecen, ni han trabajado por él más o mejor que otros.

Si bien a las mujeres les va mucho mejor en las elecciones meritocráticas y tienden a preferir sistemas en los que se aplique la meritocracia –como los sistemas educativos o financieros-, también es cierto que incluso sistemas meritocráticos pueden estar sesgados cuando introducen algún elemento subjetivo y en estos casos las mujeres quedan excluidas. Este es el caso de las orquestas sinfónicas y de las Universidades, por ejemplo. En ambos sistemas se hace mucho énfasis en el mérito pero el mérito lo deciden de manera errática grupos de hombres y esto genera un sesgo que aleja a las mujeres. La razón por la que son los hombres los que eligen es simplemente que estuvieron ahí antes; las decisiones son erráticas, aunque no se crea, porque se toman caso por caso y no a través de reglas generales que todos los participantes puedan conocer y usar para ajustar sus comportamientos.

Cuando las cuotas son suficientemente generosas como para garantizar una masa crítica de mujeres, algunas han dicho que sería al menos el 30%, las mujeres no sólo pueden ascender, sino que pueden evitar estar todo el tiempo demostrando que se merecen estar ahí "aunque las haya favorecido una cuota". Esta libertad les permite trabajar por temas de mujeres, pero también crear distancia política con otras mujeres. Aun cuando no se logra la masa crítica, está visto que al aumentar las mujeres en posiciones de poder aumentan las decisiones que pueden servir para que progresen sus intereses como grupo: ya sea que se reduzcan los sesgos de las evaluaciones, se introduzcan reglas generales, se depure el sistema de creencias de género o se proteja con más frecuencia los derechos de las mujeres.

Ahora bien, es cierto que las cuotas para posiciones de manejo no favorecen a todas las mujeres. Pero tampoco favorecen a todos los hombres. Desconocer las posibilidades que ellos ofrecen para la redistribución de recursos y de poder es más que ingenuo, casi habla de una mala fe orientada a proteger un privilegio que no había sido retado significativamente hasta ahora.



Recuadro 8. Marco jurídico para la participación política de las mujeres en Colombia

“Desde que las mujeres obtuvieron el derecho al voto en 1954 el desarrollo legal en el país ha propendido a la inclusión de las mujeres en cargos de decisión política. En primer lugar, la Constitución de 1991 (y sus posteriores reformas), no solo reconoció la igualdad entre hombres y mujeres (artículos 13 y 43), sino la obligación de garantizar la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisarios de la Administración Pública (artículo 40), así como la aplicación de la equidad de género como principio rector de los partidos políticos (artículo 107).

Estos postulados constitucionales, el trabajo conjunto de las mujeres en el país y la institucionalidad, abrieron la puerta para la expedición de dos acciones afirmativas en materia de cuotas, claves para el propósito del aumento de la representación política de las mujeres:

Ley Estatutaria 581 de 2000 o Ley de Cuotas: Señala que el 30% de los cargos de máximo nivel decisorio y otros niveles en la estructura de la Administración Pública deben ser ocupados por mujeres. Esta Ley ha buscado garantizar a las mujeres la adecuada y efectiva participación en todos los niveles de las ramas y demás órganos del poder público.

Ley Estatutaria 1475 de 2011, por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones. Estableció un porcentaje mínimo (30%) de participación femenina en las listas de partidos políticos para cargos de elección popular, en donde se elijan más de 5 curules (Art. 28). También mencionó el principio de igualdad de género que rige los partidos políticos así: “los hombres, las mujeres y las demás opciones sexuales gozarán de igualdad real de derechos y oportunidades para participar en las actividades políticas, dirigir las organizaciones partidistas, acceder a los debates electorales y obtener representación política”.

Adicionalmente, en el último año, se expedieron importantes leyes y documentos de política pública que generan mecanismos para potenciar el trabajo de las mujeres en los ámbitos de representación política y desarrollo del país, claves para el desarrollo de las mujeres:



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ley 1434 de 2011, por la cual se crea la Comisión Legal para la Equidad de la Mujer en el Congreso. Esta Comisión busca fomentar la participación de las mujeres en el ejercicio de la labor legislativa y de control político, a través de funciones tales como elaborar proyectos de ley para la garantía de los derechos humanos de las mujeres en Colombia y ejercer control político para que los derechos de las mujeres se garanticen en el marco de planes, programas, proyectos y políticas públicas, entre otras.

Ley 1450 de 2011, que expide el Plan Nacional de Desarrollo. Establece (art. 177) que el Gobierno Nacional en cabeza de la Alta Consejería para la Equidad de la Mujer adoptará una política nacional de Equidad de Género, para garantizar los derechos humanos de las mujeres y la igualdad de las mujeres. Uno de los ejes en el que actualmente se está trabajando en el marco de formulación de esta Política de Equidad para las mujeres, liderada por la Alta Consejería con la participación activa del Gobierno y de las organizaciones sociales, es el de participación política de las mujeres.

Documento de Política Pública CONPES 140 de 2011, sobre metas y estrategias de Colombia, para el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM). El ODM 3, relativo a la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer, tiene como meta implementar las acciones afirmativas para el aumento de la proporción de las mujeres candidatizadas, así como aumentar en más del 30% la proporción de las mujeres en los niveles 1 y 2 de la Rama Ejecutiva y la Rama Judicial.

Marco jurídico internacional

En el ámbito internacional existen un sinnúmero de instrumentos y documentos que constatan las obligaciones del Estado colombiano en cuanto a la necesidad de promover la inclusión de las mujeres en los espacios de poder y decisión formal. A continuación se mencionan algunos de los más importantes, que se han dado tanto en el espacio regional de la Organización de Estados Americanos, como en el ámbito universal de los derechos humanos:

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW): Contiene varios artículos (3, 7 y 8) relativos a la participación política de las mujeres, en los que se resalta la obligación de los Estados. Parte de eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y garantizar la igualdad de condiciones con el hombre en la esfera política.



Perspectiva de género en la decisión judicial

Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995: Establece diferentes esfuerzos de promoción de los derechos de las mujeres, entre los cuales está la mujer en el ejercicio del poder y la adopción de decisiones. En desarrollo de este eje, los párrafos 190, 191 y 192 establecen las medidas que deben adoptar tanto el Gobierno, como otros actores institucionales y sociales con el fin de lograr la representación paritaria de las mujeres.

Convención internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, Belém Do Pará: Consagra el derecho de las mujeres a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos incluyendo la toma de decisiones (Artículo 4.j.).

Resolución 1325 de 2000, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: Se encarga de instar a los Estados Parte de Naciones Unidas, a generar acciones para el aumento de la participación de las mujeres en los niveles de adopción de decisiones en la solución de conflictos y los procesos de paz.

Consenso de Quito de 2007: Se delinean los compromisos de los países firmantes, entre los cuales está Colombia, para garantizar la plena participación de las mujeres en cargos públicos y de representación política con el fin de alcanzar la paridad en la institucionalidad estatal (poderes ejecutivo, legislativo, judicial y regímenes especiales y autónomos) y en los ámbitos nacional y local, como objetivo de las democracias latinoamericanas y caribeñas."

Tomado de: Observatorio de Asuntos de Género, Boletín 13, 2011, pp. 5-9 (http://www.equidadmujer.gov.co/oag/Documents/oag_boletin-13.pdf) (se eliminaron las notas de pie de página)



Perspectiva de género en la decisión judicial

Lea la siguiente lista de razones para una ley de cuotas en Chile. Señale cuál de ellas se cumplen para Colombia; indique la fuente utilizada para verificar la información:

10 razones para una Ley de Cuotas en Chile

1. Porque la representación equilibrada de hombres y mujeres es un asunto de derechos humanos, de justicia y de calidad de la democracia.
2. Porque en Chile las mujeres somos el 51% de la población y el 52% del electorado, pero solo el 13% del Congreso, el 12% de los alcaldes y el 22% de los concejales.
3. Porque las mujeres enfrentan más y distintas barreras que los hombres a la hora de postular a cargos públicos, lo que hace que la competencia sea desigual.
4. Porque mujeres y hombres tienen intereses y necesidades distintas, lo que hace necesario que en los órganos de representación política se haga visible esa diferencia.
5. Porque más mujeres en la política tiene un efecto positivo en la creación de modelos de conducta favorables para las mujeres jóvenes y las niñas, y también para los niños.
6. Porque más mujeres en política permitirá cambiar la forma en que la sociedad ve a las mujeres, eliminando las discriminaciones que las afecta.
7. Porque no hay democracia sin las mujeres.
8. Porque las medidas de acción afirmativa como las cuotas son el único mecanismo que ha demostrado ser efectivo, a corto y mediano plazo, para acelerar la incorporación de mujeres a cargos de toma de decisiones.
9. Porque hay mujeres capacitadas y dispuestas a ser candidatas, pero ellas son invisibles para quienes toman las decisiones. Al día de hoy, los partidos políticos chilenos nominan en más de un 80% a hombres como candidatos.
10. Porque el 78% de las mujeres y 67% de los hombres está de acuerdo con una ley de cuotas para que las mujeres puedan ser candidatas.

Tomado de: <http://leydecuotas.cl/10-frases-porque-el-numero-si-importa/>



Perspectiva de género en la decisión judicial

"LAS MUJERES NO ESTÁN PREPARADAS PARA TOMAR DECISIONES."

Existen muchas ideas sobre lo que significa estar preparado para tomar decisiones. En general, no se considera que los estudios o el mérito sean suficiente. Muchas veces ni siquiera se considera que sean un elemento importante. Socialmente se privilegia la "audacia", "intrepidez" y "capacidad de asumir riesgos". Con frecuencia se piensa que las mujeres no tienen estas habilidades.

Recuadro 9. Las mujeres pueden ser tan atrevidas y asumir tantos riesgos como los hombres

Los barómetros tradicionales del comportamiento de alto riesgo --- como apostar el salario de un día en un juego de poker o conducir una motocicleta sin usar casco --- con frecuencia se consideran masculinos. Un equipo de psicólogas --- Dra. Thekla Morgenroth y Pr. Michelle Ryan de la Universidad de Exeter y las Profs. Cordelia Fine y Anna Genat de la Universidad de Melbourne--- crearon una nueva medida de toma de riesgos usando actividades que las mujeres realizan con más frecuencia, como montar a caballo o realizar compras arriesgadas en internet.

Encontraron que la investigación y las encuestas sobre conducta riesgosa ha reforzado los supuestos culturales sobre quién toma riesgos. Las evaluaciones de heroísmo, atrevimiento o audacia frecuentemente se enfocan en comportamiento tradicionalmente masculino como el de las apuestas o el paracaidismo. Cuando este sesgo se tiene en cuenta, las mujeres y los hombres se califican como igualmente capaces de tomar riesgos.

