



JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BUCARAMANGA

Radicación: 68-001-60-00-160-2021-58823-00 N.I. 200.425
Delito: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO EN CONCURSO CON VIOLENCIA
INTRAfAMILIAR AGRAVADA
Procesado: ANTONIO FIGUEREDO MORENO
Providencia: AUTO RESUELVE SEGUNDA INSTANCIA SOLICITUD BUSQUEDA SELECTIVA BASE DE
DATOS

Bucaramanga, diecinueve (19) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO A DECIDIR

Procede el Despacho a proferir la decisión que en derecho corresponda para resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la Defensa del Imputado ANTONIO FIGUEREDO MORENO, que se interpuso y sustentó en contra de la decisión adoptada en Audiencia Preliminar del día once (11) de julio de dos mil veintidós (2022) por el Señor Juez Sexto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga Descentralizado en Floridablanca, el cual CONCEDIÓ PARCIALMENTE la búsqueda selectiva en base de datos para que se obtenga información de la víctima MARIA PAULA PIZARRO HIGUERA, contenida en su historia clínica psiquiátrica y atención médica dental de las entidades SANITAS, COLSANITAS y CLÍNICA ODONTOLÓGICA VÍA ORAL limitándose sólo a la atención o cita médica anterior al día trece (13) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), por término de quince (15) días y no en la forma solicitada.

ANTECEDENTES

La Fiscalía General de la Nación investiga al Imputado ANTONIO FIGUEREDO MORENO por los delitos de ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO EN CONCURSO CON VIOLENCIA INTRAfAMILIAR AGRAVADA, en perjuicio de MARIA PAULA PIZARRO HIGUERA, razón por la cual, la Defensa contractual de FIGUEREDO MORENO señala que emitió el veintiuno (21) de junio de dos mil veintidós (2022) una orden de trabajo al médico perito ANIBAL NAVARRO MÉDICOS FORENSES, a fin de determinar el estado de salud de la víctima, previo y posterior al presunto delito, ello para poder sustentar el informe pericial, por lo tanto, expone que se necesita de antecedentes médicos psicológicos, psiquiátricos y odontológicos, y, como quiera que por parte de la Fiscalía solo se aportó dichas historias clínicas de forma parcial, se requiere las historias clínicas que reposan en las entidades SANITAS, COLSANITAS y CLÍNICA ODONTOLÓGICA VÍA ORAL, razón por la cual, solicitó audiencia de búsqueda selectiva en base de datos correspondiendo por reparto al Juzgado Sexto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga Descentralizado en Floridablanca.

DECISIÓN OBJETO DEL RECURSO Y SUSTENTACIÓN

El *A quo*, en la ya referida decisión de once (11) de julio de dos mil veintidós (2022), respecto de la solicitud elevada por la Defensa del Imputado ANTONIO FIGUEREDO MORENO, mediante la cual se solicitó se autorizara la búsqueda selectiva en base de datos respecto de las historias médicas de

Radicación:	68-001-60-00-160-2021-58823-00	N.I. 200.425
Delito:	ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO EN CONCURSO CON VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA	
Procesado:	ANTONIO FIGUEREDO MORENO	
Providencia:	AUTO RESUELVE SEGUNDA INSTANCIA SOLICITUD BUSQUEDA SELECTIVA BASE DE DATOS	

la víctima, la autorizó parcialmente, no desde que cumplió la mayoría de edad y hasta la fecha, como lo solicitó la defensa, sino sólo a la atención o cita médica anterior al día trece (13) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), y limitada por término de quince (15) días.

Respecto de la Afectación al Derecho a la Intimidad y la ponderación con el Derecho de Defensa y Contradicción:

El Señor Juez *Ad Quo* consideró en su intervención que no era necesario fijar el debate en analizar si la Historia Clínica era o no un documento sujeto a reserva, pues partió de la base que lo era, y que por ende, se requería de autorización judicial para acceder a ella; tampoco se detendría a analizar la existencia o no de una relación entre la víctima y el presunto agresor, así como haría mención al comportamiento moral, ético, social, sexual, cultural o político que no excluyen a la víctima de ser sujeto pasivo de un delito sexual. Centró como problema jurídico de fondo, si podía conceder la autorización judicial para tener acceso a la historia clínica total de la víctima hasta la fecha en que se logre su acopio, contenidos médicos, psicológicos, psiquiátricos y dentales, situación que consideró debería ser limitado, pues de lo contrario, tal y como fue solicitado, hay una intromisión que no se justifica sobre un derecho fundamental como lo es la intimidad y la vida privada de la víctima, y si bien es cierto que el derecho no es absoluto y puede ser objeto de limitación, le asiste razón a la defensa en virtud del principio de igualdad de armas, pues puede solicitar búsqueda selectiva en base de datos o levantamiento de la reserva, pero esto debe tener una limitante y esa limitante es el núcleo reservado a la vida privada de la víctima que no puede accederse si no es relevante la información para la investigación, pues la relevancia no puede medirse en realizarse un barrido en toda la historia clínica de la víctima a ver qué se encuentra, hay que encontrar un punto en concreto que pueda ser de importancia dentro del proceso penal para que eventualmente pueda establecerse que el derecho a la intimidad debe ceder ante otro derecho de mayor valor.

Así fue entonces que accedió a la solicitud de la defensa, pero limitando el acceso a la Historia Clínica a un tiempo específico, pues encontró desproporcionado ordenar el acceso a toda la historia clínica de la víctima como solicitaba el defensor, razón por la cual, concluyó pertinente ordenar el acceso a la historia clínica psiquiátrica de forma limitada, en abril de dos mil veintiuno (2021) hasta el doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), al igual que la historia clínica odontológica, únicamente en lo que tiene que ver con el estado de presanidad de la articulación temporomandibular anterior al trece (13) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), por lo anterior, concedió parcialmente la búsqueda selectiva en base de datos para acceder a las historias clínicas psiquiátricas y dental de la víctima en las entidades SANITAS, COLSANITAS y CLÍNICA ODONTOLÓGICA VIA ORAL limitando únicamente a la atención o cita médica anterior al trece (13) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), en las 3 entidades referidas.

PRONUNCIAMIENTO DEL RECURRENTE

Versó el disenso en que si bien, la solicitud realizada es invasiva de la intimidad de la víctima, la obtención de las historias clínicas se encuentra debidamente justificada, pues, tal insumo resulta imprescindible para la

emisión del informe perito médico forense que las requiere para determinar el estado de salud de la víctima, previo y posterior a la concusión del hecho que se investiga, no obstante, manifiesta respecto a la información contenida en las historias clínicas que él y su equipo de trabajo serán responsables de su manipulación y se compromete a salvaguardar los datos que allí se contienen y bajo ninguna circunstancia hacerlo de conocimiento público.

Así las cosas, se encuentra en discrepancia el recurrente respecto de la decisión adoptada por el Juez *Ad Quo* debido a la limitación de acceso a historias clínicas psíquicas, psiquiátricas, pues la víctima ha afirmado en uno de sus chats con el procesado que padece de un trastorno afectivo bipolar, situación que es importante, pues son cambios de comportamiento dentro del marco de una relación, por ende, se tienen teorías de autoagresión que la defensa pretende edificar al análisis de los elementos solicitados, pues un trastorno psiquiátrico puede ser crónico y recurrente, por ende, el límite de tiempo a la fecha de abril de dos mil veintiuno (2021) conforme señaló el Juez de instancia, no le permite, según su dicho, edificar un análisis detallado de la presunta víctima, pues considera el togado que dentro del proceso solo se usó información que favorece a la víctima y por lo cual ha descontextualizado el entorno en todos los aspectos, clínicos y fácticos, por otro lado, en razón a la salud dental de la víctima, considera que no es lo mismo fracturar un diente natural de uno postizo, último que puede fracturarse por comer hasta un maní, es así que prioriza es importante para él y su equipo conocer las situaciones previas y posteriores a la ocasión de las situaciones investigadas dentro del proceso.

DE LOS NO RECURRENTES

El apoderado de víctima manifiesta que la historia clínica y antecedentes clínicos a obtener, están destinados a discutir si existe o no una afectación psicológica, no obstante, señala que su oposición radica en la indeterminación de la solicitud, pues, la historia clínica que solicita ya radica en el expediente, pues no existe una historia clínica adicional.

El Ministerio Público a través de la Procuradora 58, indica que se debe tener en cuenta la *Convención De Belem Do Para* y la Sentencia de constitucionalidad 297 de 2016, que obliga a las partes intervinientes a aplicar la perspectiva de género, pues es un instrumento de análisis de esta petición en la cual la víctima es una mujer.

Así las cosas, manifiesta que el defensor solicita la historia clínica desde que la víctima tenía 18 años, fundada la petición en los argumentos de los peritos médicos que le indicaron la necesidad de dichas historias clínicas, a fin de determinar daño psicológico y buscar información relevante, es así que la víctima de violencia basada en género no puede ser sometida a falsos juicios, pues la petición realizada por la defensa es macra y devastadora, por lo tanto, se opone a la solicitud realizada en pro de los derechos humanos de la víctima.

La Fiscalía señala oponerse a la solicitud de la obtención de historia clínica, pues la defensa no limitó ni en tiempo ni en temática la misma, por ello, debe protegerse la intimidad de la víctima al no encontrarse la necesidad

Radicación:	68-001-60-00-160-2021-58823-00	N.I. 200.425
Delito:	ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO EN CONCURSO CON VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA	
Procesado:	ANTONIO FIGUEREDO MORENO	
Providencia:	AUTO RESUELVE SEGUNDA INSTANCIA SOLICITUD BUSQUEDA SELECTIVA BASE DE DATOS	

de invadir esta intimidad, pues, en cuanto a los dos casos de la violencia intrafamiliar expuestos como hechos jurídicamente relevantes, sucedidos en los meses de agosto y octubre de dos mil veintiuno (2021) la víctima no acudió ni a Medicina Legal ni a ningún centro hospitalario, por ello, no hay la necesidad de acudir a esas historias clínicas ni mucho menos las anteriores a esas fechas.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Debe iniciarse por reiterar que este Despacho es competente para conocer del presente recurso en virtud de lo estipulado en el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, que esta decisión se limitará a estudiar los argumentos de disenso propuestos, sin que puede entenderse como una oportunidad adicional para revivir la petición inicial.

Ahora bien, de acuerdo a los supuestos fácticos y jurídicos expuestos con antelación, es claro que en el caso *sub examine*, el problema jurídico a resolver por parte de este Despacho Judicial consiste en determinar si se está incurriendo por parte del Juzgado Sexto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga Descentralizado en Floridablanca en una violación al derecho de defensa, en consecuencia, el desarrollo adecuado de la defensa técnica a partir de la obtención de piezas procesales que pretenden constituir pruebas para edificar la teoría del caso del solicitante, o bien, por el contrario, se está salvaguardando derechos fundamentales de carácter personalísimos como lo es el derecho a la intimidad de la víctima y el no ser revictimizada, entre otros.

Es importante precisar que, bajo el paradigma del sistema de tendencia acusatoria, por un lado, la competencia del Fiscal se circunscribe al recaudo de elementos materiales probatorios que brinden al Juez de Conocimiento Penal, que es imparcial y carece de facultades oficiosas, la convicción necesaria para demostrar los hechos objeto de acusación, que se convierte en la pretensión a demostrar, y por otro, la defensa tiene a opción de presentar también una pretensión propia, y por ende la oportunidad de exponerla y probarla, ya que goza de igualdad de armas y libertad probatoria, y si bien, en estos casos el *onus probandi* pende sobre el Ente Acusador, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en esgrimir que cuando el extremo defensivo pretenda demostrar la existencia de una tesis diferente a la planteada por la Fiscalía debe presentar elementos probatorios que así lo demuestren y no simplemente limitarse a tener un papel pasivo dentro del proceso, conforme lo dispone el principio de carga dinámica de la prueba, el carácter adversarial del actual sistema penal acusatorio y el rol de la Fiscalía y la Defensa.

Al respecto, y sobre el *Principio de Carga Dinámica de la Prueba* que, en el proceso penal acusatorio, es plenamente aplicable, la Honorable Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, lo ha considerado, tal y como por ejemplo lo indica en la sentencia del 25 de mayo de 2011 dentro del proceso Radicado al 33660, en donde entre otras cosas, se dijo:

“La carga de la prueba implica **la necesidad de aportar el medio de convicción que acredita un hecho, obligación que recae sobre quien lo alega en su favor,** de donde pueden derivarse consecuencias adversas por la actitud procesal de las partes en caso de que en el trámite se extraña la prueba del hecho que beneficia a

Radicación: 68-001-60-00-160-2021-58823-00 N.I. 200.425
Delito: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO EN CONCURSO CON VIOLENCIA INTRAFAMILIAR
AGRAVADA
Procesado: ANTONIO FIGUEREDO MORENO
Providencia: AUTO RESUELVE SEGUNDA INSTANCIA SOLICITUD BUSQUEDA SELECTIVA BASE DE DATOS

una de ellas, pudiendo ser aportada por aquel al que favorece, ante la demostración de lo perseguido por el adversario.

La carga de la prueba en el campo penal como manifestación del principio de presunción de inocencia y del derecho a la igualdad, **no se torna absoluta como para que se avale la actitud pasiva de la parte acusada**, pues en situaciones en las que emerge una dificultad en la parte acusadora para probar determinado hecho, pero la parte acusada cuenta con la facilidad de aportar el medio necesario para ello, siempre que beneficie sus intereses, se hace necesario restablecer el equilibrio en procura que la prueba de la circunstancia controvertida, sea aportada por la parte que puede acceder al medio de convicción. Es lo que se conoce como la categoría de **carga dinámica de prueba**, inicialmente desarrollada en el derecho privado, pero **ahora aplicable al derecho penal sin que se transgreda la presunción de inocencia**.”

(Negritas y subrayas fuera de texto)

Bajo este nuevo rol y paradigma, es procedente entonces que la Defensa también prepare las pruebas que considere necesarias, pudiendo incluso solicitar el acceso a información que tenga el carácter confidencial, conforme lo dispone el artículo 244 del Código de Procedimiento Penal, que a su tenor literal dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 244. BÚSQUEDA SELECTIVA EN BASES DE DATOS. *La policía judicial, en desarrollo de su actividad investigativa, podrá realizar las comparaciones de datos registradas en bases mecánicas, magnéticas u otras similares, siempre y cuando se trate del simple cotejo de informaciones de acceso público.*

*<Inciso y aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequibles>
Cuando se requiera adelantar búsqueda selectiva en las bases de datos, que implique el acceso a información confidencial, referida al indiciado o imputado o, inclusive a la obtención de datos derivados del análisis cruzado de las mismas, deberá mediar autorización previa del fiscal que dirija la investigación y se aplicarán, en lo pertinente, las disposiciones relativas a los registros y allanamientos.*

En estos casos, la revisión de la legalidad se realizará ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la culminación de la búsqueda selectiva de la información.

(...)

No obstante, la norma hace referencia a la actividad de la Fiscalía, ha sido suficientemente decantado que la misma oportunidad tiene la Defensa, y en este caso, respecto de la información de la víctima, atendiendo precisamente el principio adversarial ya referido, que contiene el principio de igualdad de armas y éste, a su vez, necesariamente incide en el ámbito y en la función de la defensa técnica, tal y como lo ha precisado el tratadista italiano Luigi Ferrajoli:

“Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria, por otro lado, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel de contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio, de los experimentos judiciales y las pericias al interrogatorio del imputado,

desde los reconocimientos hasta las declaraciones testificales y los careos.”

Al respecto del alcance de esta disposición la Corte Constitucional en Sentencia C-336/07 del 9 de mayo de 2007, dentro del expediente D-6473, siendo Magistrado Ponente el Doctor JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, al analizar la constitucionalidad de esta disposición, consideró lo siguiente:

(iii) La búsqueda selectiva de información confidencial en bases de datos puede afectar los derechos fundamentales a la intimidad y al habeas data.

18. La jurisprudencia actual de la Corte ha deducido de los enunciados normativos del artículo 15 de la Constitución, la existencia y validez de tres derechos fundamentales constitucionales autónomos: el derecho a la intimidad, el derecho al buen nombre y el derecho al *habeas data*¹.

Las normas impugnadas permiten que el Fiscal en desarrollo de su actividad orientada a asegurar los elementos materiales probatorios que le proporcionen los fundamentos para cumplir con su labor de imputación y acusación, penetre en ámbitos privados del individuo, en cuanto lo facultan para acceder a información confidencial referida, aún a personas *indiciadas*, es decir a aquellas que ni siquiera se encuentran bajo una *imputación* de carácter penal.² Ello sin que medie autorización previa del juez de control de garantías.

