2-2022

TEMAS PROCESALES

Editor: Jorge Iván Marín Tapiero

36

Negación del acceso a la administración de justicia en casos de violencia contra la mujer

Mirtha Ceballos Valencia[1]

Resumen: Pese al amplio marco normativo, abundante jurisprudencia y la existencia de diversas organizaciones de derechos humanos que propenden por el respeto de los derechos de la mujer, la violencia desplegada en su contra sigue siendo un fenómeno global persistente.

En Colombia, a raíz de la expedición de la ley 1542 del 2012, que eliminó el carácter querellable y desistible de este delito, su investigación es oficiosa, lo cual ha incrementado notablemente su judicialización, sobre todo cuando de capturas en flagrancia se trata, ya que, al ser la pena mínima superior a 4 años, en todos los casos de captura debe legalizarse el procedimiento ante un juez control de garantías.

Es por ello que ante la enorme congestión de procesos en Fiscalía, se ha considerado que no es posible continuar con la investigación ya que la víctima usualmente no va a testificar en el juicio o no quiere declarar basándose en su derecho a la no incriminación, por tanto concluye el ente investigador que no tiene elementos probatorios para sostener una acusación, y dada la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, decide terminar el proceso acudiendo ante el juez de conocimiento para tramitar preclusión por este motivo.

El presente artículo hace un análisis de la normativa nacional e internacional y la jurisprudencia relacionada sobre la protección de la mujer frente a los actos de violencia, la cual busca no solo prevenir, erradicar sino también sancionar a los infractores de estas conductas y de cómo, la solicitud de la fiscalía de tramitar preclusión por una deficiente investigación, conlleva a la negación de justicia para la mujer: Para ello se utilizará un paradigma naturalista, con un enfoque cualitativo, un método hermenéutico sobre la información documental de carácter jurídico.

Palabras clave: Acceso a la justicia, fiscalía, preclusión, tutela judicial efectiva, violencia contra la mujer, vulnerabilidad.

1 Mirtha Lucia Ceballos Valencia, Jueza 1a. Penal del Circuito Especializada de Pasto, Maestría en Derecho Constitucional Contemporáneo, Universidad de Medellín, e-mail: mirtha0863@hotmail.com

Denial access to the administration of justice in cases of violence against women

Abstrac: Despite the regulatory framework and the existence of various human rights organizations that promote respect for women's rights, the violence deployed against them continues to be a persistent phenomenon.

In Colombia, as a result of the issuance of Law 1542 of 2012, which eliminated the indictable and dismissible nature of this crime, its investigation is informal, which has notably increased its prosecution, especially when it comes to arrests in flagrante delicto. Since the minimum sentence is greater than 4 years, in all cases of capture, the procedure must be legalized before a guaranteed control judge.

Given the enormous congestion of processes in the Prosecutor's Office, it has been considered that it is not possible to continue with the investigation since the victim usually does not want to testify in court or does not want to testify based on their right to non-incrimination, therefore it is concluded that there is no evidence to support an accusation and given the impossibility of refuting the presumption of innocence, the process is ended for this reason.

This article analyzes national and international regulations and related jurisprudence on the protection of women against acts of violence, which seeks not only to prevent and eradicate but also to punish offenders of these behaviors and how the prosecutor's request to process estoppel due to a poor investigation leads to the denial of justice for women, for which a naturalistic paradigm will be used, with a qualitative approach, a hermeneutical method on legal documentary information.

Keywords: Access to justice, prosecution, estoppel, effective judicial protection, violence against women, vulnerability.

Keywords: Access to justice, district attorney's office, preclusion, effective judicial custody, violence against women, vulnerability.

Introducción

El acceso a la justicia es un derecho fundamental y como tal constituye uno de los presupuestos fundamentales de todo sistema jurídico moderno; sin embargo, la gran preocupación es la dificultad de efectivizarlo garantizando a todas las personas incluidas las de especial vulnerabilidad, el ejercicio de este derecho.

Es innegable la preocupación que sobre el tema han tenido los Estados y los organismos internacionales de derechos humanos por dotar de normatividad que haga efectivo este derecho, tanto que se han emitido varios instrumentos nacionales e internacionales; empero, en tratándose de la garantía de los derechos de las mujeres, especialmente a una vida libre de violencia, los esfuerzos normativos han sido infructuosos puesto que las barreras en la búsqueda la tutela judicial efectiva son frecuentes, sean de tipo cultural, social o económico e incluso, han cobrado muchas vidas, precisamente por no haberse atendido oportunamente a las víctimas, escuchados sus clamores, temores y preocupaciones.

Se torna necesario cambiar de paradigmas, eliminar los prejuicios y estereotipos que son aplicados por los propios administradores de justicia, personal de apoyo, fiscalía, comisarios de familia, funcionarios de policía judicial y la comunidad en general, puesto que el problema de acceso a la justicia de este grupo vulnerable no es por falta de normas o inexistencia de jurisprudencia, sino de garantizar de manera efectiva este derecho.

El propósito de eliminar, sancionar y erradicar la violencia de género implica garantizar en todo momento y lugar, los derechos de la mujer, sin embargo, pese a lo avanzado en la normativa y jurisprudencia internacional y nacional, persisten dichos atentados y con ello muchos casos de negación de justicia. Al efecto, la solicitud de preclusión de las investigaciones en delitos de violencia contra la mujer por la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia del procesado dada la insuficiencia probatoria es una contundente afrenta al acceso a la administración de justicia de las mujeres víctimas de estos delitos, así como también a una vida libre de violencias de todo orden.

Objetivos y metodología

Para el presente escrito se pretende, como objetivo general, analizar el derecho al acceso a la administración de justicia en las investigaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación – FGN –, en casos de violencia contra la mujer en Colombia, partiendo de la hipótesis que en lugar de acusar; los delegados del ente investigador, tramitan la preclusión ante el

juez de conocimiento, por la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia. Para el efecto, se han planteado tres objetivos específicos, el primero, relacionado con el reconocimiento de la normativa nacional e internacional sobre violencia contra la mujer, seguidamente, se busca desarrollar el papel de la jurisprudencia en torno al tema y finalmente, se hablará acerca de la preclusión de la investigación por la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia en los delitos de violencia contra la mujer.

La metodología utilizada parte de un paradigma naturalista, con un enfoque de orden cualitativo, usando los métodos de análisis bibliográfico y análisis jurisprudencial.

Desarrollo

Es de trascendental importancia citar el pensamiento del profesor Michelle Taruffo (2020), plasmado en su obra "Hacia la decisión justa", cuando hace referencia al derecho fundamental del acceso a la justicia, como uno de los presupuestos fundamentales de todo sistema jurídico moderno, al igual que cuando aborda la dificultad de efectivizarlo en casos de personas de especial vulnerabilidad, ya por su condición social como por su condición económica.

