



PERSPECTIVA DE GÉNERO:

**ÁMBITO PROCESAL DEL SISTEMA
JUDICIAL Y DE SALUD COLOMBIANO**

Perspectiva de género:

Ámbito procesal del sistema judicial y de salud colombiano

Perspectiva de género: ámbito procesal del sistema judicial y de salud colombiano/ Darwin Clavijo Cáceres, Ana María Segura Ibarra, William Javier Duarte Contreras, et al., -- Pamplona: Universidad de Pamplona. 2025.

239 p; 17 cm x 24 cm

ISBN (Digital): 978-628-7656-70-3

© Universidad de Pamplona

© Sello Editorial Unipamplona

Sede Principal Pamplona, Km 1 Vía Bucaramanga-Ciudad Universitaria. Norte de Santander, Colombia.

www.unipamplona.edu.co

Teléfono: 6075685303

Perspectiva de género: ámbito procesal del sistema judicial y de salud colombiano

Darwin Clavijo Cáceres

Ana María Segura Ibarra

William Javier Duarte Contreras

Claudia Irene Lastra Benavides

Dalia Catalina Espinel Blanco

Diego Alberto Hernández Caicedo

Lina Paola Hernández Hernández

Yustin Yesid Nobman Montes

Andrea Carolina Araque Chacón

Ronald Emerson Angarita Duarte

Hernán Darío Colorado Baustista

Nidia Julieth Botello Estupiñán

Ella Mercedina Ibarguen González

ISBN (digital): 978-628-7656-70-3

DOI: <https://doi.org/10.24054/seu.122>

Primera edición julio de 2025

Colección Ciencias Sociales y Humanas

© Sello Editorial Unipamplona

Rector: Ivaldo Torres Chávez Ph.D

Vicerrector de Investigaciones: Aldo Pardo García Ph.D

Jefe Sello Editorial Unipamplona: Caterine Mojica Acevedo

Corrección de estilo: Gerly Lissette Corzo Ramírez

Diseño y diagramación: Laura Angelica Buitrago Quintero

Hecho el depósito que establece la ley. Todos los derechos reservados. Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin permiso del editor.



Perspectiva de género: ámbito procesal del sistema judicial y de salud colombiano

Darwin Clavijo Cáceres
Ana María Segura Ibarra
William Javier Duarte Contreras
Claudia Irene Lastra Benavides
Dalia Catalina Espinel Blanco
Diego Alberto Hernández Caicedo
Lina Paola Hernández Hernández
Yustin Yesid Nobman Montes
Andrea Carolina Araque Chacón
Ronald Emerson Angarita Duarte
Hernán Darío Colorado Baustista
Nidia Julieth Botello Estupiñán
Ella Mercedina Ibarguen González



Vicerrectoría de
INVESTIGACIONES
UNIPAMPLONA

“Formando nuevas generaciones con
sello de excelencia comprometidos
con la transformación social de las
regiones y un país en paz.”

ÍNDICE

La perspectiva de género como criterio de valoración de las pruebas testimoniales y declaraciones de parte en el proceso en Colombia.....	13
Ana María Segura Ibarra	
William Javier Duarte Contreras	
La perspectiva de género en el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral e invalidez en el sistema general de riesgos laborales colombiano, en los términos de la Cedaw	55
Claudia Irene Lastra Benavides	
La perspectiva de género en el régimen de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad	85
Dalia Catalina Espinel Blanco	
Diego Alberto Hernández Caicedo	
La protección de la víctima de violencia intrafamiliar por razones de género	115
Andrea Carolina Araque Chacón	
Lina Paola Hernández Hernández	
Yustin Yesid Nobman Montes	
La perspectiva de género y el derecho a la salud de las mujeres en Colombia: análisis de políticas públicas, normatividad y jurisprudencia	149
Ronald Emerson Angarita Duarte	
Hernán Darío Colorado Bautista	
El interrogatorio de parte, como medio de prueba que revictimiza a la mujer, en el proceso de responsabilidad médica por violencia obstétrica.....	173
Nidia Julieth Botello Estupiñán	
Ella Mercedina Ibarguen González	
Darwin Clavijo Cáceres	

ÍNDICE *tablas y figuras*

Índice de tablas

Tabla 1. Leyes colombianas en materia de eliminación de violencia contra la mujer	183
Tabla 2. Panorama fiscal y judicial de la victimización secundaria.....	191
Tabla 3. Modalidades de victimización secundaria según la doctrina	191
Tabla 4. Jurisprudencia nacional e internacional sobre victimización secundaria.....	194
Tabla 5. Clasificación del testimonio, según De Paula Ramos.....	210

Índice de figuras

Figura 1. Etapas de conocimiento para el Juez.....	14
Figura 2. Falso Raciocinio del juez o sesgos valorativos.	21
Figura 3. Ejercicio epistémico de valoración probatoria.	26
Figura 4. Sistemas de valoración de la prueba.	36
Figura 5. Proceso inductivo que permite la inadmisibilidad en protección a la mujer	39
Figura 6. Jurisprudencia Reciente de Perspectiva de Género.	40
Figura 7. Estereotipos de Género como violencia estructural.	41
Figura 8. Aspectos sobre la historia clínica fijados en la Resolución 1995 de 1999.....	221

Presentación

La incorporación de la perspectiva de género en el sistema judicial y de salud colombiano constituye uno de los avances más significativos en la búsqueda de una sociedad más equitativa e inclusiva. Este enfoque reconoce que las relaciones de poder basadas en el género generan desigualdades que afectan la vida de las personas, sobre todo de aquellas que históricamente han sido discriminadas, como las mujeres, las personas no binarias, y otros grupos vulnerables. Sin embargo, aunque se han alcanzado progresos normativos importantes, aún queda un largo camino por recorrer, especialmente en la transformación cultural necesaria para que esta perspectiva sea efectiva en la realidad procesal y en el sistema de salud.

Para los autores de este libro, la perspectiva de género se entiende como un enfoque crítico e interseccional —inspirado en la Cepal, la Cedaw y la jurisprudencia nacional— que reconoce el género como construcción social y analiza cómo las estructuras patriarcales y los estereotipos afectan de manera diferenciada a las personas. Más allá de un principio formal de no discriminación, nuestros trabajos incorporan una mirada de igualdad

material, que exige identificar las asimetrías de poder por razones de género y aplicar medidas transformadoras en cada ámbito del derecho. De este modo, integramos aportes de la teoría feminista contemporánea y los estándares de los Derechos Humanos para develar y corregir las injusticias epistémicas que sufren las mujeres.

A lo largo de este libro se privilegia el estudio de las mujeres como sujetas centrales, tanto en el ámbito procesal judicial —valoración de prueba, pérdida de capacidad laboral, capacidad legal y protección ante violencia intrafamiliar— como en el ámbito del sistema de salud —derecho a la salud y violencia obstétrica—. Nuestro propósito es visibilizar sus experiencias, cuantificar y cualificar las barreras que enfrentan, y proponer protocolos y recomendaciones normativas que garanticen su acceso efectivo a la justicia y a la atención digna en salud.

A nivel normativo, Colombia ha dado pasos relevantes hacia la integración de la perspectiva de género. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, así como instrumentos internacionales como la Cedaw, han delineado los estándares que orientan

a los jueces en la aplicación de este enfoque. Leyes como la 1257 de 2008, que promueve la protección de las mujeres víctimas de violencia, y la Ley 1719 de 2014, establecen medidas para garantizar el acceso a la justicia en casos de violencia sexual, son ejemplos de un marco normativo que busca erradicar las desigualdades de género en el ámbito judicial y del sistema de salud. No obstante, la mera existencia de normas no es suficiente para transformar las prácticas judiciales ni mucho menos la cultura social, profundamente arraigada en estereotipos y prejuicios que invisibilizan las experiencias de quienes no se ajustan al molde hegemónico.

Es fundamental entender que la perspectiva de género no implica una parcialidad en favor de un grupo determinado, sino un esfuerzo por garantizar la igualdad material en la aplicación de la ley. Este enfoque exige al juez no solo observar los hechos y valorar las pruebas, sino también identificar si en el contexto del conflicto existen relaciones asimétricas de poder que puedan haber influido en los actos denunciados. En este sentido, la perspectiva de género permite nivelar las cargas procesales, brindando protección efectiva a quien, por su situación de vulnerabilidad, podría estar en desventaja en el proceso. Sin embargo, este ideal de equidad encuentra obstáculos tanto en las

instituciones judiciales, en el sistema de salud, así como en sectores de la sociedad que todavía ven con recelo cualquier cambio que cuestione las estructuras tradicionales de poder.

A pesar del marco jurídico progresista y políticas públicas en salud que Colombia ha adoptado, persisten en algunos operadores judiciales y administrativos, con actitudes discriminatorias que reflejan resistencias culturales. El cambio normativo no se ha traducido del todo en un cambio de mentalidad. Algunos jueces, fiscales y abogados siguen reproduciendo estereotipos de género, bien sea por desconocimiento o por falta de sensibilización. Esto se refleja, por ejemplo, en decisiones que revictimizan a las mujeres al desestimar pruebas relevantes o al justificar actos violentos con base en patrones de comportamiento socialmente aceptados. La capacitación permanente y la sensibilización de los operadores de justicia se perfilan como ejes esenciales para romper con estas inercias.

Por otro lado, es innegable que parte de la sociedad aún resiste la incorporación de la perspectiva de género en la administración de justicia y en el sistema de salud. La defensa de la igualdad de género suele encontrar oposición en sectores conservadores que ven en estas transformaciones una amenaza a las jerarquías

tradicionales. En algunos casos, los intentos por aplicar esta perspectiva son interpretados como una forma de parcialidad en detrimento de los hombres, lo que alimenta discursos polarizantes que dificultan un debate constructivo sobre la necesidad de garantizar la igualdad real en los procesos judiciales. Esta resistencia no solo retrasa la implementación efectiva del enfoque de género, sino que también perpetúa situaciones de desigualdad y violencia.

El libro “Perspectiva de Género: Ámbito Procesal del Sistema Judicial y de Salud Colombiano” se presenta como una herramienta para contribuir a la comprensión y aplicación efectiva de este enfoque en el ámbito judicial y en la administración de los servicios de salud. A lo largo de sus capítulos, los autores abordan temas cruciales como la valoración de las pruebas testimoniales, desafíos que enfrenta el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral en el sistema general de riesgos laborales, régimen de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad, la protección de la víctima de violencia intrafamiliar, derecho a la salud de las mujeres en Colombia y la mujer en el proceso de responsabilidad médica por violencia obstétrica.

La perspectiva de género no es una moda pasajera ni un capricho

ideológico; es una herramienta indispensable para la efectividad de un Estado social de derecho. Permite reconocer las desigualdades estructurales que afectan a diversos sectores de la población y ofrece un marco conceptual para corregir las injusticias epistémicas que se perpetúan en el ámbito judicial y en el sistema judicial colombiano. Es una invitación a los operadores de justicia y a los administradores del sistema de salud, a abandonar la rigidez del positivismo tradicional y a adoptar una visión más humanista que considere las particularidades de cada caso.

En definitiva, si bien los avances normativos son significativos, la incorporación efectiva de la perspectiva de género requiere un cambio cultural profundo que trascienda los textos legales, las políticas públicas y se refleje en la práctica cotidiana de los operadores de justicia y en la sociedad en general. Este libro no solo pretende ser un aporte académico, sino también una herramienta de transformación que impulse a los juristas, a los administradores del sistema de salud, y a la sociedad a avanzar hacia una justicia más equitativa, en la que todas las personas, sin importar su género, encuentren protección efectiva y acceso real a sus derechos fundamentales.

Darwin Clavijo Cáceres

La perspectiva de género como criterio de valoración de las pruebas testimoniales y declaraciones de parte en el proceso en Colombia¹

The gender perspective as a criterion for assessment of testimonial evidence and statements by parties in the process in Colombia.

Ana María Segura Ibarra²
William Javier Duarte Contreras³

Resumen

La tutela judicial efectiva abarca mucho más que permitir el acceso a la justicia y obtener respuesta en plazo razonable. Toda vez que los jueces deben aplicar, aún de forma oficiosa, el criterio de perspectiva de género en la valoración probatoria, más aún, en cuanto a las mujeres o aquellos quienes se identifican como no binarios, personas que históricamente han estado sometidas a la violencia y discriminación. De esta forma, bajo el desarrollo de la técnica jurídica-explicativa, el presente capítulo caracteriza los mínimos necesarios que le permiten al juez identificar la causa y efecto de la cual proviene la violencia o discriminación y, si esta tiene relación directa con el objeto litigioso. Pues ante tal desagravio, el jurista deberá proteger las garantías fundamentales del sujeto procesal afectado, disminuido en su capacidad o intimidado en razón a los efectos negativos que pueda generar su declaración o manifestación, aplicando la perspectiva de género como mecanismo idóneo que permita la igualdad de armas entre los sujetos procesales, manteniendo así, un criterio de equidad con quien demuestra una debilidad manifiesta por violencia o discriminación en cuanto a la declaración de parte y/o el testimonio ofrecido por un

1 Capítulo desarrollado en marco del proyecto de investigación: Perspectiva de Género en el proceso colombiano, en la Maestría en derecho procesal de la Universidad Libre seccional Cúcuta

2 Abogada Universidad Libre de Cúcuta, Administradora de Empresas Universidad Francisco de Paula Santander, Magister en Derecho procesal, Especialista en Derecho Administrativo, Especialista en Contratación Estatal, Especialista en Derecho Procesal.

3 Abogado Universidad Libre de Cúcuta, Magister en Derecho Administrativo, Magister en derecho procesal, Especialista en Derecho Administrativo.

testigo. Asimismo, se expondrán los elementos subjetivos necesarios para que el juez, dentro de la etapa procesal (declaratoria de parte y/o el testimonio), pueda flexibilizar la carga de la prueba, contribuir con la no revictimización del sujeto débil del proceso y brindar la protección requerida aun cuando este no la haya manifestado en ningún momento.

Introducción

Al inicio de toda actuación jurídico-procesal, el juez se encuentra limitado al conocimiento aportado dentro de la demanda, contestación de la demanda o demanda de reconvención, estableciendo para entonces la hipótesis inicial del conflicto, sin que ello sea suficiente para tomar una decisión, razón por la cual se deben surtir las demás etapas procesales⁴, con las cuales, el juez adquiere el estándar de conocimiento requerido para fallar en derecho. Así, el gráfico relacionado a continuación, presenta de forma general e imaginaria las etapas que permiten reforzar el aspecto cognitivo del juez en cuanto a un caso particular.

Figura 1

Etapas de conocimiento para el Juez.



Fuente: elaboración propia (2023).

De esta forma, en los regímenes actuales la práctica de prueba se convierte en fuente indispensable, de la cual, el juez obtiene los elementos epistémicos que le permiten tomar una decisión en derecho.

⁴ Normalmente las etapas procesales dentro del Código General del Proceso se estructuran en: demanda – contestación – pruebas adicionales – audiencia inicial art 372 (excepciones previas, conciliación **interrogatorio de parte** -fijación del litigio – control de legalidad – decreto de pruebas), audiencia de instrucción y juzgamiento (**práctica de pruebas** – alegatos – sentencia), ejecución.

Decisión que debe cumplir con las formalidades necesarias para su validez (argumento, raciocinio, decisión fundamentada en las pruebas practicadas, entre otros). Alcanzando especial importancia lo atinente a la intermediación⁵, ya que esta garantía procesal le exige estar atento a cada aspecto de la práctica probatoria, entre ellas, la declaración de parte y/o el testimonio rendido, momento en el cual, si el juez advierte alguna violencia, coacción, abuso sobre la mujer u otro género reconocido históricamente como discriminado, podrá aplicar la perspectiva de género con el ánimo de ofrecer una protección garantista. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia establece los tres niveles que deben ser evaluados por el jurista al momento de requerir la herramienta conceptual “perspectiva de género” con el fin de brindar protección a alguno de los extremos, ya que, al omitirse su enunciación, raciocinio y argumentación, se estaría ante un acto que parcializa sin justificación alguna la actuación judicial en beneficio de una de las partes. Es decir, existe el mandato imperativo de que el juez evalúe la situación particular, bajo las siguientes premisas: (I). Criterios de interseccionalidad (II). Verificación de formas de violencia y, (III). Causalidad entre la violencia infringida y la afectación de los intereses del sujeto disminuido a razón de género. (Sentencia Casación 752064, 2021)

Según lo manifestado en la párrafo anterior, la “perspectiva de género” busca poner a las partes en igualdad, proteger el principio de dignidad humana, garantizar el bienestar de la parte débil del proceso, impedir que la actuación judicial revictimice a uno de los sujetos procesales en razón a su género y, comprender que aún, cuando la protección se ha enfocado en la mujer como un sector que históricamente ha sido violentado en la sociedad, esta no se circunscribe únicamente a ella, ya que, cuando se habla de “género” se debe propender por una definición amplia en la cual se incluya el carácter biológico, social, sexual, psicológico entre otros. Es decir, el juez no puede limitar la perspectiva de género solo al carácter biológico de hombre y mujer, sino que debe atender los aspectos sociales que amplían el cómo quiere ser reconocida una persona (Salinas Garza, Rodríguez Lozano y García Monroy, 2023), en este sentido, la Corte Constitucional ha manifestado:

⁵ **Art 6 CGP.** el juez deberá practicar personalmente todas las pruebas y las demás actuaciones judiciales que le correspondan (...) (ley 1565, 2012)

El ámbito de protección del derecho fundamental a la identidad de género comprende tres garantías ius-fundamentales: (i) la facultad de desarrollar la identidad de género de forma libre y autónoma, (ii) el derecho a la expresión del género y (iii) la prohibición de discriminación en razón de la identidad de género.

Continúa mencionando:

La Corte Constitucional y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) han clasificado las vivencias y experiencias, en función de su correspondencia con determinadas normas de género socialmente establecidas, en: (i) identidades “cisgénero”, (ii) identidades de género “diversas” e (iii) identidades “ancestrales”. (Sentencia SU440, 2021)

De tal forma que, la Corte Constitucional promueve el reconocimiento y protección de las personas con identidad sexual diversa. Puesto que, el órgano judicial no puede seguir contribuyendo con la violencia sistemática que por generaciones han sufrido estas personas, razón por la cual, el termino conceptual “juzgar con perspectiva de género” no indica que el juez se esté parcializando hacia uno de los extremos, por el contrario, lo que se busca es llevar a esa persona que se encuentra en debilidad manifiesta, al mismo nivel de la otra, para de allí tomar una decisión que ponga fin al conflicto y que propenda por la protección de quien lo necesita.

Ahora bien, este problema tiene especial relevancia en el marco del actual Estado Social de Derecho, artículo 1º de la Constitución Política, puesto que, la dignidad humana se constituye como un pilar para este modelo de Estado en el que la protección de los Derechos Humanos es base fundamental del desarrollo político y social. Por esta razón, en la medida que se hace necesaria la eliminación de todas las formas de violencia contra la identidad sexual, es imprescindible analizar las injusticias epistémicas que se pueden ver inmersas en la toma de decisiones judiciales, ya que, la violencia institucionalizada no puede ser tolerada. Ahora, de no hacer frente a esta problemática, se estaría perpetuando una dinámica asimétrica de poder en la que los derechos de la mujer no tienen una verdadera y material protección, una situación en la que quienes se supone protegen sus derechos, las invisibilizan.

La perspectiva de género es una herramienta conceptual de aplicación judicial que busca garantizar la protección de personas que históricamente han sido sometidas a la discriminación y/o violencia, bajo una sociedad enmarcada en estereotipos que desacreditan los derechos inherentes de aquellos que buscan ser reconocidos de forma diferente a lo que la costumbre social exige, (mujeres – cultura – raza - personas con otras orientaciones sexuales – no binarios etc.), situación que consigue protección en la actividad jurídico-procesal. Así, vale la pena brindar respuesta al siguiente interrogante: ¿Qué papel desempeña la perspectiva de género como criterio de valoración de la prueba testimonial y la declaración de parte en el proceso en Colombia?

De esta forma, bajo el enfoque jurídico explicativo, el presente escrito esbozará en gran medida las garantías proteccionistas de esta medida judicial, los conflictos que pueden generarse ante un raciocinio equivocado del jurista, la interpretación en la cual se funda y el entendimiento de porque ante su aplicación el juez no rompe con el criterio de imparcialidad exigido en la actividad procesal.

Metodología

Como bien se ha mencionado, la metodología para el desarrollo de la investigación se llevará a cabo por medio de herramientas jurídico-explicativas, las cuales logran establecer la relación intrínseca existente entre el estado social de derecho y la perspectiva de género como un fenómeno que busca la protección del ser humano, de la misma manera, se establecerá desde una perspectiva general los desafíos a los cuales se enfrenta el juez que busca aplicar la presente herramienta conceptual dentro de la decisión judicial.

También se utilizará un enfoque cualitativo, pues se relacionará la herramienta de perspectiva de género con la exploración, confrontación, interpretación y ponderación de los principios generales que regulan el derecho procesal. Así mismo, el proceder se enfocará en el método hermenéutico jurídico, ya que permitirá contextualizar el enfoque proteccionista basado en decisiones donde se argumenta la perspectiva de género, teniendo como eje primordial los: principios, la norma constitucional, leyes, marco jurisprudencia y doctrina que nos permita

confrontarlos con la garantía judicial que ofrecen el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

1. Papel de la perspectiva de género en la deconstrucción de las injusticias epistémicas

1.1 Aspectos preliminares sobre el enfoque de género en la actividad judicial.

El primer artículo de la Constitución política de 1991 nos indica que “Colombia es un Estado social de derecho” (Constitución, 1991), refiriéndose de tal modo al carácter humano como elemento de mayor importancia dentro de la estructura en la cual se encuentra conformado el Estado, no haciendo distinción alguna entre hombre, mujer, raza, sexualidad, costumbre, ideología etc.... lo que quiere decir que todos somos iguales ante la ley. Pero como bien lo indica la norma superior, esa igualdad solo es predicable ante la ley (art 13 C.P.), ya que la sociedad maneja estándares diferenciadores que estratifican las oportunidades con las que cuenta el ser humano, no pudiendo escapar de la realidad vivencial de Colombia, donde debido a la diversidad cultural, se convierte en un desafío establecer criterios judiciales que permitan controlar las costumbres segregadoras de derechos, toda vez que estas han sido heredadas de generaciones pasadas.

En este sentido, algunos sectores de la sociedad aún se encuentran en un bucle⁶ histórico donde no se aceptan las garantías que ofrece el nuevo orden jurídico. Ante esto, se ha debido reforzar las leyes que propendan a la igualdad de oportunidades, sobre todo en el aspecto público, lugar donde más injerencia tiene el gobierno nacional. Lamentablemente, este cambio se ha venido dando de forma paulatina, pues es necesario que existan normas coercitivas que así lo exijan, encontrando Pabón Mantilla uno de los grandes problemas a los cuales se enfrentan aquellos discriminados históricamente, “La igualdad formal ante la ley es una ganancia relevante en el proceso de conciliación del Estado moderno, sin embargo, muy pronto se revelaría como insuficiente para los grupos históricamente discriminados” (Pabón Mantilla, 2023).

En este aspecto, cabe aclarar que los grupos feministas fueron en gran

⁶ Según el diccionario de la Real Academia Española, el termino bucle significa: “Proceso que se repite indefinidamente”.

medida los primeros en reclamar de forma fehaciente el respeto de sus derechos, tal vez, porque eran apoyados por un amplio sector de la sociedad, avanzado en estrategias que permitieran de forma equitativa proteger los intereses de este sector históricamente discriminado y menguado en oportunidades, igualdad que en el siglo XXI sigue siendo reclamada día a día. Pero, a diferencia de las mujeres, las personas con diversidad de género u otra característica no ajustable al molde social seguían siendo estigmatizadas, segregadas, violentadas y poco protegidas en la actividad jurídica.

De esta forma, es evidente que el cambio constitucional fue factor determinante para reconocer los derechos de aquellos sectores que históricamente habían sido discriminados por la sociedad y la normatividad vigente. Pues solo basta recordar que el código civil colombiano^W, herencia de Napoleón (1887) se encontraba conformado en base a la supremacía del hombre como género imponente, degradando a la mujer y no teniendo ni siquiera presente otros aspectos de la diversidad sexual, cultural, psicológica existente (Toro Aragón, 2020). Es decir, la misma norma era distante ante la protección de aquellos sectores discriminados, lo cual implicaba que para ese momento histórico los jueces no protegieran los derechos de aquellos que estaban condenados a sufrir bajo normas segregadoras, ya que el derecho se manejaba bajo los lineamientos de un “positivismo jurídico” (Kelsen, 2009) donde prevalecía la norma sustancial y no se permitía que ciencias como la del derecho procesal permearan su aplicación exegética.

Ahora bien, a la par del cambio Constitución, la intervención judicial comienza su transformación, pues, el garantismo jurídico obliga a la protección de los derechos fundamentales de las personas, evento que conlleva a que el juez deje de ser un ente estático y sometido a los formalismos exegéticos, para pasar a convertirse en un verdadero director de toda la actuación judicial, acercándolo a la realidad procesal, pues es en la práctica de pruebas donde el juez logra estructurar de forma amplia si existe violencia sistemática sobre la mujer a razón de su género. En atención a este cambio, nace la llamada protección integral, en la que el jurista puede observar más que el simple derecho reclamado o vulnerado. Es decir, el juez puede comprender a plenitud los acontecimientos previos al conflicto, toda vez que el fin de la

contracción y confrontación dentro de la actuación judicial lo lleva a determinar si existe violencia sobre una de las partes a razón de su identidad sexual, debiendo proteger en la medida permitida por la ley, los derechos de quien ha sido violentado en su integridad.

Ante esto, se hace evidente que la institución judicial rompe con las cadenas segregadoras que se desprenden de la objetividad exegética para dar paso a la verdadera justicia material, logrando asegurar los derechos de las mujeres en el ejercicio de la libre valoración de la prueba en escenarios donde las categorías sospechosas permitan deducir la existencia de relaciones asimétricas de poder que obliguen al operador judicial a valorar la prueba de forma diferente en aras de la igualdad material en el marco de una verdadera justicia social y, la defensa democrática de los derechos de las mujeres, determinando de esa forma el alcance y los mecanismos de protección requeridos para cada caso particular.

1.2 Perspectiva de género: herramienta conceptual que amplía el espectro valorativo de la prueba.

Surge varias preguntas: ¿Qué se entiende por perspectiva de género?, ¿juzgar con perspectiva de género rompe con la imparcialidad del juez?, ¿esta herramienta conceptual debe ser solicitada o actúa de oficio?, ¿puede ser objetada?, ¿existe algún mecanismo que controvierta la decisión basada en perspectiva de género?, ¿Qué derechos se encuentran en conflicto?, entre otras que rompen con el desarrollo normal de la actividad procesal.

Así, es pertinente aclarar que el rompimiento normal de la actividad procesal al cual se hace alusión, no puede entenderse desde un enfoque negativo, ya que, este no pretende modificar los aspectos de la norma instrumental y mucho menos la sustancial. Lo que sucede es que una vez surtida la etapa procesal⁷, al juez observar eventos que permitan identificar fenómenos discriminatorios en contra de la mujer o algún otro sector históricamente amenazado, podrá reforzar los criterios que impidan la injusticia epistémica. Es decir, en base al conocimiento necesario para fundamentar una decisión y al ver

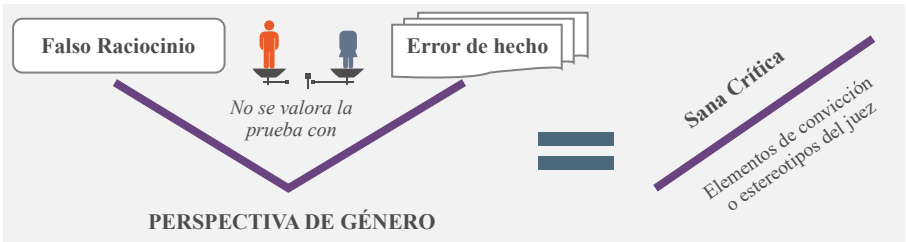
7 Para el caso que nos atañe declaración de parte, prueba testimonial

menguada la posibilidad probatoria de uno de los sujetos procesales en atención a la discriminación o violencia, podrá flexibilizar la carga de la prueba, logrando con esto, poner en igualdad de armas a los sujetos procesales. Así, la Corte Suprema de Justicia lo manifiesta:

Juzgar con “perspectiva de género” es recibir la causa y analizar si en ella se vislumbran situaciones de discriminación entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla de forma diferente a efectos de romper esa desigualdad, aprendiendo a manejar las categorías sospechosas al momento de repartir el concepto de carga probatoria, como sería cuando se está frente a mujeres, ancianos, niño, grupos LGBTI, grupos étnicos, afrocolombianos, discapacitados, inmigrantes, o cualquier otro; es tener conciencia de que ante situación diferencial por la especial posición de debilidad manifiesta, el estándar probatorio no debe ser igual, ameritando en muchos casos el ejercicio de la facultad-deber del juez para aplicar la ordenación de prueba de manera oficiosa. (Sentencia Casación 625018, 2018).

Así, para responder varios de los interrogantes planteados, no se trata de que el juez fundamente decisiones bajo sesgos personales, basados en estereotipos (mujer u otro sector discriminado) pues en tal sentido, la prueba perdería su “razón de ser” al encontrarse inclinada a la protección de uno de los extremos por el simple convencimiento de que una parte es débil por su condición, lo cual, sería propio de un sistema inquisitivo y no de uno donde prevalece la prueba como fundamento *sine qua non* de la decisión judicial, rompiendo con los estándares procesales exigidos, pues tales yerros judiciales podrían ser alegados por el extremo afectado. Observancia que podrá ser evidenciada en la siguiente gráfica:

Figura 2
Falso Raciocinio del juez o sesgos valorativos.



Fuente: elaboración propia (2023).

En este sentido, valorar la declaración de parte o el testimonio desde la perspectiva de género, garantiza la protección de uno de los sujetos procesales sin violentar las garantías fundamentales de la otra parte. Pues de lo contrario, no podría predicarse la eficacia de la justicia ante una persona que se encuentra en desigualdad material ante el hecho probatorio por factores de “género, condición sexual, económico, social, cultural, psicológico, religioso” (Sentencia Casación 625018, 2018), entre otras muchas situaciones que puedan presentarse dentro de la actuación jurídico-procesal.

Por otra parte, como se observa en la “Ilustración 2” puede darse el supuesto donde un juez realiza un equivocado razonamiento en cuanto a la prueba valorada bajo la perspectiva de género. Pues, en principio, el que alega un hecho debe probarlo y solo en atención a particularidades propias del caso, el juez o las partes podrán solicitar el traslado de la carga probatoria, evento que es posible ante la observancia discriminatoria o violenta que se tenga sobre una de los sujetos procesales. Pero, diferente es, cuando sin importar que sea mujer, gay, transgénero, no binario, anciano etc. Pudiendo allegar o controvertir una prueba omite hacerlo, evento en el cual, se debe mirar las prerrogativas a las cuales alude la Corte constitucional con el fin de determinar si la acción del jurista encaja en el test de perspectiva de género, ya que, de no ser así, la decisión o acción deberá ser alegada por la parte afectada, al incurrir el director de la actividad procesal en “falso raciocinio”, tomando decisiones bajo sesgos diferenciadores, los cuales, según las reglas de la sana crítica no cumplen con el test aplicable a la perspectiva de género como garantía (Sentencia C 202, 2005), convirtiéndolo en elemento vulnerador de derechos. De este modo, la Corte Suprema de Justicia reitera el enfoque negativo y positivo que debe aplicar el operador judicial cuando juzgue con perspectiva de género:

(...) la adecuada implementación del enfoque de género en las decisiones judiciales impone a los jueces y cuerpos colegiados una obligación negativa, cuál es, valorar la prueba sin incurrir en estereotipos o prejuicios disfrazados como reglas de la experiencia que tornen nugatorio el acceso a la administración de justicia de los grupos vulnerables para propiciar, en su lugar, una revictimización desde la arista institucional.

(...)

No obstante, también supone para el funcionario judicial un mandato positivo consistente en verificar y confrontar el contenido de las pruebas practicadas en juicio a partir del enfoque de género para reconocer en la realidad procesal, de ser el caso, los contextos de discriminación o violencia generados por diferencias sociales, biológicas, de sexo, edad, etnia, posición social o rol familiar, que puedan tener lugar en el ámbito público o privado, dentro de la familia, en la comunidad, lugar de trabajo, entre otras, como escenarios en los cuales se propicia o facilita la comisión de conductas punibles en contra de grupos histórica o culturalmente discriminados o marginados. (Sentencia Casación 55149, 2023)

Así las cosas, al ser reconocido el juez como director del proceso y al tener el deber de hacer efectiva la igualdad de las partes ante la observancia de eventos donde se manifieste la debilidad probatoria de un extremo por razones de discriminación o violencia, el ordenamiento instrumental le ofrece la posibilidad de emplear la prueba de oficio como mecanismo que le permita verificar los hechos alegados, con el fin de fundamentar todas sus decisiones en el conocimiento obtenido de las pruebas practicadas en debida forma. Entonces, aun cuando dentro de la costumbre social se vulneren, discriminen o violenten derechos de sectores históricamente reconocidos (mujeres, diversidad sexual, raza, cultura, edad, posición social etc.), el juez, en su labor debe hacer que estos prevalezcan, aun cuando esto signifique equiparar las cargas procesales⁸ en razón de aumentarlas en un extremo y disminuirlas en el otro, ya que, lo que el proceso busca es llegar al mayor conocimiento de un conflicto social que permita decidir en derecho y justicia.

Tal evento contrae sus retos, toda vez que es imposible separar al juez de su extirpe humana, pudiendo verse motivado a la protección de un extremo procesal en base a sus valores, principios, costumbre, moral, convicción que tergiverse el alcance conceptual de la perspectiva de género, manifestando la Corte:

[...] es necesario ordenar a tal autoridad exigir la asistencia obligatoria de todos los jueces del país

8 Artículo 167 del Código General del Proceso “el juez podrá distribuir las cargas al decretar las pruebas”

[...] a las capacitaciones sobre género que ofrecen la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y la Comisión de Género de la Rama Judicial. Lo anterior, con el fin de fortalecer la creación de nuevos marcos interpretativos en perspectiva de género, que permitan la real y efectiva reconfiguración de patrones culturales y estereotipos de género discriminatorios (Sentencia T-338, 2018).

En este sentido, las autoridades o jueces deben implementar la perspectiva de género en sus actuaciones no para marginar a ciertas personas o grupos, ni para perpetuar desigualdades, sino para aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a las mujeres y otros sectores en una posición desfavorable ante el acceso de la administración de justicia, logrando así el órgano judicial, recuperar legitimidad, proteger las garantías procesales de los sujetos, decidir en equidad y contribuir con la resolución de conflictos de forma pacífica.

1.3 Papel del juez dentro de un estado garantista de derechos.

Dentro de un Estado garantista⁹ no es admisible la figura de un funcionario público estático, pasivo, poco observante de las diligencias. Por tanto, Ferrajoli estructura la frase célebre “la ley del más débil” (Ferrajoli, 2016), refiriéndose a la especial observación que debe desplegar el jurista ante la intermediación, concentración, igualdad de las partes, principios procesales que adquieren relevancia bajo derechos fundamentales que tienen todos los individuos de la especie humana. En atención ello, surgen una serie de obligaciones para con aquel que conoce en mayor medida el derecho (juez), ya que le está dado velar de forma activa por la protección de aquellos que se vean menguados ante eventos que los ponga en desventaja procesal. convirtiéndose la perspectiva de género en un concepto construido para identificar y corregir las diferentes situaciones de discriminación y los contextos de opresión que se ejerce sobre las mujeres u otros colectivos sociales, logrando el juez morigerar la carga de la prueba

9 Ferrajoli asocia el garantismo jurídico con la Constitución Política y los derechos humanos que han sido positivizados como derechos fundamentales. Significando ello, que nace a la vida jurídica un límite en los funcionarios públicos ante actos que puedan vulnerar derechos y una obligación en cuanto un “hacer” que materialice la protección de los mismos. (Ferrajoli, 2016).

para la parte débil y trasladarla para la parte que ejerce intimidación psicológica o física, pues como bien se sabe, la decisión que resuelve el conflicto siempre deberá estar fundamentada bajo el conocimiento probatoria y nunca sobre el aspecto subjetivo que el togado estime, afirmación que podrá ser corroborada bajo los pronunciamientos judiciales que van a ser mencionados dentro de toda la lectura.

Así, observar las pruebas desde el contexto conceptual que ofrece la perspectiva de género se convierte en un deber cuando el juez advierte la existencia de actos discriminatorios o de violencia en contra de un sujeto procesal, ejemplo de ello puede observarse en la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil STC2287-2018 en la cual, la jueza de familia revocó la restricción impuesta por la comisaría al hombre y en su lugar, la interpuso sobre ambos (hombre-mujer) por encontrar probada las agresiones mutuas. En este contexto se vislumbra que la falladora pasó por alto analizar si la denunciante era víctima de maltrato, puesto que las agresiones mutuas en la pareja deben leerse a la luz del contexto de violencia estructural¹⁰ contra la mujer. De esta forma, la decisión desquebraja las garantías proteccionistas que deben desprenderse de los togados, pues en ningún momento erradica el acto de violencia o discriminación que padece la mujer ni le brinda protección. Ante esto, cabe traer a colación lo mencionado por el tribunal superior:

Es necesario aplicar justicia no con rostro de mujer ni con rostro de hombre, sino con rostro humano.

(...) Para el ejercicio de un buen manejo probatorio en casos donde es necesario el “enfoque diferencial” es importante mirar si existe algún tipo de estereotipo de género o de prejuicio que puedan afectar o incidir en la toma de la decisión final, recordando que “prejuicio o estereotipo” es una simple creencia que atribuye características a un grupo; que no son hechos probados en el litigio para tenerlo como elemento esencial o básico dentro del análisis de la situación fáctica a determinar. (Sentencia Casación 625018, 2018)

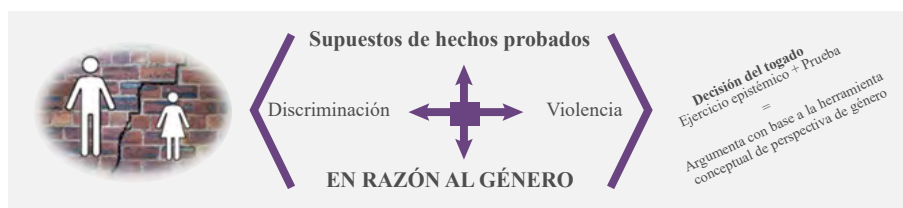
En este entender, la interpretación bajo perspectiva de género no implica una amenaza para con el debido proceso, toda vez que su decisión siempre deberá estar fundamentada bajo los supuestos de

¹⁰ Son relaciones de poder asimétricas con las cuales las mujeres son ultrajadas, carecen de reconocimiento, soportan dinámicas estructurales, procesales e ideológicas desfavorables.

hecho que hayan sido posible probar dentro de la actuación procesal. Así, en atención al ejercicio razonado que el togado realice sobre las pruebas, podrá determinar si la decisión proteccionista se fundamenta bajo la herramienta conceptual de la perspectiva de género desde un enfoque demostrado y no sobre los perjuicios o estereotipos que este pueda tener en razón a la mujer u otro colectivo discriminado por la sociedad.

Figura 3

Ejercicio epistémico de valoración probatoria.



Fuente: elaboración propia (2023).

De igual forma, el recorrido jurisprudencial nos lleva a la sentencia emitida por la Corte Constitucional T-012 de 2016, en la cual se determinan los tipos de violencia que pueden llegar a existir sobre el género femenino, “psicológico, económico, institucional”. En esta decisión se estudia el caso de una mujer víctima de violencia física y psicológica producida por los malos tratos de su esposo, a la cual se le niega el derecho de alimentos en atención a las reacciones defensivas que la mujer tenía sobre las constantes agresiones de su compañero, evento que lo tornaba como no culpable del divorcio. En atención a ello, la Corte identifica que la violencia psicológica se asocia a las acciones u omisiones que producen en una persona sentimientos de inferioridad que generan una baja autoestima, la cual es aprovechada por el sujeto agresor, por su parte en la económica se utiliza el poder para controlar el proyecto de vida de la pareja, dirigiendo el dinero o los bienes propios y/o comunes, restringiendo sus posibilidades laborales, patrimoniales, etc. Y la violencia institucional se nutre cuando la respuesta del Estado se estructura bajo estigmas sociales, los cuales normalizan la violencia o discriminación sobre un sector de la sociedad. (Sentencia T-012, 2016)

Por su parte las sentencia T-126 de 2018, nos muestra una mujer vicepresidenta de una asociación de mujeres indígenas, la cual fue intimidada por varios hombres armados, agrediéndola y accediéndola carnalmente. Así, en el presente caso, el juez y el tribunal absuelven a los acusados en atención a comportamientos deshonorosos que anterior a los hechos había efectuado la parte vulnerada (víctima), eventos que llevaron a presumir la posible aceptación del acto sexual. De tal forma, para el caso concreto la Corte en sentencia “T” manifiesta que los juristas pierden de vista los hechos jurídicamente relevantes que dan inicio a la acción penal, razón por la cual se hace inadmisibles aceptar que un juez tome actitudes que revictimicen a la parte agredida, no cumpla con el deber de diligencia que se predica de la rama judicial, decida bajo un estereotipo al fundamentar su decisión conforme a hechos sucedidos con anterioridad al acceso y no sobre los que dieron lugar a la denuncia. Así la Corte indica:

(...) 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 sí 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. De esa forma, aquellas pruebas que implican una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima y que pretenden controvertir la idoneidad moral de la víctima con prejuicios sociales deben ser excluidas. (sentencia T-126 de 2018)

Atendiendo a lo manifestado, entonces qué significa para un juez valorar y juzgar con perspectiva de género, pues no basta con la existencia de una serie de mecanismos dirigidos a la protección de grupos minoritarios si su aplicación no se materializa por quién imparte justicia. Es así, que el juez comienza a adquirir especial relevancia dentro de la institución judicial, ya que, se hace evidente que está llamado a proteger las garantías fundamentales de la parte débil de la actuación procesal interpretando la prueba con perspectiva de género, extrayendo los hechos comprobados (violencia, discriminación) y argumentando

bajo un razonamiento que elimine cualquier sesgo estereotipado que pueda poner en duda la decisión.

De esta forma, utilizar la perspectiva de género en la actuación judicial implica que el juez debe extraer del material probatorio aportado al proceso los indicativos que le permitan fallar en protección de una de las partes por su género. En tal sentido, la declaración de parte y la prueba testimonial se convierten en dos de los mecanismos procesales habituales que le permite al juez, reforzar o desacreditar la hipótesis de violencia o discriminación de género, toda vez que estos medios probatorios ilustran desde su narración el contexto de tiempo, modo y lugar en el cual trascurren los sucesos que son causa del litigio, evento en el cual, el togado puede observar si de los relatos y las pruebas aportadas se logra evidenciar la discriminación o violencia por causa de género, momento para el cual, podrá brindar un calificativo jurídico que admita la protección de la parte que se encuentre menguada en derechos, para luego valorar las pruebas en conjunto y poder tomar una decisión que materialice los valores y principios perseguidos por el instrumento judicial.

1.4 Incorporación y valoración probatoria con perspectiva de género

Cuando se habla de la incorporación y valoración probatoria con perspectiva de género, se está ante una función epistémica, ya que es la prueba la encargada de aportar el conocimiento que el juez requiere para conocer los hechos, lo que lógicamente supone una función racional en la cual se puede interpretar las formas como se ve el mundo.

Así, para Gloria Poyatos Matas, magistrada de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias:

[...] juzgar con perspectiva de género puede definirse como una metodología de análisis de la cuestión litigiosa, que debe desplegarse en aquellos casos en los que se involucren relaciones de poder asimétricas o patrones estereotípicos de género y exige la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, en la búsqueda de soluciones equitativas ante situaciones desiguales de género. La transversalización se consolida,

así como una herramienta novedosa de transformación social, para garantizar la efectiva salvaguardia de los derechos de las mujeres ante la necesidad impostergable de reconocer la diversidad de género, tanto en la interpretación y aplicación de los estándares internacionales de género (2019, pág. 08).

Deduciéndose que la perspectiva de género no es asociable con la subjetividad del juez, ya que es la prueba por medio del cual puede acercarse a la verdad de los hechos. Así, mediante el interrogatorio de parte, un jurista puede observar de primera mano los argumentos expuestos por cada uno de los sujetos procesales, reforzando o desacreditando la hipótesis creada en etapas previas (demanda - contestación) evento el cual, por medio de un ejercicio racional puede determinar la desigualdad entre las partes, ya sea por razón de actos discriminatorios que impiden el desarrollo pleno de sus derechos y/o actos violentos que coaccionan el actuar de quién se ve menguado en relación a la contraparte.

Así, la prueba ocupa una categoría fundamental en la decisión, ya que, del conocimiento aportado, puede inferirse la necesidad de aplicar la herramienta conceptual de perspectiva de género en garantía de la parte afectada. Porque de no ser así, significaría que la prueba no ha sido valorada o su interpretación no ha cubierto las exigencias que predica el órgano judicial, desencadenando una serie de actos que revictimizan al sujeto afectado por su género y, deslegitiman la acción judicial al valorar la prueba desde un enfoque objetivo (*ius-positivismo exegetico*) en el cual se desatiende las particularidades subjetivas que llevaron al conflicto.

2. Espectro epistémico en la valoración de la prueba testimonial y la declaración de parte en el proceso en Colombia.

Para el desarrollo del presente capítulo, es necesario indicar que el primer título configura una de las mayores críticas realizadas al tema de estudio, crítica que se pretende desafiar dentro de un contexto garantista, donde el juez deja de ser ese sujeto estático para transformarse en un vehemente¹¹ investigador y promotor del verdadero conocimiento.

¹¹ Según el Diccionario de la Real Academia Española el término “vehemente” significa: Que tiene una fuerza impetuosa

2.1 La paradoja de la valoración probatoria con perspectiva de género crítica, de Jordi Ferrer

Cabe hacer una acotación antes de dar inicio al presente título, pues si bien, se desarrolla bajo el lenguaje propio de los escritores, la idea o explicación se fundamenta en el pensamiento del maestro Jordi Ferrer, el cual cuestiona la aplicación de la perspectiva de género ante la valoración probatoria.¹² De este modo, en forma de premisas se indicará el pensamiento del maestro:

PRIMERA PREMISA; La legislación debe ser distante de todos esos movimientos activista que pretenden involucrar la perspectiva de género a la normatividad, lo anterior, en atención a que estas se realizan de forma abstracta. Lo cual conlleva que la perspectiva de género como herramienta conceptual solo podrá ser aplicable ante la observación que el juez pueda tener dentro de la actividad procesal.

SEGUNDA PREMISA; Los jueces deben tomar en cuenta la perspectiva de género y la dominación de género en cuanto a los efectos de la calificación jurídica, determinando si hay violencia o discriminación, pero nunca dirigir el problema a una prueba, ya que al juez solo le está permitido determinar qué hechos están probados y cuáles no, valoración que se hace bajo el presupuesto razonal y racional que permite la aplicación de la lógica, dentro de la cual puede si así lo considera, calificar con perspectiva de género en base al conocimiento probatorio adquirido.

TERCERA PREMISA; Al referirse específicamente a la prueba, el profesor realiza varias críticas, así, con la proposición de compendios probatorios, la admisión y la práctica de pruebas, se conforma el conjunto de elementos con los cuales el juez va a decidir el caso concreto. No entrando hasta este momento la valoración probatoria, ya que esta actividad es el resultado del estudio del material allegado. En razón a ello, para ese momento el juez solo podrá hacer uso de las medidas preventivas que el caso concreto amerite para cualquier sujeto procesal que así lo requiere, pero nunca de forma anticipada expedir medidas proteccionistas en razón a la perspectiva de género, ya que este no es posible si no hasta que se valore en conjunto todas las pruebas.

¹² Ferrer Beltrán, Jordi. Ponencia “La paradoja de la valoración probatoria con perspectiva de género”, Jornadas sobre Razonamiento Probatorio y Perspectiva de Género, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 26 de noviembre de 2019.

CUARTA PREMISA; Así, ante la valoración de las pruebas supone el grado de fidelidad de la prueba de forma individual para luego valorarla en conjunto, donde la perspectiva de género solo corresponde a una hipótesis subjetiva del jurista, pues esta debe ser corroborada por las pruebas practicadas en debida forma, pues en últimas siempre deberá emitir fallo en base al conocimiento adquirido dentro de la actividad procesal.

Ratificando el maestro que los estudios de género y el razonamiento probatoria han dado lugar a no pocas expresiones desafortunadas, no solo por parte de movimientos sociales, sino también por parte de jueces y tribunales en razón a luchas sociales que discriminan colectivos. Así, cuando se legisla en base a la ideología de perspectiva de género, se cae en el peligro de confundir el lenguaje de las decisiones jurídicas con el lenguaje de una manifestación propia del jurista, sin que en ello se predique la distinción.

De este modo, Jordi Ferrer plantea la paradoja entre la valoración probatoria y la perspectiva de género, pues al utilizarse el enfoque del lenguaje activista, se corre el riesgo de no distinguir entre sucesos provocadores (protestas, huelgas, manifestaciones) y los hechos que realmente importan al derecho, pudiendo permear el aspecto cognitivo del juez, contribuyendo con la imparcialidad y la desequida, en los que una parte se ve afectada bajo el estereotipo que el juez considere correcto.

De igual forma manifiesta que la valoración de la prueba con la perspectiva de género no aporta absolutamente nada, ya que solo resta que el juez realice un verdadero raciocinio de los elementos con los cuales se prueba un hecho, del cual puede advertir si existe violencia o discriminación, sin necesidad de aplicar ningún test que le permita fallar con perspectiva de género, ya que esta actividad se encuentra inmersa en el conocimiento adquirido dentro de toda la actividad probatoria.

2.2 Del espectro epistémico y el calificativo jurídico

No se es ajeno al pensamiento del maestro Jordi Ferrer, toda vez que la perspectiva de género debe ser analizada en conjunto con el material de conocimiento allegado al proceso, no siendo suficiente que una de las partes alegue o busque demostrar que existe violencia, discriminación

o algún otro acto dirigido a la degradación de un ser humano por factor de su género, pues ante decisiones apresuradas se puede caer en eventos que inclinen la balanza a un sector sin justificación alguna. Razón por la cual, la protección preventiva que restringe derechos a una de las partes en defensa de la otra, debe ser observada en el contexto de la norma constitucional y los derechos fundamentales, de lo contrario se estaría de forma anticipada tomando decisiones bajo sesgos fundados en el creer del juez.

En este sentido, la herramienta conceptual de perspectiva de género solo podrá ser observada en la decisión final, cuando ya se hayan practicado todas las pruebas y el juez goce de la oportunidad idónea en la que pueda argumentar el calificativo jurídico que determina la existencia de violencia, discriminación, incidiendo en la decisión a tomar según el caso en concreto, con el fin de proteger los derechos que previa investigación hayan sido vulnerados. Surgiendo la pregunta ¿un calificativo jurídico en base a la perspectiva de género puede modificar el derecho sustancial?, respuesta que se da con un contundente “NO”. pues como bien se ha planteado, la realización de la norma se estructura de forma abstracta, es decir, bajo un supuesto de hecho que contrae una consecuencia jurídica, lo cual refiere, que una vez probados los elementos exigidos para el derecho pretendido no le es dado al juez fallar de forma diferente. lo que sucede, es que ante factores externos que pueden presentarse en cada conflicto, el legislador en su sabiduría ha formulado sanciones, prerrogativas, limitaciones que deben ser observadas ante actos que atenten contra la dignidad humana, como es el caso de la discriminación y/o la violencia. Para entender un poco mejor se plantearán de forma breve unos ejemplos:

Ejemplo 1: Con antelación se observó que uno de los elementos discriminatorios en base al género se da por medio del factor económico, hostigando, manejando y no dejando disfrutar el producido de la labor que desempeña la parte vulnerada. Evento que en muchas ocasiones lleva a la ruptura de la convivencia en pareja, para lo cual, se inicia el proceso de liquidación de la sociedad patrimonial o conyugal según el caso.

No obstante, en algunas ocasiones, la parte que ha venido ejerciendo violencia económica sobre la pareja oculta o simula el traspaso de

bienes con el ánimo de desmejorar el patrimonio correspondiente de su compañera o conyugue, evento en el cual, al quedar demostrado, el juez podrá ejercer bajo su poder, la autonomía de cumplir con lo requerido por el art. 1824¹³, decretando la pérdida de la cosa para la parte que la ocultó y obligándola a restituir al doble, sanción que puede ser tomada bajo la perspectiva de género, en base a regulaciones extensivas que el legislador ha realizado frente a un fenómeno particular. es decir, para el caso concreto, al juez solo le basta con determinar probado el verbo de “ocultamiento” y el carácter de “Dolo” para proteger a la parte que se ha visto discriminada y violentada en razón a su género. Así, no podemos referirnos a un togado creador de derecho en base a la perspectiva de género, pues a este solo le ha sido permitido fallar bajo las directrices legales y los hechos que hayan sido probados dentro de la actividad jurídico-procesal.

Ejemplo 2: es frecuente encontrarnos con noticias en las cuales se escucha el acoso que sufren algunas mujeres dentro del desarrollo de su actividad laboral (insultos, gritos, desprecio, humillaciones, expresiones sexuales etc.) causándoles daños psicológicos que afectan su autoestima, impidiendo que realicen la actividad para la cual fueron contratadas de forma efectiva. Así, al quedar demostrado dentro de un proceso laboral que los motivos que dieron paso al litigio son causa de violencia o discriminación por parte del empleador u otra persona con mando, la decisión a tomar según las normas laborales debe ir dirigidas a la protección de la persona disminuida en sus capacidades, pues sería inaudito que el jurista tomara una decisión sin observar los hechos que conllevan al proceso. En este sentido una mujer que no cumpla con sus obligaciones laborales debido al maltrato o actos discriminatorios deberá ser protegida bajo los criterios normativos permitidos por la ley laboral.