El derecho a la **intimidad**³ ha sido definido por la Corte como aquella “*esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico*”.⁴

19. No obstante **la Corporación ha reconocido también que el derecho a la intimidad no es absoluto**. En este sentido, la Corte ha establecido que el derecho fundamental a la intimidad “*puede ser objeto de limitaciones*” restrictivas de su ejercicio “*en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 1º de la Constitución*”⁵, sin que por ello se entienda que pueda desconocerse su núcleo esencial.⁶

¹ A partir de la sentencia T-414 de 1992, la Corte tuteló indistintamente los derechos a la intimidad y a la autodeterminación informática en los casos en los cuales estuvieran comprometidos derechos fundamentales y datos personales. Sólo hasta la sentencia T-552 de 1997, la Corte deslinda definitivamente los dos derechos. Sobre esta evolución jurisprudencial se pueden consultar las sentencias T-022 de 1993, en la que la Corte resuelve un caso sobre vulneración de derechos a partir de la divulgación de datos erróneos, y trata indistintamente los derechos a la intimidad y a la autodeterminación informática; en la sentencia SU-082 de 1995, al resolver un caso de supuesta vulneración de derechos a partir de divulgación de datos personales incompletos, la Corte confunde el derecho a la autodeterminación informática en materia de hechos crediticios representados en datos personales y el derecho a la intimidad, al concluir que no se vulneraba el derecho a la intimidad, debido a que la información crediticia no integra el ámbito de protección de este derecho; en la sentencia T-176 de 1995, a pesar de que la Corte afirma que el derecho a la autodeterminación informática se encuentra “claramente diferenciado del derecho a la intimidad y el buen nombre”, la herencia jurisprudencial de la sentencia SU-082 de 1995, reiterada en el caso, no permite sostener tal afirmación; en la sentencia T-261 de 1995, al resolver sobre la legitimidad de la conducta de un depositario de datos personales que los cedió a un tercero sin la debida autorización del titular, la Corte, a partir de la confusión entre el derecho a la autodeterminación informática y el derecho a la intimidad, debido a que los datos personales suministrados (nombre, dirección y teléfono) eran de dominio público, no encontró violación del derecho a la intimidad.

² Sólo es posible formular una imputación de carácter penal cuando de los elementos materiales probatorios, de la evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. Sólo a partir de la determinación de este nivel de probable responsabilidad le es posible al Fiscal solicitar ante el juez de garantías la imposición de una medida de aseguramiento. (Art. 287 del Código de Procedimiento Civil).

³ C-692 de 2003, M.P., Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴ Sentencia C-517 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero, concepto reiterado en la sentencia C-692 de 2003. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵ Sentencia T-414 de 1992. M.P., Ciro Angarita Barón.

⁶ Cfr. Sentencia C-501 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

El interés de la sociedad en que se investiguen las conductas delictivas y se sancione a sus responsables, en procura de preservar la vigencia de un orden justo, es también un bien protegido por la Constitución. El acopio de información en relación con las personas puede ser eventualmente un medio necesario para la satisfacción de ese interés constitucionalmente protegido. **Sin embargo, su recaudo debe realizarse con escrupuloso acatamiento de las cautelas que la propia Constitución ha establecido para la protección de los derechos fundamentales especialmente expuestos a su afectación, vulneración o mengua en el contexto de una investigación criminal**⁷. El requerimiento de autorización judicial previa para la adopción de medidas –adicionales- que implique afectación de derechos fundamentales es una de esas cautelas que el legislador debe acatar al configurar las reglas orientadas a regular la actividad investigativa del Estado.

Al establecer, en las normas impugnadas, la facultad para el órgano de investigación de acceder a información confidencial, reservada a la esfera personal del individuo, sin que medie la autorización judicial previa, está estableciendo una interferencia indebida en el ejercicio del derecho fundamental a la intimidad, que resulta efectivamente transgresora del artículos 14 C.P., así como del 250.3 ib. que establece los presupuestos bajo los cuales el Estado, en legítimo ejercicio de su potestad investigativa, puede realizar intervenciones en los derechos fundamentales.

La autorización del juez de control de garantías, salvo en las excepciones explícitamente contemplada en la Constitución, **se erige en presupuesto indispensable para legitimar las intervenciones a los derechos fundamentales y en particular las medidas que impliquen injerencia en el derecho fundamental a la intimidad personal, como es el acceso a información confidencial** referida al indiciado o imputado mediante la búsqueda selectiva en bases de datos.

20. En cuanto al derecho fundamental al *habeas data* o a la autodeterminación informática, en diversas oportunidades la jurisprudencia de esta Corporación se ha referido a la naturaleza fundamental de este derecho, el cual comporta un plexo de facultades tales como la de disponer de la información sobre sí mismo, la de preservar la propia identidad informática, es decir, permitir, controlar o rectificar los datos concernientes a la personalidad del titular de los mismos y que, como tales, lo identifican e individualizan ante los demás.⁸

En este sentido ha señalado que *"La autodeterminación informática es la facultad de la persona a la cual se refieren los datos, para autorizar su conservación, uso y circulación, de conformidad con las regulaciones legales."*⁹ Como explícitamente lo reconoce el artículo 15 de la Carta Fundamental, es la facultad que tienen todas las personas de *"conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas."*¹⁰

⁷ Sobre las injerencias en la vida privada el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha señalado: "(...)7. Como todas las personas viven en sociedad, la protección de la vida privada es por necesidad relativa. Sin embargo, las autoridades públicas competentes sólo deben pedir aquella información relativa a la vida privada de las personas cuyo conocimiento resulte indispensable para los intereses de la sociedad en el sentido que tienen con arreglo al Pacto. En consecuencia, el Comité recomienda que los Estados señalen en sus informes las leyes y reglamentos que regulan las injerencias autorizadas en la vida privada.8. Incluso con respecto a las injerencias que sean conformes al Pacto, en la legislación pertinente se deben especificar con detalle las circunstancias precisas en que podrán autorizarse esas injerencias. La decisión correspondiente competirá sólo a la autoridad designada por la ley a ese efecto, que dará la autorización necesaria tras examinar cada caso en particular. El cumplimiento del artículo 17 exige que la integridad y el carácter confidencial de la correspondencia estén protegidos de jure y de facto. La correspondencia debe ser entregada al destinatario sin ser interceptada ni abierta o leída de otro modo. Debe prohibirse la vigilancia, por medios electrónicos o de otra índole, la intervención de las comunicaciones telefónicas, telegráficas o de otro tipo, así como la intervención y grabación de conversaciones. Los registros en el domicilio de una persona deben limitarse a la búsqueda de pruebas necesarias y no debe permitirse que constituyan un hostigamiento". (Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 16). (...)

⁸ Sentencia T- 414 de 1992, M.P., Ciro Angarita Barón.

⁹ Sentencia SU- 082 de 1995, M.P., Jorge Arango Mejía.

¹⁰ Sentencia T- 522 de 1997.

21. La jurisprudencia también ha reconocido la especial necesidad **de disponibilidad de información mediante la conformación de bases de datos personales, pero a su vez la potencialidad de afectación de derechos fundamentales que apareja el desarrollo de dicha actividad**. Bajo tal reconocimiento ha considerado indispensable someter el proceso de administración de los datos personales¹¹ a ciertos principios jurídicos, ¹² orientados a armonizar el ejercicio de los derechos fundamentales de los diferentes actores que intervienen en el proceso informativo: los titulares de los datos, las administradoras y los usuarios de la información.

22. Observa la Corte que las disposiciones demandadas se refieren a “*información que no sea de libre acceso*” (Art. 14), y a “*información confidencial, referida al indiciado o imputado*” (Art. 244). A fin de determinar a qué categorías corresponde la información a que aluden los preceptos demandados conviene recordar la jurisprudencia de la Corte¹³ sobre las tipologías de información que se maneja a través de las bases de datos y las salvaguardias que se imponen a los procesos de acopio, administración y divulgación de cada una de ellas acorde con su naturaleza.

En este sentido ha establecido la jurisprudencia que la información *pública* es aquella que “*puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si la misma sea información general, privada o personal. Por vía de ejemplo, pueden contarse los actos normativos de carácter general, los documentos públicos en los términos del artículo 74 de la Constitución, y las providencias judiciales debidamente ejecutoriadas; igualmente serán públicos, los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia. Información que puede*

¹¹ En concepto de la Corte, se entiende por el proceso de administración de datos personales, las prácticas que las entidades públicas o privadas adelantan con el fin de conformar, organizar y depurar bases de datos personales, así como la divulgación de estos últimos en un contexto claramente delimitado y con sujeción a ciertos principios. (Sentencia C-729 de 2002).

¹² En la sentencia T- 729 de 2002 se sistematizaron así estos principios. Según el principio de *libertad* los datos personales sólo pueden ser registrados y divulgados con el consentimiento libre, previo y expreso de su titular, de tal forma que se encuentra prohibida la obtención y divulgación de los mismos de manera ilícita, ilicitud que deviene ya sea de la ausencia de autorización previa del titular o, de la ausencia de mandato legal o judicial. Según el principio de *necesidad* (T-307 de 1999) los datos personales registrados deben ser los estrictamente necesarios para el cumplimiento de las finalidades perseguidas con la base de datos de que se trate. Según el principio de *veracidad*, los datos personales deben obedecer a situaciones reales, deben ser ciertos, de tal forma que se encuentra prohibida la administración de datos falsos o erróneos. Según el principio de *integridad*, la información que se registre o se divulgue a partir del suministro de datos personales debe ser completa, de tal forma que se encuentra prohibido el registro y divulgación de datos parciales, incompletos o fraccionados. Según el principio de *finalidad*, tanto el acopio, el procesamiento y la divulgación de los datos personales, debe obedecer a una finalidad constitucionalmente legítima, definida de manera clara, suficiente y previa; de tal forma que queda prohibida la recopilación de datos sin la clara especificación acerca de la finalidad de los mismos, así como el uso o divulgación de datos para una finalidad diferente a la inicialmente prevista. Según el principio de *utilidad*, tanto el acopio, el procesamiento y la divulgación de los datos personales, debe cumplir una función determinada, como expresión del ejercicio legítimo del derecho a la administración de los mismos; por ello, está prohibida la divulgación de datos que, al carecer de función, no obedezca a una utilidad clara o determinable. Según el principio de *circulación restringida*, la divulgación y circulación de la información está sometida a los límites específicos determinados por el objeto de la base de datos, por la autorización del titular y por el principio de finalidad, de tal forma que queda prohibida la divulgación indiscriminada de los datos personales. Según el principio de *incorporación* cuando de la inclusión de datos personales en determinadas bases, deriven situaciones ventajosas para el titular, la entidad administradora de datos estará en la obligación de incorporarlos, si el titular reúne los requisitos que el orden jurídico exija para tales efectos, de tal forma que queda prohibido negar la incorporación injustificada a la base de datos. Según el principio de *caducidad*, la información desfavorable al titular debe ser retirada de las bases de datos siguiendo criterios de razonabilidad (SU-082 de 1995) y oportunidad, de tal forma que queda prohibida la conservación indefinida (T-414 de 1992) de los datos después que han desaparecido las causas que justificaron su acopio y administración. Según el principio de *individualidad*, las administradoras deben mantener separadamente las bases de datos que se encuentren bajo su administración, de tal forma que queda prohibida la conducta dirigida a facilitar cruce de datos a partir de la acumulación de informaciones provenientes de diferentes bases de datos.

¹³ En relación con esta clasificación de la información se pueden consultar las sentencia T-729 de 2003 y C-692 de 2003. Para la Corte tal caracterización obedeció a varios propósitos: (i) delimitar la información que se puede publicar en desarrollo del derecho constitucional a la información, y aquella que constitucionalmente está prohibido publicar como consecuencia de los derechos a la intimidad y al *habeas data*; (ii) delimitar e identificar las autoridades o personas que se encuentran legitimadas para acceder o divulgar dicha información; (iii) establecer unos criterios estables que promuevan la seguridad jurídica entre los actores más usuales de los datos; (iv) facilitar la solución de los eventuales conflictos que puedan surgir entre los derechos a la información y al *habeas data*, en los que frecuentemente se involucra también el derecho a la intimidad.

solicitarse por cualquier persona de manera directa y sin el deber de satisfacer requisito alguno¹⁴.”

La información *semi-privada* es aquella que recoge información personal o impersonal y que para cuyo acceso y conocimiento existen grados mínimos de limitación, de tal forma “que la misma sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad administrativa en el cumplimiento de sus funciones o en el marco de los principios de la administración de datos personales. Es el caso de los datos relativos a las relaciones con las entidades de la seguridad social o de los datos relativos al comportamiento financiero de las personas.¹⁵”

La información *privada* contiene datos personales o impersonales, “pero por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Es el caso de los libros de los comerciantes, de los documentos privados, de las historias clínicas o de la información extraída a partir de la inspección del domicilio.¹⁶”

Por último, indicó que la **información reservada** está compuesta por información personal, **estrechamente relacionada con los derechos fundamentales del titular - dignidad, intimidad** y libertad-, por lo que “se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Cabría mencionar aquí la información genética, y los llamados “datos sensibles”¹⁷ o relacionados con la ideología, la inclinación sexual, los hábitos de la persona, etc.”

23. Considera la Corte que las expresiones “información que no sea de libre acceso” (Art. 14), e “información confidencial, referida al indiciado o imputado” (Art. 244), describen supuestos que corresponden al rango de información “privada”, lo que implica que solamente pueda ser obtenida mediante orden de autoridad judicial competente en cumplimiento de sus funciones.

En cuanto a la información “reservada”, considera la Sala que por integrar la categoría de la denominada *información sensible*, **su recaudo en una investigación no puede producirse mediante la consulta selectiva en bases de datos**, por cuanto permanece confinada al ámbito personalísimo del individuo, “se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones¹⁸. Su sólo ingreso a una base datos vulneraría tanto el derecho al *habeas data* como el derecho fundamental a la intimidad. **Si bien puede, eventualmente, tratarse de datos de cardinal importancia para determinadas indagaciones penales, dada su naturaleza personalísima, sólo podría ser proporcionada por el titular del dato.**

24. De lo señalado concluye la Sala que no cabe duda que el acceso por parte de la Fiscalía a las bases de datos que no sean de libre acceso, (Art. 14) en procura de información personal (privada) referida al indiciado o imputado, tiene la potencialidad de afectación del derecho a la autodeterminación informática de la persona, quien como titular de los datos personales sería la única legitimada para autorizar su circulación. Sin embargo, tratándose del ejercicio legítimo de la actividad investigativa del Estado, ésta no puede quedar librada a la voluntad de los investigados, **por lo que cuando existan motivos fundados para requerir información personal que repose en bases de datos en relación con personas imputadas o indiciadas, ésta solo podrá ser obtenida mediante autorización previa del juez que ejerza funciones de control de garantías.**

25. Para el efecto, el juez de control de garantías **deberá tener en cuenta**, en lo pertinente, las directrices que la jurisprudencia constitucional ha establecido para armonizar la práctica de medidas de investigación, con el respeto de los derechos fundamentales:

14

Sentencias T-729 de 2002 y C-692 de 2003.

15

Ib.

16

Ib.

17

En la sentencia T-307 de 1999, sobre la llamada información "sensible", la Corte afirmó: "...no puede recolectarse información sobre datos “sensibles” como, por ejemplo, la orientación sexual de las personas, su filiación política o su credo religioso, cuando ello, directa o indirectamente, pueda conducir a una política de discriminación o marginación."

18

Cfr. T-729 de 2002

*“En virtud del principio de reserva judicial de las medidas que implican afectación de derechos, en cada caso concreto, **el juez de control de garantías deberá hacer un juicio de proporcionalidad de la medida cuya autorización se le solicita**. Para ello deberá determinar si la finalidad concreta que lleva al Fiscal o a la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, a solicitar autorización para realizar la medida de intervención corporal es legítima e imperiosa. Igualmente, habrá de examinar si la medida específica, en las condiciones particulares del caso, **es o no pertinente**, y de serlo, si la medida solicitada **es idónea para alcanzar dicho fin**; si además de idónea, **es necesaria porque no existe otro medio alternativo menos restrictivo** de los derechos con eficacia semejante para obtener los elementos materiales probatorios y evidencias materiales dentro del programa de investigación; y si al ponderar los derechos y las finalidades buscadas la medida en concreto **no resulta desproporcionada**, teniendo en cuenta **la naturaleza y gravedad de los delitos investigados, el grado de afectación de los derechos que supone la medida en concreto, y los intereses y objetivos específicos buscados con la medida dentro del programa de investigación**”¹⁹.*

Estas guías de ponderación que se indican a la autoridad judicial para la valoración de las intervenciones penales sobre los derechos fundamentales han sido acogidas también por legislador como **criterios moduladores de la actividad judicial** al erigir el siguiente principio rector de la Ley procesal penal: *“En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de **necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia**”²⁰*. (Se destaca). En el trámite de autorización de las medidas que afectan, menguan o limitan los derechos fundamentales **este principio rector debe proyectar todo su poder de irradiación y sus potencialidades de optimización sobre los derechos fundamentales que se encuentran comprometidos en la situación concreta**.

26. También cobran particular relevancia para la adopción de una medida de esta naturaleza algunos de los principios que rigen el proceso de acopio, administración y circulación del dato personal. Así, conforme al principio de **utilidad y circulación restringida**²¹, se debe destacar **la pertinencia de la medida, su utilidad clara o determinada a los fines de la investigación, y la prohibición de solicitar datos en forma indiscriminada**.

Es claro entonces, que la búsqueda selectiva en bases de datos conformadas por instituciones o entidades pública o privadas autorizadas para el tratamiento de datos personales, **que contienen información confidencial** del indiciado o imputado y que por lo tanto no son de acceso público, involucra afectación al derecho fundamental a la autodeterminación informática, por lo que su práctica **sólo puede llevarse a cabo previa autorización del juez de control de garantías**, quien para la adopción de la autorización correspondiente tendrá en cuenta **la legitimidad de la medida atendiendo a su finalidad, así como los criterios de pertinencia, idoneidad y necesidad de la misma que determinen su proporcionalidad en el caso concreto**.