Los hallazgos de su estudio, publicados en la revista Social and Psychological and Personality Science, cuestionan si el tomar riesgos es un rasgo de la personalidad masculina y si las mujeres son tan aversas al riesgo como anteriormente se había supuesto. La Dr. Thekla Morgenroth, una investigadora posdoctoral en la Universidad de Exeter, y autora principal del artículo dijo: "Cuando las personas se imaginan a quien toma riesgos, se imaginan a alguien que arriesga su fortuna en un juego de póker, un director ambicioso, o alguien que está cruzando el Cañón del Colorado en una cuerda floja --- lo más seguro es que piensen en un hombre. En otras palabras, en nuestra cultura, el riesgo está fuertemente asociado a la masculinidad--- y nuestra investigación muestra que los científicos también han medido el riesgo usando estos sesgos.



Perspectiva de género en la decisión judicial

La Dra. Morgenroth siguió diciendo: "Las medidas tradicionales de riesgo tienden a dejar de lado que las mujeres toman muchos riesgos todo el tiempo ---montan a caballo, cuestionan el sexism, tienden a donar sus riñones con más frecuencia que los hombres. En nuestro estudio, mostramos que cuando se les pregunta a los hombres y a las mujeres qué tan inclinados se sienten a tomar riesgos más femeninos, la diferencia de género en asumir riesgos desaparece de repente o incluso se invierte y las mujeres reportan tomar mayores riesgos. Hemos estado dejando de lado los riesgos que toman las mujeres porque nuestras medidas han estado sesgadas.

Su co-autora la Prof. Cordelia Fine, cuyo libro *Testosterone Rex: Unmaking the myths of our gendered minds* ganó el premio de la Royal Society Insight Investment Science Book de 2017, agregó: "Incluso cuando comparamos el nivel de riesgo físico o financiero, encontramos que la elección de una actividad riesgosa ---masculina o neutral o femenina --- marca una diferencia en la conclusión sobre cuál género toma más riesgos."

Las académicas encuestaron a un total de 238 personas en dos estudios que usaron medidas tradicionales de riesgo y nuevas preguntas que incluían más actividades que fueron calificadas como femeninas por un grupo de 99 hombres y mujeres.

[...]

La coautora y profesora Michelle Ryan anotó: "Entender la naturaleza de las diferencias de género en tomar riesgos es particularmente importante porque el supuesto de que las mujeres son aversas al riesgo es frecuentemente usado para justificar desigualdades de género que persisten ---tales como las diferencias salariales y la sub representación de las mujeres en la política y en posiciones de liderazgo."

Tomado de: Science Daily; disponible en: <https://www.sciencedaily.com/releases/2017/10/171005102626.htm>

Se ha demostrado, no obstante, que el privilegio popular a la intuición, es incorrecto. Lo que estos estudios muestran es que quienes toman decisiones correctas así parezca que lo hacen intuitivamente, responden a largos años de entrenamiento formal o informal, o niveles muy altos de inteligencia. Para quienes vamos en un avión o un auto, en donde un conductor toma una decisión arriesgada, o vivimos en un país, en donde un gobernante debe hacerlo, lo que importa en últimas es que la decisión sea correcta. Aunque es cierto que para una persona altamente entrenada



Perspectiva de género en la decisión judicial

y muy inteligente la decisión parece intuitiva, no reconocer el esfuerzo y trabajo involucrados en llegar a este nivel es simplemente un error. Habitualmente esto pasa cuando se trata de mujeres que dicen estar confiando en su instinto: se cree que sus estudios y trabajo no cuenta para nada a la hora de la verdad.

Los riesgos de sobrevalorar el comportamiento que es simplemente arriesgado, es decir, que no tiene sustento en trabajo, entrenamiento y estudios, han sido mostrados en estudios recientes que conectan estos comportamientos arriesgados con quiebras individuales y sociales. El comportamiento meramente “arriesgado” tiende a ser premiado con frecuencia en los hombres y por eso parece casi un rasgo de su sexo. Los costos de estos comportamientos, sin embargo, han sido asumidos por todos los ciudadanos por igual, hombres y mujeres.

Recuadro 10. Aprendizajes de la última crisis financiera

El concepto de Riesgo de Conducta ha evolucionado en los últimos años de ser un riesgo relativamente inexplorado y subestimado, a ser uno de los principales riesgos a los que se enfrentan las entidades financieras. Aunque existe cierta diversidad en la forma en que las entidades definen el Riesgo de Conducta, en general es aceptado que el Riesgo de Conducta se refiere a las pérdidas que sufre una entidad a raíz de su [propia] mala conducta. El Consejo Europeo de Riesgo Sistémico se refiere al Riesgo de Conducta como a los “riesgos relacionados con la forma en que una empresa y su personal se comportan”. Como tal, incluye el trato a clientes e inversores, la venta abusiva de productos financieros, el incumplimiento de las normas y la manipulación de los mercados.

De la misma forma que ha ocurrido con muchos otros valores y comportamientos de la industria financiera, la crisis financiera y otras fuerzas de transformación han sacudido en los últimos años el status quo existente en el modelo de relación entre las instituciones financieras y sus clientes e inversores:

Rescates: la necesidad de que ciertos bancos tuvieran que ser rescatados por los gobiernos en todo el mundo dio lugar a una mayor presión por parte de la opinión pública, que instó a los gobiernos y a los reguladores a que actuaran en interés de la mayoría de la sociedad e hicieran rendir cuentas a las instituciones financieras.



Perspectiva de género en la decisión judicial

Entorno macro: los cambios cíclicos y la profunda depresión de los indicadores macroeconómicos tuvieron como consecuencia que algunos productos de inversión dejaran de ser rentables (p.ej. los productos estructurados referenciados a un índice), y se activaran ciertos productos de protección (con el Seguro de Protección de Pagos encabezando la lista). Estos dos aspectos contribuyeron a que salieran a la luz muchos casos de venta abusiva de productos, reforzando la percepción de que existía una falta de protección al cliente. Por otra parte, la misma situación de depresión económica desembocó en mayores tasas de desempleo, lo que aumentó el malestar público y la presión sobre los legisladores para que hicieran pagar a los bancos su parte de la factura por su papel de agentes en la crisis.

Deficiente cultura de protección al consumidor: la cultura de algunas entidades financieras ha sido cortoplacista, orientada a la generación de resultados financieros en lugar de a obtener un resultado justo para el cliente. Esto lo corrobora la Comisión Parlamentaria de Estándares Bancarios, que afirma que “es probable que (los esquemas de incentivos) hayan fomentado la venta abusiva y la conducta indebida”. Por tanto, en algunos casos, el principal motivo de dicha cultura y comportamiento inadecuados eran los deficientes esquemas de incentivos. Andrew Bailey, el entonces presidente ejecutivo de la Autoridad de Regulación Prudencial del Reino Unido, explica su visión de esta forma: “mi evaluación de la historia reciente es que no ha habido un caso en que un fallo significativo en materia prudencial o de conducta en una empresa no se debiera a un fallo de cultura entre otras causas de fondo”.

Los avances tecnológicos siguen transformando no solo la forma en que los bancos distribuyen productos, sino también el modelo de relación que mantienen con sus clientes. Las nuevas tecnologías empezaron a permitir que este tipo de relaciones pasaran de ser dirigidas por los bancos y reactivas, a ser proactivas y dirigidas por el cliente. Esto quiere decir que toda interacción se produce precisamente cuando y como el cliente lo requiere. Los clientes de todas las edades y niveles de poder adquisitivo, acostumbrados a los modelos de distribución utilizados por las grandes empresas tecnológicas y de servicios, en que la relación entre cliente y proveedor está más automatizada, exigen lo mismo de los bancos.

De acuerdo con lo anterior, el análisis del Riesgo de Conducta y su gestión proactiva están rápidamente cruzando fronteras y extendiéndose a otros sectores. En algunas regiones, esta evolución está siendo impulsada y alentada por medio de una intervención regulatoria muy activa en la que los



Perspectiva de género en la decisión judicial

reguladores destacan el impacto provocado por una conducta inadecuada en la totalidad del sistema financiero. Como Mark Carney, entonces gobernador del Banco de Inglaterra, dijo en 2014, “el nivel de conducta inadecuada en algunas instituciones financieras ha aumentado tanto que podría llegar a crear riesgos sistémicos”. La intervención correspondiente por parte del regulador ha resultado en normas, directrices y mejores prácticas, así como en la imposición de grandes multas y programas de recuperación a las instituciones financieras.

Tomado de: Managing Solutions, Riesgo de Conducta: tendencias y desafíos, disponible en: <https://www.managementsolutions.com/sites/default/files/publicaciones/esp/riesgo-de-conducta.pdf>

Ap

Muchos Códigos Civiles han sido reformados recientemente para reemplazar el estándar del buen padre de familia por el de la “persona razonable”. Los legisladores franceses explícitamente señalaron que con este cambio buscaban eliminar los prejuicios patriarcales de la legislación. Pero el cambio va mucho más allá del lenguaje irrespetuoso: mientras el primero evaluaba una diligencia general, el segundo se refiere a una culpa en concreto o circunstancial. De proveniencia anglosajona, el criterio de la persona razonable sugiere mirar en concreto si lo que alguien hizo lo habría hecho una persona “promedio” con igual formación y/o profesión.

El derecho anglosajón, al contrario de lo que señalan los legisladores franceses, no ha tenido en cuenta el sexo para definir a la persona “promedio”. De acuerdo con lo estudiado en esta parte, indique si usted cree que deba usarse el estándar de la persona razonable en Colombia y si usaría el sexo como criterio para definirla.

Ae

1. Identifique una creencia de género sobre la participación política de las mujeres que podría aplicarse al área del derecho en donde usted desarrolla su labor judicial
2. Explique cómo dicha creencia de género afecta o podría afectar las decisiones judiciales en su área
3. Ilustre con un ejemplo la manera en que dicha creencia de género afecta o podría afectar la decisión judicial
4. Identifique la normativa vigente para tomar una decisión en el caso de ejemplo
5. Reflexione sobre cómo la normativa vigente contradice o no la creencia de género



Unidad 3: La eficacia de la decisión judicial

Og

Comprender los factores que pueden aumentar o disminuir la eficacia de una decisión judicial y familiarizarse con algunas herramientas para potenciar la intervención del juez

Oe

Comprender la manera en la que la argumentación puede afectar la eficacia de la decisión judicial

Identificar las características de los destinatarios de órdenes judiciales que pueden afectar su disposición y capacidad de cumplimiento

Identificar las características de las órdenes que pueden influir en la eficacia de las decisiones judiciales

Reconocer algunas herramientas para mejorar la eficacia de la decisión judicial



Perspectiva de género en la decisión judicial

Uno de los obstáculos más importantes en la materialización de los cambios legales es que las decisiones de los distintos funcionarios involucrados efectivamente se ejecuten. Si bien existen distintos mecanismos orientados a garantizar esto, los procesos ejecutivos y los juicios de desacato, por ejemplo, lo deseable sería que este tipo de decisiones no inundaran el sistema porque en últimas implican un doble trabajo por caso. En esta parte del módulo se presenta: 1) un modelo para pensar los problemas de eficacia de la decisión judicial; y 2) herramientas para aumentar la eficacia de la decisión judicial.