De este modo, se hace claro que el juez debe prestar observancia a los motivos o circunstancias que dan lugar a reclamar la protección o enunciar la vulneración de un derecho, ya que, en ellos es donde se puede observar la responsabilidad existente entre las partes y por ende fallar conforme a lo observado una vez valorada todas las pruebas,

13 Art. 1824 Aquel de los dos cónyuges o sus herederos, que dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa, y será obligado a restituirla doblada. (Código Civil Colombia)

pudiendo para entonces, si así lo considera, fallar bajo la herramienta conceptual de perspectiva de género.

2.3 Importancia de la perspectiva de género en la declaración de parte y/o prueba testimonial.

Es evidente que la declaración de parte y la prueba testimonial se dan en etapas procesales distintas, en la cual le es dado al juez valorar la credibilidad, idoneidad, utilidad de lo dicho. De esta forma, estas dos clases de pruebas comienzan a jugar un papel importante a la hora de determinar las desigualdades que pueden existir dentro de los extremos procesales, siendo una de esas desigualdades las referentes a los estereotipos de género que pueden estructurarse en una de los sujetos procesales, detonando la vulneración de derechos del extremo débil a razón de su naturaleza.

En este contexto, la declaración de parte según lo menciona el art 165 del CGP¹⁴. se convierte en un medio de prueba que deberá ser valorado conforme se estipula en el inciso final del artículo 191 del mismo código “la simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas” (ley 1564, 2012) en la cual el togado podrá observar con claridad las precisiones de los hechos narrados y la coherencia que cada una de estas afirmaciones o negaciones tiene conforme al resto de las pruebas. Ejemplo: una mujer, en la declaración de parte afirma ser víctima de maltrato psicológico por su compañero sentimental, mencionando particularidades especiales de la forma como se da el maltrato ^a. gritos constantes acompañados de amenazas (te dejaré sin comer, términos ofensivos “eres una mujer alegre” “sales a la calle a buscar lo que no se le ha perdido” etc.) ^b. indica la restricción en su libre movilidad al ser encerrada bajo llave, ^c. describe las acciones que impiden a la mujer tener relación filial. Eventos en el cual el juez puede observar de primera mano aspectos subjetivos de la declarante, mirada, gestos, sentimientos, la forma en que narra los hechos, la coherencia que mantiene su relato, logrando verificar si cada uno de ellos se ajusta a las demás pruebas, documentales (denuncias, llamamientos de los vecinos a la policía,

14 Código General del Proceso, ley 1564 de 2012

declaraciones de testigos etc.) haciendo más o menos evidente la existencia del maltrato por su condición de mujer, evento en el cual, al hallar el juez probado la debilidad manifiesta en que se encuentra la mujer por su condición de mujer, deberá fallar con perspectiva de género, pues ha quedado comprobado la existencia de discriminación y maltrato. Claro, ejemplo realizado de forma muy general, sin tener en cuenta las particularidades que se viven dentro de la actuación judicial.

Como vemos, luego de la presentación de demanda, contestación, búsqueda de conciliación, continua la declaración de parte, evento donde el juez empieza a reflexionar sobre la hipótesis inicial, en la cual, una vez practicadas todas las pruebas, puede si así lo considera, decidir de forma garante hacia la parte débil de la actuación procesal. Pero, cabe aclarar que el juez tiene una libertad limitada ante la aplicación de la sana crítica para decidir con perspectiva de género, ya que debe resolver bajo un criterio de razonabilidad (lógica formal¹⁵) en la cual, la conclusión debe ser consecuencia de la unión de todas las premisas argumentadas, practicadas y probadas dentro de la actuación procesal. Por otra parte, la racionalidad se convierte en el segundo límite (valores y fines), ya que la decisión garantista debe estar soportada bajo los fines generales que busca el Estado y la norma superior, para el caso que nos atañe la protección de la mujer u otro colectivo discriminado por su razón de género. Impidiéndose así, que la decisión se vea inmersa en sustentos sesgados y amañados a la creencia del jurista.

3. Estrategias para una mayor efectividad en la incorporación de la perspectiva de género en la valoración de la prueba testimonial y la declaración de parte en el proceso en Colombia

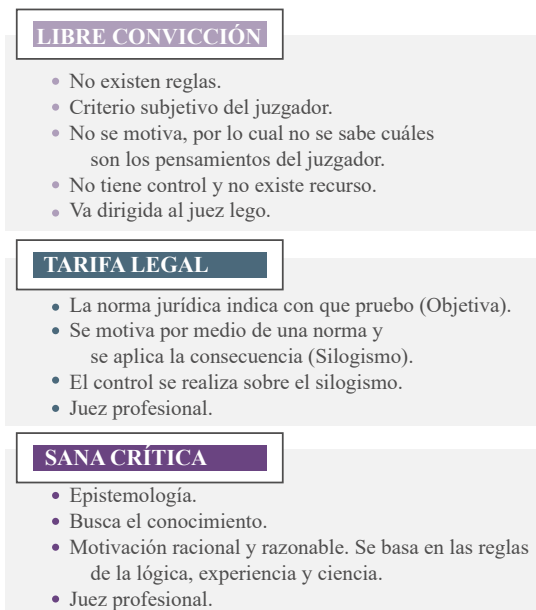
3.1 ¿Cómo valorar la prueba? con “perspectiva de género” o de “forma racional”

Lo primero es recordar que existen tres sistemas de valoración de la prueba, los cuales el juez puede aplicar con tal de llegar al conocimiento de los hechos que requiere el caso en concreto.

¹⁵ La lógica formal trata los argumentos como un encadenamiento de proposiciones, de tal manera que una de ellas (la conclusión), es consecuencia de las restantes (premisa)

Figura 4

Sistemas de valoración de la prueba.



Fuente: elaboración propia (2023).

Así, a modo de contextualizar los aspectos que diferencian cada uno de estos mecanismos de valoración, se puede mencionar que: - en el primero no existen reglas y a priori¹⁶ se le atribuye valor probatorio a los elementos de prueba, donde el juez no fundamenta los motivos de la decisión ya que solo realiza una conclusión fáctica y no más. - Por su parte, en el segundo la ley regula de forma minuciosa las condiciones positivas o negativas que deben reunirse para alcanzar cierta convicción (número de testigos, capacidad de los indicios, la calidad de la confesión y sus consecuencias etc.) con las cuales queda determinada la decisión sobre la reconstrucción de un hecho,

¹⁶ Diccionario Real Academia Española: a priori. - *Loc. lat. (pron. [a-prióri])* que significa literalmente 'a partir de lo que precede'. En el ámbito de la filosofía, se usa, como locución adjetiva o adverbial, para referirse al conocimiento deductivo, esto es, al que se adquiere independientemente de la experiencia, yendo de las causas a los efectos y de lo universal a lo particular: «El conocimiento puede ser a priori o a posteriori. El primero es el que no funda su validez en la experiencia; el segundo es el que se deriva de ella» (Marías Filosofía [Esp. 1941-1970]).

transformando así cualquier operación jurídica en una fórmula exigida por la normatividad. Finalmente, - el sistema de la sana crítica, se caracteriza por la ausencia de reglas abstractas de valoración probatoria y exige la fundamentación de la decisión con la explicación de los motivos que la fundan, la mención de los elementos de convicción que se tuvieron en cuenta y como fueron valorados. Pero surge la pregunta ¿cómo debe ser esa fundamentación?, debe ser racional, debe respetar las reglas de la lógica, psicología, experiencia y el correcto entendimiento humano. Dejando este método en libertad al juzgador para admitir toda prueba que lo lleve a la verdad.

Pero en sí, cual de estos mecanismos de valoración probatoria debe aplicarse ante la perspectiva de género, porque las máximas de la experiencia pueden significar un peligro, ya que el juez puede ser sesgado por prejuicios o categorizaciones definitorias que impiden ver la discriminación o violencia. Fenómeno o paradoja que resuelve el Magistrado José Francisco Acuña Vizcaya en la sentencia SP 2136-2020 con radicado No. 52897 acta No. 135 el 01 de julio de 2020 en Bogotá, donde hace un recuento de las normas que permiten señalar que la perspectiva de género en Colombia es obligatoria.

Primero: se tiene que esta herramienta deviene del orden constitucional (art 13, 43), no queriendo decir con esto que se encuentre de forma taxativa mencionada en estos artículos, sin embargo, al señalarse en el (artículo 13) que el Estado tomará todas las acciones necesarias para que la igualdad sea real y efectiva, adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. Se sobreentiende que existe un mandato positivo de “hacer” por parte de la administración, toda vez que debe crear políticas dirigidas a la igualdad material de todos los individuos. De igual forma, el artículo 43 menciona que la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación, reforzándose los criterios de valoración que deben existir en cuanto la protección de grupos históricamente discriminación o violentados. Protección que en principio puede predicarse del género femenino, pero recordando que, bajo la interpretación sistemática realizada por la Corte Constitucional y altos tribunales, hoy se entiende que esta garantía no es exclusiva de la mujer, sino de todos esos grupos que históricamente han sido reconocidos como discriminados y/o violentados en la vida sociedad.

Segundo: Por su parte en el contexto internacional se encuentra el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Cedaw) – la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer – la convención interamericana de derechos humanos.

Tercero: De igual forma la Ley 1257 de 2008 y la Ley 1719 de 2014 establecen la obligatoriedad de decidir con perspectiva de género.

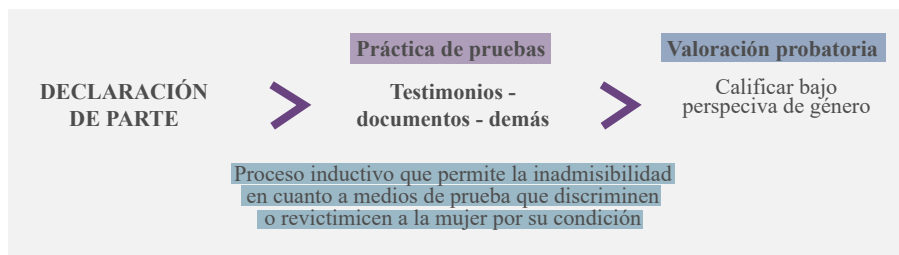
Cuarto: Existiendo también un amplio panorama de decisiones tomadas por la jurisprudencia Constitucional y la Corte Suprema de justicia donde se explica de forma fehaciente los por menores que el juez debe tener presente a la hora de juzgar bajo perspectiva de género. - Sentencia C-202. (08 de marzo de 2005). - Sentencia T-126. (12 de abril de 2018). - Sentencia T-012. (22 de enero de 2016). - Sentencia Casación 752064. (24 de noviembre de 2021). - Sentencia Casación 625018. (21 de febrero de 2018). - Sentencia Casación 55149. (29 de marzo de 2023). Entre otras.

En ese contexto a modo de ejemplo, la Ley 1719 de 2014, protege a las mujeres que han sido sometidas a violencia sexual, no solo indicando ciertos panoramas sesgados que puedan ser reflejo de decisiones incorrectas, pues, ante el abuso sexual, el consentimiento que exonere de responsabilidad al agresor, no podrá inferirse de un gesto, palabra, conducta, silencio o falta de resistencia de la víctima, pues decisiones judiciales tomadas bajo esas categorías pueden ser sinónimo de discriminación al desentender las particularidades propias en las cuales se da el abuso sexual y las diferentes maneras como puede reaccionar una mujer ante su agresor.

Destacándose a carácter general que el ejemplo se estructura bajo un proceso inductivo de inadmisibilidad, en el cual no pueden tenerse en cuenta ciertos elementos como criterio de defensa al juzgar con perspectiva de género, de modo que no solo se evita la revictimización del sujeto con capacidades disminuidas, sino que además se contribuye a actos que permitan la discriminación. en este sentido, y adecuando la situación al aspecto que nos atañe, en la declaración de parte el juez deberá observar el relato ofrecido de forma individual, con el fin de confrontarlo con los testimonios y demás pruebas, pues solo de allí podrá provenir la convicción necesaria para fallar con perspectiva de género.

Figura 5

Proceso inductivo que permite la inadmisibilidad en protección a la mujer



Fuente: elaboración propia (2023).

Pero surge otro interrogante, si el jurista puede calificar con perspectiva de género solo hasta que se halla practicada y valorado todas las pruebas, ¿cómo le es dado inadmitir alguna de estas pruebas? fácil, no se trata de que el juez inadmita pruebas que versan sobre un caso en concreto, se trata es del calificativo jurídico que este brinda a cada una de forma individual para luego relacionarla en conjunto, momento en el cual, deberá fallar bajo perspectiva de género según se lo permita la norma, pues recordemos que la decisión final (fallo judicial) no queda al arbitrio del jurista, sino a las prerrogativas que previamente haya establecido el legislador ante eventos particulares (penal, familia, civil, laboral etc.).

En penal, la herramienta conceptual de perspectiva de género va dirigida a la protección de la mujer, impedir su revictimización, materializar el castigo de su victimario y evitar la repetición de estos sucesos. Mientras que en familia va dirigida a la igual entre géneros, prevenir deprimientes patrimoniales por violencia económica, daños psicológicos por coacciones permanentes, maltratos físicos a razón de los dos aspectos anteriores y, sobre todo a evitar que la mujer y algún otro sector discriminado se vea afectado por su condición de ser. En laboral, podemos observar que la perspectiva de género va dirigida al respeto de las garantías laborales, las cuales, en muchas ocasiones se ven amenazadas en razón a la inferioridad que una persona tiene sobre su patrono, evento en el cual, el juez deberá fallar con equidad. Así, puede observarse dos aspectos claves, el juez en principio brinda un calificativo jurídico a la prueba de forma individual (interrogatorio de

parte – testimonios – documentos etc.) con el fin de poder fundamentar en que pruebas se detona el test de perspectiva de género, pues es evidente que no todas se estructuran bajo esta categoría, para luego, valorar en conjunto y decidir conforme a la ley. Es decir, la perspectiva de género busca igualar cargas y garantías entre las partes, pero nunca bajo este análisis podrá mejorarse más allá de lo permitido por la ley los intereses del sujeto discriminado o violentado, ya que, ante tal evento, estaríamos ante un juez creador de leyes que usurpa los poderes de la rama legislativa.

3.2 Principales estándares de aplicación del enfoque de género en la justicia (sentencia T - 878 de 2014)

La aplicación del enfoque de género en la labor judicial es considerada hoy en día como una obligación de la normativa internacional y nacional de protección de los derechos humanos de las mujeres, así lo indica la Corte Constitucional en la jurisprudencia de la última década y la Corte Suprema de Justicia en algunas decisiones recientes.

Figura 6
Jurisprudencia Reciente de Perspectiva de Género.

CORTE CONSTITUCIONAL		
T - 878 - 2014	T - 967 - 2014	T - 012 - 2016
T - 145 - 2017	T - 184 - 2017	T - 590 - 2017
T - 126 - 2018	T - 338 - 2018	T - 426 - 2018
T - 448 - 2018	T - 093 - 2019	
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA		
STC - 2287 - 2018	SP - 2136 - 2020	STC - 15780 - 2021

Fuente: elaboración propia (2023).

De esta forma la sentencia T-878 de 2014 se encarga de explicar los fundamentos y el alcance de mencionada obligación, en ella se reconoce que, a pesar de la consagración normativa de la igualdad entre hombres y mujeres, está sigue siendo una meta para alcanzar

ya que aún subsisten realidades de desigualdad, siendo una de ellas la consagrada en la violencia o discriminación por género, explicando la Corte que esta violencia se fundamenta en los estereotipos de género culturalmente aceptados, en el marco de los cuales se han asignado a los hombres características y roles como la intelectualidad, la rudeza, la dominación y la autoridad. Mientras que a las mujeres se les asocia con características como la emotividad, la compasión, situándolas en un rol de sumisión, estereotipos que identifican las relaciones de género dentro de la sociedad, en el cual se marca un dominio entre lo masculino y lo femenino. Así, la sentencia en mención indica que la respuesta estatal inadecuada por parte del Estado ante las violencias de género es “una falta al deber de debida diligencia” y constituye la violencia estructural contra las mujeres.

Figura 7
Estereotipos de Género como violencia estructural.

ESTEREOTIPOS DE GÉNERO COMO VIOLENCIA ESTRUCTURAL		
Omisión de actividad investigativa Se da cuando el Estado no despliega la actividad investigativa necesaria o traslada a la víctima la carga de la investigación.	Revictimización por las entidades de policía, justicia y salud Sometiendo a las víctimas a un maltrato sistemático que las revictimiza, múltiples citaciones, largas esperas, interrogatorios denigrantes y la precaria atención psicológica que reciben.	Utilización de estereotipos de género a la hora de evaluar el comportamiento de las partes. Estereotipo de la mujer honesta, que es aquella que a los ojos de operadores judiciales merece la protección de la justicia, en contraste, otras mujeres son tachadas de mentirosas, las cuales denuncian con el fin de vengarse o tener alguna ventaja, a otras se les señala de fabuladoras afirmándose que sus denuncias son una deformación o exageración de la realidad.
Falta exhaustividad en la recolección y análisis de la prueba Se da al momento de la recolección de la prueba: • Cuando en un caso se encuentra con el material probatorio insuficiente y en vez de hacer uso de los poderes oficiosos para recaudar más elementos se decide archivar. • En el análisis de los elementos de valoración probatoria no se examinan a la luz del contexto en el que se encuentra inmersa la mujer.		

Fuente: extraído de (sentencia T-878 de 2014) elaborado por Ana María Segura Ibarra & William Javier Duarte Contreras (2023).

Mencionando la Corte, que en ocasiones el togado por su condición humana, identifica en un estereotipo negativo a la mujer, evento que impide la protección de derechos en razón a la desigualdad material, incentivando la discriminación o violencia que ejerce la contraparte o encontrándonos con vulneraciones inconducentes al obligarlas a soportar cargas probatorias que la revictimizan, fenómeno que se identifica cuando el jurista no ejerce los poderes autónomos que tiene para equilibrar las cargas procesales. Es decir, al omitirse una investigación profunda del caso se puede caer en actos que violentan

de forma sistemática a la mujer en razón a un estereotipo negativo del funcionario encargado para solucionar un conflicto.

3.3. Sentencia T - 967 de 2014

Se afirma por parte de la Corte que las víctimas de violencia de género no llegan en igualdad de armas a los procesos judiciales, lo anterior, en virtud de las barreras que aún presentan para acceder a la justicia, como lo pueden ser: la vergüenza por la violencia sufrida, el qué dirán de su persona, la intimidación de sus agresores, la falta de orientación, la falta de recursos económicos e igualmente los estereotipos que aún se presentan en algunos operadores de justicia.

De esta forma, en el caso particular, la Corte revoco una decisión judicial por considerar que en la misma se había incurrido en un defecto fáctico al valorar indebidamente las pruebas, yerro atribuido a la falta de enfoque de género, vulnerándose con ello el derecho al debido proceso y a la igualdad de armas que debe existir dentro de la actuación jurídico-procesal.

Como vemos, la posición del jurista no debe ser estática y mucho menos inobservante de la realidad social. Por el contrario, debe estar atento, activo y dispuesto a equilibrar las cargas procesales cuando de los hechos iniciales y las pruebas se pueda establecer una hipótesis de violencia o discriminación en razón al género.

3.4 Sentencia T - 012 de 2016

Conservando la línea jurisprudencial, la Corte Constitucional mantiene que, al no aplicarse el enfoque de género en una decisión judicial, se contribuye con la discriminación y violencia sistemática que ha sufrido la mujer a lo largo del tiempo, así, los jueces además de reconocer derechos también pueden confirmar patrones de desigualdad y discriminación con el fin de corregir el detrimento de los derechos de las mujeres o las víctimas por su género.

3.5 Sentencia T - 145-2017

Se resalta que la perspectiva de género no es un acto discrecional de los juristas, si no, por el contrario, es un acto obligatorio en virtud del derecho internacional y nacional, en el cual se busca proteger los

derechos de las mujeres, más aún, cuando se está ante eventos que demuestran la violencia de género.

Igualmente se insiste en la facultad oficiosa que tienen los jueces para comprobar de forma fehaciente los actos de discriminación o violencia por razón de género, evitándose de esta forma, que las decisiones se inclinen a favor de los victimarios por falta de prueba, claro, cabe mencionar que este evento corresponde meramente a la actividad probatoria y no a desencadenar de forma adversaria una carga injustificada en desfavor de una de las partes procesales. Pues lo que se busca es ahondar en el análisis de la violencia contra las mujeres, en el cual se puedan determinar los patrones sociales, culturales, vivenciales que dan lugar a ella.

Conclusiones

Puede afirmarse que la perspectiva de género es una herramienta conceptual de aplicación judicial que busca garantizar la protección de personas que históricamente han sido sometidas a la discriminación y/o violencia, bajo una sociedad enmarcada en estereotipos que desacreditan los derechos inherentes de aquellos que buscan ser reconocidos de forma diferente a lo que la costumbre social exige, (mujeres – cultura – raza - personas con otras orientaciones sexuales – no binarios etc.), fenómeno que ha sido estudiado a profundidad por las altas Cortes Colombianas y de los cuales han surgido estrategias jurídico-procesales que busca abolir la discriminación o violencia por género de la actividad judicial. Pues, como bien quedó indicado, a pesar de la normatividad proteccionista vigente, la desigualdad y discriminación por razón de género sigue existiendo gracias a costumbres sociales que desacreditan a algún sector de la sociedad por su condición de “ser”. En tal sentido, vale la pena brindar respuesta al interrogante: ¿Qué papel desempeña la perspectiva de género como criterio de valoración de la prueba testimonial y la declaración de parte en el proceso en Colombia?, ya que es al juez, como director del proceso, quien tiene la obligación de juzgar bajo perspectiva de género, siempre y cuando, la situación concreta logre encajar en el test de estudio para tal fin:

- i. Valorar la declaración de parte o el testimonio desde la perspectiva de género, garantiza la protección de uno de los

sujetos procesales sin violentar las garantías fundamentales de la otra parte. Pues de lo contrario, no podría predicarse la eficacia de la justicia ante una persona que se encuentra en desigualdad material ante el hecho probatorio por factores de “género, condición sexual, económico, social, cultural, psicológico, religioso.

- ii. A pesar, que dentro de la costumbre social se vulneren, discriminen o violenten derechos de sectores históricamente reconocidos (mujeres, diversidad sexual, raza, cultura, edad, posición social etc.), el juez, en su labor debe hacer que la igualdad de las partes prevalezcan, aun cuando esto signifique equiparar las cargas procesales en razón de aumentarlas en un extremo y disminuirlas en el otro, ya que, lo que el proceso busca es llegar al mayor conocimiento de un conflicto social que permita decidir en derecho y justicia.
- iii. El juez tiene una libertad limitada ante la aplicación de la sana crítica para decidir con perspectiva de género, ya que debe resolver bajo un criterio de razonabilidad (lógica formal) en la cual, la conclusión debe ser consecuencia de la unión de todas las premisas argumentadas, practicadas y probadas dentro de la actuación procesal. Por otra parte, la racionalidad se convierte en el segundo límite (valores y fines), ya que la decisión garantista debe estar soportada bajo los fines generales que busca el Estado y la norma superior
- iv. Igualmente se logran observar dos aspectos claves, el juez en principio brinda un calificativo jurídico a la prueba de forma individual (interrogatorio de parte – testimonios – documentos etc.), con el fin de poder fundamentar en que pruebas se detona el test de perspectiva de género, pues es evidente que no todas se estructuran bajo esta categoría, para luego, valorar en conjunto y decidir conforme a la ley. Es decir, la perspectiva de género busca igualar cargas y garantías entre las partes, pero nunca bajo este análisis podrá mejorarse más allá de lo permitido por la ley los intereses del sujeto discriminado o violentado, ya que, ante tal evento, estaríamos ante un juez creador de leyes que usurpa los poderes de la rama legislativa.

- v. Dentro de la misma línea conceptual, la Corte ha comprendido que la respuesta estatal inadecuada por parte del Estado ante la violencia de género es “una falta al deber de debida diligencia” y constituye la violencia estructural contra las mujeres. Es decir, el Estado por medio de los jueces busca que la igualdad humana se materialice, lucha que aún en la actualidad sigue presentando obstáculos gracias a los sesgos creados por la sociedad, donde se ve a la mujer u otros géneros como personas débiles, incapaces, inferiores o que simplemente no tienen los mismos derechos de otros. Fenómeno, que por lo menos busca ser eliminado de la institucionalización jurídica.

En tal sentido, la declaración de parte y la prueba testimonial se convierten en los mecanismos procesales que le permite al juez, reforzar o desacreditar la hipótesis de violencia o discriminación de género, toda vez que estos medios probatorios ilustran desde su narración el contexto de tiempo, modo y lugar en el cual transcurren los sucesos que son causa del litigio, evento en el cual, el togado puede observar si de los relatos y las pruebas aportadas se logra evidenciar la discriminación o violencia por causa de género, momento para el cual, podrá brindar un calificativo jurídico que admita la protección de la parte que se encuentre menguada en derechos, para luego valorar las pruebas en conjunto y poder tomar una decisión que materialice los valores y principios perseguidos por el instrumento judicial.

Referencias

- Arayo Novoa, M. P. (2020). Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal. *Revista de Estudios de la Justicia* 32, 35-69. Obtenido de: https://ombudsperson.uniandes.edu.co/images/Gnero_y_verdad_Valoracin_racional_de_la_prueba_en_los_delitos_de_violencia_patriarcal.pdf.
- Bastidas Mora, P. (2009). La Constitucionalización del Proceso. *Revista Pensamiento Jurídico*, 24, 241-254. Obtenido de: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/36534/38445>
- Bernardo, L. & Rengifo Villa, P.A. (2020). La Perspectiva de Género en las Decisiones Judiciales de los Jueces de Familia, una Modalidad Necesaria de Discriminación Positiva. (*tesis de posgrado*). Pereira, Colombia: Universidad Libre de Colombia, Seccional Pereira. Obtenido de: <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/23218/MD0184.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México (16 de noviembre de 2009). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: (Fondo, Reparaciones y Costas). Obtenido de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948). Asamblea General. Paris, Francia: Resolución 217 A (III). Obtenido de: https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf
- Devis Echandía, H. (2002). Teoría General de la Prueba Judicial. Buenos Aires, Argentina: Editorial Fidenter.
- Enríquez Gómez, D. F. (2018). Perspectiva de género en la valoración probatoria dentro de la jurisdicción civil y familia. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/11407/6224>.
- Enríquez Gómez, D. F. (2018). Perspectiva de género en la valoración probatoria dentro de la jurisdicción civil y familia. (*tesis de posgrado*). Medellín, Colombia: Universidad de Medellín.

Obtenido de: https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/6224/T_MDHDIH_307.pdf?sequence=2

Ferrajoli, L. (2016). *Derechos y garantías: la ley del más fuerte* (8ª ed.). Madrid., España: editorial Trotta

Ferrer Beltrán, J. (26 de noviembre de 2019). La paradoja de la valoración probatoria con perspectiva de género. *Jornadas sobre Razonamiento Probatorio y Perspectiva de Género*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Obtenido de: <https://www.youtube.com/watch?v=SlsoI3WQLy4>

Gama, R. (2020). Prueba y perspectiva de género: Un comentario crítico. *Revista Quaestio facti*, 1, 285-298. Obtenido de: <https://n9.cl/f9g5a>

García Álvarez, A. (2019). Emancipación epistémica: una lectura kantiana acerca de la “injusticia epistémica”. *Revista eikasia*, 157-179. Obtenido de: <https://revistadefilosofia.org/87-06.pdf>

Gastaldi, P. & Pezzano, S. (2021). Juzgar con perspectiva de género “Desigualdad por razones de género” como propiedad relevante en la toma de decisiones judiciales. *Revista Argumentos*, 12, 36-48. Obtenido de: <https://oaji.net/articles/2021/3865-1634050878.pdf>

Jordi Ferrer, B. (26 de noviembre, 2019) La paradoja de la valoración probatoria con perspectiva de género. Ponencia en marco de la Jornada sobre prueba con perspectiva de género. organizada por la Dirección general de derechos humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=SlsoI3WQLy4>

Kelsen, H. (Ed.). (2009). *Teoría pura del derecho* (4ª ed.). Buenos Aires., Argentina: Universidad de Buenos Aires

Ley 1564. (12 de Julio de 2012). Congreso de la República. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No 48.489 del 12 de Julio de 2012. Obtenido de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html#1

- Michellini, D. J. (2010). Dignidad humana en Kant y Habermas. *Revista anual de la Unidad de Historiografía e Historia de las Ideas – INCIHUSA – CONICET 12*, 41-49. Obtenido de: <http://www.scielo.org.ar/pdf/efphi/v12n1/v12n1a03.pdf>
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. (1ra ed.). Madrid, España: Marcial Pons Nikken, P. (2021). Sobre el concepto de Derechos Humanos. *Universidad Nacional Abierta y a Distancia*. Obtenido de: http://datateca.unad.edu.co/contenidos/90150/Curso_AVA/Curso_AVA_8-02/Entorno_de_Conocimiento_8-02/Bibliografia_Unidad_2/Concepto_de_Derechos_Humanos.pdf
- Pabón Mantilla, A. P. (2023). Perspectiva de género en la decisión judicial: justificación y metodología. *Academia & Derecho*, 12(22). <https://doi.org/10.18041/2215-8944/academia.22.8917> (Original work published 8 de julio de 2022)
- Parra Quijano, Jairo. (2002). *Manual de Derecho Probatorio*. (13ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Librería Profesional.
- Poyatos Matas, G. (2019). Juzgar con perspectiva de género: Una metodología vinculante de justicia equitativa. *Revista de Género e Igualdad*, 2, 1-21. Obtenido de: <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/67401/1/documento%20%2838%29.pdf>
- Principales estándares y recomendaciones en materia de violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes (14 de noviembre de 2019). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Washington, Estados Unidos de América: Doc. 233. Informe de seguimiento. Obtenido de: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciadiscriminacion-mujeres-anexo1-es.pdf>
- Quintero Prado, M. A. (2020). La prueba testimonial de la víctima de delitos de violencia contra la mujer, valorada desde una perspectiva de género. (*tesis de posgrado*). Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Obtenido de: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7281/1/T3165-MDPE-Quintero- La%20prueba.pdf>

- Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española: *Diccionario panhispánico de dudas (DPD)* [en línea], <https://www.rae.es/dpd/ayuda/forma-de-cita>, 2.^a edición (versión provisional). [Consulta: 26/01/2024].
- Rodríguez Siu, L. L. (2015). La perspectiva de género como aporte del feminismo para el análisis del derecho y su reconstrucción: El caso de la violencia de género. (*tesis de posgrado*). Getafe, España: Universidad Carlos III de Madrid. Obtenido de: <https://core.ac.uk/download/pdf/44309863.pdf>
- Rodríguez, V. A. & Uprimny, Y. R. (2004). *Interpretación judicial*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Jurídica Rodrigo Lara Bonilla.
- Rozo Gambia, M. P. & Amaya Gómez, L. J. (2020). Análisis de la perspectiva de género en las sentencias de reparación directa del consejo de estado. (*tesis de posgrado*). San José de Cúcuta, Colombia: Universidad Simón Bolívar, Extensión Cúcuta.
- Rueda, N. (19 de Julio de 2022). Falsa neutralidad del Derecho e injusticia epistémica. *Ámbito Legal, Web*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/falsa-neutralidad-delderecho-e-injusticia-epistemica>.
- Salinas Garza, J. Á., Rodríguez Lozano, L. G., y García Monroy, M. (2023). Perspectiva de género. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 15(30), 326–339. Obtenido de: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.15-num.30-2023-4252>
- Sayago, S. (2013). El análisis del discurso como técnica de investigación cualitativa y cuantitativa en las ciencias sociales. *Revista Cinta moebio*, 49: 1-10. Obtenido de: <https://www.scielo.cl/pdf/cmoebio/n49/art01.pdf>
- Sentencia C-202. (08 de marzo de 2005). Corte Constitucional. Sala Plena de la Corte Constitucional. M.P.: Jaime Araujo Rentería. Bogotá. D.C., Colombia: Referencia: expediente D- 5336. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-202-05.htm#:~:text=%E2%80%99CLas%20>

reglas%20de%20la%20sana,de%20la%20experiencia%20del%20juez.

Sentencia C-566. (30 de noviembre de 1995). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expedientes D-823. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-566-95.htm#:~:text=C-566-95%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20Estado%20social%20de%20derecho,y%20la%20adecuada%20integración%20social>.

Sentencia Casación 55149. (29 de marzo de 2023). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *MP.: Gerson Chaverra Castro*. Bogotá. D.C., Colombia: SP124-2023. Radicación N°. 55149. Obtenido <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2023/04/SP124-2023-2.pdf>

Sentencia Casación 625018. (03 de mayo de 2018). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agrario. *MP.: Margarita Cabello Blanco*. Cundinamarca., Colombia: STC2287-2018. Radicación N°. T 2500022130002017-00544-01. Obtenido <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/género/STC2287-2018.pdf>

Sentencia Casación 625018. (21 de febrero de 2018). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, tutela. *MP.: Margarita Cabello Blanco*. Bogotá. D.C., Colombia: STC2287-2018. Radicación N°. T 2500022130002017-00544-01. Obtenido de <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/género/STC2287-2018.pdf>

Sentencia Casación 752064. (24 de noviembre de 2021). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. *MP.: Aroldo Wilson Quiroz Monsalve*. Bogotá. D.C., Colombia: STC15780-2021. Radicación N°. T 11001-02-03-000-2021-03360-00. Obtenido de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=120319>

Sentencia Impugnación 00544. (21 de Febrero de 2018). Corte Suprema de Justicia. *M.P.: Margarita Cabello Blanco*. Bogotá,

D.C., Colombia: STC2287-2018. Radicación No 0544. Obtenido de: <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2018/02/22/juecesdeben-aplicar-erspectiva-de-género-en-casos-de-violencia-entre-parejas-cortesuprema/#:~:text=“Juzgar%20con%20%27perspectiva%20de%20género,manejar%20las%20categorías%20sospechosas%20al>

Sentencia SU-747. (02 de diciembre de 1998). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expedientes T-152455. Obtenidode: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU747-98.htm#:~:text=La%20población%20civil%20y%20las,tal%2C%20ni%20las%20personas%20civiles.>

Sentencia T-012. (22 de enero de 2016). Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión de tutelas. *M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá. D.C., Colombia: Referencia: expediente T- 4.970.917. Obtenido de <https://colectivajusticiamujer.org/product/corte-constitucional-sentencia-t-012-16-violencia-fisica-y-psicologica/>

Sentencia T-012. (22 de enero de 2016). Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. *M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expedientes T- 4.970.917. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-012-16.htm#:~:text=La%20violencia%20en%20contra%20de,el%20hecho%20de%20ser%20mujer.>

Sentencia T-126. (12 de abril de 2018). Corte Constitucional. Sala séptima de Revisión de tutelas. *M.P.: Cristina Pardo Schlesinger*. Bogotá. D.C., Colombia: Referencia: expediente T- 6.326.145. Obtenido de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=84826&dt=S>

Sentencia T-338 (22 de agosto de 2018). Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. *M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expedientes T- 6.702.009. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-338-18.htm>

- Sentencia T-409. (08 de junio de 1992). Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expedientes Acción de tutela T-125. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-409-92.htm>
- Toro Aragón, J. B. (2 al 6 de diciembre de 2020). 30 años de la Constitución, *dilemas con Alejandra Barrios*. Bogotá, D.C., Colombia: Mesa Capital, sistema de comunicación pública. Obtenido de <https://www.facebook.com/CanalCapitalOficial/videos/1046309885775186/>
- Torres Ávila, J., (2017). La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo. *Revista Derecho*, (47), 213-234. Obtenido de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972017000100138
- Tushnet, M. V. (Ed.). (2012). *¿Por qué la constitución importa?* (1ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- UNICEF. (2017). *Comunicación, infancia y adolescencia: Guía para periodistas perspectiva de género*. (1ra ed.). Obtenido de: https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org/argentina/files/2018-04/COM-_PerspectivaGénero_WEB.pdf
- Vasilachis, I. (2006). La investigación cualitativa. En I. Vasilachis (coord.), *Estrategias de investigación cualitativa* (págs. 23-64). Barcelona: Editorial Gedisa.

La perspectiva de género en el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral e invalidez en el sistema general de riesgos laborales colombiano, en los términos de la Cedaw¹⁷

The gender perspective in the classification process of loss of work capacity and disability in the general Colombian occupational risk system, under the terms of Cedaw.

Claudia Irene Lastra Benavides¹⁸

Resumen

En Colombia la población laboral formal afiliada al Sistema General de Riesgos Laborales, de acuerdo con su género, es ampliamente desigual entre hombres y mujeres, según las cifras del Ministerio del Trabajo – Dirección de Riesgos Laborales; por tal motivo, es necesario replantear el procedimiento de calificación de pérdida de la capacidad laboral bajo unos criterios diferenciales, dado que en Colombia persisten marcadas desigualdades económicas, sociales, emocionales y físicas para el género femenino; esto, sumado a la frecuente doble jornada (laboral y doméstica/familiar) que incrementa su desgaste físico y psicoemocional.

Nótese que, dentro de los criterios utilizados para la determinación de la pérdida de la capacidad laboral e invalidez están el técnico y el científico Establecidos en el Manual Único de Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional. Sin embargo, no se maneja ningún criterio diferenciador entre hombres y mujeres, a pesar de las desigualdades mencionadas en el párrafo precedente. Por tanto, resulta indispensable incorporar a este procedimiento, los elementos propios de la perspectiva de género, en el entendido que esta es una herramienta

17 Capítulo desarrollado en marco del proyecto de investigación: Perspectiva de Género en el proceso colombiano, en la Maestría en derecho procesal de la Universidad Libre seccional Cúcuta.

18 Abogada, Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia. Especialista en Seguridad Social, Universidad Externado de Colombia. Especialista en docencia universitaria, Universidad Santo Tomás. Candidata a Magíster en Derecho Procesal, Universidad Libre seccional Cúcuta.
Correo: claudiai-lastrab@unilibre.edu.co.

conceptual que busca mostrar que las diferencias entre mujeres y hombres se dan no sólo por su determinación biológica, sino también por las diferencias culturales asignadas a los seres humanos, y que han sido normativizados en distintos instrumentos internacionales como la Convención Sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer (Cedaw), por sus siglas en inglés: *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*.

Por ello, este capítulo busca identificar los elementos de la perspectiva de género que se deben incorporar en el Sistema de Riesgos Laborales, con incidencia directa en el proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral e invalidez, a fin de asegurar el cumplimiento de los principios emanados de la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer – Cedaw-.

Introducción

El Sistema General de Riesgos Laborales en el ordenamiento jurídico colombiano, según lo señalan las editoras Diana Elizabeth Cuervo y Nidia Elizabeth Díaz en su libro *Sistemas de riesgos laborales en Colombia* (2024) – Editorial Tirant, tuvo sus inicios en el año 1904 cuando Rafael Uribe Uribe trató específicamente el tema de la seguridad en el trabajo, que posteriormente se convertiría en la Ley 57 de 1915 conocida como la Ley Uribe sobre accidentalidad laboral y enfermedades profesionales, siendo ésta la primera ley relacionada con el tema de salud ocupacional en el país. Así mismo, con esta normatividad se estableció la responsabilidad del empleador, las prestaciones económico-asistenciales, las clases de incapacidad, la pensión de sobreviviente y la indemnización en caso de limitaciones físicas causadas por el trabajo (Cuervo y Díaz, 2020).

Desde entonces, ha evolucionado significativamente el concepto de salud integral y seguridad en el trabajo, desencadenando en las garantías establecidas en la Constitución Política de 1991, que en su artículo 25 le imprime una condición de protección al trabajador a cargo del Estado y del empleador, de tal suerte que, posteriormente, la Ley 100 de 1993 desarrollaría tal mandato constitucional en su artículo 1 estableciendo el Sistema de Seguridad Social Integral, cuyo objeto es “garantizar los derechos irrenunciables de la persona

y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten” (Ley 100, 1993).

Para desarrollar el Sistema General de Seguridad Social Integral, se han emitido con posterioridad a la Ley 100 de 1993, una normatividad con la que se ha buscado consolidar el sistema. Por ejemplo, el Decreto Ley 1295 de 1994 (Sistema General de Riesgos Profesionales), la Ley 776 de 2002 (organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales), el Decreto 723 de 2003 (afiliación al Sistema General de Riesgos Laborales de las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios), y, por último, el Decreto 1072 de 2015 (Único Reglamentario del Sector Trabajo).

Como puede apreciarse, Colombia cuenta con un importante marco regulatorio en todo lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), consagrado principalmente en la Ley 100, 1993 y en la normatividad enunciada en el párrafo anterior; siendo importante destacar, para efectos de la presente investigación, el Decreto 1295 de 1994, que consagra el Sistema General de Riesgos Profesionales, definido este sistema en su artículo 1 como el “conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencias del trabajo que desarrollan” (Decreto 1295, 1994).

El Decreto 1295 de 1994 actualmente compilado en el Decreto 1072 de 2015, reglamentario del Sector Trabajo, así como en la Resolución 0312 de 2019 del Ministerio de Trabajo, establecen las disposiciones generales sobre riesgos laborales vigentes en Colombia, fijando las obligaciones a cargo del empleado y empleador dentro del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Así mismo, debe destacarse que, en Colombia se han establecido canales para la prevención de accidentes en el trabajo, es así como se incorporó el Sistema General de Salud y Seguridad en el Trabajo (SG-SST), entendido éste como un sistema que define los procesos para lograr una correcta identificación y anticipo de los riesgos laborales. Entre los beneficios de incorporar este sistema en las empresas del país están el aumento en la productividad y el cumplimiento de la normatividad.

Entre los grandes objetivos de este sistema, se encuentra la consolidación de equipos de trabajo para la prevención de riesgos laborales, tales como el comité COPASST, encargado de la promoción y vigilancia de las normas en temas de SST. Entre sus funciones están la de proponer medidas y actividades que mejoren las condiciones de trabajo en la empresa. Por otro lado, el Comité de Convivencia Laboral (CCL), encargado de generar estrategias de conciliación entre colaboradores de la empresa. También, el comité deberá promover actividades hacia la prevención de acoso laboral para proteger a los trabajadores de riesgos psicosociales.

Puesto lo anterior en contexto, se visualiza que el Sistema General de Riesgos Laborales en Colombia se ha venido implementando, desde lo normativo, con una tendencia de protección al trabajador bajo una lógica de integración de las empresas y el Estado. Sin embargo, en la realidad, los distintos actores no proporcionan los aportes suficientes que permitan determinar una cobertura amplia, tanto en el número de empleos formales afiliados al sistema general de riesgos laborales y del sistema general de salud y seguridad en el trabajo, como las empresas o empleadores que cumplan con las disposiciones mínimas de seguridad en el trabajo, lo que genera una situación de riesgo permanente para los trabajadores en el ejercicio de sus labores y funciones.

Del mismo modo, resulta problemático que si se observan las cifras del Ministerio de Trabajo – Dirección de Riesgos Laborales, la población afiliada formalmente al Sistema General de Riesgos Laborales en Colombia, de acuerdo a su género, es significativamente desigual entre hombres y mujeres. Igualmente, debe tenerse en cuenta que históricamente en el Estado colombiano han sido marcadas las desventajas en las condiciones económicas, sociales, emocionales, laborales y físicas para el género femenino, máxime si se toma en consideración la tendencia en el país que indica que las mujeres, adicional a las funciones propias de su empleo, en un alto porcentaje deben continuar la jornada no laboral realizando las ocupaciones domésticas y familiares que incrementan su desgaste físico, emocional y mental.

Por tal motivo, se hace necesario replantear el procedimiento de calificación de pérdida de la capacidad laboral bajo unos criterios

diferenciales entre hombres y mujeres. Nótese que, dentro de los criterios utilizados para la determinación de la pérdida de la capacidad laboral e invalidez están el técnico y el científico establecidos en el Manual Único de Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional. Sin embargo, dentro de dicho documento no se maneja ningún criterio diferenciador entre ambos géneros, a pesar de las desigualdades descritas previamente.

En tal sentido, esta problemática debe analizarse desde una perspectiva de género, recurriendo al estudio de disposiciones constitucionales e instrumentos internacionales de relevancia, como, para este caso lo es, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer – Cedaw -, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 34 de 1980. Esta normatividad en Colombia fue aprobada mediante la Ley 51 de 1981, y se ratificó el 19 de enero de 1982, obligándose el Estado Colombiano a incorporar al ordenamiento jurídico las disposiciones de la Cedaw, que de acuerdo con la autora Teresa Valdés, se constituye como “un programa de acción pública destinado a eliminar la discriminación hacia las mujeres y lograr la igualdad formal y sustantiva entre mujeres y hombres, lo que, sin duda, resulta ambicioso y desafía las estructuras socioculturales de los países” (Valdés, 2013, p. 171).

Entonces, resulta problemático que, habiendo tanta normatividad aplicable en el Sistema de riesgos laborales con incidencia directa en el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral e invalidez, históricamente este proceso no se haya realizado con base en una perspectiva de género, que pueda tomar en consideración las condiciones de vulnerabilidad en que se puede encontrar la mujer a la hora de ser calificada. En efecto, se torna fundamental realizar un análisis jurídico sobre aquellos elementos propios de la perspectiva de género, y aquellos principios contenidos en la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer – Cedaw, que deben ser tenidos en cuenta en el ordenamiento jurídico colombiano para optimizar el proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral e invalidez, dando garantía a los derechos de las mujeres.

Problema de investigación

¿Qué elementos de la perspectiva de género se deben incorporar en el Sistema de Riesgos Laborales con incidencia directa en el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral e invalidez, a fin de asegurar el cumplimiento de los principios emanados de la convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer – Cedaw?

1. Los criterios establecidos por el ordenamiento jurídico colombiano para la calificación de la pérdida de capacidad laboral e invalidez

Como lo ha sostenido la Corte Constitucional desde su jurisprudencia primigenia, el Estado Social de Derecho se puede describir esquemáticamente a partir de dos puntos de vista: uno cuantitativo, representado por el denominado Estado bienestar, y, otro cualitativo, bajo la figura del Estado constitucional democrático. El primero de ellos, en palabras del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional, está llamado a garantizar “estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad” (Sentencia T-406, 1992).

Así, siendo Colombia un Estado social de Derecho con influencia marcada de los parámetros del denominado Estado de bienestar, está obligado a fijar unas disposiciones que permitan la garantía de derechos para aquellas personas que, con ocasión de las actividades que desempeña en su trabajo, han perdido su capacidad laboral o han atravesado un estado de invalidez, siendo el punto de partida para gozar de tales garantías, acceder a un procedimiento de calificación de pérdida de la capacidad laboral justo y equitativo. Sobre el particular, la Corte Constitucional en reiteradas sentencias, como, por ejemplo, la T-402 de 2022 ha puntualizado que la calificación de la pérdida de la capacidad laboral es:

un derecho que tienen todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social, sin distinción alguna, pues es el medio para acceder a la garantía de otros derechos como la salud, el mínimo vital y la

seguridad social, en tanto permite establecer si una persona tiene derecho a las prestaciones asistenciales o económicas que se consagran en el ordenamiento jurídico, por haber sufrido una enfermedad o accidente (Sentencia T-402, 2022).

Siguiendo esa misma línea argumentativa, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Constitucional en sentencia T-250 de 2022 indicó lo siguiente:

El ordenamiento jurídico impone que el estado de invalidez se determine a través de una valoración médica que conlleve a una calificación de la pérdida de la capacidad laboral, cualquiera que sea su origen (común o laboral). Esta calificación debe ser realizada por las entidades autorizadas por la ley. Con dicha calificación se dictamina el porcentaje de afectación, el origen de la pérdida y la fecha en la que se estructuró. De esta manera, su determinación tiene como propósito la garantía de diversos derechos fundamentales: la salud, la seguridad social y en muchos de los casos, dependiendo de las circunstancias particulares, la vida y el mínimo vital (Sentencia T-250, 2022).

Así las cosas, es oportuno indicar en este punto que, en el marco del Estado social de derecho colombiano, la calificación de la pérdida de la capacidad laboral está cimentada en la obligación de asegurar los derechos fundamentales de las personas que por motivo de su trabajo perdieron su capacidad laboral o fueron víctimas de un estado de invalidez. Para ello, el legislador y el Gobierno Nacional, respectivamente, deben adoptar unos criterios legales y reglamentarios, que definan las pautas que deben seguir todos los actores involucrados en este procedimiento en cada una de sus instancias. Tales criterios serán expuestos a continuación.

En primer lugar, resulta importante mencionar que el artículo 142 de la Ley 019 de 2012, modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, que había sido reformado previamente por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, fijando que la calificación de la pérdida de capacidad laboral u ocupacional, se realizará con base en el manual único para la calificación de invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, vigente a la fecha de calificación, que deberá contener los criterios técnicos-científicos para evaluar la imposibilidad del trabajador, representado en un porcentaje, para continuar desempeñando sus labores en condiciones físicas

y/o mentales normales, debido a alguna deficiencia, discapacidad y minusvalía que hayan generado secuelas como consecuencia de una enfermedad o accidente.

En virtud de las anteriores disposiciones de orden legal, el Gobierno Nacional representado por el Ministerio de Trabajo, mediante el Decreto 1507 del 12 de agosto de 2014, expidió el Manual Único de Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, el cual, de acuerdo a la lectura literal del artículo 1, se constituye como el instrumento técnico establecido para evaluar la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional de cualquier origen en el país. Dicha normatividad, si se recurre a los aportes de la doctrina, se puede contextualizar en los siguientes términos:

En Colombia, la calificación de la pérdida de capacidad laboral (PCL), es un procedimiento pericial en salud, técnico y científico que permite conocer, determinar y calificar el porcentaje de la PCL de una persona y su estado de salud después de un proceso de tratamiento médico pertinente de acuerdo con su condición de salud. Para esta calificación se utiliza un baremo denominado Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional (MUCPCLO), establecido a través del Decreto 1507 de 2014, por el Ministerio de Trabajo y uno de sus objetivos es definir las condiciones finales que le permiten o no a una persona acceder a la pensión de invalidez, independiente del origen, si alcanza los valores y requisitos descritos en este manual. Asimismo, también sirve para definir el acceso a la prestación económica por incapacidad permanente parcial, en caso de enfermedad o accidente laboral (Gaona, Martínez, Giraldo, Rodríguez, Velásquez, 2023).

Ahora bien, el Ministerio del Trabajo a través de los Decretos 1352 de 2013 y 1072 de 2015 en su capítulo 5, desarrolla la mencionada Ley 019 de 2012, mediante la cual se crean las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez como organismos del sistema de la seguridad social integral del orden nacional, adscritas a dicho gabinete, con personería jurídica, de derecho privado, cuya función principal dentro del Sistema de Seguridad Social Integral es la de decidir en primera instancia las controversias sobre las calificaciones en primera oportunidad (realizada por la EPS, Colpensiones o ARP) de origen y la pérdida de la capacidad laboral u ocupacional y su fecha de

estructuración, así como la revisión de la pérdida de capacidad laboral y estado de invalidez; de igual manera actúa como segunda instancia y órgano de cierre dentro de los Regímenes de Excepción como el de Ecopetrol y el del Magisterio.

Dicho esto, son las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez, las entidades llamadas a dar aplicación al Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional (MUCPCLO), establecido a través del Decreto 1507 de 2014. Para tal efecto, la actuación debe ceñirse a los criterios fijados por la norma en mención, descrita, a grandes rasgos por la Defensoría del Pueblo así: “la calificación de disminución de capacidad laboral, esta supedita a varios criterios o componentes entre los cuales están aquellos funcionales, biológicos, síquicos y sociales del ser humano, previamente establecidos en los manuales de calificación, entre los cuales se deben tener en cuenta aspectos como la Deficiencia, discapacidad y minusvalía” (Defensoría del Pueblo, 2016).

Entonces, el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional en su parte inicial establece la metodología para la calificación de deficiencias, unificando los factores, criterios y la estructura de las tablas de calificación, bajo los siguientes parámetros de carácter general: En primer lugar, dentro de la tabla se observan las clases de deficiencias; en segundo lugar, el porcentaje de PCL, que varía de 0 a 100%; y, finalmente, los criterios de deficiencia: historial clínico, examen físico, estudios clínicos o resultados de pruebas objetivas, y, antecedentes funcionales o de evaluación.

Con lo anterior, se tienen los criterios básicos que serán tomados como fundamento para la decisión sobre la calificación de la pérdida de la capacidad laboral e invalidez por parte, bien sea de la Junta Regional o Nacional de Calificación de Invalidez en lo atinente a las deficiencias, que corresponde al 50% de la valoración final. Pero también el Decreto 1507 de 2014 fija unos criterios específicos para la valoración del rol laboral, rol ocupacional y otras áreas ocupacionales, que corresponden al 50% restante de la valoración final. Por ejemplo, en la tabla No. 13 establece los criterios para calificar a las personas en edad económicamente activa, a saber: rol laboral, autosuficiencia económica, y la edad.

Una vez contextualizados los anteriores criterios, resulta oportuno concluir, para efectos de dar respuesta a los objetivos del presente artículo, que el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, regulado en el Decreto 1507 de 2014 omite tanto en la parte de valoración de deficiencias, como en la parte de la valoración del rol laboral, rol ocupacional y otras áreas ocupacionales, adoptar criterios de género para la evaluación. Nótese que la Corte Constitucional dentro de su jurisprudencia ha establecido que las distintas autoridades públicas están llamadas a “aplicar las reglas constitucionales que prohíben la discriminación por razones de género, la observancia de la igualdad material, la garantía de protección a las mujeres víctimas de violencia y la protección de personas en situación de debilidad manifiesta” (Sentencia T-425, 2022), obligación de la que no se escapan las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez.