27. En conclusión, de acuerdo con el marco conceptual establecido en los anteriores apartes: (i) Reitera la Corte su jurisprudencia acerca de la regla general sobre la necesidad de autorización previa por parte del juez que ejerce funciones de control de garantías para la adopción de medidas de investigación que afecten derechos fundamentales; (ii) constata que las medidas de intervención a que se refieren los artículos 14 y 244 de la Ley 906 afectan los derechos fundamentales

¹⁹ Sentencia C-822 de 2005, M.P., Manuel José Cepeda Espinosa. Fundamento jurídico 5.1.

²⁰ Artículo 27 de la Ley 906 de 2004.

²¹ Según el principio de **utilidad**, tanto el acopio, el procesamiento y la divulgación de los datos personales, debe cumplir una función determinada, como expresión del ejercicio legítimo del derecho a la administración de los mismos; por ello, está prohibida la divulgación de datos que, al carecer de función, no obedezca a una utilidad clara o determinable. Según el principio de **circulación restringida**, la divulgación y circulación de la información está sometida a los límites específicos determinados por el objeto de la base de datos, por la autorización del titular y por el principio de finalidad, de tal forma que queda prohibida la divulgación indiscriminada de los datos personales. (Sentencia T.729 de 2002).

Radicación: 68-001-60-00-160-2021-58823-00 N.I. 200.425
Delito: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO EN CONCURSO CON VIOLENCIA INTRAFAMILIAR
AGRAVADA
Procesado: ANTONIO FIGUEREDO MORENO
Providencia: AUTO RESUELVE SEGUNDA INSTANCIA SOLICITUD BUSQUEDA SELECTIVA BASE DE DATOS

a la intimidad y al *habeas data* o a la autodeterminación informática; (iii) establece que sólo de manera excepcional, y en los precisos eventos establecidos en la Constitución (Art. 250.2) puede la Fiscalía General de la Nación adoptar medidas que afectan derechos fundamentales, sometidas éstas al control posterior por parte del juez de control de garantías; (iv) determina que la búsqueda selectiva de información personal o confidencial en bases de datos que no sean de libre acceso, administradas por instituciones o entidades públicas o privadas autorizadas para el tratamiento de datos personales, no se encuentra contemplada, ni es asimilable, a ninguna de las excepciones previstas en las Constitución (Art. 250 numeral 2°), y en consecuencia requieren autorización previa por parte del juez de control de garantías.”

(Negritas, subrayas y color rojo de la fuente, no son originales del texto citado)

Antes de seguir con el estudio del caso, es menester recordar que la información solicitada, historia clínica, constituye información reservada por contener datos sensibles, tal y como lo ha considerado la Alta Corte Constitucional Sala Sexta Sentencia T -265 de 2020 en la cual precisó:

“La historia clínica es un documento sometido a reserva. Sin embargo, excepcionalmente es posible que terceros conozcan su contenido cuando: (i) han obtenido la autorización del titular, (ii) existe orden de autoridad judicial competente, (iii) los familiares del titular del dato, cuando acrediten ciertos requisitos, o (iv) individuos que, por razón de las funciones de cumplen en el sistema de seguridad social en salud, tienen acceso a ella. Por lo tanto, la circulación de datos contenidos en la historia clínica para fines distintos a los descritos, viola la reserva de la información y el derecho a la intimidad del paciente.”

Igualmente se destaca lo contenido en la Resolución 1995 de 1999 expedida por el Ministerio de Salud Nacional y la ley 23 de 1981:

ACCESO A LA HISTORIA CLÍNICA. Podrán acceder a la información contenida en la historia clínica, en los términos previstos en la Ley:

- 1. El usuario.*
- 2. El Equipo de Salud.*
- 3. Las autoridades judiciales y de Salud en los casos previstos en la Ley.*
- 4. Las demás personas determinadas en la ley.*

PARAGRAFO. El acceso a la historia clínica se entiende en todos los casos, única y exclusivamente para los fines que de acuerdo con la ley resulten procedentes, debiendo en todo caso, mantenerse la reserva legal.

Entonces, es claro que es una información a la cual la Defensa no podía acceder sin una orden judicial, por consiguiente, era pertinente la petición elevada ante el Señor Juez Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías. Ahora, es también claro, que siendo éste la autoridad judicial competente, no puede ser un mero espectador que mecánicamente simplemente valide la petición del solicitante, en este caso la Defensa, sino que tiene el deber, como se resaltó en la sentencia constitucional citada, de hacer respecto de la petición de invadir la espera íntima de la víctima, un

juicio de proporcionalidad, en el cual debía considerar los siguientes puntos:

1. La finalidad concreta que lleva al peticionario, a solicitar autorización para obtener acceso a la información reservada es legítima e imperiosa.
2. Si la medida específica, en las condiciones particulares del caso, es o no pertinente.
3. De serlo, si la medida solicitada es idónea para alcanzar dicho fin.
4. Siendo idónea, si es necesaria porque no existe otro medio alternativo menos restrictivo de los derechos con eficacia semejante para obtener los elementos materiales probatorios y evidencias materiales dentro del programa de investigación.
5. Realizar una ponderación de los derechos y las finalidades buscadas la medida en concreto no resulta desproporcionada, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad de los delitos investigados, el grado de afectación de los derechos que supone la medida en concreto, y los intereses y objetivos específicos buscados con la medida dentro del programa de investigación.

Para tales efectos, como se deben considerar dos derechos que aparecen en tensión, por un lado, el de la defensa del imputado, y por otro, el de intimidación de la víctima, tratándose de información sensible de una víctima de un presunto delito sexual y de violencia intrafamiliar, necesariamente cualquier consideración debe realizarse bajo el Enfoque de Género, tal y como acertadamente lo pide la Representante del Ministerio Público, con el que se debe analizar los casos de violencia contra la mujer y la aplicación que debe tenerse en cuenta, en cumplimiento de las normas internacionales que han sido adoptadas por Colombia y el marco de constitucionalidad, lo cual indiscutiblemente nos lleva a revisar las normas aplicables, que han sido integradas, analizadas y suficientemente detalladas en reiterados fallos de las Altas Cortes, que de manera pacífica han decantado este enfoque de género, como por ejemplo se ve en la decisión de la Honorable Corte Constitucional Sentencia T-338/18 del 22 de agosto de 2018, dentro del trámite del expediente T-6.702.009, siendo Magistrada Sustanciadora la Doctora GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, que condensó lo siguiente:

“La violencia contra la mujer como forma de discriminación²². Principio de igualdad y no discriminación.

16. La violencia contra la mujer es un fenómeno que suele estar relacionado con diversas causas “*sociales, culturales, económicas, religiosas, étnicas, históricas y políticas, que opera en conjunto o aisladamente en desmedro de la dignidad*”²³ humana, y que afecta los derechos de un número gravemente significativo de seres humanos. Así, se ha identificado que la violencia contra la mujer es “*una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres*”²⁴, que conduce a perpetuar la discriminación contra ésta y a obstaculizar su pleno desarrollo.

²² Sentencia T-967 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²³ C-776 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁴ Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995), párrafo 118.

17. Por ello, desde diversas disciplinas se han aunado esfuerzos para promover *igualdad*²⁵ real y efectiva entre hombres y mujeres, que conlleve a la reducción de los actos violentos a que diariamente son sometidas muchas mujeres en el mundo.

Lo anterior, debido a que, como lo indica el ex Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, *“la violencia contra la mujer es quizás la más vergonzosa violación de los derechos humanos. No conoce límites geográficos, culturales o de riquezas [y] mientras continúe, no podremos afirmar que hemos realmente avanzado hacia la igualdad, el desarrollo y la paz”*²⁶.

En esa medida, la comunidad mundial es consciente que, erradicar las formas de discriminación contra las mujeres y establecer condiciones de igualdad real y efectiva entre los géneros, *“es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz”*²⁷.

Así, desde la ciencia jurídica, se ha avanzado en la consagración normativa del **principio de igualdad y no discriminación** en el tema de género, que ha sido desarrollado a partir de herramientas presentes tanto en el plano internacional como en el ordenamiento jurídico interno.

Protección en el plano internacional.

18. En el plano internacional los tratados e instrumentos de mayor relevancia en este aspecto son la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967); la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en adelante CEDAW (1981)²⁸; la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer (1993); y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995). Todos estos emanados de diversas dependencias de la Organización de Naciones Unidas, ONU.

Así mismo, a nivel regional, la Organización de Estados Americanos, OEA, en las Convenciones Americana sobre Derechos Humanos²⁹ e Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, *“Convención de Belém do Pará”*(1995)³⁰, proscribe este tipo de discriminación.

19. Como ya se indicó, todos estos instrumentos internacionales consagran el **principio de igualdad y no discriminación** y, adicionalmente, algunos definen de diversa forma los conceptos de **discriminación** y **violencia contra la mujer**.

Así, por ejemplo, se puede citar el artículo 1° de la CEDAW³¹, que señala que la expresión discriminación contra la mujer *“denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”*.

²⁵ En torno a este concepto, es preciso establecer que no es unánime al interior de la teoría feminista. Lo cual puede evidenciarse a partir de la visión de este concepto, presentada por Patricia Zuluaga. *“La igualdad ha sido uno de los conceptos más debatidos a través de la historia y, ciertamente, es un pilar de la teoría del derecho y de la ciencia política. En efecto hay ciertas instituciones modernas aceptadas universalmente que no se explican sino a la luz de la igualdad de los seres humanos; así por ejemplo: la democracia, el desarrollo y el derecho de los derechos humanos [...]. La igualdad de seres humanos es una construcción filosófica que sirve de base para la formación de sistemas político sociales caracterizados por su orientación hacia la justicia y el consiguiente principio de equidad [...]. La igualdad, entonces, aparece como una ficción jurídica-valórica, una conquista histórica de las celebradas revoluciones norteamericana y francesa, ambas de las cuales tomaron a la igualdad como bandera de lucha contra regímenes monárquicos sustentados sobre la base de un sistema de clases que nutría una verdadera casta privilegiada”*. PALACIOS ZULUAGA, Patricia. *La no discriminación*. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2006. Pág. 25.

²⁶ Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995). Introducción, página 1.

²⁷ Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW (1981).

²⁸ Ratificada por Colombia mediante la **Ley 51 de 1981**.

²⁹ Ratificada por Colombia mediante la **Ley 16 de 1972**.

³⁰ Ratificada por Colombia mediante la **Ley 248 de 1995**.

³¹ Cuyo contenido es reproducido por el artículo 1° de la Convención Interamericana de *Belém do Pará*.

Respecto de la definición de violencia contra la mujer, el artículo 1° de la Declaración de la ONU sobre la Eliminación de la Violencia (1993)³², señala que por esta “*se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada*”.

Tal definición, según el artículo 2° de esa misma Declaración, comprende diversos actos como **la violencia física, sexual y psicológica** que:

- i) Se produzca en la **familia, incluidos los malos tratos**, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;
- ii) Se perpetúe dentro de la **comunidad** en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;
- iii) Se perpetúe o tolere por el **Estado**, donde quiera que ocurra.

20. Respecto a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, al interior del matrimonio y las relaciones familiares, también los referidos instrumentos internacionales señalan ciertas medidas y mandatos que deben cumplir los Estados. Por ejemplo, el artículo 16 de la CEDAW establece que éstos adoptarán todas las medidas adecuadas para que, tanto hombres y mujeres, tengan los mismos derechos para decidir o no contraer matrimonio, hacerlo sólo por su libre albedrío y pleno consentimiento y elegir libremente el cónyuge. También se declara la obligación estatal de equiparar los derechos y las responsabilidades de los cónyuges “**durante el matrimonio y con ocasión de su disolución**”³³.

La Convención Interamericana de Belém do Pará dispone que toda mujer tiene derecho a una **vida libre de violencia**, tanto en el ámbito público como en el **privado**³⁴. Y precisa que tal categoría implica: “*a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación*”³⁵.

Protección a nivel nacional.

21. En Colombia, según el artículo 13 de la Constitución, todas las personas son libres e iguales ante la ley, por ende, susceptibles de recibir protección y trato equitativo por parte de todas las autoridades y de gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ningún tipo de distinción o segregación por motivos de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Específicamente, respecto de la igualdad entre mujeres y hombres, el artículo 43 Superior, establece ecuanimidad de derechos y oportunidades, y proscribe expresamente cualquier tipo de discriminación contra la mujer.

22. Adicionalmente, todos los tratados internacionales anteriormente nombrados, al estar debidamente ratificados por Colombia, hacen parte integrante del ordenamiento jurídico interno. En consecuencia, deben ser utilizados como fundamentos normativos para proteger a las mujeres de cualquier tipo de discriminación o violencia a nivel nacional, en virtud del artículo 93 de la Carta que consagra el bloque de constitucionalidad.

23. A nivel legal se han expedido variedad de leyes que buscan, desde diversos puntos de vista, eliminar la brecha histórica y cultural que existe en el país entre hombres

³² Definición posteriormente reiterada, en lo esencial, en el párrafo 113 de la Cuarta Conferencia de Beijing y por los artículos 1º y 2º de la Convención Interamericana de Belém do Pará.

³³ CEDAW, artículo 16, numeral 1º, literal c.

³⁴ Convención Interamericana de Belém do Pará. Artículo 3.

³⁵ Convención Interamericana de Belém do Pará. Artículo 6.

y mujeres. Así se han adoptado medidas legislativas y jurisprudenciales en temas económicos³⁶, laborales y de protección a la maternidad³⁷, de acceso a cargos públicos³⁸, de libertades sexuales y reproductivas³⁹, de igualdad de oportunidades⁴⁰, entre muchas otras. Por supuesto, también se encuentra legislación referente a la violencia contra la mujer y las formas para combatirla⁴¹.

24. Igualmente, en 1996, el Congreso de Colombia expidió la **Ley 294 de 1996**, por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.

En dicha ley se identificaron los principios que toda autoridad pública debe seguir al momento de evaluar un caso de violencia intrafamiliar⁴², de los cuales se destacan, *a)* la primacía de los derechos fundamentales y el reconocimiento de la familia como institución básica de la sociedad; *b)* que toda forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y por lo tanto, será prevenida, corregida y sancionada por las autoridades públicas; *c)* **la igualdad de derechos y oportunidades del hombre y la mujer**; entre otros.

Asimismo, dicha normativa estableció varias medidas de protección, el procedimiento a seguir cuando ocurren actos de violencia y las formas de asistencia a víctimas del maltrato intrafamiliar.

25. Con posterioridad, el Legislador expidió la **Ley 1257 de 2008**, por la cual se dictaron normas para la sensibilización, prevención y sanción de todas las formas de violencia y discriminación contra las mujeres. Entre otros, los objetivos principales de esta Ley fueron adoptar medidas para garantizar a las mujeres una vida libre de violencias, tanto en el ámbito público como privado, y facilitar el acceso a los procedimientos administrativos y judiciales establecidos para su protección y atención.

³⁶ Por ejemplo, las Leyes **825 de 1993** y **1232 de 2008**, por medio de las cuales se protege a la Mujer Cabeza de Familia, entre otras.

³⁷ Por ejemplo, la protección de estabilidad laboral reforzada a la mujer en embarazo, a través de vía jurisprudencial, consolidada mediante la sentencia **SU-070 de 2013**, M. P. Alexei Julio Estrada. Y la **Ley 1468 de 2011**, por la cual se amplió la licencia de maternidad de 12 a 14 semanas.

³⁸ Por ejemplo, **Ley 581 de 2000** o “Ley de Cuotas”, por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución.

³⁹ Aunque en este aspecto las medidas son tímidas, se puede nombrar por ejemplo la sentencia **T-732 de 2009**, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, en la que la Corte reiteró el derecho a la autodeterminación reproductiva, según el cual se reconoce, respeta y garantiza la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia. Además, resaltó la importancia de tal derecho para las mujeres en la medida en que la determinación de procrear o abstenerse de hacerlo incide directamente sobre su proyecto de vida pues es en sus cuerpos en donde tiene lugar la gestación.

⁴⁰ Por ejemplo, las **Leyes 823 de 2003**, Por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres y Ley 731 de 2002, que tiene por objeto mejorar la calidad de vida de las mujeres rurales, priorizando las de bajos recursos y consagrar medidas específicas encaminadas a acelerar la equidad entre el hombre y la mujer rural.

⁴¹ Entre las leyes que se regulan de alguna manera la violencia contra la mujer pueden verse: **Ley 1639 de 2013**, por medio de la cual se fortalecen las medidas de protección a la integridad de las víctimas de crímenes con ácido y se adiciona el artículo 113 de la Ley 599 de 2000. **Ley 1542 de 2012**, que tiene por objeto garantizar la protección y diligencia de las autoridades en la investigación de los presuntos delitos de violencia contra la mujer y eliminar el carácter de querellables y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, tipificados en los artículos 229 y 233 del Código Penal. **Decreto Ley 164 de 2010**, por el cual se crea una Comisión Intersectorial denominada "Mesa Interinstitucional para Erradicar la Violencia contra las Mujeres". **Ley 1257 de 2008**, 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. **Ley 882 de 2004**, por medio de la cual se modifica el artículo 229 de la Ley 599 de 2000. **Ley 906 de 2004**, Código de procedimiento Penal Colombia Sistema Penal Acusatorio. **Ley 599 de 2000**, Código Penal Colombiano. **Ley 294 de 1996**, por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.

⁴² Ley 294 de 1996, artículo 3º.