Los elementos de la decisión judicial

Si entendemos la decisión judicial como orientada a la resolución de conflictos, podemos aislar tres maneras en las que este resultado se produce: a) la articulación de argumentos; b) el destinatario de la orden; y c) el contenido de la orden. El primer aspecto de la decisión judicial, el de la argumentación, es crucial porque propone una manera de pensar el problema y su solución, que determinará las respuestas de casos futuros, pero también la aceptabilidad o resistencia de la decisión. La articulación de argumentos puede enfatizar los aspectos procesales de la decisión o los aspectos sustantivos; puede evidenciar los distintos niveles normativos involucrados en la decisión o no; y puede elegir abordar el nivel meramente textual de la norma o involucrar razones de tipo moral, político, económico o cultural. El destinatario de la orden puede estar más o menos dispuesto políticamente a obedecer, tener más o menos recursos para conocer la orden y contar con más o menos recursos para llevar a cabo lo que se le pide. En relación con el destinatario también puede pasar que tengamos más o menos formas de supervisar sus acciones y evaluar el impacto de lo que se le ha ordenado hacer. Finalmente en relación con el contenido de la orden sabemos que además de las objeciones políticas, existen restricciones económicas y financieras para distintos actores, restricciones de orden legal y restricciones operativas.



Recuadro 1. Elementos de la decisión judicial

| 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 del a 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 |



Perspectiva de género en la decisión judicial

| | | |
|---------------------------------|---|---|
| Destinatario de la orden | ¿El destinatario de la orden se ha mostrado históricamente dispuesto a obedecer? | <p>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</p> <p>En la medida en que el juez tiene la posibilidad de ampliar o cambiar los destinatarios de la orden, ese comportamiento se vuelve relevante.</p> |
| | ¿El destinatario de la orden puede conocer la orden dentro de los términos previstos? | <p>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</p> <p>Aquí debe tenerse en cuenta que muchos destinatarios no reciben una sola orden sino múltiples órdenes relativamente simultáneas de distintas autoridades</p> |
| | ¿El destinatario de la orden cuenta con los recursos para cumplir la orden? | <p>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.</p> |



Perspectiva de género en la decisión judicial

| | | |
|------------------------------|--|--|
| 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. |

Con base en estos criterios puede construirse un continuo de eficacia "predecible" de la decisión judicial en la que en un extremo se ubicarían las decisiones judiciales que involucran a personas privadas y asuntos de familia; mientras que en el otro extremo se ubicarían las decisiones judiciales que involucran a funcionarios públicos y asuntos penales. El reto del juez, en general, es mejorar la eficacia de sus decisiones sin necesariamente replicar el modelo penal.

Ap

Compare y contraste las siguientes decisiones judiciales –si es necesario consulte la decisión completa.

1. Utilizando los criterios anteriores explique cuál podría ser más eficaz.
2. Reflexione, en su concepto, ¿se queda algún criterio por fuera con este modelo?
3. Anote los criterios que le parezcan más relevantes, así como las maneras en las que, en su experiencia, ha intentado resolver problemas como estos y otros similares.



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

Decisión 1.

“[...] La falta de competencia material para la expedición de los actos en los que se impuso la multa al contratista y la nulidad absoluta de la cláusula que la contempla. 5.1. Por sabido se tiene que el acto administrativo es una manifestación unilateral de la voluntad de una autoridad, en ejercicio de una función o potestad administrativa, que contiene una decisión con efectos jurídicos vinculantes para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones en situaciones generales o particulares para los administrados o en la propia administración; igualmente, se presume legal y tiene la característica de ejecutividad, obliga a los particulares y permite que la Administración pueda ejecutarlo (artículos 64 y ss. del C.C.A.). Su validez y eficacia depende de ciertos elementos esenciales, entre ellos, la competencia, el contenido, los motivos, la finalidad y la forma. La competencia hace relación a la facultad que tiene un funcionario u órgano para ejercer función administrativa en una materia y dentro de cierto tiempo y ámbito territorial. Es el poder de conocer, gestionar y ejercer autoridad administrativa en ciertos asuntos, dentro de “... la esfera de atribuciones de los entes o órganos, determinada por el Derecho objetivo o el ordenamiento jurídico. Vale decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe legítimamente ejercer...” . La competencia, entonces, está delimitada por las atribuciones conferidas por la Constitución, la ley o el reglamento a las entidades y servidores públicos, quienes únicamente pueden hacer, actuar y ejercer funciones en lo que les está legalmente permitido y autorizado para el cumplimiento de los fines del Estado (arts. 2, 6, 121 y 122 C.P.). Como expresión del principio de legalidad, la competencia es expresa, irrenunciable e improrrogable, y está asignada por el ordenamiento jurídico en razón a criterios o factores, entre los que se destacan: (i) la materia (*ratio materie*), es decir, según las actividades, tareas y funciones que legalmente puede desempeñar la autoridad; (ii) el territorio (*ratio loci*), esto es, el ámbito espacial o circunscripción en la cual se puede ejercer; (iii) el tiempo (*ratio temporis*), o sea el ámbito temporal en el cual es legítimo ejercerla; y el grado; (iv) el nivel de jerarquía o posición vertical que tenga la autorizada dentro de la organización administrativa; y (v) al sujeto (*ratio personae*), esto es, por las calidades o condiciones de la autoridad. En este sentido, se puede afirmar que los actos administrativos están ajustados a la ley cuando han sido proferidos por una autoridad pública u órgano dentro del marco de las atribuciones asignadas por la Constitución, la ley o el reglamento, esto es, de su competencia; y, en contraste, están viciados por una causal de nulidad declarable por el juez administrativo “...cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes...” (art. 86 C.C.A.), es decir, sin facultades para actuar administrativamente o por fuera de las reconocidas por aquellas preceptivas a los funcionarios u órganos públicos. 5.2. En el sub exámine los hechos probados dan cuenta de la suscripción del



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

contrato de compraventa No. 068 CEITE/94, entre el Ministerio de Defensa Nacional y la sociedad Pronto Car Ltda., el 12 de diciembre de 1994, razón por la cual el régimen jurídico aplicable al mismo es el contenido en la Ley 80 de 1993 -original-, por cuanto su celebración tuvo lugar luego de que ésta entrara a regir conforme lo dispuesto por su artículo 81 ; normativa además con fundamento en la cual debe solucionarse la controversia en la medida en que tanto los hechos que se imputaron como constitutivos de infracción al contrato, como la expedición de los actos acusados en los que se impuso la multa ocurrieron estando ella en rigor . Así mismo, consta que dicho contrato tuvo por objeto la adquisición de 30 automóviles Sonata GL 2.0 inyección 50HC, por un valor total de US339.390 y un valor adicional de \$120.000.000 por los conceptos de carga, bodegaje, costo de transporte y seguro; que se convino un plazo de ejecución de 90 días, y que los vehículos fueron entregados el 11 de mayo (18) y 6 de junio de 1995 (12). Quedó también acreditado que con sustento en las dificultades en la producción de los bienes manifestadas por el fabricante en el exterior, el contratista pidió dos veces prórroga del término de entrega, la cual le fue negada por el Ministerio de Defensa Nacional; y que, en cambio, el 19 de mayo de 1995, se impuso al contratista una multa mediante el acto atacado, con fundamento en la cláusula décima quinta del contrato, en la que se estipuló que la mora o el incumplimiento de las obligaciones del contratista daría derecho al Ministerio para imponer a aquél multas diarias del 1% del valor de los elementos no entregados oportunamente y hasta por un término máximo de quince (15) días calendario, multa que, por lo demás, de acuerdo con el párrafo de la cláusula décima sexta podía ser tomada directamente de la garantía constituida o de los saldos a su favor y si no fuere posible, cobrada por jurisdicción coactiva. Sin embargo, repara la Sala que, teniendo en cuenta que no existía norma legal en vigencia de la Ley 80 de 1993 -original- que facultara al Ministerio de Defensa Nacional para imponer unilateralmente la multa pactada, carecía éste de competencia para tomar dicha decisión, lo cual significa que las resoluciones números 05493 de 19 de mayo de 1995 y 07975 de 1 de agosto de 1995, mediante las cuales se adoptó la medida sancionatoria cuestionada, se encuentran viciadas de ilegalidad, motivo suficiente para anularlas, sin que para ello sea menester acudir a otro cargo, pues, como se sabe, el vicio de incompetencia es insaneable. 5.3. De otra parte, ubicados en el terreno de la validez de la cláusula décima quinta del contrato, advierte la Sala que adolece de un vicio de nulidad absoluta por objeto ilícito al contravenir normas de derecho público y, por ende, de carácter imperativo, además de entrañar un ejercicio abusivo del poder público, según se pasa a explicar. Como se mencionó, si bien es cierto que en vigencia de la Ley 80 de 1993 -original- no se cuestiona la posibilidad de que las partes en un contrato estatal pacten la cláusula de multas, dado que tal estipulación en ejercicio de la autonomía de la voluntad es de uso común y válida dentro de los contratos regidos por el derecho privado -régimen que resulta aplicable al contrato



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

estatal en virtud de los artículos 13, 32 y 40 ejusdem-, no lo es menos que la Administración no puede declarar el incumplimiento (parcial) del contrato e imponer unilateralmente una sanción mediante un acto administrativo, pues tal potestad exorbitante no le fue atribuida ni autorizada en dicha ley, caso en el cual debe acudir al juez del contrato. La Ley 80 de 1993 -original-, se iterá, no contenía disposición alguna que le otorgase a la Administración facultades de imponer unilateralmente multas y de hacerlas efectivas. Sólo dispuso, en su artículo 14.1, que se deben pactar "...las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, modificación e interpretación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y caducidad de los contratos...", así como de reversión en los términos de los artículos 15 a 19 ibídem, de manera que en el marco de dicho régimen no podía estipularse en los contratos una potestad sancionatoria con ese alcance para las entidades públicas, so pena de que la cláusula contractual en la que se incluyan y el acto mediante el cual se hagan efectivas queden viciados de ilegalidad, por violación de normas imperativas y de orden público y falta de competencia material. En efecto, recuérdese que los poderes excepcionales al derecho común, únicamente pueden ser ejercidos en los casos y con las condiciones que la ley autoriza a las entidades públicas, habida cuenta de que está por fuera de discusión que todas las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución Política y en la ley y, por lo mismo, son responsables por infringirlas y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6º, 121 y 122 superiores. Desde esa perspectiva, el pacto de facultades exorbitantes o excepcionales sólo puede provenir de una autorización del Legislador de incorporar al contrato las cláusulas que regulan su ejercicio, es decir, en los eventos previa y expresamente establecidos por la ley, toda vez que tamaños poderes no pueden quedar a la mera autonomía de la voluntad de las partes, a quienes no les es dable convenir su otorgamiento sin la anuencia o autorización de aquél, pues ello constituye una clara violación, no sólo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, sino, más grave aún, de los preceptos constitucionales antes citados, lo que acarrea la nulidad de la cláusula correspondiente al configurarse la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito (artículos 1502, 1519 y 1741 del Código Civil) y la nulidad por abuso de poder (artículo 44-3 de la Ley 80 de 1993), en tanto conlleva el ejercicio de funciones no asignadas por la Constitución o la ley a la Administración. 5.4. Ahora bien, como quiera que la cláusula décima quinta se encuentra afectada por un vicio de ilegalidad que la hace incurrir en una causal de nulidad absoluta (objeto ilícito), la misma debe ser declarada de oficio, como en efecto se dispondrá por la Sala. Ciertamente, el juez tiene competencia para pronunciarse sobre la existencia y validez del contrato, no sólo como pretensión formulada por el demandante o excepción alegada por el demando, sino también de manera oficiosa. Para el caso concreto de



