



**LA ACCIÓN DE TUTELA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN COLOMBIA.
REVISIÓN DE TRES PRONUNCIAMIENTOS DECISIVOS DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL EN LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES,
LA IGUALDAD EFECTIVA Y LA NO DISCRIMINACIÓN (T-624/95, T-022 DE 2014 Y
T-366/19)**

Presentado por:

Jessica Paola Parra Pérez

Tutora/or:

Macarena Bravo Torres - Santiago García Campá

Máster Universitario en Igualdad de Género en el Ámbito Público y Privado (Plan 2013)
[Interuniversitario / A distancia]

13.^a Edición

Curso académico 2019/2020

Segunda convocatoria

Palabras clave: [fallos jurisprudenciales, igualdad de género, transversalidad,
constitucionalismo, acción de tutela]

ÍNDICE

I DENOMINACIÓN DEL PROYECTO	7
II. A QUIÉN VA DIRIGIDO.....	7
III. JUSTIFICACIÓN	7
IV. OBJETIVOS.....	8
V. INTRODUCCIÓN.....	8
VI. MARCOS DE REFERENCIA.....	9
1. MARCO HISTÓRICO	9
2. MARCO JURIDICO	11
3. MARCO CONSTITUCIONAL.....	16
3.1 LA ACCIÓN DE TUTELA	16
3.2 NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE TUTELA	19
3.3 DERECHOS OBJETO DE TUTELA	20
3.4 DEL PROCEDIMIENTO DE LA TUTELA EN SEDE DE REVISIÓN EVENTUAL POR LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	24
VII. ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	25
VIII. MARCO TEÓRICO- CONCEPTUAL.....	27
1. <i>ACTIVISMO PROGRESISTA DE LA CORTE; REMEDIOS JUDICIALES, Y PODERES DEL JUEZ EN BÚSQUEDA DE LA EFICACIA INSTRUMENTAL DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES.</i>	27
2. <i>ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: ASPECTOS METODOLOGICOS</i>	30
3. <i>ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: Eje Igualdad y prohibición de discriminación, derecho a la salud y a la dignidad humana.</i>	31
3.1 SENTENCIA No. T-624/95	33
3.2. SENTENCIA No. T-022 DE 2014.....	36
3.3 SENTENCIA T-366/19.....	39
IX. CONCLUSIONES.....	52
X. BIBLIOGRAFÍA.	57
XI. NORMAS JURÍDICAS CONSULTADAS.	58

XII. ANEXOS 61

I DENOMINACIÓN DEL PROYECTO

Análisis del alcance normativo de la acción de tutela en Colombia y análisis jurisprudencial de tres sentencias T-624/95, T-022 de 2014 y T-366/19) con perspectiva de género proferidas por la Corte Constitucional Colombiana, en el marco del trámite de revisión de las acciones de tutela proferidas por jueces en primera y/o segunda instancia, de acuerdo con el procedimiento señalado en el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

II. A QUIÉN VA DIRIGIDO

Agentes de igualdad, profesionales de la abogacía, operadores judiciales, y especialistas en la defensa de derechos humanos que se desempeñen en la jurisdicción constitucional y en particular en la garantía de los derechos de las mujeres y la igualdad efectiva.

III. JUSTIFICACIÓN

Las razones que motivaron a realizar este trabajo académico corresponden a la utilidad que representa dentro del marco jurídico colombiano la Acción de tutela, y el trámite de revisión efectuado por la corte constitucional pero particularmente por los efectos jurisprudenciales *Erga omnes* que ha emitido la corte constitucional en la garantía del derecho a la igualdad y la no discriminación por razón del sexo.

y que al ser socializados con agentes de igualdad, abogadas (os), operadores judiciales, y defensores de derechos humanos, se puedan crear pautas o herramientas que faciliten el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violación a su derecho a la igualdad efectiva y discriminadas constantemente, por los demás sectores que componen la sociedad y por el aparato judicial.

Este trabajo puede ser una aproximación a la creación de un catálogo completo de análisis jurisprudencial de sentencias proferidas por la Corte Constitucional en el trámite de revisión de fallos de tutela, el cual sería de valiosa utilidad en la formulación, sustentación y resolución de diversos litigios que conlleven el reconocimiento los derechos de las mujeres en cualquier jurisdicción, pero particularmente en la constitucional, penal y civil-familia. Teniendo en cuenta que dichos pronunciamientos deben servir de guía y ser orientadores para el actuar de todos los jueces de la república.

IV. OBJETIVOS

Identificar los alcances normativos y jurisprudenciales de la acción de tutela en Colombia, en la garantía de los derechos de las mujeres.

Establecer el alcance judicial de los fallos de tutela proferidos en el trámite de revisión de sentencias por la Honorable Corte Constitucional Colombiana.

Analizar tres sentencias especialmente relevantes por T-624/95, T-022 de 2014 y T-366/19) que han sido el sustento para la creación de la línea jurisprudencial de no discriminación por razón de sexo, proferidas por la Corte Constitucional Colombiana a través del trámite de revisión, y que están orientadas a la garantía de los derechos de las mujeres a la igualdad y no discriminación.

V. INTRODUCCIÓN

El trabajo final de máster (TFM) es realizado con el fin de describir y analizar el alcance normativo y jurisprudencial de la acción de tutela en Colombia, en la garantía de los derechos de las mujeres, junto con un análisis de tres pronunciamientos de la corte constitucional colombiana. El trabajo está estructurado en tres partes a saber, la primera desarrollará el marco jurídico de la acción de tutela y su rol dentro del ordenamiento jurídico, la cual fue establecida como mecanismo judicial autónomo, subsidiario y sumario, para protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por las autoridades públicas, o incluso por particulares. Se caracteriza por ser una acción informal que no requiere de tecnicismos jurídicos, y puede ser ejercida ante los jueces de todo orden sin necesidad de abogado por todas las personas sin distinción de nacionalidad, sexo, edad o etnia,¹ frente a todas las autoridades y con posibilidad de intervención de la Corte Constitucional para una eventual revisión de las decisiones judiciales, que sirva para unificar criterios de interpretación.

Una segunda parte estudiaría el activismo progresista de la Corte Constitucional que desde su creación ha sido fundamental en la garantía de los derechos de los ciudadanos y en la consolidación del Estado social de derecho, sus pronunciamientos han modificado sustancialmente el ordenamiento jurídico y han fijado las reglas de

¹ <https://www.corteconstitucional.gov.co/preguntasfrecuentes.php>

interpretación y especificidad para fallar en la garantía de los derechos de la ciudadanía y de los grupos tradicionalmente discriminados.

Este activismo progresista de la Corte Constitucional se ha reflejado en sus fallos los cuales se configuran como la máxima expresión y regla nominativa de la garantía de los derechos fundamentales propiamente dichos o los que componen el bloque constitucional.

Esta labor de la Corte ha significado un aporte relevante y de interés para el nuevo constitucionalismo latinoamericano, este activismo se ha manifestado en tres ejes temáticos: i) fallos de tutela en sede de revisión, ii) fallos de sentencia en procesos de constitucionalidad, iii) en la creación de nuevas figuras jurídicas para amparar de forma colectiva los derechos fundamentales violados de determinados grupos sociales.

Posteriormente se realizará un análisis jurisprudencial de tres fallos que han sido relevantes para la consolidación de la línea jurisprudencial para la garantía efectiva de la igualdad y la no discriminación, en consecuencia, se estudiarían las reglas constitucionales creadas por vía jurisprudencial que delimitan y fundamentan los fallos de tutela en sede de revisión. Finalmente se señalarán las conclusiones más relevantes de este trabajo, y algunas recomendaciones para la utilización de las líneas jurisprudenciales en el litigio estratégico en derechos humanos, en especial los relacionados con las garantías constitucionales de las mujeres.

VI. MARCOS DE REFERENCIA

1. MARCO HISTÓRICO

Como consecuencia de múltiples fenómenos sociales y políticos ocurridos en las últimas décadas del siglo XX en Colombia, la ciudadanía representada en partidos políticos no tradicionales se movilizó en pro de una transformación política; el país afrontaba una fuerte crisis institucional y una deuda eterna con los colombianos en la consolidación de un sistema judicial que respetara las garantías mínimas de las personas.

El orden constitucional que imperaba era obsoleto, la constitución que antecede a la promulgada en 1991 tenía más de 110 años; y este orden constitucional de cara al estado de sitio que afrontaba el país, resultaba insuficiente para afrontar las grandes

oleadas de violencia producto del narcotráfico, en Colombia la violación sistemática de los derechos fundamentales ha sido una constante.

La desmovilización del grupo guerrillero del M-19 junto con el inconformismo generalizado de la sociedad, dieron como resultado el movimiento estudiantil y ciudadano de la séptima papeleta que contribuyó de forma contundente en la instalación de la asamblea nacional constituyente.

Es en este contexto que nace la acción de tutela junto con la Corte Constitucional de Colombia, cuyo principal objetivo es garantizar la protección de los derechos fundamentales de la ciudadanía.

La Corte Constitucional fue creada en 1991 e instalada el 17 de febrero de 1992, reemplazando en sus funciones a la anterior Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. La Corte Suprema de Justicia estaba integrada por las Salas Penal, Laboral, Civil y Constitucional.²

La acción de tutela se convirtió en la más importante institución procesal de rango constitucional en la historia colombiana; ha supuesto una verdadera revolución judicial que ha traído aparejada el avance democrático más tangible en el país al materializar la eficacia de los derechos constitucionales en el día a día, en la cotidianidad más evidente de los colombianos. (Carrera Silva, 2011,76).

Con anterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991, y la correspondiente transformación judicial que trajo consigo, ya existían algunas disposiciones jurídicas en materia de garantía de derechos de las mujeres, aunque obsoletas suponían un primer avance en la construcción de un conjunto de normas destinado exclusivamente a ellas.³

² <https://www.corteconstitucional.gov.co/preguntasfrecuentes.php>

³ 1892. Ley 8°. permitió comparecencia de las mujeres como testigo en actos civiles.
1932. Ley 28: otorgó capacidad a las mujeres casadas, aunque limitada.
1936. Acto legislativo: autorizó a las mujeres a desempeñar cargos públicos.
1954. Acto legislativo 3: reconoció el derecho al voto por parte de las mujeres. Solo a partir de 1957 se tuvo el derecho a elegir y ser elegida.
Decreto 2820 de 1974: otorgó iguales derechos a las mujeres y a los hombres.
1981. Ley 51: ratificó la convención CEDAW, que elimine la discriminación para las mujeres.
1990. Ley 50: da protección a la maternidad y prohíbe despido por motivo de embarazo o

2. MARCO JURIDICO

parafraseando a Herbert Kruger- que las leyes valgan en el ámbito de los derechos fundamentales en lugar de que los derechos fundamentales sólo valgan en el ámbito de la ley.⁴

Colombia cuenta con una carta política muy robusta, en cuanto al conjunto de derechos y principios que consagra, y las obligaciones impuestas a la administración para hacer valer las garantías que allí se plasman dentro del Estado Social de derecho. Adicionalmente, las demás normas (leyes, decretos, actos legislativos, ordenanzas etc.) que componen el ordenamiento jurídico y por el que se rige la vida pública y privada de los ciudadanos, contemplan obligaciones y mecanismos para la garantía efectiva de la igualdad de mujeres y hombres.