Además, en dicha Ley se establecen las definiciones de violencia contra la mujer⁴³ y de daño psicológico, físico, sexual y patrimonial⁴⁴, se enuncian las diferentes medidas de sensibilización y prevención que el Estado colombiano debe adoptar⁴⁵, y se consagran los criterios de interpretación⁴⁶ y los principios que rigen las actuaciones de las autoridades que conozcan de casos de violencia. Tales principios de interpretación son los siguientes⁴⁷:

- Igualdad real y efectiva. Corresponde al Estado diseñar, implementar y evaluar políticas públicas para lograr el acceso de las mujeres a los servicios y el cumplimiento real de sus derechos.
- Derechos humanos. Los derechos de las mujeres son Derechos Humanos.
- Principio de Corresponsabilidad. La sociedad y la Familia son responsables de respetar los derechos de las mujeres y de contribuir a la eliminación de la violencia contra ellas. El Estado es responsable de prevenir, investigar y sancionar toda forma de violencia contra las mujeres.
- Integralidad. La atención a las mujeres víctimas de violencia comprenderá información, prevención, orientación, protección, sanción, reparación y estabilización.
- Autonomía. El Estado reconoce y protege la independencia de las mujeres para tomar sus propias decisiones sin interferencias indebidas.
- Coordinación. Todas las entidades que tengan dentro de sus funciones la atención a las mujeres víctimas de violencia deberán ejercer acciones coordinadas y articuladas con el fin de brindarles atención integral.
- No Discriminación. Todas las mujeres con independencia de sus circunstancias personales, sociales o económicas tales como edad, etnia, orientación sexual, procedencia rural o urbana, religión entre otras, tendrán garantizados los derechos establecidos en esta ley a través una previsión de estándares mínimos en todo el territorio nacional.

⁴³ **Artículo 2°. Definición de violencia contra la mujer.** Por violencia contra la mujer se entiende cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado.
Para efectos de la presente ley, y de conformidad con lo estipulado en los Planes de Acción de las Conferencias de Viena, Cairo y Beijing, por violencia económica, se entiende cualquier acción u omisión orientada al abuso económico, el control abusivo de las finanzas, recompensas o castigos monetarios a las mujeres por razón de su condición social, económica o política. Esta forma de violencia puede consolidarse en las relaciones de pareja, familiares, en las laborales o en las económicas.

⁴⁴ **Artículo 3°. Concepto de daño contra la mujer.** Para interpretar esta ley, se establecen las siguientes definiciones de daño:
a. Daño psicológico: Consecuencia proveniente de la acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal.
b. Daño o sufrimiento físico: Riesgo o disminución de la integridad corporal de una persona.
c. Daño o sufrimiento sexual: Consecuencias que provienen de la acción consistente en obligar a una persona a mantener contacto sexualizado, físico o verbal, o a participar en otras interacciones sexuales mediante el uso de fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal.

Igualmente, se considerará daño o sufrimiento sexual el hecho de que la persona agresora obligue a la agredida a realizar alguno de estos actos con terceras personas.

d. Daño patrimonial: Pérdida, transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos o económicos destinados a satisfacer las necesidades de la mujer.

⁴⁵ **Artículo 9 ° y siguiente.**

⁴⁶ **Artículo 4. Criterios de Interpretación.** Los principios contenidos en la Constitución Política, y en los Tratados o Convenios Internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, en especial la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, las demás leyes, la jurisprudencia referente a la materia, servirán de guía para su interpretación y aplicación.

⁴⁷ **Artículo 6°.** Sobre los principios para la interpretación y aplicación de la Ley 1257 de 2008.

- Atención Diferenciada. El **Estado garantizará la atención a las necesidades y circunstancias específicas de colectivos de mujeres especialmente vulnerables o en riesgo**, de tal manera que se asegure su acceso efectivo a los derechos consagrados en la presente ley.

26. Establecida, de manera general, la normatividad nacional e internacional referente a la violencia contra las mujeres, esta Sala considera necesario ahondar en los conceptos de **violencia doméstica o intrafamiliar** y, en especial, **violencia psicológica** por ser relevantes para la resolución del caso concreto.

La violencia doméstica o intrafamiliar.

27. De conformidad con lo establecido en la **sentencia T-967 de 2014**⁴⁸, la violencia doméstica o intrafamiliar es aquella que se propicia por el daño físico, emocional, sexual, psicológico o económico que se causa entre los miembros de la familia y al interior de la unidad doméstica. Esta se puede dar por acción u omisión de cualquier miembro de la familia.

Desde antaño, se reconoce que este fenómeno es invisibilizado en nuestra sociedad, a partir de la histórica diferenciación entre los conceptos de “lo privado” y “lo público”, que por décadas ha marcado una pauta de acción estatal nula o de indiferencia, cuando se alegaban conflictos al interior del ámbito íntimo de la familia.

Según algunos académicos⁴⁹, “hasta tal punto ha estado legitimada la violencia contra las mujeres, que el filósofo [...] John Stuart Mill denunciaba cómo en la Inglaterra del XIX un respetable caballero inglés podía matar a su esposa sin temer ningún castigo legal”.

28. A partir de las reivindicaciones logradas en las últimas décadas por los distintos movimientos feministas⁵⁰, la visibilización del fenómeno de la violencia intrafamiliar, en especial cuando es física o sexual, se abrió en algunos espacios, en los cuales, inclusive, se han posicionado algunos comportamientos como constitutivos de torturas y tratos crueles contra la mujer al interior del hogar. Así, por ejemplo, esta Corte, en **sentencia C-408 de 1996**⁵¹, reconoció que:

“(…) [L]as mujeres están también sometidas a una violencia, si se quiere, más silenciosa y oculta, pero no por ello menos grave: las agresiones en el ámbito doméstico y en las relaciones de pareja, las cuales son no sólo formas prohibidas de discriminación por razón del sexo (CP art. 13) sino que pueden llegar a ser de tal intensidad y generar tal dolor y sufrimiento, que configuran verdaderas torturas o, al menos, tratos crueles, prohibidos por la Constitución (CP arts. 12, y 42) y por el derecho internacional de los derechos humanos.

Así, según la Relatora Especial de Naciones Unidas de Violencia contra la Mujer (sic), ‘la violencia grave en el hogar puede interpretarse como forma de tortura mientras que las formas menos graves pueden calificarse de malos tratos en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos’⁵².”

29. A pesar de lo anterior, el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, al analizar la violencia al interior del hogar, hizo hincapié en que la misma sigue siendo invisibilizada por diversos factores. En especial, **por prácticas culturales tradicionales que establecen estereotipos sobre la mujer** y por la consideración de que la familia y las relaciones de los miembros al interior de esta, se circunscriben a un espacio privado y de poca acción estatal⁵³.

⁴⁸ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴⁹ DE MIGUEL ÁLVAREZ, Ana. *La construcción de un marco feminista de interpretación: la violencia de género. En cuadernos de trabajo social, volumen 18, 2005.* Universidad de A Coruña. Pág., 237.

⁵⁰ Feminismos liberales, radicales, culturales, socialistas, críticos, latinoamericanos, entre otros.

⁵¹ M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵² “Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer. Documento E/CN.4/1996/53 Párrafo No 48.”

⁵³ Recomendación General número 19 del Comité de Naciones Unidas para la verificación de la CEDAW. “Las actitudes tradicionales según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, tales como la violencia y los malos tratos en la

La Recomendación General número 19, emitida por el referido Comité el 29 de enero de 1992, explicó que *“la violencia en la familia es una de las formas más insidiosas de la violencia contra la mujer”*⁵⁴. Por lo anterior, recomendó a los Estados que ratificaron la CEDAW como Colombia, establecer las medidas necesarias para resolver el problema de la violencia en la familia.

Medidas dentro de las cuales figuran: (i) sanciones penales en los casos inexcusables y **recursos civiles en caso de violencia en el hogar**; (ii) legislación que elimine la defensa del honor como justificativo para atacar a las mujeres de la familia o atentar contra su vida; (iii) servicios para garantizar la seguridad de las víctimas de violencia en la familia, incluidos refugios y programas de asesoramiento y rehabilitación; (iv) programas de rehabilitación para agresores; y (v) servicios de apoyo para las familias en las que haya habido un caso de incesto o de abuso sexual.

También en 1994, en la Cuarta Conferencia de Beijing se indicó que la violencia contra las mujeres y las niñas que ocurre en la familia o en el hogar, a menudo es tolerada. *“El abandono, el abuso físico y sexual y la violación de las niñas y las mujeres por miembros de la familia y otros habitantes de la casa, así como los casos de abusos cometidos por el marido u otros familiares, no suelen denunciarse, por lo que son difíciles de detectar”*⁵⁵.

En 2005, la Organización Mundial de la Salud presentó el informe titulado “El Estudio multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y la violencia doméstica contra la mujer”, en cuyo prólogo se indicó que *“la **violencia doméstica**, en particular, continúa siendo terriblemente común y es aceptada como “normal” en demasiadas sociedades del mundo”*.

En el mismo sentido, en marzo de 2007, el informe y las recomendaciones hechas al Estado colombiano, por parte del Comité de la CEDAW⁵⁶, precisó que *“el reporte [sobre violencia doméstica] por parte del Instituto de Medicina Legal del 2005 [mostró] que las mujeres constituyen el 84% de los 17.712 dictámenes realizados, y el 84% de estas son menores de edad. Asimismo, en 2005, el 41% de las mujeres alguna vez unidas reportó haber sido víctima de violencia física y/o sexual por su pareja, porcentaje no muy diferente al 39% reportado en 2000. Lo anterior sin tener en cuenta que se presenta una muy baja tasa de denuncia o búsqueda de ayuda: en 2005, el 76.1% de mujeres víctimas de violencia reportó no haber buscado ayuda al respecto”*.

El II Informe sobre la implementación de la Ley 1257 de 2008⁵⁷, publicado en diciembre de 2013, señaló que *“conforme a la información del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INML), **en el año 2012 se presentaron 65.210 casos de violencia intrafamiliar contra mujeres**, 47.620 casos de violencia ejercida por la pareja o expareja contra mujeres, 18.100 casos de violencia sexual contra mujeres y 138 casos de feminicidios íntimos.”*

A pesar de los esfuerzos de las autoridades los actos de violencia contra las mujeres se mantienen. En efecto, en el Boletín Epidemiológico sobre la Violencia de Género en Colombia en los años 2014, 2015 y 2016 publicado por Medicina Legal, se evidencia que en el País mueren 2.6 mujeres al día, con relación al componente del hecho de ser mujer. El feminicidio como delito se tipificó, sin embargo entre el año 2016 y 2017, se presentó un incremento del 22% de casos de feminicidio. El 85% de las mujeres que mueren son solteras **o viven en unión marital de hecho**. En cuanto a lesiones personales, fueron reportados por Medicina Legal **134.423** casos en tres

familia, los matrimonios forzados, el asesinato por presentar dotes insuficientes, los ataques con ácido y la circuncisión femenina.”

⁵⁴ Ver Recomendación General número 19 del Comité de Naciones Unidas para la verificación de la CEDAW. Emitida el 29 de enero de 1992.

⁵⁵ Párrafo 117, Cuarta Conferencia de Beijing.

⁵⁶ Consultado en: http://www.pnud.org.co/img_upload/9056f18133669868e1cc381983d50faa/Recomendaciones_del_comit%C3%A9_de_la_CEDAW_al_estado_colombiano.pdf.

⁵⁷ Coordinado por la Corporación Sisma Mujer.

años, teniendo en cuenta la cantidad de cifras negras que se manejan en Medicina Legal⁵⁸.

Asimismo, en el informe presentado por Medicina Legal en el 2017 sobre la violencia contra las mujeres, **se reportaron 35.690 casos de violencia en parejas, de los cuales 8.659 casos son en Bogotá**. Respecto de situaciones de violencia intrafamiliar, se encontraron 13.422, en los que 4.631 involucraron situaciones con niñas de 0 a 4 años de edad⁵⁹.

30. Se evidencia entonces que, a pesar de los esfuerzos, todavía persisten obstáculos para que la violencia íntima o doméstica pueda ser considerada un acto real de violencia. Tales obstáculos son, entre otros, la dicotomía entre las esferas público-privadas⁶⁰ y la incapacidad cultural para ver el maltrato íntimo como violencia, debido a su normalización en las culturas patriarcales o su invisibilización⁶¹. Por ello, algunas feministas, afirman que *“la violencia contra la mujer es un acto político; su mensaje es la dominación: ‘Quédense en su sitio, o tengan miedo’”*⁶².

Por todo lo anterior, es necesario que la sociedad y el Estado encaminen sus acciones hacia la generación de nuevos marcos de interpretación de la violencia contra la mujer, en donde se analice el problema personal que tiene determinada víctima con su agresor, bajo una concepción estructural y social del fenómeno de maltrato.

Violencia psicológica.

31. La violencia psicológica se ocasiona con acciones u omisiones dirigidas intencionalmente a producir en una persona sentimientos de desvalorización e inferioridad sobre sí misma, que le generan baja de autoestima. Esta tipología no ataca la integridad física del individuo sino su integridad moral y psicológica, su autonomía y desarrollo personal y se materializa a partir de constantes y sistemáticas conductas de intimidación, desprecio, chantaje, humillación, insultos y/o amenazas de todo tipo⁶³.

32. Al estudiar este tema, la Organización Mundial de la Salud presentó el precitado Informe titulado *“Estudio multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y la violencia doméstica contra la mujer (2005)”*⁶⁴. De los resultados de las investigaciones se destacan las conclusiones referentes al **maltrato psíquico** inflingido por la pareja a la mujer, pues se establece que el mismo es sistemático y en la mayoría de los casos es más devastador que la propia violencia física.

⁵⁸ Consultado en:

<http://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/57985/Violencia+de+G%C3%A9nero+en+Colombia.+An%C3%A1lisis+comparativo+de+las+cifras+de+los+a%C3%B1os+2014%2C+2015+y+2016.pdf> .

⁵⁹ Plazas-Gómez C. V (ed). (2018) *Hacia la Construcción de una Política Fiscal con Enfoque de Género en Colombia, Política tributaria de género: un debate necesario, Panorama del género en Colombia, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario,* Pág. 14.

También consultado en

<http://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/57992/Violencia+contra+las+mujeres.pdf> .

⁶⁰ “Al ignorar el carácter político de la desigualdad en la distribución del poder en la vida familiar, esta división de esferas no reconoce el carácter político de la así llamada vida privada. Tal división de esferas oscurece el hecho de que el ámbito doméstico mismo es creado por el campo político, donde el Estado se reserva el derecho de optar por la intervención. [...] **La dicotomización de la esfera pública y privada debilita el ejercicio de la ciudadanía por parte de las mujeres.** Inhibe el discurso autorizado y el diálogo derivados de la autodeterminación, y por lo tanto menoscaba la participación exitosa de la mujer en la vida democrática”. ROMANY, Celina. *La responsabilidad del Estado se hace privada*. En Derecho Humanos de la Mujer, editado por Rebecca J. Cook y publicado por Profamilia, Bogotá, 1997. Pág., 89.

⁶¹ Sobre este punto ver las intervenciones presentadas, en especial, por la Corporación Sisma Mujer y la Pontificia Universidad Javeriana, reseñadas en parte anterior de esta providencia.

⁶² ROMANY, Celina. *La responsabilidad del Estado se hace privada*. En Derecho Humanos de la Mujer, editado por Rebecca J. Cook y publicado por Profamilia, Bogotá, 1997. Pág., 95.

⁶³ Según el artículo 3° de la Ley 2157 de 2008, el daño psicológico es el “proveniente de la acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal.”

⁶⁴ Dentro del cual se incluyen varias investigaciones realizadas en algunos países seleccionados como Brasil, Perú, Montenegro, República Unida de Tanzania y Japón, entre otros.

19

En dicho estudio⁶⁵ se identificaron los actos específicos, que para la OMS son constitutivos de dicho maltrato psicológico⁶⁶, así:

- Cuando la mujer es *insultada* o se la hace *sentir mal* con ella misma;
- cuando es *humillada* delante de los demás;
- **cuando es intimidada o asustada a propósito (por ejemplo, por una pareja que grita y tira cosas);**
- **cuando es amenazada con daños físicos (de forma directa o indirecta, mediante la amenaza de herir a alguien importante para ella).**

Asimismo, ese informe definió que cuando la pareja propicia maltrato psíquico sobre la mujer, se registra un porcentaje más elevado de comportamiento dominante sobre la misma, a partir del cual también se ejercen actos de intimidación como⁶⁷:

- *impedirle ver a sus amig[a/o]s;*
- *limitar el contacto con su familia carnal;*
- ***insistir en saber dónde está en todo momento;***
- *ignorarla o tratarla con indiferencia;*
- ***enojarse con ella si habla con otros hombres;***
- ***acusarla constantemente de serle infiel;***
- *controlar su acceso a la atención en salud.*

33. En este sentido, es necesario reiterar que en la **sentencia T-967 de 2014**⁶⁸, la Corte expuso las siguientes conclusiones sobre la **violencia psicológica**:

- **Se trata de una realidad mucho más extensa y silenciosa, incluso, que la violencia física y puede considerarse como un antecedente de esta.**
- Se ejerce a partir de pautas sistemáticas, sutiles y, en algunas ocasiones, imperceptibles para terceros, que amenazan la madurez psicológica de una persona y su capacidad de autogestión y desarrollo personal.
- Los patrones culturales e históricos que promueven una idea de superioridad del hombre (*machismo – cultura patriarcal*), hacen que la violencia psicológica sea invisibilizada y aceptada por las mujeres como algo “normal”.
- Los indicadores de presencia de violencia psicológica en una víctima son: humillación, culpa, ira, ansiedad, depresión, aislamiento familiar y social, baja autoestima, pérdida de la concentración, alteraciones en el sueño, disfunción sexual, limitación para la toma decisiones, entre otros.
- La violencia psicológica a menudo se produce al interior del hogar o en espacios íntimos, por lo cual, en la mayoría de los casos no existen más pruebas que la declaración de la propia víctima.

