Justicia de género
un asunto necesario



ISABEL AGATÓN SANTANDER

EDITORIAL TEMIS
OBRAS JURÍDICAS

JUSTICIA DE GÉNERO:
UN ASUNTO NECESARIO

Agatón Santander, Isabel, 1969-
Justicia de género : un asunto necesario / Isabel del Carmen Agatón Santander ; prólogo Mercedes Hernández Argueta. -- Bogotá : Editorial Temis, 2021.
272 p. ; 23 cm.
Incluye bibliografías.
ISBN 978-958-35-0963-6 (impreso)
978-958-35-1457-9 (e-book)
1. Derechos de la mujer 2. Mujeres - Legislación - Colombia
3. Igualdad de la mujer 4. Discriminación contra la mujer
5. Delitos contra la mujer 6. Violencia contra la mujer
I. Hernández Argueta, Mercedes, pról. II. Tít.
323.34 cd 21 ed.
A1427573
CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

ISABEL AGATÓN SANTANDER

JUSTICIA DE GÉNERO: UN ASUNTO NECESARIO

EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2021



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© Editorial Temis S. A., 2021.
© Isabel Agatón Santander, 2021.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec. editorial@editorialtemis.com

Diseños y gráficos originales del autor.

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Editorial Nomos S. A.
Carrera 39B, núm. 17-85, Bogotá.

ISBN 978-958-35-0963-6
2677 201300046000
ISBN e-book 978-958-35-1457-9

Ninguna parte de esta publicación, del diseño o gráficos, puede ser reproducida, transmitida o utilizada por ningún medio, ya sea electrónico, mecánico, óptico, de grabación o electrográfico, sin el consentimiento previo escrito del autor.

A Rosa Elvira Cely,
cruelmente asesinada, torturada, violada,
empalada, símbolo de las violencias
contra tantas anónimas mujeres cuyas
vidas, voces, cuerpos y memoria
es preciso honrar.

A Laura, y con ella a la esperanza
presente en estas letras, con la misma
fuerza con la que despojo a Temis de su venda.

"Hay que poder enjuiciar las leyes y separarse de los precedentes cuando quiera que mantener esas leyes y respetar esos precedentes signifique permanecer atrapadas en una cultura excluyente y discriminatoria".

RAE LANGTON

GLOSARIO DE SIGLAS

Cedaw	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
Cejil	Centro por la Justicia y el Derecho Internacional.
CDHNU	Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
CRLP	Centro para los Derechos Reproductivos.
Cladem	Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujeres.
Dejusticia	Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.
OEA	Organización de los Estados Americanos.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
Profamilia	Fundación de la Asociación Probienestar de la Familia Colombiana.
Unifem	Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer.
Cedeao	Tribunal Comunitario de Justicia de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental.
Cijusticia	Centro de Investigación en Justicia y Estudios Críticos del Derecho.

PRESENTACIÓN

Cuando Isabel Agatón Santander me pidió que prologara este libro sentí, además de profundo agradecimiento, una gran responsabilidad por confiarme su preciado trabajo, consciente de que contribuirá a que la primera impresión de quien se asome a este libro por vez primera, la recibirá percibiendo a través de mí a la autora y a su obra.

Sentí también un cálido recuerdo al evocar el tiempo vivido en Guatemala, en la ciudad de La Antigua, donde a finales de septiembre de 2012 conocí a Isabel en el "Seminario sobre Violencia de Género y Femicidio en América Latina". En este Seminario, organizado por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España y el Consejo General de la Abogacía Española, tuvimos la oportunidad de exponer, junto a una docena de representantes de países latinoamericanos, la realidad de nuestros países en torno a la violencia sobre las mujeres.

Aun cuando la realidad expuesta sin dudas era muy dura y en numerosas ocasiones desesperanzadora, la calidad humana de los participantes, su valentía y su compromiso en cambiar esas realidades, me hace atesorar esta experiencia como valiosa e inolvidable.

De Isabel, mujer y jurista significada y comprometida con los derechos de las mujeres y la lucha contra el feminicido, me impactó especialmente esa capacidad suya de envolver con dulzura la fuerza de sus planteamientos y la determinación de sus conclusiones. Luego entendí esa habilidad, cuando se nos descubrió como una magnífica poeta y amablemente nos regaló algunas de las hermosas poesías con las que consuela y enfrenta la triste realidad diaria de las mujeres víctimas de violencia.

