

EL ENFOQUE DE GÉNERO EN EL JUICIO DE CULPABILIDAD A PARTIR DE LA SENTENCIA SP2649 DEL 2022 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA

Angie Liseth Ruales Suárez¹

Fecha de recepción: 25 de julio de 2023

Fecha de aceptación: 29 de octubre de 2023.

Referencia: Ruales, A. (2024). El enfoque de género en el juicio de culpabilidad a partir de la sentencia SP2649 del 2022 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. *Revista Científica Codex*, 9(17), 12-42.

RESUMEN

La violencia y discriminación basada en género es un fenómeno que pretende dar un trato diferenciado a las personas mediante la imposición de roles, prejuicios, estereotipos y constructos que coartan las posibilidades y oportunidades de quienes la padecen, usualmente mujeres, de vivir una vida digna y libre de malos tratos; y para superar esto se han formulado distintas herramientas y enfoques analíticos para el reconocimiento de estas prácticas, inaceptables a la luz de los derechos humanos, como primer paso en su lucha para la erradicación. Así, desde la administración de justicia se ha adoptado una posición férrea en la eliminación de todo tipo de violencia de género desplegando una serie de parámetros y categorías analíticas, la perspectiva y el enfoque de género, para la identificación de prácticas violentas y discriminatorias con el fin de adoptar las medidas que bien se encuentren necesarias para la dignificación de las mujeres, no solo como víctimas directas

1 Abogada especialista en Derecho Penal de la Universidad de Nariño. Correo electrónico: angieruales94@gmail.com

de prácticas machistas, sino como víctimas de las circunstancias sociales y culturales, más aún desde el ámbito del derecho penal que siempre ha de guardar implicaciones directas en los derechos a la libertad, debido proceso y tutela judicial efectiva de quien al proceso se somete.

Palabras clave: Justicia, igualdad, enfoque de género, culpabilidad, proceso penal.

ABSTRACT

Gender-based violence and discrimination is a phenomenon that aims to treat people differently through the imposition of roles, prejudices, stereotypes, and constructs that limit the possibilities and opportunities of those who suffer from it, usually women, to live a dignified life free from abuse. To overcome this, different tools and analytical approaches have been formulated to recognize these practices, which are unacceptable in the light of human rights, as a first step in the fight for their eradication. Thus, the justice administration has taken a firm position in the elimination of all types of gender-based violence by deploying a series of analytical parameters and categories, the gender perspective and approach, to identify violent and discriminatory practices in order to adopt the necessary measures for the dignification of women, not only as direct victims of sexist practices but also as victims of social and cultural circumstances. This is especially relevant from the perspective of criminal law, which always has direct implications on the rights to freedom, due process, and effective judicial protection of those who are subject to the process

Key words: Justice, equality, gender approach, guilty, criminal process.

INTRODUCCIÓN

Con el reconocimiento de los derechos de la mujer y la evolución en su protagonismo en la sociedad, se avanzó en la búsqueda de la igualdad material y real de las personas en materia de derechos, deberes y oportunidades, sin embargo, aún persisten roles y estereotipos culturales que, disfrazados de diferencias biológicas, pretenden imponer actitudes, comportamientos, papel o actuaciones que tratan de manera discriminatoria y sexista a las personas sobre quienes recaen, generalmente mujeres.

Para solventar y eliminar esta situación, ha surgido el enfoque de género como una herramienta de gran relevancia para la identificación de tales actitudes, roles y estereotipos, que se presentan en contextos determinados para así formular y adoptar las medidas o acciones que resulten necesarias de acuerdo con el ámbito en el que estas ocurran. El estrado judicial es una de las instituciones que ha dado aplicación al enfoque de género para la protección de derechos fundamentales, entre ellos la jurisdicción penal, donde se ha dado paso al cambio de perspectiva en el análisis de determinadas conductas punibles cuyo móvil está basado justamente en roles de género donde, usualmente, las mujeres son las víctimas de las conductas punibles y el análisis jurídico normalmente gira alrededor del contexto en el que acontecieron y la condena a las conductas y violencias enjuiciadas.

En el 2022, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia pudo conocer de un caso donde una mujer fue procesada por la comisión de una conducta punible y, analizando las circunstancias del caso bajo el enfoque de género, se evidenció que estereotipos y roles de género habían servido de base fundamental para la decisión sobre la responsabilidad de la procesada sobre los hechos y sobre su derecho fundamental a la libertad.

Advirtiendo lo innovador de la decisión, la presente investigación se propuso analizar el tratamiento que la Corte Suprema de Justicia le otorgó al enfoque de género en la sentencia SP2649 del 2022 en la valoración de la culpabilidad en casos donde una mujer es autora del delito o conducta punible perseguida. Pero para ello fue esencial establecer lo siguiente: en primer lugar, los elementos, características y elementos que componen la culpabilidad en el derecho penal colombiano; luego hubo de determinar qué es el enfoque de género para posteriormente identificar los antecedentes de aplicación del enfoque de género en las decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en Colombia hasta la emisión de la sentencia SP2649 del 2022.

Este análisis se hace desde el enfoque cualitativo, ello por cuanto se pretende describir, interpretar y analizar la aplicación que la Corte Suprema de Justicia ha realizado del enfoque de género al momento de estudiar la comisión de conductas punibles y endilgar responsabilidad personal; en este sentido, se busca discutir y determinar la trascendencia de dicha interpretación en el ámbito de la culpabilidad, en el cual se detallan las

circunstancias en que se cometió la conducta ilícita y su reprochabilidad de acuerdo a la autodeterminación del agente. Ahora bien, se acudió a la recolección de información documental por cuanto se presentan como fuentes formales a decisiones judiciales en las que se ha abordado el enfoque de género en Colombia, así como a conceptos dogmáticos en materia de culpabilidad y enfoque de género.

1. LA CULPABILIDAD EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

Como elementos del delito se han adoptado dos variantes importantes que hacen referencia a los conceptos de los cuales este debe estar compuesto, a saber, (i) la concepción bipartita ha precisado que se compone de la antijuridicidad y la culpabilidad, comprendida la tipicidad y la conducta en el primero (Mir Puig, citado en Plascencia, 2004) y (ii) la concepción tripartita, que separa como elementos la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad (Ortiz, 1978). En Colombia se ha acogido esta concepción tripartita (Código Penal, 2000, art. 9) de ahí que no pueda determinarse la responsabilidad penal de una persona si no se constata la presencia de todos los elementos y la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad (Barbosa, 2002).

Si bien no es del resorte de la presente investigación lo concerniente a la tipicidad y antijuridicidad, de manera breve se hará referencia a estos elementos para posteriormente centrarse en la culpabilidad y en sus componentes.

Cuando se habla de la *tipicidad*, se está haciendo referencia a la adecuación de la conducta realizada por un sujeto con el tipo consagrado en el Código Penal, es decir, que los hechos se adecuen a la descripción de una conducta prohibida por la ley (Código Penal, 2000, art. 10), lo que se traduce en el desarrollo del principio de legalidad contenido en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia (1991); esta a su vez se compone del tipo penal objetivo y subjetivo (Galán, 2010). Cuando se habla del tipo objetivo, se hace referencia a la descripción textual del delito: sujeto activo y pasivo, bien tutelado, el o los verbos rectores que indican la conducta, y las circunstancias propias del tipo como agravantes o las situaciones en las que se desarrolla el supuesto del tipo (Vega, 2016). En el elemento subjetivo del tipo “se estudian los posicionamientos subjetivos que al entender del legislador son más peligrosos en abstracto” (Vega, 2016, p. 66),

esto es, la modalidad de la comisión de la conducta punible: dolo, culpa o preterintencional (Código Penal, 2000, art. 21)².