Señala el ilustre tratadista que se ha hablado mucho del tema tanto que se ha plasmado en numerosas normas nacionales como supranacionales, de tal suerte que nadie podría dudar de su importancia dentro de un sistema jurídico y de su evolución a través del tiempo. Considera a los años setenta como la "edad de oro" para la afirmación del derecho de acceso a la tutela jurisdiccional como un derecho fundamental de nivel constitucional.

El problema para el maestro consiste en sí es efectivamente garantizado en los ordenamientos procesales y constitucionales siendo que este derecho de actuar en juicio para la tutela de sus derechos compete a todos, el cual debe interpretarse en conexión con el principio de igualdad formal y sustancial.

Que teóricamente, todos tienen derecho de acceder a los tribunales, sin embargo, en la realidad concreta no es así, no sólo por las condiciones sociales y económicas de las personas, sino porque las sociedades han evolucionado, multiplicándose con ello las situaciones de desigualdad entre las condiciones de los sujetos económica y socialmente débiles y las condiciones de los sujetos que se encuentran en condiciones sociales y económicas aceptables.

Como gran visionario que era, el maestro Taruffo, advertía la dificultad que se presentaba y se presentaría para algunas personas de acceder a los tribunales en demanda de justicia, en pro del reconocimiento de sus derechos y en búsqueda de la tutela judicial efectiva, pese a que era un derecho de todos.

Esa verdad postulada por Taruffo no ha perdido actualidad; al contrario, cobra mayor importancia, constituyéndose el acceso a la justicia en uno de los grandes retos que se presentan a nivel global, especialmente cuando se trata de garantizar frente a personas en situación de vulnerabilidad o de desventaja con respecto a los demás.

Evocando al profesor y al análisis que hace sobre la situación de vulnerabilidad en que se encuentra cierto grupo de personas y que precisamente por esas condiciones no es factible que accedan a la justicia en las mismas condiciones que otras; se tomará el caso de los derechos de las mujeres, quienes han sido históricamente discriminadas y desconocidos sus derechos, tanto que han debido consignarse en varios instrumentos nacionales e internacionales para hacerlos exigibles frente a las autoridades y en general, frente a una sociedad que se acostumbró a discriminarlas.

De manera concreta, se analizará la ausencia de tutela judicial efectiva en las investigaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación – FGN – en casos de violencia contra la mujer y la negación del derecho de acceso a la justicia, cuando los fiscales en lugar de acusar, tramitan preclusión de la investigación ante el juez de conocimiento, por considera que hay imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia del agresor.

Al efecto, revisados los datos estadísticos sobre violencia contra la mujer en el Observatorio de Género de la Universidad de Nariño[2], se registra un consolidado para el año 2020 de 2491 eventos de violencia contra la mujer en el Departamento de Nariño: De ellos 559 corresponden a violencia intrafamiliar, 1495 a violencia de pareja y 887 a violencia sexual. (Observatorio de Genero de Nariño, 2020)

Merece especial consideración el análisis realizado al incremento de factores de riesgo frente a las violencias basadas en género por la pandemia COVID 19, determinándose que la dependencia económica de las mujeres es, a todas luces, un factor de riesgo importante de sufrir violencia basada en género y, por ende, agrava la problemática de violencia contra las mujeres en el territorio nariñense.

Para el año 2021 se indica conforme al Sistema de información estadística delincuencial, contravencional y operativo de la Policía Nacional SIEDCO, que las violencias contra las mujeres en el departamento de Nariño, entre los meses de enero y octubre registran un total de 1575 eventos de violencia intrafamiliar y 487 casos de violencia sexual.

2 Creado desde el año 2014. Produce y analiza información sobre la situación de las mujeres y población diversa en Nariño a través de 7 líneas de investigación: violencia y justicia, trabajo y economía, educación y equidad, salud y derechos sexuales y reproductivos, participación política, construcción de paz y buenas prácticas y orientaciones sexuales e identidades de género.

En el caso de Pasto, SIEDCO reporta 966 casos de violencia contra mujeres en el ámbito de la familia y 206 de violencia sexual. En concreto, la ciudad de Pasto para el año 2020, de acuerdo con el informe denominado "Cifras Violeta IV nodo Pasto", el cual contiene datos clasificados como violencia sexual, violencia en el contexto de la familia y violencia de pareja, basado en los datos suministrados por Medicina Legal y la base de datos del Sistema Nacional de Vigilancia en Salud Público operado por el Instituto de Medicina Legal, se registran 1222 casos de violencia contra las mujeres, de las cuales el 9.5 % contra niñas y adolescentes, el 7.8% contra jóvenes y adultas, el 1.2% contra adultas mayores; de igual manera se discrimina que el 49.8% violencia en el contexto de pareja y el 31.7 violencia sexual. También se detalla que el 94.7% de los casos, las mujeres fueron agredidas físicamente y el 5.2% corresponde a violencia sicológica. El reporte concluye que en el año 2020 al menos 3.3 mujeres fueron agredidas en Pasto, de los cuales el 79% ocurrieron en el hogar.

Frente a esas grandes cifras de violencia contra la mujer registradas en el territorio nariñense, particularmente en la ciudad de Pasto, es preciso reconocer que no todos los casos de violencia llegan a conocimiento del ente investigador, en varias oportunidades no se denuncia por temor, otras por presión o simplemente por el desencanto que la víctima tiene, ya que pese a haberlo hecho en anteriores oportunidades, no ha pasado nada en el proceso o no ha habido cambios en su situación de vida, por lo que se perpetua el ciclo de violencia.

Es así como de esa cifra que llega a conocimiento de la FGN, algunos se tramitan con mayor celeridad, mientras otros permanecen a la espera del respectivo impulso por un largo tiempo, hasta que la estadística termina teniendo mayor peso y se decide buscar su finalización por otros mecanismos procesales.

Dada la información suministrada del Sistema Misional SPOA de la Dirección Seccional de Fiscalías de Nariño, se pudo verificar que para el año 2020, 30 procesos terminaron con preclusión de la investigación y para el año 2021, 34 por esa misma causal.

Ahora se torna necesario analizar y preguntar si le asistía razón a la FGN para terminar estos procesos con solicitud de preclusión de la investigación como se viene sosteniendo la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia del procesado o al no haberse agotado la investigación con el recaudo de otros EMP, se está negando el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva a que tienen derecho las mujeres víctimas de violencia de género.

Normativa Nacional e Internacional Sobre Violencia Contra la Mujer

A nivel internacional, son varias las conferencias que han buscado posicionar los derechos de las mujeres, tratando de eliminar éste tipo de prácticas, entre ellas se encuentra la I Conferencia Mundial del Año internacional de la mujer realizada en México en 1975 que inauguró la década de la mujer; la II Conferencia Mundial realizada en Copenhague en 1980 la cual buscaba evaluar los avances obtenidos para las mujeres en las áreas de salud, educación y empleo; la III Conferencia de 1985 realizada en Nairobi revisó y evalúo los logros y obstáculos de la década y recomendó 372 acciones a los Estados para eliminación de las prácticas discriminatorias que mantienen subordinadas a las mujeres y la IV Conferencia que se realizó en Beijing en septiembre de 1995 dio origen a la Declaración de Beijing, donde los gobiernos ratificaron su adhesión a la eliminación de la discriminación contra la mujer.