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

la declaratoria de oficio de la nulidad absoluta de una de las estipulaciones del contrato -por objeto ilícito-, es menester señalar que el artículo 305 del C.P. Civil indica que en la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, no sólo ocurrido después de haberse propuesto la demanda, sino también cualquiera otro que encuentre probado el juzgador siempre que le esté autorizado; y el artículo 164 -incisos segundo y cuarto- del C.C.A. preceptúa que “[e]n la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada...”, e incluso que “[e]l silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la reformatio in pejus...”, imperativos procesales estos de orden público y, por tanto, de obligatorio cumplimiento (artículo 6 C.P.C.) para el juez. Estos preceptos que son expresión del principio de congruencia, resultan armónicos con lo ordenado por el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, según el cual la nulidad absoluta “podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, y por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación...”, y con el precepto del artículo 1742 del Código Civil subrogado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1936, que establece esta facultad oficiosa y de control de legalidad del negocio jurídico por parte de los jueces ante vicios que constituyan su nulidad absoluta, en los siguientes términos: “Artículo 1742.- [Subrogado. L. 50/36, art. 2º]. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.” Además, concordante con la norma trascrita, también el inciso 3º del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998), señala que el Juez Administrativo se encuentra facultado para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en el mismo intervengan las partes contratantes o sus causahabientes. Es conveniente resaltar que las previsiones legales que autorizan el ejercicio de facultades oficiales a todo juez, están revestidas de toda lógica en el mundo del derecho, por cuanto el pronunciamiento judicial sobre un contrato y sus incidencias implica la ausencia de vicios que comporten la nulidad absoluta del contrato o cualquiera de sus estipulaciones, como son el recaer, entre otras, en objeto o causa ilícitas, causales que están previstas en la legislación para salvaguardar el orden jurídico en aspectos de interés general. Salta a la vista que en materia de contratación de la Administración, la institución de la nulidad absoluta debe ser aplicada con el mayor rigor, toda vez que los contratos que celebran las entidades estatales deben cumplir con los fines de la contratación estatal, por lo que pugna con el orden



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

jurídico cualquier pronunciamiento judicial que fije derechos u obligaciones en relación con un contrato estatal que esté afectado por un vicio de nulidad absoluta, como son, por ejemplo, el objeto y la causa ilícitas. Con otras palabras, el juez natural del contrato en materia de estudio sobre la validez del contrato no está limitado a que el punto le haya sido asignado expresamente o propuesto en las pretensiones o en las excepciones formuladas por las partes, dado que el ordenamiento jurídico le otorga los poderes oficiosos necesarios para el efecto, como son los establecidos en los artículos 305 y 306 del C. P. Civil, el inciso 3º del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998); el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 1742 del Código Civil (subrogado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1936). Así las cosas, el juez administrativo puede y debe declarar oficiosamente la sanción legal (art. 6 C.C.) de la nulidad absoluta del contrato o de alguna de sus estipulaciones, aunque no exista petición de parte, en cualquiera de las instancias del proceso, cuando aparezca plenamente demostrada en el proceso y en él intervengan las partes o sus causahabientes, como también puede ser solicitada por el Ministerio Público o por quien acredite un interés directo en el contrato. En el presente caso, en la pretensión segunda de la demanda, la actora solicitó inaplicar la cláusula décima quinta - multas del contrato de compraventa No. 068 de CEITE celebrado el 12 de diciembre de 1994, por estar afectada de nulidad absoluta; no obstante, cabe advertir que la demandante no apeló la sentencia, pero es claro que para proceder al estudio de una conducta de incumplimiento del contratista sin que medie justificación alguna -fuerza mayor-, como lo propone la entidad demandada y ahora apelante, es menester partir de la base de la validez de la cláusula en la que se pactaron las multas. Por tal motivo, no es en virtud de su solicitud en la demanda sino de oficio que en esta instancia se anulará dicha cláusula, por estar ciertamente viciada de nulidad absoluta por objeto ilícito al violar normas imperativas y de orden público, que determinan, a su vez, una incompetencia en razón de la materia para la Administración. En conclusión, la Sala modificará la sentencia impugnada en consonancia con lo señalado y, por ende, mantendrá las decisiones adoptadas por el Tribunal a quo, aunque por motivo diferente al expuesto por éste, el cual consiste en la falta de atribución legal de la Administración para imponer unilateralmente multas y convenirlas en el contrato (incompetencia por razón de la materia), por cuanto ni en la Ley 80 de 1993 ni en otra ley, se le asignó o confirió; no obstante, adicionará la declaratoria de nulidad de la cláusula décima quinta del contrato. Finalmente la Señora Consejera, doctora M.G. de E., manifestó a la Sala su impedimento para conocer del proceso de la referencia, por encontrarse incursa en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, que prescribe: "Haber conocido del proceso en instancia anterior, el juez...". Por lo anterior, la Sala aceptará el impedimento.



Perspectiva de género en la decisión judicial

| | |
|----|---|
| Ap | <p>En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, FALLA:</p> <ul style="list-style-type: none">● ACÉPTASE el impedimento manifestado por la doctora M.G. de E..● MODIFÍCASE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 30 de septiembre de 1999, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca● Sección Tercera, cuya parte resolutiva quedará así: “PRIMERO.- Declárase la nulidad absoluta de la cláusula décima quinta (multa) del contrato de compraventa No. 068 CEITE/94, celebrado el 12 de diciembre de 1994 entre el Ministerio de Defensa Nacional y la sociedad Pronto Car Ltda.“SEGUNDO.- Decláranse nulas la Resoluciones Nos. 05493 de 19 de mayo de 1995 y 07975 de agosto 1º de 1995, por las cuales el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL impuso una multa al contratista y confirmó la decisión.“TERCERO.- Como consecuencia se ordena a la demandada, que en el evento de haber sido cancelada la multa se proceda a su reintegro por el valor actualizado a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.“CUARTO.- Deniéganse las demás súplicas de la demanda.” DEVUÉLVASE, en firme este proveído, el expediente al Tribunal de origen. <p>CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE. RUTH STELLA CORREA PALACIO MAURICIO FAJARDO GÓMEZ ENRIQUE GIL BOTERO (Sentencia Consejo de Estado, Sección 3, Sala de lo Contencioso Administrativo, Octubre 7, 2009)</p> <p>Decisión 2.</p> <p>SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO. EL JUZGADOR PUEDE CONCEDERLA PARA UN EFECTO DIVERSO AL SOLICITADO POR EL QUEJOSO.</p> <p>Para que proceda la suspensión a petición de parte, es necesario que el quejoso señale claramente los actos cuya suspensión se solicita y las razones por las cuales debe proceder; sin embargo, la Ley de A. no especifica los términos para los cuales debe concederse. Ahora bien, una vez que el juzgador determina que procede conceder la suspensión del acto reclamado, puede hacerlo para un efecto diverso al solicitado por el quejoso, a fin de conservar la materia de la controversia y evitar que sufra afectaciones en su esfera jurídica</p> |
|----|---|



Ap

mientras se resuelve el fondo del asunto. En este sentido, el artículo 147 de la Ley de Amparo establece que los jueces deben fijar la situación en que habrán de quedar las cosas y tomar medidas para conservar la materia del amparo hasta la terminación del juicio, de tal manera, limitar a los jueces a conceder la medida suspensional para un efecto que, a pesar de haberse solicitado, no sea el idóneo para preservar la materia del juicio o no le dé la mayor protección al quejoso, sería contrario a su objetivo principal. En efecto, los jueces deben tener la facultad de modificar los términos en que fue solicitada la suspensión, ya que así pueden actuar de la forma más favorable para el quejoso, protegiendo el orden público y el interés social. En este sentido, el artículo 154 de la Ley de Amparo, señala que la resolución que conceda o niegue la suspensión definitiva podrá modificarse o revocarse de oficio o a petición de parte, cuando ocurra un hecho superveniente que lo motive. Por tanto, por mayoría de razón, si la ley de la materia dispone que la resolución que conceda o niegue la suspensión puede ser modificada de oficio cuando se presente un hecho novedoso, resulta evidente que los juzgadores tienen la misma facultad de modificar lo solicitado por el quejoso al concederla.

PRIMERA SALA

PRECEDENTES:

Contradicción de tesis 25/2017. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito. 16 de agosto de 2017. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por la competencia. Disidente: J.R.C.D.. Unanimidad de cinco votos de los Ministros A.Z.L. de Larrea, J.R.C.D., J.M.P.R., A.G.O.M. y N.L.P.H., en cuanto al fondo. Ponente: A.Z.L. de L.. Secretario: J.I.M.S.. Criterios contendientes: El Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito, al resolver el amparo en revisión (incidente de suspensión) 100/2014, sostuvo que la suspensión no debe concederse forzosamente de la manera en que fue solicitada, ya que eso lo determina el juez de amparo. El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al resolver el amparo en revisión (incidente de suspensión) 282/2016, sostuvo que la suspensión únicamente puede concederse en los términos en que expresamente la solicitó el quejoso. Tesis de jurisprudencia 92/2017 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de quince de noviembre de dos mil diecisiete.

(Sentencia Suprema Corte de Justicia, México, 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación; 1a./J. 92/2017 (10a.))



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

Decisión 3.

Santiago, treinta de noviembre de dos mil diecisiete.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus fundamentos 5º a 9º, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar presente:

Primero

Que según se desprende de la lectura de la acción constitucional intentada en estos autos por el abogado Juan García Holtz en representación de C.E.H.V., el acto impugnado consiste en la negativa de la Isapre Vida Tres S.A. de bonificar las prestaciones recibidas por éste, correspondientes al DAV (dispositivo de asistencia ventricular cardiaco) fundado en que no se encuentra dentro de las prestaciones codificadas en el arancel de su plan de salud, por lo tanto no corresponde contractualmente su bonificación.

Precisa que el 11 de diciembre de 2016, el señor H. ingresó a la Clínica Las Condes producto de una insuficiencia cardiaca grave, momentos después sufrió paro cardio-respiratorio, una vez que el equipo médico logró que recuperara sus funciones cardíacas, fue sometido a un procedimiento quirúrgico y conectado a un sistema mecánico extracorpóreo de reemplazo del corazón denominado ECMO, sin embargo una persona no puede permanecer en forma indefinida conectado a éste, puesto que tal exposición le provoca coágulos que le puede causar daños vasculares o cerebrales, lo que le podría causar la muerte. Tanto es así que éste sufrió dos accidentes vasculares los que fueron detectados y tratados a tiempo. Atendida estas circunstancias, fue considerado como primera prioridad nacional para trasplante, sin embargo como el donante adecuado no apareció, los médicos lo sometieron a una nueva intervención quirúrgica para instalarle un dispositivo de asistencia ventricular cardiaco denominado DAV, consistente en una bomba que se implanta dentro de la cavidad torácica del paciente, junto al corazón biológico, con el objeto de suministrarle auxilio a este órgano para mejorar el bombeo de la sangre y de esa manera mantenerlo con vida.