La *antijuridicidad* refiere a la violación directa de la ley sustancial (antijuridicidad formal) y a la afectación o transgresión del bien jurídico tutelado por la norma (antijuridicidad material), es decir, para que la conducta sea antijurídica, se requiere que se constate que lo realizado esté prohibido legalmente y que, a su vez, se lesione o se ponga en peligro el derecho que la norma se encuentre protegiendo, pues de lo contrario no se cumpliría con este elemento y no podría continuarse con la investigación penal. En efecto, el Código Penal Colombiano establece que “para que una conducta típica sea punible, se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado por la ley penal” (Código Penal, 2000, art. 11); al respecto, la Corte Constitucional ha conceptualizado que este guarda una íntima conexión con el principio de proporcionalidad o “prohibición de exceso”, el cual se deduce jurisprudencialmente de los postulados de Estado Social de Derecho, la dignidad humana, la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, los derechos inalienables de la persona, la prohibición de la pena de muerte y de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el principio de igualdad y de la proporcionalidad de las medidas excepcionales. (Corte Constitucional, Sentencia C181, 2016)

Ahora bien, en cuanto a la *culpabilidad*, esta ha sido entendida como “un concepto político-jurídico que pone al individuo frente al Estado, para lo cual es indispensable que exista el reconocimiento de su autonomía e inocencia inherentes a su dignidad” (Galán, 2010, p. 146) y a su vez, “constituye un límite al poder estatal que sin ella podría sancionar ante la sola y proscrita responsabilidad objetiva” (Galán, 2010, p. 146). En efecto, en Colombia el elemento de culpabilidad busca dejar por fuera la imposición de penas como resultado de la atribución de responsabilidades objetivas del actor frente a un daño (Código Penal, 2000, art. 12).

La culpabilidad ha sido entendida y desarrollada de diversas formas a lo largo del tiempo de acuerdo con los contextos en que se gestaron, entre

2 En palabras de la Corte Constitucional, la tipicidad requiere que “i) la conducta sancionable debe estar descrita de manera específica y precisa, bien porque está determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; ii) debe existir una sanción cuyo contenido material lo define la ley; y, iii) la obligatoria correspondencia entre la conducta y la sanción” (Corte Constitucional, Sentencia C181, 2016).

ellos se encuentran (i) la teoría sicologista, (ii) la teoría normativista y (iii) la teoría del finalismo.

Primero, cabe traer a colación lo que Alfonso Ortiz Rodríguez (1978) denomina la *Estructura Objetiva Anormativa* de la culpabilidad, donde “la punición de las faltas es mera reacción vengativa contra la ofensa” (p. 351), bajo una relación de causa-efecto entre el acto y el daño que, dado a su irracionalidad y su espíritu netamente vengativo, muchas veces no logra distinguir entre el verdadero autor y puede ir en “contra personas inocentes, contra animales, plantas y cosas inanimadas” bajo la premisa de que “el mal merece el mal, que el dañador debe ser dañado para mantener un equilibrio entre aquél y la víctima del daño” (Ortiz, 1978, p. 352).

En la *Teoría Sicologista*, la culpabilidad fue entendida como “la relación psicológica entre el hecho y el autor” (Plascencia, 2004, p. 162), ello toda vez que se entendía la culpabilidad desde un aspecto interno y uno externo, siendo lo externo lo antijurídico y lo interno la culpabilidad como elemento subjetivo (Plascencia, 2004). En esta concepción, el dolo y la culpa hacían parte de la culpabilidad como especies de esta, siendo el dolo la forma de culpabilidad ideal “porque suponía la relación síquica completa entre el autor y el hecho y la culpa se entendía como una conexión síquica imperfecta con el hecho” (Mir Puig, citado en Plascencia, 2004, p. 163).

Según expone Miguel Córdoba Angulo, esta teoría fue objeto de críticas por cuanto no alcanza a desarrollar la culpa sin representación, cuando el agente ni siquiera previó lo previsible, ni cuando una persona se halla frente a una situación, que no provocó ni está llamada a soportar, en la que únicamente se puede salvar (más bien salvar su bien jurídico) sacrificando otro (bien jurídico), es decir, en casos de estado de necesidad (Córdoba, 2011, p. 47). Dicha teoría tampoco resuelve lo relacionado con el fundamento de la culpabilidad: qué pasaba mentalmente en el sujeto activo de la conducta y porqué esto era relevante en la responsabilidad o en la ausencia de responsabilidad penal que se le atribuya.

Como respuesta a las críticas realizadas a la Teoría Sicologista surgió la *Teoría Normativista* donde la culpabilidad es un juicio de valor entendido como *reprochabilidad*, de ahí que se tuviera en cuenta la imputabilidad como la capacidad de la culpabilidad, al dolo y la culpa, que continuaban estando en la culpabilidad, como una voluntad defectuosa, y adicionalmente

se incorporó la ausencia de causas de exculpación (Córdoba, 2011, p. 47; Plascencia, 2004).

La concepción normativa de la culpabilidad intentó incluir la totalidad de los elementos síquicos del hecho bajo un solo concepto material que permitió la valoración de la parte interna del hecho y la hizo comprensible, así como la definición de los factores pertenecientes a la culpabilidad y cómo deberían enjuiciarse la falta de sus elementos particulares (Plascencia, 2004, p. 1).

Esta teoría agrega el factor importante de la voluntad del actor para determinarse de una manera precisa, lo que implica el análisis de la psiquis del actor, postura que ha evolucionado al análisis de la imputabilidad y las modalidades de la conducta punible: dolo, culpa y preterintención.

En la *Teoría Normativa del Finalismo* la culpabilidad dejó de ser interpretada como el continente de todo lo subjetivo, la reprochabilidad que se hacía al autor pasó a analizarse dentro del comportamiento típico y antijurídico quedando como elemento de análisis en la culpabilidad las condiciones que permiten atribuirle al autor dicho reproche, de ahí que la culpabilidad en el finalismo quedó reducida a (i) la imputabilidad como la condición central de responsabilidad; (ii) el conocimiento de la antijuridicidad del hecho y (iii) la ausencia de causales de inculpabilidad (Plascencia, 2004, p. 167; Córdoba, 2011, p. 47) siendo estos los elementos que hoy en día hacen parte de este tercer ítem que compone la teoría del delito. Bajo esta perspectiva, en el sistema penal colombiano, el elemento de la culpabilidad se entiende como el:

Juicio de reproche sobre la conducta del actor que permite imponer una sanción penal a su acción típica y antijurídica. Tiene como fundamento constitucional la consagración del principio de presunción de inocencia y el avance hacia un derecho penal del acto, conforme al artículo 29 superior. En ese sentido, el desvalor se realiza sobre la conducta del actor en relación con el resultado reprochable, más no sobre aspectos internos como su personalidad, pensamiento, sentimientos, temperamento, entre otros. (Corte Constitucional, Sentencia C181, 2016)

Es decir, la culpabilidad es el elemento que permite determinar “si puede reprocharse el injusto al autor y, por ende, si puede imponerse pena y hasta qué medida según el grado de ese reproche” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2007, p. 507).

De ello se sigue que el principio de que a nadie puede cargársele con un injusto si no ha sido resultado de su libre determinación y que no puede hacérselo en medida que supere su ámbito de autodeterminación, sea un mínimo requisito de racionalidad. (Zaffaroni et al., 2007, p. 508).

Eugenio Zaffaroni et al. (2007) resaltan que este elemento de culpabilidad “no tiene por objeto legitimar el ejercicio del poder punitivo, sino señalar un filtro, o sea, proporcionar un criterio racional de limitación del ejercicio de ese poder” (p. 512), no debe olvidarse que ese poder punitivo caracteriza por ser selectivo en elegir a quienes serán sometidos al proceso y sancionados, selectividad que responde a criterios racistas, clasistas, xenofóbicos, sexistas, etc., bajos los cuales se *sospecha* de la *inclinación* de algunos individuos de la población a la comisión de delitos, lo que resulta inaceptable a todas luces en el contexto de un Estado Social de Derecho; entonces la culpabilidad “no convierte al poder punitivo en racional, sino que sólo dota de racionalidad a la actividad de contención” (Zaffaroni et al., 2007, p. 512).

La Constitución Política proscribire todo tipo de responsabilidad objetiva con la presunción de la inocencia, no de la culpabilidad, de una persona y es aquí donde el proceso penal adquiere sentido por cuanto es el mecanismo mediante el cual se demuestra, en un escenario regido por la garantía del debido proceso, las circunstancias en que se cometió el injusto, las condiciones personales que llevaron al actor a su comisión y su intención, de forma que se dé “certeza de la responsabilidad subjetiva del procesado por el hecho punible que dio lugar al juicio” (Corte Constitucional, Sentencia C181, 2016)³; pero esta racionalidad también permite la graduación o dosificación de la sanción que se ha de imponer al actor como consecuencia del injusto reprochado (Corte Constitucional, Sentencia C181, 2016), teniendo en cuenta que esa capacidad de castigar del poder punitivo debe responder a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad (Código Penal, 2000, art. 3).