Para el año 1946, las Naciones Unidas crearon la Comisión sobre la condición de la Mujer que se encargó de impulsar las iniciativas tendientes a eliminar las distintas formas de discriminación, destacándose algunos instrumentos adoptados en éste campo, entre ellos, la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer; en 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la Eliminación de todas formas de discriminación en contra de la Mujer, llamada también CEDAW, que buscaba hacer un llamado a los Estados para que eliminen la discriminación en contra de las Mujeres. Este es el primer instrumento internacional en consagrar sus derechos, además del compromiso de los Estados para buscar la igualdad entre los sexos y de prever mecanismos para acabar con las barreras sociales, económicas, culturales y políticas a que se ven enfrentadas al acceder a la justicia.

Para el año 1994 (9 de junio), la Asamblea General de las Organización de Estados Americanos (OEA), aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida también como Convención de "Belén do Pará", la cual de manera concreta señala en el capítulo II, Art. 3, como derecho protegido, "(…) toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado" (OEA, 1994). En ese mismo documento el Art. 4, entre otros derechos, consagra que toda mujer tiene derecho a que se respete su vida, su integridad física, psíquica moral, la libertad y seguridad personales, a no ser sometida a tortura, a que se respete su dignidad, al derecho a la igualdad de protección frente a la ley y de la ley, derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes que le amparen contra actos que violen sus

derechos.

Es decir que la Convención, no solo establece como derecho de las mujeres una vida libre de violencia, sino también como obligación de los Estados, de consagrar en favor de las víctimas de violencia, un mecanismo sencillo, ágil y efectivo para acudir ante los jueces en demanda de sus derechos.

El Art. 7 de la citada Convención señala como deberes de los Estados parte, el de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, de incluir en la legislación interna, normas penales, civiles y administrativas, así como de otra naturaleza que sean necesarias, al igual que se requiere adoptar medidas administrativas apropiadas que sean del caso. También está la obligación de adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia que incluyan entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, entre otros. Se prevé igualmente la obligación de implementar mecanismos jurídicos ágiles y efectivos para asegurar el acceso a la justicia de las víctimas de estas conductas.

Colombia, no solo adhirió a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer mediante Ley 51 de 1981 y la aprobación de su protocolo facultativo mediante Ley 984 de 2005, sino que también ratificó la Convención de Belem do Pará mediante Ley 248 de 1995.

Aunque mediante el acto Constituyente de 1991, ya se había dado un paso trascendental al reconocerle a la mujer un tratamiento particular y una protección reforzada, otorgándole un rango de cubrimiento constitucional, instituyendo la no discriminación como cláusula general, la igualdad de derechos y oportunidades en relación con el hombre, la especial asistencia de parte del Estado durante su embarazo y después del parto, y el apoyo especial a la mujer cabeza de familia en el Art. 43; la no discriminación por razón de género en el Art. 13; la protección a la familia como núcleo básico de la sociedad en el Art. 42 y finalmente el Art. 229, estableciendo la garantía de toda persona para acceder a la administración de justicia. También es posible incluir el Art. 29 superior, relacionado con el derecho al debido proceso, el cual debe garantizarse en todo proceso judicial o administrativo y el Art. 93 del bloque de constitucionalidad, ya que con este último se incorporaron todos los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, en especial la

CEDAW y la Convención de Belem Do Pará.

De manera concreta y a nivel interno, en cumplimiento de las normas constitucionales y las internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, se han expedido leyes destinadas a prevenir y erradicar la violencia contra la mujer; inicialmente, se emitió la Ley 294 de 1996, por la cual se desarrolla el Art. 42 CN y se dictan medidas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar; posteriormente se emitió la Ley 497 de 1999 que establece la jurisdicción de jueces de paz como mecanismo alternativo a la solución de conflictos, entre ellos la Violencia Intrafamiliar; la Ley 575 de 2000 reforma la Ley 294 de 1996 al trasladar la competencia en materia de Violencia Intrafamiliar a los Comisarios de Familia y establece que a falta de estos les corresponderá a los Inspectores de Policía; además, tipifica los delitos contra la armonía y unidad familiar; la Ley 640 de 2001 modifica las conciliación, entre ellos los asuntos de familia; la Ley 742 de 2002 que aprueba el Estatuto de Roma e incluye delitos relacionados con violencia basada en género; la Ley 599 del 2000 Código Penal en el cual se incluye un capítulo especial para el delito de Violencia Intrafamiliar; en el año 2004 se expidió la Ley 906, que corresponde al actual Código de Procedimiento Penal, que incluye el delito de Violencia Intrafamiliar como un delito querellable; posteriormente se emite la Ley 882 de 2004 que aumenta la pena para el delito mencionado; luego, se expidió la Ley 1257 de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres; seguidamente se publicó la Ley 1542 del 2012, que reforma el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, buscando garantizar la protección y diligencia de las autoridades en la investigación de los presuntos delitos de violencia contra la mujer, elimina el carácter de querellables y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria; de otra parte se encuentra la Ley 1639 de 2013, por medio de la cual se fortalecen las medidas de protección a la integridad de las víctimas de crímenes con ácido y se adiciona el artículo 113 de la Ley 599 de 2000; por su parte, la ley 1719 de 2014, permite la adopción de medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial las ocasionadas con ocasión del conflicto armado; otra medida adoptada es la Ley 1761 de 2015 que tipifica el delito de feminicidio y finalmente, la ley 1959 del 2019 que amplía los sujetos que pueden considerarse víctimas de violencia intrafamiliar, además se autoriza la práctica de prueba anticipada para evitar la alteración o pérdida del elemento material probatorio en los casos de violencia intrafamiliar.

Merece especial consideración la ley 1257 del 2008 ya que constituye uno de los principales instrumentos para la defensa de los derechos humanos de las

mujeres, puesto que retoma los elementos de las convenciones internacionales, define lo que debe entenderse por violencia contra la mujer, extiende la violencia no sólo en el ámbito privado sino también al ámbito de lo público, incorpora el concepto de daño contra la mujer, establece los principios y derechos de las mujeres, para finalmente dedicar un capítulo a las medidas de protección y las sanciones para quien las incumpla.