En su obra *Justicia de género: un asunto necesario*, Isabel hace un análisis pormenorizado y exhaustivo de resoluciones judiciales, que nos muestran sin ambages, la realidad de las mujeres en un tiempo reciente.

Nos muestra el espejo en el que el derecho y la jurisprudencia ve reflejada su propia imagen, cargada durante años de estereotipos, y prejuicios que promueven y mantienen la desigualdad, la discriminación y la violencia. Desigualdades y obstáculos para el acceso a una justicia que le es debida, y que ha golpeado a las mujeres de la misma forma que antes lo hicieron sus agresores directos. La incomprensión social, el abandono, la pasividad de los

Estados y la dejación de funciones, unas veces convirtiendo en papel mojado las leyes, y otras evidenciando las profundas e injustas desigualdades a las que las mujeres se han visto sometidas de forma sistemática, quedan patentes en este libro que remueve conciencias y denuncia realidades que se muestran intolerables por más tiempo.

Isabel nos muestra que lo que la *justicia de género* pretende es que se superen todos los obstáculos con los que se encuentran las mujeres para acceder a la justicia. Para ello nos muestra, mediante el rastreo de jurisprudencia relativamente reciente, la realidad vivida y la necesidad de crear conciencia, evidenciando las contradicciones del Derecho.

En esta necesaria y nueva forma de ver el Derecho han tenido mucho que ver los estudios feministas críticos, porque ha sido el activismo de las mujeres el que ha hecho que en el escenario internacional, se apliquen instrumentos fundamentales en la defensa de los derechos de las mujeres en contra del feminicidio.

Isabel promueve la necesidad de cuestionar el Derecho, de someterlo a una profunda revisión para hacer de él una herramienta útil que sirva para materializar la justicia social e instaurar nuevas prácticas del derecho; pero esto solo es posible hacerlo al amparo de una nueva luz que propicie corregir lo que, en otrora y de forma radicalmente injusta, consagró como Derecho.

Es por ello por lo que entiende, y yo comparto sin reservas, como absolutamente necesario promover desde esta nueva visión la formación de calidad especializada en las distintas ramas del Derecho para que, arrancando desde el estudio mismo del Derecho en la Universidad, lo impregne y se plasme definitivamente en las resoluciones judiciales futuras, porque sólo así será posible que se recaigan resoluciones justas que amparen, sin género de dudas y con todas las garantías que la dignidad humana merece, los derechos de las mujeres.

¡Bravo Isabel!, gracias por contribuir a ello con tu constancia y valentía en este trabajo.

FILOMENA PELÁEZ SOLÍS
Pta. de la Subcomisión de Violencia sobre la Mujer
del Consejo General de la Abogacía Española

PRÓLOGO

La justicia de género es un asunto necesario, sentencia el título. Y ésta es una es una verdad que no admite concesiones. Así lo ha evidenciado la tradición intelectual y, a la vez, movimiento social, que más ha cuestionado y ampliado las —en tantas ocasiones— discriminatorias y hegemónicas concepciones acerca de la Justicia, y de otros asuntos medulares de la democracia, durante más de tres siglos: el feminismo.

La democracia está en deuda con las mujeres. Y ha sido también la crítica feminista la que ha desvelado que históricamente por "gobierno" se han podido entender cosas muy diferenciadas, pero que por "todos" tradicionalmente se ha entendido una sola, todos, en masculino intencional. Isabel Agatón Santander denuncia esta realidad a lo largo y ancho de este libro mientras analiza y explica, con extraordinaria sencillez, la compleja y misógina arquitectura de un Derecho y de unas leyes construidas a medida para consolidar y salvaguardar ese modelo social que sólo reconoce a los investidos por la potestad de la ley como ciudadanos y que fue pactado sobre la exclusión de las mujeres.

La iniquidad de género, sí iniquidad, ha sido norma en la medida en que la justicia social ha abdicado, tanto en su abordaje teórico como en la práctica cotidiana, de la justicia de género. Así, el Derecho ha tenido la pretensión de convertir en hechos naturales los roles, los estereotipos y los mandatos de género impuestos a las mujeres mediante reiterativos procesos de socialización que se han servido de las normas jurídicas para su mantenimiento. Ese intento de naturalización de las opresiones hacia las mujeres, que ha llegado incluso a negarles el derecho a tener derechos, es también abordado y denunciado en esta obra. Lo es desde la certeza de que los Derechos Humanos que legitiman la(s) democracia(s) son sexuados y generizados, y no han sido igualitarios ni neutrales, más bien, en infinitas ocasiones han privilegiado esa nada inocente, ni casual, primacía androcéntrica y patriarcal.