3 Textualmente, la Corte Constitucional expone que: “El artículo 29 de la Constitución consagró que ni el Legislador ni los jueces pueden presumir la culpabilidad de nadie, puesto que toda persona se presume inocente mientras no se demuestre lo contrario en el escenario de un juicio regido por el debido proceso”. En tal sentido, la aplicación de las sanciones previstas en la ley está condicionada a la certeza de la responsabilidad subjetiva del procesado por el hecho punible que dio lugar al juicio, lo que implica la proscripción de cualquier forma de responsabilidad objetiva” (Corte Constitucional, Sentencia C181, 2016).

Ahora, el juicio de culpabilidad consiste en constatar unos elementos esenciales para endilgar responsabilidad alguna sobre la comisión de un delito, estos son: la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de antijuridicidad del hecho, y la exigibilidad de otra conducta.

1.1. La imputabilidad como condición de la culpabilidad

Aquí se refiere a la conciencia que tiene el actor sobre su actuación delictiva, así como a la capacidad de motivación de este para ese fin, es decir, la imputabilidad refiere a la “capacidad de comprender la ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión” (Código Penal, 2000, art. 33).

En primer lugar, para atribuir responsabilidad alguna, el autor del hecho debe comprender su actuación, debe “percatarse del significado del comportamiento, es saber la trascendencia o el sentido de lo que se hace” (Agudelo, 2011, p. 49), entender las implicaciones éticas y morales de una acción material⁴; en segundo lugar, está la autodeterminación del sujeto para dirigir o encaminar su actuación en la consecución del daño pretendido, lo que también hace referencia a la personalidad del actor y esta, según Zaffaroni et al. (2007):

... sirve para señalar el catálogo de posibles conductas que el sujeto tenía a su disposición, el menú del que pudo servirse a la hora de elegir. No se le reprocha la personalidad misma, sino el ámbito de decisión que su personalidad contribuía a configurar. En función de la personalidad, se le reprocha lo que hizo (p. 510).

Pero para Velásquez (2013) la imputabilidad, la conciencia del ilícito, implica más un juicio cultural de carácter complejo que, además de lo personal, también implica lo social, lo cultural y lo normativo, posición que comparten Zaffaroni et al. (2007):

Es incuestionable que las características personales -el carácter y la personalidad, la vida y las experiencias anteriores de la persona- también forman parte de las circunstancias que lo condicionan. En este aspecto, cabe afirmar que el carácter y las demás circunstancias personales y biográficas

4 Aquí entiéndase el término acción no de manera literal como un hecho u acto, sino en el sentido de la forma en la que se puede presentar la conducta punible: como acción u omisión.

de la persona son relevantes a los efectos del reproche de culpabilidad, pero con la advertencia de que en ésta son datos que no se reprochan -como lo hace la culpabilidad de autor-, sino que se computan para determinar la magnitud del ámbito de autodeterminación concreto (pp. 532-533).

Así, si una persona es incapaz de comprender lo ilícito de un hecho, se dice que es *inimputable* y no podrá ser llamado a responder penalmente, de esto se ocupa el artículo 33 del Código Penal, que estatuye que esa inimputabilidad puede darse por “inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares” (Código Penal, 2000, art. 33). La *inmadurez psicológica* refiere a la incapacidad de comprender la naturaleza y la magnitud de las decisiones a causa de la edad, como por ejemplo los infantes de quienes se presume su “incompleta evolución afectiva, esto es, de falta de maduración de instintos, sentimientos y emociones... con persistencia de actitudes infantiles y la detención de la sexualidad” (Velásquez, 2013, p. 556), aunque Agudelo (2011) refiere un concepto más amplio:

La falla en la identidad personal clara, dificultad importante del inmaduro para responder por sí mismo, incapacidad para que otras personas dependan de él (él tiene que depender de otros), incapacidad para aceptar las decisiones de otros que tienen autoridad, incapacidad para ser independiente, no lograr disfrutar de las relaciones interpersonales, incapacidad para establecer una relación íntima, satisfactoria y amorosa con un miembro maduro del sexo opuesto, intolerancia a las deficiencias de los demás, sin prospección clara o con prospección poco realista (p. 49).

Téngase en cuenta que este tipo de inimputabilidad parte de la presunción del artículo 34 del Código Civil colombiano (1873), que distingue al infante del impúber a la edad de 14 años, criterio replicado por el Código de Infancia y Adolescencia que crea el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil y establece su competencia al juzgamiento de los delitos cometidos por menores entre los 14 y los 18 años (Código de Infancia y Adolescencia, 2006, art. 139).

Ahora, con respecto al *trastorno mental* como causal de Inimputabilidad “se entiende por tal cualquier perturbación de la personalidad en sus esferas afectiva, volitiva o intelectual, o en su conjunto, que lleve a la supresión o la disminución de la capacidad de comprender y/o de determinarse del

sujeto” (Agudelo, 2011, p. 49), de acuerdo con los postulados sociales y/o normativos. Dicho trastorno puede ser transitorio o permanente: el trastorno mental permanente se predica más de las afecciones con base patológica de duración indeterminada, como, por ejemplo, la esquizofrenia en sus tipos más extremos; mientras que los trastornos mentales transitorios pueden o no tener una base patológica y suelen ser a corto plazo⁵. Ejemplo de ello serían los ataques psicóticos que pueden padecer algunas personas sin una enfermedad mental de base⁶ o, incluso, las alteraciones por consumo de alcohol, de ciertas sustancias psicoactivas o alucinógenos⁷.

No sobra acotar que las distinciones que se hacen sobre los trastornos mentales cobran relevancia no en el juicio de reproche de la conducta típica y antijurídica, ya que la persona es inimputable sea por la razón que sea, sino para la elección de la medida de seguridad que se requiera en el caso específico de acuerdo con los artículos 71 y 75 del Código Penal (Velásquez, 2013, p. 555).

Para comprender la *diversidad sociocultural* como causal de inimputabilidad, téngase en cuenta una escena de la película Los dioses deben estar locos de 1980:

Xi, el protagonista de esta película, es el líder de una comunidad aborígen y se embarca en la búsqueda de los dioses para devolverles un artefacto que estos les dieron y que cayó del cielo, una botella de Coca-Cola. Durante el viaje, Xi se siente hambriento y decide cazar una cabra que encuentra en la llanura para alimentarse. Acto seguido, una fuerza de seguridad lo detiene para que posteriormente sea juzgado por *robo de ganado*, ya que dicha cabra tenía dueño. Luego se pone en evidencia que, para Xi, y su pueblo, no existe el concepto de propiedad privada o de pertenencia como en la sociedad occidental. Para él, la cabra no es un bien o una cosa que pueda

5 Para Velásquez (2013) son cuatro los requisitos que deben constatar frente a la inimputabilidad por trastorno mental transitorio: “a) Debe tratarse de una reacción vivencial anormal, de causa inmediata, evidenciable, pasajera, que termina por la curación sin dejar huella; b) no implica necesariamente base patológica; c) debe alterar de manera profunda la capacidad de comprender la ilicitud del acto o de autodeterminarse en el sentido de la norma, y d) puede ser de índole exógena o endógena” (p. 555).

6 Por ejemplo, la psicosis posparto que pueden padecer algunas mujeres.

7 Con la salvedad de que la predisposición consciente previa a la comisión del delito no es causal de inimputabilidad (Código Penal, 2000, art. 33).

ser adueñada por una persona; es tanto así su cosmovisión que, cuando llegan sus captores, Xi les invita a compartir de ese alimento que le había brindado la naturaleza⁸.

La diversidad sociocultural, entonces, radica justamente en la visión y la comprensión que una persona tenga sobre el mundo como consecuencia, o a causa, de su identidad cultural que no le permite comprender el alcance social de su conducta (Corte Constitucional, citada en Agudelo, 2011, p. 49), y “que da cabida a una fórmula de error de prohibición invencible” (Velásquez, 2013, p. 556). Es por ello que, en el juicio de reproche, para establecer la culpabilidad de una persona, es igual de importante que la norma jurídica el estudio del contexto social, cultural y antropológico del que viene el sujeto y que “le impide motivarse según los dictados de la norma” (Velásquez, 2013, p. 557).