Sin embargo, esta colección de disposiciones jurídicas garantistas no traduce en un ejercicio efectivo de los derechos en ellas consagrados, no solo los atinentes a las mujeres sino también al resto de la sociedad, esto debido a las características propias de un país que ha estado influenciado en su desarrollo económico y político, por un inacabado estado de sitio y la sistemática violación de derechos fundamentales.

LAS MUJERES EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Es necesario en el presente trabajo hacer una reseña sobre el marco normativo para la igualdad de mujeres y hombres en el ordenamiento jurídico colombiano, esto con el fin de entender el alcance de los derechos y garantías reconocidos a las mujeres, que son susceptibles de ser amparados por la acción de tutela, y de su eventual revisión por parte de la Corte Constitucional.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

lactancia.

1990. Ley 54: reconoce la unión marital de hecho y la sociedad conyugal entre compañeros permanentes

⁴ Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, 1950, p. 12, (Corte Constitucional, Sentencia No. T-406/92.

Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ONU 1979, ratificada por Colombia mediante la Ley 51 de 1981.

Esta convención ha tenido una fuerte influencia en la modificación de los instrumentos que componen los ordenamientos jurídicos, pero en particular en la creación de las más recientes cartas políticas de América Latina, las cuales contemplaron en su diseño la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre la base de igualdad promovida por esta convención.

Esta obligación está señalada en el artículo No. 2

- a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
- b) c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; (CEDAW) ONU 1979, art. 9]

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las mujeres (Convención de Belém do Pará).

En esta Convención se afirma que la violencia contra las mujeres constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a las mujeres el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades; y que la eliminación de la violencia contra las mujeres es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida.⁵

Colombia aprobó la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, suscrita en la ciudad de Belem Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994, mediante la Ley 248 de 1995.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

⁵ Convención de Belém do Pará, Preámbulo, 9 de junio de 1994.

Su artículo 11 señala que “los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.

Así mismo el artículo 2 numeral 2 señala que los Estados parte “se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

El Estado colombiano a través de la Ley 74 de 1968 aprobó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por lo que se encuentra obligado de acuerdo con el artículo 3, a comprometerse y a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José de Costa Rica).

Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

INSTRUMENTOS NACIONALES.

La **Constitución política del 1991**, siendo norma de normas (Const., 1991, art. 4), señala un conjunto de principios, derechos y deberes, cuyo origen se encuentra en la disposición de que Colombia es Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana,

en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Const., 1991, art. 1).

Y en el desarrollo de esos principios y valores fundamentados en el concepto de Estado social de derecho, derivaron en derechos y en instrumentos que permiten la garantía de estos.⁶

LEYES Y DECRETOS

Con posterioridad a la expedición de la Constitución Política de Colombia y atendiendo a las obligaciones impuestas en la carta política y en especial en el preámbulo, o sea en la consolidación del estado social de derecho, la rama legislativa impulso diversos proyectos de Ley cuyo objeto correspondía al fortalecimiento normativo para la protección de los derechos de la ciudadanía y para el caso en estudio de los derechos de las mujeres.

Estas leyes están enfocadas en principio en la creación de instrumentos que permitan la materialización de los derechos enunciados en la constitución, así como en la creación de mecanismo para la erradicación de la violencia de género, y no menos importante en la incorporación a nivel legislativo de las obligaciones impuesta por el órgano judicial en los fallos de tutela o de control de constitucionalidad en favor de la consolidación de las garantías fundamentales de las mujeres. A continuación, se hace

⁶ **Artículo 5.** El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho (...) garantizaran la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública.

Artículo 43. La mujer y el hombre tienen los mismos derechos y oportunidades.

un breve resumen de las normas y el objeto de las mismas que fueron expedidas para intentar materializar los derechos de las mujeres en el estado social de derecho.

- Ley 82 de 1993, por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a las mujeres cabeza de familia
- Ley 581 de 2000, reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público.
- Ley 731 de 2002, tiene por objeto mejorar la calidad de vida de las mujeres rurales, priorizando las de bajos recursos y consagrar medidas específicas encaminadas a acelerar la equidad entre el hombre y la mujer rural.
- Ley 882 de 2004. Por medio de la cual se modifica el artículo 229 de la Ley 599 de 2000. Conocida como “Ley de ojos morados”, que penaliza delito violencia intrafamiliar.
- Ley 823 de 2006. La presente ley tiene por objeto establecer el marco institucional y orientar las políticas y acciones por parte del Gobierno para garantizar la equidad y la igualdad de oportunidades de las mujeres, en los ámbitos público y privado y se fundamenta en el reconocimiento constitucional de la igualdad jurídica, real y efectiva de derechos y oportunidades de mujeres y hombres, en el respeto de la dignidad humana y en los principios consagrados en los acuerdos internacionales sobre esta materia.
- La igualdad de oportunidades para las mujeres, y especialmente para las niñas, es parte inalienable, imprescriptible e indivisible de los derechos humanos y libertades fundamentales (Ley 823, 2006, art. 1 y 2).
- Ley 1010 de 2006, La presente ley tiene por objeto definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral privada o pública.
- Ley 1257 de 2008, La presente ley tiene por objeto la adopción de normas que permitan garantizar para todas las mujeres una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, el ejercicio de los derechos reconocidos

en el ordenamiento jurídico interno e internacional, el acceso a los procedimientos administrativos y judiciales para su protección y atención, y la adopción de las políticas públicas necesarias para su realización.

- Ley 1413, de 11 de noviembre de 2010: “Por medio de la cual se regula la inclusión de la economía del cuidado en el sistema de cuentas nacionales con el objeto de medir la contribución de la mujer en el desarrollo económico y social del país como herramienta fundamental para la definición de implementación de políticas públicas”.
- Ley 1542 de 2012, que tiene por objeto garantizar la protección y diligencia de las autoridades en la investigación de los presuntos delitos de violencia contra las mujeres y eliminar el carácter de querellables y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, tipificados en los artículos 229 y 233 del Código Penal.

3. MARCO CONSTITUCIONAL

3.1 LA ACCIÓN DE TUTELA

Colombia es un Estado social de derecho (Const., 1991) que recoge un conjunto de principios, derechos y deberes⁷, estableciendo que los fines del estado son servir a la comunidad, promover la prosperidad general y otorgar garantía a los derechos; la constitución Política de Colombia de 1991 es producto del movimiento político de la séptima papeleta, carta política que se enmarca en el nuevo constitucionalismo latinoamericano que se puede describir como el derrumbe del tradicional Estado de derecho para dar paso al surgimiento de un Estado constitucional o, en otras palabras, la sustitución del “principio de legalidad” por la prevalencia del “principio de constitucionalidad” (Carrera Silva, 2011,72].

En el sistema anterior (Constitución de 1886) la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela (Corte Constitucional, Sentencia No. T- 406/92), puesto que uno de los fines que persigue el Estado social de derecho consiste en la garantía de lo establecido

⁷ CP Art. 2

como derechos fundamentales en la carta política, y que para su realización objetiva dentro del ordenamiento jurídico se requiere de instrumentos coercitivos y con poder jurídico encaminados a la realización de los derechos, y esto se traduce en una nueva estrategia, enfocada a la protección de los derechos de mujeres y hombres, trasladando la obligación de garantía de la administración pública (Rama Ejecutiva) o el legislador, ***al juez de forma prioritaria y preferente, confiriéndose a este la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales.***

La Constitución Política define la acción de tutela en su artículo 86:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

La acción de tutela se encuentra reglamentada por el Decreto -Ley 2591 de 1991, que entre otras cosas señala y da alcance al objeto señalado en el artículo 86 de la Constitución Política.

ARTICULO 1o. OBJETO. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la

protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad o de los particulares en los casos que señale este Decreto⁸. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.

La acción de tutela procederá aún bajo los estados de excepción. Cuando la medida excepcional se refiera a derechos, la tutela se podrá ejercer por lo menos para defender su contenido esencial, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución autorice y de lo que establezca la correspondiente ley estatutaria de los estados de excepción. (Ley 2591, 1991, art. 1)

Pese a que la acción de tutela fue concebida para la protección de los derechos constitucionales fundamentales, que son los señalados expresamente en la Constitución Título II, Capítulo I, el artículo 2 del decreto ley antes mencionado indica que es posible la protección de derechos que estén fuera de los llamados derechos de primera generación, puesto que “la acción de tutela garantiza derechos constitucionales fundamentales nominados e innominados cuando una decisión de tutela se refiere a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión”. (Ley 2591, 1991, art. 2)⁹

La acción de tutela como un proceso sumario y de fácil acceso para la protección inmediata de derechos, se ha consagrado como el mecanismo más importante y de mayor preferencia para el acceso a la justicia de los sectores más débiles y vulnerables, así mismo promueve una cultura genuinamente fundada en el respeto de los derechos fundamentales (Botero Catalina, 2009),18].

⁸ Apartes subrayados declarados EXEQUIBLES por la Corte Constitucional, mediante Sentencia No. C-018-93, del 25 de enero de 1993, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Martínez.

⁹ Esta afirmación está respaldada por el concepto emitido por el Consejo de Estado de fecha 5 febrero de 1992

3.2 NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Consiste en una acción judicial subsidiaria o residual, específica, informal, autónoma, preferente y sumaria dirigida a permitir el control constitucional de las acciones u omisiones de todas las autoridades y excepcionalmente de los particulares.

Las transformaciones que aporta el nuevo constitucionalismo latinoamericano han dado como resultado la incorporación de dispositivos jurídicos que garanticen el total sometimiento de las expresiones de poder a través de la administración de justicia. Y” la acción de tutela consagrada en la Constitución colombiana de 1991 es un ejemplo claro de dichos dispositivos”, (Carrera Silva, 2011,74].

Este mecanismo constitucional se caracteriza por ser una acción subsidiaria o residual. Esta acción no sustituye los medios judiciales existentes, sino por el contrario garantiza el agotamiento de los mismos, en consecuencia, si el juez al momento de proferir sentencia identifica la existencia de algún medio judicial adecuado para la protección del derecho, debe declarar la improcedibilidad de la acción de tutela. Sin embargo, se ha previsto una excepción a dicha regla que coloca en cabeza del juez competente el deber de analizar, caso por caso, no sólo la existencia o no de medios judiciales alternativos, sino, además, su idoneidad y eficacia para proteger el derecho amenazado o vulnerado (Carrera Silva), 2011,72].

Un ejemplo de esto es la acción de tutela para la garantía inmediata del derecho a la estabilidad laboral reforzada, que puede ser vulnerado cuando una mujer en estado de embarazo es despedida en estado de gestación o dentro de los tres meses posteriores al parto, pese a que existe una acción ordinaria para atender este despropósito ¹⁰ el proseguir con este tipo de acción conminaría a una vulneración colectiva derechos (salud, vida, trabajo, mínimo vital etc), toda vez que este tipo de procedimientos judiciales tienen un tiempo estimado de sentencia entre 2 a 7 años, por lo que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para proteger estas amenazas a las garantías constitucionales pese haber otros medios judiciales.

¹⁰ Proceso ordinario laboral declarativo de terminación de contrato sin justa causa, regulado en los artículos, Art 12, 25, 26, 27, 50, 70, 71, y 72 Código de Procedimiento Laboral.

3.3 DERECHOS OBJETO DE TUTELA

Otra de las características de la acción de tutela es su especificidad, la cual consiste en la determinación de derechos que son susceptibles de protección por medio de este mecanismo judicial.