Así las cosas, si se toma en consideración lo indicado en párrafos precedentes, sobre las obligaciones que tiene Colombia al catalogarse como un Estado Social de Derecho, relacionadas con fijar unas disposiciones que permitan la garantía de derechos para aquellas personas que, con ocasión de las actividades que desempeña en su trabajo, han perdido su capacidad laboral o han atravesado un estado de invalidez, siendo el punto de partida para gozar de tales garantías, acceder a un procedimiento de calificación de pérdida de la capacidad laboral justo y equitativo, no es precisamente ni justo, ni equitativo, que el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional no se haya ocupado de establecer unos criterios de género para el procedimiento de evaluación, situación que deriva en unas consecuencias considerablemente negativas para las mujeres del país, que serán estudiadas en el capítulo subsiguiente.

2. Las consecuencias que se derivan de la ausencia del enfoque de género en el ordenamiento jurídico que regula el sistema de riesgos laborales en Colombia.

En Colombia, el 4 de diciembre de 2008 se expidió la Ley 1257 “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los

Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”, esta normatividad, como lo plantean las autoras María Isabel Lopera y Lina Marcela Estrada tiene como objetivo que tanto el Estado como la sociedad implementen las acciones necesarias para prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia contra las mujeres. Para tal efecto, dentro de sus disposiciones se acogieron “medidas que buscan protegerlas, especialmente a las que se encuentren en situación de vulnerabilidad en razón de su condición de mujer. Medidas o acciones afirmativas, o medidas de discriminación positiva, que buscan superar la discriminación mediante el reconocimiento de que la igualdad jurídica no constituye una igualdad real” (Lopera & Estrada, 2015).

Dentro de las medidas de discriminación positiva a favor de las mujeres, introducidas por la Ley 1257 de 2008, se encuentran, entre otras, el reconocimiento de prestaciones asistenciales y económicas para quienes hayan sido víctimas de violencia de género. Así mismo, dentro de los principios que rigen la aplicación de dicha ley, se encuentra el de atención diferenciada, según el cual, el Estado tiene la obligación de garantizar la atención de las necesidades y circunstancias específicas de colectivos de mujeres especialmente vulnerables o en riesgo, en aras de lograr el acceso efectivo a sus derechos.

Dicho lo anterior, se evidencia la existencia en Colombia de un cuerpo normativo de orden legal que exige la adopción de medidas de discriminación positiva en favor de las mujeres, que deben ser aplicadas por el Estado, y, en términos generales, por la sociedad. Las disposiciones de la Ley 1257 de 2008 no hacen otra cosa que desarrollar las prerrogativas de rango constitucional que cobijan los derechos de las mujeres. Nótese que de acuerdo con los lineamientos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Constitución Política de 1991 contiene mandatos para las autoridades administrativas y judiciales de “hacer efectiva la igualdad material de las mujeres”, lo cual “implica el deber de adoptar una perspectiva de género en sus actuaciones para garantizar la efectividad del ejercicio de todos los derechos, pero específicamente en este caso, a una vida libre de violencia y al acceso al trabajo en una real igualdad de condiciones” (Sentencia T-095, 2018).

Así las cosas, la primera consecuencia que se deriva de la ausencia del enfoque de género en el ordenamiento jurídico que regula el sistema de riesgos laborales en Colombia, puntualmente, del Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, regulado en el Decreto 1507 de 2014, es la violación directa de este acto administrativo a los postulados constitucionales que imponen la obligación de generar medidas de discriminación positiva en favor de las mujeres. Señala el autor José Blanco que “cualquier intento de determinar la inconstitucionalidad de una disposición normativa, debe sustentarse en la contradicción que pueda estar generando esa disposición con el principio de supremacía constitucional, consagrado en el artículo 4 de la Constitución Política, que establece a la constitución como norma de normas” (Blanco, 2022). En ese sentido, es claro que la Constitución Política contiene mandatos para las autoridades administrativas y judiciales de hacer efectiva la igualdad material de las mujeres, situación reconocida por la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional, y que se está omitiendo dentro de los criterios de calificación fijados en el mencionado decreto, al no incorporar la perspectiva de género en el proceso de calificación.

Por su parte, el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 que consagra el medio de control de nulidad, establece que toda persona podrá solicitar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general, entre otras cosas, cuando hayan sido expedidos con infracción en las normas en que deberían fundarse. En ese orden de ideas, el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, regulado en el Decreto 1507 de 2014, es un acto administrativo de carácter general susceptible de nulidad por contrariar las disposiciones constitucionales a que se hizo referencia en el párrafo precedente, y por la vulneración al principio de atención diferenciada consagrado en la Ley 1257 de 2008, según el cual, cualquier actuación administrativa, como lo es el procedimiento de calificación debe garantizar la atención de las necesidades y circunstancias específicas de colectivos de mujeres especialmente vulnerables o en riesgo, en aras de lograr el acceso efectivo a sus derechos, criterio que se omitió dentro de dicho decreto.

En efecto, como se indicó anteriormente, la primera consecuencia que se deriva de la ausencia del enfoque de género en el Manual Único para

la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, regulado en el Decreto 1507 de 2014, es de carácter eminentemente jurídico, ligada a la contradicción entre este acto administrativo de carácter general y las normas de carácter superior en que debió fundarse, como lo son, la Constitución Política y la Ley 1257 de 2008.

No obstante, debe advertirse que no es la única consecuencia, sino que existe otra con mayor relevancia que es de carácter social. Como se indicó en la parte introductoria del presente artículo, en un Estado como el colombiano, son marcadas las desigualdades en las condiciones económicas, sociales, laborales, emocionales, y físicas para el género femenino; esto, aunado a que es tendencia en el país que las mujeres, adicional a las funciones propias de su empleo, en un alto porcentaje deben continuar la jornada no laboral realizando las ocupaciones domésticas y familiares que incrementan su desgaste físico, emocional y mental.

Señala la autora María Fernanda González en un estudio realizado sobre salud laboral y género, encaminado a buscar la incorporación de la perspectiva de género en el ámbito de la prevención de riesgos laborales lo siguiente:

En esta línea, diferentes estudios confirman que hombres y mujeres con la misma ocupación y aparentemente la misma exposición enferman y se accidentan de diferente manera, y cómo factores relacionados no sólo con el sexo, sino también con los roles sociales en el medio laboral y extralaboral, pueden influir en enfermedades relacionadas con el trabajo y en la propia percepción de la salud por parte de ambos grupos (González, 2011).

Por su parte, las autoras Adriana Camacho y Daniela Mayorga, realizaron un análisis sobre los riesgos laborales psicosociales de las mujeres desde una perspectiva organizacional, jurídica y social, dentro del cual concluyeron:

Las mujeres siguen considerándose el sexo débil a pesar de que actualmente cuentan con igual o mejor formación profesional que los hombres, pero un ambiente machista hace que sean vulnerables y discriminadas en el desempeño de sus funciones, lo que se evidencia en aspectos como menor remuneración, menores beneficios o peores

condiciones laborales. Lo anterior, genera frustraciones y situaciones de conflicto en las mujeres al percibir que, pese a que cuentan con los mismos méritos, se les da un trato desigual (Camacho & Mayorga, 2017).

Del mismo modo, en una investigación realizada en el año 2015 sobre desigualdad de género en las actividades de prevención de riesgos laborales, se determinó lo siguiente:

Concluimos nuestro estudio corroborando la hipótesis que afirma la existencia de desigualdad de género en materia de prevención laboral. Y al alcanzar los objetivos planteados confirmamos que la mujer trabajadora muestra una significativa desventaja respecto al hombre en las actividades preventivas relacionadas con la vigilancia de la salud, control de los riesgos en el puesto de trabajo, así como en formación e información. Y por todo lo expuesto podemos decir que en la actualidad todavía no se ha establecido el enfoque de género en los aspectos de salud y seguridad en el trabajo (Gayoso, Rodríguez, Fernández & De La Cruz, 2017).

De esta manera, es notorio que en la sociedad actual no se han superado las circunstancias discriminatorias y desiguales para las mujeres en el ámbito laboral, situación que impacta directamente en la falta de garantías respecto a la prevención de riesgos laborales para el género femenino. Así pues, existe una probabilidad superior de que las mujeres padezcan situaciones que desencadenen una pérdida de capacidad laboral o invalidez producto de las condiciones sociales y laborales a las que se han visto sometidas históricamente, siendo fundamental, que el procedimiento a través del cual se calificará esas eventuales pérdidas de la capacidad laboral o invalidez, incorpore criterios de género, logrando materializar los derechos fundamentales de las mujeres en un trámite justo y equitativo.

En este orden de ideas, son claras las consecuencias negativas tanto en el ámbito jurídico, como en el ámbito social, que se derivan de la ausencia del enfoque de género en el ordenamiento jurídico que regula el Sistema de Riesgos Laborales en Colombia; las cuales se pueden resumir de la siguiente forma: i) en el ámbito jurídico, la contradicción existente entre el Decreto 1507 de 2014, acto administrativo de carácter general y las normas de carácter superior en que debió fundarse, como lo son, la Constitución Política y la Ley 1257 de 2008, situación que

lo hace susceptible de declarar su nulidad en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; y ii) en el ámbito social, la no superación de las condiciones históricas de desigualdad que ha sufrido la mujer, y que se han trasladado también a procedimientos como el de calificación de pérdida de la capacidad laboral e invalidez. Estas situaciones pueden subsanarse incorporando elementos propios de la perspectiva de género, y los principios de la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer – Cedaw- aplicables en las relaciones laborales, que serán estudiados en el capítulo subsiguiente.

3. Los principios de la Convención Sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer (Cedaw) aplicables en las relaciones laborales en Colombia.

El proceso de integración de un tratado internacional al ordenamiento jurídico colombiano conlleva la obligación de superar, como mínimo, cuatro etapas: negociación, suscripción, aprobación y ratificación. Las dos primeras son llevadas a cabo por el presidente de la República, quién, al suscribir el tratado, da lugar a que el Congreso de la República lo apruebe a través de una ley. Luego, el trámite continúa nuevamente en manos del Jefe de Estado para que realice la ratificación. Una vez superadas a satisfacción las mencionadas etapas, como lo señala la Corte Constitucional en su jurisprudencia, queda perfeccionado el tratado, y “los compromisos celebrados por el Estado son plenamente exigibles en los ámbitos internacional y doméstico” (Sentencia C-252, 2019). Lo anterior sin perjuicio de la competencia de la Corte Constitucional para estudiar la constitucionalidad de las disposiciones del tratado.

Dicho esto, es oportuno anotar que la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, fue aprobada por Colombia a través de la Ley 51 de 1981, surtiendo el respectivo procedimiento de ratificación el 19 de enero de 1982. Bajo ese entendido es acertado concluir que los compromisos adquiridos por Colombia al ratificar esta normatividad, son plenamente exigibles dentro del ordenamiento interno. Entonces, como punto de partida para el desarrollo del presente capítulo, se tiene que todos los principios que se desprendan de la mencionada convención son aplicables a las relaciones laborales en el Estado colombiano.

En efecto, como señalan las autoras, desde la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha establecido la obligación para los operadores judiciales de dar una aplicación efectiva a las prerrogativas emanadas de la Convención. Puntualmente, las citadas autoras anotaron sobre el particular que la Corte

“en cuanto a la Ley 51 de 1981 –Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer–, ha recurrido a su aplicación en forma explícita exhortando a la utilización de este instrumento por parte de los jueces y juezas colombianos/as” (Espinosa et al., 2003, p. 663).

Así, se reitera, que todos los principios emanados de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, son aplicables a las relaciones laborales en Colombia, tanto a manera de criterio orientador, como a manera de verdadera norma jurídica aplicable para la solución de un caso concreto. No obstante, existen algunos que de manera puntual merecen una mención, dada su relevancia para el reconocimiento de los derechos de las mujeres en el ámbito del trabajo.

En tal sentido, el principio sobre el cual gira el objeto de protección de esta convención es el de la igualdad. Nótese que en el literal a) del artículo 2 se impone la obligación para los Estados de consagrar, en caso de no haberlo hecho, dentro de su constitución o cualquier normatividad, el principio de igualdad entre el hombre y la mujer, así como la exigencia de procurar para que en la realidad ese principio sea materializado; obligación que, si se observa desde lo normativo, en los artículos 13 y 43 de la Constitución Política de 1991, fue cumplida para el caso colombiano. No obstante, en la realidad se presentan innumerables situaciones que impiden una igualdad efectiva entre ambos géneros.

Señala la autora Teresa Valdés Echenique que, en virtud del principio de igualdad consagrado por la Cedaw, los países están comprometidos a promulgar leyes para prohibir la discriminación, y lograr unas condiciones equitativas para la vida en sociedad para la mujer, con la finalidad de transformar las tendencias sociales que marcan su subordinación a lo largo de la historia. Así mismo, la citada autora considera que, al consagrar este principio como base, la Cedaw

“constituye, por tanto, no sólo un tratado internacional de derechos para la mujer jurídicamente vinculante, sino que también un programa de acción para que los Estados Partes garanticen el goce de esos derechos” (Valdés, 2013, p. 172).

Puntualmente sobre la aplicación del principio de igualdad en las relaciones laborales en Colombia, según las exigencias de la Cedaw, la Corte Constitucional en sentencia T-878 de 2014 puntualizó que se manifiesta a través del reconocimiento de las siguientes prerrogativas:

el derecho al trabajo con las mismas oportunidades, a elegir libremente profesión y empleo, al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones de servicio, a la formación profesional, al readiestramiento, a la igualdad de remuneración y de trato, a la seguridad social, a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo (Sentencia T-878, 2014).

Estas consideraciones jurisprudenciales guardan una relación directa con lo previsto en el artículo 11 de la Convención, según el cual, los Estados partes, en este caso, Colombia, debe procurar por todos los medios la eliminación de cualquier forma de discriminación en contra de la mujer en el ámbito laboral. Para tal efecto, el mencionado artículo impone las obligaciones que referenció la Corte Constitucional en la sentencia T-878 de 2014, pero adicionalmente, consagró el deber para el Estado de asegurar la igualdad en la esfera del derecho a la seguridad social, incluyendo lo relacionado a la enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, dentro de lo que se incluye, por extensión, al procedimiento para calificar las mismas.

Dicho lo anterior, es inadmisibile la ausencia del enfoque de género en el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, regulado en el Decreto 1507 de 2014, pues como se evidencia, la Cedaw, impuso la obligación para Colombia de adoptar en cualquier normatividad el principio de igualdad entre el hombre y la mujer; así como, la obligación de eliminar cualquier forma de discriminación en los regímenes de invalidez e incapacidades laborales, dentro de lo que, por simple lógica, se incluye también el procedimiento regulado para calificarlas.

En consonancia y como consecuencia del principio de la igualdad, la Cedaw ha fijado también como principio la no discriminación, que,

para el ámbito específico de las garantías laborales, como lo señala la autora Chamberlain (2016), “conlleva la obligación de los Estados de prevenir, sancionar y erradicar todo tipo de hostigamiento y violencia contra la mujer en el trabajo”. La consagración de este principio se fundamenta, según se lee en su parte considerativa, en los lineamientos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, específicamente, en su artículo 7 que impone la obligación a los Estados de eliminar cualquier forma de discriminación; para el caso puntual de los derechos laborales y la seguridad social, en sus artículos 22 y 23 se fija esa misma exigencia.

Dicho lo anterior, de la lectura literal de la Cedaw, se desprenden dos principios básicos: igualdad y no discriminación. Sin embargo, por parte de la doctrina se ha interpretado que, a raíz de las obligaciones emanadas de esta convención, existen otros principios aplicables para garantizar los derechos de las mujeres y eliminar las desventajas que han sufrido históricamente respecto a los hombres en los distintos estados. Así, por ejemplo, la autora Gabriela Rodríguez Huerta, ha indicado que los Jueces nacionales a la hora de aplicar alguna disposición de la Cedaw, debe tomar en consideración el principio de buena fe, la *pacta sunt servanda*, el principio de irretroactividad de los tratados, y en términos generales, cualquier principio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Rodríguez, 2015, p. 42). Estos principios, deben ser tenidos en cuenta, a la hora de abordar casos relacionados con derecho laboral, incluidos aquellos en que se estudie la pérdida de la capacidad laboral e invalidez de una mujer.

4. Los elementos del enfoque de género aplicables a la calificación de la pérdida de capacidad laboral e invalidez.

La Corte Constitucional dentro de su jurisprudencia ha fijado que la perspectiva de género debe utilizarse como una herramienta hermenéutica para el análisis de casos particulares y concretos, en donde “la aplicación estricta, literal y “neutral” de ciertos requisitos de la seguridad social pueden violar los derechos fundamentales de las mujeres e invisibilizar la situación de violencia y discriminación estructural a la cual se enfrentan” (Sentencia T-516, 2023). No obstante

a lo anterior, dentro de los criterios utilizados para la determinación de la pérdida de la capacidad laboral e invalidez están el técnico y el científico establecidos en el Manual Único de Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, omitiendo establecer criterios diferenciadores entre ambos géneros, a pesar de las desigualdades y discriminaciones a las que históricamente se han visto enfrentadas las mujeres en su empleo, y que, han repercutido en la generación de enfermedades que disminuyen sus condiciones físicas y mentales para desarrollar sus labores productivas.

Como se concluyó en el primer capítulo de la presente investigación, el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, regulado en el Decreto 1507 de 2014 omite tanto en la parte de valoración de deficiencias, como en la parte de la valoración del rol laboral, rol ocupacional y otras áreas ocupacionales, adoptar criterios de género para la evaluación. Entonces, habiendo estudiado las consecuencias que se derivan de la ausencia del enfoque de género en el ordenamiento jurídico que regula el sistema de riesgos laborales en Colombia, así como, los principios de la convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (Cedaw) aplicables en las relaciones laborales en Colombia, resulta necesario concluir la presente investigación determinando cuáles elementos del enfoque de género son aplicables a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral e invalidez, a efectos de lograr un procedimiento más justo y con enfoque diferencial para proteger los derechos laborales de las mujeres en el país.

Inicialmente, debe advertirse que dentro de la parte considerativa del Decreto 1507 de 2014 en ningún aparte se observa una fundamentación para su expedición basada en instrumentos internacionales que cobijen los derechos de la mujer. Así mismo, en el artículo 4 que consagra las normas de interpretación del manual, se omite incluir este tipo de normas. Lo mismo ocurre respecto a la mención de normas de carácter constitucional que establecen el principio de igualdad y no discriminación. En tal sentido, el primer elemento del enfoque de género que debe integrarse al Manual Único de Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, es una fundamentación en normatividad internacional y constitucional que fijen garantías para la mujer y puedan ser aplicables al derecho laboral.

Por ejemplo, para el caso de la normatividad internacional, se pueden mencionar los siguientes instrumentos aplicables en Colombia: Convenio OIT No. 3 sobre la Protección de la Maternidad, adoptado en Washington, Estados Unidos, el 29 de noviembre de 1919; Convenio OIT Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor, dado en Ginebra, el 29 de junio de 1951; Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptado en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979, sobre el cual se ha profundizado en el presente escrito, así como su Protocolo Facultativo adoptado también en Nueva York, el 6 de octubre de 1999; y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, dada en Belem do Pará, el 9 de junio de 1994.

Por su parte, dentro de la constitución se puede destacar el artículo 13 que obliga a las autoridades estatales para promover condiciones que permitan que la igualdad sea efectiva y real; el artículo 43 que consagra específicamente la igualdad entre el hombre y la mujer; y, el artículo 53 que establece como principio mínimo fundamental del derecho al trabajo la protección especial a la mujer.

Bajo esta misma línea argumentativa, el procedimiento de calificación de la pérdida de capacidad laboral e invalidez debe tomar como criterio las pautas establecidas por la Corte Constitucional que obligan a las distintas autoridades que intervienen dentro del Sistema de Seguridad Social Integral a aplicar la perspectiva de género en sus decisiones. Por ejemplo, en la sentencia T-516 de 2023 dicho Tribunal apuntó que “tanto los jueces constitucionales como los laborales han insistido en que es necesario y urgente tener en cuenta el enfoque de género al aplicar la normatividad sobre seguridad social” (Sentencia T-516, 2023). Dentro de esta misma providencia se destaca la siguiente argumentación de la Corte encaminada a demostrar la inexistencia de enfoque diferencial en el mencionado procedimiento:

En efecto, el sistema de seguridad social no hace ninguna diferenciación en los hechos que llevaron a la incapacidad (más allá de si se trata de un accidente o enfermedad origen común o laboral). Como se verá en la siguiente sección, lo relevante, desde la lectura literal de la norma,

es que la persona haya perdido un 50% o más de su capacidad laboral a raíz de “un accidente” o una enfermedad. Al sistema le es irrelevante si “el accidente” es un hecho de violencia contra la mujer, o un accidente de tránsito, por ejemplo. Como señalaron los intervinientes en este proceso, el sistema de seguridad social en pensiones no tiene información sobre las mujeres víctimas de violencia, y ello, de cierta forma, termina invisibilizando esa forma de violencia, la realidad de las mujeres y los riesgos específicos a los que se enfrentan (Sentencia T-516, 2023).

Estos elementos jurisprudenciales que visibilizan la necesidad de adoptar un enfoque de género en el procedimiento de calificación de pérdida de la capacidad laboral, serían fundamentales para la protección de mujeres víctimas de violencia que se enfrentan a este trámite. Nótese que en últimas, el objetivo del procedimiento regido por el Decreto 1507 de 2014 es que las personas puedan acceder a una pensión de invalidez; es de conocimiento generalizado que, de acuerdo con distintos estudios, las mujeres tienen mayores impedimentos para pensionarse, debido a la falta de condiciones equitativas para ejercer empleos, por el acoso laboral, por el dominio que ejerce la sociedad patriarcal, entre muchas otras circunstancias que les impiden una estabilidad laboral y cotización permanente al Sistema. En efecto, incorporar elementos de enfoque de género al procedimiento de calificación de invalidez, como lo señala la Corte Constitucional en la sentencia C-197 de 2023, es un mecanismo que “da respuesta a la brecha pensional que aún existe en Colombia por razón del sexo” (Sentencia C-197, 2023).

Del mismo modo, la doctrina ha aportado unos elementos propios de la perspectiva y el enfoque de género que, de manera propositiva, en el presente capítulo se concluye que pueden ser tenidos en cuenta a la hora de calificar la pérdida de la capacidad laboral e invalidez. Verbigracia, la autora Natali Niño-Patiño, sostiene que existen elementos prácticos para la comprensión y análisis de los casos en clave del enfoque diferencial de género, a saber: generar una reflexión conceptual entorno al caso en concreto, introducir la presunción por discriminación, medidas diferenciadas en clave de género, usar lenguaje inclusivo y dignificante en el procedimiento, mantener la reserva del caso, interseccionalidad, y regular actividades consideradas ilícitas, en donde muchas mujeres se encuentran desprotegidas, por las cuales no se cotiza al Sistema

General de Seguridad Social Integral, como lo puede ser la prostitución (Niño-Patiño, 2022, p. 19).

Así mismo, las consultoras de Inclusión y Equidad: Alejandra Faúndez y Marisa Weinstein, con la colaboración de Isidora Iñigo, en un estudio coordinado por el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), y la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU MUJERES), lograron destacar cuatro elementos principales del enfoque de género: individualizar la demanda desde los y las titulares del derecho, identificar la particularidad del ciclo de vida, considerar el contexto social e institucional, identificar los problemas desde sus causas (Faúndez, Weinstein & Iñigo, 2012). Este último, resulta vital a la hora de abordar el análisis de la pérdida de la capacidad laboral de una mujer, sobre todo, si se trata de una víctima de violencia intrafamiliar o violencia basada en género.

En efecto, como lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia T-516 de 2023, citada previamente, a las Juntas Regionales o Nacionales de Calificación de Invalidez le es indiferente establecer la verdadera causa de la incapacidad o invalidez, más allá de dictaminar si fue de origen laboral o no. Entonces, estas entidades terminan pasando por alto que muchas enfermedades son producto de la discriminación, violencia, intimidación, malos tratos, que son víctimas las mujeres, y que dejan secuelas considerables a nivel físico y mental. En últimas, han dado aplicación literal y de carácter eminentemente formal a las disposiciones del Decreto 1507 de 2014, el cual, omite la obligación constitucional y convencional de indagar las causas de la enfermedad bajo un enfoque de género.

Lo anterior, como lo explica el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Constitucional, en la sentencia T-516 de 2023:

puede dejar a las mujeres víctimas de violencia que pierden su capacidad laboral en una situación de indefensión que las revictimiza y que las hace aún más vulnerables. A su vez, la aplicación de la norma sin tener en cuenta el enfoque de género, y los hechos de violencia que rodean el caso, es un desconocimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano, que deben estar dirigidas a proteger y reparar a las

mujeres víctimas y el mandato de debida diligencia que debe prevalecer en la atención de estos casos (Sentencia T-516, 2023).

Para solucionar estas problemáticas es fundamental la incorporación de los elementos del enfoque de género expuestos a lo largo del presente capítulo, que se encuentran en instrumentos internacionales, en la Constitución Política, en las sentencias de la Corte Constitucional, y en las consideraciones doctrinales. Merece una mención especial para este caso puntual, la necesidad de incorporar los principios que se desprenden de la Convención Sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer (Cedaw) aplicables en las relaciones laborales en Colombia, como lo son: la igualdad, la no discriminación, el principio de buena fe, la *pacta sunt servanda*, el principio de irretroactividad de los tratados, y en términos generales, cualquier principio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Conclusiones

El Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, regulado en el Decreto 1507 de 2014 omite adoptar criterios de género dentro de sus esferas de evaluación, es decir: en la parte de valoración de deficiencias, y en la parte de la valoración del rol laboral, rol ocupacional y otras áreas ocupacionales. Esta situación, si se tiene en cuenta la existencia de un Estado Social de Derecho como lo es Colombia, desencadena en constantes vulneraciones a los derechos de las mujeres que requieren la observancia de especiales circunstancias que le han generado la incapacidad, como puede ser la violencia intrafamiliar o por razones de género.

Lo anterior deriva en claras consecuencias negativas en el ámbito jurídico y social, que se resumieron en el capítulo segundo de la presente investigación de la siguiente manera: i) en el ámbito jurídico, la contradicción existente entre el Decreto 1507 de 2014, acto administrativo de carácter general y las normas de carácter superior en que debió fundarse, como lo son, la Constitución Política y la Ley 1257 de 2008, situación que lo hace susceptible de declarar su nulidad en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; y ii) en el ámbito social, la no superación de las condiciones históricas de desigualdad que ha

sufrido la mujer, y que se han trasladado también a procedimientos como el de calificación de pérdida de la capacidad laboral e invalidez.

Tales problemáticas pueden ser subsanadas si al procedimiento de calificación de la pérdida de la capacidad laboral e invalidez, se le introducen tanto en lo normativo, como en su aplicación práctica, los principios emanados de la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (Cedaw): igualdad, no discriminación, buena fe, la *pacta sunt servanda*, el principio de irretroactividad de los tratados, y en términos generales, cualquier principio del Derecho internacional de los Derechos Humanos.

Del mismo modo, debe darse prevalencia dentro del mencionado procedimiento, a los postulados constitucionales que cobijan la igualdad y no discriminación para la mujer, tales como: el artículo 13, artículo 43, y artículo 53. Igualmente, debe darse aplicación a los parámetros establecidos por la Corte Constitucional dentro de su jurisprudencia, tanto en sede de acción pública de inconstitucionalidad, como en sede de tutela, que consagran la exigencia de adoptar criterios basados en género para reducir las brechas existentes para acceder al derecho a la pensión por invalidez en Colombia. Para tal efecto, es indispensable que la Junta Regional o Nacional de Calificación de Invalidez, empiecen a indagar aquellas causas generadoras de la incapacidad relacionadas con violencia de género, o factores discriminatorios en contra de la mujer, en aras de desarrollar un trámite más justo y más equitativo.

Referencias

- Blanco Serrano, J. A. (2022). *Análisis sobre la constitucionalidad de las disposiciones de los artículos 14 y 309 de la ley 685 de 2001, ¿vulneran el debido proceso probatorio de los operadores mineros?* (tesis de especialización). San José de Cúcuta, Colombia: Universidad Libre. Obtenido de: <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/22344>.
- Camacho Ramírez, A. & Mayorga, D. R. (2017). Riesgos laborales psicosociales. Perspectiva organizacional, jurídica y social. *Prolegómenos*, 20(40). Obtenido de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=s0121-182x2017000200011&script=sci_arttext.
- Chamberlain Bolaños, C. (2016). La convención CEDAW conociendo los derechos de la mujer, un primer paso para su defensa. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 35-51. Obtenido de: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6182>.
- Cornejo González, P., Cruz Duque, M. A., Cuervo D. E., Cuervo Díaz, N., Candía, R. P., Estrada Roncancio, G., Gómez Rúa, N. E., Guerrero Sabogal, S., Jiménez Uribe, I.C., Maldonado Posada, E., Montoya Giraldo, J. E., & Orduz García, C. E. (2020). *Sistema de riesgos laborales en Colombia*. En C.A. Cuervo, D. E. & Cuervo Díaz, N (Ed.), Bogotá D.C., Colombia: Tirant lo Blanch.
- Decreto 1295. (22 de junio de 1994). Ministro de Gobierno. *Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 41.405, del 24 de junio de 1994. Obtenido de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1295_1994.html.
- Defensoría del Pueblo de Colombia. (2016). *La calificación integral y la pensión de invalidez*. Bogotá D.C., Colombia: Defensoría del Pueblo. Obtenido de: <https://repositorio.defensoria.gov.co/bitstream/handle/20.500.13061/298/>

La_calificacion_integral_y_la_pension_de_invalidez.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

- Espinosa Pérez, B., Oyuela Taborda, L. & Tapias Torrado, N. (2003). Concepto sobre la ratificación del protocolo facultativo de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. *Vniversitas*, 105 (1), 651-688. Obtenido de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82510522>.
- Faúndez, A., Weinstein, M. & Iñigo, I. (2012). *Ampliando la mirada: la integración de los enfoques de género, interculturalidad y derechos humanos*. Santiago, Chile: Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU MUJERES). Obtenido de: <https://bibliotecadigital.indh.cl/server/api/core/bitstreams/b76d9302-9818-4afe-a162-563f4cee9bbb/content>.
- Gaona Díaz, L. L., Martínez Rodríguez, N. A., Giraldo Luna, C. M., Rodríguez Maestre, Y. C., Velásquez Barinas, L. F. (2023). Análisis médico-jurídico del proyecto de reforma del Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y ocupacional en Colombia. *Revista Colombiana de Salud Ocupacional*, 13(1), 1-12. Obtenido de: https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/rc_salud_ocupa/article/view/9971.
- Gayoso Doldan, M., Rodríguez, S., Fernández Felipe, C. & De La Cruz, L. (2015). Desigualdad de género en las actividades de prevención de riesgos laborales. *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 61(238). Obtenido de: https://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S0465-546X2015000100002&script=sci_arttext&tlng=pt.
- González Gómez, M. F. Salud laboral y género. Apuntes para la incorporación de la perspectiva de género en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 57(1), 89-114. Obtenido de: <https://scielo.isciii.es/pdf/mesetra/v57s1/actualizacion5.pdf>.

- Ley 100. (23 de diciembre de 1993). Congreso de la República. *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 41.148 del 23 de diciembre de 1993. Obtenido de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html.
- Lopera Vélez, M. I. y Estrada Jaramillo, L. M. (2015). Derechos Laborales y de la Seguridad Social para las mujeres en Colombia en cumplimiento de la Ley 1257 de 2008. *Revista de Derecho*, 44 (1). Obtenido de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-86972015000200011&script=sci_arttext.
- Niño-Patiño, N. (2022). Elementos del enfoque de género en clave constitucional. *UNA Revista de Derecho*, 7(1), 10-37. Obtenido de: <http://hdl.handle.net/1992/59883>.
- Rodríguez Huerta, R. (2015). *La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)*. México D.F, México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Obtenido de: https://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CSUPDH6-1aReimpr.pdf.
- Sentencia C-197, (1 de junio de 2023). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Juan Carlos Cortés González. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-14828. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2023/C-197-23.htm>.
- Sentencia C-252, (6 de junio de 2019). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Carlos Bernal Pulido. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente LAT-445. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/c-252-19.htm>.
- Sentencia T-095, (16 de marzo de 2018). Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-6.434.190. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-095-18.htm>.
- Sentencia T-250, (5 de julio de 2022). Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. M.P.: José Fernando Reyes Cuartas. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-8.544.082.

Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-250-22.htm>.

Sentencia T-402, (16 de noviembre de 2022). Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. M.P.: Natalia Ángel Cabo. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-8.720.384. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-402-22.htm>.

Sentencia T-406, (5 de junio de 1992). Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. M.P.: Ciro Angarita Barón. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-778. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>.

Sentencia T-425, (29 de noviembre de 2022). Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. M.P.: Hernán Correa Cardozo. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-8.632.668. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/T-425-22.htm>.

Sentencia T-516, (28 de noviembre de 2023). Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. M.P.: Natalia Ángel Cabo. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-9.376.569. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2023/T-516-23.htm>.

Sentencia T-878, (18 de noviembre de 2014). Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-4.190.881. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-878-14.htm>.

Valdés Echenique, T. (2013). La CEDAW y el Estado de Chile: viejas y nuevas deudas con la igualdad de género. *Anuario de Derechos Humanos*, 9 (1), 171-181. Obtenido de: <https://sisntesisdejurisprudencia.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/27042>.

La perspectiva de género en el régimen de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad¹⁹

The gender perspective in the regime of legal capacity of elderly people with disabilities.

Dalia Catalina Espinel Blanco²⁰
Diego Alberto Hernández Caicedo²¹

Resumen

La capacidad jurídica ha sido concebida como la aptitud para ser titular de derechos y contraer obligaciones; es decir, la facultad con que gozan las personas para tomar decisiones jurídicamente vinculantes dentro del sistema normativo. Pero no solo esto, sino que conlleva la posibilidad de hacerlas respetar ante terceros, esto es, de ejercer los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico para la garantía de los derechos.

Sin embargo, la capacidad jurídica, puntualmente, la capacidad legal o de ejercicio, no es absoluta. Existen eventos previstos dentro del sistema normativo para limitarla, como lo puede ser el caso de las personas mayores de edad con discapacidad, a quienes legalmente se le han establecido una serie de restricciones a sus facultades para tomar decisiones jurídicamente vinculantes, e incluso, para decidir sobre su propia integridad y seguridad personal; al considerar que su discapacidad (psíquica o comportamental) les impide comprender el alcance de sus actos.

Para efectos de brindar, si se quiere, un apoyo en la toma de decisiones de las personas mayores de edad con discapacidad, se han establecido figuras como el nombramiento de Curador Ad Litem, que han desembocado en situaciones adversas como la pérdida considerable de la autonomía e independencia para ejercer la capacidad jurídica,

¹⁹ Capítulo desarrollado en marco del proyecto de investigación: Perspectiva de Género en el proceso colombiano, en la Maestría en derecho procesal de la Universidad Libre seccional Cúcuta

²⁰ Abogada, Magíster en Derecho Procesal. Correo-e: daliac-espinelb@unilibre.edu.co

²¹ Abogado, Magíster en Derecho Procesal, Especialista en Derecho Notarial, Inmobiliario y Urbanístico. Correo electrónico: diegoa-hernandezc@unilibre.edu.co

abusos, conflictos de intereses, entre otras circunstancias, que se pretendieron subsanar con la expedición de la Ley 1996 de 2019 “Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad”; legislación que omitió tomar en consideración algunos aspectos de relevancia para lograr un régimen con enfoque de género, adecuado a las exigencias que impone el Estado social de Derecho y el sistema convencional, factores que serán analizados dentro del presente capítulo.

Introducción

La capacidad jurídica es un concepto que tiene sus orígenes de la época del derecho romano, en donde, por ejemplo, para celebrar contratos, esta era un presupuesto esencial. Autores como Carlos Medellín han apuntado que debe entenderse por capacidad “la aptitud jurídica de una persona para contratar” (Medellín, 2013), visión que se ha extendido hasta la actualidad, pues si se observan las distintas obras provenientes de la doctrina e incluso la jurisprudencia, la definición de capacidad, se asocia en la mayoría de los casos al término aptitud jurídica.

Así, debe decirse que tradicionalmente la capacidad jurídica se ha concebido como la aptitud que tiene una persona para ser titular de derechos y contraer obligaciones; factor que, en un lenguaje más técnico, se traduce en la facultad con que gozan las personas para tomar decisiones jurídicamente vinculantes dentro del sistema normativo, y la consecuente posibilidad de hacerlas exigibles ante terceros, a través de los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico para tal efecto. Todo lo anterior, en palabras de Fernando Arias García se puede resumir en que la capacidad jurídica es “la posibilidad de desarrollar relaciones jurídicas, tanto dentro del ámbito del derecho privado como del derecho público, se sienta en la facultad que detenta toda persona de autorregular y disponer de su esfera particular de intereses personales y patrimoniales” (Arias García, 2018).

Ahora bien, hablar de capacidad jurídica conlleva necesariamente una clasificación tradicionalmente aceptada, que parte del mismo código civil, esto es: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, explicadas por la Corte Constitucional desde sentencias de antigua data, como, por ejemplo, la C-983 de 2002, en los siguientes términos:

La capacidad, en sentido general, consiste en la facultad que tiene la persona para adquirir derechos y contraer obligaciones. Pero esta capacidad, de acuerdo con el artículo 1502 del Código Civil, puede ser de goce o de ejercicio. La primera de ellas consiste en la aptitud general que tiene toda persona natural o jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, y es, sin duda alguna, el atributo esencial de la personalidad jurídica. La capacidad de ejercicio o capacidad legal, por su parte, consiste en la habilidad que la ley le reconoce a aquélla para poderse obligar por sí misma, sin la intervención o autorización de otra. Implica, entonces, el poder realizar negocios jurídicos e intervenir en el comercio jurídico, sin que para ello requiera acudir a otro. (Corte Constitucional, 2002).

Es bajo el contexto de esta clasificación, puntualmente, de la categoría de capacidad de ejercicio o legal, que nace el concepto de incapacidad jurídica, que, contrario sensu, significa la imposibilidad que tiene una persona para obligarse por sí misma, sin la intervención o autorización de otra persona.

En tal sentido, resulta oportuno anotar que la capacidad legal o de ejercicio no es ilimitada, ni absoluta, pues existen eventos previstos dentro del ordenamiento jurídico para limitarla, como lo puede ser, por ejemplo, el caso de las personas mayores de edad con discapacidad, a quienes legalmente se le han establecido una serie de restricciones a sus facultades para tomar decisiones jurídicamente vinculantes, e incluso, para decidir sobre su propia integridad y seguridad personal; lo anterior, por considerar que por motivo de la discapacidad, que puede incluir limitaciones psíquicas o comportamentales, estas personas no logran comprender el alcance de los actos jurídicos que normalmente se les permitía celebrar.

Este legado de discriminación para las personas mayores de edad con discapacidad se encuentra presente en muchos Códigos Civiles y legislaciones de distintos países que limitan la capacidad jurídica, siendo la interdicción la forma más conocida para limitar mencionados derechos, nombrando un Curador, quien se convierte en la persona que ejerce los derechos por la persona mayor de edad con discapacidad; o en otro caso, el Código Civil establece impedimentos para ejercer un determinado negocio jurídico, tal como se presenta en contraer

matrimonio o realizar testamentos, entre muchos otros negocios jurídicos (Palacios, 2008).

Como consecuencia de este tipo de restricciones, las personas mayores de edad con discapacidad, se han visto relegadas a circunstancias negativas como la pérdida de su autonomía al depender casi totalmente de las personas que ejercen su representación, abusos, conflictos de interés, internamientos forzados en clínicas, medicaciones forzadas, coerciones, entre muchas otras situaciones, siendo necesario, para el caso colombiano, adoptar disposiciones más garantistas que den prevalencia a estos sujetos de especial protección constitucional que las previstas anteriormente en la Ley 1306 de 2009.

En virtud de lo anterior, con la expedición de la Ley 1996 de 2019 “Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad” se pretendió subsanar esas falencias que impiden el goce de derechos para estos sujetos. En tal sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-022 de 2021 explica que la mencionada legislación

“incorpora medidas y mecanismos dirigidos a favor de las personas con discapacidad para el ejercicio de aquel derecho. Para lograrlo, elimina barreras legales como la interdicción y las reemplaza por un sistema de apoyos que permite a las personas con discapacidad tomar decisiones bajo su voluntad y preferencias” (Corte Constitucional, 2021, pp. 65-66).

Sea oportuno anotar que, la perspectiva de género se ha materializado en diferentes teorías y metodologías feministas, que se han articulado con la justicia, creando un engranaje que fortalece los derechos de las mujeres. No obstante, debe advertirse que la Ley 1996 de 2019 omitió tomar en consideración algunos aspectos de relevancia para lograr un régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad, con enfoque de género, adecuado a las exigencias que impone el Estado social de Derecho y el sistema convencional.

Dicho lo anterior, dentro del presente capítulo de investigación se buscará proponer criterios propios del enfoque de género que incorporados al régimen jurídico de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad, lo adecúen a las exigencias que

imponen el Estado social de Derecho y el sistema convencional, para lo cual, resulta pertinente estudiar, en primer lugar, cómo se interpreta el concepto de perspectiva de género y qué elementos lo componen; así mismo, los cambios sustanciales y aspectos procesales introducidos por la Ley 1996 de 2019 en el sistema jurídico colombiano con relación al régimen legal de la capacidad jurídica en las personas mayores de edad con discapacidad; igualmente, las ventajas/fortalezas y vacíos/debilidades que tiene la mencionada ley respecto al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas mayores de edad con discapacidad y su aplicabilidad en la perspectiva de género; finalmente, la aplicabilidad de la perspectiva de género en la materialización del reconocimiento de la capacidad jurídica en persona mayor de edad con discapacidad presente en la Ley 1996 del 2019.

El problema de investigación que orientó la investigación que se propone responder este capítulo es: ¿Qué criterios del enfoque de género se deben incorporar al régimen jurídico de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad para adecuarlo a las exigencias que imponen el Estado social de derecho y el sistema convencional?

1. La interpretación del concepto perspectiva de género y sus elementos.

El movimiento feminista, entendido en su acepción más amplia, ha librado distintas luchas, tanto sociales, como académicas, a lo largo de la historia para lograr la igualdad. Estas luchas, han desencadenado en diferentes conquistas, siendo puntual destacar, para efectos de este artículo, la consagración de las teorías, enfoques o perspectivas de género, aplicadas a los diferentes ámbitos de la vida cotidiana.

Sobre la narrativa histórica que conllevó a generar las teorías de género, la autora Julia del Carmen Chávez expone lo siguiente:

Recordemos que el feminismo comienza desde la ilustración en el siglo XVII y XVIII, cuando se planteaba que las mujeres tenían derecho a formar parte del gobierno, lo cual implicaba que se les considerara como ciudadanas en potencia y como entes que formaban parte de la sociedad; es decir, surgieron las ideas de no limitarlas al papel

doméstico. Estos pensamientos permitieron profundizar en las ideas clásicas feministas del siglo XIX, que concluyeron hasta el siglo XX en los años sesenta, dando pie a un nuevo feminismo en la década de los setenta que redundó en el surgimiento de las teorías de género en 1980. (Chávez, 2004, p. 15).

En efecto, como lo señala la citada autora, para la década de 1980 el mundo empieza a hablar, propiamente, de las teorías de género. Las cuales, a su vez, no fueron ajenas al desarrollo del derecho en Colombia. Nótese que, en los años posteriores, se produjo en el país un proceso constituyente, que estableció sin lugar a equívocos, la igualdad formal entre hombres y mujeres; situación reconocida por la Corte Constitucional, en la sentencia C-410 de 1994, en donde el máximo tribunal de la Jurisdicción Constitucional visibilizó la lucha feminista, y puntualizó la prohibición establecida en el artículo 13 de la Carta de discriminar a las personas por razón de su sexo. Puntualmente, en la mencionada sentencia se indicó lo siguiente:

El sexo es el primer motivo de discriminación que el artículo 13 constitucional prohíbe. La situación de desventaja que en múltiples campos han padecido las mujeres durante largo tiempo, se halla ligada a la existencia de un vasto movimiento feminista, a las repercusiones que los reclamos de liberación producen, incluso en el ámbito constitucional, y a la consecuente proyección de esa lucha en el campo de la igualdad formal y sustancial. La incidencia de este particular tipo de discriminación en las relaciones sociales es amplia, porque el grupo discriminado comprende por lo menos a la mitad del conglomerado humano, y se encuentra en permanente contacto con los restantes miembros de la sociedad ubicados en posición privilegiada. Además, las consecuencias de la diferenciación injustificada por razón de sexo se extienden a insospechados espacios, lo que da cuenta de la naturaleza velada o encubierta de un sinnúmero de prácticas inequitativas que trascienden las manifestaciones más comunes de la discriminación. (Corte Constitucional, 1994).

Así, la sentencia C-410 de 1994 se constituye como un hito en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y en la comprensión del texto de la Constitución Política bajo un enfoque de género, que conllevó a posteriormente emitirse una serie de sentencias que cobijan el derecho a la igualdad, y determinan que el Estado tiene unas obligaciones especiales para propender por la eliminación de

cualquier forma de discriminación o violencia ejercida contra cualquier persona por motivo de su sexo. Igualmente, la Corte, dentro de ese desarrollo jurisprudencial, ha logrado teorizar y aportar elementos de comprensión para el término perspectiva de género, coadyuvada por aportes provenientes de la doctrina.

Por ejemplo, en la sentencia SU-080 de 2020 la Corte Constitucional expuso un concepto de la perspectiva de género, acuñado originalmente por el Instituto Nacional de las Mujeres de México – INMUJERES-, en el que se observa la esencia, finalidades, y la utilidad práctica de este término en las diferentes esferas de la sociedad, a saber:

El análisis de género es la “herramienta teórico-metodológica que permite el examen sistemático de las prácticas y los roles que desempeñan las mujeres y los hombres en un determinado contexto económico, político, social o cultural. Sirve para captar cómo se producen y reproducen las relaciones de género dentro de una problemática específica y con ello detectar los ajustes institucionales que habrán de emprenderse para lograr la equidad entre los géneros. El análisis de género también se aplica en las políticas públicas. Este consiste en identificar y considerar las necesidades diferenciadas por género en el diseño, implementación y evaluación de los efectos de las políticas sobre la condición y posición social de las mujeres y hombres respecto al acceso y control de los recursos, su capacidad decisión de empoderamiento de las mujeres (Corte Constitucional, 2020).

El desarrollo jurisprudencial del concepto perspectiva de género, ha estado acompañado también de avances en materia legislativa. Así, por ejemplo, en el año 2003 se expidió la Ley 823, “Por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres”, y entre otras cosas, estableció que en las políticas, decisiones y acciones de todas las entidades públicas se deben adoptar criterios de género. Posteriormente, a través de la Ley 1257 de 2008, se fijaron normas para la erradicación de la violencia contra la mujer, concretando la obligación para el Estado de garantizar, con enfoque diferencial, los derechos y necesidades específicas de los colectivos de mujeres en situaciones especiales de vulnerabilidad. Finalmente, resulta oportuno destacar que con la Ley 2281 de 2023 se creó el Ministerio de Igualdad y Equidad, en donde, se visualizan diversos apartes que consagran que esta entidad debe cumplir sus funciones con base en la perspectiva de género.

Así como en los anteriores ejemplos, la mayoría de la normatividad expedida en Colombia que consagra la creación de políticas, planes, o proyectos, contienen la obligación de impulsarlos mediante una perspectiva de género.

Puesto todo lo anterior en consideración, se tienen los insumos necesarios para dar respuesta al objetivo del presente capítulo, esto es, reconocer la interpretación del concepto de perspectiva de género y los elementos que lo componen. En efecto, las apreciaciones doctrinales, jurisprudenciales y legales, que se expusieron en los párrafos precedentes, tienen un común denominador: ajustes institucionales y de políticas públicas en favor de la mujer. Señala la autora María Julia Sosa, lo siguiente:

“Con el tiempo, se fue consolidando el concepto de perspectiva de género, como una herramienta inclusiva de los intereses de las mujeres en la idea de desarrollo y para contrarrestar las políticas descriptas como “neutrales”, que venían a consolidar las desigualdades de género existentes, convirtiéndose en una estrategia central para lograr la igualdad de facto” (Sosa, 2021, p.1).

En tal sentido, es acertado concluir que el concepto perspectiva de género se puede interpretar a partir de la necesidad de concretar ajustes institucionales y de políticas públicas encaminados a lograr una igualdad en la realidad social para la mujer; interpretación que se debe reflejar en las decisiones tomadas por los operadores judiciales y las autoridades administrativas dentro de cualquier clase de proceso, así como, estar presentes en las diferentes normatividades que expida el Congreso de la República, como debió serlo, en su momento, la Ley 1996 del 2019 en lo relacionado con el régimen de la capacidad legal de las personas mayores de edad con discapacidad.

Ahora bien, en cuanto a los elementos que integran la perspectiva de género, es preciso mencionar los expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia T-016 de 2022, a saber: i) la aplicación de las reglas constitucionales que prohíben la discriminación por razones de género, ii) la observancia de la igualdad material, iii) la garantía de protección a las mujeres víctimas de violencia, y iv) la protección de personas en situación de debilidad manifiesta. (Corte Constitucional, 2022). Estos elementos aportados por la jurisprudencia constitucional,

son expuestos de manera similar por parte de la doctrina, en efecto, autoras como Martha Miranda-Novoa, consideran que la perspectiva de género está compuesta por: i) el análisis y detección de situaciones de discriminación de las mujeres, ii) la búsqueda de la transformación de la sociedad, iii) conseguir que tanto las mujeres como los varones participen en las distintas facetas de la vida en un plano de igualdad, y iv) la modificación de las condiciones sociales que perpetúan la subordinación de la mujer. (Miranda-Novoa, 2012, p. 347).

Dicho todo lo anterior, dentro del presente capítulo se logró delimitar el concepto de perspectiva de género y sus elementos, exponiendo los avances doctrinales, jurisprudenciales y normativos de relevancia para Colombia, que servirán de insumo para dar respuesta al objetivo general de la investigación, esto es, responder el interrogante sobre cuáles criterios del enfoque de género se deben incorporar al régimen jurídico de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad, para adecuarlo a las exigencias del Estado social de derecho y al sistema convencional.

2. Los cambios sustanciales y aspectos procesales introducidos por la Ley 1996 de 2019 en el sistema jurídico colombiano con relación al régimen legal de la capacidad jurídica en las personas mayores de edad con discapacidad.

La capacidad, de acuerdo con el artículo 1502 del Código Civil se puede clasificar en: de goce o de ejercicio. Según explica la Corte Constitucional en la sentencia C-983 de 2002, la primera de ellas hace referencia a la aptitud para ser sujeto de derechos y contraer obligaciones; por su parte, la segunda, es decir la capacidad legal o de ejercicio, “consiste en la habilidad que la ley le reconoce a aquélla para poderse obligar por sí misma, sin la intervención o autorización de otra. Implica, entonces, el poder realizar negocios jurídicos e intervenir en el comercio jurídico, sin que para ello requiera acudir a otro” (Corte Constitucional, 2002).

Tradicionalmente, la capacidad legal o de ejercicio se ha limitado e incluso sustraído para las personas mayores de edad con discapacidad, como ocurría, por ejemplo, en la Ley 1306 de 2009, normatividad que

consagraba la figura de la interdicción en su artículo 25, que consistía, básicamente, en suprimir de manera total la facultad para tomar decisiones relevantes para su vida, atribución que pasaría a manos de un tercero. En efecto, acciones como la firma de contratos, contraer matrimonio, someterse a procedimientos médicos, abrir una cuenta bancaria, entre otras, se eliminaban dentro de la gama de posibilidades en que tenían libertad de decisión las personas mayores de edad con discapacidad, facultades que recaerían, en consecuencia, en un curador.

No obstante, para el mismo año 2009 a través de la Ley 1346 se aprueba en Colombia la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006; normatividad que integra el bloque de constitucionalidad y que, en consecuencia, conlleva la obligación de realizar ajustes al marco legal vigente para adecuarlo a las disposiciones de la Convención, como, por ejemplo, la consagrada en el numeral 2 del artículo 12, a saber: “Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida” (Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, 2006).

En Colombia, tuvo que transcurrir una década para realizar las adecuaciones normativas pertinentes que se ajustaran, en mayor medida, al contenido de la Convención, acontecimiento que se logró gracias a la eliminación de la figura de la interdicción a través de la Ley 1996 de 2019; aspecto sustancial de relevancia introducido por la mencionada ley respecto a su antecesora, es decir, la Ley 1306 de 2009. En efecto, con la implementación de la nueva normatividad se logra sustituir el concepto de interdicción por la adopción de un sistema de apoyos para las personas mayores de edad con discapacidad, de acuerdo a sus necesidades específicas. Todo lo anterior sustentado en la presunción de capacidad, establecida como novedad dentro de este régimen en el artículo 6 de la Ley 1996 de 2019.

Sobre el proceso descrito en el párrafo anterior, el autor Esteban Suárez González señala lo siguiente:

Fue entonces con la Ley 1996 de 2019 que el Congreso optó por adaptar nuestro régimen jurídico al modelo social de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Colombia.

Corte Suprema de Justicia, 2020b, p. 3), por lo que, sustentado en la presunción de capacidad del artículo 1503 del Código Civil, dejó sin vigencia las disposiciones previas que partían de la discapacidad, a menudo cognitiva o psicosocial, como motivo de incapacidad (Suárez González, 2021).

En similar sentido, las autoras Carolina Hernández y Rocío leal describen los aspectos sustanciales introducidos por la Ley 1996 de 2019 así:

A partir de la expedición de la Ley 1996, 2019 se deja atrás el sistema tuitivo respecto a las PCDM frente a la capacidad legal de obligarse. En ese sentido, después de la Ley 1346, 2009, es la primera norma de índole legal que desde el reconocimiento de la autonomía individual rescata la dignidad humana de estas personas, es decir, garantiza y promueve la libertad para tomar sin intervención de un tutor o cautelares decisiones con plena validez en el orden jurídico colombiano, acompasándose con lo exaltado por la CDPD. (Hernández y Leal, 2023, p. 10).

