

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

VIII ENCUENTRO DE GÉNERO DE LAS ALTAS CORPORACIONES DE JUSTICIA DE COLOMBIA

PONENCIA: 15 de junio de 2011

TEMA: INTRODUCCIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS DECISIONES JUDICIALES, EN ARAS DE LOGRAR LA CONSTRUCCIÓN DE LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN DE LAS MUJERES¹

1.- Con ocasión de este nuevo encuentro de las altas corporaciones de justicia y con la finalidad de tratar el tema de la perspectiva de género en las decisiones judiciales así como en aras de lograr la construcción de la igualdad y de proscribir la discriminación me permito, brevemente, encauzar la presente intervención en el papel que cumple la Defensoría del Pueblo frente a la administración de justicia.

Para estos efectos, es preciso señalar que la Defensoría del Pueblo recibió del constituyente de 1991 el mandato de velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, para lo cual le atribuyó, entre otras funciones, las siguientes: **(i)** orientar e instruir a todas las personas en el ejercicio y defensa de sus derechos; **(ii)** divulgar los derechos humanos y recomendar políticas para su enseñanza; **(iii)** interponer acciones para la defensa de los derechos constitucionales, sin perjuicio del derecho que les

¹ Miguel Polo Rosero, Defensor Delegado para la Dirección del Seguimiento, Evaluación y Monitoreo de Políticas Públicas para la Realización de los Derechos Humanos

asiste a los interesados; y (iv) organizar y dirigir la defensoría pública en los términos que señale la ley.

Como consecuencia de lo anterior, la Defensoría del Pueblo no sólo ha establecido el servicio del litigio defensorial, regulado actualmente por la Resolución No. 638 de 2008, sino que ha participado en distintos procesos ante la Corte Constitucional en los que, a través del ejercicio del control de constitucionalidad, abstracto o concreto, se ha decidido retirar del ordenamiento jurídico o modular en su contenido normas jurídicas contrarias al derecho a la igualdad o se han expedido órdenes de protección que proscriben la discriminación por razones de género.

2- El litigio defensorial está a cargo de la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales, a la cual le corresponde coordinar la interposición de las acciones judiciales que expresamente la Constitución y la ley le han asignado al Defensor del Pueblo. En ellas se destacan: la acción de tutela, la acción de cumplimiento, la garantía de hábeas corpus, el mecanismo de búsqueda urgente, las acciones populares y de grupo, y las acciones de nulidad. En el último informe al Congreso de la República se destacó la tramitación de 17.596 peticiones relacionadas con el servicio de litigio defensorial, de las cuales el 67,69% corresponde a la acción de tutela, seguida de la acción popular, con el 31,37%. El derecho a la igualdad fue invocado en 141 ocasiones y ocupa el número 19 entre los de mayor solicitud.

3.- Por otra parte, aun cuando en el trámite de la acción pública de inconstitucionalidad no se prevé la conceptualización de la Defensoría del

Pueblo frente a normas que suponen una confrontación con el contenido normativo de los derechos constitucionales, entre ellos, el derecho a la igualdad y a la proscripción de la discriminación, la institución que represento ha venido participando activamente en los distintos juicios que se adelantan ante la Corte Constitucional, a través de la Defensoría Delegada para los Asuntos Constitucionales y Legales. En algunas ocasiones, a través del instituto procesal de la coadyuvancia y, en otras, mediante la interposición directa de la acción misma.

Como ejemplo de lo anterior, se encuentra la sentencia C-101 de 2005, en la que funcionarios de la Defensoría del Pueblo demandaron el artículo 1134 del Código Civil, que establecía la posibilidad de consagrar una asignación testamentaria condicional a cambio de que la mujer no contrajera nupcias.

Para la Corte, era claro que las razones que tuvieron en cuenta los legisladores de la época resultan inadmisibles en un ordenamiento constitucional que reconoce la igualdad entre los sexos. En efecto, la norma partía de un estereotipo de mujer, afortunadamente superado, conforme al cual esta era incapaz para ejercer derechos y contraer obligaciones y, por ende, lograr su propia subsistencia.