La Constitución Política de Colombia señala en su artículo 86 que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus **derechos constitucionales fundamentales**, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (la negrita es propia); sin embargo, la constitución no menciona en ningún artículo cuales son los derechos que pertenecen a la categoría de fundamentales. Es por ello que la Corte Constitucional, en varios pronunciamientos, ha definido que existe un **catálogo abierto de derechos fundamentales** que admiten su protección por vía de tutela.

Frente a la evidente utilización de fórmulas lingüísticas empleadas por el Constituyente para hacer alusión a las garantías y prerrogativas de connotación fundamental, esta Corporación, desde sus albores y a través de diversos pronunciamientos, ha sostenido que hacen parte de lo que se ha denominado un *“catálogo abierto de derechos fundamentales”*¹¹, “conforme con el cual se determinó, a partir de una interpretación sistemática de los artículos 93, 94 y 214 Superiores¹², que los mismos no se agotan en la mera literalidad del Capítulo 1 del Título II de la Constitución Política¹³ o que sólo

¹² Constitución Política de 1991. “(...) Artículo 93: Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Artículo 94: La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

¹³ Ver, entre muchas otras, las Sentencias T-002 de 1992 y T-406 de 1992.

sean susceptibles de protección constitucional por vía de la acción de tutela aquellos de aplicación inmediata que se encuentran enumerados taxativamente en el artículo 85 de la Carta Política”¹⁴. (Corte Constitucional, Sentencia No. T-212/09).

De acuerdo con lo anterior, a través del desarrollo jurisprudencial y doctrinal se han definido seis “tipos” de derechos fundamentales según el criterio que ha sido utilizado para identificarlos como tal. Los “tipos de derechos” o criterios de fundamentalidad que son objeto de garantía son los siguientes: (1) derechos de aplicación inmediata enunciados en el artículo 85 de la Constitución; (2) derechos subjetivos susceptibles de ser amparados directamente por el juez, contenidos en el Capítulo 1 del Título II de la Carta; (3) derechos fundamentales por expreso mandato constitucional; (4) derechos que integran el bloque de constitucionalidad (*strictu sensu*); (5) derechos innominados; (6) derechos fundamentales por conexidad. (Botero Catalina, 2009,24].

De los seis tipos de derechos antes mencionados, se referencian de forma sucinta los que por el desarrollo jurisprudencial y normativo son considerados fundamentales y objeto de protección por vía de tutela, pese a no estar consagrados como tal en la carta política.

Derechos que integran el bloque de constitucionalidad: El concepto de bloque de constitucionalidad hace referencia a normas de rango o jerarquía constitucional que no aparecen directamente en el texto de la Constitución Política, pero que, por mandato expreso o tácito de esta última, tienen, para todos los efectos, su misma fuerza normativa. Jurisprudencialmente se ha definido que el bloque de constitucionalidad está conformado por:

- a. El preámbulo de la Constitución;
- b. La Constitución;
- c. Los tratados limítrofes de derecho internacional ratificados por Colombia;
- d. La ley estatutaria que regula los estados de excepción;

¹⁴ Al respecto, consultar la Sentencia T-457 de 1992. En dicha providencia se revocó un fallo judicial proferido por el Consejo de Estado en el que se acogía como criterio para determinar cuáles derechos eran susceptibles de ser protegidos por medio de la acción de tutela, aquellos que se encontraban taxativamente enunciados como de aplicación inmediata por el artículo 85 de la Constitución Política.

- e. Los tratados de Derecho Internacional Humanitario;
- f. Los tratados de derecho internacional que reconocen derechos intangibles;
- g. Los artículos de los tratados de derecho internacional de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta; y
- h. La doctrina elaborada por los tribunales internacionales u órganos de control de los tratados de derechos humanos en relación con esas normas internacionales restrictivamente y sólo en determinados casos. (Arango Olaya, M. 2004) 24].

Entre estos se encuentran algunos tratados y convenios internacionales, junto con una colección de disposiciones jurídicas nacionales que *“tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias”, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional.* (Corte Constitucional, Sentencia No. T-582/99).

El desarrollo progresivo del bloque de constitucionalidad ha ido fragmentando los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Si bien la Corte Constitucional ha establecido que los tratados de derecho internacional de derechos humanos ratificados por Colombia son un criterio relevante para la interpretación de los derechos humanos que se encuentren consagrados en la Constitución, su inclusión al bloque de constitucionalidad no ha sido completa sino que se ha ido aceptando paulatinamente la entrada de ciertos derechos, aquellos que se consideran intangibles, fragmentando así los referidos cuerpos. (Arango Olaya, M. 2004) 25]

Derechos innominados: La Corte ha establecido que en la Constitución existen algunos derechos que se encuentran implícitos en el ámbito de protección de distintas disposiciones jurídicas iusfundamentales (Botero Catalina, 2009,34], que no se encuentran señalados de forma expresa en la carta política, pero que tienen una fuerza vinculante igual que los derechos fundamentales descritos en el título II. De la Constitución, estableciendo como innominados los siguientes derechos:

- Derecho a la dignidad humana
- Derecho al mínimo vital
- Derecho a la seguridad personal

- Derecho a la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección constitucional; jurisprudencialmente se ha señalado como integrantes de estos grupos de especial protección (mujeres en estado de embarazo, madres cabeza de familia, personas en situación de discapacidad física o cognitiva).

Derechos fundamentales por conexidad

Pese a no tener el carácter de fundamentales su amenaza o vulneración puede comprometer o poner en peligro otros derechos de rango constitucional, y estos son los derechos económicos sociales y culturales (DESC).

Tales derechos son de aplicación diferida y progresiva en el tiempo e íntimamente ligada con los periodos presidenciales, tomando como base la necesidad monetaria para su ejecución y garantía efectiva; por ello la progresividad efectiva se ha entendido como un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo, exigiendo un proceso dinámico de implementación. (Monero Perez, 2014,421]

La noción de progresividad implica la obligación de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los derechos económicos sociales y culturales y la prohibición de adoptar medidas regresivas (prohibición de regresividad).

En Colombia la noción de progresividad es la base de ejecución de los programas orientados a la protección de derechos económicos sociales y culturales, razón por la cual su garantía y justiciabilidad se encuentran reducidas frente a otros derechos de aplicación inmediata, “sirva como planteamiento general que se ha avanzado mucho en materia de garantía de los derechos fundamentales de las personas, pero el modelo de juridificación y de protecciones es insuficiente” (...) (Monero Perez, 2014, 45], en lo que respecta a los DESC.

En materia de derechos económicos, sociales y culturales existen obligaciones inmediatas, que la progresividad no significa absoluta discrecionalidad para el Estado, y que los derechos incluidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales pueden ser protegidos por mecanismo jurisdiccionales (Courtis & Otros, 2014, 523].

De acuerdo a la teoría del profesor Courtis, la progresividad no puede ser vista como la facultad de absoluta discrecionalidad del estado en la protección de los derechos

económicos, sociales y culturales. “Los derechos sociales completan la evolución de la ciudadanía bajo el impulso hacia la igualdad social, tratándose de una igualdad de <estatus> que compensaba, atenuándolas disparidades de ingreso y las desigualdades de clase. Se trata de poner en práctica una política de bienestar de carácter igualitario que unifica la trinidad de derechos inherentes a la ciudadanía”. (Monero Perez, 2014), 412].

3.4 DEL PROCEDIMIENTO DE LA TUTELA EN SEDE DE REVISIÓN EVENTUAL POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

De acuerdo con lo enunciado en el artículo 51 y 52 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional¹⁵, el proceso de selección de tutelas está orientado por unos principios y por unos criterios:

El proceso de selección de fallos de tutela estará orientado por el respeto de los siguientes principios constitucionales: transparencia, moralidad, racionalidad, eficacia, publicidad, autonomía judicial, economía procesal, celeridad, imparcialidad y seguridad jurídica.

Criterios objetivos: unificación de jurisprudencia, asunto novedoso, necesidad de pronunciarse sobre una determinada línea jurisprudencial, exigencia de aclarar el contenido y alcance de un derecho fundamental, posible violación o desconocimiento de un precedente de la Corte Constitucional.

Criterios subjetivos: urgencia de proteger un derecho fundamental o la necesidad de materializar un enfoque diferencial.

Criterios complementarios: lucha contra la corrupción, examen de pronunciamientos de instancias internacionales judiciales o cuasi judiciales, tutela contra providencias judiciales en los términos de la jurisprudencia constitucional; preservación del interés general y grave afectación del patrimonio público.

Sin perjuicio de estos criterios orientadores, el trámite de selección de tutelas que adelanta este Tribunal es discrecional, por lo cual estos criterios son meramente enunciativos.

¹⁵ (Acuerdo 02 de 2015) Corte Constitucional

La revisión tiene, entre otras, la finalidad de servir de instrumento de fijación del sentido de los textos. Su alcance, por lo menos en términos prácticos, no se limita a la solución definitiva del caso que se presenta para su conocimiento, sino que va mucho más allá: sirve de pauta a todas las autoridades para la interpretación y aplicación de los derechos. Es innegable el valor pedagógico e incluso "normativo-general" de la jurisprudencia de tutela que crea la Corte Constitucional (Corte Constitucional, Sentencia No. T-406/92),4].

En consecuencia, la Corte Constitucional juega un papel fundamental en la consolidación el Estado Social de Derecho, generando condiciones jurídico - vinculantes que permiten el goce efectivo de derechos tanto de mujeres como de hombres, pues en el sistema judicial no solo las personas se juegan sus derechos, sino que, además, existe evidencia importante de que sin un sistema judicial eficaz e independiente, es imposible consolidar un Estado de derecho sólido o lograr el desarrollo económico (Uprimy Rodrigo, 2008) 34].

En la facultad de anular, por razones constitucionales, las decisiones de los otros jueces en el marco de la acción de tutela, la Corte se ha ido imponiendo como un supertribunal. Y esto también facilita su activismo, puesto que la sociología comparada ha mostrado que tiende a haber mayor protagonismo judicial de cúpula en aquellos países en donde una sola corte concentra la mayor parte de las atribuciones y es suprema (Uprimy Rodrigo y Garcia Mauricio, 2008) 34].

VII. ASPECTOS METODOLÓGICOS

Teniendo en cuenta la importancia que representa el tema objeto de estudio, en el quehacer jurídico y social en Colombia, la presente investigación se clasifica como dogmático-jurídica dado que se analizara y documentara desde una óptica del feminismo jurídico o feminist jurisprudence. Se hace necesario indicar que el paradigma a seguir es de tipo cualitativo, y la forma de investigación es teórica descriptiva.

El paradigma cualitativo posee un fundamento decididamente humanista para entender la realidad social de la posición idealista, que resalta una concepción evolutiva y negociada del orden social. El paradigma cualitativo percibe la vida social como la creatividad compartida de los individuos. El hecho de que sea compartida determina una realidad percibida como objetiva, viva y cognoscible para todos los participantes en la interacción social. Además, el mundo social no es fijo ni estático

sino cambiante, mudable, dinámico. En este paradigma los individuos son conceptuados como agentes activos en la construcción y determinación de las realidades que encuentran, en vez de responder a la manera de un robot según las expectativas de sus papeles que hayan establecido las estructuras sociales. No existen series de reacciones tajantes a las situaciones, sino que, por el contrario, y a través de un proceso negociado e interpretativo, emerge una trama aceptada de interacción. (ICESI, 2017, pág. 2)

Esta investigación corresponde a un estudio descriptivo y documental, dado que su objeto corresponde al estudio de la acción de tutela como herramienta para la garantía de los derechos de la mujer y en particular la igualdad efectiva y no discriminación a través del análisis de sentencias en el marco del trámite de revisión.