Esta diversidad sociocultural no es únicamente algo referente a comunidades indígenas o aborígenes, sino también a sociedades diametralmente distintas a la occidental, especialmente a la colombiana, e incluso puede llegar a acobijar el analfabetismo⁹. Pero, ojo, la diversidad sociocultural no se acaba con que el agente se identifique o manifieste su pertenencia a un grupo étnico o cultural determinado, sino que la cosmovisión de esa cultura o etnia haya permeado en el sujeto de forma tal que no comprende las relaciones y normas sociales y jurídicas de la misma forma que un individuo cualquiera de la capital bogotana.

1.2. La posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad del hecho

“La ignorancia de las leyes no sirve de excusa” dice el Código Civil en su artículo 9 (1873), si bien lo anterior, se requiere constatar que el sujeto en juicio, al momento de la comisión de la conducta, haya conocido y comprendido que dicha conducta es antijurídica y está prohibida su comisión. Esto implica la incorporación en la psiquis del sujeto de que una determinada conducta, o un determinado acto es considerado como antijurídico o sencillamente *malo*.

8 Puede accederse a la película en referencia a través de la plataforma Dailymotion; la escena en mención comienza a partir del punto 1:05:00 de la reproducción.

9 Velásquez (2013) afirma que la cláusula abierta de inimputabilidad por “estados similares” carece de efectividad ya que “resulta difícil imaginar una causa que no quede comprendida en las tres anteriores” (p. 557).

En general, no se exige que las personas conozcan todos los tipos o delitos del Código pero sí se espera del sujeto que, mediante el raciocinio y las máximas de la experiencia, pueda dilucidar que su comportamiento no es jurídicamente aceptado, que constituye un delito; a esto se lo puede denominar como *posibilidad de comprensión de la antijuridicidad* que “no es más que un *grado de exigibilidad* de la posibilidad hipotética de la comprensión del injusto del hecho y, por ende, se tratará siempre de un presupuesto de la culpabilidad dado en *cierta medida*, o sea, *eminente graduable*” (Zaffaroni et al., 2007, p. 536), es decir, el conocimiento no es efectivo sino potencial, basta la representación que haga el sujeto sobre el posible carácter antijurídico del hecho, estableciendo así una “relación inversa entre el esfuerzo que el sujeto deba realizar para comprender la antijuridicidad de su conducta y la exigibilidad jurídica de la comprensión (a mayor esfuerzo menor culpabilidad)” (Zaffaroni et al., 2007, p. 536).

Sobre esta materia se han desarrollado dos teorías o posturas: la teoría del dolo, que postula la culpabilidad del sujeto en la conciencia de la ilicitud, en la mala fe del actuar del sujeto. La persona sabe que lo que quiere hacer está mal y es considerado delito, o bien este actúa de manera impulsiva y no se detiene a pensar si actúa bien o si comete delito alguno; por otra parte, está la teoría de la culpabilidad, que evoluciona el concepto de dolo en el conocimiento de la antijuridicidad del hecho y aun así querer su realización, por lo que en el juicio de culpabilidad se evalúa el conocimiento de la antijuridicidad y el deseo de su resultado (Agudelo, 2011; Zaffaroni et al., 2007).

Pero ¿qué sucede cuando el sujeto activo actúa bajo la influencia del error? En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la legislación penal colombiana ha establecido dos tipos de errores: el error de prohibición y el error de tipo (Código Penal, 2000, art. 32). En segundo lugar, el actuar bajo el error puede conllevar la exculpabilidad o la atipicidad, es decir, que a causa del error al sujeto no se le puede reprochar la comisión de una conducta típica y antijurídica o siquiera imputársele.

El *error de tipo* es aquel donde el sujeto actúa convencido de que lo que hace no se enmarca en los elementos objetivos de un tipo penal, y por ende su actuación no puede ser catalogada como típica al carecer del componente subjetivo del dolo. Empero, si el error existe, pero es vencible, esto es, si habiendo aplicado el cuidado debido hubiera podido salir del error, se descarta el dolo, pero se aplica la culpa, o imprudencia,

cuando la conducta tenga prevista modalidad culposa; de lo contrario será atípica. Con respecto al *error de prohibición*, este no da pie a realizar un juicio de reproche en sede de culpabilidad, pues quien actúa bajo esta causal de ausencia de responsabilidad yerra por desconocimiento y falta de comprensión en la prohibición de la conducta que realiza; es decir, actúa creyendo que su comportamiento es ajustado a la norma o está amparado bajo los presupuestos objetivos de una (otra) causal de ausencia de responsabilidad¹⁰ (Zaffaroni et, al., 2007).

1.3. La exigibilidad de otra conducta

El juicio de culpabilidad es el reproche al actuar del sujeto frente al hecho y su autodeterminación frente a la consecución, o no, de un resultado injusto. Aquí se reprocha si al sujeto se le exigía, o se esperaba, una determinada conducta y este actuó en contravía, por ejemplo quien teniendo a su cargo el cuidado de una fuente de peligro como un animal feroz, y descuidando el deber de cuidado, decide no asegurar la reja de la jaula que lo contiene, ya sea porque confía en que no va a pasar nada ya que el animal duerme o ya porque simplemente considera innecesario el uso de, por ejemplo, el candado por cuanto la reja se ajusta *fuertecito* al cierre sin que quede abierta de par en par. Ante el acaecimiento del daño antijurídico, el reproche de culpabilidad radica en su negativa a asegurar la jaula como se le exigía, no tanto como una exigencia jurídica, sino también porque el desarrollo normal de su labor frente a la fuente de peligro que le imponía el uso del candado para contenerle, independientemente de si el animal dormía o si la reja ajustaba *fuertecito*. La negligencia de su actuar conforme a lo que se le exigía es lo que se reprocha.

Entendiendo todo lo que implica la atribución de la responsabilidad penal, se procede a desarrollar la aplicación del enfoque de género por la Corte Suprema de Justicia.

2. EL ENFOQUE DE GÉNERO

La discriminación y la violencia de género son un fenómeno y una dinámica presentes en la sociedad desde hace ya muchos años, las cuales se buscan

10 De los enlistados en el artículo 32 del Código Penal (2000), como el estado de necesidad exculpante (cuando dos bienes jurídicos de una misma categoría e importancia colisionan), la insuperable coacción ajena y el miedo insuperable.

derrotar desde todos los frentes posibles, incluso desde el jurídico, partiendo con el reconocimiento de la igualdad de hombres y mujeres en capacidades, oportunidades y derechos (C. P., 1991, art. 13 – 43), pero este reconocimiento formal de igualdad no asegura la realización material de esta garantía para las mujeres, quienes han sido discriminadas históricamente, principalmente, porque tales disposiciones “se producen a partir de las expectativas de los grupos en el poder” (Pabón, 2022, p. 110-113). Y si bien en la actualidad se propende por eliminar y erradicar todas las violencias o discriminación que, “fundamentados” en las diferencias biológicas, pretenden dar un trato diferenciado mediante la imposición de actitudes, roles, estereotipos, estos aún están presentes y vigentes en la sociedad, por lo que pueden pasar desapercibidos a la vista, ya que están naturalizados e interiorizados debido a esa continuada exposición, y para superarlo se han desarrollado herramientas para su detección: la perspectiva y el enfoque de género.

La *perspectiva de género* identifica y se apropia de las diferencias biológicas y características de hombres y mujeres (Miranda, 2012), “implica hacer una diferenciación sobre lo que se conoce como sexo y las atribuciones, roles, o representaciones sociales que se han construido con base a la diferencia sexual” (Lamas, 1996), así como del contexto cultural en el que estas se desarrollan; dicho de otra manera, “constituye una herramienta esencial para comprender aspectos fundamentales relativos a la construcción cultural de la identidad personal, así como para entender cómo se generan y reproducen determinadas jerarquías, relaciones de dominación y desigualdades sociales” (Aurelia Martin, citada en Miranda, 2012, p. 347).

Ahora bien, el *enfoque de género*, debe entenderse como “una categoría de análisis y metodológica que incluye al mismo tiempo la perspectiva de género” (Comisión de Género, citado en Niño, 2019, p. 7). Con este se analizan justamente “las relaciones desiguales de poder jerarquizadas que subordinan a las mujeres o identidades de género y orientación sexual diversas, producen discriminación, violencia y desigualdad de género” y así garantizar la igualdad material de las personas (Secretaría Ejecutiva de la Jurisdicción Especial para la Paz, s.f., 9-10). En resumidas cuentas, la perspectiva es la teoría en virtud de la cual deben estudiarse las problemáticas que enfrentan las mujeres con parámetros distintos,

y el enfoque como aquellos métodos a utilizarse para el estudio de dicha diferenciación.