Finalmente pudo mantenerse en buenas condiciones de salud hasta el 6 de marzo del presente, cuando apareció un donante, y se le efectuó el trasplante.

Segundo

Que al informar la Isapre recurrida en primer lugar señala que el recurso debe ser rechazado, toda vez que ésta no es la vía procesal para resolver una materia de lato conocimiento. En cuanto al fondo, expresa que no ha incurrido en acción u omisión alguna que pueda considerarse ilegal o arbitraria, puesto que se le otorgó al recurrente la cobertura a las prestaciones de salud de acuerdo al contrato y normas



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

legales aplicables y se ha excluido una determinada prestación con base a lo previsto en el plan de salud y lo dispuesto en el DFL N°1 del Ministerio de Salud de 2005, artículos 189 letra e), 159 y 190 inciso 2º N°8.

Así, su actuar no es ilegal por cuanto las isapres pueden excluir de su cobertura todas aquellas prestaciones y medicamentos no codificados en el Arancel de Libre Elección que publica Fonasa, ni tampoco arbitraria, ya que la exclusión no obedece a un mero capricho de su parte, sino que exclusivamente al hecho que el dispositivo DAV no se encuentra codificado en el referido arancel.

Tercero

Que es preciso tener presente que según consigna el informe suscrito por el Jefe de la Unidad Cardiovascular de la Clínica Las Condes, Dr. J.C.V.G. respecto a la situación del paciente Sr. H. señala: "en relación a los fenómenos trombótico de la última semana hubo alteración transitoria de los flujos de ECMO, actualmente superado. Presentó trombosis del circuito el cual se debió cambiar en urgencia y durante el fin de semana ACV isquémico sin secuela clínica salvo una discreta alteración en la nominación". Agrega que tras la segunda reunión de equipo conformado por los médicos M.L. (insuficiencia cardiaca y trasplante, cardiólogo tratante), C.B. (cardiocirujano), R.D. (anestesista cardiovascular, J. programa Ecmo), A.F. (nefrólogo tratante), R.B., se acordó realizar todos los esfuerzos posibles para instalar un dispositivo de larga duración como puente a trasplante cardiaco con el objetivo primario de bajar los riesgos acumulativos de un soporte de duración intermedia, como es el actual y objetivo secundario poder evacuarlo a casa con los beneficios inherentes al de un paciente no institucionalizado.

Cuarto

Que, remitiéndonos siempre al tenor de la comunicación mediante la cual la recurrida niega cobertura al dispositivo referido, pareciere que el único fundamento que en esa decisión se consideró para excluir la cobertura finalmente se explica porque la prestación referida no se encuentra contenida en el arancel asociado al plan de salud del afiliado, siendo improcedente contractualmente su bonificación.

Quinto

Que aparece de manifiesto en estos antecedentes que el mal padecido por el recurrente es de aquellos por los cuales se han creado una serie de mecanismos de cobertura adicional a los que constituyen los planes ordinarios de atención de salud, con el propósito de permitir la cobertura de los gastos que demanda el tratamiento médico para enfermedades de alto costo, comúnmente conocidas como



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

"catastróficas". De otro lado, tampoco resulta controvertido que el único tratamiento efectivo para su curación se encuentre cubierto por los planes de salud y mecanismos excepcionales aludidos.

Sexto

Que siendo ello así, entonces, lo que se excluye de la cobertura señalada es un mecanismo imprescindible para prolongar la vida del paciente en espera de poder realizar el trasplante cardíaco de corazón que es el procedimiento exigido para su curación, lo que importa una contradicción inadmisible con el reconocimiento y vigencia de todas las otras prestaciones a las cuales tiene derecho. En efecto, siendo el mencionado DAV (dispositivo de asistencia ventricular cardíaco) el tratamiento prescrito por el equipo médico tratante, no parecen suficientes los motivos y fundamentos de la institución de salud recurrida para excluir el pago del mismo, menos aún cuando la razón que se esgrime para la negativa dice exclusiva relación con que el dispositivo DAV no se encuentra codificado en el arancel de su plan de salud.

Séptimo

Que con estos antecedentes la negativa de la Isapre recurrida para proporcionar al actor la cobertura solicitada del dispositivo DAV dispuesto por los médicos tratantes, carece de razonabilidad y vulnera las garantías constitucionales previstas en el artículo 19 nº 2 y 24 de la Carta Política, razón por la cual se impone el acogimiento de la acción promovida, en los términos que se expondrán en lo resolutivo del fallo. Por estas consideraciones y de conformidad con lo prevenido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de uno de agosto del año en curso, y, en su lugar, se declara que se acoge el recurso de protección deducido en estos autos en contra de I.V.T.S.A., quien deberá dar plena cobertura a la prestación y dispositivo médico DAV (dispositivo de asistencia ventricular cardíaco) de acuerdo al contrato de salud de C.E.H.V. y normas aplicables.

Se previene que el Abogado Integrante Sr. L. estuvo por revocar el fallo en alzada y acoger el recurso teniendo presente al efecto los fundamentos del voto disidente del mismo.

Acordada con el voto en contra del Abogado Integrante Sr. Correa, quien estuvo por confirmar el fallo en alzada en virtud de sus propios fundamentos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. L. y la disidencia de su autor.

Rol N° 36.742-2017.



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. S.M.G., Sra. M.E.S.G. y Sr. C.C.F. y los Abogados Integrantes Sr. J.L.G. y Sr. R.C.G. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Ministro señor M. por estar en comisión de servicios y el Abogado Integrante señor Correa por estar ausente. Santiago, 30 de noviembre de 2017. En Santiago, a treinta de noviembre de dos mil diecisiete, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.
Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
Tomado de: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, Rol de Ingreso 36742/2017

Herramientas para aumentar la eficacia de las decisiones judiciales

En los últimos años, los jueces en todo el mundo han venido discutiendo maneras de incrementar los efectos de sus decisiones. Sugerimos aquí algunas reflexiones y herramientas que han sido ensayadas en Colombia y en otros países de Latinoamérica y el mundo.

EL LENGUAJE CLARO Y DIRECTO ES SIEMPRE UNA OPCIÓN

La práctica judicial utiliza de manera rutinaria fórmulas del pasado que aumentan la apariencia técnica y la experticia de sus autores. No obstante, no todas las fórmulas tienen el mismo respaldo en la técnica jurídica y muchas de ellas, por el contrario, muestran una renuencia de los jueces a actualizarse conforme a los desarrollos de la ciencia jurídica. El lenguaje claro no es el opuesto del lenguaje técnico.

LOS ASPECTOS SUSTANTIVOS DEL CASO

Si bien muchos casos pueden y deben resolverse atendiendo a normas procesales, cuando el demandante es un ciudadano, alguna indicación sobre el fondo del caso es importante para garantizar la responsividad del sistema de justicia y el efecto pedagógico de la intervención judicial.

LA NORMATIVIDAD CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

El lenguaje constitucional e internacional formula de manera más directa la justicia del caso que la ley misma o el precedente. Aunque incluir estas normas puede alargar los fallos, este costo puede justificarse por la ganancia en credibilidad y persuasión.



Perspectiva de género en la decisión judicial

DAR RAZONES Y NO SIMPLEMENTE CITAR NORMAS

Esto también puede alargar los fallos, pero así como el uso de lenguajes más directos y cotidianos puede mejorar la percepción que tienen los ciudadanos de la justicia, entender las razones tras las normas es clave para la adecuada recepción de las decisiones de los jueces.

Ap

Tome la decisión 2 del ejercicio anterior y reformúlela utilizando las recomendaciones que se hacen en cuanto al lenguaje y la argumentación. Para esto, investigue qué dicen los artículos de la Constitución y la ley mexicana que cita la decisión, y cuál es la tesis de jurisprudencia que está en discusión. Busque también cuál sería la normatividad internacional directamente relevante.

- Reflexione sobre las fortalezas y debilidades que encontró en su propia formación a la hora de hacer este ejercicio
- Identifique tres acciones que podría tomar para mejorar en alguno de los aspectos identificados anteriormente

Los DESTINATARIOS DIFÍCILES

Como se ha dicho, los destinatarios pueden ser difíciles por muchas razones. El derecho sustantivo y procesal no le permite en general al juez eludir el destinatario de la orden y cambiarlo por otro. Pero los jueces pueden conformar litis consorcios y llamar terceros en garantía. Así mismo, pueden obligar a los entes de control a involucrarse en casos concretos para hacer seguimiento a órdenes que históricamente han sido difíciles. El mismo juez puede hacer seguimiento a las actividades de los entes de control o de los demandados que tienden a incumplir. Este seguimiento puede consistir en una llamada telefónica, como lo hace la Corte Constitucional de Costa Rica, o en la solicitud de reportes periódicos.

Ap

Los agresores en casos de violencia doméstica han demostrado ser destinatarios particularmente difíciles. Revise las medidas de protección abordadas en la unidad 2 y escoja 5 que usted considere particularmente difíciles de hacer cumplir.

1. Señale a qué terceros o entes de control involucraría para lograr el cumplimiento de la orden judicial.
2. Indique el tipo de problemas que podrían derivarse de que todos los jueces y juezas decidieran acudir al mismo mecanismo de cumplimiento.



Perspectiva de género en la decisión judicial

LOS PROBLEMAS DE PROCESAMIENTO DE INFORMACIÓN PARA LOS DESTINATARIOS

Para los funcionarios y ciudadanos puede ser difícil enterarse de las decisiones de los jueces que los afectan, todavía más difícil enterarse de aquellas que los afectan no como demandados sino como parte de la comunidad beneficiada o perjudicada con un fallo. Las relatorías han sido mecanismos eficaces para difundir y procesar la información que producen los jueces. Cuando no se cuenta con relatorías, los mismos jueces pueden abordar la tarea de resumir y divulgar lo más importante de sus decisiones, asegurando sobre todo que los demandados se enteran. Esto es especialmente relevante para los casos que no llegan a Cortes de unificación que tienen equipos especializados para esta tarea.



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

Con base en el siguiente comunicado de prensa de la Corte Constitucional indique qué características debería tener un comunicado de prensa de una sentencia. Señale cómo sería diferente un comunicado de una sentencia de un juez inferior.

EXPEDIENTE D-11474 - SENTENCIA C-005/17 (Enero 18)

M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

**1. Norma acusada
CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO**

ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPEDIR.

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. [...]

ARTÍCULO 240. PERMISO PARA DESPEDIR.

1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el [empleador] necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares donde no existiere aquel funcionario. [...]