Dado que se pretende definir cuáles es el alcance y la naturaleza de la acción de tutela, junto con la identificación de los fallos judiciales más relevantes en el campo de los derechos de la mujer en materia de igualdad y no discriminación, se habla de un fenómeno ocurrido y existente, por lo que su carácter es descriptivo, y de método deductivo.

La deducción es el método que permite pasar de afirmaciones de carácter general a hechos particulares. Proviene de deductivo que significa descender. Este método fue ampliamente utilizado por Aristóteles en la silogística en donde a partir de ciertas premisas se derivan conclusiones. (Ruiz. R. 2007. Pág. 20)

El enfoque de la presente investigación es cualitativo, puesto que la **acción de tutela y el trámite de revisión adelantado por la Corte Constitucional** ya se encuentran establecidos en las diferentes disposiciones normativas que componen el ordenamiento jurídico colombiano, y porque se centra describir, comprender e interpretar los fenómenos derivados de la aplicación de las acciones judiciales antes mencionadas.

El tipo de investigación estará determinado por parámetros guía dados por un estudio dogmático-jurídico, ya que se busca identificar y definir el alcance normativo y jurisprudencial de la acción de tutela y de los fallos emitidos en estado de revisión, describiendo su incidencia en el momento, condiciones y espacios determinados y enunciándolos ampliamente a lo largo de la investigación. Las técnicas utilizadas serán el análisis documental y el análisis jurisprudencial y esta observación será de manera sistemática.

Estudio explicativo: los estudios explicativos van más allá de la descripción de conceptos o fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos; están dirigido a responder a las causas de los eventos físicos o sociales. Su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y bajo qué condiciones esta se da. Por ejemplo, si se realiza una encuesta a una comuna preguntando las preferencias por un candidato, un estudio explicativo será señalar, porqué alguien habrá de votar por el candidato X y no por otro. (Solano de Jinete. N. & Sepúlveda López. M, 2008, Pág. 38)

VIII. MARCO TEÓRICO- CONCEPTUAL

1. ACTIVISMO PROGRESISTA DE LA CORTE; REMEDIOS JUDICIALES, Y PODERES DEL JUEZ EN BÚSQUEDA DE LA EFICACIA INSTRUMENTAL DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES

Un diagnóstico del aparato judicial colombiano no es fácil, porque la justicia en nuestro país combina rasgos paradójicos. De un lado, Colombia atraviesa una crisis judicial profunda que no permite que el aparato de justicia satisfaga las demandas de la población. Pero de otro lado, el aparato judicial colombiano dista de haber colapsado. De hecho, en muy pocas fases de la historia colombiana los jueces han tenido tanta incidencia en los asuntos políticos y públicos. (UPRIMNY, 2008).

El papel de la Corte Constitucional desde su creación ha sido fundamental en la garantía de los derechos de los ciudadanos y en la consolidación del Estado social de derecho, sus pronunciamientos han modificado sustancialmente el ordenamiento jurídico y han fijado las reglas de interpretación y especificidad para fallar en la garantía de los derechos de la ciudadanía y de los grupos tradicionalmente discriminados.

Este activismo progresista de la Corte Constitucional se ha reflejado en sus fallos los cuales se configuran como la máxima expresión y regla nominativa de la garantía de los derechos fundamentales propiamente dichos o los que componen el bloque de constitucionalidad.

Esta labor de la Corte ha significado un aporte relevante y de interés para el nuevo constitucionalismo latinoamericano, este activismo se ha manifestado en tres ejes temáticos: i) fallos de tutela en sede de revisión, ii) fallos de sentencia en procesos de

constitucionalidad, iii) en la creación de nuevas figuras jurídicas para amparar de forma colectiva los derechos fundamentales violados de determinados grupos sociales.

La Corte a lo largo de estas casi tres décadas de funcionamiento a propiciado un ambiente basado en los principios constitucionales: transparencia, moralidad, racionalidad, eficacia, publicidad, autonomía judicial, economía procesal, celeridad, imparcialidad y seguridad jurídica, en el pronunciamiento de

Frente al primer eje temático la Corte se ha pronunciado en un sinnúmero de temas y en particular los relacionados con la consolidación efectiva de las garantías de las mujeres, niñas y adolescentes, entre estos fallos se destacan los siguientes,

1. C-410 de 1994. Discriminación histórica de la que ha sido objeto la mujer. Se fija la igualdad en el acceso a la seguridad para las mujeres.
2. T-624 de 1995. Se concluyó que la prohibición de entrada de mujeres a la Infantería de Marina viola el derecho a la igualdad.
3. T-304 del 2004. Permite la procedencia de la acción de tutela cuando exista discusión acerca si la madre ha cotizado o no durante el periodo de gestación. Se garantiza el derecho a la salud y a la vida de la madre y del no nacido.
4. C-355 del 2006. Se despenaliza el aborto en Colombia, y reconoce que la interrupción voluntaria del embarazo es un derecho íntimamente ligado a la salud y al libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación, sin embargo, esta interrupción solo procede en tres casos particulares: cuando el embarazo es producto de una violación, cuando el feto tiene malformaciones que hacen inviable su vida y cuando pone en riesgo la salud de la mujer. Este fallo constituye el hito más importante en la consolidación de las garantías de las mujeres y el pleno ejercicio de sus derechos.

A la fecha se han formulado un sinnúmero de acciones jurídicas tendientes a revocar lo concedido por la Corte Constitucional, sin que a la fecha haya resultado favorable ninguna.

5. T-646 del 2012. La corporación respalda la ampliación de licencia de maternidad en casos de bebés prematuros.
6. T-967 del 2014. Se incluyen la conducta de celos enfermizos como maltrato psicológico 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.

7. T-022 del 2014. Las cirugías reconstructivas para las mujeres en casos de cáncer u otras enfermedades que generen deformidad o limitación física o psicológica no son cuestiones estéticas, en tanto protegen la salud mental y dignidad de las mujeres.

8. T-012 del 2016. Se fija la base jurisprudencial para proteger a las mujeres de la violencia económica.

9. T-735 del 2017. Determina que el Estado se convierte en un segundo agresor cuando sus funcionarios no toman medidas de protección contra violencia de género en plazos razonables.

10. T-126 del 2018. Se obliga a los operadores judiciales a reevaluar el uso del lenguaje en procesos de violencia contra la mujer.

11. T-267 del 2018. El alto tribunal fija las bases jurisprudenciales para aplicar la perspectiva de género en materia de protección a la población penitenciaria y carcelaria¹⁶.

Y por último y no menos importante a la Corte Constitucional Colombiana se le atribuye la creación de la figura jurídica del *Estado de Cosas Inconstitucionales*, que le permite a la corporación dentro del trámite de la acción de tutela, proferir decisiones con destinatarios colectivos y con efectos, económicos y de órdenes legislativas, como respuesta a la reiterada y sistemática vulneración de derechos fundamentales

El *Estado de Cosas Inconstitucionales* nace de la necesidad del sistema judicial de poder garantizar derechos fundamentales y básicos a ciertos grupos sociales, y se ha utilizado en ocho ocasiones en Colombia y ha sido replicada en algunos países de América latina como Brasil y Costa Rica; esta se materializa cuando existe una (i) *vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un*

¹⁶ La Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial de la República de Colombia, ha diseñado un catálogo de jurisprudencia de fallos de tutela en sede de revisión, en los ejes temáticos de igualdad y no discriminación de las mujeres, y otros derechos, se puede consultar en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/equidaddegenero.php?cuadro=>

número significativo de personas; y (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos.

2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: ASPECTOS METODOLOGICOS

Para realizar el análisis jurisprudencial propuesto en el objeto de este proyecto de investigación, se tomaron como aspectos metodológicos, la documentación, selección, descripción y análisis de diversos fallos constitucionales de tutela en sede de revisión por la Corte Constitucional Colombiana.

Para la selección de las sentencias a analizar se hizo una selección inicial de fallos, los cuales se agruparon cuatro ejes temáticos:

- i) Igualdad y prohibición de discriminación compuesto por las siguientes sentencias T-624 de 1995, T-022 de 2014, T-366 de 2019.
- ii) Protección a la maternidad compuesto por las siguientes sentencias: Sentencias T-304 del 2004 y T-646 de 2012.
- iii) Derechos reproductivos y sexuales/derecho a la salud, compuesto por las siguientes sentencias: Sentencia C-355 de 2006 y T-398 de 2019.
- iv) Violencia de género compuesto por las siguientes sentencias: Sentencia T-967 de 2014, T-012 de 2016, T-735 de 2017 y T-126 de 2018.

Para esta investigación se decidió analizar el eje temático No. 1 i) Igualdad y prohibición de discriminación compuesto por las siguientes sentencias T-624 de 1995, T-022 del 2014, T-366 de 2019.

Y para su análisis, se tuvieron en cuenta los siguientes aspectos:

- i) Conceptos base, utilizados en el pronunciamiento del fallo de tutela.
- ii) Hechos facticos y jurídicos que crearon la situación de desigualdad y discriminación.
- iii) Problema jurídico que enuncia la Corte, consistente en el objeto del litigio, delimitación constitucional de la controversia materia de estudio.
- iv) *Ratio decidendi* y sentido del fallo, señalamiento de las reglas jurídicas que dan sustento a la providencia.

v) Salvamento de voto, análisis de oposición al reconocimiento de las garantías constitucionales contentivas de dichos fallos de tutela.

vi) Y análisis del pronunciamiento desde una óptica del feminismo jurídico o feminist jurisprudence.

Se hace especial énfasis en las reglas constitucionales creadas por vía jurisprudencial que delimitan y fundamentan los fallos de tutela en sede de revisión, que corresponde a la *Ratio decidendi*. Sobre esta la Corte ha señalado que “puede considerarse que se ha identificado adecuadamente la ratio de una sentencia de constitucionalidad, cuando: i) La sola ratio constituye en sí misma una regla con un grado de especificidad suficientemente claro, que permite resolver efectivamente si la norma juzgada se ajusta o no a la Constitución. Lo que resulte ajeno a esa identificación inmediata, no debe ser considerado como ratio del fallo; ii) la ratio es asimilable al contenido de regla que implica, en sí misma, una autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución; y iii) la ratio generalmente responde al problema jurídico que se plantea en el caso, y se enuncia como una regla jurisprudencial que fija el sentido de la norma constitucional, en la cual se basó la Corte para abordar dicho problema jurídico” (Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-292/06)

Providencias ulteriores, han reconocido naturalmente además el valor vinculante de la *ratio decidendi* en materia de tutela. De hecho, se ha concluido que en caso de discrepancia entre otras autoridades y esta Corporación frente a interpretaciones constitucionales, prevalecen las consideraciones fijadas por la Corte Constitucional en razón de su competencia de guarda de la supremacía de la Carta¹⁷.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: Eje Igualdad y prohibición de discriminación, derecho a la salud y a la dignidad humana.

“Las mujeres sólo han sido identificadas por su sexo, mientras los hombres han tenido identidad en sus espacios de actividad. Esta descompensación debe ser punto de partida de un nuevo juego de posibles. En esta coyuntura de incertidumbres, las mujeres tienen una memoria corporal, una disposición psicológica y una posición epistemológica, depositadas en su experiencia existencial del margen y

¹⁷ Sentencia T-292/06, página 1

de la alteridad, que les permiten trabajar con peculiar libertad y urgencia creativa” (Godina Herra, 2003)

La violencia de género, ha estado tan naturalizada, normalizada y aceptada a lo largo del tiempo, en las sociedades latinoamericanas como en sus distintos ordenamientos jurídicos, la violencia en su fin más primitivo ha sido siempre preservar el orden social, jurídico, económico, cultura etc., de la dominación del hombre sobre la mujer.