⁶⁵ OMS, Informe Estudio multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y violencia doméstica contra la mujer, 2005. Pág. 10.

⁶⁶ Según el informe: “En todos los países objeto del Estudio, entre el 20% y el 75% de las mujeres había experimentado, como mínimo, uno de estos actos, en su mayoría en los últimos 12 meses previos a la entrevista. **Los que más se mencionaron fueron los insultos, la humillación y la intimidación.** Las amenazas con daños físicos fueron menos frecuentes, aunque casi una de cada cuatro mujeres en los entornos provinciales de Brasil y Perú declaró que había sido amenazada. Entre las mujeres que informaron haber sido objeto de este tipo de violencia, al menos dos tercios había sufrido la experiencia en más de una ocasión.” Pág. 10.

⁶⁷ OMS, Informe Estudio multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y violencia doméstica contra la mujer, 2005. Pág. 22 y 23.

⁶⁸ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

De esta manera queda claro que la violencia psicológica contra la mujer, como una de las formas de violencia más sutil e invisibilizada, tiene fuertes implicaciones individuales y sociales que contribuyen a perpetuar la discriminación histórica contra las mujeres. Por tanto, es necesario darle mayor luz a este fenómeno para que desde lo social, lo económico, lo jurídico y lo político, entre otros, se incentiven y promuevan nuevas formas de relación entre hombres y mujeres, respetuosas por igual, de la dignidad de todos los seres humanos en su diferencia y diversidad.

La administración de justicia en perspectiva de género.

34. A partir de todo lo analizado hasta ahora, para esta Corte es claro que, de los mandatos contenidos en la Constitución y en las Convenciones sobre protección a la mujer⁶⁹, **se deduce que el Estado tiene obligaciones ineludibles en torno a la eliminación de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida contra una persona por razón de su sexo.**

Así, por ejemplo, se extrae que el Estado debe: *a)* garantizar a todos y todas, una vida libre de violencia y discriminación por razón del sexo; *b)* prevenir y proteger a las mujeres y las niñas de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida en su contra; e *c)* investigar, sancionar y reparar la violencia estructural contra la mujer, entre muchas otras.

35. Esta última obligación, en esencia, dentro de nuestro ordenamiento, está en cabeza de la **Rama Judicial del Poder Público**; por lo que, son los operadores judiciales del país quienes **deben velar por su cumplimiento**. En efecto, es necesario que dichas autoridades **apliquen una perspectiva de género en el estudio de sus casos**, que parta de las reglas constitucionales que prohíben la discriminación por razones de género, imponen igualdad material, exigen la protección de personas en situación de debilidad manifiesta y por consiguiente, buscan combatir la desigualdad histórica entre hombres y mujeres, de tal forma que **se adopten 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 sociedad⁷⁰.

En efecto, como se evidenció en los fundamentos 29 a 31 de la presente providencia, una de las mayores limitaciones que las mujeres encuentran para denunciar la violencia, **en especial la doméstica y la psicológica**, es la tolerancia social a estos fenómenos, que implica a su vez la ineficacia de estos procesos y las dificultades probatorias a las que se enfrenta la administración de justicia en estos casos.

Estas razones explicarían también los altos niveles de impunidad y el mantenimiento de conductas discriminatorias contra las mujeres, incluso provenientes de esos mismos operadores de justicia.

Debido a lo anterior, según algunas investigadoras, *“la justicia, en su dimensión normativa, estructural y funcional, requiere de una remoción en sus cimientos para responder a las necesidades de las mujeres ante las diversas modalidades de [...] discriminación, [...] violencia y [...] coerción que se manifiestan en las vidas concretas”*⁷¹.

36. Ahora bien, a pesar de las limitantes descritas, esa *remoción de cimientos* en la administración de justicia en Colombia ha tenido avances normativos importantes en materia penal, que permiten poco a poco desnaturalizar la violencia física y sexual contra las mujeres y brindarles espacios judiciales propicios para lograr reparaciones, reivindicaciones y sanciones a los responsables.

⁶⁹ Reseñadas en los párrafos 26 a 29 de esta sentencia

⁷⁰ Plazas-Gómez C. V (ed). (2018) *Hacia la Construcción de una Política Fiscal con Enfoque de Género en Colombia, Perspectiva de género: reconocimiento de los derechos de la mujer, origen teórico y desarrollo lega*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Pág. 75-76.

⁷¹ ACOSTA VARGAS, Gladys. *Una luz al final del túnel: la justicia de género*. En Derecho Humanos de la Mujer, editado por Rebecca J. Cook y publicado por Profamilia, Bogotá, 1997. Pág., 339.

En ese sentido, es necesario ver cómo la justicia penal introduce, al menos a nivel normativo⁷², la perspectiva de género, en especial, en materia de violencia sexual, violencia física y violencia contra las mujeres al interior del conflicto armado⁷³.

Hoy en día, son claros **los parámetros y estándares que deben seguir fiscales, jueces y cualquier otro funcionario del sistema judicial cuando se enfrenta a la solución de un caso que involucra violencia física y sexual contra la mujer. En especial para la consecución, custodia y valoración de las pruebas**, pues estos eventos **deben estar regidos por los principios de igualdad y respeto por la diferencia**, entre otros.

37. A pesar de tales avances, al recordar la clásica función del *derecho penal como última ratio*, es preciso cuestionarse sobre el papel que ejerce el Estado, a través de jueces y magistrados, **en torno a su obligación de prevenir y propiciar a las mujeres una vida libre de violencias en el derecho civil y el derecho de familia**. Es claro que esos espacios al interior de la estructura jurídica son muy importantes para prevenir o evitar que las controversias entre los conciudadanos lleguen a instancias penales y se superen las causas que originan la violencia.

No obstante lo anterior, parecería que contra la mujer, sólo los casos de mayor “*gravedad*”, tienen respuestas estatales que involucran la perspectiva de género en la administración de justicia. Así, este planteamiento permite formular una premisa que ha sido dominante: *por regla general, la perspectiva de género en la administración de justicia, sólo se aplica en los procesos judiciales, con sus limitaciones propias, cuando está en riesgo grave la integridad física y/o la vida de las mujeres; es decir en materia penal*.

38. Sin duda, esta pauta de acción no es suficiente, ya que, es claro que existen diversos tipos y grados de violencia, ante las cuales el Estado debe proporcionar múltiples y coordinadas soluciones. Por ello, desde la administración de justicia, la protección a las mujeres en materia penal debe continuar, e incluso, incrementarse, **pero no se puede dejar de lado la protección desde el ámbito civil y de familia**.

39. Al contrario, es necesario que el Estado fortalezca su intervención en los casos de maltrato doméstico y psicológico más allá del derecho penal, con el fin de que estos casos trasciendan al ámbito público y no permanezca dentro de la esfera privada. Por ello, debe ampliarse la aplicación de **criterios de interpretación diferenciados**, cuando, por ejemplo, **colisionen los derechos de un agresor y una víctima de violencia doméstica o psicológica**, en un proceso de naturaleza civil o de familia, por parte de estos jueces y de las comisarías de familia.

⁷² A pesar de los avances a nivel normativo, los niveles de impunidad continúan siendo muy altos, así lo evidencia el II Informe sobre la implementación de la Ley 1257 de 2008, coordinado por la Corporación Sisma Mujer y publicado en diciembre de 2013:

“[E]n relación con el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencias, es importante señalar: [que] el estado procesal de las investigaciones por los delitos sexuales, la violencia intrafamiliar y la inasistencia alimentaria que se tramitaron entre el 2009 y 2012, demuestra que entre el 81% y 90% se encuentran en situación de impunidad [...] en relación con el delito de acoso sexual [...] se observa que en el periodo comprendido entre el 2009 y 2012, se registraron 75 investigaciones [de acoso sexual], de las cuales, [...] el 90% ... se encuentran en la impunidad. En materia de feminicidio las autoridades únicamente informan luego de 5 años de entrada en vigencia la Ley 1257 de 2008 la existencia de 18 investigaciones. (Quintero, 2012, pp. 60-61)

En este sentido, se observa que el nivel de impunidad de los delitos de mayor impacto contra las mujeres supera el 80% y asciende hasta el 90% lo cual confirma no solo la persistencia de obstáculos de acceso a la justicia para las mujeres, que se muestran inalterables a través del tiempo, sino que además demuestra que los avances logrados en materia penal con la Ley 1257 de 2008 son inobservados por las autoridades de manera generalizada, en tanto no aplican las causales de agravación punitiva y no se investigan, juzgan, ni sancionan los casos de acoso sexual ni de feminicidio.

Respecto de los procesos penales adelantados por la Fiscalía, la entidad informó de manera muy genérica sobre el trámite de **45.052 casos de violencia intrafamiliar durante el año 2011**, de los cuales permanecen activos 4.844 e inactivos 40.208, sin que se logre identificar el motivo del cierre de los casos. **En 2012, la entidad tiene registrados 87.385 casos por violencia intrafamiliar**, de los cuales aparecen activos 25.251 e inactivos 62.134, sin que tampoco se informe sobre la causa de los cierres, la aplicación de la Ley 1257 de 2008, ni el motivo por el que se duplica la cantidad de casos de un año al siguiente.”

Disponible en: <http://www.convergenciagnoa.org/images/Documentospdf/informesddhh/Informe%20Ley%201257.pdf>

⁷³ Ver, entre otras, las sentencias C-438 de 2013, M. P. Alberto Rojas Ríos; C-781 de 2012, M. P. María Victoria Calle Correa; T-973 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-677 de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez; T-1015 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; A-092 de 2008 (Sala de seguimiento a la T-025 de 2004), M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

De este modo, en aras de lograr *igualdad procesal* realmente efectiva, es evidente que **en ningún caso los derechos del agresor pueden ser valorados judicialmente con mayor peso que los derechos humanos de la mujer a su integridad física y mental y a vivir libre de cualquier tipo de violencia.**

En este sentido, **es necesario verificar si el operador judicial actúa o no desde formas estereotipadas de ver a la familia y a la mujer, que contribuyen a normalizar e invisibilizar la violencia.** En efecto, cualquier interpretación judicial en la que la ponderación probatoria se inclina en favor del agresor, porque no son creíbles las pruebas aportadas por hacer parte de la *esfera privada* de la pareja, sobre la base de la dicotomía *público-privado* resulta contraria a la Constitución Política y a los tratados internacionales sobre la protección de las mujeres.

Respecto a este aspecto esta Corte, en **sentencia C-408 de 1996**⁷⁴, manifestó:

“No se puede entonces invocar la intimidad y la inviolabilidad de los hogares para justificar agresiones contra las mujeres en las relaciones privadas y domésticas. Es más, esta violencia puede ser incluso más grave que la que se ejerce abiertamente, pues su ocurrencia en estos ámbitos íntimos la convierte en un fenómeno silencioso, tolerado, e incluso, a veces, tácitamente legitimado. Hace tan solo 30 años, en 1954, en un país de alta cultura democrática como Inglaterra, el comandante de Scotland Yard se jactaba de que en Londres había pocos asesinatos y que muchos de ellos no eran graves pues eran simplemente ‘casos de maridos que matan a sus mujeres.’⁷⁵”

Esto explica que esta violencia doméstica contra la mujer sea un fenómeno poco conocido y denunciado ante las autoridades pero que, todo indica, adquiere proporciones alarmantes. Así, según ciertas investigaciones, en Estados Unidos sólo se denuncia uno de cada cien casos de violencia en el hogar⁷⁶. Y en Colombia, según lo señalan los propios debates parlamentarios en la discusión del presente tratado [Convención Interamericana de Belém Do Pará], las múltiples formas de violencia contra la mujer comienzan apenas a ser documentadas, con enormes dificultades relacionadas con la naturaleza misma del fenómeno, el cual es visto como ‘natural’ dentro de una cultura discriminatoria, que no es exclusiva de nuestro país, considerado como asunto privado de la mujer o de la familia y no denunciado, ya que la mujer agredida no goza de presunciones que la favorezcan ni de facilidades procesales para acreditar el delito.”

Lo anterior, fue reiterado en la Comunicación número 5/2005 del mismo Comité (caso Sahide Goekce contra Austria), cuando se explicitó, en alusión a la violencia en el hogar, ***“que los derechos del agresor no pueden estar por encima de los derechos humanos de las mujeres a la vida y a la integridad física y mental”⁷⁷.***

40. Así es claro que en materia civil y de familia, la perspectiva de género, también debe orientar las actuaciones de los operadores de justicia, en conjunto con los principios constitucionales y la especial protección otorgada a la mujer, cuando es víctima de cualquier tipo de violencia.

⁷⁴ M. P. Alejandro Martínez Caballero. Por medio de la cual se declaró la constitucionalidad de la Ley que ratificó en Colombia la Convención Interamericana de Belém de Pará.

⁷⁵ “Citado por Naciones Unidas. *La mujer restos hasta...* Loc- cit, p 74.”

⁷⁶ “Ver Naciones Unidas. *La mujer. Retos hasta el año 2.000.* Nueva York, Naciones Unidas, 1991, pp 71 y 72.”

⁷⁷ Comité de Naciones Unidas para la verificación de la CEDAW, Comunicación número 5/2005 (caso Sahide Goekce contra Austria), pág. 23. Respecto a este caso específico, el Comité efectuó las siguientes recomendaciones al estado austriaco: “b) Enjuiciar de manera vigilante y rápida a los autores de actos de violencia en el hogar a fin de hacer comprender a los agresores y al público que la sociedad condena la violencia en el hogar y asegurar al mismo tiempo que se utilicen recursos penales y civiles en los casos en que el perpetrador en una situación de violencia en el hogar plantea una amenaza peligrosa para la víctima y asegurar también que en todas las medidas que se tomen para proteger a la mujer de la violencia se dé la consideración debida a la seguridad de la mujer, haciendo hincapié en que los derechos del perpetrador no pueden sustituir a los derechos de la mujer a la vida y la integridad física y mental. // d) Fortalecer los programas de capacitación y formación sobre violencia en el hogar para los jueces, abogados y oficiales encargados de hacer cumplir la ley, incluso en lo que respecta a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la recomendación general 19 del Comité y el Protocolo Facultativo.”

Lo anterior, es aún más relevante si se tiene en cuenta que la estructura misma de los procesos llevados a cabo ante esas jurisdicciones, encuentra sus bases en una presunción de *igualdad* de las partes procesales, o **principio de igualdad de armas**, que justifica el carácter dispositivo y rogado de tales procesos.

41. Ahora bien, esta Sala debe preguntarse si frente a la discriminación estructural contra las mujeres, que evidentemente persiste en muchos ámbitos jurídicos y judiciales, **¿es posible mantener el velo de la igualdad de armas sin que ello implique el desconocimiento de las obligaciones estatales de prevenir, investigar y sancionar cualquier tipo de violencia contra la mujer?**

Para dar solución a ese cuestionamiento, esta Sala recuerda que desde hace varias décadas los distintos movimientos feministas han denunciado la falta de neutralidad de ciertas estructuras sociales como, por ejemplo, el Derecho. Así se explica que desde la “universalización” de determinados valores, se logra dar un velo de neutralidad a diversas instituciones, en ese caso, a la administración de justicia⁷⁸.

Desde esa concepción y a partir de los análisis previos, es posible concluir que el derecho civil y de familia en Colombia está basado en ciertos valores “universales” que le otorgan un halo de neutralidad importante. Principios como la autonomía de la voluntad, la igualdad de armas, la justicia rogada, la rigidez procesal y el formalismo probatorio, muestran que esas jurisdicciones dan un trascendental lugar a la verdad procesal, por encima, muchas veces, de realidades fácticas estructuralmente desiguales⁷⁹.

42. Tal es el caso de la posición de muchas mujeres en la administración de justicia cuando sus denuncias y/o reclamos son considerados como asuntos privados, producto de visiones que reflejan la desigualdad histórica y estructural contra estas. En esos casos, esa *neutralidad* de la justicia, puede ser problemática, pues detrás de ese velo, son identificables diversas barreras impuestas por la violencia y la discriminación en su contra. En efecto, la falta de recursos económicos, **la vergüenza, las amenazas, las intimidaciones, las humillaciones, las presiones psicológicas, la afectación de la autoestima, las distancias físicas o geográficas, la falta de orientación, la invisibilización, los estereotipos de género presentes en los operadores jurídicos**, entre otras situaciones, son factores que permiten concluir que bajo la perspectiva de género **una víctima de violencia intrafamiliar en Colombia no llega en igualdad de armas procesales a un proceso civil, de familia, o ante las comisarias de familia.**

43. Para soportar lo anterior es necesario resaltar que en el precitado informe sobre la implementación de la Ley 1257 de 2008⁸⁰, se evidenció que **“la cultura política de los operadores de justicia sigue permeada por patrones de discriminación contra la mujer, en tanto no investigan los casos de acoso sexual adecuadamente, y cuando abren las investigaciones exigen niveles de prueba que no se corresponden con las dificultades propias de los casos de violencia [...] y que más bien tienen una valoración soterrada de la menor gravedad del delito”**.