2. Decisión

Declarar la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del numeral 1 del artículo 239 y del numeral 1 del artículo 240 del Decreto Ley 2663 de 1950, en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al (al) (la) trabajador (a) que tenga la condición de cónyuge, compañero (a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel (la).

3. Síntesis de la providencia

La Corte Constitucional debía resolver una demanda ciudadana contra las normas transcritas, según la cual estas serían contrarias a los mandatos previstos en los artículos 11, 13, 42, 43, 48 y 53 de la Constitución Política, así como al numeral 2 del artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), en razón a que las normas acusadas limitan la asistencia y protección allí previstas a la mujer embarazada trabajadora, prohibiendo su despido durante el período de embarazo o lactancia (239) y exigiendo un permiso para su despido (240), pero no garantiza la misma protección a la mujer no trabajadora que depende económicamente de su pareja que sí se encuentra vinculada laboralmente.



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

La Corte analizó la demanda ciudadana en el marco de la metodología propia de las omisiones legislativas relativas y encontró que en efecto, se presentaba un déficit de protección en relación con el trabajador(a) que espera el advenimiento de un hijo o hija, situación que impacta, a su vez, los derechos de la mujer gestante o lactante no vinculada laboralmente y que es beneficiaria de su pareja, así como el interés superior del menor recién nacido o por nacer.

Consideró la Corte, que el tratamiento análogo que desde el punto de vista constitucional se debe brindar tanto a la trabajadora en estado de embarazo o lactancia, como al trabajador en una situación familiar similar (cuya esposa, compañera o pareja no trabajadora se encuentre en período de embarazo o lactancia), encuentra fundamento en lo siguiente:

Las razones que justifican la garantía de la estabilidad laboral reforzada de la mujer gestante y lactante trascienden su originario propósito de evitar la discriminación laboral generada en dicha condición (fuero de maternidad). Esta protección desarrolla además el imperativo constitucional de brindar de manera general y objetiva protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado, no sólo referida a aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, a todas las mujeres (Art. 43 C.P.). Es así mismo, una manifestación de la protección a la vida como bien jurídico de máxima relevancia en el orden constitucional (Art. 11). Cristaliza la protección que el Constituyente brinda a la familia y promueve el interés superior del menor y la protección de los derechos de los niños y niñas (Art. 44). Todos estos fines de la protección se cumplen tanto en la situación de la madre trabajadora en estado de embarazo o lactancia, como en la de su pareja trabajadora, en especial, cuando esta representa el sostén familiar.

De otra parte, tanto los instrumentos internacionales, como la Constitución y la jurisprudencia de esta Corte, enfatizan en torno al plano de igualdad en materia de derechos, obligaciones y responsabilidades en que se encuentran la mujer y el hombre, y en general los progenitores, en el campo de las relaciones materno-paterno filiales (Art. 43), paridad que se proyecta en interés de los individuos que conforman la pareja, pero también como instrumento de protección reforzada del interés superior del niño o niña, a fin de asegurar su desarrollo integral y armónico.

Y finalmente, bajo una perspectiva de conciliación y armonización del trabajo con la vida familiar, el padre trabajador es también hoy titular de unos derechos específicos en el campo laboral que le permiten vincularse de manera más activa y autónoma a las responsabilidades que implican el cuidado de su familia y la crianza de sus hijos, durante la gestación y sus primeros días de vida, superando la posición subordinada o accesoria que tradicionalmente se le ha reconocido, pues sus derechos, en este sentido no pueden seguir siendo considerados como derivación de los derechos que se le reconocen a la madre gestante.



4. Salvamentos y aclaración de voto

Los magistrados **Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Gloria Stella Ortiz Delgado** manifestaron su salvamento de voto en relación con la decisión mayoritaria.

El magistrado **Guerrero Pérez** señaló que la decisión de exequibilidad condicionada de los artículos 239, numeral 1 y 240, numeral 1 del Código Sustantivo del Trabajo desnaturaliza una institución de protección a la mujer trabajadora, que busca garantizar su estabilidad laboral durante su estado de gravidez y durante los primeros meses de cuidado del recién nacido. Observó, que si el fuero de maternidad consiste en la prohibición de despido de la mujer trabajadora en embarazo y la exigencia de permiso para proceder al mismo, no resultaba adecuado aplicar el principio de igualdad, porque la protección que se otorga en virtud de las normas legales demandadas, acorde con el artículo 53 de la Constitución, no se predica de la mujer que se encuentra desempleada y que por tanto depende económicamente de su pareja. En consecuencia, no se está frente a una omisión legislativa relativa que imponga la extensión del fuero a un sujeto ajeno al contrato laboral, sino a una omisión absoluta respecto de las mujeres embarazadas que no cuentan con ingresos propios para su sostenimiento y el del recién nacido.

Ap

En su criterio, no le correspondía a la Corte ampliar una protección que de conformidad con el artículo 43 de la Constitución, le corresponde al Estado. El vacío legal debía ser subsanado por el Legislador, con la previsión de los recursos suficientes dentro del sistema de seguridad social.

De igual manera, el magistrado Linares Cantillo consideró que el estudio de la demanda no era procedente por tratarse de una omisión legislativa absoluta, toda vez que no existe norma legal que regule la situación de la mujer desempleada que se encuentre en estado de embarazo o lactancia. En su criterio, esta importante medida debía ser debatida y aprobada en el Congreso de la República, órgano competente para dar cumplimiento al mandato de asistencia y protección a cargo del Estado previsto en el artículo 43 de la Constitución Política, ya sea con la expedición de una ley, la creación de un subsidio especial o la regulación legislativa que estime adecuada para tal efecto.

En este sentido, reprochó la flexibilización efectuada por la mayoría en el estudio del concepto de omisión legislativa relativa, pues los artículos 239, numeral 1º y 240 numeral 1º del Código Sustantivo del Trabajo demandados, no tienen aplicación frente a terceros ajenos a la relación laboral celebrada entre el empleador y el cónyuge o compañero de la mujer embarazada o lactante, lo que conduce a una total desnaturalización del fuero de maternidad creado por la ley como una acción afirmativa en defensa de la mujer, al ser extendido a los hombres bajo el argumento de la dependencia económica de su pareja. Ello, sin



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

considerar que existían otros medios alternativos como el subsidio del desempleo para lograr la misma finalidad, sin necesidad de trasladar el deber de solidaridad estatal a los particulares, vía sentencia.

Advirtió, además el magistrado **Linares Cantillo** que el condicionamiento introducido a las normas sustanciales del trabajo genera un vacío normativo en cuanto a: las competencias del Ministerio del Trabajo, el aviso del estado de gravidez, el derecho a la intimidad del trabajador, entre otros, restringiendo con ello el mercado laboral, con inminentes problemas operativos que no fueron analizados en la sentencia. Para Linares es el Congreso, a través de una ley, el órgano competente para imponer cargas a los empleadores privados y establecer restricciones al mercado laboral.

Por su parte, el magistrado **Mendoza Martelo** señaló que si bien compartía las garantías y la máxima protección que deben brindarse a la mujer que se encuentre en estado de embarazo y al nasciturus y, en consideración a la filosofía que subyace en torno a los derechos sociales económicos y culturales inmersa en las relaciones de trabajo, que propenden hacia una ampliación progresiva en su protección, estimaba que este tipo de avances, ante todo, deben ser liderados por el órgano democrático, a través de medidas legislativas que evalúen previamente los factores económicos, jurídicos y sociales que los mismos en realidad conllevan.

A su juicio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución, es el Estado a través del régimen de seguridad social al que le corresponde este deber de auxilio. Es así como cualquier omisión legislativa o déficit de protección, debe predicarse del sistema de seguridad social y, por consiguiente, reclama del Congreso la adopción de leyes que consagren acciones afirmativas en pro de la maternidad, del niño que está por nacer y de su familia.

El magistrado **Mendoza Martelo** recordó que la protección en estado de gravidez contiene distintos niveles de protección, el asistencial, el prestacional y el indemnizatorio. El descanso remunerado es una prestación social, por expresa definición legal, que tiene su origen en el contrato de trabajo, razón por la cual, en principio, su primer destinatario fue el trabajador. Sin embargo, la evolución social y jurídica, tal y como ha venido sucediendo, se contrae a la subrogación de este tipo de prestaciones. Es así como con la expedición de la Ley 90 de 1946 y la creación del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, se inicia la cobertura del sistema de seguridad social, a nivel asistencial y prestacional, y más adelante, con la expedición de la Ley 100 de 1993, se incluye a los trabajadores independientes, cumpliendo así la finalidad del Sistema General de Seguridad Social, el cual propugnan por la Universalidad y la Integralidad en su cobertura, mucho más allá del contrato de trabajo.



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

En esa línea de pensamiento y desde mi perspectiva, esa carga de protección dentro del ámbito de las relaciones de trabajo, sin realizar una previa valoración del impacto que ello conlleva, incorpora un retroceso en la medida en que el avance que laboralmente se impone, es que este tipo de protección debe ser asumida por el Sistema de Seguridad Social, con independencia de la vinculación laboral.

El magistrado **Mendoza Martelo** aclaró que con su posición no pretendía desatender el amparo que actualmente consagra nuestra legislación a la mujer en estado de gravidez, el artículo 239 del CST, sin duda, un fuero reglado en el contrato de trabajo y dentro de ese contexto, es el legislador el llamado a extender su protección. Cualquier avance que no se desarrolle en el escenario democrático idóneo, podría redundar en un desmedro a la protección de la mujer, del nasciturus, e inclusive, de la familia, creando una atmósfera aún más discriminatoria. La protección que la demanda reclama y que la Corte reconoce, según el artículo 43 Constitucional, debe ser asumida por el Estado, si se pretende que esta sea real y efectiva. Lo anterior si se tiene en cuenta el amplio índice de desempleo que existe en nuestro país, donde fácilmente, tanto la madre como su esposo o compañero, pueden estar desempleados o vinculados laboralmente bajo una modalidad informal, lo que, a pesar del fallo de la Corte, en la práctica, haría nugatorio el fin perseguido y, por el contrario, el riesgo de poner en tensión esa frágil actividad laboral. Insistió en que si bien es partidario de que se ensanche progresivamente la protección de la mujer, de los niños y de la familia, debe ser el legislador quien lo haga dentro del ámbito de cobertura del Sistema General de Seguridad Social y con recursos del Estado.

Por lo demás, manifestó que compartía lo que sostuvo el Ministerio Público y algunos de los Magistrados disidentes, en cuanto a señalar que no estaban en presencia de una omisión legislativa relativa, sino, frente a una absoluta, lo cual evidencia aún más que sea el legislativo el órgano competente para regular este tipo de protección.