Los ordenamientos jurídicos siempre han sido reacios a incorporar materialmente y no solo enunciativamente la violencia de género como agente discriminador hacia la mujer, esto se debe a que dicho reconocimiento alteraría el orden social, económico y jurídico impuesto desde una óptica androcentrista, la violencia como discriminación no conoce de estrato social, etnia posición académica o económica, la violencia está en todos los estamentos sociales, para el presente trabajo se abordara desde las representaciones androcentristas de la mujer en los medios, a través de una revisión crítica de los mismos, así como los movimientos la influencia de la teoría feminista en la incorporación de la perspectiva de género en los medios.

En palabras de Beatriz Fainholc, los medios de comunicación como fuerzas sociales conservadoras favorecen que las mujeres se conviertan en el **“espectáculo pintoresco”** (Fainholc 1993) necesario para alimentar el imaginario parialcal de la sociedad latinoamericana, los medios representan “realidades” que nada tienen que ver con la realidad de la gente (Fainholc 1993).

La necesidad de reconocer la violencia de género como un elemento constitutivo y permanente de la idiosincrasia Colombiana, particularmente en el ámbito de las relaciones de pareja, las relaciones entre padres e hijas y en especial en el marco del conflicto armado ha conllevado a que acciones de tipo jurídico constitucionales pongan en la escena político jurídica la violencia contra la mujer

Es así que tanto los jueces de tutela y la Corte Constitucional empezaron a proferir fallos judiciales alejados de la tradición política y jurídica Colombiana, en caminados al reconocimiento de derechos y a la reparación de victimas en espacial de las mujeres violentadas en razón del género y con especial detalle en el marco del conflicto armado.

Esta revolución jurídica constitucional, despertó en los demás estamentos políticos y jurídicos así como en gran parte de la sociedad rechazo por la desmitificación de estereotipos y verdades dadas, profundamente arraigadas en la cultura colombiana, a

continuación se analizaran tres sentencias que tratan la desigualdad como violencia de género y la discriminación por razón del sexo.

3.1 Sentencia No. T-624/95

Sentencia No. T-624/95 Magistrado Ponente Jose Gregorio Hernández, Acción de tutela instaurada por Adriana Granados Vásquez contra la Escuela Naval "Almirante Padilla"

Conceptos Base: Principio de igualdad, igualdad de oportunidades, tratamiento diferenciado, derecho al libre desarrollo de la personalidad y libertad de escoger profesión u oficio.

Hechos jurídicamente relevantes:

ADRIANA GRANADOS VASQUEZ, estudiante de grado 11, actuando en nombre propio interpuso tutela en contra de la Escuela Naval "Almirante Padilla", por la presunta vulneración de sus derechos constitucionales consagrados en los artículos 13, 16, 26, 45 y 67 de la Constitución Política.

Dicha vulneración es consecuencia de los siguientes hechos y acciones.

- La estudiante Adriana Granados, desea hacer parte de la Armada Nacional, en calidad de infante de mariana.
- La Escuela Naval "Almirante Padilla" es la única institución de educación superior que ofrece el programa de infante de marina.
- Dicha escuela en sus fichas publicitarias y en los planes de admisión para la promoción y reclutamiento de estudiantes a su programa formativo está dirigido únicamente a hombres.
- La accionante se presentó a la Escuela Naval "Almirante Padilla" con el fin de ser admitida al programa de infante de mariana, y la respuesta recibida a su solicitud fue negativa en razón a su condición de ser mujer.

Trámite en primera instancia: el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, concedió la tutela impetrada y se ordenó a la Dirección de Reclutamiento de la Escuela Naval "Almirante Padilla" de la Armada Nacional disponer las medidas necesarias para restablecer el derecho de la solicitante a participar en el proceso de

incorporación a ese cuerpo armado. En el mismo fallo se conminó al establecimiento para que en el futuro se abstuviera de vedar la participación de la mujer en la oposición de méritos para acceder a la Armada Nacional.

Tramite en segunda instancia: La Corte Suprema de Justicia, consideró que el impugnador tenía razón por cuanto, a su juicio, la solicitud de tutela estaba llamada al fracaso, pues no se configuró una conducta discriminatoria de parte de la Armada ni tampoco ataque o amenaza a los derechos fundamentales de la peticionaria, toda vez que existían otras modalidades para ser parte de la Armada Nacional; mujeres profesionales vinculadas en áreas administrativas, por lo que procedió a revocar el fallo de primera instancia, bajo el argumento de que nunca se configuro una violación al derecho a la igualdad incoado por la accionante.

Problema jurídico que enuncia la Corte.

Revisado el problema jurídico se tiene que la presente acción de tutela se tiene dos fallos sustancialmente opuesto, el de primera instancia proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, reconoce el amparo solicitado por la accionante y obliga a la Escuela Naval “Almirante Padilla” a tramitar la solicitud de admisión como infante a la accionante junto con la incorporación de planes que generen igualdad de género en el proceso de selección de cadetes.

Sin embargo, dicho fallo fue impugnando por el accionado aduciendo falta de vulneración a los derechos incoados, tramite instrumental que correspondió a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. El argumento utilizado por el ad quem para revocar el fallo de primera instancia consistía en que no existía vulneración al derecho a la igualdad, “dado que principio de igualdad, según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos, es objetivo, pues se predica de la identidad entre los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Según esa doctrina, la naturaleza misma de las cosas puede, en sí misma, hacer imposible la aplicación del principio de la igualdad formal, en virtud de obstáculos de orden natural, biológico, moral o material”¹⁸

Y usando como referencia lo anteriormente descrito y el argumento dado por la Escuela Naval existen mujeres que hacen parte de la Armada Nacional, pero estas

¹⁸ Sentencia No. T-624/95, página 6.

pueden vincularse en la modalidad de cuerpo administrativo cuando cuenten con un título universitario.

En consecuencia, la Corte tiene que entrar a determinar, si el fallo proferido en segunda instancia es garantista del derecho a la igualdad y no discriminación incoado por la accionante, teniendo como eje central la hipótesis utilizada por el ad quem para proferir sentencia “La justificación aludida en el fallo, expuesta por la Armada para no preparar cadetes femeninos consiste en que “no cuenta con las condiciones físicas, recurso humano e infraestructura para ello y por la naturaleza misma de la actividad que cumple un oficial naval”. Esa razón, según la Corte Suprema, encuentra plena validez y muestra ya de suyo una justificación que no permite advertir la presencia de una conducta lesiva de los derechos fundamentales de la accionante”¹⁹.

Tanto la doctrina como la legislación siempre han subvalorado la importancia de lograr una garantía y consolidación de los derechos fundamentales no políticos “los derechos sociales tienen categoría constitucional, y son el presupuesto en la garantía del ejercicio en una igualdad fáctica de las personas. ¿Pero, Cual es su naturaleza jurídica? Una parte de la doctrina garantista le da categoría de derechos de primera facie, soporte del Estado social de derecho y paradigma de la acción estatal, que debe actuar proporcionando medios o recursos para su goce efectivo” (Gómez Montañez, 2011, pág. 32)

Ratio decidendi y sentido del fallo.

Para el caso en concreto la Corte Constitucional fija la regla de interpretación del derecho a la igualdad contenido en la carta política: “La igualdad constituye fundamento insustituible del ordenamiento jurídico que se deriva de la dignidad humana, pues resulta de reconocer que todas las personas, en cuanto lo son, no presentan entre sí diferencias sustanciales. Todas, en su esencia humana, son iguales y merecen la misma consideración, con independencia de la diversidad que entre ellas surge por motivos accidentales como la raza, el sexo, el color, el origen o las creencias”.

La Corte es enfática en que “tal distinción tampoco puede ser interpretada en el sentido de que desaparezca el sustrato mismo de la igualdad -que descansa en la identidad entre los seres humanos en lo que es de su esencia- siempre que haya

¹⁹ Sentencia No. T-624/95, página 5

diversidad accidental -por ejemplo, en el campo biológico o en el natural-, pues ello implicaría ni más ni menos que desconocer el fundamento mismo del postulado”, en consecuencia el argumento planteado en el fallo objeto de revisión está en contravía de los postulados constitucionales, al equiparar otras formas de participación de las mujeres en la Armada Nacional (labores administrativas), al ejercicio propiamente dicho de ser cadete naval destinado exclusivamente para los hombres.

En razón de lo anteriormente expuesto la Corte Constitucional revocará la sentencia de segunda instancia y dispondrá, en su lugar, que tenga cumplido efecto la dictada en primer grado por el Tribunal del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, pues estima que, como tal corporación lo dictaminó, la Escuela Naval "Almirante Padilla" de la Armada Nacional, al negar de plano el acceso de mujeres para ser preparadas como cadetes de esa institución ha violado los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la espontánea escogencia de profesión u oficio de la accionante.

Con este pronunciamiento constitucional se inicia la línea jurisprudencial para la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres a través de la proscripción constitucional de las discriminaciones por razón del sexo; adicionalmente, con anterioridad a este fallo judicial, ya existían algunos pronunciamientos que trataban de fijar la regla de interpretación y equiparación del derecho a la igualdad²⁰.

3.2. Sentencia No. T-022 de 2014.

Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos, Acción de tutela instaurada por Nelly Gelvez Gelvez contra Suramericana EPS ".

Conceptos base: Principio de igualdad, derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas, principio de continuidad en la prestación del servicio público de salud.

Hechos jurídicamente relevantes:

²⁰ Ha señalado la Corte Constitucional que la "igualdad exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las condiciones en medio de las cuales actúan, ya por las circunstancias particulares que los afectan, pues unas u otras hacen imperativo que, con base en criterios proporcionales a aquéllas, el Estado procure el equilibrio, cuyo sentido en Derecho no es otra cosa que la justicia concreta" [Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-094 del 27 de febrero de 1993 (M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo), posteriormente repetida en las sentencias T-330 del 12 de agosto de 1993 (M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero) y T-394 del 16 de septiembre de 1993 (M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell)].

La accionante, de 44 años, indicó que se encuentra afiliada a SURAMERICANA E.P.S. como cotizante nivel 1. Afirmó que desde hace cuatro años le fue detectado un cáncer de mama multicéntrico debido a un tumor en el seno izquierdo. Señaló que el 24 de febrero de 2009, se le ordenó por parte de médico tratante la realización de una mastectomía radical y una reconstrucción por cirugía plástica, mencionó que el 26 de junio de 2009 se le realizó la mastectomía radical, la cual tuvo una evolución favorable; sin embargo, a la fecha de interponer la presente tutela, aún no se le había practicado la cirugía de reconstrucción.

Añadió que el 21 de enero de 2013 presentó un derecho de petición a la EPS, solicitando la información respecto a la cirugía de reconstrucción de su seno, y no le proporcionaban información alguna, afirmó que el 28 de enero de 2013 la EPS negó la solicitud presentada, bajo el argumento de que no existía en el sistema ninguna orden médica relacionada con el procedimiento quirúrgico referido.

Finalmente indicó, que la falta de profesionalismo y seriedad de la EPS, al no realizarle oportunamente la cirugía de reconstrucción de seno, debidamente autorizada por el médico tratante, ha afectado su vida sexual, social y su autoestima.