Ahora bien, si en la sociedad persisten y existen actitudes sexistas y discriminatorias, es normal que las instituciones que la componen también reproduzcan aquellas actitudes que la perspectiva y el enfoque de género buscan acabar, y el Derecho y la administración de justicia no son la excepción; téngase en cuenta que estas son “producto de sociedades patriarcales que han sido construidas desde el punto de vista masculino, reflejando valores, necesidades e intereses masculinos” (Mantilla, 2013, p. 133), por lo que no podrán atender adecuadamente las necesidades e intereses de las mujeres cuando estas hagan parte (Pabón, 2021; Mantilla 2013). Pero la construcción de este enfoque:

Se encuentra determinada por diferentes leyes y pronunciamientos constitucionales a nivel regional, que justifican la inclusión de una mirada diferente en relación con los problemas de las mujeres, y esto no se presenta como algo contradictorio con el principio de imparcialidad del derecho, en la medida en que el problema en concreto no se puede solucionar desde ahí (Niño, 2019, p. 18).

En Colombia, la Corte Constitucional, a través de la sentencia T012 del 2016, introdujo unas subreglas sobre cómo analizar y resolver casos que involucren situaciones de discriminación hacia la mujer, para que “se convierta en un *deber constitucional* no dejar sin contenido el artículo 13 superior y, en consecuencia, interpretar los hechos, pruebas y normas jurídicas con base en enfoques diferenciales de género” (Corte Constitucional, Sentencia T012, 2016). En consecuencia, todos los operadores judiciales, al adoptar decisiones en casos donde se involucre discriminación hacia las mujeres deberán:

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 interceptaciones 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 indirectas, cuando estas últimas resulten insuficientes; (vi) considerar el rol transformador y 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 (Corte Constitucional, Sentencia T012, 2016).

Lo anterior tiene como fin el cumplir con el mandato que adoptó el Estado colombiano de adecuar el ordenamiento jurídico interno para prevenir y erradicar la violencia en contra de las mujeres, obligación que provienen de distintos instrumentos internacionales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW (1979), o la Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, Convención de Belem do Pará (1994), estos instrumentos establecen como un deber de los Estados, entre otros, el “deber de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer” (Convención de Belem do Pará, 1994, art 7; CEDAW, 1979, art. 2), el de velar por que las instituciones públicas no incurran en la práctica de actos de discriminación en contra de las mujeres, así como el adoptar las medidas necesarias para “conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma” (Convención de Belem do Pará, 1994, art 7), sobre estos mandatos el legislador, a través de leyes como la 1257 de 2008¹¹, 1709 de 2014¹² y 1761 del 2015¹³, estableciera parámetros para la investigación de hechos que involucren violencia ejercida en contra de la mujer.

En la administración de justicia, entonces, la perspectiva y el enfoque de género se incorporan como una herramienta diferencial obligatoria, que, sumada a la ley, la doctrina, la experiencia y la sana crítica, le permite al operador judicial resolver una determinada cuestión de derecho, materializando los derechos a la igualdad de las mujeres y a la justicia de personas históricamente

11 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 y la Ley 294 de 1996.

12 Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000 y de la Ley 55 de 1985.

13 Ley Rosa Elvira Cely, por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo.

discriminadas y violentadas, atendiendo las necesidades del contexto en el que se originaron tales violencias, a la vez que se trabaja decisión por decisión en la erradicación de las violencias de género.

3. APLICACIÓN DEL ENFOQUE DE GÉNERO EN LAS DECISIONES DE LA CSJ – SALA PENAL – DESDE EL 2016 HASTA LA SENTENCIA SP2649 DEL 2022

En desarrollo de lo estipulado en la Sentencia T 012 del 2016, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en su sala penal, en adelante CSJ, ha dado aplicación al enfoque de género en sus decisiones como una evolución en su forma de resolver casos de violencia de género, pues anterior a ello la Corte se limitaba a establecer que no es viable atribuirle cargas a la mujer cuando es víctima de violencia sexual, justamente porque ello riñe con sus derechos. Aquí debe precisarse que, si bien en el acápite anterior se puso de presente la diferencia entre enfoque y perspectiva de género, la CSJ no realiza ningún tipo de distinción entre esos términos, sino que los toma como un mismo concepto, ya que, para la Corte, ambos términos se han de referir al ejercicio de analizar e identificar el trato diferenciado por la asunción de actitudes, roles, estereotipos, así como las prácticas violentas y discriminatorias (CSJ, Sentencia SP5451, 2021).

Ahora bien, uno de los pronunciamientos que marcaron la aplicación del enfoque de género fue la sentencia SP12161-2015 (CSJ Sala Penal, 2015, Rad. 34514), en donde, al analizar la *vis grata puellis grata*, precisó que era inaceptable determinar que, por regla general, si la mujer dice que “no” en el ámbito sexual, realmente quiere expresar un “sí”, ya que se trata de un juego de la mujer previo a la consumación del acto sexual. Esto marcó un límite en la valoración de los supuestos de hecho de casos en que la mujer es víctima de delitos sexuales, toda vez que tal consideración solo sería aceptable en sociedades que aún no han adoptado una perspectiva de género, en donde “las ideas de discriminación e inferioridad de la mujer dominaban en las ciencias sociales” (CSJ, Sentencia SP12161, 2015).

En la sentencia STC2287-2018, la CSJ hace referencia a la perspectiva de género respecto a la obligación que tiene el funcionario judicial de aplicar el derecho a la igualdad con un enfoque diferenciado, en donde se destruyan los patrones de machismo que existen en el ejercicio de los roles de hombre-mujer, mismos que contrarían el artículo 13 de la Constitución (C, P, 1991); en este sentido, el juzgar con perspectiva de género implica:

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 (CSJ, Sentencia STC2287, 2018).

El enfoque de género conlleva el deber de indagar por el contexto o antecedentes que engloba un determinado caso para identificar si se está ante una violencia de género¹⁴ o no (CSJ, Sentencia SP4135, 2019), y así determinar el grado de culpabilidad de la persona enjuiciada, así como la vulnerabilidad de la víctima o víctimas y las medidas de reparación idóneas para su resarcimiento. En efecto, para la CSJ, el estudio del contexto permite establecer si 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 (CSJ, Sentencia SP4135, 2019).

Este análisis incluso permite determinar la existencia de otras víctimas, los antecedentes sociales, familiares y personales del agresor para la identificación de patrones de comportamiento y su incidencia en la tasación de la pena o sanción, así mismo, logra determinar si la acción violenta desplegada por una mujer en determinado contexto obedece a un mecanismo de legítima defensa, a la par que permite que las decisiones que se adopten trascienda lo netamente jurídico y se acerquen más a la realidad generando frente a la sociedad y sus integrantes la prevención frente a conductas intolerables, inadmisibles, e ilícitas (CSJ, Sentencia SP3274, 2020; Código Penal, 2000, art. 4) para alcanzar la erradicación de la discriminación y la violencia de género desde el ámbito del derecho penal.

14 Incluso en casos de agresiones mutuas.

Pero para la persona que debe soportar el proceso penal, el ejercicio que supone la perspectiva o enfoque de género puede resultar imparcial y vulnerador de sus garantías fundamentales, sin embargo, la aplicación de la perspectiva de género “no implica el desmonte de las garantías debidas al procesado y la imposición automática de condenas” (CSJ, Sentencia SP931, 2020, p. 22)¹⁵. De ser este argumento cierto, se estarían protegiendo derechos humanos a través de la violación de estos, lo que contradice el ordenamiento jurídico colombiano y resta legitimidad a la actuación del Estado (CSJ, Sentencia SP3274, 2020), por el contrario, permite el acceso a la administración de justicia de las mujeres forma idónea y adecuada a sus necesidades en la medida de que la garantía de la tutela judicial efectiva supone no solo un cambio estructural del derecho penal, en la creación de tipos penales, sino también en la forma en cómo se atienden, investigan y se sancionan estos casos (CSJ, Sentencia SP3274, 2020; Corte Constitucional, Sentencia C297, 2016)¹⁶.