Falazmente, el Derecho se ha erigido, sobre todo en el campo discursivo, como un precursor de la neutralidad y de la objetividad. Mientras, ha modelado la realidad social no sólo como no-neutral, en sentido general, sino como androcéntrica en sentido específico. Lo cual hace impostergable consolidar una crítica jurídica feminista dedicada, en palabras de la autora, a "desvirtuar

atributos propios del ámbito jurídico, como la neutralidad, la completitud y la coherencia, y hacer visible el carácter de subordinación de las mujeres y de la dominación masculina, sustentadas en disposiciones normativas y en decisiones judiciales.

Del Derecho, Alicia Ruiz sostiene: "En tanto orden impuesto, prescribe lo que se debe y no se debe hacer, decir o pensar, y, sin que se lo advierta, opera naturalizando ciertos vínculos y relaciones, a través del mecanismo de la legitimación selectiva de algunos de ellos. Marca los modos en que calificamos nuestras conductas y las de los que nos rodean". A lo que Agatón agrega: "Es a partir del derecho que se estatuyen las calidades de mujer, hombre, menor de edad, padre de familia, cónyuge, y éstas definiciones son algo más que atributos legales; son, por sí mismas, identidades y subjetividades que aparecen condicionadas por ese discurso jurídico". O, dicho de otra forma: "Lo que el derecho dice es escuchado y reproducido en la sociedad y, de la misma manera, lo que sostienen los otros operadores sociales es recogido y volcado en las sentencias judiciales"[1].

La justicia de género ha conseguido hacerse de un espacio autónomo y de suficiente reconocimiento en el campo narrativo y social discursivo gracias a que, como señala la autora, "la crítica feminista al derecho increpa su narrativa, su historia y sus resultados". Pero mantiene una contienda, no pocas veces feroz, y por lo mismo desgastante y agotadora, contra profundas resistencias endógenas y exógenas: la mayoría de ellas de marcado tinte conservador, que ocultan y dinamitan sistemáticamente el potencial emancipatorio del Derecho.

La justicia de género se edifica en la necesidad de cuestionar el derecho, como una obligación ineludible sustentada en la necesidad de limitar todo ejercicio del poder que desconoce, vulnera y trasgrede la dignidad humana y que no requiere justificación distinta a la posibilidad de ser; interrogarlo, dudar de su objetividad, acompañarlo de una necesaria mirada de sospecha es empezar a reconocer y advertir su potencial emancipatorio. Su consolidación parte de reconocer que el derecho por sí mismo puede constituirse en una herramienta para materializar la justicia social; que esa desigualdad que él mismo cohonestó puede y debe ser corregida por él, a través de acciones afirmativas, nuevas prácticas del derecho, reformas normativas y declaratorias de inconstitucionalidad de normas que atentaron contra la igualdad.

En este sentido, el análisis progresivo-regresivo propuesto por Agatón demanda que:

"Legisladores, operadores jurídicos y responsables de la ejecución de políticas públicas, deben reconocer las circunstancias históricas de desigualdad

[1] Sofía Harari y Gabriela Pastorino, *Acerca del género y el derecho*.

y discriminación de las mujeres y la grave afectación producto de la violencia que las enfrenta a un victimario, no a un igual".

La vida de las mujeres es un bien jurídico (sobre) expuesto a diferentes ataques. Para prevenirlos y proteger ese bien, de manera efectiva y eficiente, se hace urgente, según la autora, que cita a Alda Facio, una teoría crítica del derecho que pretenda "efectuar un cambio radical de perspectiva respecto de las teorías tradicionales en la observación del fenómeno jurídico. Debe vincular el Derecho con los procesos histórico-sociales en permanente transformación. Debe no sólo describir al objeto Derecho, sino que, al hacerlo, lo debe afectar". Y esa afectación permanente dota a la dinámica jurídica de una plasticidad jamás estática, que reviste de obligatoriedad "la adopción y la revisión periódica de legislación sobre la violencia contra la mujer, el acceso a la justicia y a recursos efectivos y la gestión de políticas y programas encaminados a proteger y apoyar a las mujeres víctimas de la violencia".