Fundamentos jurídicos de la solicitud de tutela: Afirmó la accionante que la entidad demandada vulneró sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad por haberle negado la realización de la cirugía reconstructiva de seno. Por lo anterior, solicitó que de manera inmediata se le ordene a la EPS la realización de la cirugía de reconstrucción de seno, la entrega de medicamentos y en general, el cubrimiento integral de todos los tratamientos necesarios.²¹.

Tramite de primera instancia: En sentencia del 20 de junio de 2013, el Juzgado 14 Civil Municipal de Bucaramanga decidió conceder el amparo solicitado, tras sostener que *“(...) Del análisis probatorio, resulta claro que la accionante tiene razón en el sentido de que la actitud negativa de la EPS, implica una obstrucción al ejercicio de una vida digna en conexidad con el derecho a la salud. Por lo tanto resulta aplicable entonces, la doctrina expuesta por la Corte y se tutelaran el derecho a la salud en conexidad con el de la vida y se concederá la tutela* ²².

²¹ Sentencia No. T-022 de 2014, pagina 3.

²² Sentencia No. T-022 de 2014, pagina 4.

Tramite de segunda instancia: En sentencia del 31 de julio de 2013, el Juzgado Décimo Civil del Circuito, revocó decisión del *a-quo*, al considerar que pese a que la accionante le fue ordenado por su médico tratante el procedimiento quirúrgico de reconstrucción de mama, este procedimiento no se encontraba dentro del plan obligatorio de salud del cual hacía parte, junto con el argumento de que en ningún momento se señaló en el escrito de la tutela o en las pruebas que pretendía hacer valer la insuficiencia económica para asumir el costo del procedimiento.²³.

Problema jurídico que enuncia la Corte y análisis del caso.

Corresponde a la Sala de revisión determinar si la negativa de SURAMERICANA EPS de practicar la cirugía de reconstrucción de seno a la accionante vulnera su derecho a la salud, a la vida digna y al libre desarrollo de la personalidad, al considerar **(i)** que no existe una orden médica que autorice el procedimiento **(ii)** porque es una cirugía que se encuentra excluida del POS²⁴, y **(iii)** porque no consta prueba sumaria que demuestre la incapacidad económica de la accionante para solventar con recursos propios el procedimiento médico solicitado.

La Sala encuentra que las normas conducentes a la resolución del caso planteado han sido el Acuerdo 289 de 2005; el Acuerdo 008 de 2009, el Acuerdo 029 de 2011 -los cuales fueron proferidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud del Ministerio de la Protección Social-; y actualmente es la Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud y de la Protección Social. De acuerdo con lo expuesto en la consideración número 9., cada uno de los mencionados Acuerdos que incluyeron la cirugía reconstructiva de mama en el Plan Obligatorio de Salud (POS).

Ratio Decidendi y sentido del fallo.

La sala ordena revocar el fallo de segunda instancia, toda vez que constituye una vulneración del derecho a la salud y al principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, la negativa de la EPS a realizar un procedimiento quirúrgico de cirugía plástica reconstructiva o funcional ordenado por el médico tratante a una afiliada de esta, previsto en el Plan Obligatorio de Salud.

²³ Dentro de las pruebas aportadas tanto por la accionante como el accionado se evidenciaba que la señora Nelly devengaba un salario mínimo, hecho evidente de la incapacidad económica para realizar el procedimiento médico negado con recursos propios.

²⁴ POS. Plan obligatorio de salud; es el conjunto de actividades, procedimientos e intervenciones, servicios, insumos y medicamentos al que tienen derecho los afiliados al Régimen contributivo.

La Corte en este caso en particular determina como la *Ratio* la aplicación directa de los acuerdos que regulan las cirugías reconstructivas, por lo que este pronunciamiento pese a ser favorable a la accionante, se limita exclusivamente a la aplicación formal de una norma que regula la materia. Sin embargo se evidencia que en esta providencia, no hay un desarrollo sustancial en la garantía de los derechos a la igualdad, la salud y la vida digna de la accionante, esto en razón a que el derecho incoado se debió haber recocado por vía de tutela o en sede de revisión por el simple hecho de ser un derecho de orden constitucional independiente de que existan o no, normas u acuerdos que avalen económica y jurídicamente el procedimiento dentro del plan obligatorio de salud, ósea la Corte en este pronunciamiento avala condicionamientos de derecho formal, sobre el sustancial, que en este caso es la supremacía de un derecho constitucional.

En el hipotético caso de que el procedimiento solicitado por la accionante no hubiera estado incluido en los acuerdos del Ministerio de Salud y la Protección Social, la tutelante estaría inmersa en una violación a sus derechos constitucionales y a una revictimización por parte del aparato judicial, dado que la Corte al momento de proferir sentencia priorizó el contenido jurídico del acuerdo sobre inclusiones del POS, que fallar teniendo como premisa principal la garantía sobre los derechos objeto de amparo. Este tipo de padecimientos físicos que causan deformidad en la anatomía, derivan en muchos casos en padecimientos psíquicos y emocionales. El perder un seno a causa del cáncer afecta mayoritariamente a las mujeres, en consecuencia, la Corte debió fallar desde una óptica garantista y apegada a la línea jurisprudencial sobre la igualdad y la discriminación en conexidad con el derecho a la salud y a la vida digna.

3.3 Sentencia T-366/19.

Sentencia No. Sentencia T-366/19 Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos, Acción de tutela instaurada por Álvaro Mora Ríos, en representación de su hija menor de edad María Paz Mora Silva, contra la División Mayor del Fútbol Colombiano –Dimayor–, la División Aficionada del Fútbol Colombiano –Difútbol– y la Liga de Fútbol de Bogotá

Conceptos base: Principio de igualdad, y prohibición de discriminación por razón de sexo en el deporte, interés superior del menor frente a estereotipos de género en el

deporte, debido proceso, principio de confianza legítima, derecho al deporte, recreación y aprovechamiento del tiempo libre-fundamental por conexidad con otros derechos de este rango.

Hechos jurídicamente relevantes:

El señor Álvaro Mora Ríos, en representación de su hija María Paz Mora Silva, formuló acción de tutela en contra de la División Mayor del Fútbol Colombiano –Dimayor–, la División Aficionada del Fútbol Colombiano –Difútbol– y la Liga de Fútbol de Bogotá, reclamando la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación por razón de sexo, a la dignidad humana, a la recreación y al acceso a la cultura de los menores de edad, a la familia, a “los derechos adquiridos” y, según se desprende del libelo del pronunciamiento jurisprudencial, al debido proceso y a la confianza legítima de la menor.

La menor ha practicado fútbol a lo largo de su vida, lo que le ha valido importantes méritos deportivos como arquera en las distintas competencias futbolísticas en las que ha participado.

La Liga Pony Fútbol es un campeonato en cuya organización toman parte la División Mayor del Fútbol Colombiano –Dimayor–, la División Aficionada del Fútbol Colombiano –Difútbol–, la Liga de Fútbol de Bogotá y CREARE.

Las normas del campeonato no incluían ninguna disposición que prohibiera la conformación de equipos mixtos, es decir, por niñas y niños; el club deportivo *Dinhos*, del cual formaba parte la menor, se inscribió en dicho torneo con un equipo infantil conformado por un grupo de niños varones junto con la citada niña como arquera titular. El equipo fue admitido, se entregaron las planillas por parte del club a la Liga de Bogotá y los organizadores del torneo procedieron a expedir y a entregar los carnés a los jugadores inscritos, sin poner objeción alguna a la inclusión de la menor María Paz Mora Silva, lo cual generó en ella la expectativa de que podría participar con sus compañeros de equipo.

Una vez aceptado el equipo dentro de la competencia, se cumplieron tres partidos en los cuales María Paz Mora Silva participó con *Dinhos*, en igualdad de condiciones con los niños, como arquera titular. En el curso del campeonato, “por inconformidades el Comité Disciplinario de Campeonatos de la Liga de Fútbol de Bogotá dictó la Resolución No. 003-2018 del 11 de octubre de 2018, en la cual adoptó la decisión de sancionar al equipo *Dinhos* con la pérdida de puntos –3x0– con fundamento en una

presunta “actuación irregular” relacionada con incluir en la planilla de juego un jugador no inscrito reglamentariamente²⁵ (...) tal pérdida de puntos acarreó la eliminación del equipo del torneo.

Según el accionante, su hija María Paz Mora Silva, a sus diez años de edad y tras cinco años de preparación para participar en la Liga Pony Fútbol, se ha sentido muy afligida y culpable por la expulsión de su equipo, además de que teme que sus compañeros no la acepten más por ser la causante de que los sacaran del certamen.

La petición concreta de la acción de tutela consiste en que se amparen los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación por razón de sexo, a la dignidad humana, a la recreación y al acceso a la cultura de los menores de edad, a la familia, a “los derechos adquiridos” y, según se desprende del libelo, al debido proceso y a la confianza legítima, “pues considera que la determinación de sancionar y excluir al equipo de la Liga Pony Fútbol es infundada y constituye un acto de discriminación frente al cual la menor se encuentra en situación de indefensión y sin otros medios judiciales de protección”²⁶

Tramite de primera instancia:

La tutela fue estudiada y resuelta por el Juzgado 9º Civil Municipal de Bogotá, que negó el amparo constitucional deprecado, por la siguiente razón.

- Se niega el amparo, toda vez que Federación Internacional de Fútbol Asociado –FIFA– prohíbe la realización de campeonatos de fútbol de categoría o rama mixta, aspecto que debía ser conocido por el accionante, quien en su momento efectuó una errada interpretación de las reglas del deporte. En tal sentido, estimó que no existía la vulneración de derechos alegada.

Aunque aún, no se ha entrado a analizar las consideraciones y fijación del litigio por parte de la Corte Constitucional, resulta extremadamente llamativo el pronunciamiento del Juez Municipal, en donde el juez utiliza como criterio orientador o regla jurídica para la determinación de la violación o no del derecho a la igualdad y la no discriminación por razón de sexo, una disposición que no está dentro del rango constitucional que es el deber ser, por el contrario está utilizando como fundamento

²⁵ Literal b del artículo 83 del Código Disciplinario Único de la Federación Colombiana de Fútbol

²⁶ Sentencia T-366/19. Pagina 5.

jurídico para proferir sentencia una disposición que carece de rango legal, en este caso *el reglamento de la FIFA que señala la prohibición de equipos deportivos mixtos*, desconociendo el juez constitucional la jerarquía normativa que emana de la constitución y consecuentemente los derechos de la menor.

Consideraciones previas: El proceso de la referencia fue escogido por la Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro²⁷, mediante auto del 10 de abril de 2019. Como criterios de selección se indicaron el *asunto novedoso* ²⁸ (criterio objetivo) y la *necesidad de materializar un enfoque diferencial* (criterio subjetivo), con fundamento en los literales a) y b) del artículo 52 del Acuerdo 02 de 2015²⁹.

Adicionalmente el fallo de primera instancia no fue impugnado, por lo que la Corte solo entra a analizar el pronunciamiento del Juez Municipal.

Amicus curiae.

Los temas de estudio de esta jurisprudencia son sumamente innovadores y de interés para muchos sectores de la sociedad, en especial para las organizaciones defensoras de los derechos de las mujeres, la academia, y en especial a los operadores judiciales, razón por la cual la Corte en uso de sus facultades invitó a diferentes entidades a que rindieran concepto, con el fin de enriquecer el debate jurídico y el contenido de la decisión a adoptar,.