Por ello se declaró la inconstitucionalidad de la disposición cuestionada, en la medida en que establecía una injerencia indebida frente a la libertad de las personas para decidir si contraían o no matrimonio. Al respecto, se reconoció que *“la opción de casarse y conformar una familia, hace parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Es una de esas*

decisiones trascendentales de las personas, que determinaran su forma de vida, de ahí, que ella no pueda estar sujeta a condiciones que limiten o restrinjan el ejercicio libre y autónomo de esa opción”, especialmente si a través de la misma se profundiza la discriminación histórica de las mujeres.

Es de desatacar la intervención que la Defensoría del Pueblo realizó en el proceso de revisión del Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 6 de octubre de 1999². En este proceso, la institución señaló que el citado instrumento internacional permite evaluar casos concretos de violaciones de derechos a la luz de la Convención adoptada para evitar su discriminación, por lo que constituye un mecanismo eficaz de invaluable trascendencia para contribuir -como lo hacen otros instrumentos internacionales- al reconocimiento y garantía de los derechos humanos. Este instrumento, en criterio de la Defensoría, fortalece las previsiones del bloque de constitucionalidad que pretenden la realización efectiva del derecho a la igualdad de la mujer.

Un caso adicional se presentó con la famosa demanda a la Ley 882 de 2004 conocida como la “ley de los ojos morados”, en la que se cuestionó la modificación al delito de violencia intrafamiliar, en el sentido de excluir el maltrato sexual en el hogar como una forma de violencia sancionable. Para la Defensoría del Pueblo, la despenalización mencionada desconocía el texto constitucional, entre otras razones, por cuanto vulneraba el derecho a la igualdad.

² Sentencia C-322 de 2006.

En efecto, una de las expresiones de este derecho es el *principio de igual consideración*, conforme al cual toda persona tiene derecho a exigir que una medida adoptada por el Estado incluya a toda la población a la cual pueda extenderse su protección o beneficio. Por esta razón, se infringe el citado derecho cuando una norma protege o beneficia a varias poblaciones o sujetos pasivos de agresiones, pero excluye otros a quienes no extiende la misma protección o beneficio. Así —en el entendido de que la defensa que brinda el delito de violencia intrafamiliar es distinto a aquel que se origina en los tipos genéricos de violencia y abuso sexual por los bienes jurídicos objeto de protección: la familia vs. la libertad, integridad y formación sexual— no podía el legislador eliminar el maltrato sexual en el caso del tipo penal de violencia intrafamiliar, pues dejaba sin sanción penal comportamientos que no tienen la magnitud del acceso carnal o del acto sexual abusivo pero que se manifiestan en toda suerte de presiones sexuales que lesionan la dignidad de la mujer.

4.- Quizá el mayor aporte al estudio, divulgación y promoción del derecho a la igualdad y a la prohibición de la discriminación por razones de género, que se traduce en una correlación directa entre las decisiones judiciales y la Defensoría del Pueblo, se encuentra en el Programa del Observatorio de Justicia Constitucional.

Este programa se estableció con un esquema eminentemente institucional, dirigido a dar a conocer el alcance de los derechos constitucionales y el contenido de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El programa se implementó con el apoyo inicial del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) a través de su contratista Management Sciences for Development Colombia Limitada (MSD).

El Observatorio hace seguimiento permanente a la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional en torno a once sujetos de especial protección (incluidas las mujeres) y seis derechos constitucionales fundamentales. El Observatorio también examina las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que determinan el alcance y contenido de los derechos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento que forma parte del bloque de constitucionalidad (CP art. 93.1).

El programa se materializa en documentos de fácil, rápida y sencilla consulta, de suerte que los ciudadanos pueden conocer el alcance y contenido de sus derechos y promover directamente su defensa. Adicionalmente, su divulgación facilita el trabajo que desarrolla el servicio de litigio defensorial a lo largo y ancho del territorio nacional.

En este sentido, como resultado del trabajo del Observatorio de Justicia Constitucional y atendiendo al tema objeto de este encuentro, me permito recordar algunas decisiones judiciales que han permitido avanzar en el proceso de construcción de la igualdad y la no discriminación de las mujeres. Al respecto, merecen especial reconocimiento las siguientes:

4.1.- En la sentencia T-624 de 1995, la Corte Constitucional se pronunció sobre la imposibilidad de las mujeres, por el sólo de hecho de serlo, para adelantar la carrera de Oficial de Infantería de Marina en la Escuela Almirante Padilla, única institución que ofrece el citado programa profesional.