También la Relatoría sobre los Derechos Humanos de la Mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe sobre “El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”⁸¹, reveló que⁸²:

⁷⁸ T-967 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁷⁹ T-967 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁸⁰ II Informe sobre la implementación de la Ley 1257 de 2008, coordinado por la Corporación Sisma Mujer y publicado en diciembre de 2013.

⁸¹ Consultado en: <http://www.cidh.org/women/Accesso07/cap2.htm>

⁸² Otras importantes manifestaciones contenidas en el informe de la relatoría explican que:

“137. [...] durante la reciente visita de seguimiento de la Relatoría a Guatemala, sus integrantes se reunieron con las unidades de la Fiscalía encargadas de investigar distintos delitos contra las mujeres, incluyendo los delitos de violencia intrafamiliar. Los fiscales comentaron **el énfasis prioritario que se asigna a la constatación médica de lesiones físicas para probar agresiones dentro del contexto doméstico**. En su informe sobre el impacto del conflicto armado en las mujeres colombianas, la CIDH también observó su preocupación **sobre la “cadena de custodia” en casos de violencia y su énfasis exclusivo en preservar pruebas de carácter físico**.

138. La CIDH ha verificado la necesidad de considerar pruebas más allá de la constatación médica de lesiones físicas y **la prueba testimonial para poder fundamentar casos de violencia contra las mujeres**, sobre todo los casos de violencia sexual [...]

*“147. Además de las deficiencias en materia de investigación, la CIDH observa con preocupación la ineficacia de los sistemas de justicia para juzgar y sancionar los casos de violencia contra las mujeres. La **Comisión ha constatado que ciertos patrones socioculturales discriminatorios influyen en las actuaciones de los funcionarios en todos los niveles de la rama judicial**, lo que se traduce en un número aún ínfimo de juicios orales y sentencias condenatorias que no corresponden al número elevado de denuncias y a la prevalencia del problema. La CIDH ha podido verificar que la violencia y la discriminación contra las mujeres todavía son hechos aceptados en las sociedades americanas, lo cual se ve reflejado en la respuesta de los funcionarios de la administración de la justicia hacia las mujeres víctimas de violencia y en el tratamiento de los casos. **Existe asimismo una tendencia a considerar los casos de violencia contra las mujeres como conflictos domésticos, privados y no prioritarios que deben ser resueltos sin la intervención del Estado.***

148. Las siguientes dos frases expresadas durante las reuniones de trabajo organizadas por la Relatoría resumen el parecer de la mayoría de las expertas y expertos consultados durante la implementación de este proyecto, sobre la fuerte barrera estructural que representa la cultura cuando las mujeres denuncian hechos de violencia en sus países:

***La cultura patriarcal es parte de la formación de la mentalidad de gran parte de los pueblos, de forma que la violencia contra las mujeres es en realidad el síntoma y no la enfermedad.** Las mujeres sólo tendrán igualdad de acceso a la justicia, y la violencia contra la mujer sólo será eliminada, cuando se construya una mentalidad que las conciba como iguales y no como inferiores, pues esta es la causa estructural de la violencia contra las mujeres.*

Los cambios son buenos, pero no hemos transformado nuestra sociedad.”

44. Por todo lo expuesto, es evidente que los esfuerzos en pro de la eliminación de la violencia y la discriminación contra las mujeres, en este caso, desde la administración de justicia, no han sido suficientes. **Por tanto, se debe ahondar en la construcción de marcos interpretativos que ofrezcan a los operadores jurídicos visiones más amplias y estructurales del problema**, que les permitan ofrecer soluciones judiciales integrales y que aporten, desde su función, a la reconfiguración de los mencionados patrones culturales discriminadores.”

(Negrillas, subrayas, color rojo y aumento del tamaño de la fuente, no son originales del texto citado)

En igual sentido, y como forzoso criterio, debe tenerse en cuenta lo ya analizado en el fallo de tutela, proferido por la Honorable Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia STC15780-2021, del 24 de noviembre de 2021, dentro del trámite con radicación N° 11001-02-03-000-2021-03360-00, siendo Magistrado Ponente el Doctor AROLDI WILSON QUIROZ MONSALVO, se analizó lo siguiente:

“4.2. Tratándose de la administración de justicia, es pacífico que se configura un escenario de discriminación, entre otros eventos, cuando

[L]os estereotipos se reflejan o se encuentran inmersos en el derecho, como en las premisas implícitas de la legislación y las

139. La CIDH asimismo ha tomado conocimiento de las demoras en tomar pruebas después de la agresión, lo que presenta desafíos claves, sobre todo en materia probatoria, ya que el paso del tiempo dificulta la obtención de prueba testimonial idónea, y afecta la posibilidad de realizar pruebas periciales. Asimismo, se reporta **la no incorporación de evidencias proporcionadas por las víctimas o por familiares de las víctimas a los expedientes en casos de violencia contra las mujeres** y la negación de los Estados de proveer información sobre el proceso de investigación. Adicionalmente **se registra una recopilación y procesamiento parcializados de las evidencias** y una ausencia de personal capacitado y especializado para conducir las pruebas y los peritajes necesarios en estos casos.”

implicaciones del razonamiento y lenguaje usados por jueces y juezas.

Cuando un Estado aplica, ejecuta o perpetúa un estereotipo de género en sus leyes, políticas públicas o prácticas, lo institucionaliza, dándole la fuerza y autoridad del derecho y la costumbre. El ordenamiento jurídico, como una institución estatal, condona su aplicación, ejecución y perpetuación y por lo tanto genera una atmósfera de legitimidad y normalidad. (...). Cuando un Estado legitima así un estereotipo de género, provee un marco legal para facilitar la perpetuación de la discriminación en el tiempo y a través de diferentes sectores de la vida y la experiencia sociales⁸³.

Así, la labor judicial no puede estar aislada del reconocimiento de tal circunstancia, pues desde luego, poner frente a todo mecanismo de discriminación, en procura del cumplimiento del principio de igualdad, **es responsabilidad de los jueces**, de ahí **la necesidad de aplicar la perspectiva de género en sus decisiones**, y en general, en todas **las etapas del proceso que se encuentra bajo su dirección**; pues esta tiene como función optimizar el sistema jurídico para permitir evidenciar y abordar dimensiones de protección de derechos y libertades de los seres humanos.

Bien se ha dicho:

*La perspectiva de género no es una “teoría”, mucho menos una “ideología”, sino (...) nada más (...) **“una herramienta clave para combatir la discriminación y la violencia contra las mujeres y contra las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas; y un concepto que busca visibilizar la posición de desigualdad y de subordinación estructural”**⁸⁴.*

Su ratio **debe atender el principio universal de igualdad y no discriminación**. En dicho principio, la «noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación»⁸⁵.

En términos de esta Corporación:

(...) 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.

(...) “Para el ejercicio de un buen manejo probatorio en casos donde es necesario el «enfoque diferencial» es importante mirar

⁸³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2018). p. 49.

⁸⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Op. Cit. p. 43

⁸⁵ CORTE IDH. Caso Duque Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 91 y 92.

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.

“Discriminación de género, entonces, es acceso desigual a la administración de justicia originada por factores económicos, sociales, culturales, geográficos, psicológicos y religiosos, y la Carta Política exige el acceso eficiente e igualitario a la administración de justicia; por tanto, si hay discriminación se crea una odiosa exclusión que menoscaba y en ocasiones anula el conocimiento, ejercicio y goce de los derechos del sujeto vulnerado y afectado, lo que origina en muchas ocasiones revictimización por parte del propio funcionario jurisdiccional.

“Es muy común encontrar problemas de asimetría y de desigualdad de género en las sentencias judiciales; empero, no se puede olvidar que una sociedad democrática exige impartidores de justicia comprometidos con el derecho a la igualdad y, por tanto, demanda investigaciones, acusaciones, defensas y sentencias apegadas no solo a la Constitución sino a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales aceptados por Colombia que los consagran”⁸⁶.

4.3. Visto lo anterior, refulge que juzgar con perspectiva de género no significa desfigurar la realidad para beneficiar a un sujeto procesal o que deba accederse a las pretensiones enarboladas por un grupo de personas históricamente excluido o discriminado; **en verdad se trata de una obligación, a cargo de los funcionarios judiciales, para que en su labor de dirección activa del proceso, superen la situación de debilidad en que se encuentra la parte históricamente discriminada o vulnerada, evitando reproducir patrones o estereotipos discriminatorios que impidan acercar la justicia al caso concreto**. Su operatividad sirve exclusivamente a los fines propios del proceso judicial y **al rigor del acto probatorio**.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha doctrinado que

*...analizar con perspectiva de género los casos concretos donde son parte mujeres afectadas o víctimas: i) no implica una actuación parcializada del juez en su favor; reclama, al contrario, su independencia e imparcialidad y ii) ello comporta la necesidad de que su juicio no perpetúe estereotipos de género⁸⁷ discriminatorios, y; iii) en tal sentido, la actuación del juez al analizar una problemática como la de la violencia contra la mujer, **exige un abordaje multinivel**, pues, el conjunto de documentos internacionales que han visibilizado la temática en cuestión -constituyan o no bloque de constitucionalidad- son referentes necesarios al construir una interpretación pro fémina, esto es, una consideración del caso concreto que involucre el espectro sociológico o de contexto que describe el calamitoso estado de cosas, en punto de la discriminación ejercida sobre la mujer. Se trata por tanto de, utilizar las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos junto con el derecho interno, para buscar la interpretación más favorable a la mujer víctima. (CC SU080/20)*

⁸⁶ CSJ STC, 21 feb. 2008, rad. 207-00544-01. Reiterada en fallos de 28 may. 2019, rad. 2019-00131-01; 22 jul. 2020, rad. 2020-00070-01; 11 nov. 2020, rad. 2020-02944-00; y 18 dic. 2020, rad. 2020-03320-00.

⁸⁷ Cfr. ESTEREOTIPOS DEGÉNERO. Rebeca Cook. https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/reprohealth/estereotiposde-genero.pdf, consultado el 26/02/2020.

Del mismo modo, la perspectiva de género se debe acentuar cuando en la práctica se reclama la materialización de los derechos de las personas con una orientación sexual diferente, con el mismo rigor con el que se aplica a las mujeres.

(...)

6. Test de procedencia para incorporar la perspectiva de género a los asuntos litigiosos desde la función judicial.

En aras de hacer realidad la igualdad, principio cardinal de la Constitución Política, corresponde a los jueces identificar si el proceso sometido a su conocimiento debe ser revisado con perspectiva de género, labor que deberá acometerse en el momento en que se detecten circunstancias discriminatorias o de violencia de género, en el marco de la controversia sometida a componenda judicial.

Esta Sala ha reiterado con vehemencia que el funcionario judicial *tiene el deber funcional de aplicar el «derecho a la igualdad» y de disminuir las secuelas de la violencia frente a grupos desprotegidos y débiles, como ocurre con la mujer*, por medio del rompimiento *«de los patrones socioculturales de carácter machista en el ejercicio de los roles hombre-mujer que, por sí, en principio, son roles de desigualdad»* (STC12625-2018).

Así las cosas, huelga que el fallador revise por lo menos los siguientes tres criterios de análisis ante precisas reclamaciones que relacionen el género con la cuestión objeto de litigio:

6.1. Evaluar las asimetrías entre los roles de género identificables en el caso concreto, incluyendo criterios de interseccionalidad.

6.1.1. El concepto de género alude a los *«roles, comportamientos, actividades y atributos que una sociedad, en una época determinada, considera apropiados para hombres y mujeres. Es una construcción social y cultural que asigna a las personas unos roles y conductas esperadas dependiendo de si se es hombre o se es mujer. Establece qué se entiende por femenino y por masculino en cada sociedad»*.⁸⁸

Así, en las relaciones humanas se observa que existe una suerte de distribución de cargas afectivas, laborales, de cuidado, entre otras, las que, para bien o para mal, imponen un patrón de identificación basado en el género. Usualmente esta distinción está imbricada de criterios discriminatorios y categorías de desigualdad, que corresponden a aspectos connaturales de las diferencias que existen entre lo femenino y masculino, es lo que podemos llamar asimetrías entre los roles de género.

Algunos elementos orientadores, sin ser los únicos, sobre los cuales debe indagar el fallador para identificar la relación asimétrica que existe entre distintos roles de género presentes en una relación negocial o afectiva, son:

(I) De qué manera uno u otro rol cuenta con autonomía, libertad y ejercicio pleno de su voluntad en las decisiones que adopten frente a vínculo que los une, bien sea para su conservación o disolución.

(II) Cuál es el nivel de decisión en asuntos que de consuno deben adoptar, es decir, *¿hay alguien con mayor capacidad para decidir?*; tratándose de asuntos de familia, es importante cuestionar si *¿hay una dependencia económica frente al posible abusador?*, lo cual puede expresarse por la persona que contribuye

⁸⁸ Colombia. Ministerio de Justicia y del Derecho. *Cartilla Género*. Página 17.

con la financiación económica del hogar, o por la identificación de la persona a nombre de quién figuran los activos sociales, o la administración efectiva del dinero del hogar, entre otros.

(III) **Cómo las determinaciones de quien está en una posición de poder limitan o direccionan las circunstancias del otro**, es decir, cuál es el nivel de influencia en la conducta de quien está en aparente estado de subordinación.

6.1.2. **Bajo esta perspectiva, se espera de los jueces un adecuado análisis de contexto con relación a las circunstancias fácticas del caso, con el objetivo de identificar dinámicas de poder entre las partes en conflicto**, de cara a establecer si alguna de ellas ha sido sometida en su libertad por la otra, con ocasión de algún tipo de violencia física, psicológica, social, económica o sexual.

Dicho de otra manera, **corresponde al fallador evaluar de qué manera el rol asumido, por una parte, en una relación jurídica concreta, fue fruto de su autonomía y libertad o si está condicionada por factores de discriminación y violencia**, para comprobar si las determinaciones o conductas del convocado limitaron o direccionaron al afectado.

Tal estudio debe ser integrador, por lo que deviene imperativa la revisión de otras circunstancias de vulneración concurrentes, **tales como la pobreza, nivel educativo, etnia, orientación sexual, entre otros**; es decir, debe superarse la evaluación de interseccionalidad.

Así las cosas, **no solo el sexo o género con el que se identifique una persona es un factor único de discriminación, sino que también debe evaluarse que no concorra otra circunstancia discriminatoria como su nivel educativo o capacidad económica**, circunstancias que en la mayoría de las ocasiones derivan en actos de violencia, pues la discriminación *per se* tiene naturaleza agresiva, en tanto su mera retórica atenta contra la dignidad humana, incluso cuando no tiene implicaciones físicas.

6.1.3. A modo de ejemplo, con relación a la **violencia económica** la jurisprudencia constitucional ha enfatizado que

“(...) Esta clase de agresiones son muy difíciles de percibir, pues se enmarcan dentro de escenarios sociales en donde, tradicionalmente, los hombres han tenido un mayor control sobre la mujer. A grandes rasgos, en la violencia patrimonial el hombre utiliza su poder económico para controlar las decisiones y proyecto de vida de su pareja. Es una forma de violencia donde el abusador controla todo lo que ingresa al patrimonio común, sin importarle quién lo haya ganado. Manipula el dinero, dirige y normalmente en él radica la titularidad de todos los bienes. Aunque esta violencia también se presenta en espacios públicos, es en el ámbito privado donde se hacen más evidentes sus efectos.

Por lo general, esta clase de abusos son desconocidos por la mujer pues se presentan bajo una apariencia de colaboración entre pareja. El hombre es el proveedor por excelencia. No obstante, esa es, precisamente, su estrategia de opresión. La mujer no puede participar en las decisiones económicas del hogar, así como está en la obligación de rendirle cuentas de todo tipo de gasto. Igualmente, el hombre le impide estudiar o trabajar para evitar que la mujer logre su independencia económica, haciéndole creer que, sin él, ella no podría sobrevivir.

Es importante resaltar que los efectos de esta clase [sic] violencia se manifiestan cuando existen rupturas de relación, pues es

ahí cuando la mujer exige sus derechos económicos, pero, como sucedió a lo largo de la relación, es el hombre quien se beneficia en mayor medida con estas particiones. De alguna forma, la mujer “compra su libertad”, evitando pleitos dispendiosos que en muchos eventos son inútiles.” (CC T-012/16, reiterada en SU201/21).

6.2. Verificar la configuración de patrones o actos de violencia.

Aunado a lo anterior, **el juzgador está en la obligación de identificar la existencia de actos o patrones de violencia alrededor de la relación asimétrica identificada**, en desarrollo de las obligaciones contenidas en los artículos 7° de la Convención Belém Do Pará, 1°, 2°, 8° y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Para estos fines, conviene recordar que **la violencia basada en género encuentra sus raíces en el notorio desequilibrio de poder de las relaciones entre lo femenino y lo masculino**, al punto que es usual que se manifiesten actos de agresión contra «*las mujeres o personas con una identidad de género diversa (lesbianas, gay, bisexuales, transgeneristas e intersexuales)*», la mayoría de las veces orientadas a lograr su sometimiento a los patrones dominantes (CC T-878/14).

Remárquese que los actos abusivos -físicos, psicológicos, económicos o sexuales- **no requieren tener la condición de reiterativos, bastando con la ocurrencia de un evento único para que se estructure este elemento**. Es decir, para que se prediquen los efectos propios de la aplicación de la perspectiva de género, resulta irrelevante que la violencia sea aislada o sistemática.

6.3. Causalidad eficiente de la violencia infringida en la afectación de los intereses del sujeto en situación de vulnerabilidad.