Por sí misma, sabe Agatón Santander, una perspectiva analítica de las falencias del Derecho nunca sería suficiente. Por esta y otras razones —huelga subrayar que cada una de sobra argumentada— la autora también señala diferentes aplicaciones que exceden la propuesta teorética de su obra. El ejemplo más claro es la propuesta, incluida en el contenido del libro, para la tipificación del feminicidio en Colombia, a través de una ley con nombre, que —como tantas— hace las veces de homenaje y asume funciones de memoria histórica: *Rosa Elvira Cely*.

El desarrollo de la categoría de análisis y tipo penal feminicidio es, sin duda, una respuesta a la necesidad, ya asumida por otros países de Latinoamérica y por organismos internacionales como el Consejo Académico de Naciones Unidas, por medio de la Declaración de Viena sobre Feminicidio (2012), de una terminología capaz, en contenido y continente, de abordar con eficiencia y eficacia los asesinatos de mujeres por el hecho de ser mujeres, y otras formas de violencias por motivos de género, en el marco de la justicia nacional territorial y extraterritorial, e internacional. Aquí, Agatón vuelve a confrontarnos con la capacidad nominativa de la ley y su continúa contienda en el campo discursivo. El feminicidio es definido por la autora como:

"El resultado de un continuum de violencias que se ejerce contra las mujeres, en el ámbito público o privado, como una manifestación del poder y control que ejercen los hombres sobre la libertad, la intimidad, el cuerpo, el pensamiento y la vida de las mujeres, avalado culturalmente, consentido hace un tiempo por el derecho explícitamente y actualmente ignorado en las decisiones judiciales".

El carácter sistemático y generalizado de la violencia contra las mujeres en el marco de la violencia sociopolítica y del conflicto armado en Colombia

se aborda en *Justicia de género: un asunto necesario* mediante una resignificación de la normativa jurídica actual, y es también una inducción que va más allá del derecho comparado, incidiendo en la revisión con mirada feminista de la historia reciente de Colombia y del reto histórico de consolidar la Paz, que no podría asentarse sobre la impunidad de los crímenes por razones de género. Para ello, con fundamento en los casos Akayesu y Furundzija, cuyas sentencias determinan que la violación y la violencia sexual pueden constituir genocidio o la Sentencia Celebici, en la que el Tribunal determinó que el crimen de violación reunía los elementos que configuraban la tortura, AGATÓN recuerda la importancia de mantener presente que "hombres y mujeres son afectados por diferentes formas de violencia, de acuerdo con los roles que desempeñan en la sociedad y las relaciones que se establecen entre ellos" como señala DIANA GUZMÁN.

Entre las más valientes apuestas planteadas por AGATÓN en este libro, sin duda, está la defensa del Derecho a Decidir, basada en la maternidad como elección racional y no como destino supuestamente ineludible. Como explica magistralmente CELIA AMORÓS: "Si la Humanidad ha de reproducirse no solo como especie zoológica sino con plena autoconciencia cultural, entonces la maternidad implica, además de la preparación de un útero receptivo, también la elaboración de un regazo psíquico donde el niño que nacerá pueda ser esperado, esto es, pensado y amado, incluso antes de ver la luz". Ser madre de forma impositiva, como denuncian AGATÓN y AMORÓS: es violento e inhumano. Pero la violencia y la inhumanidad han sido la marca de la casa cuando del Derecho a Decidir se trata. Sigue AMORÓS: "Curiosamente, las delicadas sensibilidades que condenan el aborto por su apasionado e incondicional aprecio de la vida no suelen poner el mismo énfasis ni desplegar la misma militancia en la condena de las guerras. Se ve que cuentan con la docilidad y la incondicionalidad con que los úteros femeninos vayan a reponer las vidas humanas". Y la historia confirma que ser antiabortista no es directamente proporcional al compromiso con la vida humana, ni a la defensa de ésta. La defensa a ultranza de la vida del no nacido, frente a los derechos de las mujeres ha tenido entre sus filas a dos de los más enérgicos y conocidos antiabortistas de todos los tiempos: HITLER y STALIN, quienes inmediatamente después de asumir el poder convirtieron en delito la comisión de abortos antes legales. Criminalizar el Derecho a Decidir, también fue la elección de MUSSOLINI y CEAUCESCU. La lista de dictadores y tiranos nacionalistas que se decían pro-vida es interminable. A día de hoy una sencilla búsqueda por internet puede confirmar que todas esas organizaciones y personas que se declaran pro-vida (cigótica, embrionaria y fetal, claro) no han denunciado un sólo feminicidio.