Para la Corte, el derecho a la igualdad de oportunidades exige un comportamiento objetivo e imparcial en lo que respecta a las condiciones y requisitos que pueden fijar las autoridades públicas o los particulares para acceder a un derecho o para realizar una determinada actividad, como ocurre con el ingreso a una plaza de trabajo o estudio, el ascenso en una carrera, el reconocimiento de una dignidad o estímulo o la culminación de un proceso académico.

Para la Corte, resulta contrario a la Constitución que en establecimientos educativos únicos para cursar determinada carrera o especialidad se establezca un monopolio de formación, cuando la materia que va a ser cursada es susceptible de enseñanza tanto para hombres como para mujeres, pues en tales circunstancias no sólo se frustran las aspiraciones de personas pertenecientes al otro sexo, sino que se bloquea injustificadamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio.

Con fundamento en lo anterior, se ordenó restablecer el derecho a la igualdad y proscribir cualquier tipo de distinción entre las personas por razones de sexo, cuando no exista un motivo razonable, proporcional y ajustado a la Carta Fundamental.

4.2.- En la sentencia C-082 de 1999, la Corte Constitucional se pronunció sobre la causal de nulidad del matrimonio celebrado entre mujer adúltera y su cómplice (artículo 140, numeral 7º, del Código Civil). Para el tribunal constitucional, las relaciones de la familia se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja, es decir, en la igualdad de derechos entre los hombres y las mujeres que la conforman, por ello no es razonable imponer una carga a uno de los miembros y eximir al otro, por su simple pertenencia a un determinado sexo. En este sentido, la distinción que preveía la norma demandada, lejos de perseguir una finalidad aceptada constitucionalmente, “perpetuaba la histórica discriminación que ha sufrido la mujer, al reproducir un esquema patriarcal en el que el hombre debía gozar de mayores prerrogativas y reconocimientos”. Sin embargo, como la norma igualmente desconocía el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la Corte decidió excluirla del ordenamiento jurídico al declarar su inconstitucionalidad.

4.3.- En materia de tutela se pueden destacar igualmente las sentencias T-400 y T-610 de 2002, en las que se amparó a varias trabajadoras de Ecopetrol, a las cuales la citada empresa les negó la afiliación de sus cónyuges como beneficiarios de varias prestaciones extralegales que se reconocían a los trabajadores de la nómina directiva.

Para la Corte, el obrar de la citada empresa vulneraba el derecho a la igualdad, por cuanto brindaba a las mujeres del nivel directivo un trato en condiciones de inferioridad frente a los trabajadores de sexo masculino —a quienes sí

permitió la inscripción de sus cónyuges— únicamente por razón de la condición sexual y sin ninguna justificación objetiva y razonable.

En palabras de la Corte: “La simple concepción cultural de los roles de hombre y mujer no pueden dar lugar a privar a las mujeres del beneficio de extender la seguridad social a su esposo o compañero permanente, como las normas jurídicas lo prevén para el hombre”.

4.4.- Un caso interesante de amparo del *derecho a la igualdad de protección* se encuentra en la sentencia C-507 de 2004, en la que se extendió a 14 años, para la mujer, la prohibición de edad para contraer matrimonio. A juicio de la Corte, la distinción de edad propuesta entre hombre y mujer no se ajustaba a los mandatos de la Carta Política en la medida en que suponía una afectación (i) del derecho al libre desarrollo armónico e integral de las menores y el pleno ejercicio de sus derechos; (ii) del derecho a que el Estado adopte las medidas de protección adecuadas y necesarias para garantizar sus derechos; y (iii) el derecho a la igualdad de protección de los niños y las niñas. Frente a este último argumento se sostuvo que:

“La norma acusada es notablemente insensible del derecho a la igualdad de protección de las mujeres adolescentes, si se tiene en cuenta que la ley otorga una protección mayor a los varones adolescentes (hasta los 14 años) que a las mujeres (hasta los 12 años), pese a que los matrimonios prematuros, dadas las condiciones sociales señaladas, afectan más a la niñas y, por tanto,

demandan del Estado adoptar medidas adecuadas y necesarias para asegurar su desarrollo libre, armónico e integral y el pleno ejercicio de sus derechos, con más urgencia que para el caso de los hombres.”