A continuación se relacionan las intervenciones mas relevantes a favor y en contra de las pretensiones de la parte actora.

Conceptos coadyuvantes a la parte actora.

Escuela de Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia.

²⁷ Integrada por la magistrada Cristina Pardo Schlesinger y el magistrado Alberto Rojas Ríos.

²⁸ El asunto Novedoso está enmarcado en el criterio de selección objetivo: unificación de jurisprudencia, asunto novedoso, necesidad de pronunciarse sobre una determinada línea jurisprudencial, exigencia de aclarar el contenido y alcance de un derecho fundamental, posible violación o desconocimiento de un precedente de la Corte Constitucional. Pese a que estos criterios son orientadores lo novedoso hace referencia a que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, nunca se ha tratado el tema de la igualdad de genero en el deporte.

Dentro del concepto rendido se hace referencia a que la descalificación del equipos *Dihnos*, en razón a la participación de Maria Paz en el equipo masculino, no solo constituye una violación al derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, sino que este hecho configuró un acto de violencia de género, que operó en dos niveles, tanto a nivel individual; la prohibición a Maria Paz a participar en la competencia deportiva y en segundo nivel de tipo colectivo, la sanción y consecuente eliminación del equipo *Dihnos*, por el hecho de que una niña hiciera parte del mismo.

Adicionalmente exhortan a la Corte a que aplique en el presente caso el marco jurídico internacional, en particular lo dispuesto en La *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (CEDAW), aprobada en Colombia, que resalta la importancia de modificar patrones socioculturales como los estereotipos para garantizar los mismos derechos a mujeres y hombres en condiciones de igualdad y La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (*Convención de Belém do Pará*) también impone a los Estados la obligación de adoptar todas las medidas para enfrentar la violencia, con particular atención a aquellas que pertenecen a grupos discriminados o vulnerables³⁰.

Corporación Casa de la Mujer

La Corporación Casa de la Mujer, rindió un concepto rechazando la violación de los derechos constitucionales de Maris Paz, desde una óptica académica desde los ejes de la teoría sexo-genero, e igualdad, a continuación, destacó los aportes más relevantes del concepto:

“la exclusión de las mujeres encuentra en el deporte uno de los más fuertes exponentes, y que la estructura del fútbol responde a una perspectiva androgénica que refleja el rechazo cultural a las mujeres en actividades caracterizadas como *fuertes*, redirigiéndolas hacia otras que erróneamente considera más propias del ámbito femenino, como la gimnasia, la danza, la natación y la animación. Esa marginación obstaculiza que las mujeres puedan practicar el fútbol con igualdad de oportunidades, lo que abarca desde el impedimento a su preparación técnica en la etapa infantil, hasta la imposibilidad económica de adoptarla como profesión en la edad adulta.

³⁰ Sentencia T366-2019. Pagina 19

Explicó que en un contexto en que los avances para la igualdad de las mujeres se debaten pero no tienen gran alcance, no sorprende la decisión adoptada por las accionadas al excluir a la niña de una práctica considerada artificialmente como varonil, “*desconociéndose el valor propio de la práctica de este deporte como medio formador de autonomía, autoconfianza, tolerancia y demás habilidades sociales en los menores*”, a lo que se añade la propensión a predicar una “ausencia de feminidad” de las mujeres que lo practican como manera de desestimularlas, para evitar que pierdan su caracterización por género”.³¹

CREARE Ltda. Organizador del campeonato Pony Fútbol.

A través de apoderado judicial, la sociedad CREARE Ltda, rindió descargos sobre los hechos y pretensiones de la tutela, en su calidad de accionado, frente a lo cual se pronunció en los siguientes términos:

Aseguró que la Liga Pony Fútbol es el mayor y más antiguo campeonato de fútbol aficionado colombiano para niños y niñas de 8 a 12 años en todo el país.

Agregó que mundialmente existen dos categorías en materia de fútbol aficionado que son la masculina y la femenina, sin que exista la posibilidad de equipos mixtos en campeonatos como la Liga Pony Fútbol y regulados por la FIFA y que “**estemos o no de acuerdo, esa es la normatividad aplicable y debemos respetarla**”. (la negrita es propia);

Y como argumento de defensa y en oposición a las pretensiones de la menor señaló que “**la jugadora debía asumir las consecuencias por inscribirse por fuera de los marcos regulatorios y que por ello su equipo se vió afectado**, pues independientemente de que se le hubiera aceptado su participación en un principio el error debía ser enmendado; que **CREARE trató de manejar la situación pero el promotor de la acción estaba más interesado en generar mayor caos y desviar la atención sobre lo importante que lleva la Liga Pony** a todo el país; y que esperaba contar con la participación de la menor en ediciones futuras del torneo, en el cual participan muchas niñas a nivel nacional (la negrita es propia).

Es menester subrayar la forma en que el accionante formula su defensa en el presente proceso; es muy común en la práctica jurídica que en los litigios donde se debate la garantía de derechos fundamentales y particularmente cuando el destinatario de los

³¹ Ib. 22

derechos reclamados son las mujeres, se busque negar a o toda costa el derecho reclamado, utilizando argumentos como la ideología de género y otros más, pero fundamentalmente la revictimización de la que son objeto las mujeres reclamantes; para el caso puntual es tendencioso y desacertado lo manifestado por el presunto violador de las garantías constitucionales de Maria Paz, al afirmar que se esté o no de acuerdo en la “*prohibición de equipos mixtos*” esa es la *normatividad aplicable y debemos respetarla*, y por último y no menos grave, la afirmación de que la “**la** jugadora debía asumir las consecuencias por inscribirse por fuera de los marcos regulatorios, y que consecuentemente ella era la responsable de la suerte y el trato que se le dio al equipo *Dihnos* el cual resulto eliminado del certamen.

Asociación Colombiana de Derecho Deportivo –Acodepor.

Del informe rendido se destaca su apoyo a la oposición que hace el accionado de las pretensiones de la actora, argumentando la facultad que tienen este tipo de ligas de autodeterminarse y el sometimiento de las mismas a las reglas de las entidades internacionales rectoras de dicho deporte, en este caso la FIFA.

Sin embargo, su aporte más llamativo hace referencia a que esta prohibición de equipos mixtos obedece a la diferenciación biológica, “Añadió que la división en categorías masculina y femenina en el fútbol está justificada en la mayor capacidad física que biológicamente poseen los hombres”³².

Problema jurídico que enuncia la corte y análisis del caso.

Para resolver el problema jurídico, la Sala de Revisión de la Corte procedió a efectuar el estudio del caso a través de los siguientes ejes temáticos: i) procedencia de la acción de tutela; ii) los estereotipos de género en la formación de niñas y niños; iii) la discriminación por razón de género en el deporte; iv) el derecho a la recreación y al deporte; (v) el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo; vi) el principio de legalidad en el marco del derecho al debido proceso; y, vii) el principio de buena fe en su dimensión de confianza legítima.

³² ib.20

Para el presente análisis jurisprudencial solo se tomará como referencia los ejes temáticos de: ii) los estereotipos de género en la formación de niñas y niños; iii) la discriminación por razón de género en el deporte; (v) el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo.

La controversia está relacionada con las presuntas vulneraciones iusfundamentales originadas en el marco de un campeonato infantil de fútbol, por lo cual el análisis de la Corte estará fundado en el principio constitucional de interés superior de los menores de edad, de manera que las decisiones y eventuales medidas de protección que se adopten estarán enfocadas en la protección de niñas, niños y adolescentes.

Consideraciones de la Corte sobre el eje temático los estereotipos de género en la formación de niñas y niños:

- La interpretación cultural de los cuerpos no solo ha implicado establecer expectativas y estándares de conducta diferenciados entre ambos sexos, definidos generalmente a partir de opuestos (pasividad/actividad, fuerza/debilidad, brusquedad/delicadeza, etc.) sino también asignarles a esas características ciertas cargas valorativas y de jerarquía en la organización social en las que se da prevalencia a aquello que se considera masculino frente a lo que se cataloga como femenino. Ello se traduce en sexismo o, lo que es lo mismo, en un trato desigual a las personas según su sexo.³³
- Tales patrones de comportamiento estereotipados son susceptibles de ser modificados, pues no son innatos a los seres humanos y, en realidad, proceden de la influencia que ejerce un esquema de ordenación social sobre niñas y niños, mediante estímulos y represiones que tienen lugar en contextos como la familia, la escuela y los medios de comunicación.³⁴

Consideraciones de la Corte eje temático La discriminación por razón de género en el deporte:

- Como primera consideración la Corte destaca que la práctica del deporte es un campo en el cual se han hecho notar con especial acento los estereotipos de género.

³³ Sentencia T366 de 2019. Pagina 40.

³⁴ Ver Anexos tabla No.1.

- En virtud de una extensa tradición, entonces, la actividad física y el deporte han sido asociados a *lo masculino*, lo cual, en un orden social dicotómico basado en estereotipos sexistas, se contrapone a *lo femenino*, a partir de una interpretación *generizada* de los cuerpos de los hombres y las mujeres.
- En consecuencia, en el deporte, en tanto expresión cultural que transmite valores y define identidades, se han reforzado los estereotipos enfocados en delinear la personalidad y los comportamientos de mujeres y hombres desde la infancia, lo que se ha constituido en una barrera para que aquellas se impliquen en igualdad de condiciones en las disciplinas de la actividad física.
- Bajo este esquema sexista, el acceso de las mujeres al deporte ha sido lento y ha estado plagado de obstáculos, pues, en ocasiones, aquellas que se animan a desafiar las imposiciones culturales son criticadas y/o estigmatizadas bajo los prejuicios de que el deporte las “masculiniza” o que practicarlo es perjudicial para su salud³⁵.

El argumento planteado por la Corte desde el punto de vista antropológico o sociológico obedece al análisis del sistema sexo-género y la influencia del sistema patriarcal en el desarrollo psicosocial de las niñas y niños en el deporte.³⁶

Dentro del análisis del caso y para apoyar el sentido del fallo, la Corte incorpora material científico y académico relacionado con la igualdad y género, hecho que no es muy común en los pronunciamientos judiciales ordinarios o de las otras Altas Cortes, dado que los jueces y magistrados usan como fuente para sus pronunciamientos, la doctrina, la legislación, la constitución, la costumbre y la jurisprudencia. sin embargo, en los pronunciamientos de la Corte Constitucional esto es muy distinto, su orientación progresista le ha permitido utilizar otros recursos argumentativos para los fallos más

³⁵ Ver Anexos tabla No.2

³⁶ El concepto patriarcal o sistema patriarcal se define como un sistema de relaciones económicas, sociales y políticas donde las diferencias biológicas entre los sexos se construyen en términos de desigualdad y de opresión de un sexo sobre el otro, del conjunto de los hombres sobre las mujeres (Anastasia Téllez, 2019) Fundamentos de los estudios feministas y de género. Máster universitario en igualdad y género en el ámbito público y privado (2019/2020).

allá de las fuentes formales del derecho, esto es la utilización de doctrina de otras áreas del conocimiento como lo son la filosofía, la sociología, la antropología, o la psicología, entre otras.

Esta dimensión interdisciplinar en los fallos de tutela en sede de revisión es un punto de partida e inflexión para el reconcomiendo de los derechos de las mujeres, desde una óptica progresista y revolucionaria y que sirve de ejemplo para la consolidación del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

En el presente fallo de tutela, la Corte utilizó como fuentes para el debate jurídico y como regla para la determinación del fallo, entre otros, textos de relevancia en el ámbito de la igualdad de género, como el Segundo Sexo de Simone De Beauvoir, y muchos más.