AGATÓN recorre los tres métodos de análisis jurídico feminista propuestos por KATHERINE BARTLETT, a la vez que los describe en el primer capítulo: la pre-

gunta por la mujer, la razón práctica femenina y la generación de conciencia[2]. Dentro de las críticas jurídicas feministas estos métodos destacan porque intentan, con buen resultado, evidenciar las desventajas basadas en el género; alertan de ciertas formas de injusticia que, de otro modo, pasarían inadvertidas y potencian la importancia de la creación de conciencia (como meta-método) y como proveedora de una subestructura para otros métodos feministas.

El eclecticismo y versatilidad de Isabel Agatón Santander es manifiesto cuando piensa junto a otras prestigiosas y consolidadas autoras como Catherine MacKinnon, Isabel Cristina Jaramillo, Susan Estrich, Alda Facio, Helena Alviar o Judith Gbrich. Bebe de estas y de otras muy diversas fuentes mientras consigue desarrollar una hermenéutica propia. En ella dedica buena parte del ensayo a la política del reconocimiento, también local, exponiendo el importante legado de juristas como Mónica Roa, Luisa Cabal, Lilian Sepúlveda y Diana Guzmán, entre otras. También destaca las buenas prácticas de organizaciones colombianas que han dedicado su esfuerzo a un instrumento que considera imprescindible, el litigio estratégico: una herramienta de comprobada eficacia en un programa de expansión de los Derechos Humanos de las mujeres. Advierte también sobre "cómo el litigio de alto impacto y el litigio internacional, a pesar de constituirse en importantes estrategias políticas para el reconocimiento de los derechos humanos, son mecanismos aún inexplorados por litigantes y organizaciones de mujeres".

Jurista y poeta, Agatón eleva la justicia de género a la condición de ideal interpretativo y de componente indispensable de la justicia social. Y admite que como tal no existe. No aún. Pero usa eficientemente esta categoría como ideal crítico y lineamiento de medición para desvelar las exclusiones, las asimetrías de poder y los enormes retos que se abren ante una utopía con aspiraciones de poder y de autoridad. Poder y autoridad para administrar la realidad, pero, antes de eso, para nombrarla. Porque, como ya lo anticipó en una de sus conferencias magistrales en Europa, *Feminicidio: legado de la práctica y de la narrativa jurídica feminista*: "Narrar es nombrar lo innombrable. Es sacar las palabras del sepulcro del olvido y hacer de ellas la denuncia viva".

Ojalá esa denuncia viva encuentre el eco del que está urgida.

Mercedes Hernández Argueta
Directora de la Asociación de Mujeres de Guatemala, AMG
Madrid, julio de 2013

[2] Agatón se inclina por la traducción de Isabel Cristina Jaramillo de *Feminist Legal Methods*: *Women Question, Feminist Practical Reasoning and Consciousness-Raising*.

ÍNDICE GENERAL

PÁG.

Presentación XIII
Prólogo XV
Introducción 1

CAPÍTULO I

PRINCIPALES CRÍTICAS FEMINISTAS AL DERECHO

1. Crítica a la teoría del derecho 7
2. Crítica a las instituciones 9
3. Crítica a los métodos de análisis jurídico 12

CAPÍTULO II

LA FUERZA DEL DERECHO: UN ANÁLISIS
DE LAS DECISIONES JUDICIALES

1. Algunos fallos paradigmáticos de la justicia constitucional contra los estereotipos de género 27
   A) Adulterio de la mujer causal de nulidad del matrimonio: clasificación sospechosa 27
   B) Estereotipos de género en casos de adopción. Alicia en Berreucos 28
   C) Valoración de trabajo doméstico de las mujeres, Esther Varela 30
2. Estereotipos de género en la justicia penal 31
   A) Alba Lucía: un juicio estereotipado, una condena injusta 32
   B) Doris Adriana Niño: la relativización del feminicidio del cantante vallenato Diomedes Díaz 35
   C) Sentencia por homicidio: valoración discriminatoria en contra de las mujeres 36

Capítulo III

ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO: UNA CRÍTICA A LA NEUTRALIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES

PÁG.