La magistrada **Ortiz Delgado** salvó el voto por considerar que la decisión de la mayoría acaba con una medida esencial de protección a la mujer en el trabajo, al anular una acción afirmativa y con ello una garantía específica y diferenciable para su autonomía y para el ejercicio de su rol como trabajadora. La medida, como una respuesta histórica a la discriminación de las mujeres en el ámbito laboral mediante su despedido por ejercer su rol reproductivo, tenía como objetivo principalmente: (i) proteger los ingresos de la mujer al hogar y; (ii) su posibilidad de ejercer dos roles simultáneos, la maternidad y el trabajo, sin que el primero impactara el segundo y su desempeño en el mismo. Luego, la decisión cambia ese enfoque y determina un nuevo objetivo para la medida: la protección de la familia y el cuidado del recién nacido. Si bien esa política es válida, no se trataba de la medida contemplada por el Legislador en favor del derecho de las mujeres al trabajo en condiciones de igualdad. Luego, en criterio de la Magistrada, la decisión



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

invisibiliza a la mujer y la protección de sus derechos, específicamente la discriminación en su contra en el ámbito laboral. En el mismo sentido, consideró que la decisión promueve el estereotipo de la mujer como dependiente del hombre económico y de ésta en el rol materno.

Más allá, la magistrada señaló que la decisión invade el ámbito de configuración del Legislador toda vez que no se trata de una omisión legislativa relativa, admitida por la jurisprudencia de esta Corporación, sino de una omisión legislativa absoluta, que no es procedente. La acusación que se propuso en contra de las normas parcialmente acusadas acerca de la falta de extensión al hombre del feroe de estabilidad reforzada por la paternidad tiene objetivos diferentes a los planteados por la medida originalmente. Es decir, la decisión crea una nueva política: la protección de la familia como una carga trasladada del Estado al empleador, mediante la estabilidad laboral reforzada de los padres durante la época en que la mujer embarazada se encuentre en periodo de embarazo y lactancia. Por lo tanto, la estabilidad laboral reforzada para la mujer, como una acción afirmativa, dejó de ser una política de protección para ésta y pasa a ser lo que la Corte entendió como una protección a la familia, lo cual le correspondía al Legislador.

Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%202001%20comunicado%202018%20de%20enero%20de%202017.pdf>

Ap

Consulte en internet instrucciones para hacer comunicados de prensa exitosos (por ejemplo: <https://es.wikihow.com/escribir-un-comunicado-de-prensa>) y contrástelo con lo que usted ha construido en el ejercicio anterior. Utilizando su propio modelo construya un comunicado de prensa para la decisión 1. Señale en qué medio cree que sería mejor publicar su comunicado.

DAR AL DESTINATARIO UN PLAN PARA CUMPLIR

Si bien el juez ya ha tenido en cuenta hasta qué punto una obligación es imposible y si ha tomado una decisión es porque ha determinado que para el destinatario no es imposible cumplir, puede que le cueste trabajo entender los pasos que tendría que adoptar para cumplir. Muchas veces los jueces tienen más información (porque han visto el mismo tipo de casos en el pasado) sobre cómo se puede cumplir y usar esta información para instruir al destinatario sobre cómo hacerlo. El juez puede, por ejemplo, definir el formato con el que va a recogerse la información, sugerir los parámetros que se van a usar, poner el costo de conseguir la información en quienes tienen acceso más fácil a ella, poner plazos concretos para actualizar, renovar, etc, y, de nuevo, involucrar entes de control para que supervisen la recolección de información.



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ap

Una de las necesidades jurídicas más insatisfechas en el país es la del pago de las cuotas alimentarias que los padres deben a sus hijos. Utilizando las normas existentes, proponga un plan para lograr el cumplimiento de una sentencia que fija una cuota alimentaria.

ARTICULANDO LAS ACCIONES DE VARIOS DESTINATARIOS

Cuando se dan órdenes simultáneas a varios destinatarios se puede incurrir en el error de no dejar claro cuál es la responsabilidad concreta de cada uno. También se puede llegar a duplicar trabajo si se dan órdenes a entidades que habitualmente no trabajan de manera coordinada. Para efectos de cumplimiento de una sentencia particular, esto puede superarse obligando a los destinatarios a presentar reportes conjuntos, definiendo que alguno obrará como secretaría técnica para el cumplimiento del fallo, definiendo plazos concretos para cumplir, entre otras.

Ap

Suponga que para mejorar el pago de cuotas alimentarias, usted dispone que la defensora de familia de la localidad donde habita el menor realice visitas periódicas al menor para verificar que está recibiendo el pago y que su cuidador está usando los recursos adecuadamente, y que el banco certifique si está recibiendo o no los recursos y cuánto está recibiendo. ¿Sería necesario que estos dos actores articularen sus intervenciones? ¿Cómo? ¿Existe legalmente alguna alternativa para lograr este mismo resultado?

Ae

1. De acuerdo a la información y ejercicios de este módulo, ¿cuáles son sus conclusiones respecto a cómo la argumentación puede afectar la eficacia de la decisión judicial?
2. ¿Cuáles son las características de los destinatarios de órdenes judiciales que pueden afectar su disposición y capacidad de cumplimiento?
3. ¿Cuáles son las características de las órdenes que pueden influir en la eficacia de las decisiones judiciales?
4. De las herramientas descritas en este módulo, ¿cuál considera más útil? Explique en qué consiste la herramienta y por qué considera que puede ser útil en su labor judicial.



Bibliografía citada

Alviar, Helena. Derecho, desarrollo y feminismo en América Latina: Propuesta para un Análisis Distributivo, Bogotá, Universidad de los Andes, 2008.

Arango, Luz Gabriela y Mara Viveros, coords., El Género: Una categoría útil para las Ciencias Sociales, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011

Chayes, Abram "The Role of the Judge in Public Law Litigation" en Harvard Law Review, Vol. 89, No. 7 (May, 1976), pp. 1281-1316

Ceballos, María Adelaida, Educación Jurídica, Abogados y Movilidad Social (tesis para obtener el título de maestría en sociología, Universidad Nacional de Colombia, 2017) (manuscrito en manos de las autoras)

Coetzee, John, Desgracia, New York, Random House, Penguin, 1999.

Dworkin, Ronald. Law's Empire, Cambridge, Harvard University Press, 1986

Dworkin, Ronald. El Imperio de La Justicia, Barcelona, Gedisa, 2012.

Eagly, Alice H., Wendy Wood, y Amanda Diekman, "Social role theory of sex differences and similarities: A current appraisal" en T. Eckes & H. M. Trautner (Eds.), The developmental social psychology of gender, pp. 123-174, 2000

Facio, Alda. Cuando el género suena, cambios trae, San José, ILANUD, 1991.

Fraser, Nancy, Iustitia Interrupta, Bogotá, Universidad de los Andes, 1998.

Galanter, Marc, "Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change," en Law & Society Review, vol. 9, no. 1 (1974)

Gallo, Hector, Mario Elkin Ramírez, Ángela Jaramillo, Feminidades, sacrificio y negociación en el tiempo de los derechos, Medellín, Editorial de la Universidad de Antioquia, 2010

Hale, Matthew The History of the Common Law of England (1713)



Perspectiva de género en la decisión judicial

Hamby, Sherry, *Battered women protective strategies. Stronger than you know*. Cambridge: Oxford University Press, 2013

Hart, H.L. A. *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011

Jaramillo Sierra, Isabel C. y Sergio Anzola, coords., *La Batalla por los Alimentos*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2018.

Jaramillo Sierra, Isabel C. y Helena Alviar García, *Informe Final: Abordaje de los Derechos Sexuales y Reproductivos en las Facultades de Derecho con acreditación de Alta Calidad en Colombia (2017)* (manuscrito en poder de las autoras).

Jaramillo Sierra, Isabel C. y Ana Lucía Jaramillo Sierra, *Documento para la construcción de políticas públicas de familia: El caso de Antioquia*, Universidad de los Andes, 2015.

Jaramillo Sierra, Isabel C., Elvia Vargas Trujillo y Karen Ripoll Trujillo, *Decisiones de Custodia y Visitas. La perspectiva jurídica y familiar*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2013.

Jaramillo Sierra, Isabel Cristina y Tatiana Alfonso Sierra, *Mujeres, Cortes y Medios. La Reforma Judicial del Aborto en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes y Siglo del Hombre, 2008.

Jaramillo Sierra, Isabel C. "La Critica Feminista al Derecho" en *Género y Derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2000

Jaramillo Sierra, Isabel C. "El hogar: público o privado?" en *Observatorio de Justicia Constitucional*, Manuel José Cepeda, César Rodríguez e Isabel C. Jaramillo, coords., Bogotá, Universidad de los Andes, 1998

Jaramillo-Sierra, Ana Lucía y Luz Ángela Carvajal-Villalobos, "An Application of Johnson's Typology to Intimate Partner Violence in Colombia" en *Journal of Interpersonal Violence*, 2018

Khaw, Lindaly Jennifer Hardesty, "Theorizing the Process of Leaving: Turning Points and Trajectories in the Stages of Change" en *Family Relations*, vol. 56, pp. 413-425, 2007

Kelsen, Hans *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1995



Perspectiva de género en la decisión judicial

Kennedy, Duncan A Critique of Adjudication, Cambridge, Harvard University Press, 1997

León, Magdalena “Trabajo doméstico y servicio doméstico en Colombia”, en Chaney, E. y García Castro, M. (comp.) Muchacha, cachifa, criada empleada, empregandinha, sirvienta y...más nada. Trabajadoras del hogar en América Latina y el Caribe. Venezuela. Editorial Nueva sociedad, 1993.

Locke, John Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil (1689)

MacKinnon, Catharine A. “Prostitution and Civil Rights” en Michigan Gender and the Law Journal, vol. 1, p. 13, 1993

MacKinnon, Catharine A. “No es cuestión moral” en Derecho y Pornografía, Bogotá, Universidad de los Andes y Siglo del Hombre, 1997.

Mesa por la Salud y la Vida de las Mujeres, Barreras de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Colombia (2019) disponible en: http://ngx249.inmotionhosting.com/~despen5/wp-content/uploads/2019/02/12.-Barreras_IVE_vf_WEB.pdf

Montesquieu, El Espíritu de las Leyes (1748)

Morales Mosquera, María Edith y Sandra Milena Muñoz, Diagnóstico condiciones de trabajo decente de las trabajadoras domésticas afrocolombianas en la ciudad de Medellín (2017) (manuscrito en poder de las autoras)

Muruaga, Soledad, “Efectos de la violencia sexual en las mujeres” disponible en: <https://www.mujeresparalasalud.org/efectos-de-la-violencia-sexual-en-las-mujeres/>

Parra Quijano, Jairo “Algunos apuntes de la prueba indiciaria” disponible en: <http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Apuntes%20de%20la%20prueba%20indiciaria.pdf>.