La Defensoría del Pueblo intervino en el proceso que concluyó con la citada sentencia y expuso que la diferenciación existente no superaba el juicio de razonabilidad que se aplica al uso de criterios sospechosos y, además, que dicha distinción implicaba una violación del artículo 5° de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que ordena a los Estados adoptar medidas apropiadas para: ‘[m]odificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres’.

Este mismo precedente se siguió en la sentencia C-534 de 2005, en la que la Corte Constitucional igualó la edad entre hombres y mujeres (14 años) para ser considerados legalmente impúberes y, por ende, sujetos al mismo régimen de capacidad jurídica y de nulidad de sus actos.

Textualmente, la Corte reconoció que si bien en el presente caso *la obligación constitucional de garantizar la igualdad de derechos y obligaciones, así como la igualdad de trato y de protección entre hombres y mujeres* no se refería a la edad mínima para contraer matrimonio, era claro que en la defensa en cuanto a

la disposición libre o limitada de los derechos patrimoniales, según la edad del titular de los mismos, debía seguir el mismo régimen de protección legal.

4.5.- En materia penitenciaria se destaca la sentencia T-622 de 2005, referente al control que adelanta el personal de guardia frente a las mujeres que visitan las cárceles. El punto objeto de debate consistía en los atropellos que se realizaban en las requisas, pues en muchos casos, además del trato con morbo, el personal de guardia hacía desnudar a las mujeres.

Para la Corte, los procedimientos de registro de personas y las exploraciones de sus cuerpos, en cuanto comprometen su intimidad y libertad personal y familiar y vulneran la garantía constitucional de no declarar contra sí mismo, requieran de una preceptiva legal que los determine y regule y de una orden judicial previa, expedida por razones debidamente fundadas. En cuanto a las requisas, se consideró que las mismas son procedentes en el entendido de que *“no [impliquen] registros corporales sobre los cuerpos desnudos de los internos y de sus visitantes, ni sujeción de éstos a procedimientos vejatorios, así fuere con el objeto de detectar armas o elementos prohibidos en el uso carcelario”*. Estas prohibiciones deben examinarse con criterio riguroso, por cuanto las mujeres -como sujetos de especial protección- demandan un trato digno y no discriminatorio.

4.6.- Un caso interesante es el objeto de pronunciamiento en la sentencia C-804 de 2006. En esta ocasión hubo una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 33 del Código Civil, el cual permitía el uso de las palabras hombre, niño, adulto y otras semejantes para identificar a todos los individuos

de la especie humana, sin distinción de sexo. Luego de un amplio discernir histórico sobre los derechos de la mujeres, la Corte Constitucional concluyó que el lenguaje legal debe estar acorde con los principios y valores que inspiran a la Constitución de 1991, ya que *"es deber (...) preservar el contenido axiológico humanístico que informa a nuestra norma fundamental, velando aún porque el lenguaje utilizado por el legislador no la contradiga"*.

En criterio del tribunal constitucional, el predominio de la razón patriarcal y su proyección en la manera como se fijan los contenidos de las normas jurídicas (entre ellas las que consagran definiciones) no sólo tiene un impacto simbólico sino que presenta serios y graves obstáculos en el camino a la igualdad real y efectiva. Por esta razón, los contenidos de las definiciones legales inciden en la manera como se perpetúan medidas, actuaciones y —en general— políticas discriminatorias, de modo que aquellas definiciones tendientes a reproducir contenidos sexistas significan una vulneración de los preceptos constitucionales que reconocen la dignidad de las mujeres como personas autónomas y libres merecedoras de la misma consideración y respeto que los hombres.

Así las cosas, generalizar expresiones como las empleadas en el artículo 33 del Código Civil, contribuía a mantener la situación histórica de discriminación contra las mujeres, pues el supuesto vocablo universal *"hombre"*, que en su uso social sólo se refiere a los varones, trae como consecuencia la exclusión de las mujeres, pues se traslada a estas la carga de estar examinando *"constantemente (...) si la expresión las incluye o no."*

Por esta razón, además de la declaratoria de inconstitucionalidad de los vocablos genéricos consagrados en la norma, la Corte rescató la expresión “persona” para identificar a todos los individuos de la especie humana sin distinción de sexo y recordó que es deber de todos los operadores del derecho utilizar un lenguaje jurídico incluyente, sin importar los usos o costumbres del lenguaje corriente u ordinario.