A fin de reglamentar la citada ley, el gobierno nacional expidió 4 decretos dentro del cual merece destacar el Decreto 4799 del 2011, llamado también de acceso a la justicia, que extiende las competencias de las Comisarías de Familia, no solo a los casos de violencia dentro del ámbito familiar, sino también fuera de él, de igual manera señala el trámite cuando el asunto llega a la Fiscalía General de la Nación para que sea esta o la propia víctima, quien tramite las medidas de protección que garanticen su seguridad y el respeto a su intimidad ante los jueces control de garantías de conformidad con lo señalado en los art. 11 y 134 de la Ley 906 del 2004 y el Art. 17 de la referida ley, quien luego remitirá las diligencias a la Comisaría de familia para que se continúe con el procedimiento de vigilancia y cumplimiento, de ser necesario se impondrán medidas definitivas. Si el asunto llega directamente a la Comisaría de familia, éste será el competente para imponer medidas de protección de que trata la referida ley, en su ausencia, el competente será el juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal del domicilio del demandante o del lugar donde fue cometida la agresión, de manera que se busca garantizar el efectivo acceso de las mujeres a los mecanismos y recursos que establece la Ley para su protección, todo con miras a erradicar todas las formas de violencia contra ellas. Este Decreto faculta también para hacer las citaciones al agresor a través de aviso o edicto y no por citación, como antes se hacía por la propia víctima.

Se resalta el tema de medidas de protección teniendo en cuenta que estas se prevén en garantía del derecho a la seguridad personal, integridad y vida libre de violencia de la mujer, las cuales pueden solicitarse por la FGN ante el Juez control de garantías o la propia víctima como uno de los mecanismos de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Las medidas de protección descritas en el Art. 16 de la ley 1257 del 2008, aplican no solo para eventos a nivel familiar, sino también fuera del ámbito familiar. Entre estas medidas se incluyen: el desalojo del agresor de la casa de habitación que comparte con la víctima, abstenerse de acudir a los lugares en donde se encuentre aquella, se prohíbe al agresor esconder o trasladar de residencia a los menores hijos, se impone la obligación de acudir a tratamiento educativo, terapéutico en una institución pública o privada a costa del agresor, a sufragar los gastos de orientación y asesoría jurídica, médica, psicológica y psiquiátrica que requiera la víctima, en caso de ser necesario se ordenará una protección temporal

especial a la víctima por parte de las autoridades de policía tanto en su domicilio como en su lugar de trabajo, entre otros y deja abierta la posibilidad para que se decrete cualquier medida que se considere necesaria para el cumplimiento de los objetivos de la ley: Prevención y sanción de todas las formas de violencia y discriminación contra las mujeres.

Mediante el Decreto 4463 de 2011, se definen las acciones necesarias para promover el reconocimiento social y económico del trabajo de las mujeres, además se buscó implementar mecanismos para hacer efectivo el derecho a la igualdad salarial y desarrollar campañas de erradicación de todo acto de discriminación y violencia contra las mujeres en el ámbito laboral, tanto para empleadores del sector público y privado sin distinción de la forma de vinculación laboral de la trabajadora.

Por su parte, el Decreto 4796 de 2011, previó las acciones necesarias para detectar, prevenir y atender integralmente a través de los servicios que garantiza el sistema General de Seguridad Social en salud a las mujeres víctimas de violencia e implementar mecanismos para hacer efectivo el derecho a la salud.

Finalmente, el Decreto 4798 de 2011, vincula a la comunidad educativa en la promoción, formación, prevención y protección de los derechos humanos de las mujeres para vivir una vida libre de violencia con la implementación de proyectos pedagógicos.

En suma, el Estado colombiano, con la expedición de estos 4 decretos, buscó atacar y al mismo tiempo abordar el problema de la violencia contra la mujer, reglamentando los frentes de justicia, trabajo, salud y educación.

Como se advierte, se ha expedido abundante normativa nacional e internacional, no sólo en cuanto a reconocimiento del derecho a una vida libre de violencia, dignidad, integridad, seguridad personal y acceso a la justicia, sino también destinadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; sin embargo, a diario ocurren este tipo de atentados, incluso con el confinamiento por la pandemia a causa del COVID 19, se han incrementado la cantidad de casos, ello de acuerdo con la información suministrada por Medicina Legal.[3]

Esto sin tener en cuenta que muchas de las conductas no son denunciadas por las víctimas o no llegan a conocimiento de las autoridades (por el principio de oficiosidad que aplica para este delito) llámese FGN o funcionarios de Policía Judicial.

Sobre acceso a la justicia, merece especial citación las Reglas de Brasilia (marzo del 2008), que constituyen un conjunto de reglas mínimas para

3 Último informe comparativo de Medicina Legal sobre violencia de género noviembre del 2021

asegurar el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, una mayor visibilidad y reconocimiento de los derechos para su aplicación y desarrollo por parte de operadores y servidores del sistema judicial como jueces, fiscales, defensores públicos, policías, etc. Se incluyen dentro de estas reglas, las discriminaciones de género, previéndose en la Regla 17, que la discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravada en aquellos casos en los cuales concurra alguna otra cusa de vulnerabilidad.

El papel de la Jurisprudencia

La jurisprudencia nacional e internacional contiene innumerables sentencias relacionadas con el deber de los estados de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y de brindar herramientas para que aquellas puedan reclamar sus derechos, especialmente el acceso a la justicia y una vida libre de violencia.

Una de las sentencias más relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relacionadas con el tema es la perteneciente al caso Fernández Ortega y otros Vs. México, del 30 de agosto de 2010, donde se ratificó el deber del Estado de crear y brindar las medidas necesarias para evitar, sancionar y erradicar cualquier tipo de acto que represente violencia para la mujer, garantizando una investigación con determinación y eficacia que brinde confianza a la víctima (Fernandez Ortega y Otros Vs. Mexico, 2010), siendo importante mencionar que en la Sentencia de la Corte Constitucional C-368 del 2014 M.P. Alberto Rojas Ríos, el caso en mención se utiliza como fundamento para declarar la exequibilidad del artículo 229 del Código Penal, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, por cuando se considera que el aumento de la pena, respecto del delito de violencia intrafamiliar contra personas consideradas vulnerables, con las cuales el Estado tiene un deber mayor de protección, no desatiende los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, ni desconoce el principio de igualdad, dado que:

> (…) el Estado está obligado a consagrar una normativa que permita investigar y sancionar cualquier tipo de violencia al interior de la familia. Para tal efecto el legislador tiene la potestad de tipificar como delito las diversas formas de violencia que vulneran la unidad y armonía familiar e incrementar como medida de política criminal los límites punitivos fijados. (Sentencia C - 368, 2014)

Es necesario mencionar que la Corte Constitucional, desde el inicio de su jurisprudencia, ha procurado difundir su pensamiento en relación con el fenómeno de violencia contra las mujeres, esto puede verse en la Sentencia C-408 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero, donde se reconoció:

> Las mujeres están también sometidas a una violencia, si se quiere, más silenciosa y oculta, pero no por ello menos grave: las agresiones en el ámbito doméstico y en las relaciones de pareja, las cuales son no sólo formas prohibidas de discriminación por razón del sexo (CP art. 13) sino que pueden llegar a ser de tal intensidad y generar tal dolor y sufrimiento, que configuran verdaderas torturas o, al menos, tratos crueles, prohibidos por la Constitución (CP arts. 12, y 42) y por el derecho internacional de los derechos humanos. (Sentencia C - 408, 1996)

La jurisprudencia, en su conjunto ha sido amplia respecto del tema de violencia contra la mujer, puesto que se resalta que no existe una sola forma en la que se ejerce este tipo de conducta, recordando que cualquier acción u omisión que cause algún tipo de daño contra la mujer se considera violencia contra esta.