Además, con la aplicación del enfoque de género, el proceso aún impone que “la valoración probatoria esté guiada exclusivamente por criterios generales de racionalidad fundados en la epistemología jurídica” (CSJ, Sentencia SP3274, 2020) y los estándares probatorios; por lo tanto, la determinación de la responsabilidad del procesado corresponde al nivel de corroboración exigido por la ley. No obstante, no puede ignorarse lo interiorizados que están los estereotipos de género y su influencia en las máximas de la experiencia del juez en la valoración probatoria. Es por ello que el enfoque de género es necesario y obligatorio, porque de lo contrario se puede constituir en un defecto de valoración que puede resultar en la universalización de “como criterios de racionalidad simples prejuicios machistas” (CSJ, Sentencia SP1795, 2022)¹⁷.

15 “La valoración bajo la perspectiva o enfoque de género no supone una flexibilización del estándar epistemológico exigido para proferir condena, ni conlleva como conclusión necesaria que siempre y en todo caso deba tenerse por cierto lo dicho por quienes denuncian actos de violencia sexual. Aquella únicamente implica que la apreciación de los medios persuasorios se agote sin la invocación de argumentos o inferencias estereotipadas desprovistas de sustento probatorio en el caso concreto”. (CSJ, Sentencia SP2136, 2020)

16 Lo descrito es acogido en las sentencias SP5451 y SP403 del 2021 de la Corte Suprema de Justicia, en donde, una vez se realiza el estudio del caso en concreto, en el cual se enjuician delitos cuyas víctimas son mujeres, se adopta una decisión teniendo en cuenta los parámetros previamente citados.

17 Posición reiterada por la Corte en sentencias SP3218 y SP1944 del 2022.

Como puede verse, para la Corte Suprema de Justicia el enfoque o perspectiva de género ha sido una herramienta para tamizar o filtrar estereotipos machistas, violentos y discriminatorios cubiertos bajo el halo de criterios racionales como, por ejemplo, la categorización de *disfuncionalidad* de las dinámicas discriminatorias y violentas en las relaciones afectivas en casos de violencia intrafamiliar (CSJ, Sentencia SP3002 del 2020; Sentencia SP4135, 2019), pero principalmente como el mecanismo idóneo para evitar revictimizar a quien ha sufrido la violencia de género al concretar la tutela judicial efectiva, y sus derechos a la justicia e igualdad, dentro del proceso penal; mientras que en materia de culpabilidad ha servido como una herramienta para la identificación de conductas inaceptables, estereotipos, los patrones y las prácticas violentas, así como de las circunstancias personales del agresor, para sancionar la conducta y enviar un mensaje claro y contundente para la abstención en la comisión de violencias basadas en género, su inaceptabilidad e intolerancia dentro del Estado Social de derecho, del procesado y de la sociedad general.

4. EL ENFOQUE DE GÉNERO EN EL ESCENARIO DE LA CULPABILIDAD A PARTIR DE LA SENTENCIA SP2649 DEL 2022 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Para comprender el avance jurisprudencial en materia de género que supone la sentencia SP2649 del 2022 de la Corte Suprema de Justicia, es necesario exponer sumariamente los hechos en los que se funda, no sin antes advertir que se evitará a toda costa hacer referencia a la identificación de la persona procesada por considerarse, a juicio personal de quien realiza el presente escrito, que suficiente victimización ya ha padecido ella como para exponerla al público, así sea con fines académicos.

Esta sentencia conoce de un caso donde una mujer fue condenada a pena de prisión por la comisión del delito de homicidio agravado en concurso homogéneo (Código Penal, 2000, arts. 103 y 104). De las circunstancias personales se identificó que fue víctima de abuso sexual y acceso carnal en su infancia por su padre y, pese a haber puesto en conocimiento de su madre esta situación, ella no le creyó; por el contrario, tildó de falsas esas manifestaciones, lo que se desembocó en una situación de violencia que llevó a la actora a la condición de habitante de calle. Desde su adolescencia, y años más tarde, se convierte en madre de 3 menores, pero desde su primer embarazo comenzó a “escuchar recurrentemente voces que la compellan a

quitarse la vida” (CSJ, Sentencia SP2649, 2022). La mujer, tiempo después, restableció contacto y su relación con sus padres al punto de retornar al hogar junto a sus hijos, sin embargo, su padre abusó sexualmente de uno de sus hijos y, ante esta situación, ella y su pareja deciden abandonar el hogar. Mientras tanto, el padecimiento de la actora empeoraba; además de escuchar las voces, comenzó a sentir “pasos en el techo del inmueble” y evitaba mirarse al espejo porque no veía su reflejo, sino el de otra mujer. No dormía, lloraba persistentemente y padecía incesantes dolores de cabeza. “Tenía ansiedad y depresión” (CSJ, Sentencia SP2649, 2022). Ya para la fecha de los hechos, y padeciendo lo descrito, la actora terminó con la vida de sus hijos e intentó suicidarse.

Una psicóloga diagnosticó su padecimiento como un “trastorno esquizoafectivo que, al momento de los hechos, le impidió comprender la realidad” (CSJ, Sentencia SP2649, 2022), sin embargo, este concepto fue desechado por el juzgador de segunda instancia a causa de la falta de idoneidad de la profesional que hacía el diagnóstico por encontrar que esto era del ámbito de la psiquiatría, no de la psicología (CSJ, Sentencia SP2649, 2022)¹⁸.

Bajo este panorama se advierte lo siguiente: aquí se presenta un escenario innovador, por cuanto la aplicación del enfoque de género pasa de atender las circunstancias de un caso para la protección de una víctima a ser una herramienta para comprender la comisión de un delito; por otra parte, pone de presente que las circunstancias personales, el contexto y las violencias de género padecidas, bajo la óptica de la perspectiva de género, toman relevancia en el juicio de reproche de culpabilidad en el que se somete a una mujer, así como tales circunstancias, contextos y violencias inciden en la necesidad de imponer una determinada medida de seguridad o, de ser el caso, la tasación de la pena.

En efecto, la CSJ reconoce que el enfoque de género también tiene una aplicabilidad obligatoria en casos donde se procesa a una mujer, en primer lugar, porque frente a las discriminaciones, estereotipos, sesgos, roles sexistas, el enfoque de género obliga a que el operador judicial las aprecie como fenómenos *anormales* para luego atribuirles el efecto correspondiente “de llegar a concluir que tuvieron alguna relación con

18 De hecho, bajo este argumento se privilegió el dictamen pericial de la Fiscalía que contradecía el diagnóstico inicial realizado por una psicóloga, muy a pesar de que este diagnóstico era corroborado por el compañero permanente de la actora (CSJ, Sentencia SP2649, 2022).

la perpetración del injusto” (CSJ, Sentencia SP2649, 2022). En segundo lugar, porque ante el ejercicio de imputación, o la revisión de esta, ayuda a determinar si la comisión del delito es el resultado de violencias de género donde, prácticamente, se instrumentalizan a las mujeres, como sucede en casos de prostitución, en el que una mujer que induce o recluta a otras también ha sido víctima de prostitución por quienes la llevan a reclutar, o como en casos de tráfico de estupefacientes donde es utilizada por su pareja para dicho tráfico (CSJ, Sentencia SP2649, 2022)¹⁹, situaciones en que estas son sometidas a la voluntad de otra persona, generalmente, un hombre y que tiene efectos directos en la autodeterminación de la mujer.

En tercer lugar, porque en sede de la culpabilidad, donde las circunstancias personales, el contexto, y las vivencias son elementos de juicio para el reproche de la conducta típica y antijurídica cometida, el enfoque de género es el criterio analítico que establece tales circunstancias para medir el grado de culpabilidad que tuvo la actora frente al resultado (CSJ, Sentencia SP2649, 2022), es decir, analiza si a pesar del contexto, las circunstancias y las vivencias del agente este comprendía las dimensiones de su actuación y los resultados, si en el contexto en el que se desarrollaron los hechos le era posible o exigible que actuara de manera distinta a como actuó, y si era consciente de que su conducta era contraria al ordenamiento jurídico (CSJ, Sentencia SP2649, 2022). Y en este punto, en cuarto lugar, el enfoque de género es el complemento a la sana crítica del juez a la hora de valorar las pruebas en el juicio de reproche que se le hace a la actora que justamente dan fe y ponen de presente las circunstancias, violencias, y vivencias personales de la procesada.