Verificados los dos elementos anteriores, **también corresponde al funcionario judicial revisar que la causa que la víctima o sujeto procesal invoca, explícita o implícitamente, como origen de los daños, perjuicios, o afectaciones ante la jurisdicción, tiene conexión causal con la violencia que sufre o padeció por razón de su género.**

7. Aplicaciones concretas del enfoque del género en la resolución de controversias judiciales

7.1. **Una vez establecida la necesidad de acudir al enfoque de género**, resulta pertinente que el sentenciador adopte las medidas necesarias para superar la situación de discriminación y violencia a la que se ha visto sometida una de las partes en el proceso, por medio de mecanismos que hagan efectiva su igualdad.

De allí que la Corte Constitucional **haya establecido unas cargas, en cabeza del funcionario judicial**, para asegurar el acceso a una justicia con perspectiva de género, a saber:

i) *Desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres.*

ii) *Analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial;*

iii) **No tomar decisiones con base en estereotipos de género;**

iv) Evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres;

*v) **Flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia** o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes;*

*vi) **Considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales**;*

vii) Efectuar un análisis rigido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia;

*viii) **Evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales**;*

ix) Analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres. (C.C T – 878 de 2014)

Repárese, entonces, que **el enfoque de género comprende una revisión diferencial** (I) en la construcción de los hechos, (II) **en el recaudo de las pruebas**, (III) la valoración de las pruebas, e incluso (IV) en la resolución de las pretensiones.

7.2. En la construcción de los hechos existe el deber de leer los relatos fácticos de forma integral, escudriñando en ellos la narrativa de género expresamente invocada o subyacente a la alegación, inclusive cuando la perspicuidad como elemento propio de las acciones judiciales sea extraño a la causa.

Del mismo modo, **en el análisis de los hechos debe dejarse de lado los estereotipos de género**, máxime en escenarios de violencia psicológica o económica, con el fin de encontrar explicaciones desde el sentido común o la lógica, sin considerar la calidad de víctima y las condiciones que la violencia genera en su percepción de la realidad (CC T-590/17).

Por ejemplo, la Corte Constitucional ha enfatizado que, en el ejercicio de la función judicial, el uso de estereotipos se da cuando se reprochan los actos de la persona *por desviación del comportamiento esperado* (T-462/18), con afirmaciones prejuiciosas, tales como:

* No se puede invocar la intimidad y la inviolabilidad de los hogares para justificar agresiones contra las mujeres en las relaciones privadas y domesticas (C-408/96).

* Se desestima la violencia intrafamiliar por considerar que se dieron agresiones mutuas, sin examinar si ellas respondían a una defensa. (T-027/17).

* Se desconoce la violencia psicológica denunciada, al estimar que los testigos de los actos no eran presenciales o que el vínculo matrimonial debe prevalecer para mantener la unidad familiar (T-967/14).

* Las agresiones mutuas entre la pareja hacen perder a la mujer el derecho a que su caso se revise a la luz de un enfoque diferencial (CSJ STC3322-2018).

7.3. De otra parte, para acercarse a la verdad objetiva del caso, los jueces cuentan con la facultad de decretar pruebas de oficio, las cuales permitirán clarificar las narraciones hechas por las partes, con el fin de comprobar la existencia de violencia o discriminación basada en género.

Y es que, si bien el decreto de pruebas de oficio, como regla de principio, **es una facultad que en contados casos se convierte en una obligación**, esto último sucede precisamente en materia de violencia de género, **pues corresponde a las autoridades adelantar todas las pesquisas para determinar su existencia en aplicación directa de los artículos 7° de la Convención Belém Do Pará, 1°, 2°, 8° y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, mandatos que hacen parte del bloque de constitucionalidad según el artículo 93 de la Carta Fundamental.**

7.4. En el recaudo de las pruebas se deben evitar situaciones re victimizantes, huelga decir, **no puede permitirse que la víctima sea expuesta a otras situaciones de discriminación o ampliar, fuera de su espacio de confianza, las circunstancias vulneradoras de su integridad o que la expongan a eventos traumáticos;** incluso, **debe considerarse la prohibición de ser confrontada con el victimario**, conforme al artículo 8 literal k) de la Ley 1257 de 2008.

Luego entonces, los funcionarios judiciales **deben evitar, dentro del conjunto de probanzas, optar por aquellas que vuelvan a la víctima sobre situaciones complejas emocionalmente**, **máxime si lo que se pretende demostrar ya está plenamente comprobado por otros elementos de juicio obrantes en el plenario**; asimismo, deberá hacer uso de las facultades legales de reserva de los juicios, con el fin de evitar una contradicción directa entre el presunto victimario.

Del mismo modo, **los jueces deben ser cuidadosos en el uso del lenguaje al momento de practicar interrogatorios o declaraciones de parte**, sin usar expresiones ofensivas al auscultar los hechos debatidos, siendo especialmente cuidadosos de **establecer la pertinencia, necesidad y conveniencia de las preguntas**, para no incurrir en **reiteraciones innecesarias**, que finalmente, **son formas de revictimización** (T-093/19), ni acudir a estereotipos de género para tratar de establecer la verdad de lo acontecido.

7.5. También **debe flexibilizarse la carga de la prueba**, con el fin de alivianar el peso sobre los hombros de la víctima y promover que el eventual victimario tenga un rol activo en el esclarecimiento de los hechos, so pena de que la decisión de fondo sea contraria a sus intereses (T-462/18).

Regla que encuentra respaldo en el inciso segundo del artículo 167 del Código General del Proceso: *«según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de 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, entre otras circunstancias similares».*

7.6. **Dar impulso oficioso al recaudo y práctica de pruebas.** Es deber del funcionario judicial desplegar toda la actividad probatoria posible, incluso oficiosa, para corroborar los supuestos fácticos del caso como, por ejemplo, la existencia de una violencia de género o la configuración de una relación contractual (T-093/19).

La falta de exhaustividad en el recaudo probatorio es una falla del Estado en el cumplimiento de los deberes de garantía y protección judicial previstos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, luego entonces, no es permitido al juez archivar los procesos o investigaciones a su cargo por falta de material probatorio, sin que se haya hecho uso de los poderes oficiosos, cuando se hace una evaluación fragmentado o se le da alcance distinto al contexto de la mujer al momento de valorar el acervo allegado, desestimando la existencia de un patrón de violencia (T-735/17).

7.7. Las reglas de apreciación desde la función judicial deben direccionarse en dos (2) sentidos: (I) considerarse las pruebas dentro del contexto del comportamiento de una persona sometida a violencia o a discriminación; y (II) al evaluar las expresiones, manifestaciones de partes y terceros, deberán evitarse los estereotipos, por lo que deben estas leerse en el contexto de personas permeadas por contextos estructurales de discriminación o violencia.

Sobre el primero de los elementos señalados, debe tenerse en cuenta que, **conforme a las reglas de la sana crítica, al juez le corresponde acudir a la lógica racional, considerando la situación de las personas en un escenario de discriminación y violencia de género**, los cuales conducen a que la víctima tenga comportamientos sin una identidad clara, tendientes a su invisibilización y denegación de su situación.

Con relación al segundo punto, los jueces al valorar las expresiones, manifestaciones y aseveraciones de partes y terceros deberán evitar incurrir en prejuicios o conclusiones estereotipadas.

En caso de pruebas encontradas, sin que sea posible alcanzar la seguridad de lo ocurrido por medio de las reglas de la sana crítica, **esta duda deberá resolverse en favor de la víctima**, siempre que dicha contrariedad halle explicación en el comportamiento de una persona agredida o discriminada, que pretende ocultar su condición para evitar una revictimización o escenarios de exclusión social.

7.8. En la resolución de las pretensiones, **los jueces deben acudir a la posibilidad de emitir decisiones extra y ultra petita**, cuando el caso brinde elementos para ello; además, **deberá proferir decisiones multinivel**, que respondan al cumplimiento de las obligaciones internacionales suscritas por el Estado Colombiano.

La jurisprudencia de esta sala ha dicho que, tratándose de los asuntos de familia, el artículo 281 del Código General del Proceso, establece en su parágrafo que «el juez podrá fallar ultrapetita y extrapetita, cuando sea *necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole*», estándar que incluye a las víctimas de violencia de género como sujeto de protección reforzada (STC12625-2018).

También, el canon 42.6 de la Constitución Nacional, en concordancia con el precepto 7° literal g) de la Convención de Belém Do Pará, obliga a los Estados parte a **diseñar, establecer, regular y aplicar mecanismos dúctiles, ágiles y expeditos, con el fin de asegurar que la mujer objeto de violencia intrafamiliar tenga acceso efectivo a la reparación integral del daño, de manera justa y eficaz**.

En desarrollo, la Corte Constitucional profirió sentencia de unificación (SU080/20), con efectos *inter pares*, en donde fijó como reglas: (I) la posibilidad de tener acceso efectivo a una reparación del daño producto de los ultrajes, indistintamente de la naturaleza

procesal del medio elegido para tal fin; y (II) que las víctimas de violencia de género no pueden ser obligadas a acudir a un nuevo trámite judicial para obtener reparación integral de hechos demostrados ante un juez, pues ello las revictimiza.”

(Negrillas, subrayas, color rojo y aumento del tamaño de la fuente, no son originales del texto citado)

En el mismo sentido y como mandato a los operadores judiciales que tengamos el conocimiento de situaciones como las del presente, violencia sexual e intrafamiliar, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, también ha recogido las obligaciones y deberes antes señaladas, tal y como por ejemplo se expuso en la Sentencia SP1289-2021 del 14 de abril de 2021, dentro del expediente con radicación No. 54691 siendo Magistrado Ponente el Doctor EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, tal y como se resalta, a saber:

“3.2 Las circunstancias del caso obligan a la Sala a sostener que el suceso criminal constituye un asunto de violencia contra la mujer o de género, **conforme a las regulaciones derivadas del Bloque de Constitucionalidad y las reglas de convencionalidad.**

Las agresiones físicas, sexuales, psicológicas y económicas, entre otras, en desmedro de la dignidad humana, constituyen violencia de género contra las mujeres así maltratadas.

En el seno de las Naciones Unidas se han creado instrumentos⁸⁹ cuyo propósito es generar conciencia alrededor de los tratos desiguales y discriminatorios padecidos por las mujeres, adoptando medidas para proscribir cualquier acto de violencia o discriminación.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante el artículo 2° de la Declaración sobre Eliminación de la Discriminación contra la Mujer exhortó a los Estados para que adopten *«todas las medidas apropiadas a fin de abolir las leyes, costumbres, reglamentos y prácticas existentes que constituyan una discriminación en contra de la mujer, y para asegura la protección jurídica adecuada de la igualdad de derechos del hombre y la mujer (...)»*

Con el propósito de eliminar la discriminación contra la mujer, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer- CEDAW⁹⁰, en el artículo 2° impuso a los Estados obligaciones como la de adoptar legislaciones que promuevan la igualdad entre hombres y mujeres, implementar sanciones para castigar la discriminación contra la mujer y *«c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, **la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación**»⁹¹.*

Por su parte, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer, no sólo desarrolló el concepto de violencia sino que en su artículo 4° impuso a los Estados adoptar medidas eficaces para eliminarla, entre ellas, **actuar con diligencia para prevenir, investigar y castigar todo acto de violencia contra la mujer,**

⁸⁹ Dentro de ellos destacan: la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer-CEDAW (1981), la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer (1993) y; la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995).

⁹⁰ Suscrita por Colombia en 1980 y adoptada mediante Ley 51 de 1981.

⁹¹ Artículo 2° CEDAW

desde los ámbitos jurídico, político, administrativo, legislativo y cultural.

En el plano regional, los Estados Americanos también adoptaron, a partir de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, “*Convención de Belém do Pará*”⁹², estándares de protección para las mujeres, tanto en el ámbito público como en el privado. Así, el artículo 7° de la Convención fijó en los Estados el deber de implementar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia, conminando a las instituciones judiciales a:

« (...) f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.»

En cumplimiento de ello y, en desarrollo de los artículos 13 y 43 de la Constitución Política, en Colombia se han expedido las Leyes 294 de 1996⁹³, 882 de 2004⁹⁴, 1257 de 2008⁹⁵, 1542 de 2012⁹⁶, 1719 de 2014⁹⁷ y 1761 de 2015⁹⁸.

Tratándose de hechos constitutivos de violencia contra la mujer, **el juez debe obrar con objetividad**, tanto en la valoración de los hechos y la materialidad de la conducta, como en las pruebas, así como en la imputación jurídica.

La Corte Constitucional en sentencia C-408 de 1996, que revisó la Ley 248 de 1995 -, con la que se aprobó la Convención Belém Do Para-, reconoció la necesidad de asumir el Estado las obligaciones derivadas de la adhesión y ratificación de los instrumentos internacionales y el deber de las autoridades judiciales de adelantar *«procedimientos justos y eficaces para que la mujer que haya sido sometida a violencia obtenga medidas de protección, un juicio oportuno y un acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación, puesto que todas las investigaciones empíricas demuestran las enormes dificultades que tienen las mujeres para simplemente denunciar los actos de violencia que han sido cometidos en su contra»*⁹⁹.

En concordancia con ello, en la sentencia de tutela T-967 de 2014, acorde con los compromisos internacionales, la Corte Constitucional **requirió a los funcionarios judiciales para aplicar criterios de interpretación diferenciados cuando colisionan los derechos de un agresor y una víctima de violencia doméstica y psicológica**, pues *«en aras de una igualdad procesal realmente efectiva, es claro que en ningún caso los derechos del agresor pueden ser valorados judicialmente por encima*

⁹² Ratificada por Colombia el 10 de marzo de 1996.

⁹³ Mediante la cual “se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”.

⁹⁴ Incluye modificaciones al delito de violencia intrafamiliar.

⁹⁵ por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres.

⁹⁶ Incluye reforma al Código de Procedimiento Penal.

⁹⁷ Por media de la cual se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones.

⁹⁸ Por la cual se crea el delito de feminicidio.

⁹⁹ C.C. C408 de1996

de los derechos humanos de la mujer a su integridad física y mental y a vivir libre de cualquier tipo de violencia»¹⁰⁰.

En sentencia T-012 de 2016¹⁰¹, la Corte Constitucional estimó necesario **que los jueces incorporaran criterios de género en sus decisiones**, los que se traducen en:

*«(i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, (...); (iii) **no tomar decisiones con base en estereotipos de género**; (iv) **evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones**; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v) **flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes**; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres».*

Esta Sala ha resaltado, que **los jueces son garantes de la protección de los derechos fundamentales y tienen el deber** de «la erradicación de la violencia contra las mujeres y las niñas»¹⁰² y en los casos de violencia contra la mujer, la investigación y el reproche penal debe ser oportuno, exhaustivo e imparcial, **evitando la revictimización.**”

(Negrillas, subrayas, color rojo y aumento del tamaño de la fuente, no son originales del texto citado)

Línea decisoria que se ha mantenido y reiterado, como por ejemplo lo hizo este mismo órgano de cierre, en la Sentencia SP3218-2022 del 13 de septiembre de 2022, dentro del proceso radicado No. 59763, siendo Magistrado Ponente el Doctor HUGO QUINTERO BERNATE, en la cual nuevamente se consideró lo siguiente:

“2.2. El análisis del caso con perspectiva de género

Acerca del abordaje del caso y la valoración de la prueba con enfoque de género, advierte la Sala que no le asiste razón al defensor cuando señala que la perspectiva de género es una herramienta, que constituye una forma peligrosa de responsabilidad penal objetiva y que en el presente caso suplió la insuficiencia probatoria, además de vulnerar los derechos al debido proceso y defensa del acusado.

El enfoque de género, también llamado perspectiva de género, representa **un mandato constitucional, que vincula a todos los órganos e instituciones del poder público y les obliga a que, en el ejercicio de sus funciones y competencias, obren de una manera que les permita identificar, cuestionar y superar la discriminación social, económica, familiar e institucional a la que históricamente han estado sometidas las mujeres** y algunos grupos poblacionales¹⁰³.

¹⁰⁰ CC T967 de 2014

¹⁰¹ Reiterada en decisiones como SU-659 de 2015, T-041 de 2016, T-027 de 2017 y T-145 de 2017

¹⁰² CSJ SP, 10 oct. 2018, Rad. 50836.

¹⁰³ CSJ SP, 1º jul. 2020, Rad. 52897.

A través de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW- de 1979, se dispuso promover *“una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer”* y, en ese marco, a *“abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con ésta obligación”*, así como *“establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación”*¹⁰⁴.

Entre tanto, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará¹⁰⁵, estatuyó la obligación de *“adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia”*¹⁰⁶.

Por su parte, la Ley 1257 de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de discriminación contra las mujeres, entiende la violencia contra la mujer como *“cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado”*.

En la exposición de motivos del proyecto de ley en mención, se expuso que:

El problema de la violencia contra las mujeres como manifestación de las relaciones de poder desigual construidas históricamente entre hombres y mujeres, establecidas y aceptadas por la sociedad, debe ser abordado con una visión integral, que comprometa los procesos de sensibilización, información y educación de toda la sociedad, con la finalidad de erradicar este terrible flagelo que agobia a la humanidad, impide la conformación de sociedades auténticamente democráticas, obstaculiza el acceso al desarrollo y afecta profundamente la salud mental de la sociedad.