En la Sentencia C-776 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, se afirmó que la violencia contra la mujer está vinculada a diferentes factores como sociales, culturales, económicos, religiosos, entre otros, que pueden actuar de manera conjunta o separada afectando la dignidad y el respeto hacia esta, conductas de relevancia jurídica, que le confieren el deber al Estado y a la familia el deber de ejecutar diferentes acciones con el fin de evitar y erradicar cualquier tipo de violencia, (Sentencia C - 776, 2010) teniendo los órganos estatales la mayor responsabilidad de acuerdo con su naturaleza, estructura y funciones; por lo que, si bien para la protección de quienes son víctimas de maltrato dentro de su propio hogar, existen acciones específicas y directas, la Corte en las Sentencias T-608 de 2001 y T-133 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería, adujo que se puede acudir a la acción de tutela de forma excepcional y solo mientras se decretan las medidas de protección o como se dijo en Sentencia T-789 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, cuando tales medidas "son insuficientes" (Sentencia T - 789, 2001).

La Corte Constitucional, en los casos de violencia contra la mujer, ha tenido en cuenta el derecho fundamental a una vida libre de violencia, siguiendo una línea de administración de justicia con énfasis en la "perspectiva de género", siendo ambas una importante herramienta para combatir las diferentes formas de violencia contra la mujer; concepto que la Corte, en sus diferentes decisiones, ha sido enfática en reconocer y adjudicar su deber a los operadores de justicia, los cuales deben de aplicar al momento de actuar y decidir en cada caso en particular, buscando la armonía de los principios constitucionales y la especial protección que se le brinda a la mujer, siendo importante reconocer la asimetría que existe o puede existir entre un hombre y una mujer, debido a una relación de poder, dado que como se menciona en Sentencia C-438 de 2013 M.P. Alberto Rojas Ríos, aún existen, en algunos administradores de justicia, cierto tipo de patrones discriminatorios y estereotipos de género, que generan ineficacia en los procesos y decisiones

poco favorables y justas, que provocan que las mujeres víctimas de violencia eviten denunciar a sus agresores, porque consideren que dicho acto no tendrá repercusión alguna. (Sentencia C - 438, 2013).

Aunado a lo anterior, la Sentencia T-878 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, expuso alguno de los eventos en que se considera que los jueces vulneran los derechos de las mujeres, configurando una "(…) omisión de toda actividad investigativa y/o la realización de investigaciones aparentes" (Sentencia C – 878, 2014), situación que se presenta cuando se traslada la carga de la prueba a la víctima o se deja de investigar por un acuerdo o decisión de la mujer de no denunciar, situación que fue analizada por la Corte Constitucional en Sentencia C-022 del 2015 M.P. Mauricio Gonzales Cuervo, donde se declaró la exequibilidad del artículo 1 y 2 de la Ley 1542 de 2012, la cual eliminó el carácter de querellables de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, puesto que se considera estar acorde con el artículo 42 de la Constitución Política; en la providencia se señaló que los operadores judiciales, en algunas ocasiones desarrollan conductas que tienen:

> (…) "(ii) falta de exhaustividad en el análisis de la prueba recogida o revictimización en la recolección de pruebas" hecho visible cuando el funcionario decide archivar el proceso por falta de material probatorio, sin hacer uso de las facultades extraordinarias que le concede la legislación; "(iii) utilización de estereotipos de género para tomar sus decisiones"; (iv) afectación de los derechos de las víctimas. (Sentencia C - 022, 2015)

Como se advierte, las mujeres que sufren actos de violencia están propensas a la revictimización, por parte de entidades judiciales, de policía y salud. Por lo anterior, como lo menciona la Corte Constitucional en Sentencia T-967 de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, los operadores judiciales:

> Cuando menos, deben: (i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres. (Sentencia T - 967, 2014).

En relación con la configuración del delito de violencia intrafamiliar cometido contra la mujer, se pueden encontrar diferentes pronunciamientos

de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, entre ellos la sentencia del M.P. Eugenio Fernández Carlier, en el asunto con radicación No. 46918, del 27 de julio de 2016, en donde se expresa que el delito de violencia intrafamiliar se configura:

> (…) ante los actos de maltrato físico o psicológico cometidos contra miembros de una familia, llámese cónyuge o compañero permanente, padre o madre, aunque no convivan bajo el mismo techo, ascendientes o descendientes de éstos incluyendo hijos adoptivos, y en general todas las personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica. (Sentencia nº 29445 , 2008)

Así mismo lo sostuvo el M.P. Eugenio Fernández Carlier, en sentencia con radicado No. 47886 del 29 de junio de 2016, en donde cita la Sentencia C – 059 del 2015 de la Corte Constitucional y sentencia con Radicado No. 41315 del 03 diciembre del 2014 de la Corte Suprema de Justicia, para referirse al concepto de familia en la configuración del delito de violencia intrafamiliar. (Sentencia C - 059, 2005)

Sobre el tema de acceso a la justicia para las víctimas de violencia contra la mujer es posible citar la Sentencia T – 126 del 2018, en la cual la Corte Constitucional enfatiza que las autoridades judiciales deben revaluar el uso del lenguaje en procesos de violencia contra la mujer. Por otro lado, recuerda que esta corporación ha sostenido que deben ser invocadas las siguientes garantías al momento de presentarse esta conducta:

I. El derecho a que se valore el contexto en el que ocurrieron los hechos.

II. El derecho a que no se imponga una tarifa probatoria a la credibilidad de la víctima.

III. El derecho a que se aprecie y valore el testimonio de la víctima, teniendo en cuenta el modus operandi de estos delitos.

IV. El derecho a que se les garantice una protección especial durante todo el proceso de investigación y que esta se adelante con la mayor seriedad y diligencia.

V. El derecho a ser tratadas con la mayor consideración y respeto por parte de las autoridades y

VI. El derecho a que las diligencias no conlleven a la revictimización, entre otros (Sentencia T – 126, 2018)

De igual manera la Sentencia T – 735 del 2017, es reconocida internacionalmente porque determina que el Estado se convierte en un segundo agresor cuando sus funcionarios no toman medidas de protección

I. El proceso de medidas de protección y el trámite de cumplimiento deben darse dentro de un término razonable para evitar nuevos hechos de violencia.

II. Se le debe permitir a las mujeres el acceso a la información sobre el estado de la investigación para que ejerzan su derecho a la defensa.

III. Los funcionarios encargados de la ruta de atención deben ser imparciales, asegurando que sus decisiones no se basen en preconcepciones sobre la forma en que debe actuar una víctima de violencia o la gravedad de los hechos para que se reconozcan como una agresión.

IV. Los derechos reconocidos en la Ley 1257 del 2008, como elegir no ser confrontada a su agresor, deben ser garantizados en todos los procedimientos administrativos y judiciales para su protección y atención.