1. Carácter emancipatorio de las decisiones judiciales 43
2. Despenalización del aborto en casos específicos: una decisión progresista derivada de una acción de litigio estratégico 55
   A) Primer momento: el potencial emancipatorio del derecho 55
   B) Segundo momento: la paradoja del derecho 58
   C) Tercer momento: la amenaza de la moral católica 67
3. Derecho a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE): asegurar, no retroceder 70
   A) Protección a las mujeres desplazadas, riesgo de género, "impacto" de género desproporcionado: auto 92 de 2008 73

Capítulo IV

LITIGIO ESTRATÉGICO: HERRAMIENTA EFICAZ PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES

1. Violación y violencia sexual en el marco de los conflictos armados: primeros precedentes internacionales 84
   A) El juicio Akayesu, 1998: violencia sexual como violencia de género y genocidio 84
   B) La Sentencia Celebici, 1998: violación como tortura 86
   C) La Sentencia de Furundzija, 1998: violación como genocidio 86
2. Violencia de género en el ámbito público 88
   A) Caso del penal Miguel Castro Castro, 2006: primera aplicación de la Convención de Belém do Pará 88
3. Principio de la debida diligencia y violencias contra las mujeres 91
   A) AT contra Hungría, Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Cedaw) y Recomendación 19 sobre violencia contra las mujeres, 2005 91
   B) María da Penha Maia Fernandes contra el Estado del Brasil, 2001: violencia contra las mujeres en el ámbito privado y principio de la debida diligencia 94

PÁG.

4. Patrón de violencia basada en género (VBG), tolerancia estatal y debida diligencia 97
A) Corte Interamericana de Derechos Humanos cso González y otras ("Campo Algodonero") contra México; 2009 97
5. Derechos sexuales y derechos reproductivos en el Sistema Interamericano 103
A) Interrupción voluntaria del embarazo 104
a) Paulina Ramírez contra México, 2007 104
b) KL Vs Perú, 2005 105
c) Paola Guzmán contra Ecuador, 2008 106
d) María Mamérita contra Perú, 2003 107
e) Tysiac contra Polonia, 2010 108
6. Otros precedentes en el sistema universal, el interamericano y el europeo 110

Capítulo V

FEMINICIDIO: HOSTIL LEGADO DEL DERECHO Y LA CULTURA PATRIARCAL

1. Del uxoricidio al feminicidio 115
2. El feminicidio 117
3. Colombia: un país feminicida 124
A) La cara del feminicidio 128
4. Feminicidio: necesidad urgente de penalización 131
A) La debida diligencia en la penalización de feminicidio 140
5. Feminicidio: un análisis en la legislación comparada 147
6. Proyecto de Ley Rosa Elvira Cely contra el feminicidio en Colombia: necesidad urgente e inmediata de la penalización 167

Capítulo VI

JUSTICIA DE GÉNERO: UN ASUNTO NECESARIO

1. El derecho de acceso a la justicia 170
2. Obstáculos que enfrentan las mujeres para acceder a la justicia 172

PÁG.

3. La perspectiva de género en el acceso a la justicia para las mujeres..... 176
A) Ley 1257 de 2008 sobre violencias contra las mujeres: un avance hacia la justicia de género..... 180
4. Reforma normativa, institucional y en la academia del derecho..... 184
5. Estrategias de consolidación de la justicia de género en Colombia 188
A) Las paradojas del derecho..... 189
6. Subvertir el derecho: imperativo categórico..... 199

CAPÍTULO VII

A MANERA DE CONCLUSIÓN: UN NECESARIO PUNTO DE PARTIDA 205

ANEXO

PROYECTO DE LEY "ROSA ELVIRA CELY" 49 DE 2012 - SENADO. EXTRACTO

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. Justificación 218
2. Contexto..... 218
3. Principio de la debida diligencia y acceso efectivo a la justicia..... 228
4. La ejecución de la ley 1257 de 2008 y su estado actual de cumplimiento 230
5. El feminicidio: ante la imperiosa necesidad de la penalización 231
6. Improcedencia del otorgamiento de beneficios, subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena 233
7. El feminicidio: un análisis desde la legislación comparada 235
8. Ante la necesidad imperiosa de generar una cultura de "no" violencia contra las mujeres 236

Bibliografía 239

INTRODUCCIÓN

La igualdad es la piedra angular de toda sociedad democrática que aspire a la justicia social y a la realización de los derechos humanos. Sin embargo, en prácticamente todas las sociedades las mujeres son objeto de desigualdades en las leyes y en la justicia.