Así las cosas, como conclusión de lo expuesto anteriormente, se tiene que son dos los principales aspectos sustanciales introducidos por la Ley 1996 de 2019 respecto a la normatividad precedente: la eliminación de la figura de la interdicción y el establecimiento de la presunción de capacidad para las personas mayores de edad con discapacidad. Cambios que, como lo señala la autora Jimena Peters, generan la pérdida de vigencia de disposiciones anteriores

“que partían del supuesto de la incapacidad por razón de la discapacidad, de forma que dejara habilitadas a las personas en tal situación para determinar autónomamente sus intereses y con esto les dio la posibilidad de ejercer plenamente su autonomía privada, a través de la celebración de cualquier negocio jurídico” (Peters, 2020, p. 14).

Ahora bien, en lo atinente a los cambios que se introducen procesalmente, resulta pertinente anotar que la Ley 1996 de 2019, como consecuencia de la eliminación de la figura de la interdicción, sustituye el proceso de interdicción regulado por la Ley 1306 de 2009 en concordancia con normas del Código General del Proceso, por los acuerdos de apoyo y el nuevo proceso de adjudicación judicial de apoyos, en donde se debe garantizar la participación de la persona mayor de edad con

discapacidad, contrario a lo que ocurría con el régimen procesal anterior. Sobre el particular, Suárez González apunta lo siguiente:

De manera que, independientemente de la cuerda procesal por la cual se lleve el trámite, es claro que el legislador quiso evitar a toda costa que en el proceso se prescindiera de la participación de la persona con discapacidad, pues el trámite de jurisdicción voluntaria ya no se podrá adelantar sin que sea el individuo beneficiado quien decida acudir a él, contrario a lo que ocurría con el proceso de interdicción, pues se le permitía a otras personas acudir al trámite y, en poco o nada, afectaba el deseo de la persona con discapacidad en el adelantamiento del mismo (Suárez González, 2021, p. 16).

Vale la pena precisar que los acuerdos de apoyo se protocolizan por escritura pública ante notario, o en su defecto, ante conciliadores extrajudiciales en derecho; en ambos casos con una duración que no puede superar el término de cinco años, el cual, al ser superado, debe renovarse mediante un nuevo agotamiento de los mencionados trámites. Así mismo, debe puntualizarse que la persona mayor de edad con discapacidad, en virtud del artículo 20 de la Ley 1996 de 2019 se encuentra facultada para terminar en cualquier momento, unilateralmente un acuerdo de apoyos celebrado.

Por su parte, los procesos de adjudicación judicial de apoyos, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 1996 de 2019, se puede adelantar a través de dos vías procesales: i) a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria, cuando se promueva directamente por la persona titular del acto, entiéndase, la persona mayor de edad con discapacidad, y ii) acudiendo al proceso verbal sumario, si se promueve por un tercero, caso en el cual, dicho tercero debe cumplir los requisitos previstos en el artículo 38 *ibidem*; norma que “impone condiciones muy estrictas en torno a la habilitación de ese proceso, que no se pueden entender cumplidas con el mero dicho de la parte demandante, sino con la demostración mediante la prueba respectiva” (Suárez González, 2021, p. 16).

Esta modificación en cuanto a las vías procesales existentes en el ordenamiento jurídico, suscitó dudas respecto a si se debían continuar los procesos de interdicción en curso que se iniciaron antes de la

vigencia de la Ley 1996 de 2019, inquietud que, como se expone desde el Ministerio de Justicia y del Derecho debe resolverse así:

Ciertamente con la expedición de la Ley 1996 de 2019 fue necesario el establecer una serie de medidas de transición que minimicen los potenciales traumatismos, la primera fue consagrar expresamente la imposibilidad de iniciar nuevos procesos judiciales de interdicción, como una consecuencia lógica a la implementación del sistema descrito, así como la suspensión de todos los procesos de esa naturaleza que cursen en la jurisdicción, con la posibilidad de que el juez decreta de manera excepcional el levantamiento de la suspensión y la aplicación de medidas cautelares nominadas o innominadas, cuando lo considere pertinente para garantizar la protección y disfrute de los derechos patrimoniales de la persona con discapacidad (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2020).

Así mismo, debe destacarse que las sentencias de interdicción proferidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 1996 de 2019, deben ser revisadas de oficio por el Juez o mediando solicitud de parte, en un plazo de 36 meses a partir de la entrada en vigencia del nuevo régimen de capacidad legal para personas mayores de edad con discapacidad; revisión que puede concluir con la determinación que la persona no necesita de apoyo alguno, evento en el cual se le considerará plenamente capaz; o en caso contrario, se le designarán los apoyos que requiera.

En aras de concretizar todo lo expuesto anteriormente, resulta pertinente aportar los que, según la Corte Constitucional en la sentencia C-022 de 2021, constituyen los cambios más relevantes introducidos por la Ley 1996 de 2019 al ordenamiento jurídico:

(i) elimina del ordenamiento civil la incapacidad legal absoluta por discapacidad mental, dejando solo a los impúberes como sujetos incapaces absolutos; (ii) deroga el régimen de guardas e interdicción para las personas en condiciones de discapacidad mental, cognitiva o intelectual; (iii) presume la capacidad de goce y ejercicio para todas las personas con discapacidad; (iv) establece dos mecanismos que facilitan a las personas con discapacidad manifestar su voluntad y preferencias en el momento de tomar decisión con efectos jurídicos: (a) acuerdos de apoyos y (b) adjudicación judicial de apoyos; y (v) regula las directivas anticipadas, como una herramienta para las personas mayores de edad

en las que se manifiesta la voluntad de actos jurídicos con antelación a los mismos (Corte Constitucional, 2021).

Así las cosas, dentro del presente capítulo se logró a satisfacción dar respuesta argumentada al objetivo planteado sobre establecer los cambios sustanciales y aspectos procesales introducidos por la Ley 1996 de 2019 en el sistema jurídico colombiano con relación al régimen legal de la capacidad jurídica en las personas mayores de edad con discapacidad.

3. Las ventajas/fortalezas y vacíos/debilidades que tiene la Ley 1996 de 2019 respecto al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas mayores de edad con discapacidad y su aplicabilidad en la perspectiva de género.

Una vez analizados aquellos aspectos sustanciales y procesales introducidos por la Ley 1996 de 2019, resulta indispensable identificar las ventajas/fortalezas y vacíos/debilidades que representa esta normatividad para el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas mayores de edad con discapacidad, y su aplicabilidad en la perspectiva de género.

Así, inicialmente se expondrán las ventajas/fortalezas de este nuevo régimen, para lo cual, debe indicarse que el beneficio más visible que aporta la Ley 1996 de 2019 tiene que ver con el cambio de mentalidad en la sociedad colombiana respecto a la capacidad de las personas mayores de edad con discapacidad. Nótese que en el numeral 3 del artículo 3, se introduce el término “titular del acto jurídico” para referirse a los destinatarios de la norma, en lugar de la denominación “incapaz”, propia de regímenes anteriores.

Sobre lo anterior, explica el autor Hernández Ramos lo siguiente: “En concordancia con el cambio paradigmático que implicó la introducción del modelo social de discapacidad, la ley introduce un cambio semántico. Ya no se habla de persona “incapaz”, sino de “titular del acto jurídico” (Hernández, 2020, p. 66). En efecto, estos cambios lingüísticos o semánticos, causan un impacto sociológico, con el cual las personas logran concientizarse sobre el papel que cumplen las personas mayores

de edad con discapacidad en la sociedad, es decir, desde lo jurídico dejan de ser vistos como simples “incapaces” para pasar a ser titulares de actos jurídicos como cualquier otra persona.

Bajo esa misma perspectiva, debe advertirse que el cambio de denominación como titulares del acto jurídico es producto de la implementación del modelo social de discapacidad, reconocido por la Corte Constitucional en distintas sentencias, como, por ejemplo, la C-458 de 2015 en la que indicó que este modelo

“permite la participación de las personas con discapacidad en la definición de sus intereses, prioridades y necesidades dentro de la sociedad, de manera que propende porque no se margine a este grupo ni se le aisle de la toma de decisiones” (Corte Constitucional, 2015).

Dicho esto, logra identificarse una segunda ventaja/fortaleza de la Ley 1996 de 2019, relacionada con un mayor grado de ajuste de sus prerrogativas a los lineamientos de la jurisprudencia constitucional que establecen el modelo social de la discapacidad. En tal sentido, apunta la Corte Constitucional en la sentencia C-022 de 2021 que con esta normatividad se busca:

“adaptar o armonizar la ley civil a los estándares del modelo social de la discapacidad, y en consecuencia, prohíbe la interdicción e inhabilitación por discapacidad, crea el régimen de toma de decisiones con apoyos y modifica el Código Civil, el Código General del Proceso y la Ley de guardas” (Corte Constitucional, 2021).

Así mismo, con esta adecuación del régimen de capacidad legal de las personas mayores de edad con discapacidad a los parámetros de la jurisprudencia constitucional, en virtud del modelo social, se logran cambios normativos trascendentales como el reconocimiento de la voluntad del titular del acto jurídico en las decisiones que afectan su vida, instaurando una capacidad de ejercicio plena, mediante la eliminación de figuras como la interdicción y el régimen de guardas. Sobre estos avances, las autoras Leguízamo García y Morales Ciro consideran lo siguiente:

Dentro de los cambios normativos más trascendentales que supuso la implementación de la nueva ley frente a las personas en situación de discapacidad, se destaca el reconocimiento de facultades volitivas

en la toma de decisiones, pues se establece que éstas tienen la capacidad para autodeterminar el rumbo de su vida, de tal forma que, cualquier intervención innecesaria, puede llegar a suprimir ese ideal de autonomía e independencia instaurado en la ley. Así mismo, se le otorga valor jurídico a la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, reconociendo que éstas son sujetos de derecho con plena capacidad de ejercicio. La eliminación de la figura de la interdicción y el régimen de guardas como único mecanismo para el ejercicio de derechos y prerrogativas, también generó un gran impacto, toda vez que se extendió la presunción de capacidad legal a los actos jurídicos realizados por las personas en situación de discapacidad. (Legúizamo y Morales, 2021, p. 43).

En efecto, con la Ley 1996 de 2019 se establece la presunción de capacidad legal respecto de los actos o negocios jurídicos que realicen las personas mayores de edad con discapacidad, situación que se presenta como una clara ventaja para la garantía de derechos procesales de estas personas, toda vez que en el curso de una actuación judicial o administrativa no serán válidos los argumentos en contra encaminados a demostrar la falta de capacidad relativa o absoluta del titular. Sobre este avance instaurado por el nuevo régimen, parte de la doctrina destaca lo siguiente:

Y una de las instituciones más relevantes de la disposición normativa es la estipulada en el artículo 6, que reconoce la presunción de la capacidad de las personas discapacitadas, entendida como la facultad de disponer de derechos y obligaciones por todas las personas, por lo cual su capacidad de goce y capacidad legal no se encuentra inhabilitadas. Es así, que, en el ámbito procesal, alegar discapacidad absoluta o relativa frente a personas mayores de edad para inhabilitar su capacidad (goce o ejercicio) no opera procesalmente gracias a que la Ley 1996 de 2019 porque las personas discapacitadas son sujetos capaces para contraer obligaciones, en consecuencia, la ley le otorga una presunción legal frente al tema de capacidad (Hernández & Leal, 2023, p. 11).

Ahora bien, cualquier cuerpo normativo que pretenda regular situaciones novedosas y que representan avances para el reconocimiento de derechos, también pueden ser objeto de omisiones y/o aspectos regulados que configuran vacíos/debilidades respecto a lo que se

pretende positivizar. Para el caso particular de la Ley 1996 de 2019, debe advertirse que no es ajena a la existencia de falencias o factores por mejorar, que se pasan a exponer a continuación.

Si bien es cierto, en los párrafos precedentes se presentó como una ventaja de la Ley 1996 de 2019 el establecer la presunción de capacidad, también lo es que en los artículos 19 y 39 se fijó que para el evento en que el titular del acto jurídico cuente con un acuerdo o con una sentencia de adjudicación de apoyos vigente, deberá utilizarlo, al momento de celebrar un acto jurídico, pues de no hacerlo, se configurará una causal de nulidad relativa, tal como lo explica Hernández Ramos:

Por otra parte, a pesar de que toda persona mayor de edad es capaz para celebrar actos jurídicos, quienes hayan establecido un apoyo formal para la celebración de actos jurídicos deben utilizarlos so pena de nulidad del acto. Esta nueva exigencia está explícitamente consagrada en los artículos 19 y 39 de la ley. En este sentido, el uso de apoyos formales que se encuentren vigentes al momento de la celebración del acto se convierte en requisito de validez del mismo (Hernández, 2020, p. 72).

Entonces, no se entiende cómo, por un lado, la ley otorga una presunción de capacidad plena de ejercicio, pero, por otra parte, busca limitar la libertad de celebrar algunos actos jurídicos supeditándola a la presencia de las personas que, mediante acuerdo o sentencia, están reconocidos como apoyos para la toma de decisiones. Este es un aspecto que claramente resulta controversial, y que, ya ha recibido objeciones por parte de la doctrina.

Por ejemplo, la autora Julia Betancur Aguilar, al identificar los principales problemas jurídicos e interrogantes suscitados con el cambio de paradigma de la Ley 1996 de 2019 señala que esta normatividad “no solo eliminó la discapacidad mental absoluta y relativa como fuente de incapacidad, sino que también adicionó el uso de apoyos como requisito de validez de los actos jurídicos” (Betancur, 2020, p. 48).

Es importante destacar que la Ley 1996 de 2019 introduce la figura de las directivas anticipadas, como una herramienta por la cual el titular del acto jurídico puede manifestar fidedignamente su voluntad y preferencias en decisiones relativas a uno o varios actos jurídicos, con antelación a los mismos. Circunstancias que deben suscribirse a

través de escritura pública ante notario, o mediante acta de conciliación emitida por conciliador extrajudicial en Derecho. Pues bien, en el artículo 28 *ibidem*, se establece la denominada cláusula de voluntad perenne, según la cual, el titular del acto jurídico al realizar una directiva anticipada, podrá incluir una cláusula con la cual invalida de manera anticipada las declaraciones de voluntad y preferencias que exprese con posterioridad a la suscripción de dicha directiva anticipada.

Esta cláusula de voluntad perenne ha resultado controversial en el entendido que no cumple con requisito de publicidad alguno frente a terceros, más allá de la suscripción de la escritura pública, instrumento insuficiente para dar a conocer de manera general la declaratoria de que trata el artículo 28 de la Ley 1996 de 2019. Sobre este ítem puntual, Hernández Ramos explica:

Resulta problemático que una cláusula de voluntad perenne no tenga un requisito mayor de publicidad. La escritura pública resulta insuficiente como instrumento de publicidad. Al tratarse de decisiones que invalidan la voluntad posterior de una persona, y que por lo tanto tienen efectos de nulidad, puede crear incertidumbre en el tráfico jurídico no tener reglas claras al momento de celebrar actos jurídicos (Hernández, 2020, p. 76).

Igualmente, debe advertirse que otro vacío/debilidad presentada con la Ley 1996 de 2019 tiene que ver con la especificidad con la que debió tratar a la población que por discapacidad mental severa no puede comprender la magnitud de ciertos actos. Aspecto que se pasa por alto dentro de esta normatividad, y que a futuro puede desencadenar en situaciones o de desconocimiento o de abuso de los derechos para estas personas. Señala Peters (2020) al respecto:

Sin embargo, es claro que el legislador omite a una porción poblacional en situación de discapacidad que, aunque es minoritaria, requiere de una protección especial y es aquella que por su condición de discapacidad mental severa no es capaz de comprender, ni aun de forma tardía, en qué consiste el acto que celebra o va a celebrar. La relevancia de esta omisión se hace notable en cuanto es posible que el acto ejecutado por la persona puede acarrearle una afectación profunda en sus derechos, desconociendo las implicaciones patrimoniales o pudiendo afectar directamente su dignidad. Siguiendo este lineamiento, el papel de la

familia se vuelve, en un escenario de omisión legislativa, aún más importante, siendo estos los afectados más próximos de estas decisiones tomadas. (Peters, 2020, p.14)

Así, se presenta una omisión legislativa que deberá subsanarse, probablemente vía jurisprudencia de la Corte Constitucional, porque si bien, con Ley 1996 de 2019 se avanza en el reconocimiento de garantías para las personas mayores de edad con discapacidad, no debe perderse de vista que dentro de esa población existen personas con necesidades específicas y especiales que exigen un trato normativo aún más delicado, que no se previó en esta normatividad.

Del mismo modo, otro vacío/debilidad que se encuentra en la Ley 1996 de 2019 que resulta fundamental para los objetivos del presente artículo, tiene que ver con la aplicabilidad de la perspectiva de género dentro de sus distintas disposiciones, como, por ejemplo, la relacionada con el reconocimiento de la capacidad jurídica; factor que se analizará detalladamente en el capítulo subsiguiente.

4. La aplicabilidad de la perspectiva de género en la materialización del reconocimiento de la capacidad jurídica en persona mayor de edad con discapacidad presente en la Ley 1996 del 2019.

El artículo 13 de la Constitución Política prevé la obligación para el Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, adoptando las medidas correspondientes en favor de grupos discriminados o marginados. A raíz de esta disposición superior, el legislador se encuentra en el deber de corregir las discriminaciones que históricamente han existido a través de las respectivas regulaciones legales, tal como lo explica la Corte Constitucional dentro de su jurisprudencia, para el caso específico de la discriminación por razones de género, a saber: “se autoriza, dentro de un principio de protección, la toma de medidas positivas, dirigidas a corregir desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva de la mujer en los órdenes económicos y sociales” (Corte Constitucional, 2005).

En tal sentido, debe advertirse que las mujeres mayores de edad con discapacidad, históricamente también han sido víctimas de

discriminación, materializada en actos violentos que han atentado contra su integridad física, mental y emocional, siendo necesario que el régimen que regula su capacidad legal, como lo es la Ley 1996 de 2019 tenga una aplicación con enfoque de género, en donde se evidencie la fijación de medidas para corregir las desigualdades de facto que han sufrido las mujeres destinatarias de la norma. No obstante, de la simple lectura del tenor literal de esta normatividad, no se aprecia dentro de su contenido ningún artículo que establezca la obligación de aplicar la perspectiva de género dentro de los procedimientos de celebración de acuerdos de apoyo, o en la adjudicación judicial de apoyos.

Entonces, ante la falta de previsión legal, resulta indispensable a efectos de determinar la aplicabilidad de la perspectiva de género en la materialización del reconocimiento de la capacidad jurídica en persona mayor de edad con discapacidad presente en la Ley 1996 del 2019, analizar los principales pronunciamientos de la Corte Constitucional que han fijado criterios sobre enfoque de género en el proceso judicial.

Pues bien, en sentencias de antaño, como por ejemplo la T-494 de 1992, la T-026 de 1996, o la C-408 de 1996, la Corte Constitucional empezó a reflejar dentro de su jurisprudencia la preocupación por reducir ciertas brechas que visibilizaban circunstancias discriminatorias en contra de la mujer. En tal sentido, desde el siglo pasado, el Máximo Tribunal Constitucional en Colombia generó un precedente en lo que respecta a la igualdad entre hombres y mujeres, apuntando, entre otras cosas, lo siguiente:

No se ignora que, consideradas las cosas desde una perspectiva amplia, a los miembros de uno y otro sexo les asiste la vocación y la capacidad para desarrollar cualquier actividad y que por ello, establecer, a priori, una distinción entre las tareas específicamente reservadas a hombres o a mujeres con el fin de negar el acceso o la permanencia de un grupo en el espacio que supuestamente corresponde al otro, implica incurrir en una inadmisibles diferencia de trato, contraria a la prohibición constitucional de discriminar. (Corte Constitucional, 1996).

Estos avances, desencadenaron posteriormente en la emisión de sentencias, bien sea dentro de acción pública de inconstitucionalidad, o dentro de procesos de tutela, en donde la Corte Constitucional empezó a consolidar criterios de discriminación positiva o inversa para proteger

los derechos de la mujer, y establecer garantías para una igualdad real y efectiva en determinados ámbitos. En tal sentido, a través de la sentencia C-371 del 2000 se indicó lo siguiente:

Las acciones afirmativas, incluyendo las de discriminación inversa, están, pues, expresamente autorizadas por la Constitución y, por ende, las autoridades pueden apelar a la raza, al sexo o a otra categoría *sospechosa*, no para marginar a ciertas personas o grupos ni para perpetuar desigualdades, sino para aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a esas mismas personas o grupos en posiciones desfavorables (Corte Constitucional, 2000).

Bajo esa misma línea argumentativa, en años posteriores la Corte Constitucional puntualizó lo siguiente respecto a la discriminación positiva o inversa:

De esto, es posible concluir que la especial protección de la mujer, conlleva la aceptación de tratos discriminatorios con un fin constitucional. O que - para decirlo de otra manera -, la protección reforzada y especial de los derechos de las mujeres es un fin constitucional cuya satisfacción admite en ciertos casos el sacrificio de la cláusula general de igualdad, que además cuenta con la implementación de instrumentos y mecanismos internacionales para ello (Corte Constitucional, 2005).

Dicha postura ha hecho eco dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional a través de los años, en donde se ha sentado como precedente, que si bien, existe una cláusula general de igualdad, contenida en el artículo 13 de la Constitución Política, lo cierto es que, las autoridades están llamadas a brindar una protección especial a ciertos grupos poblacionales que han sido discriminados históricamente, como ocurre, evidentemente con las mujeres. Así, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Constitucional reiteró en sentencias posteriores:

En el artículo 13 constitucional se establece una cláusula general de igualdad y se prohíbe la discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Sin embargo, dicha cláusula debe ceder ante el deber de adoptar medidas en favor de personas que por sus condiciones particulares merecen una especial protección constitucional, entre las que se encuentran las mujeres, con la finalidad de que la igualdad de este grupo que ha

sido históricamente discriminado, sea real y efectiva, y de esta forma, puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones. En este orden de ideas, sobre las autoridades estatales recae (i) la prohibición de establecer diferenciaciones en razón del género, así como (ii) el deber de adoptar medidas de discriminación positiva en su favor. (Corte Constitucional, 2013).

Esa obligación del Estado para generar medidas de discriminación positiva que ha asentado la Corte Constitucional dentro de su jurisprudencia, son aplicables a los procesos judiciales; ámbito en que dicho Tribunal ha sido enfático en establecer un enfoque diferencial con perspectiva de género en la administración de justicia, y su especial alcance en el análisis de la prueba. En tal sentido, dentro de la sentencia T-415 de 2023 se señaló que:

Las autoridades judiciales deben adoptar las medidas adecuadas para frenar la vulneración de los derechos de las mujeres, teniendo en cuenta que sigue latente la discriminación en su contra en los diferentes espacios de la sociedad. Específicamente en el campo de la administración de justicia, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en advertir que la referida protección debe extenderse en todas las especialidades (Corte Constitucional, 2023).

Así, ante una evidente situación de desprotección normativa, en donde el legislador omitió generar condiciones de discriminación positiva en favor de la mujer para erradicar desigualdades históricas, como sucede, por ejemplo, con la Ley 1996 de 2019 en lo atinente al régimen de capacidad jurídica para mayores de edad con discapacidad, resulta fundamental que las autoridades judiciales en el curso del proceso adopten las medidas adecuadas para frenar la vulneración de los derechos de las mujeres dentro de un caso concreto, siendo indispensable juzgar con perspectiva de género.

Sobre el deber de juzgar con perspectiva de género, autoras como Poyatos i Mata han explicado lo siguiente:

Juzgar con perspectiva de género puede definirse como una metodología de análisis de la cuestión litigiosa, que debe desplegarse en aquellos casos en los que se involucren relaciones de poder asimétricas o patrones estereotípicos de género y exige la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación del ordenamiento

jurídico, en la búsqueda de soluciones equitativas ante situaciones desiguales de género. La transversalización se consolida, así como una herramienta novedosa de transformación social, para garantizar la efectiva salvaguardia de los derechos de las mujeres ante la necesidad impostergable de reconocer la diversidad de género, tanto en la interpretación y aplicación de los estándares internacionales de género (Poyatos i Mata, 2019, p. 7).

Es decir, juzgar con perspectiva de género comprende la obligación de la autoridad judicial de buscar soluciones que neutralicen la existencia de factores que discriminación y vulneración de derechos para la mujer dentro del curso del proceso. Dichas medidas, como lo indica la Corte Constitucional en distintas sentencias, pueden ser aplicadas, por ejemplo, en el ámbito probatorio, por ejemplo, en la sentencia T-415 de 2023 se expuso:

En lo que respecta al alcance del enfoque de género en el análisis probatorio judicial, ha considerado la Corte que es deber de los jueces *flexibilizar* la carga probatoria en casos de violencia o discriminación. Esto significa que deben admitir ciertos cambios o modificaciones a la hora de exigir la prueba de algunos supuestos de hecho cuya demostración directa por quien alega ser víctima resulte circunstancial y objetivamente imposible, sin que implique presumir la culpabilidad de quien es señalado como victimario. Para ello deben **privilegiar los indicios sobre las pruebas directas** cuando estas últimas resulten insuficientes. También pueden trasladar la carga de probar determinado hecho —o su refutación— a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos (inversión de la carga de la prueba); lo que descarta la posibilidad de exigirle a cualquiera de las partes la demostración de afirmaciones o negaciones indefinidas (Corte Constitucional, 2023).

Nótese que la Ley 1996 de 2019 omite incluir dentro de su articulado, disposiciones procesales que establezcan discriminaciones positivas para las mujeres en el evento que sea necesario probar determinados hechos dentro del proceso, en los que pueda ser víctima e impacten directamente en el reconocimiento de su capacidad legal, o en el nombramiento de personas de apoyo, o en la celebración de contratos. Situaciones que solo son subsanables aplicando el precedente de la

Corte Constitucional que obliga a los Jueces de la República a juzgar con perspectiva de género, realizando un cauteloso análisis de las condiciones probatorias que puedan favorecer a la mujer que ha sido víctima de vulneración de derechos.

Entonces, bien sea en sede notarial, mediante la celebración de un acuerdo de apoyo; o ante un Juez de la República a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria, o dentro del verbal sumario promovido por tercero, las autoridades, en el marco de la Ley 1996 de 2019, aun cuando ésta omitió reglar expresamente la aplicación de la perspectiva de género dentro de estos procedimientos, es claro el precedente constitucional que obliga a todas las autoridades, incluyendo las judiciales, de generar condiciones de discriminación positiva para las mujeres, dados los factores de desigualdad y vulneración sistémica de derechos a los que ha sido objeto. En tal sentido, es indispensable que los Jueces de la República adopten decisiones en el curso del proceso bajo la perspectiva de género. Como lo señalan los autores López y Rengifo, la perspectiva de género en las decisiones judiciales son una modalidad necesaria de discriminación positiva, con la que se busca generar credibilidad a la hora de tomar una decisión con inclusión e igualdad, buscando la protección de la mujer, y la instauración de un orden justo (López & Rengifo, 2020, p. 99).

Conclusiones

Dentro del presente capítulo se concluyó, inicialmente, que jurisprudencial y doctrinalmente se ha coincidido en que la perspectiva de género está integrada por los siguientes elementos: i) la aplicación de las reglas constitucionales que prohíben la discriminación por razones de género, ii) la observancia de la igualdad material, iii) la garantía de protección a las mujeres víctimas de violencia, y iv) la protección de personas en situación de debilidad manifiesta.

Por otra parte, se concluyó que los cambios más relevantes introducidos por la Ley 1996 de 2019 al ordenamiento jurídico colombiano son la eliminación de la incapacidad legal absoluta por discapacidad mental, derogación del régimen de guardas e interdicción, presunción de capacidad de goce y ejercicio para todas las personas con discapacidad, y la introducción de dos vías procesales que facilitan a las personas con discapacidad manifestar su voluntad y preferencias en el momento de tomar decisión con efectos jurídicos: (a) acuerdos de apoyos y (b) adjudicación judicial de apoyos.

Del mismo modo, se concluyó que La ley 1996 de 2019 tiene ciertos vacíos/debilidades, dentro del que se destaca la falta de regulación de la aplicación de la perspectiva de género, factor que deben subsanarlo los Jueces de la República dentro de sus providencias, estableciendo condiciones de discriminación positiva en favor de las mujeres dentro del curso del proceso de adjudicación de apoyos.

Referencias

- Arias García, F. (2018). *Derecho procesal administrativo* (3 ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Ibáñez.
- Betancur Aguilar, J. (2020). *El cambio de paradigma de la Ley 1996 de 2019 y sus retos jurídicos*. (tesis de pregrado). Medellín, Colombia: Universidad Eafit. Obtenido de: https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/17042/Julia_BetancurAguilar_2020.pdf?sequence=2.
- Bustamante Reyes, J. & Piedrahita Isaza, F. (2020). *Capacidad jurídica en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la ley 1996 de 2019*. Bogotá D.C., Colombia: Ministerio de Justicia y del Derecho. Obtenido de: https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/revista_capacidad_legal.pdf.
- Chávez Carapia, J. C. (2004). *Perspectiva de género*. Ciudad de México, México: Editorial Plaza y Valdés. Obtenido de: <https://n9.cl/r0bph>
- Hernández Ramos, S. E. (2020). Capacidad en situación de discapacidad: análisis de la Ley 1996 de 2019. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 4 (1), 60-82. Obtenido de: https://banner9.icesi.edu.co/ic_contenidos_pdf/adjuntos/202220/202220_11418_15017.pdf.
- Hernández Rosal, C. P. & Leal Martínez, N. R. (2023). *Evolución jurídica del ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad absoluta o relativa en Colombia: de la interdicción judicial a la capacidad legal plena*. (tesis de especialización). San José de Cúcuta, Colombia: Universidad Libre Seccional Cúcuta. Obtenido de: <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/25048>.
- Leguizamón García, C. A. & Morales Ciro, D. C. (2021). *La figura de la interdicción en el tránsito de la ley 1306 del 2009 a la ley 1996 de 2019*. (tesis de pregrado). Bogotá D.C., Colombia:

Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.
Obtenido de: <https://repository.urosario.edu.co/server/api/core/bitstreams/17dc36a6-1481-49de-bda5-995a2322c7fd/content>.

López, B. & Rengifo Villa, P. A. (2020). *La Perspectiva de Género en las Decisiones Judiciales de los Jueces de Familia, una Modalidad Necesaria de Discriminación Positiva*. (tesis de maestría). Pereira, Colombia: Universidad Libre Seccional Pereira. Obtenido de: <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/23218/MD0184.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Medellín, C. (2013). *Lecciones de derecho romano*. Bogotá D.C., Colombia: Legis Editores S.A.

Miranda-Novoa, M. (2012). Diferencia entre la perspectiva de género y la ideología de género. *Dikaion*, 21 (2), 337-356. Obtenido de: <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v21n2/v21n2a02.pdf>.

Palacios, D. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. (1 ed.). Madrid., España: Cermi. Obtenido de <http://pronadis.mides.gub.uy/innovaportal/file/32232/1/el-modelo-social-de-discapacidad.pdf>.

Peters Orrego J. (2020). Nuevo régimen de capacidad legal en Colombia (ley 1996 de 2019): la problemática de la presunción de capacidad y de la exigibilidad y cumplimiento de las obligaciones alimentarias derivadas de las relaciones de familia a las personas en situación de discapacidad. *Revista Estudiantil de Derecho Privado*, 1 (1), 1-26. Obtenido de: <https://red.uexternado.edu.co/nuevo-regimen-de-capacidad-legal-en-colombia-ley-1996-de-2019-la-problematika-de-la-presuncion-de-capacidad-y-de-la-exigibilidad-y-cumplimiento-de-las-obligaciones-alimentarias-derivadas-de-las-rel>.

Poyatos i Matas, G. (2019). Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa. *Revista de género e igualdad*, 2 (1), 1-21. Obtenido de: <https://digitum.um.es/digitum/handle/10201/67401>.

- Sentencia C-022, (4 de febrero de 2021). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Cristina Pardo Schlesinger. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente 13.743. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/C-022-21.htm>.
- Sentencia C-101, (8 de febrero de 2005). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-5342. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-101-05.htm>.
- Sentencia C-371, (29 de marzo de 2000). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente P.E.010. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-371-00.htm>.
- Sentencia C-410, (15 de septiembre de 1994). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-517. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-410-94.htm>.
- Sentencia C-458, (22 de julio de 2015). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente D-10585. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-458-15.htm>.
- Sentencia C-534, (24 de mayo de 2005). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente D-5460. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-534-05.htm>.
- Sentencia C-983, (13 de noviembre de 2002). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-4141. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-983-02.htm>.
- Sentencia SU-080, (25 de febrero de 2020). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: José Fernando Reyes Cuartas. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-6.506.361. Obtenido de: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU080-20.htm#_ftn105.

- Sentencia T-016, (24 de enero de 2022). Corte Constitucional. Sala sexta de revisión. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T- 8.335.196. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/T-016-22.htm>.
- Sentencia T-026, (26 de enero de 1996). Corte Constitucional. Sala Novena de revisión. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente No. 80.107. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-026-96.htm>.
- Sentencia T-386, (28 de junio de 2013). Corte Constitucional. Sala Primera de revisión. M.P.: María Victoria Calle Correa. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-3795982. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-386-13.htm>.
- Sosa, M. J. (2021). Investigar y juzgar con perspectiva de género. *Revista Jurídica AMFJN*, 8 (1), 1-10. Obtenido de: https://amfjn.org.ar/descargas-pdf/revista_juridica/NUMERO08/investigaryjuzgar.pdf.
- Suárez González, E. (2021). Futuro de los procesos de interdicción suspendidos en Colombia por la Ley 1996 de 2019. (*tesis de especialización*). Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia. Obtenido de: <https://bibliotecadigital.udea.edu.co/handle/10495/24352>.

La protección de la víctima de violencia intrafamiliar por razones de género.²²

Protection of the victim of intrafamily violence for gender reasons.

Andrea Carolina Araque Chacón²³
Lina Paola Hernández Hernández²⁴
Yustin Yesid Nobman Montes²⁵

Resumen

El artículo 42 de la Constitución Política de 1991 establece que la familia es el núcleo esencial de la sociedad, consagración que conlleva la exigencia para el Estado de garantizarle una protección integral que consiste en adoptar medidas para su respeto, apoyo, asistencia, y erradicación de cualquier forma de violencia que se pueda presentar dentro del seno familiar.

No obstante, la realidad social de Colombia muestra que la violencia intrafamiliar es un problema latente y trascendental que aqueja a una gran cantidad de personas en el país. Esta problemática se puede evidenciar en daños físicos, emocionales, y psíquicos, que tienen su origen en diversas causas, tales como: el alcoholismo o la drogadicción, intolerancia, la falta de desarrollo de vínculos afectivos, problemas económicos, y, entre otras causas, por razones de género, siendo este último factor uno de los más notorios dentro de la sociedad colombiana.

La violencia intrafamiliar por razones de género ha ocasionado para las mujeres la vulneración de derechos fundamentales como la

22 Capitulo desarrollado en marco del proyecto de investigación: Perspectiva de Género en el proceso colombiano, en la Maestría en derecho procesal de la Universidad Libre seccional Cúcuta.

23 Abogada, Doctora en Educación, Magister en Derecho Público, Docente investigadora de la Universidad de Pamplona. acaraque@unipamplona.edu.co <https://orcid.org/0000-0003-0816-0458>

24 Abogada, Magister en derecho procesal, Especialista en Derecho Administrativo, Especialista en Derecho Procesal General, Docente investigadora de la Universidad de Pamplona. Correo: lina.hernandez@unipamplona.edu.co <https://orcid.org/0000-0001-9749-4147>.

25 Abogado, Magister en derecho procesal, Especialista en Derecho Procesal. Correo: yustinnobmann@hotmail.com yustiny-nobmanm@unilibre.edu.co

integridad personal, la salud, la dignidad humana, entre otros, que han conllevado a preguntarse si el orden jurídico interno de Colombia tiene la capacidad para asegurar el acceso a la justicia a las víctimas de este tipo de violencia; cuestionamiento que se buscará responder dentro de la presente investigación, para lo cual, inicialmente, se explicará la garantía del acceso a la justicia en el estado social de derecho; por otra parte, se analizará el fenómeno de la violencia intrafamiliar desde la perspectiva de género en Colombia; igualmente, se identificarán los instrumentos jurídicos con los que cuentan las víctimas de violencia intrafamiliar para su protección frente al hecho agresor; y, por último, se sistematizarán los criterios valorativos para la determinación de la violencia intrafamiliar por razones de género, según el orden jurídico interno colombiano.

Introducción

La Constitución Política de 1991 consagró que Colombia es un Estado social de derecho, figura que conlleva unas exigencias especiales para las autoridades públicas, siendo la más importante, garantizar unas condiciones básicas para el disfrute de los derechos fundamentales, dentro de los que se encuentran: el mínimo vital, salud, alimentación, educación, vivienda y/o habitación, entre otros. Así mismo, conlleva la obligación de dotar a todas las personas de herramientas jurídicas idóneas para la protección de sus derechos, o en su defecto, para neutralizar la vulneración de los mismos.

En el marco del Estado social de Derecho colombiano, el artículo 42 de la Carta, estipuló que la familia es el núcleo esencial de la sociedad, consagración que conlleva la exigencia de otorgar una protección integral, que consiste en adoptar medidas para su respeto, apoyo, asistencia, y la erradicación de cualquier forma de violencia que se pueda presentar dentro del seno familiar.

No obstante, la violencia intrafamiliar es una problemática que, cada vez más, se agudiza en Colombia, afectando a todos los integrantes de la familia. (García Cuartas, 2012). En ese sentido conforme a los lineamientos adoptados por la Corte Constitucional dentro de su jurisprudencia, el concepto de familia es pluricultural, de acuerdo a lo señalado, por ejemplo, en la sentencia C-577 de 2011, donde esta

corporación plasmó que el “carácter maleable de la familia” atiende a un Estado multicultural y pluriétnico que fundamenta el derecho de cada individuo a conformar una familia, siguiendo sus propias visiones del mundo siendo el único limitante, por supuesto, el respeto de los derechos fundamentales (Sentencia C- 577, 2011).

Esto en razón a que el concepto de familia puede adoptar diferentes formas y conceptualizaciones, atendiendo a cada grupo cultural en el que se halla inmersa, *Verbi gracia*, familias: ensambladas, de crianza, monoparentales, adoptivas y nucleares; razón por la cual quien puede ser afectado por violencia intrafamiliar puede ser, cualquier miembro de la familia, hijos, padres, abuelos, tíos, sobrinos, primos, cuñados, entre otros o quienes convivan con estos, que en muchas circunstancias por razones de género, o su condición sexual o cultural se agrava la violencia intrafamiliar entre estos. (Sentencia C- 577, 2011).

Ahora bien, distintas investigaciones de carácter científico, como las realizadas por Bowlby, Woollet, y principalmente, por Bandura, concluyen como causa más importante para la ocurrencia de actos que constituyen violencia intrafamiliar, comportamientos categorizados como factores intergeneracionales. Lo que significa que, el comportamiento agresivo de los padres se hereda a sus hijos. Esas conclusiones, toman como sustento la teoría del aprendizaje social, autoría de Albert Bandura, quien explica que el comportamiento de las personas es aprendido por imitación y sostenido mediante la contingencia social. En otras palabras, la teoría del citado autor, sugiere que el niño al observar durante su infancia y adolescencia el actuar de sus familiares más allegados, le proveen un aprendizaje comportamental, en donde terminan apropiando ese comportamiento y lo ven como bueno para desarrollarlo en sus futuras relaciones interpersonales. En tal sentido, los menores que fueron expuestos en su infancia a la violencia dentro de su hogar, tienen una tendencia superior al resto de personas, para imitar estas conductas (Widom 2000, Pollack 2002).

Igualmente, resulta oportuno anotar que adicional a los factores intergeneracionales, la violencia intrafamiliar es una problemática latente y trascendental que aqueja a un gran número de personas en Colombia, que tienen su origen en diversas causas, tales como: el alcoholismo o la drogadicción, intolerancia, la falta de desarrollo de vínculos afectivos, problemas económicos, y, entre otras causas, por

razones de género, siendo este último factor uno de los más notorios dentro de la sociedad colombiana, de acuerdo con estudios del Instituto Nacional de Salud, que concluyen que tan solo para la semana No. 24 del año 2023 se notificaron 81.070 casos en el país (INS, 2023). Tal situación ha desencadenado en daños físicos, emocionales, y psíquicos para una gran cantidad de mujeres en el país.

De manera que, este se presenta como un fenómeno social que, en los últimos años, se ha venido intensificando en los hogares colombianos, por afectaciones culturales y económicas, psicológicas. Adicional a ello, se generó un alto grado de desigualdades reforzadas por la pandemia del SARS-CoV-2, o mejor conocido como Covid-19, que han afectado los derechos de las mujeres, tal y como lo refleja Medicina Legal y Ciencia Forense, entre los años 2019, 2020 y primer trimestre de 2021 la mayoría de casos violencia intrafamiliar fueron en contra de mujeres. Frente a esta situación la ONU, precisó que:

“La violencia doméstica ya era una de las violaciones de los derechos humanos más flagrantes y que con el avance de la pandemia, la cifra de violencia doméstica puede aumentar impactando en el bienestar de las mujeres, su salud sexual, reproductiva y mental, asimismo la capacidad de liderar la recuperación de nuestras sociedades y economías sus participaciones en ella se pueden ver afectadas por el contexto en el que se desarrolle” (ONU Mujeres, 2020, p. 2).

Lo anterior, significó un aumento de los actos violentos contra las mujeres, generándose respecto del acceso a la justicia, en casos de violencia intrafamiliar, altos grados de impunidad, tanto en violencia intrafamiliar, como en violencia sexual y feminicidios. (Márquez Ramírez, 2022). Sin embargo, el desarrollo normativo para su prevención, remedio y sanción, está dado desde la Ley 294 de 1996, donde se enfocó principalmente en la protección de la familia y los mecanismos de protección administrativos y judiciales a las víctimas de este delito.

Posteriormente normatividades como: La Ley 575 de 2000, reformó la norma citada en el párrafo precedente, y estableció la responsabilidad de la sociedad en general para dar a conocer de forma inmediata a las autoridades competentes, la información que se tenga sobre hechos que constituyan violencia intrafamiliar. Del mismo modo, con la Ley

599 del 2000, se modificó el tipo penal de violencia intrafamiliar. Más adelante la Ley 1257 de 2008, establece la protección para la mujer, fijando normas que permitan dar garantía a todas las mujeres de una vida libre de violencia intrafamiliar.

Finalmente, la Ley 2126 de 2021 que recogió las anteriores normatividades, determina las funciones de las Comisarias de Familia, indicando que estas entidades serán las encargadas de brindar protección a las víctimas de violencia intrafamiliar, en especial por sus condiciones de género, y tomando en consideración las afectaciones por cualquier otra forma de agresión en dicho contexto.

Con la normatividad expuesta anteriormente es preciso indicar que, en la actualidad existe un marco normativo especial respecto a la protección de las víctimas de violencia intrafamiliar por razones de género conforme lo establece el Estado colombiano como Estado social de derecho. No obstante, estas herramientas, no han tenido plena eficacia material, en tanto que los casos de violencia intrafamiliar no han sido reducidos a pesar de la aplicación y vigencia de dichos mecanismos y normatividad en todo el territorio nacional. Por el contrario, como se determinó en estudio del Instituto Nacional de Salud, para el año 2023 los casos notificados en la plataforma SIVIGILA, tuvieron un aumento del 38,1% y 8,3% en comparación con los años 2021 y 2022 respectivamente (INS, 2023).

En el marco del estado social de derecho, el derecho fundamental al acceso a la justicia se constituye como un elemento para asegurar el desarrollo de los derechos humanos (DDHH) y especialmente la dignidad humana. En este orden de ideas, la mujer víctima de violencia intrafamiliar requiere de la garantía de acceso a la administración de justicia, con la finalidad de materializar el conjunto de sus derechos humanos y asegurar su dignidad. No obstante, es válido afirmar que los trámites burocráticos, la mora judicial, los intereses particulares, la misoginia que caracteriza algunos de los actores del sistema de justicia se convierten en obstáculos que impiden el acceso a la justicia a la mujer víctima de violencia intrafamiliar.

En esta medida, si bien se ha desarrollado toda una política pública orientada a la incorporación de la perspectiva de género en el proceso judicial, en la actualidad se suman las cifras a esta constante

problemática, que, como germen social, ha tenido una creciente significativa que atenta contra la dignidad de miles de mujeres al año, y que a la fecha, el acceder a las herramientas jurídicas que la ley dispone para proteger derechos de esta población se torna una utopía, aún más, en estos escenarios actuales de crisis socioeconómica por la que atraviesan muchos países luego de una época de recesión por Covid-19.

Puede afirmarse que la violencia intrafamiliar por razones de género ha ocasionado para las mujeres la vulneración de derechos fundamentales como la integridad personal, la salud, la dignidad humana, entre otros, que han conllevado a preguntarse si el orden jurídico interno de Colombia tiene la capacidad para asegurar el acceso a la justicia a las víctimas de este tipo de delitos; cuestionamiento que se buscará responder dentro de la presente investigación, para lo cual, se hace necesario abordar la problemática expuesta, a partir de una evaluación y análisis objetivo del marco normativo, jurisprudencial, doctrinario que regula esta materia.

1. La garantía del acceso a la justicia en el estado social de derecho.

El Estado liberal clásico, en su momento, representó un avance histórico para la sociedad, toda vez que, mediante su consagración, se logró la limitación del absolutismo monárquico y el reconocimiento de derechos individuales. No obstante, las nuevas dinámicas sociopolíticas del siglo XX desencadenaron en la obsolescencia de su modelo, siendo necesario, bien sea, su modificación o su sustitución.

Como señala Iván Vila Casado, “la crisis del Estado liberal hizo que fuera necesario diseñar políticas de bienestar social, inicialmente como un paliativo frente a la dura situación de los trabajadores y de otros sectores de la sociedad” (Vila Casado, 2021, p. 22). En ese sentido, surge en el mundo el Estado social de derecho como solución o alternativa a la crisis que representaba el modelo del Estado liberal clásico, o Estado de derecho propiamente dicho.

La formulación del concepto Estado social de derecho es atribuida al jurista Hermann Heller, autor que consideraba que la solución a las crisis del Estado de derecho no era renunciar al mismo completamente, sino en dotar a este de unos componentes económicos y sociales (Vila

Casado, 2021). En efecto, como lo señala Vladimiro Naranjo Mesa, este nuevo modelo surgió “como un rescate de un elemento que logra la armonía social dentro del marco general del derecho, como fuente de decisión política” (Naranjo, 2018, p. 533).

Desde su nacimiento, hasta la actualidad, han sido varios los ejemplos de Estados alrededor del mundo que han optado por la fórmula del Estado social de Derecho, siendo Colombia uno de aquellos, pues con la simple lectura del artículo 1 de la Constitución Política de 1991 se visualiza la decisión del constituyente de optar por los postulados del Estado social de derecho como el derrotero que marcará el funcionamiento del Estado colombiano.

Sobre lo anterior, señala Manuel Fernando Quinche Ramírez que “la Carta de 1991 estableció, según el modelo de las constituciones alemana y española, como elemento fundante al Estado social de derecho, desplazando así la condición del Estado de derecho” (Quinche, 2020, p. 69). Sobre el cambio que representó la adopción de este modelo, la Corte Constitucional mediante sentencia C-158 de 1998 explicó lo siguiente:

La Constitución define a Colombia como un Estado Social de Derecho. El Estado Social de Derecho, a diferencia del Estado liberal clásico, no se limita a reconocer derechos a los individuos, sino que además funda su legitimidad, en la eficacia en la protección y otorgamiento efectivo de los mismos. Eso significa que los derechos fundamentales, así como también los económicos, sociales culturales, y los colectivos, no se miran como simples facultades o posibilidades a favor de los individuos, sino que son concebidos como beneficios que de manera imperativa deben ser otorgados a sus titulares. (Sentencia C-158, 1998).

En similar sentido, la Corte Constitucional desde sus primeros pronunciamientos ha explicado que la consagración del Estado social de derecho en Colombia se visualiza a través de dos dimensiones: una cuantitativa, reflejada en el denominado Estado de bienestar; y una cualitativa, representada por el Estado constitucional democrático.

En palabras de la Corte, el Estado de bienestar “puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad” (Corte Constitucional,

1992). Y por su parte, el Estado constitucional democrático se funda en nuevos valores-derechos establecidos en la segunda y tercera generación de DDHH, y se logra manifestar institucionalmente por medio de

“mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política” (Corte Constitucional, 1992).

Bajo los anteriores parámetros, es acertado afirmar que el Estado social de derecho colombiano es una sumatoria del Estado de bienestar y el Estado constitucional democrático, en donde se busca cumplir con los ideales de la prosperidad general y se fijan verdaderas herramientas jurídicas para hacerlo exigible, como la consagración de derechos fundamentales y un fuerte catálogo de principios que marca la base del funcionamiento del Estado.

Pero, para hacer exigible la materialización de los derechos y la aplicación de los principios constitucionales, el Estado social de Derecho debe valerse de la posibilidad para las personas de acudir ante los Jueces para formular sus pretensiones, pues de no ser así, cualquier catálogo de derechos sería vista como una simple declaración de buenas intenciones.

Entonces, una de las principales ventajas que ofrece para Colombia la implementación del modelo del Estado social de Derecho tiene que ver con la garantía del acceso a la administración de justicia, fijado en el artículo 229 de la Constitución Política, y explicado por el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Constitucional a través de distintas sentencias de la siguiente manera:

Este derecho ha sido entendido como la posibilidad reconocida a todas las personas de poder acudir, en condiciones de igualdad, ante las instancias que ejerzan funciones de naturaleza jurisdiccional que tengan la potestad de incidir de una y otra manera, en la determinación de los derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena

observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y la ley (Corte Constitucional, 2011).

De lo expuesto por la Corte Constitucional se puede concluir que el acceso a la administración de justicia está catalogado en Colombia como un derecho fundamental, que se materializa en la posibilidad de acudir ante un Juez para proponer unos hechos y unas pretensiones, pero también en que el asunto puesto bajo conocimiento de la autoridad judicial obtenga una resolución de fondo, no sin antes mediar un debido proceso. En tal sentido, el mencionado tribunal identificó los siguientes elementos básicos para la protección de este derecho fundamental:

(i) la posibilidad de acudir ante un juez o tribunal a presentar las pretensiones para la protección de sus derechos o intereses y (ii) que dicho acceso a la justicia sea efectivo, al obtener la resolución de fondo de las pretensiones presentadas y que la misma se pueda hacer efectiva a través de su correcta ejecución. (Corte Constitucional, 2019).

Dichos elementos, son expuestos de manera similar por el Consejo de Estado, tribunal que ha considerado que el derecho al acceso a la administración de justicia posee tres componentes esenciales, a saber: en primer lugar, la posibilidad de acudir ante una autoridad judicial competente para proponer un conflicto o controversia; en segunda medida, el derecho a que el caso sea solucionado de fondo, mediando un estudio riguroso de las pretensiones planteadas, reflejado en una sentencia motivada, razonable, congruente y fundada en derecho; finalmente, el derecho a la ejecución de la sentencia proferida, pues de nada sirve que el fallo sea emitido, si no se cuenta con mecanismos para exigir su cumplimiento y herramientas para que el demandante sea reparado en su derecho (Consejo de Estado, 2012, p. 11).

Por otra parte, resulta oportuno precisar que doctrinal y jurisprudencialmente el acceso a la administración de justicia se ha equiparado al concepto de tutela judicial efectiva, el cual, de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-279 de 2013 “constituye un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata, que forma parte del núcleo esencial del debido proceso” (Corte Constitucional, 2013). En similar sentido, el Consejo de Estado ha precisado que es preponderante para un estado social de derecho contar con una

óptima administración de justicia, toda vez, que son estas autoridades las encargadas de proteger y buscar la efectividad de los derechos, libertades y garantías de las personas (Consejo de Estado, 2012). Igualmente, la Corte Suprema de Justicia dentro de su jurisprudencia ha reiterado que el operador judicial, adquiere un papel principal en el Estado Social de Derecho colombiano, pues en él recae la garantía de la tutela judicial efectiva (Corte Suprema de Justicia, 2020).

Dicho lo anterior, es clara la relación inescindible existente entre los conceptos de Estado social de Derecho y acceso a la administración de justicia, aspecto reconocido por la jurisprudencia de las tres altas cortes en Colombia, quienes han manifestado, que, en efecto, la posibilidad de acudir ante una autoridad jurisdiccional para la garantía de los derechos es uno de los presupuestos esenciales con los que se logra delimitar la existencia de un Estado social de Derecho.

No obstante, es oportuno advertir que lo expuesto anteriormente obedece al deber ser, porque en la realidad se evidencia que aún en presencia de un Estado social de Derecho, en el marco de la Constitución Política de 1991, existen una gran cantidad de eventos en los que se vulnera el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, como por ejemplo, en aquellos que se configuran moras judiciales por incumplimiento de los términos legalmente establecidos, o cuando una autoridad pública o un particular no da cumplimiento a una decisión judicial, o cuando no se deciden de fondo todas las pretensiones planteadas, o cuando se vulnera el principio de igualdad, entre muchas otras situaciones, que, a su vez, se evidencian a la hora de proteger los derechos de las víctimas de violencia intrafamiliar, aspectos que se analizarán en los capítulos subsiguientes.

2. El fenómeno de la violencia intrafamiliar desde la perspectiva de género en Colombia.

Colombia ha sido un Estado marcado durante décadas e incluso siglos por el problema de la violencia, en las distintas formas que este fenómeno puede presentarse: desde enfrentamientos civiles, políticos y sociales a gran escala, hasta actos violentos ocasionados dentro del seno de la familia. En efecto, la violencia intrafamiliar en la actualidad se considera como uno de los grandes problemas que aqueja

a la sociedad colombiana. Es suficiente con observar los estudios del Instituto Nacional de Salud, que concluyen que tan solo para la semana No. 24 del año 2023 se notificaron 81.070 casos en el país (INS, 2023), en donde se han generado daños físicos, psíquicos y emocionales a las personas que han padecido este sufrimiento, que se presenta como consecuencia de factores intergeneracionales, el alcoholismo o la drogadicción, intolerancia, la falta de desarrollo de vínculos afectivos, problemas económicos, y, entre otras causas, por razones de género.