V. Las medidas de protección deben ser idóneas para eliminar la violencia o la amenaza denunciada, atendiendo la modalidad del daño y recurriendo a cualquier tipo medidas para conjurar la situación de violencia o su riesgo. (Sentencia T – 735, 2017)

Por su parte, en la Sentencia T-012 del 2016, la Corte Constitucional sentó las bases jurisprudenciales para proteger a las mujeres de la violencia económica. El pronunciamiento de la Corte, desencadenado ante un conflicto en la jurisdicción de familia por la negativa de un juez de fijar alimentos a un cónyuge condenado por violencia intrafamiliar, recoge los criterios mínimos que los juzgadores deberán analizar con relevancia cuando se presenten escenarios de difícil actividad probatoria. Para el alto tribunal, el Estado colombiano, en su conjunto, incluidos los jueces, está en la obligación de eliminar cualquier forma de discriminación en contra de la mujer. De ahí que sea obligatorio para los jueces incorporar criterios de género al solucionar sus casos.

De igual manera en la Sentencia T-967 del 2014, el honorable tribunal constitucional deja claro que los celos enfermizos constituyen maltrato sicológico y causal de divorcio. Se llama la atención de tener una administración de justicia con perspectiva de género, en tanto tiene obligaciones ineludibles en torno a la eliminación de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida contra una persona por razón de su sexo. De ahí que se debe:

I. Garantizar a todos y todas, una vida libre de violencia y discriminación por razón del sexo.

II. Prevenir y proteger a las mujeres y las niñas de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida en su contra.

III. Investigar, sancionar y reparar la violencia estructural contra la mujer, entre muchas otras.

La preclusión de la investigación por imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia en los delitos de violencia contra la mujer

Como se advierte, existe suficiente normativa nacional e internacional, así como jurisprudencia de la CIDH, de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en relación con el reconocimiento del derecho de la mujer a una vida libre de violencia y por tanto de acceder a los mecanismos judiciales necesarios para que el objeto de estas, de erradicar, eliminar y sancionar la violencia contra la mujer, sea una realidad.

Sin embargo, día a día los medios de comunicación y las entidades que llevan el control de esta información a nivel local, regional y nacional, registran muchos hechos constitutivos de violencia contra la mujer, entendida como sinónimo de violencia de género, la cual se ha definido por la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1993 como:

> (…) todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada. (Organización Mundial de la Salud, 2021)

Por lo tanto, este concepto abarca de manera general una cantidad importante de actos, hechos, y omisiones que las dañan y perjudican en los diversos aspectos de sus vidas y que constituyen una de las violaciones más graves de los derechos humanos, siendo en muchos casos de carácter silencioso, tornándose más grave, cuando acude al Estado para reclamar su protección y éste no la atiende, no le cree o desdeña su caso, la revictimiza.

Desde la expedición de la ley 1542 del 2012, que eliminó el carácter querellable y desistible de éste delito, convirtiendo su investigación a de carácter oficioso, se han incrementado notablemente las investigaciones, sobre todo cuando de capturas en flagrancia se trata, amén de que al ser la pena mínima superior a 4 años, de conformidad con lo previsto en el Art. 313 CPP, amerita detención preventiva, por tanto en todos los casos de captura, obliga a la fiscalía a legalizar el procedimiento ante un juez control de garantías.

Por la misma razón, la conciliación y/ o el desistimiento por expreso mandato del legislador ya no proceden como formas de terminación del proceso del delito de Violencia Intrafamiliar como antaño, en los cuales bastaba la presentación por parte de la víctima de un escrito de desistimiento o un acta de conciliación, para archivar la investigación o tramitar la solicitud de preclusión por la causal 1 del Art. 332 CPP, dada la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal.

Sin embargo, pese al avance legislativo, al considerar la violencia contra la mujer como una modalidad agravada y pasar de ser un delito querellable a uno de investigación oficiosa y el consecuente incremento de estas investigaciones; es claro que las sentencias condenatorias por éste delito son escasas, no así las solicitudes de preclusión de la investigación como forma de terminación del proceso penal, lo cual no se explica si se tiene en cuenta que éste tipo de delitos están vinculados a toda clase de agresiones que causan daño o maltrato físico, sicológico y en general se trata de un trato cruel, intimidatorio, de ofensa y agravio contra una mujer lo que afecta su dignidad, libertad, integridad física y especialmente a una vida libre de violencia, esto es, una clara afrenta a los derechos humanos de las mujeres.

Es evidente que se configura un problema de orden procesal, específicamente en el campo del proceso penal, debido a que la preclusión es una figura de carácter general, consagrada en la ley, el cual opera por causales específicas y tiene como efecto que cesa la persecución penal contra el imputado con efectos de cosa juzgada, dando lugar a revocar todas las medidas cautelares de orden personal y material que se hayan impuesto, configurando con ello la finalización del proceso penal.

Al efecto, en el Art. 250 CN modificado por el Acto Legislativo 03 del 2002, entre las atribuciones que se le dan a la FGN, se encuentra la de presentar ante el Juez de conocimiento la solicitud de preclusión de la investigación según lo dispuesto en la ley, cuando no hubiere mérito para acusar, que de conformidad con lo señalado en el Art. 331 de la ley 906 de 2004, se puede presentar en cualquier momento de la actuación procesal por el fiscal que conoce del caso.

Es importante también recordar que la Corte Constitucional, en sentencia C – 591 del 9 de junio de 2005, que declaró inexequible la facultad que el Art. 78 CPP, le daba a la FGN el poder para precluir la investigación, explica que en el nuevo sistema penal acusatorio, la orden de preclusión debe darla el juez de conocimiento, pues se trata de una decisión de contenido eminentemente judicial que escapa al ámbito de la Fiscalía a través de sus delegados, por lo que en todos los casos, es el juez de conocimiento el que debe adoptar la decisión correspondiente.

Como se dejó sentado en líneas anteriores, los efectos derivados de la decisión de preclusión son de cese de la persecución penal esto es de terminación del proceso una vez quede en firme (Art. 335 CPP), por eso se requiere que, de existir víctimas, estas sean citadas a la audiencia, quienes pueden allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a tal solicitud de conformidad con lo señalado por la Corte en Sentencia C – 209 del 2007.

En el régimen establecido en la Ley 906 de 2004 existen dos oportunidades para presentar la solicitud de preclusión, supuestos que se encuentran perfectamente caracterizados por el momento procesal en que operan, las causales que se pueden invocar y los sujetos legitimados para formularla así: La primera oportunidad (Art.331 y 332 inciso 1), durante la investigación, esto es antes de que el Fiscal presente el escrito de acusación, en la cual se podrá invocar cualquiera de las 7 causales previstas en el Art. 332 CPP y el único legitimado para solicitarla es el delegado de la FGN, y la segunda oportunidad (parágrafo art. 332), durante el juzgamiento (con escrito de acusación) en la cual únicamente se podrán invocar las causales 1a y 3ª, estando legitimados para formularla tanto el Fiscal como el Ministerio Público y la defensa.