Si bien el reconocimiento de los derechos de las mujeres en Colombia ha transitado por importantes reformas constitucionales, legales y reglamentarias, desde el reconocimiento de la ciudadanía en 1954, hoy son las principales víctimas de violencias basadas en género en el espacio público y también en el privado, entre las que se encuentran el feminicidio, la violencia sexual, la trata de personas y la violencia contra la mujer en la relaciones afectivas, entre otras.

A pesar de los altos índices de violencias de género y de la reciente explosión normativa, las mujeres encuentran serios obstáculos para acceder a la justicia y lograr la reparación y el restablecimiento de sus derechos.

En Colombia, tal como en su momento lo comprobó la Relatora de Violencia contra las Mujeres, "el hecho de que no se investiga, enjuicia y castiga a los responsables de violaciones y otras formas de violencia basadas en el género ha contribuido a un entorno de impunidad que perpetúa la violencia contra la mujer, incluso la violación y la violencia intrafamiliar"[1]. El sistemático incumplimiento estatal del deber de proteger a las mujeres y de garantizarles la justicia por violencia de género "constituye una falta grave a sus obligaciones internacionales de debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres"[2].

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Colombia ha recordado con frecuencia al Estado colombiano que los derechos de las mujeres y de las niñas forman parte integral del derecho

[1] Radhika Coomaraswamy, *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias*, presentado de conformidad con la res. 2201-49 de la Comisión de Derechos Humanos. *Informe de la Misión a Colombia de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer*, E-CN.4/2002/83/Add.3, párr. 103.

[2] Corporación Sisma Mujer, *Informe justicia de género. Entre el conflicto armado y las reformas a la justicia Colombia 2001-2004*, Bogotá, febrero 2005, pág. 6.

internacional de los derechos humanos y tienen que ser reconocidos y garantizados con aplicación de los principios universales de dignidad, autonomía, inviolabilidad, indisponibilidad, integridad, seguridad y libertad.

El Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia[3] "reitera la necesidad […] de enfrentar las causas estructurales de la impunidad [entre las que] destacan la necesidad: de mejorar el acceso a la justicia, sobre todo en zonas rurales y para grupos específicos, como las mujeres"[4]; confirma la urgencia de mejorar las condiciones que permitan a las mujeres denunciar actos de violencia con seguridad y confianza y la necesidad de consolidar los registros del sistema judicial, con la información del sistema de salud y de otras entidades.

A pesar de los avances legislativos y del fortalecimiento en las políticas del Estado en favor de la igualdad de género, persisten aún en Colombia desigualdades entre hombres y mujeres en áreas como la participación política y el acceso, la disponibilidad, la calidad y la permanencia de los derechos a la salud, el trabajo y la educación.

En Colombia subsisten estereotipos y patrones socioculturales de conducta de hombres y de mujeres que generan diferentes formas de discriminación y de violencia en contra de las mujeres y de las niñas que, en muchas ocasiones, se reproducen en los fallos judiciales.

Instrumentos internacionales, como la Plataforma de Acción de Beijing, establecen una serie de medidas concretas que deben adoptar los gobiernos, en particular la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la adopción y la revisión periódica de legislación sobre la violencia contra la mujer, el acceso a la justicia y a recursos efectivos y la gestión de políticas y programas encaminados a proteger y apoyar a las mujeres víctimas de la violencia.

[3] En su informe la Alta Comisionada sugiere que el Gobierno de Colombia extienda una invitación a la Relatora Especial y a la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia sexual en los conflictos, para valorar el cumplimiento de las recomendaciones hechas en 2001 y recibir otras nuevas que contribuyan a satisfacer los derechos humanos de las mujeres, considerando que en 2011 se cumplen diez años de la visita a Colombia de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias.

[4] Christian Salazar Volkmann, Representante Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 2011, párr. 49, pág.16.

Junto con la obligación de enjuiciamiento y castigo, los Estados tienen la obligación de otorgar recursos justos y efectivos a las mujeres sometidas a las violencias. El derecho a recurso debe comprender el acceso a la justicia, la reparación de los daños sufridos, la restitución, la compensación, la satisfacción, la rehabilitación y garantías de no repetición y prevención.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos[5] observa que la mayoría de los hechos de violencia contra las mujeres quedan en la impunidad, perpetuándose la aceptación social de este fenómeno. Por tanto, el análisis del acceso a la justicia y de las violencias de género es necesario y obliga a pasar del reconocimiento formal a la creación de garantías para el real y efectivo ejercicio de los derechos de las mujeres.