En el caso concreto, la Corte Suprema de Justicia encontró que, efectivamente, la mujer procesada había cometido una conducta típica y antijurídica, así como que de ella se esperaba que su conducta estuviera encaminada al cuidado y conservación de las víctimas (Código Penal, 2000, art. 25). Pero, el contexto en el que ella se desarrolló como persona influyó de manera importante en su actuación: fue víctima de violencia sexual y psicológica, fue habitante de calle siendo adolescente, no terminó ni siquiera su educación básica primaria, fue víctima del abandono estatal, aspectos que la colocaron en una situación de *vulnerabilidad* que se sumaba a una grave

19 “también cuando se juzgue a una mujer y pueda inferirse que la comisión de los hechos tuvo relación con una victimización precedente o concomitante” (CSJ, Sentencia SP2649, 2022).

afectación mental que padecía y de la que nunca fue atendida médicamente (CSJ, Sentencia SP2649, 2022), lo que supone un contexto de violencia de género y desprotección inaceptable.

Este último aspecto es decisivo por cuanto la enfermedad mental que se le diagnosticó posteriormente a la actora afectó justamente la imputabilidad de ella como condición de culpabilidad, recuérdese que este elemento recae sobre la conciencia sobre de la ilicitud del acto y la autodeterminación del actor, esta situación, su enfermedad, causó que la procesada no pudiera racionalizar sus actos cuando atentaba contra la vida de sus hijos ni tampoco poder determinar su voluntad en modo distinto, estas circunstancias imposibilitaba la realización de un juicio de reproche de la conducta justamente porque la falta de comprensión de su conducta no hacía posible atribuirle responsabilidad alguna y por ende la sanción penal, es decir, era inimputable por trastorno mental permanente.

Sin embargo, en este pronunciamiento, al reconocerse la inimputabilidad de la actora se hace imposible realizar el juicio de reproche de culpabilidad, y mucho menos a la necesidad de la pena, justamente por la falta de comprensión y entendimiento de la actora sobre sus actos y el injusto que esto suponía (CSJ, Sentencia SP2649, 2022), pero lo verdaderamente interesante de esta sentencia es como la Corte condena y reprocha a las autoridades judiciales que conocieron el caso y que, a pesar de conocer y reconocer las circunstancias personales de la autora, estas fueran pasadas por alto y se atrevieran a castigarla por el hecho de haber ido en contra de su rol de madre, situación que calificó el Tribunal de segunda instancia como un acto *inmoral* y *monstruoso* precisamente por ir en contra de ese rol de *progenitora*, de madre, frente a las víctimas y que justificó la imposición de una pena altísima considerando las circunstancias personales de ella (CSJ, Sentencia SP2649, 2022).

Así, el rol materno de la actora –y las consecuencias, cargas y deberes jurídicos que del mismo se desprenden– no podían estimarse al dosificar la pena (cuando menos no sin incurrir en una interpretación manifiestamente equivocada de los artículos 12 y 61 del Código Penal) sin reconocer las circunstancias específicas y concretas en las que ese rol se consolidó, desarrolló y llevó a cabo en el caso concreto, pues sólo a partir de tal ponderación era posible elaborar un juicio adecuado y completo de la culpabilidad y la necesidad de pena de ella (CSJ, Sentencia SP2649, 2022).

Dicho de otra manera, se le condenó y reprochó a la actora ir en contra de su deber y rol de madre, ya que una madre no mata a sus hijos, ignorando groseramente que el contexto de carencias, abandono y la vulnerabilidad que estas causaron, limitaron el ámbito de control que ella tuviera sobre las circunstancias en las que se consumó el acto delictivo, o si se quiere, en su padecimiento mental, que fue lo que la empujó a terminar la vida de sus hijos²⁰. También, groseramente se ignoraron las pruebas que obraban en el asunto; el supuesto acto vil de una madre que mata a sus hijos le restó importancia a las manifestaciones de sus vecinos, quienes conocieron la relación de la actora con sus hijos y la calificaron como una “madre atenta y dedicada” (CSJ, Sentencia SP2649, 2022), así como el testimonio de su compañero permanente que refirió que ella “fue siempre «muy cuidadosa» con sus hijos y se mantenía «pendiente de todas sus cosas»”. Los llevaba al colegio en las mañanas, los recogía en las tardes y les organizaba sus «meriendas»” (CSJ, Sentencia SP2649, 2022); lo anterior da luz sobre el aspecto de la vida de la procesada respecto a un rol que ella desempeñaba como la guardiana y protectora de sus descendientes: ella cumplía a cabalidad con las expectativas de género de la actora por lo que se la podría calificar como una *buena madre*, sin embargo, este antecedente en nada aportó al reproche que se le hizo toda vez que quien conoció y juzgó a esta mujer, decidió desde su propio sesgo y prejuicio sexista, lo que invisibilizó todas las aristas que la componen como ser humano y llevó a su encasillamiento únicamente en su papel de *progenitora* y cuyo incumplimiento fundamentó la condena y la imposición de la sanción; situación que en lugar de dignificar a una persona vulnerable, violentada y abandonada, la revictimizó y discriminó por sus circunstancias personales desde los estrados judiciales yendo en contravía del mandato de eliminación de todas las violencias de género por el que aboga el Estado Social de Derecho colombiano.

En suma, la perspectiva de género impone que se indaguen la posible existencia de precedentes de discriminación sexista que puedan estar relacionados directa, indirecta, total o parcialmente con el delito, por

20 El compañero permanente de la procesada refirió mediante testimonio que “llevaba cierto tiempo exhibiendo señales de alguna condición mental. Escuchaba gente en el techo y voces que le decían «que no la querían... que estaba sola, que se quitara la vida, que ella estaba sola en este mundo»; en las noches salía al patio «llorando sola, constantemente andaba llorando tanto de día como de noche», no se miraba en espejos porque «veía a otra persona distinta, la cara de otra mujer»” (CSJ, Sentencia SP2649, 2022), e incluso que ya había intentado quitarse la vida anteriormente.

ende, quien juzga y la Fiscalía no solo debe identificar las circunstancias victimizantes demostradas sino que deben reconocerlas como anormales y atribuirles el efecto que corresponda: ya sea reconociendo una circunstancia de menor punibilidad, o mitigando el juicio de reproche en atención al criterio de necesidad; incluso podría decirse que se anuló su capacidad de autodeterminación que dé pie a la inimputabilidad, lo cual estaría enmarcado en los “estados similares” del artículo 33 del Código Penal (CSJ, Sentencia SP2649, 2022), como ocurre en el caso en mención.

Lo anterior no significa que un hombre no pueda cometer delitos en situaciones de marginalidad y exclusión también relevantes para comprender el injusto. Lo que obliga a reconocer la perspectiva de género es que las mujeres con mayor frecuencia se ven expuestas, por razones estructurales sociales, familiares y económicas de orden patriarcal, a situaciones de vulnerabilidad y violencia, a cuestionar esas prácticas para que sean corregidas y erradicadas (CSJ, Sentencia SP2649, 2022) desde el campo del derecho penal, y así lograr la realización de la igualdad y la justicia de las mujeres en el mundo real.

CONCLUSIONES

La discriminación y las violencias basadas en género son un fenómeno que, fundamentado en las diferencias y características biológicas y sexuales de los seres humanos, pretenden justificar y racionalizar estereotipos, patrones y roles abiertamente machistas y patriarcales que denigran a las mujeres como seres humanos, limitan y niegan sus derechos y su dignidad. Sin embargo, para los Estados se ha convertido en una obligación, en un deber, en un mandato el luchar por acabar con este flagelo, por erradicar toda violencia basada en género y propender por la igualdad material de las mujeres en la sociedad.

Pero luchar contra un fenómeno enraizado profundamente en la sociedad no es fácil, principalmente porque este no siempre resulta evidente a la simple vista. Es por ello que es necesario desarrollar herramientas analíticas que permitan identificar los patrones, prácticas y particularidades de la violencia de género para así desarrollar estrategias para atenderlas y erradicarlas del plano social. La perspectiva de género nació como esa categoría analítica que, reivindicando y empoderando las diferencias

biológicas, denuncia y hace evidentes esas prácticas y construcciones sociales como argumentos inaceptables a la luz de los derechos humanos; y para lograr este cometido, el enfoque de género es la metodología para el desarrollo de mecanismos, instrumentos, métodos y ordenamientos orientados a solventar y superar las barreras que supone la discriminación.