Parra Quijano, Jairo Razonamiento judicial en materia probatoria disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3069/7.pdf>

Prochaska, James y Carlo DiClemente, The transtheoretical approach, New York, Dow Jones, 1984



Perspectiva de género en la decisión judicial

Ridgeway, Cecilia y Shelley Correll, "Unpacking the Gender System: A Theoretical Perspective on Gender Beliefs and Social Relations" en *Gender and Society*, vol. 18, pp. 510-531, 2004

Robespierre, Maximilien, *Principles of Political Morality* (1794)
Savigny, Frederich *El Sistema de Derecho Romano Actual* (1840-1849), Madrid. Editorial Comares, 2005

Savigny, Frederich *La Vocación de Nuestro Siglo para la Codificación* (1814), Madrid, Editorial Comares, 2008

Stein, Friederich, *El conocimiento privado de los jueces*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1973

Evelyn Stevens, "Marianismo: la otra cara del machismo en América Latina" en *Diálogos: Artes, Cultura y Letras*, vol. 10, pp. 17-24, 1974.

truth, soujourner, "Ain't I a woman" (1797) disponible en español: <https://perspectivaafrodescendiente.wordpress.com/2012/03/15/acaso-no-soy-una-mujer/>

Vargas Trujillo, Elvia, Isabel C. Jaramillo Sierra y Elena María Trujillo, *Médicos y Derechos*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010

Vargas, Elvia e Hilda Gambara, *Evaluación de programas y proyectos de intervención. Una guía con enfoque de género*. Bogotá, Universidad de los Andes, 2008

Vargas Trujillo, Elvia y Clemencia Ramírez Herrera, *Maltrato Infantil*, Bogotá, Planeta, 1999

Velásquez, Magdala *Género y Justicia*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2009

Walker, Lenore, *The Battered Woman Syndrome*, New York, Harper and Row, 1970

Documentos institucionales

CEPAL, *Observatorio de Igualdad de Género, Índice de Feminidad en Hogares Pobres*, disponible en: <https://oig.cepal.org/es/indicadores/indice-feminidad-hogares-pobres>



Perspectiva de género en la decisión judicial

Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, Lista de Verificación, Bogotá, Imprenta Nacional, Abril 2018.

Consejería para la Equidad de la Mujer, Informe Ley de Cuotas, 2016 disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/616038/Informe+Ley+de+Cuotas+2016+DEFINITIVO.pdf/dae345b6-b792-4839-8bff-0708808c36bc>

Consejo Superior de la Judicatura, Estadísticas Género Rama Judicial, Marzo 2019 (archivo suministrado por la Comisión de Género de la Rama Judicial, en poder de la autora)

DANE, Boletín Técnico, GEIH, Junio- agosto 2018

DANE, Encuesta Nacional de Uso del Tiempo, 2016-2017, Presentación: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ENUT/Presentacion_ENUT_2016_2017.pdf.

DANE, Encuesta de Uso del Tiempo 2012-2013 disponible en: https://www.dane.gov.co/files/noticias/eventos/ENUT_DIMPE_EF.pdf

DANE, Encuesta de Cultura Política de 2007, disponible en: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/ecpolitica/informe_ECP_07.pdf

DANE, Análisis de Informalidad Urbana disponible en: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/empleo/mercado_lab_colombiano/analisis_informalidad_urbana.pdf

Departamento Administrativo de la Función Pública, Informe sobre la Participación de la Mujer en los Altos Cargos de Decisión del Estado Colombiano, Bogotá, Imprenta Nacional, 2017

DIAN, Diferencias de género en la riqueza, ingresos y rentas de las personas naturales en Colombia (2015) disponible en: <https://www.dian.gov.co/dian/cifras/Cuadernos%20de%20Trabajo/Diferencias%20de%20g%C3%A9nero%20en%20la%20riqueza,%20ingresos%20y%20rentas%20de%20las%20personas%20naturales%20en%20Colombia.pdf>

DNP, Manuel Díaz, Women Legal Needs in Colombia, 2016 (diapositivas en poder de las autoras)



Perspectiva de género en la decisión judicial

Escuela Nacional Sindical, Informe de Trabajo Decente Colombia 2007-2016, disponible en: <http://ail.ens.org.co/informe-especial/la-ens-presenta-x-informe-trabajo-decente-colombia-2007-2016-desigualdad-deficit-trabajo-digno-decente/>

Fiscalía General de la Nación, Protocolo para la Investigación y Juzgamiento de Delitos Sexuales (2015) (manuscrito en poder de las autoras)

Mujeres Aequitas, Ciclos de Violencia de Género: <http://www.mujeresaequitas.org/docs/ciclos%20de%20violencia%20de%20genero.pdf>

Observatorio de Asuntos de Género, Boletín 13, 2011 disponible en: http://www.equidadmujer.gov.co/oag/Documents/oag_boletin-13.pdf

OIT, Informe del Director General, La Hora de la Igualdad en el Trabajo, 2003, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_publ_9223128714_sp.pdf

Planned Parenthood, Orientación Sexual disponible en: <https://www.plannedparenthood.org/es/temas-de-salud/orientacion-sexual-y-genero/orientacion-sexual>

Profamilia, ENDS 2015 <http://profamilia.org.co/docs/ENDS%20%20TOMO%20I.pdf>

UNDP, Evaluation of Gender Mainstreaming in UNDP, disponible en: http://web.undp.org/evaluation/documents/eo_gendermainstreaming.pdf

Universidad de los Andes, Encuesta Longitudinal <https://encuestalongitudinal.uniandes.edu.co/es/>

Documentos jurídicos

Sentencias de Cortes Internacionales y otros países

Caso Atala Riff y niñas v. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos, febrero 24 de 2012

Caso Norín Catrimán y otros v. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos, mayo 29 de 2014



Perspectiva de género en la decisión judicial

Mississippi Univ. for Women v. Hogan, 458 Corte Suprema de Estados Unidos 718 (1982)

Krugel v. Krugel, 2003 (6) Sur África 220 (T)

Suprema Corte de Justicia, México, 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación; 1a./J. 92/2017 (10a.))

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, Rol de Ingreso 36742/2017

Sentencias Colombianas

T-494 de 1992, Corte Constitucional, Magistrado ponente Ciro Angarita Barón

T-523 de 1992, Corte Constitucional, Magistrado ponente Ciro Angarita Barón

C-371 de 1994, Corte Constitucional, Magistrado ponente José Gregorio Hernández

T-145 de 1995, Corte Constitucional, Magistrado ponente Jorge Arango Mejía

C-481 de 1998, Corte Constitucional, Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero

T-698 de 1998, Corte Constitucional, Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz

C-371 de 2000, Corte Constitucional, Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz

C-1495 de 2000, Corte Constitucional, Magistrado ponente Alvaro Tafur Galvis

C-587 de 2004, Corte Constitucional, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa

SU-389 de 2005, Corte Constitucional, Magistrado ponente Jaime Araújo Rentería

T-453 de 2005, Corte Constitucional, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa

C-355 de 2006, Corte Constitucional, Magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández

C-804 de 2006, Corte Constitucional, Magistrado ponente Humberto Sierra Porto



Perspectiva de género en la decisión judicial

C-1003 de 2007, Corte Constitucional, Magistrado ponente Clara Inés Vargas Hernández

T-629 de 2010, Corte Constitucional, Magistrado ponente Juan Carlos Henao Pérez

C-335/2013, Corte Constitucional, Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaub

T-039 de 2014, Corte Constitucional, Magistrado ponente Mauricio González Cuervo

C-368 de 2014, Corte Constitucional, Magistrado ponente Alberto Rojas Ríos

T-967 de 2014, Corte Constitucional, Magistrado ponente Gloria Stella Ortiz Delgado

C-284 de 2015, Corte Constitucional, Magistrado ponente Mauricio González Cuervo

T-141 de 2015, Corte Constitucional, Magistrado ponente María Victoria Calle Correa

T-291 de 2016, Corte Constitucional, Magistrado ponente Alberto Rojas Ríos

C-005 de 2017, Corte Constitucional, Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva

T-073 de 2017, Corte Constitucional, Magistrado ponente

T-377 de 2018, Corte Constitucional, Magistrado ponente Alberto Rojas Ríos

Auto Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 3 de Julio de 2013, magistrado ponente José Leonidas Bustos

Corte Suprema de Justicia de 26 de octubre de 2000, radicado 15.610

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Octubre 24 de 2016, SP15269-2016

Consejo de Estado, Sección 3, Sala de lo Contencioso Administrativo, Octubre 7, 2009

Consejo de Estado, Noviembre 26, 2002, Sala de lo Contencioso Administrativo



Proyectos de ley

Proyecto 02 de 2005, Senado, publicado en la Gaceta del Congreso 465 de Agosto de 2005

Noticias y otros documentos en medios de comunicación

Campaña El Número Sí Importa, 10 razones para una Ley de Cuotas en Chile, disponible en: <http://leydecuotas.cl/10-frases-porque-el-numero-si-importa/>

Congote Gutiérrez, Nicolás Las mujeres siguen siendo minoría en campo de la ciencia, El Tiempo, Febrero 24, 2016

Dinero, ¿Cómo es el mercado de abogados en Colombia? Julio 21, 2016, disponible en: <http://www.dinero.com/edicion-impresa/caratula/articulo/el-mercado-de-abogados-en-colombia-y-su-facturacion-2016/225888>

El Clarín, Terapeuta Saudí enseña a pegar a las mujeres, Mayo 13, 2016, disponible en: https://www.clarin.com/mundo/terapeuta-saudi-enseña-golpear-mujeres_0_VyWH8xJGb.html

El Espectador, "Controversia por un caso de violencia sexual", noviembre 27, 2017

El Pacifista, "Mi familia vive de mi vagina: las prostitutas le responden a Clara Rojas" disponible en: <http://pacifista.co/mi-familia-depnde-de-mi-vagina-las-prostitutas-le-responden-a-clara-rojas/> (visitado en Agosto 2017)

El Tiempo, "Tocar Nalgas es Injuria, No abuso", octubre 31, 2006

Fuerzas Militares, ¿Qué está pasando? Colombia incumple cuota de género en las Fuerzas Militares pese a resolución de la ONU, Marzo 3, 2017 disponible en: <http://fuerzasmilitares.org/notas/colombia/fuerzas-militares/7418-cuota-mujeres.html>

iProfesional, Ordenan prisión domiciliaria a una mujer que maltrató a su empleada doméstica, septiembre 6 de 2013, disponible en: <http://www.iprofesional.com/notas/169256-prision-empleo-domestico-maltrato-Ordenan-prision-domiciliaria-a-una-mujer-que-maltrato-a-su-empleada-domestica>



Perspectiva de género en la decisión judicial

Managing Solutions, Riesgo de Conducta: tendencias y desafíos, disponible en: <https://www.managementsolutions.com/sites/default/files/publicaciones/esp/riesgo-de-conducta.pdf>

Nelson, Audrey, "Women and the Ole Boys Club" en Psychology Today, Marzo 28, 2017, disponible en: <https://www.psychologytoday.com/intl/blog/he-speaks-she-speaks/201703/women-and-the-good-ole-boys-club>

Science Daily, "Women can be as daring and risk taking as men", Octubre 5, 2017, disponible en: <https://www.sciencedaily.com/releases/2017/10/171005102626.htm>

Semana, Los mitos del divorcio, febrero 26 de 1996



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Escuela Judicial
“Rodrigo Lara Bonilla”



@escuelajudicialrlb



@Ejrlbnet



@EJRLB



@escuelajudicial_rlb

escuelajudicial.ramajudicial.gov.co