4.7. Un acápite especial merece el Auto 092 de 2008 de la Corte Constitucional, referente a la adopción de medidas de protección de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas en el país. En este auto se dispusieron, entre otras, las siguientes medidas: (i) órdenes de creación de trece (13) programas específicos para colmar los vacíos existentes en la política pública para la atención del desplazamiento forzado desde la perspectiva de las mujeres, de manera tal que se contrarresten efectivamente los riesgos de género en el marco del conflicto y las facetas de género del desplazamiento forzado; (ii) el establecimiento de dos presunciones constitucionales que amparan a las mujeres desplazadas (a. la presunción constitucional de vulnerabilidad, para efectos de su acceso a los distintos componentes del SNAIPD y de la valoración integral de su situación por parte de los funcionarios competentes para atenderlas, y b. la presunción constitucional de *prórroga automática de la ayuda humanitaria de emergencia a favor de las mujeres desplazadas*); (iii) la adopción de órdenes individuales de protección concreta para seiscientas (600) mujeres desplazadas en el país; y (iv) la comunicación al Fiscal General de la Nación de numerosos relatos de crímenes sexuales cometidos, para efectos de que proceda según sus competencias.

La Defensoría del Pueblo ha venido haciendo el seguimiento correspondiente al cumplimiento de las órdenes proferidas en el Auto 092 de 2008. Entre los avances, se registra la consolidación de un espacio permanente de interlocución con algunas organizaciones que velan por los derechos de las mujeres desplazadas y el acercamiento y acompañamiento continuo a un grupo de mujeres líderes de organizaciones de población desplazada reubicadas en la ciudad de Bogotá. La Defensoría ha desarrollado algunas acciones conjuntas con las organizaciones en mención, destinadas a proteger y garantizar los derechos de las mujeres desplazadas, entre las cuales se destacan: (i) la iniciativa de adelantar un proceso conjunto de documentación de casos emblemáticos que registren las vulneraciones a los derechos de las mujeres en situación de desplazamiento, y (ii) el desarrollo de acciones dirigidas a garantizar el cumplimiento por parte del Estado colombiano de su deber de protección de las mujeres desplazadas líderes de organizaciones sociales y comunitarias víctimas de violencia sociopolítica. Además, (iii) se ha iniciado un proceso de promoción y divulgación de derechos de las mujeres líderes de organizaciones y se les ha prestado asesoría jurídica y acompañamiento permanente para el restablecimiento de sus derechos³.

4.8.- Recientemente se han expedido otras providencias que permiten construir una política de igualdad y de no discriminación contra las mujeres: la primera corresponde a la sentencia C-008 de 2010, en la que se declaró la inconstitucionalidad del saneamiento o convalidación de la causal de nulidad del matrimonio contraído por mujer impúber, cuando esta haya concebido.

³ Decimoséptimo Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República. 2010.

Esta norma, además de desconocer el interés superior del niño y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, patrocina una lectura histórica de inferioridad de género incompatible con el nuevo texto constitucional y con los tratados internacionales de derechos humanos, y la segunda atañe a la sentencia T-247 de 2010, en la que se demandó a la empresa Ecopetrol por excluir a una mujer, sin razón objetiva, de un proceso de selección para el cargo de vigilante.

Obsérvese cómo este breve relato jurisprudencial comienza con la sentencia T-624 de 1995 y concluye con la sentencia T-247 de 2010. Ambas tienen como elemento común la discriminación contra la mujer, por el simple hecho de serlo. Esto demuestra que, a pesar de existir jurisprudencia constitucional, todavía no se ha logrado inculcar en la sociedad y en las autoridades públicas una política de igualdad a favor de la mujer. Es apremiante que las autoridades judiciales continúen en el esfuerzo de amparar a las mujeres contra cualquier acto de discriminación, al tiempo que los organismos de control, como la Defensoría del Pueblo, deben seguir trabajando en la promoción, divulgación y defensa de sus derechos.

Lastimosamente, el imaginario colectivo no se cambia de la noche a la mañana. Sin embargo, ello no debe convertirse en un impedimento que interrumpa el ánimo vigoroso de actuar en esa dirección, pues el premio que nos espera es edificar una sociedad verdaderamente incluyente, con unas bases sólidas en cuanto al respeto de los derechos humanos.