El Estado colombiano se ha sumado a esa lucha por erradicar todas las formas de violencia y discriminación basadas en género, adoptando y adaptando el ordenamiento jurídico con mandatos generales, al que han correspondido instituciones como la administración de justicia, desarrollando enfoques de atención a contextos donde se desarrollan dichas violencias. En este ámbito, el enfoque de género se incorpora como una herramienta diferencial obligatoria, que, sumada a la ley, la doctrina, la experiencia y la sana crítica, le permite al operador judicial resolver una determinada cuestión de derecho, materializando los derechos a la igualdad y a la justicia de personas históricamente discriminadas y violentadas, atendiendo las necesidades del contexto en el que se originaron tales violencias.

Dentro de los procesos que persiguen acciones criminales, el enfoque de género ha sido justamente el mecanismo para atender a víctimas de violencias de género, pero a partir de la Sentencia SP2649 de 2022 de la Corte Suprema de Justicia, se trascendió este enfoque al juicio de responsabilidad penal de una mujer transgresora del ordenamiento jurídico con el fin de identificar las circunstancias que conllevaron a la comisión de un delito desde una perspectiva diferencial. Este análisis resulta crucial en el juicio de culpabilidad que se le hace al autor, o autora, de una determinada conducta punible para atribuir y determinar el grado de responsabilidad subjetiva del agente frente a su actuar, tomando en cuenta cómo las circunstancias personales, culturales, sociales y las violencias y discriminaciones de género influyen en la determinación y en la voluntad de la actora en la comisión del injusto.

Pero, además, la aplicación de este enfoque de género tiene también repercusiones importantes en el ejercicio del poder punitivo del Estado para castigar. No debe perderse de vista que la culpabilidad tiene como fin el mediar, racionar o racionalizar ese poder punitivo, no la imposición del castigo, salvaguardando así a aquellos individuos que por circunstancias personales, culturales, biológicas o sociales son más vulnerables a la imposición de sanciones severas, injustas y a todas luces en contra de la dignidad humana del sancionado.

En suma de lo expuesto, el enfoque de género es el mecanismo que busca materializar y efectivizar los Derechos Humanos y la Dignidad Humana de aquellas personas históricamente victimizadas y discriminadas, mediante la erradicación de estereotipos, prejuicios, prácticas y discursos sexistas desde los estrados judiciales, al dotar a los servidores judiciales de parámetros de género al investigar o decidir un caso que involucre a una mujer con el fin de identificar y comprender los contextos o circunstancias de violencia y discriminación de género, así como los efectos negativos que tienen dichas violencias en las vidas de las mujeres.

REFERENCIAS

Agudelo, N. (2011). Lección 22: Elementos de la culpabilidad. En Universidad Externado de Colombia (Ed.), *Lecciones de Derecho Penal Parte General* (pp. 401-426). Universidad Externado de Colombia.

Barbosa, G. (2011) Lección 13: Teoría del Delito. Tipo Objetivo. En Universidad Externado de Colombia (Ed.), *Lecciones de Derecho Penal Parte General* (pp. 221-234). Universidad Externado de Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2000, 24 de julio). Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

Congreso de la República de Colombia. (2006, 8 de noviembre). Ley 1098 de 2006, “Por la cual expide el Código de Infancia y Adolescencia”. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html.

Congreso de la República de Colombia. (2008, 4 de diciembre). Ley 1257 del 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. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1257_2008.html

Congreso de la República de Colombia. (2014, 20 de enero). Ley 1709 del 2014, por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan

otras disposiciones. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1709_2014.html

Congreso de la República de Colombia. (2016, 6 de julio). Ley 1761 del 2015, por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones. (Rosa Elvira Cely) http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1761_2015.html.

Congreso de la República de Colombia. (1973). Código Civil de los estados Unidos de Colombia. [Ley 84 de 1873]. DO: 2 867.

Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. (1994). <https://www.corteidh.or.cr/tablas/26547.pdf>

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. (1979). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>

Córdoba, M. (2011). Lección 21: Culpabilidad. En Universidad Externado de Colombia (Ed.), *Lecciones de Derecho Penal Parte General* (pp. 390-400). Universidad Externado de Colombia.

Corte Constitucional. (2016, 08 de junio). Sentencia C 297 de 2016. [M.P.: Ortiz D.].

Corte Constitucional. (2016, 13 de abril). Sentencia C 181 de 2016 [M.P.: Ortiz D.].

Corte Constitucional. (2016, 22 de enero). Sentencia T 012 de 2016 [M.P.: Vargas S.].

Corte Suprema de Justicia. (2015, 09 de septiembre). Sentencia SP12161 de 2015. [M.P.: Fernández C.].

Corte Suprema de Justicia. (2018, 21 de febrero). Sentencia STC2287 de 2018. [M.P.: Cabello B.].

Corte Suprema de Justicia. (2019, 01 de octubre). Sentencia SP4135 de 2019. [M.P.: Salazar C.].

Corte Suprema de Justicia. (2020, 02 de septiembre). Sentencia SP3274 de 2020 [M.P.: Salazar C.].

- Corte Suprema de Justicia. (2020, 1 de julio). Sentencia SP2136 de 2020 [M.P.: Acuña V.].
- Corte Suprema de Justicia. (2020, 19 de agosto). Sentencia SP3002 de 2020 [M.P.: Salazar C.].
- Corte Suprema de Justicia. (2020, 20 de mayo). Sentencia SP931 de 2020 [M.P.: Quintero B.].
- Corte Suprema de Justicia. (2021, 01 de diciembre). Sentencia SP5451 de 2021 [M.P.: Quintero B.].
- Corte Suprema de Justicia. (2021, 17 de febrero). Sentencia SP403 de 2021 [M.P.: Patiño C.].
- Corte Suprema de Justicia. (2022, 01 de junio). Sentencia SP1795 de 2022 [M.P.: Acuña V.].
- Corte Suprema de Justicia. (2022, 13 de septiembre). Sentencia SP3218 de 2022 [M.P.: Quintero B.].
- Corte Suprema de Justicia. (2022, 25 de mayo). Sentencia SP1944 de 2022 [M.P.: Quintero B.].
- Corte Suprema de Justicia. (2022, 27 de julio). Sentencia SP2649 del 2022 [M.P.: Acuña V.].
- Galán, H. (2010). *Teoría del Delito*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m17-22.pdf>
- Lamas, M. (1996). La perspectiva de género. *Revista de Educación y Cultura de la sección*, 47(8), 216-229. https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/mujeres/menu_superior/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/2_genero/20.pdf
- Mantilla, J. (2013). La importancia de la aplicación del enfoque de género al derecho: asumiendo nuevos retos. *THEMIS Revista de Derecho*, (63), 131-146. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8994>
- Miranda, M. (2013). Diferencia entre la perspectiva de género y la ideología de género. *Dikaion*, 21(2), 337-356. <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/2749>

- Niño, N. (2019). Perspectiva y enfoque de género: herramienta para la toma de decisión judicial. *Temas Socio-Jurídicos*, 38(77), 11-28. <https://doi.org/10.29375/01208578.3741>
- Ortiz, A. (1978). Estructura de la culpabilidad. *Estudios de Derecho*, 37(94), 350-366. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/332748>
- Pabón, A. P. (2022). Perspectiva de género en la decisión judicial: justificación y metodología. *Academia & Derecho*, 12(22). <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/8917>
- Plascencia, R. (2004). *Teoría del delito*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Rodríguez, G. (1978). *Derecho penal: Parte general*. Civitas Ediciones.
- Secretaría Ejecutiva de la Jurisdicción Especial para la Paz. (s.f.). Lineamientos para la implementación del enfoque de género en la Jurisdicción Especial Para la Paz. <https://www.jep.gov.co/Políticas%20y%20Lineamientos/Lineamientos%20para%20la%20Implementación%20del%20Enfoque%20de%20Género%20en%20la%20Jurisdicción%20Especial%20para%20la%20Paz.pdf>
- Uys, J. (Director). (1980). *Los dioses deben estar locos* [película]. C.A.T. Films.
- Vega, H. (2016). El análisis gramatical del tipo penal. *Justicia*, (29), 53-71. <https://doi.org/10.17081/just.21.29.1233>
- Velásquez, F. (2013). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Zaffaroni, R., Alagia, A. y Slokar, A. (2007). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Editar editores