La violencia intrafamiliar, atendiendo a definiciones doctrinales, puede entenderse como:

“toda acción cometida en el seno de la familia por uno o varios de sus miembros que ocasione daño físico, psicológico o sexual a otros de sus miembros y que cause un serio daño a su personalidad y/o a la estabilidad familiar” (Quiñones et al., 2011, p. 1)

En similar sentido, atendiendo a los criterios de la Corte Constitucional, esta problemática se conceptualiza en los siguientes términos:

Por violencia intrafamiliar puede entenderse todo daño o maltrato físico, psíquico o sexual, trato cruel, intimidatorio o degradante, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión, producida entre miembros de una familia, llámese cónyuge o compañero permanente, padre o madre, aunque no convivan bajo el mismo techo, ascendientes o descendientes de éstos incluyendo hijos adoptivos, y en general todas las personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica (Sentencia C-368, 2014).

Así, una noción actual del concepto de violencia intrafamiliar abarca cualquier agresión o maltrato presentado entre miembros de una familia, entendido el término “familia” de la manera más amplia posible. Pero, aun cuando la violencia intrafamiliar se presenta entre cualquier miembro de una familia, convivan o no en el mismo techo, siempre existe una tendencia en cuanto a las víctimas de estos sucesos: en la mayoría de casos el sujeto pasivo es una mujer, tal como lo identifica la autora María Isabel Niño Contreras:

El primer puesto dentro la víf lo ocupa la violencia de pareja seguida de la violencia entre otros familiares; en tercer lugar, la violencia contra niños, niñas y adolescentes; y en último lugar la violencia hacia personas mayores. Las mujeres son las víctimas más frecuentes, salvo

en la violencia contra personas mayores donde los hombres ocupan el primer lugar (Niño, 2014, p. 4)

Esa tendencia histórica que demuestra que la mujer es la principal víctima de violencia intrafamiliar, se acentúa también en la actualidad, pues en estudios realizados por la Procuraduría General de la Nación en coordinación con el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses se determinó que para el periodo comprendido entre el 1 de enero al 31 de mayo de 2023, se registraron 19.606 eventos de violencia intrafamiliar contra mujeres en Colombia, dentro de los cuales, se practicaron 8.511 exámenes médico legales, por presunto delito sexual. (Procuraduría General de la Nación, 2023).

Tales situaciones de violencia intrafamiliar prolongada en el tiempo en contra de la mujer, exige mirar este fenómeno a través de una perspectiva de género en el ámbito social, pero más importante aún, en las decisiones proferidas por quienes administran justicia en Colombia. En efecto, la Corte Constitucional a través de sus distintas sentencias ha incorporado el concepto de la perspectiva de género como un componente que integra el texto de la Constitución, que exige la igualdad entre hombres y mujeres, y la erradicación de cualquier forma de violencia y/o discriminación basada en el género.

Así, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Constitucional al estudiar los postulados constitucionales que integran la perspectiva de género al ordenamiento jurídico colombiano, apuntó lo siguiente:

La Constitución Política de 1991 implicó un cambio fundamental respecto de la protección reforzada de los derechos de la mujer. Ejemplo de ello son los artículos 13 (la cláusula general de igualdad), 40 (la participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública), 42 (la igualdad de derechos y deberes de las relaciones familiares y reproche de cualquier forma de violencia en la familia) y 53 (la protección especial de la mujer y la maternidad en el ámbito laboral). Especialmente, el artículo 43 superior consagró la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres y prohibió cualquier clase de discriminación en contra de la mujer (Corte Constitucional, 2023).

En efecto, si desde la misma Constitución Política se prevén mandatos claros e inequívocos para dar aplicación a la perspectiva de género

en los distintos ámbitos de la vida en sociedad, con mayor razón las autoridades que ejercen funciones jurisdiccionales deben atender estos mandatos constitucionales en el momento de proferir decisiones jurídicamente vinculantes; obligación que se hace aún más importante, tratándose de casos de violencia intrafamiliar, situación que la misma Corte Constitucional ha expuesto en distintas sentencias, como por ejemplo, en la T-344 del 2020, en donde apuntó lo siguiente:

La perspectiva de género es, en esencia, una herramienta analítica y comprensiva de una protección multinivel que deben emplear todos los operadores de justicia en aquellos casos en los que se tenga sospecha de situaciones asimétricas de poder entre las partes o de actos constitutivos de violencia de género. Cumplir con esta obligación no significa que el juez tenga que favorecer los intereses de una mujer por el hecho de serlo, sino que ha de abordar la cuestión de derecho que se le ha planteado con un enfoque diferencial que involucre el aspecto sociológico o de contexto que subyace al problema en torno a la violencia y a la discriminación contra la mujer, a fin de brindar soluciones equitativas ante situaciones de desequilibrio estructural (Corte Constitucional, 2020).

Como se señala desde la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla

“el acceso a la justicia no es uniforme para todos los ciudadanos, debiéndose este fenómeno al menos de forma parcial a la existencia de condiciones estructurales que obstaculizan el acceso a los derechos y condenan a las personas a cumplir con determinados roles a partir de su identidad sexo-genérica” (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2020, p. 78).

En efecto, como se expuso en el capítulo precedente, el acceso a la justicia no se agota con la simple posibilidad de acudir ante un juez, sino que es necesario un procedimiento con respeto a las garantías procesales y la resolución de fondo del litigio, pero, como se expresa desde la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, debe asegurarse que los obstáculos en razón del género se eliminen para que la garantía del acceso a la justicia, con todos sus componentes, sea uniforme para todas las personas.

De este modo, todos los jueces de la República y las autoridades administrativas están encargados dentro del ámbito de sus competencias

a dar aplicación a las disposiciones constitucionales que salvaguardan los derechos de las mujeres, teniendo en cuenta que históricamente han sido objeto de maltratos dentro del seno familiar, que desencadenaron en daños irreparables. En tal sentido, es clara la obligación constitucional de eliminar cualquier forma de discriminación en contra de la mujer, para lo cual, el sustento de las decisiones judiciales o administrativas en que se debatan asuntos relacionados con violencia intrafamiliar, debe ser un correcto análisis centrado en el género, pues como lo señala la Corte Constitucional en la sentencia T-219 de 2023, es esta “la herramienta para equilibrar las asimetrías de poder existentes y dejar al descubierto prejuicios, estereotipos y pre comprensiones que minusvaloran a las mujeres y terminan por convertirse en obstáculos para la plena realización de sus derechos” (Corte Constitucional, 2023).

Así las cosas, la Corte Constitucional ha establecido criterios esenciales para jueces y autoridades administrativas en casos de presunta discriminación o violencia contra la mujer. Estos criterios no solo buscan garantizar una administración de justicia equitativa y eficaz sino también abordar las complejidades inherentes a estos casos. A continuación, se detallan y explican con mayor profundidad estos criterios, que fueron condensados dentro de la sentencia T-016 de 2022:

- 1. Análisis integral de los hechos y derechos en disputa:** La primera obligación examinada por la Corte Constitucional, tiene que ver con la exigencia de analizar de manera integral las situaciones fácticas que configuran la violencia intrafamiliar, para tal efecto, se debe considerar el entorno social y cultural en que estas se desarrollan. Lo anterior implica, una comprensión profunda sobre la influencia que tiene el contexto en la vulneración de los derechos de las mujeres, especialmente aquellas pertenecientes a grupos poblacionales en situación de vulnerabilidad. Bajo este criterio, se busca asegurar que la interpretación de la ley no se haga en abstracto sino en consonancia con la realidad vivida por las mujeres.
- 2. Identificación de relaciones desequilibradas de poder:** La existencia de relaciones de poder desequilibradas, suelen ser un factor subyacente en casos de discriminación o violencia contra la mujer. En tal sentido, es importante que el juez o autoridad

administrativa, a la hora de llevar a cabo el análisis del caso, reconozca estas dinámicas, en aras de abordar el origen de la discriminación, y no únicamente sus manifestaciones.

3. **Privilegiar la prueba indiciaria:** En un gran número de casos de violencia contra la mujer, se torna dificultoso obtener prueba directa para demostrar los hechos que constituyen dichos actos violentos. En consecuencia, resulta necesario que el juez o autoridad administrativa privilegie la prueba indiciaria. Nótese que la realidad de muchos actos de violencia o discriminación ocurren en privado, o bajo situaciones donde la documentación directa es complicada. Entonces, en este tipo de casos, permitir un enfoque flexible en la admisión y valoración de pruebas garantiza que las barreras probatorias no impidan la justicia.
4. **Cuestionamiento de la neutralidad de las normas:** En ocasiones las normas jurídicas pueden tener impactos diferenciados en hombres y mujeres. En tal sentido, la Corte Constitucional ha conminado a los Jueces y autoridades administrativas a considerar si las normas perpetúan desigualdades o discriminaciones, requiriendo un análisis crítico de cómo las leyes afectan específicamente a las mujeres.
5. **Garantizar la participación activa de la víctima:** Es importante para el proceso judicial o administrativo relacionado con violencia intrafamiliar por razones de género, que la víctima sea una parte activa dentro del trámite. No obstante, debe asegurarse el control de actos que la revictimicen o estereotipen, en aras de evitar o reforzar prejuicios de género.

Adoptar los anteriores criterios fijados por la Corte Constitucional se tornan fundamentales a la hora de abordar un caso de violencia intrafamiliar, pues, sin llegar a vulnerar el principio de igualdad respecto a los derechos de los hombres, debe ser imperante un enfoque diferencial dentro del proceso judicial o administrativo, que, con base en los criterios expuestos en los párrafos precedentes, brinden una protección integral a la mujer víctima de violencia intrafamiliar. Recuérdesse que los conceptos de enfoque diferencial y perspectiva de

género nacen en virtud de la vulneración de derechos y afectación de garantías mínimas a lo largo de la historia para la mujer por el simple hecho de serlo, situación que generó la obligación de un tratamiento especial desde lo jurídico para reducir estos padecimientos.

Sobre lo anterior, la autora Glòria Poyatos i Matas explica lo siguiente:

Una sociedad que mide con el mismo rasero a los desiguales genera más desigualdad. En muchas partes del mundo, la igualdad ha evolucionado desde lo jurídico (siglo XX) hacia lo real (siglo XXI), exigiendo resultados. Hacer real el principio de igualdad no permite neutralidad, hay que adoptar un enfoque constitucional, removiendo los obstáculos que lo dificulten, e integrando la perspectiva de género, como criterio de referencia en todos los casos que involucren relaciones asimétricas y patrones estereotípicos de género (Poyatos, 2019, p. 1).

Dicho todo lo anterior, para efectos de concluir el presente capítulo, se puede afirmar que el fenómeno de la violencia intrafamiliar en Colombia debe ser analizado en los ámbitos judicial y administrativo a partir de la perspectiva de género, herramienta que permite un amplio margen de protección para los derechos de las mujeres, y una serie de criterios constitucionales y jurisprudenciales que buscan la garantía de derechos para la mujer víctima, que deben ser aplicados dentro de cada uno de los instrumentos jurídicos que se expondrán en el capítulo subsiguiente.

3. Los instrumentos jurídicos con los que cuentan las víctimas de violencia intrafamiliar para su protección frente al hecho agresor.

Señala la Corte Constitucional en la sentencia T-311 de 2018 que la familia no solo es el núcleo fundamental de la sociedad, sino también del individuo mismo, siendo “necesario desarrollar un esquema de garantías que debe ser observado por el Estado con el fin de impulsar el desarrollo adecuado de las familias, así como un modelo de deberes y prohibiciones en cabeza de cada uno de sus miembros” (Corte Constitucional, 2018). Bajo ese entendido, dentro de ese esquema de garantías al que está obligado el Estado para salvaguardar los derechos de los miembros de la familia se encuentran aquellos instrumentos jurídicos con los que cuentan las víctimas de violencia intrafamiliar

para su protección frente al hecho agresor; ítems que serán expuestos dentro del presente capítulo.

Inicialmente, es oportuno indicar que los hechos que constituyen violencia intrafamiliar pueden ser denunciados por la víctima, o por cualquier persona que tenga conocimiento de su ocurrencia. Del mismo modo, es acertado afirmar que son identificables cuatro acciones principales a las que pueden recurrir las víctimas como ruta de atención: en primer lugar, informar los hechos ante la Policía Nacional; por otra parte, solicitar medidas de protección ante las autoridades pertinentes; igualmente, recibir asistencia médica y forense en centros de salud, o en el Instituto Nacional de Medicina Legal; finalmente, se encuentra la posibilidad de denunciar ante la Fiscalía General de la Nación. Estas acciones puntuales, serán desglosadas a continuación.

Informar los hechos ante la Policía Nacional.

El artículo 218 de la Constitución Política prevé que la Policía Nacional tiene como función principal el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, así como para asegurar que las personas vivan en paz. En concordancia con esta disposición constitucional, el artículo 10 de la Ley 1801 de 2016 establece como deberes de las autoridades de policía, entre otras, prevenir situaciones y comportamientos que ponen en riesgo la convivencia; recibir y atender de manera oportuna las quejas, peticiones y reclamos; y colaborar con las autoridades judiciales para la debida prestación del servicio de justicia.

En virtud de la anterior normativa legal y constitucional, a la Policía Nacional le competen unos deberes específicos en cuanto a la ocurrencia de actos de violencia intrafamiliar, puestos bajo su conocimiento, que se encuentran detallados puntualmente en el artículo 20 de la Ley 294 de 1996, a saber:

- a) Conducir inmediatamente a la víctima hasta el centro asistencial más cercano, aunque las lesiones no fueren visibles;
- b) Acompañar a la víctima hasta un lugar seguro o hasta su hogar para el retiro de las pertenencias personales, en caso de considerarse necesario para la seguridad de aquella;

c) Asesorar a la víctima en la preservación de las pruebas de los actos de violencia y;

d) Suministrarle la información pertinente sobre los derechos de la víctima y sobre los servicios gubernamentales y privados disponibles para las víctimas del maltrato intrafamiliar. (Ley 294, 1996).

En tal sentido, es visible que la Policía Nacional es la primera fuente de protección que tienen las víctimas de violencia intrafamiliar frente al hecho agresor, toda vez que, como lo señala el autor Darío Arcila Arenas, su función radica en “impedir la repetición de la conducta constitutiva de violencia intrafamiliar, remediar sus secuelas físicas o psicológicas y evitar retaliaciones del agresor” (Arcila, 1997, p. 126.) En efecto, la víctima una vez presentado el acto violento, puede acudir ante la autoridad policiva para poner en conocimiento las situaciones fácticas que requieren de intervención inmediata, bien sea verbal o por escrito, ante lo cual, el cuerpo policivo está en la obligación de ejecutar, como mínimo, las acciones previstas en el artículo 20 de la Ley 294 de 1996.

No obstante, como lo señala la autora Hernández Bañol, existe una inoperancia en relación con la violencia intrafamiliar contra las mujeres en Colombia, pues las autoridades, especialmente, las policivas no han cumplido de manera satisfactoria con la obligación de ejecutar mecanismos de protección para la mujer frente al hecho agresor (Hernández, 2022). Sobre lo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dentro de una relatoría realizada sobre el acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas apuntó que las autoridades de policía no cumplen debidamente con el deber de brindar protección a las mujeres víctimas, pues se evidencia incumplimiento al seguimiento de las órdenes de protección o medidas cautelares emitidas en el ámbito de la violencia intrafamiliar (CIDH, 2023).

Solicitar medidas de protección ante las autoridades pertinentes.

En los casos de violencia intrafamiliar son las Comisarías de Familia las entidades que principalmente están llamadas para conocer estos asuntos, estando facultadas para imponer medidas de protección. Sobre la naturaleza jurídica de estos entes, autores como Ruiz Rubio han anotado lo siguiente:

El Legislador ha dado y reconocido a las Comisarias de Familia como un espacio de acceso a la justicia familiar, de carácter interdisciplinario y con capacidad para el abordaje de las diferentes problemáticas que afectan no solo a la familia, sino a sus miembros. Es así como desde su creación se le han venido asignando, paulatinamente, competencias de carácter policivo, conciliatorio, jurisdiccional, administrativo, preventivo y de policía judicial (Ruiz Rubio, 2015, p. 15).

Como lo señala el citado autor, el comisario de familia, de acuerdo con las funciones encomendadas en el Decreto Único Reglamentario 1069 del 26 de mayo de 2015, está en el deber de prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de todos los miembros de la familia, que hayan sido objeto de vulneración de derechos en un contexto de violencia intrafamiliar. Para tal efecto, cuenta con la facultad de imponer las medidas de protección señaladas en el artículo 17 de la Ley 1257 de 2008, como, por ejemplo, las resumidas por las autoras Abella, Ahumada, Oviedo, Ramos, y Torres dentro de una investigación publicada en el año 2017, a saber:

ordenarle a la persona que no la agrede, que no le haga escándalos, que no la maltrate, ordenarle el desalojo hasta prohibirle que se le acerque, prohibirle que ingrese a su lugar de vivienda, a su lugar de trabajo, otorgarle la custodia de los hijos cuando a ello haya lugar, estas medidas, además de ser notificadas a el agresor, se notifican a la policía para que realice un seguimiento y una verificación de que se está cumpliendo las medidas de protección. También hay sanciones de tipo económico, pero no son tan ocurrentes (Abella et al., 2017, p. 14).

Cabe destacar que el listado de medidas de protección que ofrece la norma en mención no es de carácter taxativo, por lo que el Comisario de Familia puede emitir cualquier otra orden que considere pertinente para proteger los derechos de las víctimas.

Ahora bien, existen municipios en Colombia en donde no funcionan las Comisarias de Familia, caso en el que la competencia para conocer los asuntos de violencia intrafamiliar e imponer medidas de protección se traslada a los Jueces Civiles Municipales o Promiscuos Municipales; o en su defecto, si los hechos fueron denunciados directamente ante la Fiscalía General de la Nación, el Juez de Control de Garantías estará facultado para imponer medidas de protección de manera inmediata,

remitiendo posteriormente el expediente ante la Comisaría de Familia, Juez Civil o Promiscuo Municipal, según el caso, para que continúe con el proceso.

Para acceder ante las anteriores instancias, será suficiente que la víctima, o cualquier persona con conocimiento de los hechos que configuran violencia intrafamiliar, informe a dichas autoridades estas circunstancias fácticas, sin importar si se hace escrito o verbalmente; o en su defecto, se activará la ruta de atención, mediando la remisión del expediente que realice la Policía Nacional, Centros de Salud, o cualquier otra instancia que haya conocido previamente el caso.

Recibir asistencia médica y forense en centros de salud, o en el Instituto Nacional de Medicina Legal.

Es notorio que en muchas circunstancias los actos perpetrados como violencia intrafamiliar, constituyen daños físicos y psicológicos que requiere de asistencia urgente por parte de profesionales médicos. En efecto, en tales eventualidades resulta imposible acudir previamente ante la Policía Nacional, o ante la Comisaría de Familia, o Jueces de la República, según el caso, pues lo importante es buscar un tratamiento médico urgente para curar las secuelas de los hechos dañosos.

Bajo ese entendido, otro de los instrumentos jurídicos con los que cuentan las víctimas de violencia intrafamiliar para su protección frente al hecho agresor, es la posibilidad de recibir asistencia médica y forense en centros de salud, o en el Instituto Nacional de Medicina Legal. Nótese que esta herramienta no es solo de carácter asistencial, sino que tiene connotaciones jurídicas, teniendo en cuenta dos situaciones específicas: en primer lugar, tanto el Centro Médico como el Instituto Nacional de Medicina Legal está en la obligación de remitir el caso ante las Comisarías de Familia o Jueces de la República, según el caso, para imponer medidas de protección; y, por otra parte, al acudir ante estas instituciones y realizar las valoraciones médicas correspondientes, se obtienen los primeros elementos de prueba que determinan la magnitud del daño ocasionado con los actos de violencia intrafamiliar a la víctima.

Sobre el papel de los centros de salud y el Instituto Nacional de Medicina Legal en los casos de violencia intrafamiliar, siguiendo la línea argumentativa del párrafo anterior, autores como Coy y Obando señalan:

“brinda atención en salud integral a las víctimas, recoge evidencia forense, y garantiza la cadena de custodia; acciona y garantiza las medidas de protección y atención requeridas, elabora historia clínica y afilia al Sistema de Seguridad Social a víctimas que lo requieran” (Coy & Obando, 2023, p. 14).

Dicho esto, es claro que acudir ante estas entidades no solo comprende la atención médica, sino que conlleva unas consecuencias jurídicas, en donde se le debe brindar protección integral a las víctimas, resguardar material probatorio, y hacer los traslados pertinentes a las autoridades encargadas de fijar medidas de protección, y a la jurisdicción ordinaria penal.

Denunciar ante la Fiscalía General de la Nación.

Un último instrumento con que cuentan las víctimas de violencia intrafamiliar para activar el aparato judicial, tiene que ver con denunciar directamente los hechos constitutivos de delito ante la Fiscalía General de la Nación, entidad que ha habilitado para la atención de este delito a los Centros de Atención e Investigación Integral contra la Violencia Intrafamiliar (CAVIF), y eventualmente, en tratándose de conductas relacionadas con abuso sexual, a los Centros de Atención Integral a Víctimas de Abuso Sexual (CAIVAS); estas unidades especializadas tienen como objeto lo siguiente:

Así, los Centros se constituyen como un modelo de justicia restaurativa que restablece los derechos de las víctimas, ya que permite, a través de las diferentes entidades con las que interactúa [La Secretaría de Integración Social (Comisaría de Familia), el ICBF, la Secretaría de Educación y Salud y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses], brindar a las usuarias y usuarios una atención integral a las problemáticas que atenten contra la armonía familiar (Castro, 2015, p. 44).

Dentro del marco de acción de CAVIF, o en su defecto CAIVAS, se encuentra la obligación de remitir a las víctimas para recibir la respectiva atención médica, psicológica y forense, con la finalidad de dar una asistencia inmediata a los posibles daños causados, y recaudar material probatorio de carácter médico-científico, que sirva de base para impulsar la investigación penal y posteriormente la respectiva acusación ante los Jueces Penales, así como para hacer los traslados

pertinentes a las Comisarías de Familia para imposición de medidas correctivas.

Dicho todo lo anterior, dentro del presente capítulo se lograron determinar los instrumentos jurídicos con los que cuentan las víctimas de violencia intrafamiliar para su protección frente al hecho agresor, exponiendo las nociones fundamentales de cada uno de ellos, siendo necesario en el capítulo subsiguiente analizar los criterios valorativos para la determinación de la violencia intrafamiliar por razones de género, según el orden jurídico interno colombiano, en aras de dar respuesta a la pregunta de investigación planteada, es decir, la forma en que el ordenamiento jurídico colombiano asegura el acceso a la justicia para las víctimas en este caso específico.

4. Los criterios valorativos para la determinación de la violencia intrafamiliar por razones de género, según el orden jurídico interno colombiano.

En Colombia, a través del Acuerdo No. PSAA08-4552 del 20 de febrero de 2008 se creó la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, integrada por representantes de la Corte Constitucional, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia, y el Consejo Superior de la Judicatura, con la finalidad de orientar e impulsar la equidad de género, la erradicación de la discriminación de las mujeres en el acceso a la justicia, y la incorporación de la perspectiva de género en las actuaciones judiciales.

Con la creación y funcionamiento de esta comisión se han alcanzado grandes logros en la lucha por la inclusión de la perspectiva de género en los procesos judiciales, como lo destacan las autoras Cereceda, Cofré, Joo, Lorca, y Labraña:

La Comisión creó herramientas para monitorear las decisiones de quienes imparten justicia. Se crearon los “Criterios de Equidad para una Administración de Justicia con Perspectiva de Género” y la “Lista de Verificación” como “ayuda a los magistrados/as, jueces/zas y usuarios/as de la rama judicial a encontrar la forma de dar aplicación al derecho a la igualdad, a dejar sin piso la asimetría y la discriminación”. Su enfoque se basa en la diversidad de situaciones en las que se encuentran los funcionarios judiciales, quienes “pueden garantizar la efectividad de los derechos humanos, en la construcción de una jurisprudencia que

redescubra el contenido de género en la regla jurídica y la haga aplicable en asuntos de diario acontecer” (Cereceda et al., 2020, p. 294).

Dentro de los avances importantes que ha producido la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, como lo señalan las citadas autoras, se encuentra la creación de los criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género, los cuales, según esta corporación, “están dirigidos a los y las operadoras de justicia; de manera especial a jueces/as y magistrados/as, con la invitación a considerarlos como un soporte o ruta de navegación, en su función de administrar justicia y una herramienta que contribuye a garantizar decisiones más equitativas” (Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, 2019).

Como es natural, la Corte Constitucional en calidad de garante de la supremacía de la Constitución Política y de los derechos fundamentales consagrados en ella, han dado aplicación a los criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género dentro de su jurisprudencia. En efecto, a través de sentencias como, por ejemplo, la T-016 de 2022, C-111 de 2022, y la T-219 de 2023, entre otras, han sintetizado dichos criterios de la siguiente manera:

(i) Identificar si existe una relación desequilibrada de poder. (ii) Revisar si se presentan situaciones de estereotipos o manifestaciones de sexismo en el caso. (iii) Cuestionar cuando amerite, la pretendida neutralidad de las normas, si se hace necesario, a fin de evaluar los impactos diferenciados en su aplicación. (iv) Visibilizar con claridad en las decisiones la situación específica de las mujeres y/o población en situación de vulnerabilidad, al proteger el derecho a la igualdad y a la no discriminación. (v) Visibilizar la existencia de estereotipos, manifestaciones de sexismo, relación desequilibrada de poder y riesgos de género en el caso. (vi) Controlar la revictimización y estereotipación de la(s) víctima(s) tanto en los argumentos como en la parte resolutive de las decisiones judiciales (Corte Constitucional, 2022).

Estos criterios reflejan un enfoque holístico y sensible al género en el tratamiento de casos de discriminación o violencia contra la mujer. Al implementar estas directrices de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, la Corte Constitucional promueve una mayor justicia y equidad, reconociendo las especificidades y desafíos que enfrentan las

mujeres en el acceso a la justicia. Adoptar estos criterios, es fundamental a la hora de analizar un caso de violencia intrafamiliar, pues, sin entrar a vulnerar el principio de igualdad respecto a los derechos de los hombres, debe ser imperante un enfoque diferencial dentro del proceso judicial o administrativo, que, con base en los lineamientos de la Comisión materializados en sentencias de la Corte, brinden una protección integral a la mujer víctima de violencia intrafamiliar.

Así las cosas, para asegurar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia intrafamiliar, los operadores judiciales, e incluso las autoridades administrativas o policivas, están en la obligación de dar aplicación a los criterios expuestos anteriormente que ya hacen parte del precedente de la Corte Constitucional. Situación que garantizaría la materialización de una justicia con perspectiva de género, lo cual implica, como lo señala la autora Niño Patiño, brindar a los hechos constitutivos de violencia intrafamiliar “una mirada diferente para comprender los problemas de las mujeres. En otras palabras, la perspectiva de género son aquellas teorías y modelos de justicia que justifican una mirada diferenciada para resolver los problemas de las mujeres” (Niño, 2019, p. 18).

De igual manera, los criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género, requieren para su correcta aplicabilidad de la utilización del enfoque de género, herramienta que en palabras de la mencionada autora Niño Patiño, hace referencia al método como debe ser aplicada la perspectiva de género, es decir:

El paso a paso por el cual se transitan los propósitos y objetivos a alcanzar. Así las cosas, una vez justificado un modelo de justicia que implica la revisión de los problemas de las mujeres de manera diferencial, la perspectiva de género requiere de un método para la aplicación específica en los casos en concreto, a saber: el enfoque (Niño, 2019, p. 18).

Dicho esto, una vez se logra dar aplicación a los criterios para valorar si se está frente a un caso de violencia intrafamiliar por razones de género, en el curso del proceso, bien sea en sede judicial o administrativa, se debe dar garantía al debido proceso bajo un enfoque de género, lo cual, entre otras cosas, exige que las autoridades actúen de manera diligente y oportuna para neutralizar los actos violentos y buscar el restablecimiento de derechos de la mujer; o en el ámbito probatorio,

requiere que las pruebas y la carga de la prueba deben pensarse en favor de la mujer bajo unos rigurosos criterio de razonabilidad, pertinencia, conducencia, prevaleciendo la aplicación de la sana crítica para los aspectos que favorezcan los derechos de la víctima.

En tal sentido, destaca la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial que el enfoque de género es base para la correcta ejecución de los criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género, instrumento que garantiza, en últimas, la tutela judicial efectiva.

Literalmente, considera dicha corporación:

El acceso a la justicia hace referencia a las garantías dentro del proceso, en la búsqueda de una tutela judicial efectiva a través de la obtención de una decisión pronta y cumplida que ponga fin a un conflicto surgido con ocasión a las relaciones propias de la vida en comunidad. Acción, proceso y sentencia están determinados por la Constitución Política en una simbiosis tendiente a garantizar la administración de justicia y el acceso a ella en condiciones de igualdad y oportunidad sin distingos de naturaleza alguna por virtud de raza, edad, sexo, estado, creencias o convicciones e ideologías, entre otras (Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, 2019).

Dicho todo lo anterior, es oportuno concluir el presente capítulo indicando que los criterios valorativos para la determinación de la violencia intrafamiliar por razones de género, según el orden jurídico interno colombiano, están establecidos por la Corte Constitucional dentro de su jurisprudencia, con base en los criterios adoptados por la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial; los cuales, no solo son aplicables en los procesos judiciales, sino que deben ser tenidos en cuenta dentro de cada uno de los instrumentos jurídicos con que cuentan las víctimas de violencia intrafamiliar por razones de género en Colombia, a saber: en el trámite ante la Policía Nacional; en la solicitud de medidas de protección ante las Comisarías de Familia o Jueces de la República, según el caso; en la asistencia médica y forense en centros de salud, o en el Instituto Nacional de Medicina Legal; o en las denuncias presentadas ante la Fiscalía General de la Nación.

Conclusiones

En el curso del presente capítulo de investigación se logró concluir que es clara la relación inescindible existente entre los conceptos de estado social de derecho y acceso a la administración de justicia, aspecto reconocido por la jurisprudencia de las altas cortes en Colombia, quienes han manifestado, que, en efecto, la posibilidad de acudir ante un juez o Tribunal para la garantía de los derechos es uno de los presupuestos esenciales con los que se logra delimitar la configuración de un estado social de derecho.

En tal sentido, se determinó que todos los jueces de la República y las autoridades administrativas están encargados dentro del ámbito de sus competencias a dar aplicación a las disposiciones constitucionales que salvaguardan los derechos de las mujeres, teniendo en cuenta que históricamente han sido objeto de maltratos dentro del seno familiar, que desencadenaron en daños irreparables. En tal sentido, es clara la obligación constitucional de eliminar cualquier forma de discriminación en contra de la mujer, para lo cual, el sustento de las decisiones judiciales o administrativas en que se debatan asuntos relacionados con violencia intrafamiliar, debe ser un correcto análisis centrado en el género.

Finalmente, se concluyó que según el orden jurídico interno colombiano, los criterios valorativos para la determinación de la violencia intrafamiliar por razones de género, encuentran su sustento en los estudios de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, quienes han generado unos criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género, acogidos por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, que conllevan la exigencia de abordar los casos de violencia intrafamiliar bajo un enfoque de género, buscando la garantía de los derechos de la mujer, independientemente del instrumento jurídico del que haya hecho uso, pues son criterios aplicables tanto en el trámite ante la Policía Nacional; como en la solicitud de medidas de protección ante las Comisarías de Familia o Jueces de la República, según el caso; igualmente, en la asistencia médica y forense en centros de salud, o en el Instituto Nacional de Medicina Legal; o en las denuncias presentadas ante la Fiscalía General de la Nación.

Dichos criterios se pueden resumir de la siguiente manera: en primer lugar, la obligación de realizar un análisis integral a los hechos y derechos en disputa, lo que implica llevar a cabo una valoración sobre el contexto en que ocurre la vulneración de los derechos, observando el entorno social y cultural en que se desarrollaron. En segunda medida, identificar las relaciones desequilibradas de poder, a efectos de que el juez o autoridad administrativa, logre reconocer el origen de la discriminación, y no únicamente sus manifestaciones. En tercer lugar, la exigencia de privilegiar la prueba indiciaria, en aquellos casos que resulte complejo obtener una prueba documental directa. Por otra parte, realizar el cuestionamiento de la neutralidad de las normas, considerando si las mismas perpetúan desigualdades o discriminaciones, requiriendo un análisis crítico de cómo las leyes afectan específicamente a las mujeres. Finalmente, garantizar la participación activa de la víctima, sin caer en revictimización o estereotipos.

Referencias

- Abella, M. C., Ahumada, M. P., Oviedo, M., Ramos, L. M. y Torres, K. (2017). La violencia intrafamiliar en Colombia, leyes de protección, ruta de atención y motivaciones de abandono del proceso judicial. *Revista Navarra Jurídica*, 1(1), 6–25. <https://journals.uninavarra.edu.co/index.php/navarrajuridica/article/view/a1-v1-n1-2017>
- Arcila Arenas, D. (1997). *Ley 294 de 1996 Comentarios generales y análisis crítico*. *Estudios de Derecho*, 56 (127), 122-236. Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7548122>.
- Bandura, A. (1977). “*A social learning analysis*”. Englewood Cliffs, NJ Prentice Halls
- Bañol Hernández, P. (2022). *Inoperancia judicial en relación con la violencia intrafamiliar contra las mujeres en Colombia. (tesis de grado)*. Pereira, Colombia: Universidad Libre. Obtenido de: <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/26344/MD0586.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

- Castro Castro, C. E. (2015). *Derechos humanos y violencia intrafamiliar: el incumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos y la impunidad frente a la violencia intrafamiliar contra mujeres, niños y niñas. (tesis de maestría)*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Santo Tomás de Aquino. Obtenido de: <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/2209>.
- Cereceda Barrios, N. & Cofré Farías, A. & Joo Amunátegui, M. & Lorca Romero, C. & Labraña Trincado, K. (2020). *Estereotipos de género en el proceso judicial: análisis crítico y de derecho comparado latinoamericano. Latin American Legal Studies*, 6 (1), 97-118. Obtenido de: <https://lals.uai.cl/index.php/rld/article/view/62>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2023). *Relatoría sobre los Derechos de la Mujer*. Obtenido de: <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap2.htm>.
- Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial. (2019). *Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género*. Bogotá D.C., Colombia: Comisión Nacional de Género. Obtenido de: <https://videoteca.ramajudicial.gov.co/Fuente/Detalle/2965>.
- Coy Arredondo, P. A. & Obando Carrascal, P. A. (2023). *Mecanismos jurídicos que contribuyen a la eliminación de las barreras sexistas en el acceso a la administración de justicia en los casos de violencia intrafamiliar. (trabajo de grado)*. Pereira, Colombia: Universidad Libre. Obtenido de: <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/24395/ARTICULO%20DE%20INVESTIGACION%20C3%93N.pdf?sequence=2&isAllowed=y>.
- García Cuartas, M.Y. (2012). *La violencia intrafamiliar una problemática que requiere pensarse desde lo interinstitucional*. *Revista Eleuthera*, 7, 90-103. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/5859/585961836006.pdf>
- Instituto Nacional de Salud. (2023). *Informe de Evento Primer Semestre Violencia de Género e Intrafamiliar y Ataques con Agentes Químicos, 2023*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de: <https://www.ins.gov.co/buscador-eventos/Informesdeevento/>

VIOLENCIA%20DE%20Género%20INFORME%20PRIMER%20SEMESTRE%202023.pdf.

- Márquez Ramírez, L. (2022). *Violencias contra las mujeres y participación en el mercado laboral. Boletín No. 29 Día Internacional de la Mujer*. Obtenido de: <https://www.sismamujer.org/wp-content/uploads/2022/03/VF-Boletin-8M-2022-1.pdf>
- Naranjo Mesa, V. (2018). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis.
- Niño Contreras, M. I. (2014). *Estado del arte de la violencia intrafamiliar en Colombia: estudios socio-jurídicos*. *Revista de Derecho Público* 33 (1), 1-29. Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6371830>.
- Niño Patiño, N. (2019). *Perspectiva y enfoque de género: herramienta para la toma de decisión judicial*. *Revista Temas Socio Jurídicos*, 38 (77), 1-18. Obtenido de: <https://repository.unab.edu.co/handle/20.500.12749/8255>.
- ONU. (2021). *Víctimas de la violencia doméstica atrapadas durante la pandemia*. Organización de Las Naciones Unidas (ONU), 1–7. Obtenido de: <https://www.un.org/es/coronavirus/articles/un-supporting-trapped-domestic-violence-victims-during-covid-19-pandemic>.
- Poyatos i Matas, G. (2019). *Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa*. *Revista de género e igualdad*, 2 (1), 1-21. Obtenido de: <https://digitum.um.es/digitum/handle/10201/67401>.
- Procuraduría General de la Nación. (2023). *Violencia contra la mujer no cesa: Procuraduría*. Obtenido de: <https://www.procuraduria.gov.co/Pages/violencia-contr-la-mujer-no-cesa-procuraduria.aspx>.
- Quinche Ramírez, M. F. (2020). *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis.
- Quiñones Rodríguez, M. C. & Arias López, Y. & Delgado Martínez, E. M. & Tejera Valdés, A.J. *Violencia intrafamiliar desde un*

enfoque de género. Mediciego, 17 (2), 1-10. Obtenido de: <https://revmediciego.sld.cu/index.php/mediciego/article/view/1981/2820>.

Ruiz Rubio, Edicsson Jairo. (2015). *Efectividad de las medidas de protección para proteger de la violencia intrafamiliar a la mujer*. (tesis de especialización). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Militar Nueva Granada. Obtenido de: <https://repository.umng.edu.co/items/5ecdd6a2-4408-4dc6-8789-0032256a513b>.

Sentencia C-111, (24 de marzo de 2022). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-14359. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/C-111-22.htm>.

Sentencia C-158, (29 de abril de 1998). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-1828, D-1833, D-1837 y D-1839. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-158-98.htm>.

Sentencia C-279, (15 de mayo de 2013). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D - 9324. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-279-13.htm>.

Sentencia C-368, (11 de junio de 2014). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Alberto Rojas Ríos. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D – 9960. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-368-14.htm>.

Sentencia C-577. (26 de julio de 2011). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: Expediente D-8367. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>

Sentencia T-016, (24 de enero de 2022). Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente T-8.335.196. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/T-016-22.htm>.

- Sentencia T-219, (21 de junio de 2023). Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. M.P.: Cristina Pardo Schlesinger. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: expediente: T- 9.173.893. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/T-219-23.htm>.
- Sentencia T-311, (30 de julio de 2018). Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. M.P.: José Fernando Reyes Cuartas. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-6.471.810. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-311-18.htm>.
- Sentencia T-344, (21 de agosto de 2020). Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expedientes T-7.127.827 y T-7.404.113. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-344-20.htm>.
- Sentencia T-406, (5 de junio de 1992). Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. M.P.: Ciro Angarita Barón. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente T-778. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>.
- Sentencia T-608, (12 de diciembre de 2019). Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-7.185.421. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-608-19.htm>.
- Sentencia T-799, (21 de octubre de 2011). Corte Constitucional. Sala octava de Revisión. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-3057830. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-799-11.htm>.
- Sentencia tutela 01174. (28 de mayo de 2012). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 08001-23-31-000-2011-01174-02. Obtenido de: [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/115/AC/08001-23-31-000-2011-01174-02\(AC\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/115/AC/08001-23-31-000-2011-01174-02(AC).pdf).

Sentencia tutela 698588. (25 de junio de 2020). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona. Bogotá D.C., Colombia: STC4021-2020. Radicación n. T 0800122130002020-00033-01. Obtenido de: <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20NOV2020/FICHA%20STL3903-2020.docx>.

Vila Casado, I. (2021). *Fundamentos del Derecho constitucional contemporáneo*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Libre.

La perspectiva de género y el derecho a la salud de las mujeres en Colombia: análisis de políticas públicas, normatividad y jurisprudencia²⁶.

Gender perspective and women's right to health in Colombia: analysis of public policies, regulations and jurisprudence

Ronald Emerson Angarita Duarte²⁷

Hernán Darío Colorado Bautista²⁸

Resumen

Este capítulo busca analizar la incorporación de la perspectiva de género en el derecho a la salud de las mujeres en Colombia mediante un enfoque cualitativo, que combina la revisión doctrinal de la Constitución (arts. 13, 48 y 49), las Leyes 100/1993, 1232/2008, 1438/2011 y 1257/2008, los CONPES D.C. 14/2021 y 4080/2022, y los tratados, con el análisis de sentencias de tutela de la Corte Constitucional (SU 239/2024; T 370/2023; T 198/2023) y datos cuantitativos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) sobre brechas de género en salud. Como “intervención”, se contrastaron los mandatos normativos con su implementación práctica en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, evaluando la existencia de protocolos clínicos, la capacitación del personal sanitario y la presencia de indicadores de equidad en el Sistema Integrado de Información de la Protección Social (SISPRO). Asimismo, se examinaron los roles de los operadores estatales (Ministerio de Salud, EPS, IPS) y la incidencia de las tutelas como mecanismo de exigibilidad frente a la pasividad institucional.

Los resultados evidencian un marco jurídico sólido en lo formal, pero con vacíos en guías clínicas obligatorias, deficiencias en la formación

²⁶ Artículo de investigación de carácter inédito.

²⁷ Odontólogo, Universidad Santo Tomás de Aquino de Bucaramanga. Especialista en Seguridad Social en Salud. Correo electrónico: ronald.angarita@unipamplona.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-3645-8883>.

²⁸ Abogado, Universidad Industrial de Santander. Especialista en Derecho Comercial. Especialista en Derecho Probatorio Penal. Correo electrónico: hedacoba@hotmail.com.

de los actores sanitarios, persistencia de estereotipos de género en la práctica clínica y ausencia de un sistema de monitoreo interinstitucional efectivo. En este contexto, la acción de tutela ha suplido parcialmente la falta de políticas públicas integrales, pero su carácter reactivo subraya la necesidad de una estrategia de Estado, por ende, resulta imprescindible promulgar instrumentos que garanticen la igualdad material en el acceso y la calidad de los servicios de salud para las mujeres.

Introducción

El movimiento feminista ha emprendido distintas luchas sociales, políticas y jurídicas, especialmente, desde el siglo pasado, con la finalidad de lograr la igualdad entre hombres y mujeres en los diferentes campos de la vida en sociedad. Producto de tales esfuerzos se ha conseguido una participación mayor de la mujer en las decisiones que afectan a gran escala el desarrollo de los distintos Estados, todo esto, gracias al surgimiento y consolidación de enfoques y perspectivas de género que han logrado generar conciencia sobre la importancia de la mujer para avanzar como sociedad y sobre la necesidad de mejorar sus condiciones de vida en ámbitos donde tradicionalmente han sido desfavorecidas.

Pero, la perspectiva de género no ha servido solo como instrumento generador de conciencia, sino que también se convirtió en una herramienta positivizada en diversas normatividades, que, en distintos ámbitos jurídicos permitió dotar a las mujeres de mecanismos para el disfrute de derechos fundamentales y sociales que en tiempos pretéritos se les restringían, o, por lo menos, no se garantizaban en la misma medida que a los hombres. Bajo ese entendido, la perspectiva de género aplicada al Derecho y a las distintas dinámicas sociales, se presenta como un factor generador de condiciones para la equidad.

De ahí que, sea importante que la perspectiva de género se aplique efectivamente como un criterio orientador, contenido en las normas jurídicas, en ámbitos tan importantes como la justicia, la economía, las dinámicas de poder, el gobierno, las relaciones laborales, en el sector de la salud, entre otros escenarios. No obstante, como lo advierte Margarita Rodelo, en la actualidad es latente la existencia de estereotipos de

género que limitan el desarrollo de la mujer, y, en consecuencia, que se avance como sociedad, aspecto sobre el cual las respuestas estatales han sido insuficientes al no generar de manera debida las políticas públicas idóneas para reducir las brechas de desigualdad para las mujeres, factor que no se presenta únicamente en Colombia, sino que es común denominador en América Latina (Rodelo, 2022, p. 2).

El sector de la salud no ha sido ajeno a esas brechas generadoras de desigualdad para la mujer en Colombia. Nótese que, según informes ejecutivos del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas – DANE-, en colaboración con la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer – CPEM – y ONU MUJERES, sobre brechas de género en el país, se determinó que “las mujeres y las niñas se enfrentan a consecuencias desproporcionadas con repercusiones de largo alcance en todas las esferas, desde la salud a la economía y desde la seguridad a la protección social” (DANE, 2020, p. 23).

Lo anterior adquiere mayor gravedad si se toma en consideración que el asunto no se detiene en la simple generación de brechas de desigualdad, sino que tales brechas, en últimas, se representan en acciones que se configuran como constitutivas de violencia de género, la cual, no ocurre solo en el seno de un hogar o entre miembros de una familia, sino que, también en las prácticas institucionales de salud, como lo advierte la autora Sara Fernández Moreno, aspecto que “se convierte en una amenaza letal para el funcionamiento institucional, por su sutileza, invisibilidad y connaturalidad” (Fernández, 2007, p. 57).

Bajo esas circunstancias, resulta pertinente entrar a realizar un análisis crítico de las políticas públicas, prácticas de atención y normatividad aplicable en el sector salud colombiano, en aras de determinar la medida en que la perspectiva de género es aplicada para mitigar esas brechas discriminatorias y consecuente violencia de género en contra de las mujeres que acuden ante una institución de salud. Abordar lo anterior se configura como el objetivo principal del presente artículo, temática de trascendencia social y jurídica, pues como se señala desde la Organización Mundial para la Salud, es fundamental fortalecer la incorporación e implementación del enfoque y perspectiva de género en la legislación, políticas, programas y distintos mecanismos de planificación en el sistema de la salud, con la finalidad de promover

acciones que permitan transformar las dinámicas discriminatorias y violencia de género en las instituciones de salud, factores que pueden contribuir al reconocimiento del derecho fundamental a la salud desde una perspectiva integral (Documento CONPES D.C. 14, 2021).

1. El Marco normativo que protege a la mujer que accede a los servicios de salud en Colombia.

La Constitución Política de 1991 establece que Colombia es un estado social de derecho, comprometido con la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, incluidos los derechos a la salud y a la igualdad. En su artículo 13, la Carta Política prohíbe explícitamente la discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, y ordena al Estado promover condiciones que aseguren la igualdad real y efectiva para todas las personas, otorgando una especial protección a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (Constitución Política, 1991).

Por su parte, el artículo 48 Superior establece la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, teniendo en cuenta los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, ante lo cual la Corte Constitucional determina que este es un derecho irrenunciable (Sentencia C-083, 2019). Del mismo modo, el artículo 49, hace referencia a la atención en salud, que está a cargo del Estado, y que garantizará su prestación a todas las personas, reuniendo las siguientes características: es un servicio público, es de acceso universal, es irrenunciable y se prestará bajo la dirección y coordinación del Estado; a su vez, se plantea que los servicios de saneamiento y asistencia sanitaria pueden ser prestados por entidades particulares, que estarán reguladas conforme a las normas generales del servicio público y bajo la dirección y coordinación del Estado (Constitución Política, 1991).

De los artículos mencionados con anterioridad, se puede concluir que la Constitución Política de 1991 garantiza el derecho a la salud como un servicio público esencial, con énfasis en la prestación eficiente y universal, a cargo del Estado. Sin embargo, aunque constitucionalmente se sientan las bases para la igualdad y la protección de la salud, no

se menciona explícitamente dentro de la Carta, la perspectiva de género en la atención sanitaria, aspecto que deja un vacío que afecta la implementación efectiva de políticas sensibles al género, que para ser subsanado resulta necesario acudir a normas de origen legal, y de derecho internacional que integran el bloque de constitucionalidad; elementos que se expondrán a continuación.

Como punto de partida, debe resaltarse que la Ley 100 de 1993 marcó un hito en la regulación del sistema de salud colombiano al crear el Sistema General de Seguridad Social Integral, como un mecanismo universal de aseguramiento basado en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Esta ley integró la salud pública con el seguro social y los servicios privados, promoviendo la competencia regulada entre los actores del sector. El sistema fue organizado en entidades de dirección, administración y prestación de servicios, estableciendo los Planes Obligatorios de Salud (POS) tanto para el Régimen Contributivo como para el Subsidiado. La ley buscó garantizar el acceso equitativo a un paquete básico de servicios, mejorar la eficiencia del sector y promover la atención preventiva y primaria, especialmente en áreas rurales y poblaciones vulnerables.

Por otra parte, con la Ley 1122 de 2007 se introdujo modificaciones orientadas a fortalecer la dirección, financiación y prestación de los servicios de salud. Se priorizó la universalización del aseguramiento, mejorando el acceso a la salud para los niveles más bajos del Sisbén. La ley también buscó racionalizar los recursos y mejorar la calidad de los servicios, estableciendo nuevos mecanismos de inspección, vigilancia y control. Además, creó la Comisión de Regulación en Salud (CRES), encargada de regular los aspectos técnicos y financieros del sistema, y fortaleció la salud pública a través de la implementación de un Plan Nacional de Salud Pública.

Propiamente en materia de género, es oportuno traer a colación la Ley 1232 de 2008, conocida como la Ley de la Mujer Cabeza de Familia, que tiene como objetivo de fortalecer la protección y los derechos de las mujeres que ejercen la jefatura femenina de hogar (Guerra, 2017). Es importante tomar esta normatividad en consideración en lo que atañe a la protección en materia de salud para la mujer, dado que esta establece: i) **Protección especial:** Se promueve el fortalecimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres cabeza

de familia, incluyendo una especial atención a su salud y salud sexual y reproductiva. Esto implica la ampliación de la cobertura en servicios de salud, con el objetivo de garantizarles una vida digna. ii) **Incentivos:** Se establecen incentivos para el sector privado que cree o desarrolle programas especiales de salud dirigidos a mujeres cabeza de familia, lo que incluye planes de salud que aborden sus necesidades específicas. iii) **Acceso a servicios de bienestar:** La ley contempla el acceso preferente a servicios de bienestar, lo cual abarca la atención en salud para mujeres cabeza de familia y sus dependientes, mejorando así su calidad de vida y promoviendo la equidad. iv) **Atención preferente a mujeres desplazadas:** Se otorga un tratamiento preferencial a las mujeres cabeza de familia en situación de desplazamiento forzado, asegurando su acceso a servicios de salud y otras necesidades básicas sin mayores requisitos que la demostración de su situación de vulnerabilidad. (Ley 1232, 2008).

Esta ley busca garantizar que las mujeres cabeza de familia tengan acceso a una atención de salud integral y prioritaria, reconociendo su rol y vulnerabilidades específicas dentro del núcleo familiar y la sociedad.

Por su parte, la Ley 1438 de 2011 consagra la igualdad como uno de sus principios fundamentales, garantizando el acceso a la seguridad social en salud sin discriminación para todas las personas residentes en Colombia, independientemente de su cultura, sexo, raza, origen nacional, orientación sexual, religión, edad o capacidad económica. Este principio se articula sin perjuicio de la prevalencia constitucional de los derechos de los niños. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los residentes en Colombia, y se establece la obligación de la familia, el Estado y la sociedad de cuidar, proteger y asistir a la mujer en estado de embarazo y en edad reproductiva (Ley 1438, 2011).

La mencionada ley también incorpora un enfoque diferencial que reconoce la existencia de poblaciones con características particulares, como la edad, género, raza, etnia, condiciones de discapacidad y víctimas de la violencia. Para estas poblaciones, el Sistema General de Seguridad Social en Salud ofrece garantías especiales y esfuerzos orientados a eliminar situaciones de discriminación y marginación.

En concordancia con lo anterior, el artículo 54 de la Ley 1438 de 2011 establece que la atención en salud para las mujeres víctimas de violencia física o sexual, certificadas por la autoridad competente, no generará cobros por concepto de cuotas moderadoras, copagos u otros pagos, sin importar el régimen de afiliación. La atención para eventos de violencia física o sexual deberá ser integral y continuará hasta que se certifique médicamente la recuperación de la víctima (Ley 1438, 2011).

Además, es pertinente resaltar que la prestación de servicios para las mujeres víctimas de violencia incluye atención psicológica y psiquiátrica, así como la posibilidad de alojamiento provisional, conforme a los términos de la Ley 1257 de 2008, normatividad de vital importancia para garantizar el derecho a la salud de las mujeres en Colombia, pues, como lo explican Lopera y Estrada, la mencionada ley se incorpora como marco general de interpretación frente al Sistema General de Seguridad Social en Salud (Lopera & Estrada, 2014, p. 276).

Esta ley promueve el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, incluidos los métodos de planificación familiar, atención en salud mental y asistencia en casos de violencia sexual. Las instituciones de salud deben brindar información adecuada y respetuosa sobre los derechos de las mujeres en esta materia. Asimismo, la Ley 1257 de 2008 exige la capacitación continua del personal de salud en temas de género, violencia contra la mujer y derechos humanos, con el fin de mejorar la calidad de la atención y evitar la revictimización de las mujeres que buscan servicios de salud. Para complementar estas medidas, se implementan campañas de sensibilización y educación para prevenir la violencia contra la mujer y promover una cultura de respeto hacia sus derechos, especialmente en temas de salud sexual y reproductiva.

En el ámbito internacional también existen normas en materia de protección a la mujer que fueron ratificadas por Colombia, como, por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (por sus siglas en inglés, Cedaw) integrada al ordenamiento jurídico colombiano en 1982; este es uno de los tratados internacionales más relevantes en la promoción de los

derechos de las mujeres. Dicho instrumento insta a los Estados parte a adoptar medidas específicas para eliminar la discriminación contra las mujeres en todos los ámbitos, incluido el acceso a la salud, tal como lo explican Telles y Pacheco. Dichos autores señalan que la Cedaw obliga a garantizar que las mujeres tengan acceso a servicios de salud adecuados, incluida la atención prenatal, la planificación familiar y la protección contra la violencia de género (Telles y Pacheco, 2020, p. 56).