Siguiendo ese lineamiento, el legislador a través de la Ley 1719 de 2014, por la cual se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de la víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, **determinó, algunos parámetros para la investigación de delitos sexuales**, así como un enunciado de **derechos y garantías para las víctimas de violencia sexual en el marco de la actividad investigativa**, entre ellos, el derecho *“a que se valore el contexto en que ocurrieron los hechos objeto de investigación sin prejuicios contra la víctima”*¹⁰⁷, el derecho *“a que se considere su condición de especial vulnerabilidad, atendiendo a su condición etaria, de discapacidad, pertenencia a un grupo étnico...”*¹⁰⁸(Negrita adicionada).

Por su parte el artículo 18 de la citada Ley 1719 de 2014, señala como recomendación para los funcionarios judiciales en el tratamiento de la prueba, a saber:

¹⁰⁴ Art. 2. de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW-

¹⁰⁵ Instrumentos internacionales del Sistema Universal de los Derechos Humanos y del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, respectivamente, que hacen parte del ordenamiento constitucional interno en virtud del artículo 93 de la Carta Política y la figura del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

¹⁰⁶ Art. 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará.

¹⁰⁷ Numeral 8 del artículo 13 de la ley 1719 de 2014

¹⁰⁸ Numeral 11 del artículo 13 de la ley 1719 de 2014.

Sin perjuicio de los principios de la libertad probatoria, presunción de inocencia, autonomía judicial y demás principios previstos, entre otros, en el artículo 7o del Código de Procedimiento Penal, en los casos en que se investiguen delitos que involucren violencia sexual, el personal de Policía Judicial, de Medicina Legal, Ministerio Público, de Fiscalía, y de Judicatura podrán observar las siguientes recomendaciones en el recaudo, práctica y valoración de las pruebas:

- 1. El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra, gesto o conducta de la víctima cuando este no sea voluntario y libre.*
- 2. **El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la violencia sexual.***
- 3. El Juez o Magistrado no admitirá pruebas que propicien discriminaciones por razones religiosas, étnicas, ideológicas, políticas, u otras. (Negrilla no original).*

Es por eso por lo que la Corte Constitucional, en sentencia T-012 de 2016, señaló que a los funcionarios judiciales que tengan a su cargo casos con esta clase de características, les corresponde:

(i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres.

En similar sentido, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que la protección a las mujeres en el ámbito penal implica orientar las investigaciones a establecer el real contexto en el que ocurre un episodio de violencia, puesto que:

(i) es posible que la agresión física haya estado precedida de violencia psicológica, económica o de cualquier otra índole, que también deba ser incluida en los cargos; (ii) permite establecer el nivel de afectación física o psicológica de la víctima; (iii) facilita la determinación de las medidas cautelares que deban tomarse, especialmente las orientadas a la protección de la víctima; (iv) brinda mayores elementos de juicio para analizar la credibilidad de las declaraciones y, en general, para valorar las pruebas practicadas durante el proceso; y, (v) fraccionar la realidad, puede contribuir al clima de normalización o banalización de la violencia de género, lo que puede dar lugar a la perpetuación de estas prácticas violatorias de los derechos humanos.¹⁰⁹

En conclusión, **la perspectiva de género en materia penal, en las distintas etapas del procedimiento, es la visión con la que se deben abordar las actuaciones y sus decisiones, al momento de estudiar un caso,** teniendo en cuenta la desigualdad y la discriminación a la que históricamente se ha visto sometida la mujer en la sociedad –y otros grupos poblacionales–, sin

¹⁰⁹ CSJ SP-4135-2019, 1° oct. 2019, rad. 52394.

que **ello signifique el adelantamiento de actuaciones judiciales desprovistas de las garantías procesales o la adopción de decisiones sesgadas o con prejuicios de género.**

Contrario a lo afirmado por el impugnante, lo que se pretende con el *enfoque de género*, es que la ponderación de las pruebas se realice **suprimiendo todos aquellos estereotipos discriminatorios que de forma consciente o inconsciente han alcanzado la consideración de máximas de la experiencia**, elevando a tal categoría lo que no son sino consecuencias históricamente asumidas de un entendimiento distorsionado de la sociedad, **basado en una artificial distribución de roles**, y proponiendo su sustitución por otros elementos cognitivos racionales que contrarresten la influencia de esa cultura patriarcal.

El abordaje de los casos con perspectiva de género debe ser entendido como un deber ontológico inexcusable para las autoridades, con el fin de evitar sesgos y prejuicios fundados en el género. De ahí que se equivoque el recurrente al afirmar que la Corte suplió la deficiencia probatoria con una valoración de la prueba sustentada solamente en enfoque de género, porque si bien se advierte que los hechos tienen como víctima a una mujer, adulta mayor, viuda, se evidenció un claro desequilibrio o asimetría entre las partes que no fue atendido por las instancias regulares, trascendiendo en su desfavor al considerar que debió asumir determinado comportamiento para contrarrestar la conducta de su agresor.

Oportuno especificar que la perspectiva de género o enfoque de género no es, como desacertadamente lo señala el recurrente, **una herramienta que deriva en una forma peligrosa de responsabilidad penal objetiva o que remplace el estándar de prueba requerido para condenar**; cuando se habla de perspectiva de género, se hace referencia a **criterios que permiten advertir desigualdades, en el presente caso en la valoración probatoria, que afectaron de manera directa los derechos de la víctima**, sujeto de especial protección dada su condición de vulnerabilidad y evidente desequilibrio ante el agresor.

En lo que tiene que ver con la aplicación de un enfoque de género en la valoración probatoria, la Corte ha considerado:

(...) la valoración probatoria debe estar guiada exclusivamente por criterios generales de racionalidad fundados en la epistemología jurídica, mientras que los estándares probatorios responden a decisiones políticas relacionadas con lo que se conoce como «distribución del error»¹¹⁰, por lo que descansa en cabeza del legislador, no del juez, la determinación del grado o nivel de corroboración o probabilidad suficiente exigido para concluir en la demostración de un determinado enunciado fáctico que comprometa la responsabilidad del procesado.

Por tales razones, al momento de la valoración de la prueba, la perspectiva de género no puede aportar ninguna especificidad, aparte, claro está, de permitir la adopción de un razonamiento probatorio libre de sesgos cognitivos o de prejuicios de género, lo que de hecho es bien.¹¹¹ (Negrita fuera de texto).

De lo anterior se sigue, que no es cierto que en la decisión que decidió casar la sentencia de segunda instancia, **se haya**

¹¹⁰ Elección político-valorativa relacionada con la importancia y priorización de los derechos o intereses jurídicos y, en esa medida, la asunción para el procesado, en menor o mayor medida, de los errores resultantes del razonamiento probatorio.

¹¹¹ CSJ SP, 2 de Septiembre de 2020, rad. 50587.

flexibilizado el estándar epistemológico para condenar en procura de resguardar los derechos y garantías de la víctima; lo que hizo fue una valoración de los medios probatorios debatidos en el juicio oral despojada de argumentos estereotipados.

El impugnante, más allá de pretender justificar la conducta de su defendido en un aparente consentimiento de la víctima, o en la ausencia de pruebas de corroboración periférica, no demostró ningún error en la sentencia recurrida que haga procedente revocarla.”

(Negrillas, subrayas, color rojo y aumento del tamaño de la fuente, no son originales del texto citado)

Bajo los anteriores criterios, y analizados los argumentos tanto del Señor Juez *Ad quo*, como del recurrente y los no recurrentes, se anticipa que la decisión habrá de confirmarse, pues refulge que el derecho de defensa y contradicción, no pueden privilegiarse de tal manera que termine constituyendo una violación a su derecho a la intimidad, así como una revictimización de la afectada, pues si bien la finalidad de la solicitud resulta pertinente, idónea y necesaria, sólo lo es en la medida que se limite, como acertadamente lo hizo el señor Juez de instancia, al aplicar este juicio de proporcionalidad que le correspondía, a la información referente a la fecha de los hechos, por ser obvio que la valoración médica que recibió la víctima, puede llegar a ser importante para el extremo defensivo, y en dicha medida, la víctima deberá ceder parte de esa intimidad que contiene su historia, lo mismo que la información derivada y conexas al episodio de violencia que se imputa, no sucediendo lo mismo con la totalidad de la información contenida en la historia durante toda la vida adulta de la víctima.

Ahora, si bien es cierto aún no se ha llegado a la etapa procesal correspondiente a la solicitud y decreto de pruebas, es innegable la estrecha relación que tiene la solicitud con aquella, pues precisamente se acude ante el Señor Juez Penal de Garantías, con el propósito de, en este caso, recaudar una información contenida en la Historia Clínica de la Víctima, y sin ser el momento procesal que corresponde a un test de pertinencia de la misma, labor que le corresponderá al Señor Juez Penal con Funciones de Conocimiento que deberá celebrar el Juicio, al ser un acto que resulta complejo pues conlleva este filtro preliminar, y ante la sensibilidad de la información solicitada, se hace imprescindible tener que hacer una aproximación valorativa, por lo menos, en la forma que fue propuesta por la Defensa para que se autorizara dicha historia, y en este caso puntual del estudio en sede de segunda instancia de la decisión recurrida, los argumentos de inconformidad expuestos, no son de recibo para modificar la decisión adoptada, pues en primer lugar, el periodo de tiempo por el cual se insiste (toda la vida adulta de la víctima) corresponde a una información que carecería de toda pertinencia y utilidad, pues MARIA PAULA PIZARRO HIGUERA no es la investigada, ni mucho menos su vida o comportamiento pueden ser objeto de reproche o cuestionamientos dentro del proceso penal, ya que esto es un claro criterio discriminatorio y revictimizador, porque se basa en un estereotipo machista y sexista de justificar los comportamientos violentos de los hombres por la aptitud, comportamientos o reacciones de las mujeres, lo cual es a todas luces es inaceptable, y basar la defensa en este tipo de situaciones, como los presuntos trastornos de

personalidad de la víctima, sería revictimizarla al atribuirle el resultado a dichas supuestas patologías, postura que es inaceptable y que debe erradicarse de esta clase de procesos, tal y como lo reitera el máximo Tribunal de Cierre, en la ya citada Sentencia SP3218-2022 del 13 de septiembre de 2022, en la que se itera lo siguiente:

“En cambio, se constituye en un argumento basado en estereotipos de discriminación sexista que omite, entre otras cosas, considerar que un asalto sexual como el que sufrió ella, bien pudo generar algún tipo de conmoción o estado de inhibición emocional¹¹² que le impidió reaccionar, al margen de lo cual cabe resaltar que no le resultaban exigibles actitudes heroicas en defensa de su libertad e integridad sexuales.

Imponer cargas adicionales a la víctima, tendientes a la autoprotección del bien jurídico en discusión, se aviene desproporcionado y coadyuvante de los modelos de desventaja histórica y estructural a que se ha visto sometida la mujer a lo largo de la historia y deja de lado considerar que el reproche penal se dirige a quien causa la afrenta del derecho tutelado, no a quien la sufre.”

(Negrillas, subrayas, color rojo y aumento del tamaño de la fuente, no son originales del texto citado)

Además que se insiste, es la conducta de FIGUEREDO MORENO la que se está valorando, no la de la víctima, y si él no ejecutó ninguna conducta, y los hechos o bien serían inexistentes o bien, provocados por la misma víctima, o sea cual fuere la teoría del caso de la defensa, la historia clínica, que contiene información sensible y que no puede estar en manos del imputado de violencia en su contra, no sería el medio idóneo para demostrarlo, o por lo menos, no sería el único medio de prueba que podría invocarse, puesto que en materia penal existe libertad probatoria, tal y como lo consagra el artículo 373 del C.P.P., que literalmente dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 373. LIBERTAD. Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.

(Negrillas y subrayas no son originales del texto)

Sobre la Libertad Probatoria en materia Penal, la jurisprudencia de manera pacífica ha señalado el alcance de la misma, como por ejemplo lo expuesto en la Honorable Corte Constitucional, al considerar:

“...el área penal rige el principio de libertad probatoria y, por ende, la apreciación de las pruebas debe hacerse, **en forma conjunta, de acuerdo con las reglas de la sana crítica**; así las cosas, la apreciación de las diversas pruebas allegadas en desarrollo del proceso penal deben ser valoradas **de manera autónoma por el juez de conocimiento, partiendo de una apreciación lógica y razonada**. De otro lado, nuestro sistema penal sólo de manera excepcional exige la tarifa probatoria, es decir que ciertas circunstancias o hechos puedan ser probados a través de unos mecanismos expresamente señalados en la ley.”¹¹³.

¹¹² CSJ SP5395-2015, 6 may. 2015, Rad. 43880.

¹¹³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-594 de 2009.

“...lo que implica que el juez puede formar su convicción a partir de cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial.”¹¹⁴

(Negritas y subrayas no son originales del texto)

En igual sentido nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha reiterado el alcance de dicha disposición, y sobre este punto, ha dicho lo siguiente:

“En el juicio, **el juzgador valora las pruebas practicadas** para tomar su decisión final **mediante la sana crítica, la cual está conformada por las reglas de la experiencia, los postulados lógicos y las leyes de la ciencia**; sin embargo, el censor afirma que la decisión del *ad quem* no se fundamentó en una prueba científica, siendo que, como reza el principio de libertad probatoria, la prueba científica no es el único medio probatorio para hallar a una persona penalmente responsable de los actos que se le acusan.”¹¹⁵

(Negritas y subrayas no son originales del texto)

Por lo tanto, no siendo el único medio de prueba con él puede llegar a contar el procesado y su defensa, aplicando enfoque de género al ser ostensible que permitir el acceso abierto a la historia clínica, así exista un compromiso de manejo prudente, sería vulnerar los derechos de la víctima, exponer su intimidad a terceros y al mismo presunto agresor, y sería abrir una brecha para que sea revictimizada y expuesta a estigmas y estereotipos que deben evitarse y proscribirse, por lo que resulta plausible que la defensa deba acudir a otros medios menos invasivos para obtener su propósito defensivo y acertado el límite impuesto por el Juez Penal de Garantías.

En segundo lugar, la negativa se mantendrá, porque los motivos de consulta, enfermedades, tratamientos o padecimientos de la víctima no tienen nada que ver con los hechos jurídicamente relevantes de la imputación, por lo tanto, no pueden ser objeto de prueba, y en todo caso, someter al escarnio la vida íntima y personal de la víctima, que nada tiene que ver con la violencia sexual e intrafamiliar que se investiga, podría conllevar a maniobras injustamente dilatorias.

Corolario de lo anterior, considera esta instancia, que lo considerado y decidido por el Señor Juez Sexto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga Descentralizado en Floridablanca, no sólo fue acertado, y que se encuentra ajustado a parámetros legales y a los lineamientos jurisprudenciales, y el enfoque de género que exigen este tipo de procesos, sino que además, al ponderar los derechos en disputa, realizó una redistribución correcta de las cargas procesales y la garantía del derecho de defensa, que se mantiene incólume, pues al conceder parcialmente el acceso a la historia clínica, limita dicha información exclusivamente al lapso de interés de la investigación, por ende, no se considera que deba ceder el derecho a la intimidad ante el derecho a ejercer una defensa técnica, pues no es pertinente la obtención de toda la historia clínica, toda vez que en estos documentos hay un registro cronológico de

¹¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-555 de 2009.

¹¹⁵ CSJ – SCP – Auto AP130-2017, Radicación No. 43879, 18 de enero de 2017, MP Dr. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Radicación: 68-001-60-00-160-2021-58823-00 N.I. 200.425
Delito: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO EN CONCURSO CON VIOLENCIA INTRAFAMILIAR
AGRAVADA
Procesado: ANTONIO FIGUEROA MORENO
Providencia: AUTO RESUELVE SEGUNDA INSTANCIA SOLICITUD BUSQUEDA SELECTIVA BASE DE DATOS

todos los aconteceres en relación a la salud y vida de la víctima; si bien es cierto que hay información que es necesaria para esclarecer el caso en concreto, ésta es únicamente la que fue ordenada y autorizada por el Juez *Ad quo* para que la defensa tuviese acceso parcial, el restante de documentos e información no es relevante para el caso, puesto que trata de datos íntimos de la víctima, los cuales no deben ser motivo de debate y es deber de la autoridad competente garantizar esta reserva a fin de proteger la intimidad de la víctima y evitar su revictimización dentro del proceso penal que se ejecuta.

Así las cosas, los sustentos esgrimidos por la parte apelante, pues no tienen vocación de prosperidad ni suficiente capacidad suasoria que permitan desvirtuar la presunción de acierto y legalidad de que goza la decisión proferida por el Juzgado Sexto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga descentralizado en Floridablanca, del once (11) de julio de dos mil veintidós (2022), en consecuencia, se CONFIRMARÁ INTEGRALMENTE la decisión recurrida por las razones expuestas.

Con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, el suscrito Juez Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

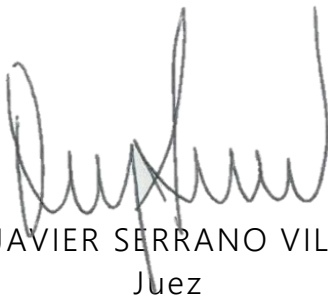
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad, la decisión del once (11) de julio de dos mil veintidós (2022) por el Señor Juez Sexto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga Descentralizado en Floridablanca, conforme al acápite considerativo que antecede.

SEGUNDO: Se ADVIERTE que, contra esta decisión, NO PROCEDE RECURSO alguno.

TERCERO: DEVOLVER las presentes diligencias al Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de esta ciudad para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



OSCAR JAVIER SERRANO VILLABONA
Juez