Las causales a que se ha hecho referencia se encuentran contempladas en el Art. 332 CPP, a saber: 1) Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, 2) Existencia de una causal que excluya la responsabilidad de acuerdo con el Código Penal, 3) Inexistencia del hecho investigado, 4) Atipicidad del hecho investigado, 5) Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado, 6) Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, 7) Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del Art. 294 de este código. (Código de Procedimiento Penal [C.P.P.], 2006)

Es frecuente en tratándose de las investigaciones de delitos de Violencia intrafamiliar, en los cuales resulta afectada una mujer, que el delegado de la FGN tramite solicitud de preclusión de la investigación por presentarse la causal 6, esto es la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia porque carece de fundamento probatorio para acusar al procesado.

Para ratificar esta información se cita como ejemplo la estadística del Juzgado 3 Penal Municipal con funciones de conocimiento de esta ciudad, que registra para el año 2021, 37 solicitudes de preclusión de la investigación en delitos de Violencia Intrafamiliar en los cuales la víctima es mujer, por la causal de la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia del imputado, citando como principal argumento que solo cuenta con el testimonio de la víctima, quien ha decidió no declarar en el juicio.

Al respecto es necesario mencionar que el Art. 29 CN, en efecto establece: "(…) toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado

judicialmente culpable (…)" (C.P., 1991, art. 29) y el Art. 7 del CPP señala: Presunción de inocencia e in dubio pro-reo. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda. (CP.P., 2006, art. 29)

Efectivamente en el trámite del proceso penal, tanto en etapa de indagación como de la investigación y en cumplimiento del programa metodológico, el delegado del ente investigador y los funcionarios de policía judicial, recaudan los diferentes elementos materiales probatorios tendientes a avanzar en el trámite, siendo procedente, por ejemplo, ampliar denuncias, recibir entrevistas a víctimas y testigos, practicar exámenes periciales, recibir interrogatorio de indiciado, tramitar búsquedas selectivas de datos, etc.; sin embargo en tratándose de la investigación de delitos de violencia contra la mujer, se aduce que únicamente se cuenta con el testimonio de la víctima y que ésta, amparada en la prerrogativa prevista en el Art. 33 CN y Art. 385 CPP, no quiere continuar con el trámite del proceso y menos ir a juicio a rendir testimonio en contra del victimario, por tanto sin esta prueba no es posible continuar con el trámite del proceso penal y menos avanzar a un juicio oral.

Es cierto que el Art. 33 CN, establece que "Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad segundo de afinidad o primero civil" (C.P., 1991, art. 33) y el Art. 385 del CPP, de manera similar que "Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil o segundo de afinidad…" (C.P.P., 2006, art. 385), bajo cuyas normas se aduce por el ente investigador que al no contar con el testimonio de la víctima porque se niega a declarar y al no existir otro tipo de pruebas, no es posible acusar y por tanto se debe terminar el proceso penal porque no se ha logrado desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al procesado.

Resulta paradójico que los hechos delictuosos en los cuales es víctima de violencia una mujer, una vez que llegan a conocimiento de la Fiscalía por denuncia de la propia víctima o de oficio en los casos de captura en flagrancia (cuando el victimario es sorprendido en flagrancia), al quedar en manos del ente persecutor para adelantar la investigación con apoyo en policía judicial y recolectar los elementos materiales probatorios necesarios para establecer la

existencia de la conducta punible y la responsabilidad del procesado; el fiscal decida terminarlo porque no hay prueba para continuar con su trámite.

Llama la atención que sea la propia Fiscalía, la que, en muchos casos, después de un largo tiempo sin que se haya realizado una verdadera investigación, acuda ante el juez de conocimiento, buscando terminar el proceso penal porque la víctima no va a testificar en el juicio y dado que no hay otra prueba que pueda recaudarse, se debe terminar la investigación.

Es triste reconocer que estos casos no son investigados con la rigurosidad que corresponde a un evento de violación de derechos humanos como tampoco se tiene en cuenta en su trámite, la perspectiva de género y que quien esté al frente de la investigación, lo haga despojado de subjetividades y prejuicios, partiendo de la base que, los derechos de la mujer a una vida libre de violencia, dignidad, seguridad, libertad y no discriminación son fundamentales. Debe el ente persecutor ahondar en la búsqueda de información relacionada con el contexto familiar, social y laboral en que ocurre el atentado, de ser necesario obtener exámenes periciales de medicina legal, psicología, trabajo social, de ser necesario, tramitar interceptaciones telefónicas a fin de recolectar información o elementos materiales probatorios tendientes a verificar la situación de vulnerabilidad en que se produjo el delito.

No en pocos casos han sido las propias mujeres víctimas de violencia, quienes al ver que el proceso penal no avanza, que el ciclo de violencia persiste, pero especialmente porque han sido marginadas del proceso penal, que acuden a la acción de tutela para hacer valer sus derechos e insisten en que, dadas sus especiales condiciones de vulnerabilidad, también han sido violentadas por el aparato estatal, llámese fiscalía, funcionarios de policía judicial, de la policía nacional y medicina legal. Es por ello por lo que la Honorable Corte Constitucional, al percatarse de la injusta discriminación a que ha sido sometido la mujer, ha ordenado la capacitación y formación de jueces, fiscales, comisarios de familia y demás personal de apoyo en perspectiva de género, el cual se debe complementar también con la formación que debe realizarse desde los propios hogares y las instituciones educativas para el resto de la sociedad.

Es por ello que terminar los procesos penales sin realizar una exhaustiva investigación, denotan el desconocimiento flagrante de los derechos de las mujeres, de la oportunidad para acceder a la justicia y la efectividad de los mecanismos judiciales establecidos en su defensa. También se puede advertir una clara negación de justicia a un grupo vulnerable de la población, con lo cual recobra validez e importancia la preocupación del maestro Michele Taruffo, de que el acceso a la justicia debe ser una obligación del Estado a través de los mecanismos judiciales efectivos, especialmente para la población

vulnerable, en este caso, las mujeres.

Por supuesto que la obligación de garantizar el derecho de acceso a la justicia no solo obliga a Fiscalía sino también los jueces de conocimiento que deben resolver este tipo de solicitudes, que el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva así como el debido proceso y el derecho a la igualdad de la mujer, son derechos de raigambre constitucional y por tanto exigen del juzgador, un riguroso estudio y análisis de los elementos materiales probatorios presentados por el delegado del ente investigador a fin de tomar una decisión motivada, razonada y justa, garantizando en todo momento los derechos de las víctimas del delito, que en este caso corresponden a las mujeres víctimas de violencia de género.