Además de la Cedaw, Colombia es parte de otros instrumentos internacionales que promueven la igualdad de género en el acceso a la salud, como la Declaración de Beijing de 1995 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas. El ODS 5, en particular, busca lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y niñas, estableciendo metas claras para eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y asegurar el acceso universal a la salud sexual y reproductiva.

Estos tratados refuerzan la obligación del Estado colombiano de implementar políticas de salud que reconozcan y aborden las desigualdades de género. No obstante, la efectividad de estos compromisos depende de su incorporación efectiva en las políticas nacionales y de la formación continua de los profesionales de salud en enfoques basados en derechos humanos y perspectiva de género.

Debe apuntarse que el marco normativo mencionado con anterioridad, como es natural, tuvo su impacto en la formulación del Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026: Colombia, Potencia Mundial de la Vida, que incluye compromisos significativos en materia de igualdad de género y acceso a derechos fundamentales como la salud. Bajo el lema “Colombia, Potencia Mundial de la Vida”, el PND promueve la inclusión de la perspectiva de género en las políticas públicas y busca garantizar el acceso a servicios de salud de calidad para las mujeres.

De lo expuesto a lo largo del presente capítulo, se puede concluir que en Colombia existe un marco normativo que evidencia la preocupación del legislador por implementar medidas de carácter legal para aplicar criterios de género en las actuaciones prestadas por los distintos actores que intervienen en el sector de la salud. No obstante, a pesar de estos compromisos que se adquieren desde el ámbito normativo, la

implementación en la realidad sigue siendo limitada debido a barreras culturales, económicas y sociales que continúan restringiendo el acceso de las mujeres a una atención sanitaria integral y equitativa, siendo débiles las políticas públicas existentes para lograr estos fines, tal como se expondrá a continuación.

2. La necesidad de aplicar perspectiva de género al sistema de salud colombiano: fortalezas y debilidades de las políticas públicas y prácticas de atención en salud para la mujer.

Como se señaló en el CONPES 4080 de 2022 que contiene la “Política pública de equidad de género para las mujeres: hacia el desarrollo sostenible del país” formulado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social en conjunto con el Departamento Nacional de Planeación, los problemas de salud padecidos por mujeres y hombres, en apariencia, resultan similares, sin embargo, su abordaje debe llevarse a cabo de manera diferenciada. No obstante, en el referido documento se advierte que “en muchos de los análisis de la salud no se tienen en cuenta de manera diferenciada todos los factores de enfermedad, mortalidad y condiciones de bienestar de las mujeres” (CONPES 4080, 2022).

Bajo ese entendido, desde la misma formulación de la política pública destinada a la equidad de género en Colombia, se ha reconocido que en el contexto médico existen falencias a la hora de realizar los distintos procedimientos requeridos por las mujeres, pues el personal de la salud ha omitido tomar en consideración los distintos factores que las diferencian de los hombres. Tal situación es reflejo de la insuficiente aplicación de perspectiva de género en las prácticas de atención de los centros médicos del país; circunstancia que, en últimas, se torna como un elemento generador de violencia en contra de la mujer.

Así, documentos como el CONPES 4080 de 2022 en donde se formula toda una política pública destinada a generar condiciones de equidad, resulta indispensable para reducir esos factores generadores de violencia en el ámbito de la salud. La importancia de su implementación ha sido destacada por diversos documentos académicos, verbigracia, Cruz Wilches apunta que a través de esta política pública se buscó en

Colombia “generar acciones positivas para garantizar a las mujeres una vida libre de violencias. Lo anterior, surge ya que la violencia se ha encontrado en aumento a tal punto de posicionarse como una problemática de salud pública” (Cruz, 2022, p. 6).

En similar sentido, Bohórquez Vargas apunta que por medio del CONPES 4080 de 2022 se introducen mecanismos importantes a la política pública de equidad de género, como, por ejemplo, el reconocimiento de la existencia de enfermedades sin diagnosticar, que eran tratadas sin acudir a enfoques diferenciales o perspectivas territoriales. Igualmente, la citada autora apunta que, con este documento, el Estado colombiano incluye en su política pública elementos como la preocupación por la salud sexual y reproductiva de las mujeres, por la salud mental, y por erradicar formas de violencia anteriormente invisibilizadas (Bohórquez, 2023, p. 91).

Por su parte, Fernández, Buitrago, Almanza y Villanueva anotan que una novedad importante del CONPES 4080 de 2022 tiene que ver con la generación de conciencia sobre la necesidad de mitigar la reproducción de imaginarios culturales y sociales que terminan multiplicando las manifestaciones de violencia contra la mujer en distintos ámbitos, especialmente, en el de la salud. Entonces, en consonancia con estos autores, se puede indicar que con esta política pública se resalta la importancia de indagar en estos imaginarios que afectan los derechos de las mujeres, a efectos de identificarlos y lograr su erradicación de las prácticas sociales e institucionales, incluido, por supuesto, el sector médico (Fernández, Buitrago, Almanza & Villanueva, 2022, p. 77).

Ahora bien, más allá de la importancia que representa la formulación del CONPES 4080 de 2022, reconocida por la doctrina, no se debe pasar por alto que su implementación en el sector de la salud, enfrenta diversos inconvenientes que terminan obstaculizando su efectividad en la realidad de las mujeres que acuden a instituciones prestadoras de servicios de salud. En tal sentido, es oportuno advertir que la política pública para la equidad de género en el ámbito específico de la salud deberá enfrentar una serie de desafíos institucionales para que sus objetivos se cumplan. Del mismo modo, existen márgenes de mejora en sus distintos postulados. Ambos aspectos serán abordados en los párrafos subsiguientes.

Bohórquez Vargas apunta que, aun cuando con el CONPES 4080 de 2022 se buscó introducir enfoques de género a la prestación del servicio de salud, las políticas planteadas se limitaron a estrategias que no cuestionaron a fondo, ni intervinieron de manera concreta en el rol de las relaciones de género (Bohórquez, 2023, p. 99). Igualmente, otros autores han destacado los obstáculos que este documento presenta para ser implementado en la realidad, verbigracia, Núñez apunta que en el sistema de salud colombiano existen “debilidades en la estructura institucional y la gobernanza del sector, que se reflejan en fallas de articulación entre políticas, actores y niveles de gobierno para garantizar el derecho a la salud” (Núñez, 2022, p. 40). Esta falta de articulación entre los actores que intervienen en la prestación del servicio de salud termina afectando la calidad del mismo, y, de manera adicional, el derecho de las mujeres para ser atendidas conforme a criterios diferenciales.

Lo advertido con anterioridad se agudiza, si se realiza una mirada al ámbito territorial. Pues bien, la autora Cárdenas García al analizar las distintas particularidades de las políticas públicas adoptadas por entes territoriales en materia de género en el sector de la salud, encontró que no hay verdaderas acciones o estrategias fijadas sobre enfoques de género en lo que corresponde a patologías transmitidas sexualmente o sobre salud sexual y reproductiva, ni tampoco se promueve la investigación sobre aspectos importantes para la salud de la mujer, ni mucho menos se ha aumentado el presupuesto destinado para la salud de las mujeres (Cárdenas, 2021, p. 66).

Nótese que, la falta de respuestas institucionales para aplicar perspectiva de género a las distintas prácticas médicas, termina representada en una insuficiente capacitación del personal médico para atender las necesidades y condiciones especiales de las mujeres en los distintos procedimientos. Es de conocimiento generalizado que, culturalmente, una gran cantidad de profesionales de la salud no están familiarizados con la relevancia de integrar criterios de género en la atención sanitaria, factor que repercute en una insuficiente capacidad para identificar y responder a las necesidades específicas de diferentes grupos poblacionales. Cabe advertir que, sin una formación idónea, es difícil que puedan ofrecer una atención integral y sensible a las diferencias de género.

Como consecuencia de lo anterior, se tiene que será un aspecto de difícil solución incorporar criterios de género a la prestación de servicios médicos, pues más allá de la existencia de políticas públicas, su implementación en la realidad se ve obstaculizada por cuestiones institucionales y presupuestales que impactan en la formación de los profesionales médicos en asuntos de género. Entonces, también será difícil erradicar formas de violencia de género que han afectado a las mujeres en la atención médica, como, por ejemplo, la obstétrica, que ha adquirido protagonismo en el último tiempo, especialmente si se trata de mujeres migrantes.

Debe tomarse en consideración que, como lo señala Fernández Moreno, “la violencia de género es resultado de un proceso relacional, histórico, construido socialmente como producto de las interacciones sociales entre las personas” (Fernández, 2007, p. 53). Por tal razón, el espacio hospitalario, su organización y estructura, debe estar diseñado para erradicar las formas de violencia que afectan a las mujeres, aspecto sobre el cual, las políticas públicas y las prácticas de atención en Colombia, quedan debiendo.

Esa deuda con las mujeres del país, ha sido reconocida por las mismas instituciones oficiales. Por ejemplo, el Ministerio de Salud y Protección Social al intervenir ante la Corte Constitucional en la Sentencia SU-239 de 2024, informó que actualmente están trabajando en mejorar las políticas públicas existentes en salud preventiva y de sensibilización, a efectos de que las mujeres no reproduzcan en sus decisiones, estereotipos que permeen sus proyectos de vida, especialmente, en el ámbito de procedimientos quirúrgicos de carácter estético. Pero, no es solo ese ámbito puntual de la práctica médica en donde deben reforzarse los criterios de género, por lo que, dicho Ministerio deberá actualizar y buscar una formulación de políticas integrales de género para todos los actos médicos.

3. Jurisprudencia de la Corte Constitucional garantizando la prestación de servicios médicos con perspectiva de género.

En vistas de las problemáticas indicadas en el capítulo anterior, han sido los jueces de tutela quienes adquirieron protagonismo a la hora de

dar aplicación a la normatividad que protege a la mujer y obliga a las autoridades a implementar criterios de género en el servicio médico. Así, en el presente capítulo se analizarán algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional resaltando la necesidad de garantizar la atención médica con perspectiva de género en el país.

Inicialmente, resulta relevante hacer mención de la Sentencia SU-239 de 2024. En esa oportunidad, la Corte Constitucional avocó conocimiento de un caso relacionado con seis mujeres que al realizarse procedimientos quirúrgicos de carácter estético, tuvieron complicaciones de salud tanto física como mental, sobre las cuales, al acudir a su EPS para recibir tratamiento médico para recuperar su salud, encontraron obstáculos que terminaron vulnerando sus derechos fundamentales a la salud y a la dignidad humana, toda vez que los médicos tratantes negaron prescribir los distintos servicios requeridos, al indicar que este tipo de eventualidades no son cobijadas por el PBS.

Sobre estas circunstancias fácticas, la Corte Constitucional procedió unificar reglas jurisprudenciales, en los siguientes términos: en primer lugar, anotó que los procedimientos estéticos destinados a embellecer no están incluidos en el Plan de Beneficios de Salud (PBS). Sin embargo, si la principal intención de una cirugía estética es recuperar la dignidad y la salud mental de las personas, el sistema deberá financiar los procedimientos requeridos. En segunda medida, se señaló que los médicos y EPS deben ordenar o autorizar tratamientos para extraer biopolímeros o implantes mamarios, sin alegar que son consecuencias de cirugías estéticas. Finalmente, se unificó que las EPS deben valorar dictámenes y órdenes médicas de médicos particulares para diagnosticar y tratar síntomas de procedimientos estéticos (Sentencia SU-239, 2024).

Es importante esta decisión del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Constitucional, pues logra unificar dentro de su jurisprudencia, unos criterios llamados a reducir los estereotipos que afectan los derechos fundamentales de las mujeres que requieren de servicios médicos con posterioridad a una cirugía estética que le ocasionó complicaciones de salud. Sobre tal aspecto, la Corte anotó que es fundamental garantizar que quienes deseen someterse a cirugías estéticas cuenten con información adecuada sobre el procedimiento, las sustancias inyectadas y los

riesgos médicos asociados. Además, es crucial ofrecerles información sobre los estereotipos estéticos perjudiciales que podrían influir en su decisión, asegurando que dicha información no juzgue las motivaciones del paciente, sino que busque sensibilizarlos sobre sus elecciones sin imponer juicios o señalamientos (Sentencia SU-239, 2024).

Por otra parte, dentro de la Sentencia T-370 de 2023 se estudió un caso relacionado con la falta de continuidad por parte de la EPS a un tratamiento de fertilización in vitro de la ciudadana accionante, así como la negativa para elegir su médico tratante; circunstancias que vulneraban sus derechos fundamentales a la vida, integridad personal y a la salud, especialmente, en los ámbitos sexuales y reproductivos. Sobre tales particularidades, la Corte Constitucional apuntó que las usuarias del servicio de salud tienen el derecho al cambio de galeno, ya que, con fundamento en el principio de libre escogencia, las percepciones de los pacientes son importantes, más allá que no se verifique una mala praxis por parte del médico. Asimismo, el Máximo Tribunal Constitucional realizó apuntes importantes sobre aplicar criterios de género en prácticas médicas donde se involucren asuntos sexuales y reproductivos, a saber:

Es necesario reiterar que los profesionales en salud, en los casos en los que están involucrados derechos sexuales y reproductivos, deben tener un especial cuidado en el respeto a la autodeterminación reproductiva y no interferir a través de juicios morales o subjetivos en las decisiones personales de los pacientes. En el caso específico de los tratamientos de reproducción asistida es necesario reiterar que cualquier comportamiento que suponga la fijación de estereotipos etarios para el ejercicio de los derechos reproductivos en las mujeres supone un tipo de violencia de género (Sentencia T-370, 2023).

Así, es importante ese llamado que hace la Corte Constitucional a los profesionales de la salud del país, en el sentido de ser cuidadosos de no vulnerar la autodeterminación reproductiva de sus pacientes con juicios subjetivos, máxime si se toma en consideración que factores culturales o construcciones sociales con sesgos o estereotipos claramente marcados, históricamente han influido en el modo como las mujeres se perciben y en la manera como abordan sus problemas de salud, y en la autonomía o posibilidad de tomar las riendas de su propio destino, incluida la faceta reproductiva (Lafaurie, 2009, p.3).

De otro lado, un asunto que adquirió un protagonismo notable en la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con perspectiva de género en el ámbito médico, tiene que ver con los casos de violencia obstétrica. No ha sido caprichosa la preocupación de la Corte por, desde sus sentencias, neutralizar esta problemática, pues, como lo anota Soto Toussaint, “la violencia obstétrica y la morbilidad materna han sido un patrón repetitivo de fallas estructurales por parte del Estado y de la sociedad. La violencia obstétrica representa una intersección entre la violencia de género y la violencia institucional en salud” (Soto, 2016, p. 55).

Pues bien, en la Sentencia T-198 de 2023, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Constitucional seleccionó para su revisión, una acción de tutela en donde se evidenciaba que por parte de una IPS se ejerció violencia obstétrica en contra de la accionante en el procedimiento del parto, en donde el profesional médico usó expresiones de carácter abusivo; pero también en la etapa posterior al parto, al ser negligentes en la atención del proceso de recuperación de la mujer gestante, factor que le generó secuelas físicas importantes.

En esta ocasión, la Corte hizo un llamado de atención fuerte a todos los profesionales de la salud del país, especialmente, aquellos involucrados en los hechos objeto de controversia dentro de la referida sentencia, en el sentido que, deben bajo todo evento evitar convertirse en agentes de un tipo de violencia que, de manera silenciosa, ignora los derechos de las mujeres que buscan atención en los servicios de salud reproductiva, como lo es la violencia obstétrica. En ese sentido, el Máximo Tribunal Constitucional advirtió que la profesionalidad del personal de la salud no puede evaluarse únicamente por la eficacia de sus técnicas y procedimientos o por el logro de ciertos objetivos médicos, sino que, la manera en que se aplican estos procedimientos es igualmente importante para la integridad de un profesional. Por lo tanto, ofrecer un trato digno, respetuoso y adecuado a las personas a las que atiende es fundamental para definir lo que significa ser un profesional íntegro (Sentencia T-198, 2023).

Bajo ese entendido, añadió la Corte que es fundamental que el personal de la salud adquiera conciencia sobre sus palabras y comportamientos, y la manera en que estos pueden transgredir los derechos de las mujeres

que reciben atención obstétrica, máxime si se tiene en cuenta que, por su estado de vulnerabilidad, requieren de una atención preferente y especial tanto en la etapa de parto como en el posparto (Sentencia T-198, 2023).

Estas consideraciones fueron reiteradas por la Corte Constitucional en Sentencias como la T-357 de 2021, SU-048 de 2022, T-576 de 2023, entre otras, en donde, aplicando perspectiva de género en sus decisiones, amparó los derechos fundamentales de las mujeres víctimas de violencia obstétrica, y emitió las respectivas órdenes para que los implicados en tales vulneraciones de derechos, tomaran las medidas institucionales idóneas para mitigar esta problemática que ha ocasionado daños físicos y psicológicos a muchas mujeres en el país, y que, como lo apunta Barbosa Jardim,

“retrata una violación de los derechos humanos y un grave problema de salud pública, revelada en los actos negligentes, imprudentes, omisos, discriminatorios e irrespetuosos practicados por profesionales de salud y legitimados por las relaciones simbólicas de poder que naturalizan y banalizan su ocurrencia” (Barbosa, 2018, p.1).

Así las cosas, en el presente capítulo se logra visibilizar la labor de la Corte Constitucional para subsanar algunas falencias estructurales en la prestación de los servicios médicos en el país, ante la falta de aplicación de perspectiva de género en los distintos procedimientos realizados a mujeres, dadas las notables barreras institucionales, presupuestales y sociales o culturales que han impedido materializar las normas de carácter legal y de derecho internacional, así como las políticas públicas fijadas para generar condiciones de equidad de género.

Conclusiones

Constitucionalmente se encuentra consagrada la obligación del Estado colombiano de brindar seguridad social en salud a todas las personas residentes en el territorio nacional en condiciones de igualdad. Tales prerrogativas se desprenden al realizar una lectura armónica e integral de los artículos 13, 48 y 49 superiores. Sin embargo, del tenor literal de la Carta Política no se observa una mención explícita de la obligación de aplicar perspectiva de género a la atención sanitaria, lo cual, constituye

un claro vacío normativo, que se debe llenar recurriendo a normatividad de origen legal y a normas de derecho internacional debidamente ratificadas por Colombia que integran el bloque de constitucionalidad.

En efecto, por medio de normatividades como la Ley 1232 de 2008, la Ley 1438 de 2011 o la Ley 1257 de 2008 se integran al ordenamiento jurídico colombiano distintos mandatos encaminados a aplicar criterios de género en los distintos procedimientos médicos brindados por las instituciones que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Del mismo modo, a través de instrumentos internacionales como la Cedaw, y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas se incorporan al ordenamiento jurídico colombiano unas obligaciones para eliminar los factores que generan discriminación en contra de la mujer en distintos ámbitos, incluido el de la salud.

No obstante, a pesar de la existencia de estos mandatos normativos, su efectividad en la práctica se encuentra limitada por cuestiones culturales, económicas, sociales e institucionales que impiden el acceso a las mujeres a unos servicios de salud integrales y conscientes de las necesidades que de manera diferenciada requieren por su género. Así, la misma Política Pública de Equidad de Género para las mujeres contenida en el CONPES 4080 de 2022 ha omitido aspectos importantes para lograr una verdadera equidad para las mujeres en el ámbito sanitario, pero también, en todo lo que abarcó, encontró barreras presupuestales e institucionales para ser aplicadas a satisfacción en la realidad.

En vistas de tales problemáticas, ha sido la Corte Constitucional el órgano encargado de dar garantía a las mujeres que, por una u otra circunstancia sufrieron discriminación o algún tipo de violencia a la hora de acceder a los servicios médicos, logrando aplicar en su jurisprudencia criterios de género, necesarios para ordenar a las distintas instituciones que integran el Sistema de Salud colombiano que presten un servicio diferenciado y acorde a cada una de las necesidades que requieran las mujeres del país para tratar sus patologías con un trato acorde a los lineamientos que exige el derecho fundamental a la dignidad humana.

En este orden de ideas, se recomienda la creación de un Observatorio Nacional de Salud con Enfoque de Género, adscrito al Ministerio de Salud, que recopile y desagregue datos epidemiológicos, de cobertura

y de calidad de los servicios, con el propósito de elaborar informes trimestrales que permitan calibrar el impacto de las políticas, detectar brechas emergentes y generar alertas tempranas sobre prácticas discriminatorias.

Asimismo, resulta indispensable fortalecer la vinculación entre salud, educación y trabajo, para abordar los determinantes sociales que inciden de forma diferenciada en la salud de las mujeres (violencia de género, brecha salarial, cargas de cuidado). Una mesa técnica permanente entre los ministerios competentes y el DNP garantizaría un enfoque integral y coordinado, orientado a la reducción sostenible de desigualdades.

Ahora bien, para asegurar la implementación real de los protocolos y la formación continua, es necesario asignar recursos presupuestales específicos en el Plan Nacional de Desarrollo y en el presupuesto del Sistema General de Seguridad Social en Salud. De este modo, se garantizará disponibilidad de fondos para capacitación, evaluación de resultados y fortalecimiento institucional en todos los niveles territoriales.

Finalmente, conviene establecer mecanismos de incentivos (certificaciones, reconocimientos) para las IPS y EPS que cumplan con estándares de género, junto con la obligación de reportar públicamente anualmente el grado de cumplimiento de protocolos sensibles al género, de manera que la transparencia y la rendición de cuentas se erijan en motor de mejora continua.

Referencias

- Barbosa Jardim, D. M. (2018). La violencia obstétrica en el cotidiano asistencial y sus características. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, 26(1). Obtenido de: <https://doi.org/10.1590/1518-8345.2450.3069>.
- Bohórquez Vargas, M. C. (2023). *El enfoque de género en el sector salud y la salud en las políticas de género en Colombia, 1990-2022*. (tesis de maestría). Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. Obtenido de: <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/66469>.
- Cárdenas García, Y. C. (2021). *Política pública de equidad de género para las mujeres del Departamento de Casanare: un análisis desde el enfoque de derechos*. (tesis de maestría). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia. Obtenido de: <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/2f0ca770-e8c2-4438-86f3-01db2e02ff6c>.
- Constitución Política de Colombia. (1991). Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá, D.C., Colombia: *Gaceta Constitucional* No. 116 del 20 de julio de 1991. Obtenido de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.
- Cruz Wilches, A. M. (2022). *Deficiencias en la implementación del eje de autonomía y empoderamiento económico desde la política pública de equidad de género, como herramienta de erradicación de la violencia en las mujeres del municipio de Villavicencio, Meta*. (tesis de especialización). Bogotá D.C., Colombia: Universidad El Bosque. Obtenido de: <https://repositorio.unbosque.edu.co/items/434e23a6-e4ef-4738-a3f2-706dc3a7a14a>.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas. (2020). *Mujeres y hombres: brechas de género en Colombia*. Bogotá D.C., Colombia: DANE – CPEM – ONU MUJERES. Obtenido de: <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/>

género/publicaciones/mujeres-y-hombre-brechas-de-género-colombia-resumen-ejecutivo.pdf.

Documento CONPES D.C. 14. (27 de enero de 2021). *Política pública de mujeres y equidad de género 2020-2030*. Bogotá D.C., Colombia: Secretaría Distrital de la Mujer – Alcaldía Mayor de Bogotá. Obtenido de: https://www.sdmujer.gov.co/sites/default/files/2021-03/documentos/doc_conpes_d.c_14_ppmyeg_1%281%29.pdf.

Documento CONPES 4080. (18 de abril de 2022). *Política pública de equidad de género para las mujeres: hacia el desarrollo sostenible del país*. Bogotá D.C., Colombia: Consejo Nacional de Política Económica y Social – Departamento Nacional de Planeación. Obtenido de: <https://colaboracion.dnp.gov.co/cdt/Conpes/Econ%C3%B3micos/4080.pdf>.

Fernández Matos, D., Buitrago, B., Almanza Iglesia, M. & Villanueva Hincapié, C. (2022). Tolerancia institucional de la violencia contra las mujeres. *Justicia*, 27(42), 1-21. Obtenido de: <https://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/view/6068>.

Fernández Moreno, S. Y. (2007). La violencia de género en las prácticas institucionales de salud: afectaciones del derecho a la salud y a las condiciones de trabajo en salud. *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, 6(12), 59-76. Obtenido de: <https://www.redalyc.org/pdf/545/54561202.pdf>.

Guerra Acevedo, J. E. (2017). Derechos de las madres cabeza de familia. *ABCES Jurídico*, 63, 1-4. Obtenido de: <https://repository.ces.edu.co/handle/10946/3065>.

Lafaurie, M. M. (2009). Los derechos sexuales y reproductivos: una mirada a la mujer en países en vías de desarrollo. *Médicas UIS, Revista de los estudiantes de medicina de la Universidad Industrial de Santander*, 22(2), 176-182. Obtenido de: <https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistamedicasuis/article/view/367>.

Ley 1232. (17 de julio de 2008). Congreso de la República. *Por la cual se modifica la Ley 82 de 1993, Ley Mujer Cabeza de Familia y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario

Oficial No. 47.053 de 17 de julio de 2008. Obtenido de: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=31591>.

Ley 1438. (19 de enero de 2011). Congreso de la República. *Por medio de la cual se reforma el sistema general de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 47.957 de 19 de enero de 2011. Obtenido de: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41355#:~:text=Es%20obligaci%C3%B3n%20de%20la%20familia,su%20desarrollo%20arm%C3%B3nico%20e%20integral>.

Lopera Vélez, M. I. y Estrada Jaramillo, L. M. (2014). Derechos Laborales y de la Seguridad Social para las mujeres en Colombia en cumplimiento de la Ley 1257 de 2008. *Revista de Derecho*, 44(1), 269-296. Obtenido de: <https://doi.org/10.14482/dere.44.7198>.

Núñez, J. (2022). ¿Qué hacer en salud? Bogotá D.C., Colombia: Fedesarrollo, Centro de Investigación Económica y Social. Obtenido de: <https://repository.fedesarrollo.org.co/rest/bitstreams/7afa8356-5310-42bb-970d-e0dc3b692836/retrieve>.

Rodelo García, M. R. (2022). Estereotipos y ausencia de perspectiva de género como factores que aumentan las brechas de desigualdad en América Latina bajo el enfoque de los ODS n° 5 y 10. *Revista Legem*, 8(1), 1-12. Obtenido de: <https://investigaciones.uniatlantico.edu.co/revistas/index.php/login/issue/view/242>.

Sentencia C-083, (27 de febrero de 2019). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Alberto Rojas Ríos. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente D-12042. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-083-19.htm>.

Sentencia SU-239, (20 de junio de 2024). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: José Fernando Reyes Cuartas. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expedientes T-9.231.209; T-9.393.008; T-9.414.374; T-9.574.244, T-9.605.161 y T-9.955.782 acumulados. Obtenido de: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2024/SU239-24.htm#_ftnref57.

- Sentencia T-198, (1 de junio de 2023). Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. M.P.: Cristina Pardo Schlesinger. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente T-9.128.555. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/T-198-23.htm>.
- Sentencia T-370, (19 de septiembre de 2023). Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. M.P.: Natalia Ángel Cabo. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente T- 9241567. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/T-370-23.htm>.
- Soto Toussaint, L. H. (2016). Violencia obstétrica. *Revista Mexicana de Anestesiología*, 39 (1), 55-60. Obtenido de: <https://www.medigraphic.com/pdfs/rma/cma-2016/cmas161s.pdf>.
- Telles Nichele, C. & Pacheco Ferreira, A. (2020). Tratados internacionales de derechos humanos: efectos sobre la salud de la mujer. *Mem. Inst. Investig. Cienc. Salud*, 18(3), 55-66. Obtenido de: <https://revistascientificas.una.py/index.php/RIIC/article/download/525/531>.

El interrogatorio de parte, como medio de prueba que revictimiza a la mujer, en el proceso de responsabilidad médica por violencia obstétrica²⁹

The Cross-examination, as substantiate that further victimization the woman in the obstetric violence malpractice case.

Nidia Julieth Botello Estupiñán³⁰
Ella Mercedina Ibarguen González³¹
Darwin Clavijo Cáceres³²

Resumen

Son reconocidos los avances normativos y jurisprudenciales encaminados a generar un marco de protección para las mujeres, en aras de eliminar las brechas de género que han existido a lo largo de la historia, así como las distintas formas de violencia que impactaron negativamente sus vidas. Sin embargo, en la realidad se siguen presentando diversas formas de vulneración de sus derechos: violencia intrafamiliar, acoso laboral, delitos sexuales, discriminación por su género, e incluso, en las últimas décadas empezó a adquirir notoriedad la violencia obstétrica, temática que comprenderá el objeto central de la presente investigación.

Toda mujer tiene derecho a acceder a un sistema de salud humanizado que brinde el trato y las herramientas para garantizar una vida sexual y reproductiva segura y de calidad. No obstante, es cotidiana

29 Capítulo desarrollado en marco del proyecto de investigación: Perspectiva de Género en el proceso colombiano, en la Maestría en derecho procesal de la Universidad Libre seccional Cúcuta.

30 Abogada, Universidad Católica de Colombia Bogotá. Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad Católica de Colombia. Candidata a Magíster en Derecho procesal de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, correo electrónico: nidiaj-botelloe@unilibre.edu.co.

31 Abogada, Universidad Libre Seccional Cúcuta. Especialista en Derecho Médico de la Universidad Externado de Colombia y en Gerencia en Riesgos Laborales Seguridad y Salud en el Trabajo de la Universidad Minuto de Dios, candidata a Magíster en Derecho procesal, correo electrónico: mercedinaeibarguen@unilibre.edu.co.

32 Abogado, Doctor en Administración, hacienda y justicia en el Estado social, Magíster en educación superior. Profesor de la Maestría en derecho procesal de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9914-1265>. Correo-e: darwing.clavijoc@unilibre.edu.co

la existencia de actos violentos por parte del sistema y personal de salud en la atención de las mujeres durante el embarazo y el parto, que configuran la denominada violencia obstétrica. Tales situaciones han desencadenado en daños antijurídicos, demandables por la ocurrencia de responsabilidad médica, tanto en el ámbito civil, como en el contencioso administrativo.

Así, en el marco del proceso de responsabilidad médica, bien sea en la Jurisdicción Ordinaria, especialidad civil, o en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, existen medios de prueba encaminados a demostrar la ocurrencia del daño y su imputabilidad. Tradicionalmente, se ha recurrido al interrogatorio de parte como medio probatorio dentro de este tipo de trámites judiciales, circunstancia que se ha convertido en un mecanismo de revictimización para la mujer que ha sufrido violencia obstétrica. En tal sentido, dentro de este documento se buscó determinar cómo se afecta la integridad de la víctima de violencia obstétrica en el proceso de responsabilidad médica, al exigirse el interrogatorio de parte, pudiéndose lograr la certeza de los hechos a través de otros medios de prueba.

Introducción

En el ordenamiento jurídico colombiano son notables los avances normativos y jurisprudenciales que orientan a las autoridades y a la sociedad en general, para eliminar las brechas de género que han existido a lo largo de la historia, así como para minimizar las distintas formas de violencia sufrida por las mujeres sistemáticamente en el país. No obstante, los esfuerzos realizados desde lo jurídico no han sido suficientes para neutralizar estos fenómenos negativos en la realidad. Nótese que, es habitual la configuración de múltiples circunstancias que, de manera generalizada, han vulnerado los derechos de la mujer colombiana, verbigracia: la violencia intrafamiliar, acoso laboral, delitos sexuales, discriminación por su género, feminicidios, e incluso actos violentos en centros de salud, aun cuando están en necesidad de servicios obstétricos.

En el complejo entramado legal y médico que rodea la atención obstétrica, la violencia de género se manifiesta de manera insidiosa a

través de lo que se conoce como violencia obstétrica. Este fenómeno, que vulnera los derechos de las mujeres durante el embarazo, parto y postparto, ha suscitado una creciente preocupación en los ámbitos de la salud pública, los derechos humanos y la justicia, al evidenciarse daños a la integridad física y psicológica de la mujer gestante.

Así, la violencia obstétrica se presenta como una problemática que involucra prácticas, tratos y omisiones que menoscaban los derechos sexuales y reproductivos de la mujer gestante, reflejadas en procedimientos médicos inadecuados, tales como: cesáreas injustificadas, sin mediar consentimiento voluntario e informado por parte de la mujer; coacciones para parir acostadas o inmovilizadas; negar a la madre la posibilidad de cargar o amamantar a su bebé al momento de nacer; o, en últimas, no atender de manera oportuna y eficaz las emergencias obstétricas presentadas (Moreno, 2023, p. 148).

Las anteriores situaciones no son las únicas que configuran violencia obstétrica, pues son incalculables los supuestos en que la mujer es víctima de tales eventos traumáticos. En este sentido, la violencia obstétrica, como manifestación de la violencia de género arraigada en las estructuras socioculturales y sistemas de atención médica, ha cobrado relevancia como un desafío crítico en el contexto colombiano. Este fenómeno complejo y multifacético no solo vulnera los derechos reproductivos, sino que también afecta profundamente la integridad física y psicológica de las mujeres durante el ciclo perinatal.

En Colombia, la persistencia de esta problemática ha conllevado a las usuarias de los servicios obstétricos, y, en últimas, a la sociedad en general, a cuestionar los fundamentos éticos y legales de la atención médica para las mujeres gestantes. Pero también, estos cuestionamientos se han extendido al ámbito de la justicia. En efecto, el presente capítulo se adentra en una práctica que, aunque es legal y común en un proceso judicial, resulta discutible: el interrogatorio de parte como medio de prueba en los procesos de responsabilidad médica por violencia obstétrica.

El interrogatorio de parte, reglado en el ordenamiento jurídico colombiano, de manera genérica, en el artículo 198 del Código General del Proceso, si bien se concibe como un instrumento para esclarecer los hechos y alcanzar la justicia, puede convertirse paradójicamente en

un mecanismo que revictimiza a las mujeres que han sufrido violencia obstétrica. Al someterlas a un proceso de escrutinio legal, estas mujeres se enfrentan no solo a la angustia de revivir experiencias traumáticas, sino también a la posibilidad de ser cuestionadas, desacreditadas o culpabilizadas por su propia victimización. Esta situación plantea interrogantes éticos y legales fundamentales sobre la equidad y la justicia en el sistema judicial.

Señalan las autoras María Elena Rocca y Marta Angélica Rocca que, si bien, evitar completamente la revictimización en los procesos judiciales es casi imposible, si existen herramientas o estrategias para minimizarla al máximo, que adquieren relevancia en asuntos donde se debatan hechos relacionados con violencia basada en género, tales como, el evitar interrogatorios en donde la mujer se vea obligada a experimentar nuevamente el dolor sufrido (Rocca & Rocca, 2022, p. 58). En efecto, en un contexto donde la mujer gestante haya sido víctima de violencia obstétrica, existen medios probatorios que pueden suplir la práctica de su interrogatorio, en aras de evitar su revictimización o victimización secundaria.

En consonancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los operadores de justicia deben incorporar criterios de género para solucionar los casos objeto de litigio, armonizando los principios constitucionales y la especial protección otorgada a la mujer. En virtud de lo anterior, dicho tribunal ha puntualizado que en aras de garantizar los derechos objeto de protección y la dignidad de la mujer dentro del proceso judicial, se debe buscar por todos los medios evitar su revictimización (Sentencia T-028, 2023). Entonces, resulta contradictorio que, por un lado, la jurisprudencia constitucional establezca la obligación de eliminar la revictimización de la mujer en el proceso judicial, mientras, por otra parte, dentro de la etapa probatoria se acuda a un medio de prueba que va en contravía para tal fin, como lo es el interrogatorio de parte en los procesos de responsabilidad médica por violencia obstétrica.

En este orden de ideas, el presente capítulo se enfoca en explorar la intersección entre la violencia obstétrica y el proceso de responsabilidad médica en el sistema judicial colombiano. Específicamente, se examina la práctica del interrogatorio de parte a las víctimas como un medio para esclarecer los hechos debatidos en el curso de un proceso judicial,

tomando como punto de análisis, las repercusiones que tiene este procedimiento en la integridad física y psicológica de las mujeres afectadas, al configurarse como un instrumento para su revictimización. Para efectos de lo anterior, inicialmente, se expondrá lo pertinente a la violencia obstétrica en el ordenamiento jurídico colombiano; en segunda medida, se abordará la temática de la revictimización secundaria en la doctrina y la jurisprudencia; en tercer lugar, se identificarán los procedimientos actuales y la revictimización en el interrogatorio de parte; finalmente, se establecerán cuáles son los medios probatorios para evitar la revictimización en el marco de la violencia obstétrica.

1. Violencia obstétrica en el marco jurídico.

A efectos de desarrollar el primer capítulo de este estudio, relacionado con la violencia obstétrica en el marco jurídico, se esquematizará su redacción a partir de tres ítems: como punto de partida, se expondrán algunas nociones generales sobre la violencia obstétrica: su historia, definición y formas en que se presenta; seguidamente, se identificará su reconocimiento en el ordenamiento jurídico colombiano; finalmente, se detallarán las obligaciones y estándares internacionales en materia de violencia obstétrica.

1.1 Nociones generales sobre la violencia obstétrica.

Definición de violencia obstétrica.

Dentro de los avances aportados por el Comité Para la Eliminación de la Discriminación Contra La Mujer (Cedaw, por sus siglas en inglés), se ha explicado que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación y una violación a los Derechos Humanos que genera responsabilidad estatal. Por su parte, la Ley 1257 de 2008, define este fenómeno como aquellas acciones u omisiones, en contra de la mujer basada en su género, que le produzca daños o sufrimientos físicos, sexuales o psicológicos, e incluso, la muerte, o amenazas de concretar tales actos, tanto en el ámbito público como el privado (Ley 1257, 2008).

Estos actos de violencia pueden ocurrir en el desarrollo de cualquier rol que desempeñe la mujer, ya sea desde el entorno familiar, laboral, social,

político o cultural. Por lo tanto, son muchos los escenarios donde la mujer puede ser violentada, como su núcleo familiar, unidad doméstica o cualquier otra relación interpersonal, por la comunidad que puede ser en el lugar de trabajo, institución educativa, establecimiento de salud o cualquier otro lugar. Existen agresores privados, como los mencionados anteriormente, y los públicos, representados por el mismo Estado o sus agentes ya sea por acción o por omisión.

Son diversos los tipos de violencia de género, pues este fenómeno se presenta en la esfera económica, psicológica, emocional, física y sexual, con acciones como el feminicidio, trata de personas, violación o actos sexuales abusivos, mutilación genital femenina, violencia en redes sociales, acoso laboral, y la violencia obstétrica, esta última fue definida por primera vez por parte de la Organización Mundial para la Salud, a través de la Declaración sobre Prevención y Erradicación de la Falta de Respeto y el Maltrato, durante la atención del parto en centros de salud, en los siguientes términos:

Todo trato durante el embarazo, el parto y el puerperio, por parte de los profesionales de la salud, de manera irrespetuoso y ofensivo, maltrato verbal, formas de humillación, prácticas médicas sin mediar el consentimiento de la paciente, uso de la coerción, inexistencia de confidencialidad, infracciones al deber de realizar el consentimiento informado, falta de administración de analgésicos, rechazos en la prestación del servicio, vulneraciones a la privacidad de la mujer, y, en términos generales, cualquier negligencia o trato indebido hacia la mujer que ocasione daños o complicaciones que eventualmente puedan causar la muerte, entre otros. (Organización Mundial de la Salud, 2014, p. 1)

En ese sentido, la violencia obstétrica o violencia contra la mujer durante el parto, hace referencia a la violencia que experimentan las mujeres durante el parto en los centros de salud. También lo definen como una violación de Derechos Humanos y reproductivos de las mujeres que pueden ser físicos o psicológicos, y que ha sido normalizado a nivel social, dificultando visualizar el problema, si se tiene en cuenta que “la violencia de género más peligrosa es precisamente aquella que esta invisibilizada” (García, 2018, p. 43). Así mismo, la violencia obstétrica es definida como “todas aquellas conductas que deshumanizan y minimizan a las mujeres durante todo el proceso sexual y reproductivo, cometidas por el sistema de salud” (Lira, 2018, p. 28).

Belli, citado por Rivera León, ha conceptualizado la violencia obstétrica como aquella ejercida por el profesional de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de la mujer, que se refleja en tratos deshumanizados, abusos en la aplicación de medicamentos, patologización de los procesos naturales; factores que conllevan a la pérdida de la autonomía y capacidad de decisión sobre el cuerpo y la sexualidad (Rivera, 2023, p. 44). Esta problemática se presenta, como se indicó anteriormente, de distintas formas, siendo oportuno destacar dentro del presente trabajo, las siguientes: física, psicológica, institucional, simbólica, cada una de ellas se desglosará a continuación.

Formas de violencia obstétrica.

Violencia física: Se ha descrito como la falta de consentimiento informado al momento de realizar intervenciones en el cuerpo de la mujer, al igual que el suministro de medicamentos no justificados o la implementación obligada de anticonceptivos. La repetición de protocolos clínicos en una mujer que no requiere de intervención durante el parto o forzarla a practicarse una cesárea cuando no es necesaria. Al respecto la OMS en el 2015 realizó una declaración sobre tasas de cesáreas y en una de sus conclusiones manifestó: “Las cesáreas son eficaces para salvar la vida de las madres y los neonatos solamente cuando son necesarias por motivos médicos” (OMS, 2015).

Desde el ámbito doctrinal, se puede destacar Vallana Sala, quien manifiesta que la violencia obstétrica tiene consecuencias físicas con connotaciones en la vulneración de los Derechos Humanos de las mujeres, en las siguientes eventualidades:

“De la misma manera, forzar a una mujer a consentir intervenciones como cesáreas, por medio del uso y abuso del poder médico obstétrico, por medio de la administración del miedo por el estado de vulnerabilidad, constituye una violación de sus derechos humanos (1, 12, 30, 31).” (Vallana, 2019, p.137).

El mencionado autor, también considera que la violencia obstétrica física está relacionada con procedimientos dolorosos sin justificación ni utilización de medicamentos que disminuyan el dolor, aun cuando los mismos están al alcance de su mano; o prácticas indebidas como tocamientos en la zona vaginal reiterados y ejecutados por varias personas; o, igualmente, intervenciones bruscas con poca consideración

a la condición de la mujer que las está recibiendo (Vallana, 2019, p. 137).

En similar sentido, Medina, citado por Rivera León, apunta que la violencia obstétrica física se origina cuando se realizan a la mujer prácticas invasivas, el suministro de medicación que no se encuentre justificado por el estado de salud de la gestante o incluso cuando no es respetado el tiempo ni las posibilidades del parto biológico (Rivera, 2023, p. 45).

Violencia psicológica: Es una forma de abuso que se manifiesta a través de comportamientos, palabras y actitudes que causan daño emocional o mental a una persona. A diferencia de la violencia física, la violencia psicológica no deja marcas visibles en el cuerpo, pero sus efectos pueden ser igualmente devastadores y duraderos. Se caracteriza por un patrón de conductas que buscan controlar, manipular, intimidar, humillar o degradar a la víctima, afectando su autoestima, confianza y bienestar emocional.

La violencia obstétrica psicológica es resultado de situaciones desagradables en la prestación del servicio de salud durante el proceso de gestación, parto o postparto. Algunas de estas situaciones son mencionadas por la doctrina como: “regañños, burlas, ironías, insultos, amenazas, humillaciones, manipulación de la información, negación al tratamiento [...] utilizarlas como recurso didáctico sin ningún respeto a su dignidad humana”. (Lafaurie, et al., 2019, p.8)

Para Medina, citado por Rivera León, la violencia obstétrica psicológica se origina a raíz del trato deshumanizador, grosero, discriminatorio, humillante en la atención en salud, al igual que en la omisión de la información general en la evaluación del parto en el estado de su bebé biológico (Rivera, 2023, p. 45). Por su parte, Quattrocchi y Magnone describen la violencia psicológica obstétrica como amenazas, burlas, la desatención de sus síntomas de alertas, sus incomodidades, sus expresiones de dolor y duelo suprimidos y sus decisiones ignoradas por el personal de la salud o la toma de decisiones sin su consentimiento (Quattrocchi y Magnone, 2020, p. 126).

Otras formas de violencia obstétrica psicológica las describe García, quien manifiesta que uno de los factores de riesgo para padecer depresión

postparto es haber sufrido un parto traumático y/o violencia obstétrica; también incluyó el estrés postraumático y manifestó que diversos estudios demostraron que en su totalidad, las madres que padecieron tal trastorno, manifestaron recibir un tratamiento inadecuado por el personal de la salud, pues fue insatisfactoria su experiencia de parto (García, 2018, pág. 424).

De acuerdo con lo anterior, son inimaginables las secuelas psicológicas que puede dejar en una mujer durante la gestación, parto y postparto, el trato recibido por el personal médico. En ese sentido, es grande la responsabilidad que tienen los profesionales de la salud en la atención que le brindan durante esta etapa de grandes cambios, físicos y emocionales, dado el papel que juegan los cambios hormonales como parte natural del proceso de gestación y el post parto; secuelas que pueden ser negativas o positivas dependiendo de la empatía, el profesionalismo y la humanidad con la que se atienda a cada una de las gestantes, haciendo indispensable humanizar e impulsar la bioética en las aulas.

Violencia institucional: Adicional a los tipos de violencia obstétrica ejercidos directamente por los profesionales de la salud, debe advertirse que estos representan a una institución, que en determinados casos les imponen los protocolos clínicos que deben seguir. Bajo ese entendido, la violencia ejercida por el personal de la salud en contra de la mujer gestante también se puede tornar en violencia institucional.

Sobre el particular, los autores Quattrocchi y Magnone (2020, p. 197) describen la violencia obstétrica institucional como un fenómeno que comprende las prácticas de abuso de poder, llevadas a cabo en las instituciones de salud, o por parte de sus agentes, con la aplicación de protocolos sanitarios o médicos, e incluso reglas y/o costumbres que logran reforzar el problema sistemático de dominación en contra de la mujer.

En tal sentido, son diversas las formas en que una institución por sí misma o a través de sus agentes puede ejercer violencia sobre las gestantes, incluyendo las descritas en las formas de violencia físicas o psicológicas, además de la imposición de posturas como lo describe Vallana Sala, durante el trabajo de parto, así como la sujeción de piernas durante el parto o las manos en la cesárea. Recuérdese que, desde el

inicio de la historia de la obstetricia, se hablaba de la postura y que esta era realizada en posición vertical y que fue solo hasta el siglo XVII que Julient Clement, primer cirujano partero de la historia, introdujo la posición horizontal para beneficio del obstetra y hasta la actualidad se sigue imponiendo dicha posición en el parto, no para beneficio de la gestante o del que esta por nacer, sino para beneficio de los profesionales de la salud que atienden el parto.

Otras formas de violencia obstétrica institucional, las exponen los autores Jojoa, Cuchumbe, Ledesma, Muñoz, Paja y Suárez (2019, p.p. 138-139), quienes la describieron como la negación de tratamiento, la negligencia en la asistencia médica que pueden contribuir a las aflicciones psicológicas y físicas, la negación de manejo de dolor como forma de castigo. También, la vulneración del derecho a la intimidad por la intromisión no consentida de la privacidad mediante la exhibición y/o revisión masiva del cuerpo y los órganos genitales.

Sobre la revisión masiva del cuerpo, es válido afirmar, que es una práctica muy común en los centros hospitalarios universitarios, donde el médico tratante autoriza a sus estudiantes a introducir los dedos en los genitales de las gestantes como técnica de enseñanza sobre la dilatación; aspecto que puede configurar violencia obstétrica institucional.

Violencia simbólica: De acuerdo con la Real Academia, la violencia simbólica es una manera de dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales y la naturalización de la subordinación de la mujer en la sociedad; entonces la violencia simbólica, desde la perspectiva de la violencia obstétrica, se describiría como la costumbre de formas de violencia, que se creen son correctas, e incluso necesarias, por ser los profesionales de la salud quienes las ejercen y es aceptable por ser los conocedores de la materia.

Jojoa, Cuchumbe, Ledesma, Muñoz, Paja & Suárez (2019, p. 143), explican que la violencia simbólica se manifiesta al verse obligada la mujer gestante a tomar actitudes sumisas, como mecanismo de protección ante la inadecuada atención del personal de la salud, reflejada en constantes regaños, aislamientos, e incluso, en la normalización de actos violentos en el trabajo de parto.

Vallana Sala (2019, p. 136) al respecto manifestó que la violencia simbólica contribuye, en gran medida, a la naturalización e

invisibilización de las prácticas violentas que recaen sobre las mujeres. Otros autores describen la violencia simbólica como una violencia ejercida sin coacción física a través de las diferentes formas simbólicas que se configuran en las mentes y dan sentido de acción (Fernández, 2005 citado por García, 2018 P. 45) y como un tipo de violencia invisible ya que se muestra por el discurso hegemónico como necesario para ayudar a las personas por lo que las mujeres se sienten obligadas a obedecer y a no cuestionar a los profesionales. (Sadler, 2004 p. 15, citado García, 2018 P. 45).

1.2 Reconocimiento de la violencia obstétrica en el ordenamiento jurídico nacional.

Colombia ha sido activo en participar en numerables tratados internacionales sobre derechos humanos y derechos de las mujeres, desde el Pacto Internacional de Derechos Civiles de 1966, ratificado el 29 de octubre de 1969, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976; siguiendo por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, ratificada el 28 de mayo de 1973 y depositada el 31 de julio de 1973; y pasando por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención De Belem Do Para” de junio 09 de 1994, ratificada por Colombia el 03 de octubre de 1996 y depositada el 15 de noviembre de 1996.

Desde hace algo más de 27 años, Colombia se comprometió a prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer, sin embargo, ha sido un proceso lento de poca legislatura. Para efectos de desarrollar los objetivos de la presente investigación, se pueden destacar las siguientes normatividades:

Tabla 1
Leyes colombianas en materia de eliminación de violencia contra la mujer.

Ley	Finalidad
Ley 1257 de 2008.	Establecer normas encaminadas a sensibilizar, prevenir y sancionar todas las formas en que se produzca violencia y discriminación en contra de la mujer.
Ley 1232 de 2008.	Se fija la obligación para el Gobierno nacional a efectos de otorgar protección especial a las madres cabeza de familia del país.

Ley 1413 de 2010.	Busca la inclusión de la economía del cuidado en el Sistema de Cuentas Nacionales, con la finalidad de ejecutar una medición de la influencia que tiene el trabajo de hogar no remunerado en el progreso de Colombia.
Ley 1448 de 2011.	Se establece la obligación de tomar como referencia, de manera transversal, la perspectiva de género a la hora de realizar las acciones propias del Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas.
Ley 1595 de 2012.	Con esa ley, se introduce al ordenamiento jurídico colombiano el “Convenio sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos”, en el marco de las reuniones realizadas por la Organización Internacional del Trabajo en Ginebra, Suiza el año 2011.
Ley 1822 de 2018.	Se introdujeron modificaciones sustanciales a la licencia de maternidad, al aumentarla a dieciocho (18) semanas.
Ley 2281 de 2023.	Crea el Ministerio de Igualdad y Equidad, con el objetivo de impulsar políticas que contribuyan a la eliminación de las desigualdades en los distintos ámbitos de la vida, así como para propender por la defensa de sujetos de especial protección constitucional, como lo es la mujer en estado de embarazo, entre otros aspectos de relevancia, dentro de los que se resalta, la inclusión del enfoque de género.

Fuente: elaboración propia (2024)

Sin embargo y pese a que desde el año 2014 la OMS, llamó la atención de los distintos Estados, respecto a las formas de violencia que ocurren en contra de las mujeres gestantes, a través de instrumentos como la Declaración sobre Prevención y erradicación de la falta de respeto y el maltrato durante la atención del parto en centros de salud, fue un camino largo para legislar al respecto. Se presentaron intentos que parecieron ser inútiles, como es el caso del Proyecto de Ley 147 de 2017 de la Senadora Nadia Blel Scaff, con el cual se intentó fijar, desde el ámbito legal, la prevención y sanción de la violencia obstétrica en Colombia; e, igualmente, el Proyecto de Ley 258 de 2020, encaminado a fijar un marco jurídico que delimitara la manera en que se llevarían a cabo los planes y programas para apoyar a la mujer gestante, el nasciturus y el recién nacido. Esta iniciativa fue presentada por la senadora Emma Claudia Castellanos, del Partido de la U, y la Representante a la Cámara Ángela Patricia Sánchez, del Partido Cambio Radical. No obstante, fueron archivados por tránsito de legislatura.

La mayor aproximación sobre el reconocimiento de la violencia obstétrica en Colombia, se dio con ocasión a la sentencia SU- 048 del

16 de febrero de 2022, donde la Corte Constitucional por primera vez decide con perspectiva de género por Violencia Obstétrica, revocando y dejando sin efectos las decisiones adoptadas por la Sección Tercera (subsección A y B) del Consejo de Estado, en un proceso de reparación directa, por la prestación del servicio de salud a una gestante, ordenando, en consecuencia, la obligación de proferir una nueva decisión, en donde se realice un análisis riguroso sobre la existencia de posibles actos que configuren violencia obstétrica, basado en la *lex artis* vigente y en una correcta e integral valoración de la historia clínica (Sentencia SU-048, 2022).

Finalmente, después de 5 años de intentos ante el legislativo, el 11 de junio de 2022 entra en vigencia la Ley 2244 de 2022, “por medio de la cual se reconocen los derechos de la mujer en embarazo, trabajo de parto, parto y posparto y se dictan otras disposiciones o “ley de parto digno, respetado y humanizado” (Ley 2244, 2022), compuesto por trece artículos, distribuidos en derechos de la mujer gestante y el recién nacido que permite a la mujer a tomar decisión sobre su cuerpo (tipo de parto, posiciones para el parto, momentos del pujo, tacto vaginal), el acompañamiento durante el parto, a recibir una atención integral, a recibir información clara y tener un parto humanizado, a contar con los elementos tecnológicos esenciales y en óptimo estado que garantice la atención de manera oportuna, digna y segura, para la mujer y el que está por nacer. Estableciendo la especial necesidad de aplicar el enfoque diferencial e interculturalidad en los actos médicos (Ley 2244, 2022).