Entre otras recomendaciones, los organismos internacionales han exhortado al Estado, por medio de sus ramas y órganos de control, a promover procesos de formación dirigidos a operadores jurídicos con competencias en violencias contra las mujeres, con el fin de identificar situaciones especiales de vulneración por razón del género o la identidad sexual y con el propósito de remover prejuicios y estereotipos que se reproducen en las decisiones judiciales o administrativas y que impiden el efectivo restablecimiento de los derechos vulnerados.

En consecuencia, la materialización de la Justicia de Género constituye un mandato para los Estados, gracias a la aprobación de tratados internacionales en el Sistema de las Naciones Unidas, en el Sistema Interamericano y de conferencias internacionales sobre derechos de las mujeres, dada la efectiva y evidente incidencia de los movimientos de mujeres en el mundo.

Justicia de género: un asunto necesario surge de la necesidad de aportar nuevas herramientas en el estudio del derecho y su aplicación práctica y para la superación de los obstáculos que enfrentan las mujeres para acceder a la justicia, a partir de los interrogantes que distintas corrientes feministas le han dirigido, con el propósito de desvirtuar *atributos* propios del ámbito jurídico, como la neutralidad, la completitud y la coherencia, y de hacer visible el carácter de subordinación de las mujeres y de la dominación masculina, sustentadas en disposiciones normativas y en decisiones judiciales.

[5] En múltiples informes, actas de entendimiento de soluciones amistosas, informes de relatores especiales sobre violencia contra las mujeres, tortura y sentencias sobre casos individuales, entre otros.

El capítulo primero, "Principales críticas feministas al derecho", reseña las principales críticas feministas al derecho y trata de responder al interrogante: ¿Por qué se asegura que el derecho es el producto y la manifestación de un *orden patriarcal*? y ¿cómo los esfuerzos por consolidar una teoría jurídica feminista develan la ausencia de neutralidad en las diferentes áreas del derecho?

En el capítulo segundo, "La fuerza del derecho: un análisis de las decisiones judiciales", se analizan algunos fallos, por considerarlos paradigmáticos en tanto revelan la existencia de prejuicios sexistas, y con el fin de evidenciar la naturaleza del derecho como un campo social discursivo y la influencia de la ideología en la adjudicación.

Posteriormente, en el capítulo tercero, "Estudios críticos del derecho: una crítica a la neutralidad del derecho", se exploran los orígenes y consecuencias de los estudios críticos con objeto de animar una necesaria mirada de sospecha fuente de la crítica a la neutralidad en las decisiones judiciales.

El capítulo cuarto, titulado "Litigio estratégico: herramienta eficaz para la protección de los derechos de las mujeres", se concentrará en el análisis del *litigio estratégico* como recurso y herramienta fundamental para un programa de expansión de derechos humanos de las mujeres. Se indica cómo el *litigio de alto impacto* y el *litigio internacional*, a pesar de constituirse en importantes estrategias políticas para el reconocimiento de los derechos humanos, son mecanismos aún inexplorados por litigantes y organizaciones de mujeres.

El capítulo quinto, "Feminicidio: hostil legado del derecho y la cultura patriarcal", analiza este fenómeno como el resultado de un *continuum* de violencias que se ejercen contra las mujeres, en el ámbito público o el privado, como una manifestación del poder y control que exhiben los hombres sobre la libertad, la intimidad, el cuerpo, el pensamiento y la vida de las mujeres, avalado culturalmente, consentido hace un tiempo por el derecho *explícitamente* y actualmente ignorado en las decisiones judiciales. Se exponen razones para su penalización como delito autónomo y se analiza la iniciativa en tal sentido promovida por la autora.

En el capítulo sexto, "Justicia de género: un asunto necesario", se identifican los principales obstáculos que enfrentan las mujeres para acceder a la justicia; se argumenta la necesidad de la incorporación de la perspectiva de género y se identifican algunos fallos judiciales por constituirse en verdaderas prácticas paradigmáticas hacia el restablecimiento de los derechos vulnerados, en el marco de algunas estrategias que se han puesto