De ahí que resulte relevante el papel que cumple cada entidad que conoce del caso y trata a la víctima, de evitar la preclusión de delitos de violencia contra la mujer, como viene sucediendo en la actualidad en los Juzgados Penales Municipales con funciones de conocimiento de Pasto y en el resto del país, cuando a fin de descongestionar las Fiscalías Locales, se acude al mecanismo más fácil y se tramita preclusión de la investigación por la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, pese a que no se ha realizado una verdadera investigación y que lleva a la víctima a que, decepcionada por el tiempo que ha pasado, la impunidad frente al maltrato recibido, no sólo de su victimario sino del propio aparato estatal, que decide amparada en la prerrogativa constitucional, no acudir al juicio a testificar, lo que facilita la impunidad del delito, la revictimización de la muer y la inoperancia del propio estado.

Se requiere que se realice una investigación penal con la debida diligencia, la cual implique no solo una técnica exhaustiva especializada, efectiva y oportuna para lograr el juzgamiento del responsable, sin dilaciones injustificadas, contando además con el acompañamiento de la víctima, a quien se le garantice del acceso a la justicia, la atención en salud, trabajo y educación y en general todas las medidas necesarias para evitar que se siga revictimizando a la mujer en esta clase de investigaciones. Es claro que seguir con el mismo trámite como hasta ahora, representaría una clara afrenta o desconocimiento de los derechos de las mujeres al acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva y a una vida libre de violencia.

Conclusiones

Existe suficiente normativa nacional e internacional aplicable por bloque de constitucional, así como jurisprudencia de las CIDH y de las Cortes Colombianas para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la mujer.

Al tratarse la víctima de violencia intrafamiliar de un grupo en situación de vulnerabilidad, debe el Estado, evocando al maestro Michele Taruffo, garantizar a través de todos los mecanismos judiciales, el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva, el derecho a la igualdad y a la no discriminación de esta población vulnerable.

El Estado colombiano reglamentó la ley 1257 del 2008, buscando con ello abordar el problema de la violencia contra la mujer a través de los frentes de justicia, salud, trabajo y educación, tarea que deben cumplir las distintas autoridades para combatir el fenómeno de la violencia contra la mujer.

Una vez la noticia criminal llega a manos de la FGN y si llega a las Comisarias de familia, deben remitirla a la FGN para que realice una investigación exhaustiva con perspectiva de género y con la debida diligencia de tal manera que se garanticen a las víctimas de estos delitos, el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, así como el debido proceso, el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

Los fiscales deben agotar todos los campos de investigación con la rigurosidad que corresponde, teniendo en cuenta en su trámite, la perspectiva de género, despojándose de subjetividades y prejuicios, respetando en todo momento los derechos de la mujer a una vida libre de violencia, dignidad, seguridad, libertad y el principio de no discriminación.

Debe el ente persecutor y organismos de policía judicial al momento de realizar la investigación de procesos de violencia contra la mujer, ahondar en la búsqueda de información relacionada con el contexto familiar, social y laboral en que ocurre el atentado, de ser necesario obtener exámenes periciales de medicina legal, psicología, trabajo social o recogiendo información o elementos materiales probatorios tendientes a verificar la situación de vulnerabilidad en que se produjo el delito, solo así se pueden garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva a las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar.

De otra parte, los jueces de conocimiento, al decidir estas solicitudes deben tener en cuenta que los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia e igualdad tienen raigambre constitucional y convencional, por lo tanto, es su deber realizar un riguroso estudio y análisis de los elementos materiales probatorios presentados por el delegado del ente investigador a fin de tomar una decisión motivada, razonada y justa, teniendo en cuenta la perspectiva de género y que se deben garantizar los derechos de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de las mujeres víctimas de esta clase de delitos.

Los datos estadísticos citados en precedencia son indicativos de la gran cantidad de conductas delictivas de violencia contra la mujer que ocurren

diariamente, muchas de los cuales, pese a la Directiva 003 del 1 de abril del 2019 emitida por el Fiscal General de la Nación, que prohíbe la preclusión y el archivo en delitos de Violencia Intrafamiliar, terminan por esta vía, bajo el argumento que no se ha logrado desvirtuar la presunción de inocencia del procesado porque la víctima no va a ir a juicio a testificar, como si se tratara de única prueba, lo cual viola de manera flagrante el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de la mujer víctima de violencia intrafamiliar.

Bibliografía

Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura, Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional USAID, Lineamientos de atención y protección a las mujeres víctimas de violencia sexual para la rama judicial. Bogotá.

Congreso de la república. (24 de julio de 2000). Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Bogotá D.C, , Colombia.

Consejo Superior de la Judicatura, Comisión Nacional de Género, Fondo de Población de las Naciones Unidas UNFPA, Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género. Bogotá.

Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (2010). Género y Justicia. Bogotá D.C.: Pro-offset Editorial.

Fernandez Ortega Y Otros Vs. Mexico (Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de agosto de 2010).

Ferro Torres, J. (2003). Delitos contra la familia - Lecciones De Derecho Penal. Parte Especial. Bogotá D.C.: Universidad Externado De Colombia.

Fiscal General de la Nación, Directiva 0001, Por medio de la cual se establecen lineamientos generales respecto a la solicitud de medidas de aseguramiento. 2020.

Los derechos de las mujeres en la mira. Informe anual de los observatorios de sentencias judiciales y de medios. (2010). Bogotá D.C.: Ántropos Ltda.

Observatorio de Genero de Nariño, En clave de género. Datos del observatorio de Genero de Nariño sobre violencias contra mujeres en Nariño, 2020. Nariño.
https://observatoriogenero.udenar.edu.co/wp-content/uploads/2022/07/En-clave-de-g%C3%A9nero.pdf

Organización de naciones unidas. (1979). Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Organización de Naciones Unidas. (1995). Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing.

Organización Mundial de la Salud. (8 de marzo de 2021). Violencia contra la mujer.

Sentencia C - 022 (Corte Constitucional 21 de enero de 2015).
Sentencia C - 059 (Corte Constitucional 01 de febrero de 2005).
Sentencia C - 368 (Corte Constitucional 11 de junio de 2014).
Sentencia C - 408 (Corte Constitucional 04 de septiembre de 1996).
Sentencia C - 438 (Corte Constitucional 10 de julio de 2013).

Sentencia C - 539 (Corte Constitucional 05 de octubre de 2016).
Sentencia C - 776 (Corte Constitucional 29 de septiembre de 2010).
Sentencia nº 29445 , 29445 (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal 23 de septiembre de 2008).
Sentencia T - 789 (Corte Constitucional 26 de julio de 2001).
Sentencia T - 878 (Corte Constitucional 18 de noviembre de 2014).
Sentencia T - 967 (Corte Constitucional 14 de diciembre de 2014).

Taruffo, M. (2020) Hacia la decisión justa. Zela Grupo Editorial. Lima, Peru.

Toledo Vasquez, P. (2009). Feminicidio. Consultoría para la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derecho Humanos. México.

Vargas, L. (2007). Perspectiva de género, ¿un asunto exclusivo de mujeres?, información del Grupo de Género del Proyecto Nacional. Bogotá.
Vasallo Barrueta, N. (2011). Género: aspetos conceptules y su aplicacion. La Habana - Cuba: Publicaciones Acuario.