Las sanciones propuestas por la Ley 2244 de 2022, abarcan desde una sanción administrativa que pudiera imponer la Superintendencia de Salud, sin perjuicio de las sanciones civiles o penales correspondientes. Al respecto en Colombia, no se ha tipificado como delito la negligencia médica y mucho menos la violencia obstétrica.

1.3 Obligaciones y estándares internacionales en materia de violencia obstétrica.

En algunos países de América Latina, desde antes del año 2014, ya se había identificado la violencia obstétrica como forma de violencia e incluso tenían regulación normativa. Verbigracia, países como

Venezuela, pionero en tipificar la violencia obstétrica como delito penal, mediante la Ley orgánica 38668 del 23 de abril de 2007, contempló literalmente en el artículo 15 numeral 13, su consagración como forma de violencia en contra de las mujeres, entendida como todos aquellos tratos deshumanizadores ejercidos por el personal de la salud en contra de las gestantes en el marco de la atención obstétrica recibida, los cuales, se pueden manifestar en abusos a la hora de medicar, patologizar los procesos naturales del embarazo, eliminación de la autonomía y capacidad de tomar decisiones libremente sobre su cuerpo y sexualidad. Igualmente, el artículo 51 especifica cuales actos se consideran constitutivos de violencia obstétrica para el contexto venezolano.

Argentina promulgó la Ley 25.929, conocida como Ley de Parto Humanizado, el 25 de agosto de 2004, y fue publicada el 21 de septiembre del mismo año. Esta ley, dirigida a los agentes prestadores del servicio de salud tanto públicos como privados, establece los derechos de la mujer gestante, del recién nacido, del padre y la madre, así como las obligaciones de los prestadores del servicio de salud. También contempla sanciones administrativas, sin perjuicio de las sanciones civiles o penales correspondientes.

Sin embargo, al ser una ley programática, requería ser reglamentada por el poder ejecutivo. Esta reglamentación tuvo lugar once años después a través del Decreto reglamentario 2035 de 2015. Esto significa que, hasta su reglamentación, la ley no tenía efecto práctico. Durante este período, entró en vigor la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrolle sus Relaciones Interpersonales (Ley 26485 de 2009). Esta ley incluye disposiciones relacionadas con la violencia obstétrica, como el artículo 6 literal e, que la reconoce como una forma de violencia contra la mujer, y el artículo 11, que establece políticas públicas prioritarias, incluida la obligación de diseñar protocolos específicos para la detección y atención de la violencia en el ámbito de la salud, incluida la obstetricia.

En México, el concepto de violencia obstétrica fue reconocido como un tipo de violencia contra la mujer el 11 de julio de 2017, en el artículo 6 de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Además, se incluyó el concepto de parto humanizado en

el artículo 3. Por otra parte, en 2023, la senadora Nancy de la Sierra Arámburo, presentó un proyecto de Decreto para reformar disposiciones de la ley nacional de ejecución penal, en relación con los derechos de las mujeres privadas de la libertad que sufren violencia obstétrica.

En el ámbito europeo, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, mediante la Resolución 2306 de 2019, reconoce la violencia obstétrica como una forma de violencia contra la mujer e insta a los Estados miembros a adoptar medidas preventivas necesarias y a respetar los derechos humanos en el contexto de la atención sanitaria. Aunque no considera prioritaria la violencia ginecológica y obstétrica, se promueven prácticas de parto humanizado y se respaldan las buenas prácticas identificadas por la OMS, alentando su difusión entre los Estados miembros para contribuir al debate público y superar tabúes.

El contraste entre América Latina y Europa es notorio, especialmente en lo que respecta a la atención a la violencia obstétrica. Mientras en varios países de América Latina, ha sido y sigue siendo prioritario abordar todas las formas de violencia contra la mujer, incluida la violencia obstétrica, en Europa, no existe una política gubernamental clara ni una legislación específica que regule esta problemática.

Los autores Quattrocchi y Magnone (2020, p.p. 198-199), han criticado la postura de los países europeos frente a la violencia obstétrica, señalando que el debate carece de la misma intensidad de denuncia social y crítica cultural que caracteriza el debate latinoamericano. Argumentan que abordar la violencia obstétrica requiere una perspectiva política que reconozca su complejidad multidimensional y sus raíces en los valores fundamentales de la sociedad.

En América Latina, en cambio, se ha avanzado en la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado sobre estos derechos, como en el caso *I.V. vs Bolivia*, donde condenó al Estado boliviano, por violar diversos derechos de la demandante, incluyendo el derecho a no ser sometida a esterilización involuntaria.

En otro caso relevante, *Manuela vs El Salvador*, la CIDH, condenó al Estado salvadoreño, por violaciones a los derechos humanos de Manuela durante el proceso penal en su contra y por la falta de atención

médica adecuada durante el postparto. Aunque se mencionó por primera vez la violencia obstétrica en un caso ante la CIDH, el fallo se centró en otras violaciones de derechos humanos.

El caso más reciente que aborda directamente el concepto de violencia obstétrica es el de *Brítez Arce vs Argentina* (2022). La CIDH encontró al Estado argentino, responsable por la muerte de Cristina Brítez Arce, durante el parto inducido, debido a la falta de atención adecuada a sus condiciones de salud. La CIDH describió la violencia obstétrica como una forma de violencia de género prohibida por los tratados interamericanos de derechos humanos, resaltando la obligación de los Estados de prevenirla y sancionarla.

2. Victimización secundaria: doctrina y jurisprudencia.

La victimización secundaria, es un fenómeno que ha cobrado cada vez más atención en el ámbito legal y psicológico en las últimas décadas. Se refiere al sufrimiento adicional o la revictimización experimentada por una persona, que ya ha sido víctima de un delito o un daño antijurídico, debido a la interacción con el sistema de justicia, los medios de comunicación u otras instituciones sociales. Dentro del presente capítulo, se analizarán los diferentes aspectos teóricos, normativos y jurisprudenciales de este fenómeno. Para tal efecto, el plan de redacción estará dividido en tres ítems puntuales: i) conceptualización de la victimización secundaria; ii) implicaciones psicológicas y legales de la revictimización; iii) análisis de jurisprudencia nacional e internacional.

2.1 Conceptualización de la victimización secundaria.

La victimización secundaria hace referencia al proceso por el cual, una persona que fue víctima de una acción u omisión vuelve a soportar o recordar los hechos vividos en un momento temporal diferente, causando una nueva frustración o dolor al revivirlos y exteriorizarlos. Sobre esta problemática, la Organización de Naciones Unidas, inició su prevención y manejo desde 1985, bajo la declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

Este fenómeno negativo no ocurre únicamente como consecuencia directa del daño, sino, como lo apuntan diversos autores, se lleva a cabo también con las respuestas de las instituciones e individuos particulares en la atención que se les suministra a las víctimas. Sobre el particular, es oportuno advertir que la victimización secundaria, como lo indican, hace referencia a “la negación de los derechos de las víctimas, especialmente por condiciones de género o sexual, cultura, raza, etnia, edad, entre otros, así mismo involucra la negación del reconocimiento de la experiencia particular frente al hecho delictivo” Gutiérrez et al., (2009, pp. 50-51)

Así, la victimización secundaria, habla sobre el mal proceder del sistema frente al acto u omisión del cual resultó una víctima, esta definición va ligada también al daño que produce la relación del sistema judicial con la víctima, al vivir esta última, experiencias traumáticas al recordar el crimen original bajo las acciones negligentes de la administración pública. (Gutiérrez, Coronel y Pérez, 2009, pp. 55).

Frente a la victimización secundaria en actuaciones judiciales, las docentes María Elena Rocca y Marta Angélica Rocca expresan que:

Se conoce como revictimización, victimización secundaria o doble victimización, el proceso mediante el cual se produce un sufrimiento añadido por parte de los medios, instituciones y profesionales encargados de prestar atención a la víctima a la hora de investigar el delito o instruir las diligencias oportunas en el esclarecimiento de lo ocurrido: jueces, policías, abogados.

El prefijo re indica una condición de repetición, es decir, la persona ya fue víctima de violencia interpersonal en un primer momento temporal diferente y pasado (bien en la infancia o llegada ya la vida adulta), y en una segunda ocasión, por una entidad distinta; por lo tanto, se es víctima en dos o más momentos de la vida (Rocca & Rocca 2022, p. 58).

La victimización secundaria en el ámbito judicial, para la autora Mercado, es vista de la siguiente manera:

Es el acto de recrear o reincorporar forzosamente los elementos del delito de agresión u ofensa sexuales de gravedad penal a través de las etapas judiciales que afecten neurológica, psicológica o emocionalmente a la víctima del dolo sin importar el sexo, edad, raza o condiciones sociodemográficas victímales. Este proceso se caracteriza por la incapacidad de la víctima de defenderse ante la Ley y la impotencia de adquirir justicia, resultando la víctima en el ser perjudicado y su victimario protegido y amparado por la Ley (Mercado, 2017, p. 96).

Igualmente, la mencionada autora cita a la autora Ribés, quien señaló que la revictimización secundaria es la verdadera revictimización, pues es el resultado de la intervención inadecuada del Estado, toda vez va ligado a la relación entre la víctima y la parte judicial y el resarcimiento de los derechos transgredidos, por cuanto en dicho escenario es donde se expone su intimidad y los hechos padecidos por la víctima. (Mercado, 2017, p.97).

Adicionalmente, en el tema procesal, el autor Merchán Sigcha resalta:

Hay revictimización, cuando la víctima está expuesta directamente a tratos inadecuados, que recibe en las versiones, interrogatorios, reconstrucción de los hechos, asistencia a juicios, arrogándole la obligación o necesidad de identificar a acusados, relatar todo el evento y supeditado a la lentitud y demora de los procesos judiciales, así como su exposición pública con fines informativos por parte de los medios de comunicación. (Merchán, 2020, p. 13).

De acuerdo con los autores anteriormente citados, se puede concluir que la victimización secundaria, implica la inadecuada atención tanto a la víctima directa como a su grupo familiar dentro del proceso judicial, al ser expuesta su intimidad y al verse comprometida su salud física y mental por la obligatoriedad de narrar hechos que le causaron profundos padecimientos, frente a terceros desconocidos.

Por otra parte, autores como Merchán han distinguido que la victimización secundaria se puede presentar desde dos panoramas: el fiscal y el judicial. Los cuales se detallan a continuación:

Tabla 2
Panorama fiscal y judicial de la victimización secundaria

Panorama fiscal	Panorama judicial
Cuando posterior a los informes realizados por la policía judicial sobre las diligencias preliminares, como las declaraciones tanto del agresor o la víctima, exámenes de los cuales se puede concluir el “nivel de riesgo”, pudiendo ser “riesgo leve”, “riesgo moderado” y “riesgo grave”; la fiscalía continua con la interrogación a la víctima de la acción, omisión o delito. (Marchena Fabian, 2021, p. 26).	Cuando en el estrado judicial la víctima es sometida a revivir los hechos dolorosos o traumáticos a los que estuvo sometida durante la materialización del delito, acción u omisión victimizante, ya sea por medio de interrogatorios o el escuchar relatar sobre los hechos que fue víctima. (Marchena Fabian, 2021, p. 32).

Fuente: elaboración propia (2024)

Ahora bien, la victimización secundaria se puede presentar en distintas modalidades, que son expuestas por la doctrina, en los términos de la tabla que se detalla a continuación:

Tabla 3
Modalidades de victimización secundaria según la doctrina

Autor	Modalidad descrita
Abelardo Rivera Llano.	Desconocimiento de los derechos de los afectados por parte de las autoridades competentes para su atención (Rivera Llano, 1997).
Julio Andrés Sampetro Arrubla.	Congestión e ineficiencia en el ámbito judicial, toda vez que, al alargarse considerablemente el término de duración de un proceso, se contribuye a la revictimización, pues se vulnera el derecho de las víctimas para obtener una respuesta oportuna y su consecuente reparación (Sampetro, 1998).
Sandra Rochel Cabo.	No suministrar información a la víctima sobre las ritualidades y términos procesales; obligar a la víctima a rendir declaración en presencia del victimario; mora judicial; exceso de subjetividad del profesional de la justicia; indebida tipificación de los delitos; intervenciones iatrogénicas, en donde, el personal que tiene la obligación de atender a las víctimas termina produciendo más daños que el hecho delictivo en sí mismo (Rochel, 2005).

Fuente: elaboración propia (2024)

Al momento de finalizar el proceso, se encuentra la etapa de sentencia, sobre la cual existe una deficiencia en la comunicación del fallo a la víctima o bien la decisión se toma sin tener en cuenta las necesidades y deseos de las mismas, lo que genera un impacto emocional negativo para ella, y sentimientos de injusticia e incertidumbre. (Gutiérrez et al. 2009, p. 53).

2.2 Implicaciones psicológicas y legales de la revictimización.

La revictimización no solo implica recordar los eventos traumáticos, sino también explorar las causas y los actores que perpetúan este proceso. Para las víctimas, especialmente las de crímenes de Estado, la revictimización no solo prolonga la violación de sus derechos, sino que también las expone a ser invisibilizadas, incluso en contextos de aparente democratización, donde enfrentan nuevas formas de persecución.

La revictimización puede tener un impacto trascendental en la esfera personal, familiar, social, laboral y comunitaria de las personas afectadas. Los efectos psicosociales pueden ser duraderos y significativos, llegando a afectar su calidad de vida y bienestar. La falta de un proceso adecuado de manejo del duelo puede desencadenar en considerables afectaciones a la salud física y emocional, e incluso conducir a trastornos mentales en casos extremos.

Además, la revictimización puede desencadenar una amplia gama de emociones, como miedo, rabia, ansiedad y dificultad para concentrarse. Las personas pueden experimentar sensaciones de inseguridad y fatiga inexplicable, así como tristeza que, si no se maneja adecuadamente, puede derivar en depresión. A nivel físico, los efectos pueden manifestarse como trastornos somatomorfos, dolores de cabeza, problemas respiratorios, palpitaciones y sudoración, entre otros.

Sobre la violencia psicológica, en investigaciones realizadas sobre las evaluaciones forenses de los profesionales de la psicología en casos relacionados con violencia de género, se ha determinado que:

“Describir la violencia psicológica como manifestación de malos tratos en situaciones de violencia de género es básico para comprender la importancia de considerar este aspecto en las evaluaciones psicológico-

forenses, teniendo presente tanto el proceso violento sin lesiones psíquicas, como las consecuencias emocionales en las víctimas de malos tratos psicológicos continuados. En el contexto de la violencia de género, las agresiones físicas habitualmente producen consecuencias psicológicas. Asimismo, se puede dar, únicamente, la violencia psicológica, pudiendo provocar numerosas secuelas tanto a nivel físico como emocional. Este tipo de violencia “invisible” puede causar en la víctima trastornos psicológicos, desestructuración psíquica, agravar enfermedades físicas o, incluso, provocar el suicidio” (Asensi y Díez, 2016, p. 107)

En cuanto al efecto legal de la revictimización, según el trabajo realizado por el autor Orth, se puede evidenciar una pérdida de confianza en el sistema judicial. (Orth, 2002). Así mismo, se realiza un incremento en el sufrimiento de la víctima, pues esta, es sometida a testificar en reiteradas oportunidades, perjudicándose psicológica y emocionalmente de manera más profunda y traumática, tal como lo mencionan los autores Gutiérrez de Piñeres Botero, Coronel y Pérez (2009), quienes adicionalmente citan a Rozanski, autor que manifestó:

“A partir de la denuncia, las víctimas de cualquier delito deben enfrentar numerosas situaciones en el ámbito de la justicia, que las hace sufrir. Largas esperas en pasillos, interminables recorridos por diversas oficinas, nuevas citaciones que con frecuencia las llevan a arrepentirse de haber hecho la denuncia” (Gutiérrez et al. 2009. p.51).

Respecto al trato de la víctima por los estrados judiciales, Bard y Sangrey, citados por Gutiérrez de Piñeres Botero, Coronel & Pérez indican que:

De otro lado, durante las valoraciones físicas (cuando estas se requieren) se producen lesiones personales y emocionales más profundas que las mismas lesiones físicas producidas por alguna agresión, los forenses y el personal sanitario que realiza la evaluación no tiene un lugar suficiente privado para el examen, se toman fotografías para observar las heridas en presencia de personas que muchas veces son ajenas al caso o cuya participación no es relevante para el mismo, se hacen preguntas innecesarias o mal formuladas, solo por poner algunos ejemplos (Gutiérrez et al. 2009, p.53).

Durante la práctica del interrogatorio, no son tomados como referencia los aspectos cognitivos o afectivos de la persona afectada; en

contraposición a ello, su desarrollo se fundamenta en la explicación del contexto del delito, factor que aumenta las sensaciones negativas de la víctima, al asimilarse como un simple objeto que acude al proceso únicamente para suministrar información.

Aunado a lo anterior, existen circunstancias relacionadas con la duración del proceso que revictimizan, pues, como lo explican los autores Bard y Sangrey, al existir mora judicial, el mismo puede abarcar meses o años. Así, al obligarse a la víctima a recordar los hechos tal como sucedieron, sin tomar en consideración, los efectos que puede tener el paso del tiempo se contribuyen a aumentar los factores de victimización secundaria. (Bard y Sangrey, 1979, p. 50).

2.3 Análisis de jurisprudencia nacional e internacional relacionada.

Se advierte que la jurisprudencia existente en Colombia sobre la revictimización o victimización secundaria es escasa, situación que se presenta de manera similar en el ámbito del derecho internacional. Aún con esto, se pueden destacar las siguientes sentencias:

Tabla 4
Jurisprudencia nacional e internacional sobre victimización secundaria.

Ámbito nacional	Consideraciones sobre la revictimización o victimización secundaria.
Sentencia T-241 de 2016, proferida por la Corte Constitucional.	Se sostiene que, al cometerse un delito en contra de una persona, una de las obligaciones principales del Estado tiene que ver con evitar la revictimización, por medio de medidas concretas y oportunas. Adicionalmente, se indica que la victimización se presenta en tres niveles: 1. Victimización primaria: ocurre al momento de cometerse el delito. 2. Victimización secundaria: se presenta a la hora de la víctima o sus personas allegadas, ser sometidos a la intervención del sistema de justicia. 3. Victimización terciaria: se lleva a cabo por el peligro de venganza o retaliación del delincuente con las víctimas.

Sentencia T-116 de 2017, proferida por la Corte Constitucional.	Se establece que, en causas penales, donde las víctimas sean menores de edad, la Fiscalía General de la Nación debe contemplar la posibilidad de usar la práctica de prueba anticipada, a efectos de evitar que el menor rinda testimonio con posterioridad dentro del proceso, pues de ser así, se estaría revictimizando.
Sentencia T-093 de 2019, proferida por la Corte Constitucional.	Se precisa que la administración de justicia debe operar con perspectiva de género, en aras de evitar vulneraciones al derecho fundamental a una vida libre de violencia. Para tal efecto, la autoridad judicial está llamado a eliminar la revictimización en la recolección de pruebas.
Sentencia T-219 de 2023, proferida por la Corte Constitucional.	Indica la Corte que la obligación constitucional de las autoridades que administran justicia de atender a la perspectiva de género en sus decisiones se manifiesta, entre otros elementos, con el control de la revictimización y estereotipación de la mujer víctima tanto en la parte motiva, como en la resolutive, de las decisiones judiciales.
Sentencia de tutela, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Consejera Ponente: María Adriana Marín. Radicado No. 25000-23-15-000-2020-00214-01(AC). Mayo 22 de 2020	Con base en la jurisprudencia constitucional, el Consejo de Estado precisa que la perspectiva de género se materializa en el proceso judicial al evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir la función jurisdiccional.
Sentencia de reparación directa, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz. Radicado No. 50001-23-31-000-2003-30307-01. agosto 30 de 2018	El Máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, apunta que es deber de los Jueces evitar la ocurrencia de todas las prácticas que revictimicen a la mujer, como, por ejemplo, la tendencia de no dar credibilidad a sus versiones, o la falta de diligencia en la investigación de los hechos denunciados.
Sentencia de tutela, proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Magistrado Ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Radicado No. 11001-02-03-000-2021-03360-00. noviembre 24 de 2021	Por su parte, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria apunta que, los operadores judiciales están llamados a prestar especial cuidado al lenguaje que utilizan los intervinientes en la práctica del interrogatorio, restringiendo el uso de expresiones ofensivas, o preguntas que reiteren innecesariamente hechos que puedan ser dolorosos para las víctimas, en aras de eliminar la revictimización (Sentencia tutela 3360, 2021).

Ámbito internacional	Consideraciones sobre la revictimización o victimización secundaria.
Corte IDH. Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 24 de agosto de 2017.	Expuso que existen estereotipos que distorsionan la realidad, lo cual puede llegar a generar la denegación de la justicia incluyendo en la misma forma, la revictimización de la mujer. Bajo ese entendido, sostuvo la Corte que utilizar estereotipos en las investigaciones y procesos judiciales, vulnera un adecuado acceso a la justicia para la mujer que acude a denunciar hechos de violencia (Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala, 2017).
Corte IDH. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Sentencia de 8 de marzo de 2018.	El alto tribunal internacional manifestó que, para evitar la revictimización, el Estado debe actuar con diligencia, con el fin de lograr la recuperación, rehabilitación y reintegración social tanto de la víctima, como de su familia, y que la persona directamente afectada no reexperimente la experiencia traumática vivida (Caso V.R.P. - V.P.C. y otros Vs. Nicaragua, 2018).

Fuente: elaboración propia (2024)

Expuesto lo anterior, se pueden visibilizar considerables insumos jurisprudenciales para evitar la revictimización en los procesos judiciales, aspecto que ha adquirido mayor notoriedad en tratándose de mujeres, niños, y sujetos de especial protección constitucional en general. Así mismo, se evidencian criterios unificados o similares por parte de los tribunales de cierre de Colombia, en el sentido de instar a las autoridades investidas de jurisdicción para procurar por todos los medios posibles, eliminar las prácticas procesales, incluidas las probatorias, que revictimicen a los sujetos procesales que padecieron hechos que les ocasionaron daños antijurídicos. Postura, que guarda relación con los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3. Procedimientos actuales y revictimización en el interrogatorio de parte.

En este capítulo se explorará detalladamente la manera en que se desarrolla en la actualidad el interrogatorio de parte en Colombia, así como su impacto en la revictimización de los sujetos procesales. Para lograr estos fines, se esquematizará su redacción de la siguiente manera: Inicialmente, se expondrán los antecedentes históricos de este medio

probatorio; se continúa con una explicación del procedimiento actual del interrogatorio en el ordenamiento jurídico colombiano; a efectos de entablar la relación que tiene esta figura con la revictimización de la mujer en el proceso de responsabilidad médica, se abordará lo atinente al enfoque de género en dicho proceso; seguidamente, se realizará un estudio de casos sobre los efectos y consecuencias de interrogatorios en situaciones de violencia obstétrica dentro de los mencionados procesos; finalmente, se efectuará un análisis crítico del impacto en la integralidad psicológica y credibilidad de las mujeres afectadas con la práctica de este medio probatorio.

3.1 Antecedentes históricos.

El interrogatorio de parte como se conoce actualmente es consecuencia de un proceso evolutivo que se inició desde el siglo XIX. Las etapas o cambios significativos atravesados desde entonces son expuestos por Taruffo, quien manifiesta que durante muchos siglos, la máxima tradicional *neumotestis in causa* propia evitó que las partes fueran interrogadas como testigos pues existía una desconfianza sobre la fiabilidad del testimonio de parte. Sin embargo las partes fueron usadas como posibles fuentes probatorias, a través de la confesión civil o juramentos judiciales. Relata el citado autor, que algunos sistemas jurídicos dejaron de lado la prohibición de interrogar a las partes como testigos, tal como ocurre, en el *Common Law*, a raíz de importantes cambios suscitados en el siglo XIX, época en que se derogaron reglas tradicionales que desacreditaban a las partes para dar testimonio (Taruffo, 2008, pp. 67-71).

3.2 Procedimiento actual del interrogatorio de parte.

El interrogatorio de parte no constituye una prueba en sí misma, sino más bien un medio o método para obtener la prueba de declaración de la contraparte y su confesión. Como lo explica Ramírez Carvajal, la declaración de parte, es un instrumento crucial dentro del proceso legal, permitiendo interrogar a aquellos directamente involucrados en el litigio sobre los hechos pertinentes al caso (Ramírez Carvajal, 2017, pp. 202-203).

Antes del establecimiento de la declaración de parte como un medio probatorio, existía la confesión. Según Sanabria Rodríguez (2020, p. 1-2), desde el derecho romano se desestimaba cualquier declaración de parte que pudiera favorecer a sus propios intereses, siendo la confesión el único testimonio considerado válido para ser denominado prueba. Lo anterior, con base en la afirmación “*tierno idoneus testis in sua intelligitur, nemo in propria causa testis esse debet*”.

Por su parte, Contreras Rojas define la confesión, como una declaración judicial presentada por una de las partes o terceros, solicitada por la parte contraria o el tribunal, donde se exponen hechos relacionados con el caso para establecer su veracidad o falsedad (Contreras Rojas, 2015, p. 203). A su turno, Taruffo la describe como el reconocimiento por parte de una de las partes de la veracidad de un hecho desfavorable desde un punto de vista jurídico (Taruffo, 2008, pp. 71-72).

El interrogatorio de parte, la declaración de parte y la confesión han experimentado cambios significativos en Colombia, pasando de un enfoque principalmente escrito a uno predominantemente oral.

Con el antiguo Código de Procedimiento Civil (CPC), el interrogatorio era solicitado por cualquiera de las partes y se llevaba a cabo en la primera audiencia de trámite, establecida en el artículo 101. El cuestionario del interrogatorio era presentado por escrito en pliego abierto o cerrado con la solicitud de la prueba, o días antes de la fecha de la audiencia; también era posible sustituir el pliego por preguntas verbales de manera total o parcial. En todo caso, las preguntas debían estar directamente relacionadas con el objeto del litigio, cumpliendo los requisitos de ser claras y precisas, aunadas al cumplimiento de los requisitos generales previstos en el artículo 195 *ibidem*.

Ahora bien, con la implementación del Código General del Proceso, se generaron algunas modificaciones, iniciando con la potestad que se introdujo de poder realizar el interrogatorio a la misma parte, toda vez que el juez, de oficio o mediando solicitud de parte, podrá ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos objeto de litigio. Del mismo modo, el interrogatorio se realiza de manera oral, sin embargo, se permite formular las preguntas por escrito en pliego abierto o cerrado si así lo considera el interesado.

Por otra parte, el Juez está habilitado para excluir las preguntas que no se relacionen con la materia de litigio, o aquellas que no sean claras y precisas; o las que hayan sido contestadas previamente en la misma diligencia o en interrogatorio anterior; o las inconducentes y las manifiestamente superfluas. Por estas mismas razones, las partes pueden objetarlas.

Tanto en el Código de Procedimiento Civil como el Código General del Proceso, inicia el interrogatorio con el juramento de no faltar a la verdad. Sin embargo, en la actualidad, las preguntas relativas a hechos que impliquen responsabilidad penal se formularán por el juez sin juramento, con la prevención al interrogado de que no está en el deber de responderlas.

En el Código de Procedimiento Civil las partes podían allegar documentos relacionados con el interrogatorio. Sin embargo, en el Código General del Proceso, las partes pueden hacer reconocimiento de documentos y/o hacer dibujos, graficas, o representaciones, los cuales serán incorporados al expediente como parte integrante del interrogatorio.

3.3 El enfoque de género en el proceso de responsabilidad médica.

La responsabilidad profesional médica, la describe Ríos Ruiz (2018), como aquella obligación que le compete a los médicos para reparar los daños que ocasionen con su ejercicio, bien sea por acción o por omisión, mediando voluntariedad o sin ella. Otros autores como Gamboa & Valdés, citados por el mismo Ríos Ruiz, indican que el profesional de la salud adquiere responsabilidad jurídica si desarrolla su trabajo con negligencia, impericia y/o imprudencia (Ríos, 2018, p. 135).

Respecto al acto médico, el autor Jaramillo Jaramillo, en el marco del proceso de responsabilidad médica, sostiene que es la materia prima sobre la cual girará todo el juicio, ya sea para determinar su configuración, o, por el contrario, para establecer que el profesional de la salud obró de conformidad con lo que exige el Derecho, especialmente, a los parámetros de la *lex artis ad hoc*, marco de referencia y reguladora de su ministerio (Jaramillo, 2021, p. 51).

En el entendido que la Constitución Política de Colombia, en su artículo 6, manifiesta que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, cuando se habla de responsabilidad médica, no se puede limitar única y exclusivamente a la relación médico paciente, sino también a la de todos los actores que integran el sistema de salud y sobre los cuales recae la obligación del cuidado de la salud; como los trabajadores de la salud, las empresas promotoras de la salud y las empresas prestadoras del servicio de salud. No solo por la relación contractual como forma de vinculación al proceso, sino por la culpa directa en la afectación a la salud, que pudiera causar la demora en los trámites administrativos, para autorizar los procedimientos y /o tratamientos médicos o la negación injustificada del servicio, entre otros.

Teniendo en cuenta el concepto de violencia de género como cualquier acción u omisión que ocasione la muerte, daños o sufrimientos en el ámbito físico, sexual o psicológico a la mujer, por su condición de mujer, bien sea en la esfera pública o en la privada, y que estos actos de violencia pueden ocurrir en el desarrollo de cualquier rol que desempeñe, ya sea desde el entorno familiar, laboral, social, político o cultural, son múltiples los escenarios donde la mujer puede ser violentada, incluyendo los establecimientos de salud o cualquier otro lugar. Estos tipos de agresores pueden ser de carácter privado o de carácter público, que sería el mismo Estado o sus agentes, ya sea por una conducta de acción o por omisión.

Desde este contexto, toda acción u omisión por parte de los médicos, profesionales de la salud, centros médicos (IPS y EPS) y demás actores del Sistema de Salud, que genere algún daño en la salud física o psicológica de una paciente, se debe manejar con perspectiva de género en el momento que sean demandados estos actos a través del proceso de responsabilidad médica; máxime cuando esté de por medio enfermedades catalogadas como catastróficas y que son propias de la mujer o que afecta mayormente a la población femenina.

Un ejemplo de lo anterior, serían las enfermedades ginecobstetricias, los trastornos ginecológicos o los diferentes tipos de cáncer que afectan

a la mujer, como el cáncer de ovario, cáncer de cuello uterino, el cáncer de mama, o en otros escenarios, llegar a sufrir de violencia sexual por un profesional de la salud en consulta médica. Esta última situación se ha convertido en un fenómeno negativo de alta incidencia que ha sido estudiado por la Corte Suprema de Justicia. Verbigracia, mediante sentencia del 12 de mayo de 2021, SP1793 – 2021, Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuéllar, declaró al médico Carlos Enrique Ávila Barbosa, autor responsable de la conducta punible de acceso carnal violento agravado, por hechos relacionados con tocamientos y/o caricias en las partes íntimas de la víctima, que terminaron en acceso carnal violento (Sentencia Casación 51936, 2021).

Ahora, retomando el tema de las enfermedades catastróficas y tomando como ejemplo los diferentes tipos de cáncer que afectan a la población femenina, en Colombia, a través de la Ley 1384 de 2010, conocida como la Ley Sandra Ceballos, el Congreso de la República estableció las acciones para la atención integral del cáncer, y las obligaciones de los actores que integran el sistema de salud, encaminadas a reducir la mortalidad y la morbilidad por cáncer adulto, así como a mejorar la calidad de vida de los pacientes oncológicos, garantizando por parte del Estado y de los actores del sistema de salud, la prestación de todos los servicios que se requieran para su prevención, detección temprana, tratamiento integral, rehabilitación y cuidado paliativo. Sin embargo, en ocasiones estos actores omiten cumplir sus obligaciones legales, afectando la integridad física y la vida misma de pacientes con cáncer, aspecto, que, aunadas a las problemáticas descritas en párrafos precedentes, obliga a las autoridades judiciales a administrar justicia con perspectiva de género.

Ahora, respecto a aplicar y fallar con perspectiva de género por parte de la administración de justicia, se tiene que la Corte Constitucional mediante sentencia T- 338 de 2018, consideró que los operadores de la justicia a través de la Rama Judicial están en la obligación de investigar, sancionar y reparar la violencia estructural contra la mujer, por lo que es necesario que dichas autoridades apliquen perspectiva de género en el estudio de sus casos, esto incluye la responsabilidad médica.

Respecto a la implementación de perspectiva de género en la administración de justicia, se advierte que, a pesar de que los jueces ejercen sus funciones judiciales y constitucionales para proteger los

derechos fundamentales y eliminar todas las formas de discriminación y violencia contra las mujeres, y para superar las graves desigualdades que existen en el acceso a la justicia, deben adoptar mecanismos eficientes, en procura de la superación de los patrones subsistentes, de índole discriminatorio y estereotipos de género en los administradores de justicia. Sin embargo, persiste una tendencia en los operadores de justicia permeada por patrones de discriminación contra la mujer, en tanto que, no investigan los casos adecuadamente y exigen niveles de prueba que no corresponden con las dificultades propias de los casos de violencia.

Lo anterior, permite develar que, en el escenario judicial, se siguen presentando marcadas influencias de las estructuras sociales de género, debido a la inexistente o deficiente formación y sensibilización de quien administra justicia sobre los enfoques diferenciales y de género. En efecto, se vuelve indispensable que las actuaciones judiciales estén armonizadas con los principios constitucionales y la especial protección otorgada por el ordenamiento superior a la mujer, a través de la implementación de perspectivas de género en el acceso a la justicia, factor de cumplimiento obligatorio, si se acude a las prerrogativas de normas que integran el bloque de constitucionalidad (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2022).

La postura del Consejo de Estado, en cuanto a la perspectiva de género en la administración de justicia, se refleja en las diferentes decisiones judiciales incluyendo las sentencias anteriores a la constitución de 1991, tal y como lo relataron en el texto “Enfoque diferencial y equidad de género en la jurisprudencia del Consejo de Estado”, donde manifestaron que los jueces de la República deben estudiar los casos con enfoque diferencial para garantizar el principio de igualdad y permitir fallar en forma disímil y con constante innovación, encaminado a la protección de los derechos fundamentales, enfatizando la igualdad, dignidad humana, participación social y política, con medidas que permitan la plena inclusión. De igual manera deben asegurar la incorporación de teorías jurídicas, capaces de dar coherencia y completitud al sistema y a las decisiones adoptadas al resolver casos concretos y adoptar medidas de reparación en los ámbitos material y moral y a acoger disposiciones de satisfacción que busquen garantizar los derechos a la verdad y a la no repetición. (Consejo de Estado, 2021).

3.4 Estudio de casos: efectos y consecuencias de interrogatorios en situaciones de violencia obstétrica en procesos de responsabilidad médica.

En este acápite se expondrán algunas experiencias de mujeres que fueron interrogadas dentro de procesos judiciales adelantados por violencia de género, y, un caso particular en el que se narraron hechos de violencia obstétrica, caracterizando la propia víctima las secuelas emocionales que le produjo la práctica del interrogatorio.

Mediante sentencia de tutela del 11 de octubre de 2023, la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia, decidió en segunda instancia bajo el radicado No. 54518-22-08-000-2023-00031-01, un caso donde la tutelante denunció algunos hechos discriminatorios por parte de la juez de tutela de primera instancia, al ser obligada a presentar declaración dentro de un proceso por violencia intrafamiliar, en presencia de su agresor, situación que le generaba serias afecciones emocionales. Puntualmente, la accionante manifestó lo siguiente:

Desde la edad de 13 años, la suscrita fui violada por el señor MODESTO MOGOLLÓN, sin embargo, EN NINGÚN MOMENTO LA JUEZ DETUVO EL INTERROGATORIO Y ME ALEJÓ DE MI AGRESOR, POR EL CONTRARIO, ME SOMETIÓ A INTERROGATORIO DE SU ABOGADO. Como si los hechos RELATADOS BAJO GRAVEDAD DE JURAMENTO no fuesen suficientes para la señora juez. ME SENTÍ TOTALMENTE AGREDIDA POR LA JUEZ. No paraba de preguntar qué quería yo, ignorando mis respuestas (Sentencia tutela 11362, 2023).

En esa oportunidad, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria, dentro de la parte resolutive de la sentencia, exhortó al *a-quo* para que, en adelante, evitara incurrir en comportamientos que revictimizaran a la mujer dentro de los procesos judiciales adelantados en su despacho. Del mismo modo, le hizo un contundente llamado de atención para aplicar los criterios de perspectiva de género en los casos bajo su cargo.

Por otra parte, a través de sentencia T-400 de 2022, la Corte Constitucional estudió un caso relacionado con acoso laboral, en donde la víctima no sólo se vio obligada a la práctica del interrogatorio, siendo

revictimizada, sino que también, tuvo que presenciar la declaración de su contraparte y comentarios del abogado defensor, que constituían claras vulneraciones a su dignidad como mujer. Puntualmente, la Corte describe las siguientes afirmaciones del demandado y su apoderado:

“No es una mujer que resalte por su belleza como para que haya una acusación (...)”- y su apoderado - “No quiero entrar en las versiones fantásticas que hace la señora sobre el tema de su captura y las llamadas, que hacen envidiar a cualquier guionista de Hollywood porque tantas idas y venidas... difícilmente caben en una mente normal”; “tenemos una versión fantasiosa de una señora que nunca va a poder probar y por el otro lado, tenemos, eso sí, prueba concluyente de todas las inconsistencias, contradicciones, errores, en lo que ha incurrido consistente y reiteradamente” (Sentencia T-400, 2022).

Ante tales afirmaciones, es notoria la revictimización de la mujer, al ser sometida a interrogatorios dentro de casos que constituyen violencia de género, situación que adquiere una preocupación especial, al ser obligada también a escuchar versiones difamatorias por parte de su agresor. Dentro de la citada sentencia T-400 de 2022, la Corte hizo un llamado de atención a todos los operadores jurídicos del país, para que garanticen un correcto lenguaje dentro del proceso judicial cuando se involucren posibles hechos de violencia de género, a efectos de que la víctima sea tratada con el mayor respeto y consideración (Sentencia T-400, 2022).

Ahora bien, aterrizando esta exposición al ámbito específico de la revictimización del interrogatorio en casos de violencia obstétrica, es pertinente traer a colación un proceso judicial dentro del medio de control de reparación directa, adelantado por un Juzgado Administrativo del Circuito de Cúcuta, en donde la respectiva demanda se cimentó en las siguientes circunstancias: la ciudadana GYVP, madre primeriza de 21 años, a quien le habían diagnosticado obesidad y estreches pélvica, razón por la que su médico tratante le había ordenado parto por cesárea; le programaron la cirugía para el 18 de diciembre del año 2012, sin embargo, el parto se adelantó y acudió al centro de salud primario. Allí le manifestaron que aún no había dilatado lo suficiente para dar a luz, y, en consecuencia, le dieron de alta con recomendaciones. Posteriormente, tan pronto como rompe fuente acude a otro centro hospitalario de mayor nivel de complejidad (nivel 3), entrega sus

documentos de identificación e historia clínica; el personal médico revisa los controles y la envía a realizar trabajo de parto, a pesar de tener una orden de cesárea. En vistas de lo anterior, presentó dificultades para expulsar al neonato, situación que conllevó a practicarle una cesárea de urgencia. El neonato debió ser reanimado por asfixia perinatal, quedando hospitalizado en UCI y posteriormente se le diagnostica parálisis cerebral a raíz de las complicaciones del parto.

Con la contestación de la demanda, el accionado solicitó llamar en garantía a la aseguradora con quien tenía vigente un contrato de seguro de responsabilidad civil extracontractual al momento de los hechos. El apoderado de la aseguradora solicitó, con la contestación de la demanda, la declaración de la víctima de violencia obstétrica GYVP, y el juez de conocimiento en consideración a la calidad de víctima negó la práctica de esta prueba. Sin embargo, la parte interesada en la prueba interpuso recurso de apelación en efecto devolutivo, argumentando la necesidad de saber los cuidados que había tenido GYVP durante el embarazo, a efectos de determinar si ella se había realizado los controles prenatales, ante lo cual, el Tribunal Administrativo, en segunda instancia, resolvió ordenar la realización del interrogatorio.

Durante la práctica del interrogatorio a GYVP, se vio obligada a relatar la experiencia sufrida durante el proceso de parto, reflejando su dolor. En la intervención de la contraparte, le hicieron preguntas que no eran conducentes ni pertinentes y mucho menos necesarias, invadiendo su intimidad personal y familiar al preguntarle si el segundo hijo que tuvo es de el mismo papá o de otro; así como preguntas invalidantes de como ella percibió el parto, al preguntarle que si lo afirmado respecto a su experiencia durante el proceso del parto y las consecuencias del mismo, lo hace como médico o si tiene alguna especialidad en el tema.

Bajo esos supuestos, es evidente que quienes representan los intereses del presunto agresor, bien sea un profesional de la salud o una institución, dentro del proceso judicial, como se observó en el anterior caso, buscarán realizar preguntas que ataquen directamente a la mujer mediante su descalificación y estigmatización. Situaciones que claramente la revictimizan, contando con la permisividad de los operadores judiciales; en ese caso específico del fallador de segunda instancia, al permitir la práctica de esa prueba.

3.5 Análisis Crítico: Impacto en la integralidad psicológica y credibilidad de las mujeres afectadas.

Las mujeres durante el embarazo, el parto y el puerperio, están predispuestas a padecer cambios en su salud emocional, por lo que implica la llegada de un nuevo ser y los cambios que esto genera en su entorno. La violencia obstétrica, no solo afecta a la mujer gestante que lo padece, sino que afecta al bebé que está por nacer, a la relación madre e hijo y al entorno familiar. Al respecto, autores como Giovanazzi, han manifestado que el embarazo como estado, presenta manifestaciones psicológicas propias, muchas de éstas van a ir variando de acuerdo con los cambios biológicos y algunas van a permanecer durante todo el período del embarazo. Finalmente, otras se irán agregando con la aparición de nuevos eventos propios del embarazo o ajenos a él, como los cambios familiares por los efectos en la vida conyugal, por el surgimiento del rol como padres en el funcionamiento de pareja, los cambios físicos; todo esto sumando al concepto de maternidad para la mujer, el cual representa uno de los hechos más trascendentales en su vida. (Giovanazzi, 2020, pp. 19-21).

El citado autor expuso también que los cambios biológicos ocurren con gran rapidez y dan pie a la aparición de manifestaciones de alta intensidad, tales como: ansiedad que puede llegar a ser de manera excesiva, depresión, e inestabilidad emocional. Estas manifestaciones emocionales, según Giovanazzi, se reportan en un alto número de mujeres en la etapa del embarazo, llegando a desarrollar miedos excesivos e irracionales al parto, aspecto que se puede volver patológico, siendo fundamental, su atención y neutralización por parte de profesionales en psicología, o en su defecto, psiquiatría. Aunado a lo anterior, se pueden producir sentimientos de ansiedad por temor a la pérdida y miedo a lo desconocido, como un nuevo rol de madre, e incluso, desordenes por estrés post traumático (Giovanazzi, 2020, pp. 22-23).

De ese modo, la violencia obstétrica puede traer consigo, daños en la relación madre e hijo, tal como lo exponen Jaramillo López, Fernandez Velasco, & Garrido Hernanzais, puesto que, el trato impersonal por parte del personal de la salud hacia la mujer gestante, tienen un gran impacto en la salud psicológica de la mujer, al desarrollarse factores como: una baja autoestima, relaciones sociales disfuncionales, destrucción de su fantasía sobre la maternidad, incluyendo ideas sobre el suicidio. Como

lo describen los mencionados autores, cuando se genera violencia obstétrica durante el parto, puede afectar la salud mental de la madre, lo que a su vez provoca problemas físicos, cognitivos y emocionales en los niños e incluso llega a afectar de forma negativa la relación entre madre e hijo; también puede generar miedos frente a futuros partos, una visión negativa del niño y un deterioro del interés del acercamiento de la madre hacia el mismo o depresión post parto. La violencia obstétrica, como experiencia negativa de parto, no produce únicamente los problemas mencionados con anterioridad, sino que también genera cambios abruptos en el comportamiento del menor, a raíz de las secuelas de la madre (Jaramillo, Fernandez, & Garrido, 2021, pp. 31-33).

Desde el análisis de las consecuencias que la violencia obstétrica trae a la salud emocional y mental de la mujer, es necesario en este capítulo revisar la psicología del testimonio, a fin de determinar, el papel de la prueba de la declaración de parte, mediante un interrogatorio realizado por la contraparte, en la búsqueda de la verdad, en los procesos de responsabilidad médica por este tipo de violencia.

Teniendo en cuenta que el propósito de la declaración de parte es lograr la confesión a través del interrogatorio, se puede llegar a cuestionar ¿qué puede confesar una mujer víctima de violencia obstétrica? ¿Se le puede atribuir la responsabilidad de la negligencia o malos tratos por parte del personal de la salud o las políticas y protocolos del instituto de salud, para manifestar que fue culpa exclusiva de la víctima? Lo cierto es que las partes dentro del proceso pueden hacer uso de los recursos probatorios que tienen, ya sea para demostrar la culpa y el nexo de causalidad o para desvirtuarla.

Puede si quiera en el imaginario pensar, que la víctima de violencia obstétrica tenga que someterse a un cuestionario de preguntas, que la obligan a recordar los hechos dolorosos que tuvo que vivir. Respecto a relatar los hechos traumáticos vividos o situaciones vividas que pudieran haber afectado la psique, Álvarez Gómez, expone lo siguiente:

Ciertos acontecimientos pueden generar la imposibilidad de nombrar lo sucedido, provocando efectos traumáticos, por este motivo se esperaría que la víctima de violencia obstétrica no asocie como traumatizante el maltrato ocasionado por el personal de salud, sino el proceso en

sí mismo, lo que ella podría simbolizar como su parto, y considera necesario, un proceso terapéutico de orden psicodinámico, escuchando asociaciones posibles de enlazar con lo traumático, con el fin de propiciar el recuerdo para que la paciente pueda elaborar aquello que le ha sido imposible nombrar. (Álvarez Gómez, 2017, pp. 26-38).

Se pudiera entonces cuestionar, si es válido obligar a la víctima de violencia obstétrica, a relatar lo sucedido, por imposición probatoria y no porque ella esté preparada emocionalmente y necesite contar su historia, para liberarse del suceso traumático. Ahora, cómo podría lograrse esa búsqueda de la verdad con el interrogatorio a la víctima de violencia obstétrica, si de por medio está el condicionamiento psicológico por los sucesos traumáticos vividos, aunados a otros factores, como la memoria en el pasar del tiempo y lo que hoy en día se llama psicología del testimonio.

La psicología del testimonio la describe Nieva Fenoll como una materia imprescindible, si se desea comprender algo científicamente correcto, de la prueba de interrogatorio (Nieva Fenoll, 2020, p. 4); un concepto más técnico de la psicología del testimonio lo exponen Mira y Diges, quienes lo caracterizan como:

El conjunto de conocimientos, que, basados en los resultados de las investigaciones, de los campos de la Psicología Experimental y la Psicología Social, intentan determinar la calidad (exactitud y credibilidad) de los testimonios que, sobre los delitos, accidentes o sucesos cotidianos, prestan los testigos, y estos testimonios de los testigos, se basan en la capacidad de memoria (Mira y Diges, 1991, p. 1).

Sobre la memoria, Mira & Diges, exponen que no todos tienen la capacidad de recordar con la misma facilidad las cosas, las personas o los acontecimientos, puesto que la memoria humana no funciona como una videogradora domestica que codifica las imágenes y sonidos con exactitud y tantas veces como sea posible, sino que es activa, toda vez que, “codifica y decodifica información en función de su relevancia, del material que ya contiene, de las experiencias pasadas, de estereotipos, es maleable y se ve afectada por el paso del tiempo” (Mira y Diges, 1991, p. 1).

De igual manera, De Paula Ramos plantea que, con los años, se llega a creer que la mente es como una grabadora que simplemente graba con precision cualquier cosa que vemos, oímos o con la que tenemos contacto y la realidad es que sucede en el momento, pero mezclado con recuerdos, sueños, distracciones; por lo tanto los recuerdos no son tan perfectos (De Paula, 2019, p. 101).

Por su parte, Contreras Rojas, explica que el psicólogo alemán William Stern, considerado como el verdadero pionero de la psicología del testimonio, dentro de sus trabajos, argumentó que poder tener un recuerdo libre de errores, no se asimila como una regla, sino es más bien la excepción. Del mismo modo, señaló que, ni recurriendo al juramento, se puede proteger el testimonio contra los detalles que la memoria deja de lado (Contreras Rojas, 2015, p. 150).

Desde el contexto del proceso judicial, Contreras Rojas, expone que la declaración de toda persona, parte del supuesto de la información que posee sobre los hechos que han generado la controversia, que guarda ciertos datos en su memoria, que al ser puestos en el conocimiento del juez que conoce el proceso, servirán para fortalecer su posición procesal, en busca de obtener una sentencia judicial favorable a sus intereses y si se pretende que desde el ejercicio de la memoria una persona pueda recuperar los hechos ocurridos, se hace indispensable que ella hubiera almacenado, correctamente la información, correspondiente a esos sucesos. Sin embargo, todo recuerdo que integra la memoria se conforma a partir de una percepción sensorial, sin la cual, no es posible cumplir con el proceso de memorizar, y por ello, para que exista el almacenaje de información potencialmente relevantes en el terreno judicial, debe generarse un estímulo capaz de detonar los recuerdos de situaciones fácticas reales, aunque estas conviven con aquellos recuerdos provenientes de pensamientos, sueños, y alucinaciones generadas por el sujeto. Por lo tanto, cuando en el proceso se solicita al declarante que recuerde un hecho y que además esté ajustado a la efectiva ocurrencia de los sucesos, la fijación de los acontecimientos, en la memoria del sujeto, debe ser lo más fiel posible, de lo contrario aunque se desarrolle la declaración con total honradez, en ningún caso se obtendrá un relato coherente con lo sucedido. (Contreras Rojas, 2015, pp. 152-153).

Por otra parte, De Paula Ramos clasificó el testimonio, según las siguientes características:

Tabla 5
Clasificación del testimonio, según De Paula Ramos

Sincero y verdadero	Hay conformidad entre las creencias del testigo y la realidad.
No sincero y verdadero	El testimonio se presenta sin apego a las creencias del testigo, pero si con la realidad.
Sincero y falso	El testimonio es acorde a las creencias del testigo, pero sin apego a la realidad.
No sincero y falso	No hay conformidad ni con las creencias del testigo, ni con la realidad.

Fuente: elaboración propia (2024)

El citado autor concluye que, “un testimonio para que sea útil para el derecho no es necesario que sea sincero sino tan solo que sea verdadero”. (De Paula Ramos, 2019, p. 103).

4. Medios probatorios para evitar la revictimización.

En el capítulo que precede, se expusieron insumos teóricos y jurídicos que visibilizan al interrogatorio de parte, como un mecanismo de revictimización para las mujeres que sufrieron actos de violencia obstétrica. Así, en este punto de la investigación, es necesario determinar cuáles son aquellos medios probatorios útiles para evitar tales fenómenos negativos en la vida de la mujer al enfrentarse a un proceso judicial. Este aspecto puntual, ocupará el objeto de estudio del presente acápite, que estará dividido en los siguientes ejes temáticos: i) relevancia y necesidad de medios probatorios adecuados; ii) técnicas y herramientas actuales: ventajas y desventajas; y, iii) recomendaciones para una recolección de pruebas más justa y empática.

4.1 Relevancia y necesidad de medios probatorios adecuados.

El vocablo probar tiene diversos significados y puede aplicarse en la medicina, las diferentes ciencias investigativas, el deporte, entre otras. La Real Academia Española dentro de varias definiciones, lo describe como la acción y efecto de probar, como el medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo (RAE, 2023).

Hernando Devis Echandía describe este término como una noción que puede ser ordinario o vulgar y técnica, que varía en atención a la actividad o ciencia que aplique, puesto que está presente en todas las manifestaciones de la vida humana; y, desde el derecho la concibe como “el conjunto de reglas que regula la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez a la convicción sobre los hechos que interesan” (Devis Echandía, 2007 pp. 13-14).

La etimología del vocablo “prueba” marca que, esta proviene del latín *probativo*, que, a su vez, se origina en el término *probus*, que está relacionado con rectitud, integridad y honradez; así mismo, deriva del adverbio *probe*, que quiere decir, honradamente, toda vez que, se ha considerado que quien prueba lo que pretende, actúa de esa manera (Contreras Rojas, 2015, p. 26).

Por su parte, Vásquez la describe como un término ambiguo, con el que se puede hacer referencia a los elementos de juicio, a la práctica probatoria y al resultado probatorio. (Vásquez, 2015, p. 27). De otro lado, Michele Taruffo, la describe como cualquier elemento que pueda ser usado para establecer la verdad acerca de los hechos de la causa (Taruffo, 2008, p. 15). A su turno, Ramírez Carvajal, desde los principios de la teoría general de la prueba, la concibe como una garantía constitucional, que le permite al juez cumplir su función constitucional, ya que, esta es la que le otorga elementos de conocimiento para fundamentar una decisión imparcial, justa y verdadera (Ramírez, 2017, p. 36-37).

De acuerdo con la definición que cada uno de los autores formula sobre la prueba, coinciden en que el fin de esta, es hallar la verdad de los hechos, tal como lo expone Ferrer Beltrán, al afirmar que “la averiguación de la verdad es el objetivo fundamental de la actividad probatoria en el proceso judicial” (Ferrer, 2007, p. 31).

En vistas de tal fin, es decir, la búsqueda de la verdad dentro del proceso judicial, en Colombia, a través del Código General del Proceso, se establecieron los medios probatorios que serían utilizados para esa finalidad, a saber: la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez (Ley 1564, 2012); estos medios probatorios para que sean tenidos en cuenta dentro del proceso, deben haberse obtenido de manera lícita y deben aportarse al expediente dentro de la oportunidad probatoria legalmente establecida.

Los medios de prueba son genéricos, algunos son más indispensables que otros, de acuerdo con los hechos que se pretendan probar, y el tipo de proceso que se adelanta. En el caso de la responsabilidad médica, es oportuno tener en cuenta ciertos factores para determinar cuáles son los medios probatorios idóneos.

El Código Civil, en sus artículos 1604 y 2341 ha establecido que, tanto en la responsabilidad contractual, como en la extracontractual se deben probar dos elementos: la existencia del daño que se ha ocasionado y la culpa de quien la causó; adicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia ha introducido otro elemento que es demostrar la relación de causalidad entre el daño y la culpa, lo que se conoce como el nexo causal.

4.2 Técnicas y herramientas actuales: ventajas y desventajas.

Prueba de la culpa: La culpa, según el artículo 63 del Código Civil, hace referencia a la conducta con falta de diligencia y cuidado, generando un resultado negativo e inesperado, pues su intención no es causar un daño. En responsabilidad médica, la culpa puede generarse por impericia, imprudencia, negligencia, violación del reglamento y faltas de gestión, coordinación, administración o decisión (Arias Fonseca, 2014 pp. 179-180).

Continuando con la norma *ibidem*, la culpa se caracteriza por ser tripartita, teniendo en cuenta que establece el grado de culpabilidad en grave, leve y levísima. Sin embargo, para algunos doctrinantes,

esta característica son letras muertas, por ejemplo, Javier Tamayo Jaramillo, ha manifestado que, con la incorporación de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado, con ello tácitamente se ha condenado la graduación de culpas del artículo 1604 del Código Civil (Tamayo, 1990, p. 437-439).

Sin embargo, aunque no se aplica la graduación de culpas, Tamayo Jaramillo, ha expuesto que, en el derecho privado, se consagra la clásica distinción entre obligaciones de medio a veces con culpa probada y a veces con culpa presunta y obligaciones de resultado con exigencia de una causa extraña como exoneración del presunto responsable. (Tamayo Jaramillo, 2022 pp. 86).

Entonces, esta clasificación permite sumergirse en la probática, pues de acuerdo con el tipo de culpa que aplique en el caso concreto, se determinará a quien le recae la obligación de probar y qué debe probar, es decir, se activa la carga dinámica de la prueba.

En materia de responsabilidad médica, vía jurisprudencial y doctrinal, se ha determinado que el tipo de obligación que le es aplicable a los profesionales de la salud, es de medios con culpa probada, sin embargo, excepcionalmente el Consejo de Estado, había aplicado la culpa presunta (falla en el servicio) en el ámbito específico de la responsabilidad médica obstétrica, o como ahora se ha denominado por violencia obstétrica; empero dicha postura en la actualidad cambió, tal como lo manifestó recientemente el Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

En igual sentido, la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico obstétrico, en un inicio aplicó un régimen de la culpa presunta, que operaba cuando el embarazo se hubiera desarrollado con normalidad y solo hasta el alumbramiento concluyera de manera no satisfactoria. Sin embargo, en la actualidad, dicha postura dio el paso a la falla del servicio probada. (Sentencia Reparación Directa 49267, 2023)

Desde hace varias décadas la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia clasificó las obligaciones, distinguiendo que existen de medio y de resultado. Para el caso puntual del profesional de la salud, se ha establecido, por regla general, que es de medios, en consonancia con el

artículo 1º de la Ley 23 de 1981, que señala como fin de la medicina, procurar por el cuidado de la salud del ser humano, y con el artículo 104 de la Ley 1438 de 2011, que determina que la relación que existe entre el profesional de la salud y el paciente es de medios. Por lo tanto, el médico o profesional de la salud, solo está obligado a aplicar todos los medios que consagra la ciencia médica, con el fin de curar al enfermo, pero no se obliga necesariamente a obtener dicho fin, esto, sin perjuicio del deber de desplegar todos los conocimientos de su ciencia y pericia, actuando con prudencia. (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2019, pp. 26-27).

Para el estudio de la culpa médica desde la obligación de medios, se debe valorar el cumplimiento de la *lex artis* o *lex artis ad hoc*, conforme a la definición que le han dado a la culpa médica, como aquella en la que el profesional de la medicina comete infringiendo las reglas que regulan el funcionamiento de la misma, de la llamada *lex artis* o *lex artis ad hoc*, entendida como la norma de conducta que exige el buen comportamiento del profesional; entonces como criterio valorativo, para calificar el acto médico concreto, debe tener en cuenta las especialidades y características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, así como de la influencia de factores endógenos, entre otros. (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2019, pp. 85-86).

Por vía jurisprudencial, el Consejo de Estado sobre la *lex artis* se ha considerado tradicionalmente que:

... el comportamiento del médico y de la institución prestadora del servicio, solo pueden ser juzgados teniendo en cuenta una parte de la denominada *lex artis*, en efecto, la práctica de la medicina, implica tener en cuenta las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la complejidad de acto médico, la disponibilidad de elementos, el contexto económico del momento y las circunstancias específicas de cada enfermedad y cada paciente; razón por la cual, no se puede pedir a ningún médico, como no se puede hacer con ningún otro miembro de la sociedad, el don de la infalibilidad. (Consejo de Estado, 1997).

El autor Jaramillo Jaramillo, expuso sobre la responsabilidad por el acto médico, indicando que se encuentra envuelto en un reproche

culpabilísimo respecto de la diligencia, pericia y cuidados exigibles al profesional de la salud, atendiendo lo establecido en las reglas de la *lex artis ad hoc*; instrumento que se visibiliza como el primordial criterio valorativo de la conducta médica, “junto con un patrón de comparación que no es otro que el obrar de un buen profesional” (Jaramillo, 2021, 406).

Para probar la culpa médica, se debe tener en cuenta que, tanto por vía jurisprudencial, como doctrinal, se estableció que la actividad médica no le es aplicable la responsabilidad por actividades peligrosas, pues, a pesar de que la realización del acto médico en sentido estricto pudiera causar daño mediante una actividad peligrosa, no es objetiva pues le falta la finalidad provechosa e individual del médico. (Tamayo Jaramillo, 2022, pp. 2-3).

De igual manera, la doctrina y la jurisprudencia han dispuesto que, por regla general, la responsabilidad médica es con la culpa y causalidad probada, teniendo en cuenta que su obligación es de medios y no de resultados y por tal motivo todo acto médico debe ser valorado desde la *lex artis ad hoc*.

En este sentido, la prueba de la culpa médica, independientemente que se considere que la obligación nace de manera contractual o extra contractual, por regla general, siempre deberá ser probada por el demandante, a excepción de lo que el juez disponga en cada caso concreto a través de la carga dinámica de la prueba, o como lo expuso Tamayo Jaramillo, cuando el acto médico haya sido contrario a la *lex artis* y sea demasiado obvio, como dice el aforismo romano *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí solas), configurándose la denominada culpa virtual. (Tamayo Jaramillo, 2022, pp. 24-25).

Jaramillo Jaramillo, sobre la tesis de la culpa probada, expuso que fue consolidada por las sentencias del 8 de mayo de 1990, 12 de junio de 1994 y 8 de septiembre de 1998 de la Corte Suprema de Justicia, y que dicha modalidad de culpa, no estaba en consonancia con el tratamiento probatorio referido a la actividad peligrosa; todo lo contrario, pues la Corte expresó, que la regla general en materia de indemnización de perjuicios, es probar por quién reclama los elementos, que en los sistemas culpabilistas, conforma la responsabilidad. Es decir, el asumir

las consecuencias de una conducta positiva o negativa con la que se afirma se causó un daño, en otras palabras, deberá probar la culpa del médico sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación, y al médico tan solo se obliga a poner en la actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo. (Jaramillo Jaramillo, 2021, p. 88, 331).

Desde el ámbito de la responsabilidad del Estado, cuando se habla de culpa, se hace referencia a la falla del servicio. Sobre el particular, Rivera León, hizo una apreciación a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado y el doctrinante Édgar Cortés, en donde expuso que el régimen general y por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria a cargo del Estado, se asienta sobre la falla probada. Por lo tanto, el demandante debe aportar la prueba de la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y esta; por consiguiente, el régimen objetivo se considera como excepcional, residual o subsidiario, en el que la parte demandada no debe probar la ausencia de falla o culpa sino acreditar una causal exonerativa de responsabilidad, como la culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, fuerza mayor y caso fortuito (Rivera, 2023, pp. 96-97).

La carga dinámica de la prueba: Sobre la carga dinámica de la prueba, el artículo 167 del Código General del Proceso, establece la obligación que tienen las partes de probar los supuestos de hecho, sin embargo, el inciso segundo da potestad al juez, para que de oficio o a petición de partes, distribuya la carga al decretar las pruebas exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.

Desde esta óptica, en primera medida, le corresponde a quien alega la culpa probarla, es decir el demandante, no solo tiene la obligación de probar la existencia del daño como consecuencia del acto médico, sino también que el profesional de la salud o la institución prestadora del servicio de salud obró con culpa, ya sea por impericia, imprudencia, negligencia, violación del reglamento y/o faltas de gestión, coordinación, administración o decisión. Empero desde la aplicación de las cargas dinámicas probatorias le corresponde al demandado probar la ausencia de culpa.

Al respecto, Tamayo Jaramillo, considera controversial la carga dinámica de la prueba en el proceso de responsabilidad médica, realizando el siguiente cuestionamiento: ¿en un mismo proceso cómo deberá fallar el juez en caso de que el demandante no sea capaz de probar la culpa y el nexo causal y al demandado le sea imposible probar la ausencia de culpa? En respuesta, manifiesta el citado autor que hay dos posibilidades: o se aplica el principio general del *onus probandi*, es decir, que el que alega un hecho debe probarlo, o toma la decisión de condenar al médico por culpa y nexo causal presunto, o sea, impone al demandado una responsabilidad objetiva; sin embargo, esta última sería contradictoria al principio aceptado y reiterado por la misma Corte de culpa y causalidad probada. (Tamayo Jaramillo, 2022, pp. 112-113).

Por otra parte, según lo explicado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, la Corte Suprema de Justicia “ha declarado que en relación con el *onus probandi*, en ciertos casos de excepción, es dable al juez aplicar criterios de flexibilización o racionalización probatoria, como la regla *res ipsa loquitur*, la tesis de la culpa virtual, entre otros”. (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2019).

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el legislador facultó al juez para distribuir la carga de la prueba, a quien le sea más fácil aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos, ya sea por su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte; es por ello que el juez, de acuerdo a cada caso particular, puede imponer el deber de probar la ausencia de culpa al médico, en cuyo evento le correspondería al demandante probar el nexo causal entre el daño y la culpa presunta.

En relación con lo anterior Tamayo Jaramillo expuso que, con culpa probada o presunta del profesional de la salud, el demandante debe probar que la acción u omisión del galeno, generó desordenes orgánicos al enfermo y que se debió a esa culpa probada o presunta, pues de nada le sirve al demandante probar la causalidad y una culpa del médico, si no demuestra que esa culpa es la determinante causal del daño. (Tamayo Jaramillo, 2022 p. 115).

El nexo de causalidad: El nexo de causalidad es otro de los elementos esenciales en la responsabilidad civil, como se ha manifestado, por regla general, quien pretenda ser indemnizado por el incumplimiento de una obligación legal o contractual, debe probar el daño, la culpa y el nexo de causalidad entre la culpa y el daño.

Sobre el particular, Acosta Madieto plantea que el nexo causal, es un elemento que resulta esencial en atención a que, la existencia de la relación médico paciente, no es una prueba infalible para atribuir la responsabilidad del daño al susodicho profesional, pues los elementos probatorios aportados al proceso, con un alto grado de ocurrencia, pueden originar dudas sobre si en realidad fue el obrar del médico, lo que ocasionó los perjuicios. Por tal razón, se exige, en todo caso, demostrar el vínculo causal, tomando como criterio las reglas de la experiencia científica, objetiva y estadística. (Acosta Madieto, 2010, p. 7).

El fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño se ha desarrollado desde el sentido del artículo 2341 del Código Civil, que da la pauta junto con el artículo 1616, cuando señala que, si no se puede imputar dolo al deudor, éste responde solo por los perjuicios que se previeron o pudieron preverse y que se exime la indemnización de perjuicios por la mora producida cuando se originó por fuerza mayor o caso fortuito.

En materia de responsabilidad médica, según lo anotado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, este elemento obedece a las reglas del derecho común de la responsabilidad, sin embargo, apunta la mencionada institución que, cierto sector de la doctrina pide un trato especial, toda vez que, a diferencia de lo que acontece en otras áreas, en el ámbito médico, este elemento debe ser establecido con arreglo a criterios técnicos científicos. (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2019)

En este sentido, Tamayo Jaramillo, manifestó que aplicar la teoría de la causalidad en la responsabilidad médica, exige una argumentación científica que satisfaga la conclusión racional, que fue con la conducta culposa del médico, la causante del daño. (Tamayo Jaramillo, 2022, p. 121).

El nexo de causalidad permite al demandado cumplir con la carga probatoria del demandante y al demandado le permite exonerarse de la culpa con el rompimiento del nexo por una causa extraña. Sin embargo, frente a la dificultad para probarlo, la doctrina ha señalado que la relación de causalidad debe ser cierta y directa, pero ante la imprecisión de las teorías, ello da a los jueces bastante libertad en su apreciación. (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2019).

En este contexto, Tamayo Jaramillo ha manifestado que es equivocada la creencia que la carga de la prueba del nexo causal se logra mediante indicios, pues si al demandante le queda muy difícil o imposible probar el citado nexo, en realidad quien carga con la dificultad probatoria del demandante es el médico o profesional de la salud, cuando a este se le facilita probar la ausencia de culpa y de nexo de causalidad. Sin embargo, ante la imposibilidad de las partes de probar, el juez debe aplicar el *onus probandi* y absolver al médico sin que el juez pueda mejorar la situación probatoria a favor de la víctima (Tamayo Jaramillo, 2022, pp. 122-123).

Desde este punto, se infiere entonces que, independientemente a quien le asignen la carga probatoria, la otra parte no puede permanecer pasiva durante el proceso; por tal motivo es necesario revisar, cuáles son los medios probatorios idóneos, pertinentes y necesarios en el proceso de responsabilidad médica por violencia obstétrica, para probar el daño, la culpa médica y el nexo de causalidad, o para probar la ausencia de culpa y el nexo causal; en consonancia con los medios probatorios del artículo 165 de la Ley 1564 de 2012.

Medios de prueba en el proceso de responsabilidad médica: La existencia de la relación médico paciente, se hace tangible y verificable a partir de un documento elaborado por el equipo médico tratante, llamado historia clínica, donde se indican las condiciones clínicas del paciente, los resultados de la anamnesis, el diagnóstico y el tratamiento, tal como lo indica la Ley 23 de 1981, por la cual se dictan normas en materia de ética médica. El artículo 34 *ibidem* define la historia clínica como “el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley.” (Ley 23, 1981).

La historia clínica ha adquirido un papel relevante como medio probatorio dentro del ordenamiento jurídico colombiano, máxime en tratándose de procesos de responsabilidad médica; este rol es explicado por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

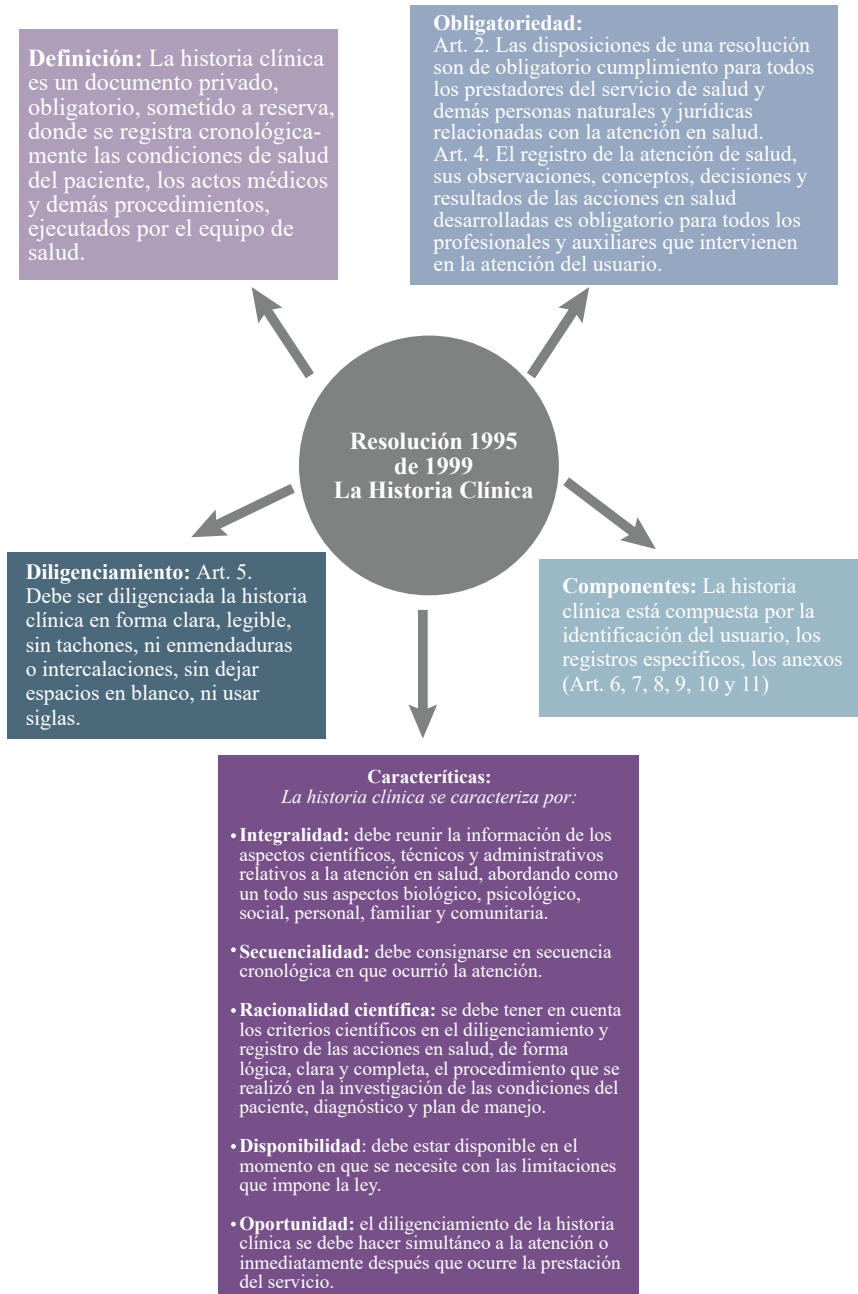
Además, la doctrina ha sostenido que la historia clínica constituye mucho más que una simple recopilación de datos del paciente; de hecho, otorga una importancia tal a ese instrumento, que lo considera no solo una “biografía patológica de una persona”, sino también como un “documento fundamental y elemental del saber médico, en donde se recoge la información confiada por el enfermo al médico para obtener el diagnóstico, el tratamiento y la posible curación de la enfermedad”

Es así como este documento, en materia de responsabilidad médica, adquiere gran importancia en cuanto constituye el medio de prueba idóneo para determinar si las prestaciones médico-asistenciales de que fue objeto el paciente se adecuaron a los procedimientos establecidos por la ciencia (*lex artis ad hoc*) en ese campo.” (Sentencia Reparación Directa 59559, 2022).

Pero, de acuerdo con lo explicado en la citada sentencia, ¿por qué es el medio de prueba idóneo según el Consejo de Estado? Esto se debe a que en dicho documento se registran las condiciones médicas del paciente, los tratamientos o procedimientos realizados, los padecimientos y el equipo de salud que interviene en la atención, es decir, es el documento donde se tiene la obligación de reseñar todo lo que le ocurre al paciente y a cargo de quien se encontraba el procedimiento.

A continuación, se representa en forma gráfica la Resolución 1995 de 1999, con la que el Ministerio de Salud, de conformidad con las competencias asignadas en el artículo 8º de la Ley 10 de 1990, estableció las normas para el manejo adecuado de la historia clínica:

Figura 8
Aspectos sobre la historia clínica fijados en la Resolución 1995 de 1999



Fuente: elaboración propia (2024)

Como se desprende de la Resolución 1995 de 1999, el equipo profesional en la salud que intervienen en la atención a un usuario, tienen la obligación legal de registrar las observaciones, conceptos, decisiones y resultados de las acciones en salud desarrolladas; en caso tal que falte algún dato o no se encuentra diligenciada de manera clara, legible o con enmendaduras, es un indicio del inadecuado manejo de las patologías y de los pacientes, tal como lo consideró el Consejo de Estado en la sentencia proferida el 26 de marzo de 2014 bajo el radicado 66001-23-31-000-2001-00766-01(26924).

Dentro de ese orden de ideas, se podría decir que la historia clínica es la prueba elemental y fundamental dentro de un proceso de responsabilidad médica, teniendo en cuenta los siguientes aspectos: primero, que pese al pasar del tiempo, podrá suministrar una información de manera verídica y certera sobre la atención médica recibida por la víctima; segundo, que no solamente le va a brindar información al Juez, sino también permitirá la práctica de otros medios probatorios como el informe pericial, pues sin la historia clínica o con una historia clínica mal elaborada, difícilmente podría cumplirse el objeto del peritaje, pues no habría manera de verificar los hechos que requieren del conocimiento técnico o científico del caso en específico, y no podría dar el perito una opinión respecto si la atención médica recibida fue adecuada cumpliendo los estándares de la *lex artis*; tercero, permite ser valorada en audiencia de práctica de pruebas por los testigos técnicos para que puedan suministrar alguna información que esclarezca los hechos del litigio.

La prueba documental es uno de los mecanismos más usados en los procesos judiciales, entre los cuales se encuentran, según el legislador, los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos, que tienen como características ser representativo, declarativo, también son públicos o privados dependiendo de quién los expida (Ley 1564, 2012). En los procesos de responsabilidad médica, a parte de la historia clínica, es habitual allegar documentos relacionados con protocolos clínicos, informes científicos, revistas científicas, referentes al diagnóstico y tratamiento relacionado con los hechos objeto del litigio.

Los informes periciales, conforme a la legislación colombiana, tiene por objeto verificar los hechos que requieren un conocimiento técnico, científico o artístico (Ley 1564, 2012), son elaborados por personas que “cuentan con una experticia especial en un área de conocimiento derivada de su experiencia en el desempeño de ciertos oficios o artes” (Molina Arauz, 2013). Para Nieva Fenoll, la prueba pericial es el medio al que menos valoración judicial se realiza, dado que el juez no es un superpoderoso que tiene conocimiento pleno frente a cualquier situación y muchas veces se olvida que el papel de esta prueba es instruir al órgano judicial para que este pueda conocer de los aspectos importantes que se debaten en el proceso. (Nieva Fenoll, 2010, p. 285).

Por otra parte, Ramírez Carvajal, define la prueba pericial como un medio probatorio pertinente para verificar hechos que interesan al proceso y requiere especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos que permite aportar un cierto nivel de conocimiento cualificado al juez. (Ramírez Carvajal, 2017, p. 212-213).

De otro lado, Vásquez, sobre la prueba pericial expuso que este medio probatorio está caracterizado por ofrecer información especializada al proceso, encaminada a lograr una correcta toma de decisiones por parte del operador judicial, al ser dicha información de carácter científico, técnico, artístico o práctico, y es rendida mediante un tercero ajeno a la causa, dada su formación, su experiencia o conocimientos. (Vásquez, 2015, p. 37).

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia destacó que el dictamen pericial se caracteriza por ser un estudio científico, en donde, el respectivo profesional o experto, debe cimentar sus determinaciones en una evaluación integral de los hechos, con una conexión lógica entre la investigación y la conclusión. Del mismo, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria argumentó que, la validez del dictamen está basada en su fundamentación, a efectos de ofrecer una mayor certeza, seguridad y confiabilidad sobre su objeto (Corte Suprema de Justicia, 2020).

Por lo tanto, el informe pericial no solo ayuda a aclarar el tecnicismo científico, proporcionándole al Juez un conocimiento más amplio que le permita verificar los hechos objeto del litigio, sino también facilita a las partes probar la existencia del hecho culposo y el nexo de

causalidad o desestimarlos; como se había manifestado previamente, en responsabilidad médica, a diferencia de lo que sucede en otros campos, el nexo de causalidad debe ser establecido con arreglo a criterios técnicos y científicos.

La prueba testimonial, algunos doctrinantes, como, por ejemplo, Ramos, la han descrito como una prueba que se practica de manera oral, ante una autoridad jurisdiccional o con competencias investigativas, con la que se busca que, una persona que no hace parte del proceso relate su versión sobre los hechos relevantes para el juicio, ocurridos con anterioridad y que conoció por medio de sus sentidos (Ramos, 2019, p. 40).

Según el artículo 208 del Código General del Proceso, toda persona tiene el deber de rendir testimonio si se le requiere salvo las excepciones de ley, así mismo, deben gozar de total imparcialidad, tal como lo manifiesta el artículo 211 ibidem, so pena de ser tachado su testimonio por circunstancias que puedan afectar su credibilidad o imparcialidad a razón del parentesco, dependencia, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

En los procesos de responsabilidad médica, por lo general, es utilizada la figura del testigo técnico como medio de prueba. Este testigo técnico está sujeto a las mismas reglas establecidas en el Código general del proceso para la práctica de la prueba testimonial (Artículo 208 y subsiguientes); puede ser solicitado a petición de parte o de oficio a criterio del juez.

El testigo técnico, según la Corte Suprema de Justicia, es aquella persona que, además de haber presenciado los hechos, posee especiales conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre ellos, cuyos conceptos y juicios de valor limitados al área de su saber aportan al proceso información calificada y valiosa sobre la ocurrencia de los hechos concretos que se debaten. (Corte Suprema de Justicia, 2017).

Así las cosas, el testigo técnico puede ser cualquier profesional de la salud que, de alguna manera, participó o tuvo conocimiento directo del procedimiento médico de la víctima objeto del litigio. El papel del testigo técnico es similar al del perito, tal como lo ha dicho el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria: tanto las afirmaciones de los

testigos técnicos, como las conclusiones contenidas en una experticia, resultan valiosas para el proceso, en tanto vengan precedidas de explicaciones suficientes, que brinden al juez herramientas para su valoración racional. (Corte Suprema de Justicia, 2021). Sin embargo, se diferencian en cuanto que el testigo técnico habla desde el conocimiento directo que tuvo con los hechos objeto del litigio y sus conocimientos científicos, y en la prueba pericial el perito expone su criterio general y abstracto acerca de temas científicos, técnicos o artísticos que interesan al proceso.

Desde este contexto, resulta controversial la objetividad del testigo técnico, teniendo en cuenta que, más allá de una explicación científica, va a dar un concepto desde la percepción que tuvo de los hechos, situación que se torna problemática, pues, como se explicó en el capítulo anterior, todas las personas no tienen la facilidad de recordar los acontecimientos, las personas o las cosas de manera íntegra, ya que la memoria humana no funciona como una videgrabadora.

Sumado a lo anterior, si el testigo técnico es un mismo profesional de salud perteneciente al centro médico en donde se materializó el daño, su capacidad de recordar se verá afectada, si se tiene en cuenta la gran cantidad de pacientes que puede tratar un profesional de la salud con iguales diagnósticos durante su carrera y lo dificultoso que será recordar cada caso concreto con el pasar del tiempo, cuando los recuerdos se van mezclando con otras vivencias. La realidad es que sus recuerdos son realmente lo que pueden leer de la historia clínica y de las actuaciones que tuvieron en la atención de paciente de acuerdo con el registro de la firma que dejaron plasmada.

Ahora, hay otro factor que puede influir en la declaración del testigo técnico y es el vínculo que tenga con la parte que lo llamó a declarar, como un vínculo laboral o contractual, que es a la final el que permitió que el profesional de la salud hubiera presenciado e incluso participado en la atención médica objeto del litigio. Al respecto, como se manifestó anteriormente, el artículo 211 del Código General del Proceso, se podría hablar de parcialidad por dependencia laboral o por intereses de carácter contractual.

Sin embargo, al respecto la Corte Suprema de Justicia consideró que la declaración de una persona que puede comprometer la responsabilidad

patrimonial de su empleador no es igual de espontánea y exacta que la que se obtiene de un tercero completamente ajeno a los intereses de las partes, aunque esta situación no es *per se* demeritorio del testimonio, si debe llamar la atención del sentenciador para corroborar la consistencia y coherencia de la información aportada. (Corte Suprema de Justicia, 2017).

Otro medio probatorio importante en el proceso de responsabilidad médica por violencia obstétrica es el indicio. De conformidad con la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, citada por la Corte Constitucional en Sentencia SU-048 de 2022 dentro de sus consideraciones, se manifestó lo siguiente: “En estos asuntos, le corresponde al demandante probar (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia”. (Sentencia SU-048, 2022).

Los indicios, según sentencia del órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del 18 de enero de 2012, expediente 21196, son un mecanismo indirecto y no representativo, pues el director del proceso cuenta con unos hechos probados a partir de los cuales establece otros hechos, bajo la aplicación de las reglas de la experiencia, o principios técnicos o científicos. (Sentencia Reparación Directa 21196, 2012).

4.3 Recomendaciones para una recolección de pruebas más justa y empática.

De acuerdo con los fundamentos jurídicos expuestos a lo largo del presente documento, se logra concluir que el interrogatorio de parte se constituye como un medio probatorio que revictimiza a las mujeres víctimas de violencia obstétrica. Ahora bien, en aras de realizar un análisis propositivo para subsanar estas falencias que afectan los derechos fundamentales de la mujer víctima que acude ante la Jurisdicción para reclamar la reparación del daño antijurídico, se recomiendan los siguientes parámetros que se encuentran en la jurisprudencia para la recolección de pruebas de una manera más justa y empática:

1. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las pruebas deben valorarse atendiendo la *lex artis*; en ese sentido, el médico debe actuar según los conocimientos científicos y técnicos existentes en la especialidad y ámbito médico que pretende practicar. (Sentencia SU-048, 2022).
2. En atención a la Ley 2244 de 2022 se deberá probar en el proceso la impericia, imprudencia o negligencia, para estos casos, las pruebas que se requieren deben ser con arreglo a criterios técnicos científicos.
3. Las pruebas deben ser recolectadas desde la perspectiva de género, eliminando la revictimización (Sentencia T-093, 2019).
4. Que en los informes o en las pruebas allegadas no se utilicen estereotipos, recomendación que se extrae de la jurisprudencia de la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala, 2017).
5. Siguiendo la línea argumentativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se recomienda que la administración de justicia y sus auxiliares actúen de manera diligente (Caso V.R.P. - V.P.C. y otros Vs. Nicaragua, 2018).
6. Utilizar un correcto lenguaje dentro del proceso judicial y la recolección de pruebas cuando se involucren posibles hechos de violencia de género, a efectos de que la víctima sea tratada con el mayor respeto y consideración (Sentencia T-400, 2022).
7. Flexibilizar la carga de la prueba en asuntos relacionados con violencia de género, dando privilegio a los indicios frente a las pruebas directas, en el evento que estas resulten insuficientes. (Sentencia T-012, 2016).
8. Evitar la falta de exhaustividad en el análisis de la prueba recogida o la revictimización en la recolección de pruebas. (Sentencia T-878, 2014).

9. Analizarse la existencia de relaciones de poder que lleguen a afectar la dignidad de la mujer. (Sentencia T-012, 2016).
10. Aplicar los criterios de la perspectiva de género. (Sentencia T-11362, 2023).

Conclusión

Una vez analizados los diferentes medios probatorios idóneos para cumplir con la carga de probar la culpa, el daño y el nexo de causalidad desde la intervención clínica, es procedente preguntarse ¿cómo podría probar la víctima los malos tratos recibidos por los profesionales de la salud, ya sean de manera simbólicos o verbales y el irrespeto a su libre determinación y expresión, considerando que esta información no queda registrada en la historia clínica? La respuesta a lo anterior está dada, primero, mediante prueba documental, teniendo en cuenta que la mujer gestante tiene derecho a presentar un plan de parto, el cual debe ser respetado por los actores del sistema de salud que le atenderán en ese procedimiento, de acuerdo con el artículo 4º de la Ley 2244 de 2022; en segunda medida, través de la declaración que puede ser solicitada por la misma parte o a la contraparte, tal como se trató en el capítulo anterior y a través de la prueba testimonial.

Sin embargo, el juzgador deberá tener en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-878 de 2014, en el sentido de evitar la falta de exhaustividad en el análisis de la prueba recogida o la revictimización en la recolección de pruebas (Corte Constitucional, 2014); y en la sentencia T -012 de 2016, en especial, el llamado para evitar la revictimización de la mujer al momento de administrar justicia, para lo cual, se deberá flexibilizar la carga de la prueba en asuntos relacionados con violencia de género, dando privilegio a los indicios frente a las pruebas directas, en el evento que estas resulten insuficientes. Del mismo modo, en cada caso concreto, se deberá analizar la existencia de relaciones de poder que lleguen a afectar la dignidad de la mujer (Sentencia T-012, 2016).

Desde este punto, a manera de conclusión, se puede dar respuesta a la pregunta realizada en el capítulo anterior, en la que se planteaba si era necesario o no exponer a la mujer víctima de violencia obstétrica

a declarar, y cuál podría ser el resultado de contestar un interrogatorio frente a la negligencia y malos tratos por parte del personal de salud o las políticas y protocolos del instituto de salud. Para tal efecto, es necesario interrogarse sobre qué puede confesar una mujer víctima de violencia obstétrica.

Como se explicó en el capítulo anterior, la declaración de parte a través del interrogatorio busca una confesión, entonces, si la solicitud de la declaración es realizada por el demandado, buscando con este medio de prueba desvirtuar la culpa y el nexo de causalidad, solo sería pertinente conducente y necesario, en el caso que en los hechos de la demanda se relacionen hechos de violencia verbal o malos tratos, ya que si es por la intervención clínica, no podría suministrar información que sea relevante como si lo puede hacer la prueba documental, esto es, a través de la historia clínica, los protocolos clínicos y otros documentos científicos, y/o recurriendo al peritaje y los testigos técnicos.

En caso contrario, que la declaración de parte la solicite la misma parte, lo podría hacer para que a través del interrogatorio pueda manifestar las experiencias vividas durante el proceso de gestación parto y post parto, permitiendo conocer al Juez desde su sentir como afectó a su integridad emocional y psicológica el trato recibido por el personal de la salud y por los demás actores del sistema de salud que de alguna manera intervinieron en el embarazo, parto y post parto.

Para finalizar es necesario responder la pregunta que dio origen a esta investigación ¿Cómo se afecta la integridad de la víctima de violencia obstétrica en el proceso de responsabilidad médica, al exigirse el interrogatorio de parte a la víctima pudiéndose lograr la certeza de los hechos a través de otros medios de prueba?

Se debe iniciar desde la prevención de la revictimización de la mujer víctima de violencia obstétrica en la recolección de las pruebas, puesto que, si bien es cierto la jurisprudencia ha hecho un llamado a los jueces al respecto, no se ha establecido una guía práctica para los entes judiciales, por lo tanto, el juez debe tener en cuenta la necesidad de llamar a declarar e interrogar a la víctima, es decir debe revisar cual es el objetivo de esta prueba y si determina que realmente es necesaria, pertinente y conducente. Del mismo modo, debe tener en cuenta si la víctima está preparada emocionalmente para recordar y

relatar los hechos, y que lo pueda hacer como una forma de liberarse del suceso traumático, más no como una imposición probatoria que afecte aún más su salud psicológica y emocional, pues como se narró en el capítulo que precede, la salud psicológica y emocional de la mujer está expuesta por el proceso biológico de gestación, que puede ser agravado por haber sufrido violencia obstétrica. Por tal motivo, como lo mencionó Álvarez Gómez, ciertos acontecimientos traumáticos pueden generar la imposibilidad de nombrar lo sucedido, generando efectos traumáticos hasta el punto de que la víctima de violencia obstetricia no asocie como traumático el maltrato recibido por el personal de la salud sino su proceso natural de ser madre, haciendo necesario un proceso terapéutico de orden psicodinámico (Álvarez, 2017, pp. 26-38).

Referencias

- Acosta Madiedo, C. D. (2010). Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba. *Revista de Derecho Privado*, 43, 2-26. Obtenido de: <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033192001.pdf>.
- Álvarez Gómez, P. A. (2017). Algunas puntualizaciones acerca de los aportes clínicos de la teoría del trauma psíquico de S. Freud en la violencia gineco-obstétrica. *Boletín científico Sapiens Research*, 7(2), 26-38. Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6535269>.
- Asensi Pérez, L. F., & Díez Jorro, M. (2016). Evaluaciones psicológico-forenses en asuntos de violencia de género. Errores habituales y propuestas de mejora. *Informació Psicològica*, 111, 103-119. <https://doi.org/10.14635/IPSIC.2016.111.8>.
- Arias Fonseca, J. L. (2014). Responsabilidad y culpa médica: antecedentes y conceptos. *Revista Academia & Derecho*, 8, 173-192. Obtenido de: <https://doi.org/10.18041/2215-8944/academia.8.2491>.
- Bard, M. & Sangrey, D. (1979). *The Crime Victim's Book*. Obtenido de: https://books.google.com.co/books/about/The_Crime_Victim_s_Book.html?id=HTyU0bot38MC&redir_esc=y.
- Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala, 2. (24 de agosto de 2017). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Obtenido de San José, Costa Rica: (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas): <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo4.pdf>
- Caso V.R.P. - V.P.C. y otros Vs. Nicaragua, 2. (8 de marzo de 2018). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Obtenido de San José, Costa Rica: (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas): <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo4.pdf>
- Cázarez Hernández, L. (1995). *Técnicas actuales de investigación documental*. México D.F., México: Editorial Trillas S.A.

- Consejo de Estado. (2021). *Enfoque diferencial y equidad de género en la jurisprudencia del Consejo de Estado*. Bogotá D.C., Colombia: Imprenta Nacional de Colombia. Obtenido de: <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/libros/2022/Enfoque%20Diferencial%20y%20Equidad%20de%20Género.pdf>.
- Consejo de Estado, expediente 9467 indemnizaciones (Consejo de Estado: MP Carlos Betancur Jaramillo 3 de abril de 1997). Obtenido de: https://www.edileyer.com/wp-content/uploads/2018/02/Seccion_tercera.pdf.
- Contreras Rojas, C. (2015). *La valoración de la prueba de interrogatorio*. Madrid, España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A.
- De Paula Ramos, V. (2019). *La Prueba testifical, del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al dialogo con la psicología y epistemología*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Devis Echandía, H. (2007). *Compendio de la Prueba Judicial, tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni Editores.
- Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (2019). *Responsabilidad Médica en la Responsabilidad Civil*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de: <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m2-4.pdf>.
- Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (2022). *Perspectivas de género en el acceso a la justicia. Módulo de autoformación*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de: <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m7-32.pdf>.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *Valoración racional de la prueba*. Madrid, España: Marcial Pons Ediciones jurídicas y Sociales S.A.
- García, E. M. (2018). *La Violencia Obstétrica como Violencia de Género*. (tesis de doctorado). Madrid: Universidad Autónoma de Madrid. Obtenido de: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/684184>.
- Giovanazzi, S. (2020). Intervención Sistémica Temprana: Conectando la psicología perinatal con el modelo sistémico. *De familias y Terapias*, 19-31. Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8355206>.

- Gutiérrez de Piñeres Botero, C., Coronel, E. & Pérez, C. A. (2009). Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. *Liberabit*, 15(1), 49-58. Obtenido de: http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1729-48272009000100006.
- Jaramillo López, A., Fernández Velasco, R., y Garrido Hernanzais, H. (2021). *La violencia obstétrica como factor de riesgo para la formación del vínculo y el apego materno infantil: Una revisión sistémica. Psicosomática y psiquiatría*, 18, 31-33. Obtenido de: <https://raco.cat/index.php/PsicosomPsiquiatr/article/view/392161>.
- Jaramillo Jaramillo, C. I. (2021). *Responsabilidad civil médica - la relación médico paciente: Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Santiago, Chile: Ediciones Oljnik.
- Joja Tobar, E., Cuchumbe Sánchez, Y. D., Ledesma Rengifo, J. B., Muñoz Mosquera, M. C., Paja Campo, A. M., y Suarez Bravo, J. P. (2019). Violencia obstétrica: haciendo visible lo invisible. *Revista Salud UIS*, 51(2), 135-146. Obtenido de: <http://dx.doi.org/10.18273/revsal.v51n2-2019006>.
- Lafaurie Villamil, M. M., Rubio León, D. C., Perdomo Rubio, A., y Cañón Crespo, A. F. (2019). La Violencia obstétrica en la literatura de las ciencias sociales en América Latina. *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, 18(36), 1-12. Obtenido de: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.rgsp18-36.volc>.
- Ley 23. (18 de febrero de 1981). Congreso de la República. *Por la cual se dictan normas en materia de ética médica*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=68760#:~:text=Por%20secreto%20profesional%20m%C3%A9dico%20aquellos,casos%20contemplados%20por%20disposiciones%20legales>.
- Ley 1257. (4 de diciembre de 2008). Congreso de la República. *Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones*. Bogotá

D.C., Colombia: Diario Oficial No. 47.193 de 4 de diciembre de 2008. Obtenido de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1257_2008.html.

Ley 1564. (4 de diciembre de 2008). Congreso de la República. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012. Obtenido de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html.

Ley 2281. (29 de junio de 2023). Congreso de la República. *Por el cual se integra el Sector Administrativo de Igualdad y Equidad y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 52.441 de 29 de junio de 2023. Obtenido de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1074_2023.html.

Lira Urzúa, C. J. (2018). Aspectos constitucionales de la violencia obstétrica: análisis crítico. (*trabajo de grado*). Santiago, Chile: Universidad de Chile. Obtenido de: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/151029>.

Lorente, M., Sánchez de Lara Sorzano, C., Naredo, C. (2006) Suicidio y Violencia de género. Federación de Mujeres Progresistas y Observatorio de Salud de la Mujer. Ministerio de Sanidad y Consumo. Obtenido de: <https://www.mujeresenred.net/spip.php?article748>.

Marchena Fabian, Y. B. (2021). La revictimización en abordaje a víctimas de casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar por parte del personal policial - 2020. (*tesis de pregrado*). Lima, Perú: Universidad Privada del Norte. Obtenido de: <https://repositorio.upn.edu.pe/handle/11537/27974>.

Mercado Justiniano, G. Z. (2017). Criminología Victimal. La revictimización procesal de la agresión sexual y sus consecuencias neuropsicoemocionales: investigación preliminar y reacción a los medios sociales. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, 5, 94-104. Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6028969.pdf>.

- Merchán Sigcha, T. V. (2020). La revictimización en casos de violencia de género y su influencia en el proceso penal. (*tesis de maestría*). Cuenca, Ecuador: Universidad de Azuay. Obtenido de: <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/10396/1/16022.pdf>.
- Mira, J. J., y Diges, M. (1991). Psicología del Testimonio: concepto, áreas de investigación y aplicabilidad de sus resultados. *Papeles del psicólogo*, 48. Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=902867>.
- Molina Arauz, A. R. (2013). La prueba con perspectiva de género en el proceso penal nicaragüense. (*tesis de pregrado*). Nicaragua: Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua. Obtenido de: <http://riul.unanleon.edu.ni:8080/jspui/handle/123456789/3120>.
- Moreno Sánchez, J. A. (2023). Violencia obstétrica. ¿Es el término, o sus implicaciones? *Revista Conamed*, 28(3), 148-154. Obtenido de: <https://dx.doi.org/10.35366/113067>.
- Nieva Fenoll, J. (2020). La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos. *Ius et Praxis*, 26(3). Obtenido de: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000300157>.
- Organización Mundial de la Salud. (2014). *Prevención y erradicación de la falta de respeto y el maltrato durante la atención del parto en centros de salud*. Obtenido de: <https://www.who.int/es/publications/i/item/WHO-RHR-14.23>.
- Organización Mundial de la Salud. (2015). *Declaración de la OMS sobre tasas de cesárea*. Obtenido de: <https://www.who.int/es/publications/i/item/WHO-RHR-15.02>.
- Orth, U. (2002). Secondary victimization of crime victims by criminal proceedings. *Social Justice Research*, 15, 313-325. Obtenido de: <https://link.springer.com/article/10.1023/A:1021210323461>.
- Proceso de reparación directa. Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cúcuta. Radicado No. 54-001-33-33-002-2015-00136-00. Demandante: G.V.P.Y., Demandado: HUEM y Otros.
- Quattrocchi, P., y Magnone, N. (2020). *Violencia Obstétrica en América Latina. Conceptualización, experiencia, medición y estrategias*. Provincia de Buenos Aires, Argentina: Cuadernos

del Isco. Obtenido de: <https://isco.unla.edu.ar/edunla/cuadernos/catalog/book/7>.

Ramírez Carvajal, D. M. (2017). *La prueba en el proceso, una aventura intelectual*. Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez Ltda.

Ramos, V. D. (2019). *La prueba testifical del subjetivismo al objetivismo del asilamiento científico al dialogo con la psicología y la epistemología*. Madrid, España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Ríos Ruiz, A. A. (2018). La responsabilidad médica en las constituciones de México y Perú. *Ius Comitalis*, 1(2), 133-154. Obtenido de: <https://iuscomitalis.uaemex.mx/article/view/10860>.

Rivera León, D. C. (2023). *La violencia obstétrica: análisis de una mala praxis*. Bogotá D.C., Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.

Rivera Llano, A. (1997). *La Victimología ¿Un problema criminológico?* Bogotá: Librería Jurídica Radar Ediciones.

Rocca M. E. y Rocca M. A. (2022). Jurisprudencia constitucional sobre la revictimización en casos de delitos de violencia basada en género. *Revista de Derecho Público*, 60, 51-72. Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8691715.pdf>

Rochel Cabo, S. (2005). *Revictimización y justicia, victimización secundaria en el abordaje de casos de abuso sexual infantil en el ámbito judicial argentino*. Buenos Aires, Argentina: UBA. Facultad de Psicología. Obtenido de: <http://biblioteca.psi.uba.ar/cgi-bin/koha/opac-imageviewer.pl?biblionumber=13496&imagenumber=7297>.

Sanabria Rodríguez, D. (2020). *La declaración de la propia parte, análisis comparado acerca de las dificultades y ventajas que pueden ser tenidas en cuenta si se le considera como medio de prueba autónomo. (tesis de maestría)*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia. Obtenido de: <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/0860a445-60ef-430e-88c7-dc3683332329>.

Sampedro Arrubla, J. A. (1998). *Escritos sobre el proceso penal desde la victimología*. Bogotá, Colombia: Centro editorial Javeriano.

Sentencia de casación SC-4425. (24 de junio de 2021). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P.: Luis Alonso Rico Puerta. Bogotá D.C., Colombia: Radicación No. 08001-31-03-010-2017-00267-01. Obtenido de: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/11/SC4425-2021-2017-00267-01.pdf>.

Sentencia de casación SC-5186. (18 de diciembre de 2020). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona. Bogotá D.C., Colombia: Radicación No. 47001-31-03-004-2016-00204-01. Obtenido de: https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/01/SC5186-2020-2016-00204-01_1_.pdf.

Sentencia de casación SC-9193. (29 de marzo de 2017). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P.: Ariel Salazar Ramírez. Bogotá D.C., Colombia: Radicación No. 11001-31-03-039-2011-00108-01. Obtenido de: https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2019/10/SC9193-2017-2011-00108-01_2-11.docx.

Sentencia de casación SP-1793. (12 de mayo de 2021). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M.P.: Patricia Salazar Cuellar. Bogotá D.C., Colombia: Radicación No. 51936. Obtenido de: [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jul2021/SP1793-2021\(51936\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jul2021/SP1793-2021(51936).pdf).

Sentencia de reparación directa. (10 de octubre de 2022). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 19001-23-31-000-2010-00431-02 (59559). Obtenido de: https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/s/270/23_23_250002326000201000642011SENTENCIA20230802085143.pdf.

Sentencia de reparación directa. (24 de abril de 2023). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: María Adriana Marín. Bogotá

D.C., Colombia: Radicación número: 85001-23-33-000-2015-00330-01 (60187). Obtenido de: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=152059>.

Sentencia de reparación directa. (30 de agosto de 2018). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: Stella Conto Díaz. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 50001-23-31-000-2003-30307-01(40251). Obtenido de: [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/libros/2022/providencias/182_50001-23-31-000-2003-30307-01\(40251\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/libros/2022/providencias/182_50001-23-31-000-2003-30307-01(40251).pdf).

Sentencia SU-048, (16 de febrero de 2022). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Cristina Pardo Schlesinger. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: T-8.303.929. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/SU048-22.htm>.

Sentencia T-012, (22 de enero de 2016). Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T- 4.970.917. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-012-16.htm>.

Sentencia T-023, (13 de febrero de 2023). Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. M.P.: Paola Andrea Meneses Mosquera. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-8.162.957 (AC). Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/T-023-23.htm>.

Sentencia T-093, (5 de marzo de 2019). Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. M.P.: Alberto Rojas Ríos. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-6.935.616. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-093-19.htm>.

Sentencia T-116, (13 de febrero de 2023). Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: T-5.645.844. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-116-17.htm>.

- Sentencia T-219, (21 de junio de 2023). Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. M.P.: Cristina Pardo Schlesinger. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: T-9.173.893. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/T-219-23.htm>.
- Sentencia T-241, (16 de mayo de 2016). Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: T-5.310.907. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-241-16.htm>.
- Sentencia T-400, (15 de noviembre de 2022). Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. M.P.: Alejandro Linares Cantillo. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: T-8.068.426. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/T-400-22.htm>.
- Sentencia T-878, (18 de noviembre de 2014). Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: T-4.190.881. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-878-14.htm>.
- Sentencia tutela. (22 de mayo de 2020). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: María Adriana Marín. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 25000-23-15-000-2020-00214-01(AC). Obtenido de: <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/231/25000-23-15-000-2020-00214-01.pdf>.
- Sentencia tutela. (11 de octubre de 2023). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. M.P.: Patricia Guzmán Álvarez. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 54518-22-08-000-2023-00031-01. Obtenido de: https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FANEXO+CIRCULAR+PCSJC23-29.pdf.
- Sentencia tutela. (24 de noviembre de 2021). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. M.P.: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 11001-02-03-000-2021-03360-00. Obtenido de: <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20ENE2022/FICHA%20STC15780-2021.docx>.

- Tamayo Jaramillo, J. (2022). *Prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad médica. Teoría general de las cargas probatorias dinámicas*. Bogotá D.C., Colombia: Legis S.A.
- Taruffo, M. (2008). *La Prueba*. Madrid, España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Vallana Sala, V. V. (2019). Es rico hacerlos, pero no tenerlos: análisis de la violencia obstétrica durante la atención del parto en Colombia. *Revista Ciencias de la Salud*, 17, 128-144. Obtenido de: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/revsalud/a.8125>.
- Vásquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid, España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

AUTORES

Darwin Clavijo Cáceres.

Abogado, Doctor en Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social, Magister en Educación Superior, Docente investigador de la Universidad Libre seccional Cúcuta.

 darwing.clavijoc@unilibre.edu.co

 <https://orcid.org/0000-0001-9914-1265>

Ana María Segura Ibarra.

Magister en Derecho procesal, Especialista en Derecho Administrativo, Especialista en Contratación Estatal, Especialista en Derecho Procesal.

 anise_02@hotmail.com

 <https://orcid.org/0009-0006-1233-128X>

William Javier Duarte Contreras.

Abogado Universidad Libre de Cúcuta, Magister en Derecho Administrativo, Magister en derecho procesal, Especialista en Derecho Administrativo.

 duartecontrerasjavier@gmail.com

 <https://orcid.org/0009-0001-6607-6935>

Claudia Irene Lastra Benavides.

Abogada, Magíster en Derecho Procesal Especialista en Derecho Público, Especialista en Seguridad Social, Especialista en docencia universitaria. Dalia Catalina Espinel Blanco. Abogada, Magíster en Derecho procesal.

 claudiai-lastrab@unilibre.edu.co.

daliac-espinelb@unilibre.edu.co - daliaespinel@hotmail.com

 <https://orcid.org/0009-0001-1126-3346>

Diego Alberto Hernández Caicedo.

Abogado, Magíster en Derecho procesal, Especialista en Derecho Notarial, Inmobiliario y Urbanístico.

 diegoa-hernandezc@unilibre.edu.co.

 <https://orcid.org/0009-0008-1916-6672>

Lina Paola Hernández Hernández.

Abogada, Magister en derecho procesal, Especialista en Derecho Administrativo, Especialista en Derecho Procesal General, Docente investigadora de la Universidad de Pamplona.

 lina.hernandez@unipamplona.edu.co

 <https://orcid.org/0000-0001-9749-4147>.

Andrea Carolina Araque Chacón.

Abogada, Doctora en Educación. Magister en derecho Público, Docente investigadora de la Universidad de Pamplona.

✉ acaraque@unipamplona.edu.co

🌐 <https://orcid.org/0000-0003-0816-0458>

Yustin Yesid Nobman Montes.

Abogado, Magister en derecho procesal, Especialista en Derecho Procesal.

✉ yustinnobmann@hotmail.com

🌐 <https://orcid.org/0009-0009-4793-8614>

Ronald Emerson Angarita Duarte.

Odontólogo, Universidad Santo Tomás de Aquino de Bucaramanga.

Especialista en Seguridad Social en Salud.

✉ ronald.angarita@unipamplona.edu.co

🌐 <https://orcid.org/0009-0006-3645-8883>.

Hernán Darío Colorado Bautista.

Abogado, Universidad Industrial de Santander. Especialista en Derecho Comercial. Especialista en Derecho Probatorio Penal.

✉ hedacoba@hotmail.com

🌐 <https://orcid.org/0009-0000-7340-9809>

Nidia Julieth Botello Estupiñán.

Abogada, Magíster en Derecho procesal, Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional.

✉ nidiaj-botelloe@unilibre.edu.co.

🌐 <https://orcid.org/0009-0003-0856-3617>

Ella Mercedina Ibarguen González.

Abogada, Magíster en Derecho procesal, Especialista en Derecho Médico, especialista en Gerencia en Riesgos Laborales Seguridad y Salud.

✉ ellaibarguenjuridica@gmail.com

🌐 <https://orcid.org/0009-0009-8353-0026>



ISBN (Digital): 978-628-7656-70-3