Dentro de los anteriores destaco un informe del FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (UNFPA).

“Las niñas y las mujeres que se dedican al deporte abren las restricciones que imponen los estereotipos de género, pero el deporte también les da acceso a la esfera pública. Les proporciona canales hacia la información y el aprendizaje y hacia nuevas y valiosas capacidades para la vida. Les permite trabar amistades, expandir sus redes sociales y disfrutar de la libertad de expresión y movimiento. A través del deporte, las niñas pueden beneficiarse de la tutoría de adultos de confianza. Al enfrentarse a niñas que asumen un nuevo rol, los niños aprenden acerca de sus fortalezas, capacidades y contribuciones, lo que puede ayudar a que reformulen sus ideas sobre lo que las niñas deben o no hacer. El deporte puede contribuir a transformar los modos en que las niñas se ven a sí mismas y el modo en que las ven sus familias, sus pares y sus comunidades.”³⁷

Ratio Decidendi y sentido del fallo.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, la Sala de Revisión considero que efectivamente se vulneraron los derechos a la igualdad, no discriminación por razón del sexo, debido proceso, confianza legítima etc, y que dicha violación a estas garantías constitucionales obedeció a una discursiva tradicional hegemonía patriarcal,

³⁷ FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (UNFPA), Informe sobre el Estado de la Población Mundial del UNFPA 2008 –Suplemento Jóvenes–: *Generación del cambio: Los jóvenes y la cultura.* (p.5)

y en consecuencia queda sin asidero, por lo tanto, el argumento empleado por la Difútbol y la Liga de Fútbol de Bogotá –al cual se sumó más tarde CREARE Ltda.– para intentar dotar de validez la expulsión del club Dinhos del campeonato por la supuesta irregularidad que implicaba la participación de un equipo mixto, teniendo en cuenta que el reglamento nunca lo prohíbe, la norma invocada para ello en ningún momento se pronuncia sobre los equipos mixtos y, en contraste con las aseveraciones de los accionados, la FIFA promueve la integración de niñas y niños en la práctica del deporte.

De suerte, entonces, que la supuesta “prohibición” impuesta por el órgano rector del fútbol mundial no pasa de ser una forzada y tendenciosa interpretación formulada por los accionados.

Yendo más allá, podría inclusive pensarse que separar en esta práctica deportiva a las niñas de los niños, sin que esté plenamente comprobada una razón que así lo justifique, por compartir las y los infantes capacidades, habilidades y destrezas análogas, equivale a un trato discriminatorio y paternalista, falazmente encaminado a resguardar a las menores de la rudeza de sus compañeros de juego.

La Sala advirtió que en este, como en otros casos en que las mujeres se sobreponen a las adversidades del entorno y consiguen destacarse en campos distintos a los que culturalmente les han sido asignados, persisten sectores de la sociedad que se resisten a reconocer el valor del mérito en sí mismo, para observar sus triunfos como algo exótico o indeseable. En esta oportunidad, la niña María Paz Mora Silva ha mostrado tener las habilidades, capacidades y destrezas suficientes para competir en pie de igualdad con niños y contra niños, en el fútbol, un deporte que en nuestra sociedad ha sido tradicionalmente dominado por los hombres.

Adicionalmente la Corte exhorto a las entidades públicas que promueven el deporte a incorporar dentro de sus políticas públicas mecanismos que permitan la integración de niños y niñas en el deporte, sin que el género sea una determinante o un motivo de exclusión o discriminación imponiéndose una carga al estado en materia económica y de políticas públicas, “el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido por el Estado”. (Caso Acevedo Buendía Vs Perú, 2009).

Salvamento de Voto.

Para el caso concreto como en otros relacionados con la igualdad de género esta sentencia presenta oposición por parte del Magistrado Carlos Bernal Pulido³⁸, en los siguientes términos.³⁹

- la Sala Novena de Revisión ha debido declarar la carencia actual de objeto en relación con la vulneración del derecho fundamental al debido proceso. Esto, por cuanto el Torneo Pony Fútbol – respecto del cual la accionante pretendía el reintegro del equipo mixto de fútbol Dinhos – finalizó en el mes de diciembre de 2018. En este orden, dado que, al momento de proferirse el fallo del cual me aparto, la mencionada competencia deportiva había terminado, no existía objeto respecto del cual pronunciarse y, por ende, la intervención del juez constitucional resultaba, a todas luces, inane.
- Además, considero que, en el caso concreto, las entidades demandadas no vulneraron el derecho fundamental a la igualdad de la accionante. El artículo 13 de la Constitución Política dispone que “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna

³⁸ El Magistrado Carlos Bernal Pulido, ha generado controversia por sus pronunciamientos en la Corte Constitucional, destacándose como el magistrado más conservador de las últimas décadas y copartidario de las ideas de gobierno en particular las relacionadas con la obstaculización del proceso de paz y en los temas de género y diversidad sexual que se debaten actualmente en la Corte, lo que ha generado desconfianza dentro de los operadores judiciales, poniéndose en duda su imparcialidad y deber de garante de la constitución.

Un juez se expresa por sus sentencias, y es así como dentro de sus pronunciamientos se destaca su fuerte posición religiosa, reflejada en sus salvamentos de voto o en la inhibición de muchas decisiones que le eran asignadas para estudio, dentro de los textos usados en sus sentencias se destaca este de su autoría. *Carlos Bernal-Pulido*, “Fundamentos bíblicos de la separación de poderes y función catalizadora del juez”, en *Dikaion* 28, 2 (2019), 222-246. DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2019.28.2.1>.

³⁹ Las salas de decisión de la Corte Constitucional están compuestas por tres magistrados, para que la ponencia de fallo prospere se requieren por los menos dos votos a favor.

discriminación por razones de sexo (...). En tales términos, dicho artículo contiene la prohibición de discriminación por razón de sexo, que vincula tanto a las autoridades como a los particulares. Sin embargo, de esta prohibición no se sigue, como pareciere entenderlo la mayoría de la Sala, que toda actividad u evento desarrollado por particulares (como, en el asunto sub judice, los torneos deportivos) deban ser de naturaleza mixta o que las actividades que involucren, de manera exclusiva, a grupos masculinos o femeninos, estén prohibidas a la luz del referido artículo 13 de la Constitución Política.⁴⁰

Revisado el argumento planteado por el Magistrado Bernal Pulido, se tiene que es sumamente inconveniente, teniendo en cuenta el alcance jurídico de estos fallos de tutela en el quehacer jurídico y en el reconocimiento efectivo de derechos tradicionalmente excluidos del debate político, por resultar incómodos a la tradición patriarcal que ha orientado la consolidación del ordenamiento jurídico colombiano.

Pese a la situación que generó el objeto del litigio "Torneo Pony Fútbol" había finalizado, esto no traduciría en la suspensión de los hechos formales y sustanciales que generaron la vulneración de los derechos de la menor accionante, y que el pronunciamiento de la Corte, no se iba a limitar a corregir las faltas al debido proceso dentro de dicho certamen, sino que por el contrario y atendiendo a sus funciones examinadoras y pedagógicas este pronunciamiento como muchos otros se ha encargado de remediar situaciones desventajosas que a lo largo del tiempo han afectado a varios sectores de la sociedad.

La propia Corte ha señalado que "la revisión tiene, entre otras, la finalidad de servir de instrumento de fijación del sentido de los textos. Su alcance, por lo menos en términos prácticos, no se limita a la solución definitiva del caso que se presenta para su conocimiento, sino que va mucho más allá: sirve de pauta a todas las autoridades para la interpretación y aplicación de los derechos. Es innegable el valor pedagógico e incluso "normativo-general" de la jurisprudencia de tutela que crea la Corte Constitucional (Corte Constitucional, Sentencia No. T-406/92),4].

En consecuencia este fallo protege y corrige los hechos generadores de la vulneración de los derechos de la menor, pero también exhorta a las entidades públicas y privadas a corregir estos móviles de discriminación en todos sus estamentos y en particular en el deporte, sirviendo este fallo como garantía construccional para la protección del

⁴⁰ Sentencia T366 de 2019. Página 91.

derecho constitucional a la igualdad y no discriminación por razón de sexo a todas las niñas del territorio nacional, por lo que el escueto pronunciamiento del Magistrado corresponde a todas luces a una obstaculización al reconocimiento de los derechos de las mujeres.

No solo en este pronunciamiento del magistrado Bernal, se puede observar la continuación de los estereotipos de género y el desarrollo de jurisprudencia desde una óptica androcentrista, basada en las relaciones sociales de sexo y género.

Las relaciones sociales de sexo se derivan de un complejo entramado de concepciones sociales entre los seres humanos, como señala Como señalan (Téllez 2019) las relaciones parte de los “roles adscritos y otros adquiridos, que nos posicionan a las mujeres en una situación de desventaja y este caso puntal en el reclamo de derechos a través del aparato judicial., y esto es el resultado de una construcción histórica y social de las características, roles y relaciones que se dan entre los hombres y mujeres.

IX. CONCLUSIONES.

El ordenamiento jurídico se ha construido desde una óptica patriarcal y androcentrista y que ha dado como resultado una constante vulneración de los derechos de las mujeres en su vida cotidiana y en el acceso al aparato judicial, este último ha operado durante años sin enfoque de género.

Al ser la cultura la determinante en este sistema jurídico se generan modelos binarios ajustados a la realidad sexo género como lo son hombre/mujer, heterosexual/homosexual, privado/público activo/pasivo, naturaleza/cultura, normal/desviado, estos dualismos responden al sistema de dominio patriarcal que a su vez refuerzan de forma opresiva la división sexual y la subordinación de las mujeres.

El androcentrismo concebido como la visión del mundo y de las cosas, desde la posición centrista y superior del hombre, tolerando la experiencia del hombre como lo universal y dominante, creándose diversos sistemas de poder, control, y dominación, en diversos grupos sociales.

En palabras de Araceli González (2011) No basta con decir que el androcentrismo existe cuando el hombre, lo masculino o la masculinidad son considerados la medida de todas las cosas; cuando las acciones individuales reflejan perspectivas, intereses o valores masculinos; cuando el hombre, lo masculino y la masculinidad son

considerados fuente única o primordial de sabiduría y autoridad, en este caso en el aparato judicial, dando como resultado un acceso a la justicia subjetivo y desproporcional a los derechos ya reconocidos a las mujeres.

En la obra *El segundo Sexo* (1949) Simone de Beauvoir plantea la tesis de que no se nace mujer, se llega a serlo, así mismo desarrolla de forma prolija la integración multidisciplinaria que se requiere para abordar los estudios culturales de la mujer, dando suma importancia a la integración de los saberes a la teoría feminista, así mismo sostiene que **“la humanidad acuerda superioridad al sexo que mata y no al que engendra”**

De acuerdo con lo anterior surge la necesidad de la evaluación multidisciplinaria en los pronunciamientos judiciales que implican cuestiones de género y reconocimiento de derechos, para deslegitimar, y corregir la forma en que se ha impartido justicia, y así reivindicar el papel de las mujeres en la sociedad desde los estrados judiciales.

En consecuencia, se debe proponer desde feminismo jurídico, herramientas y protocolos que permitan la modificación de los actuales sistemas androcentristas que son la base del actual sistema jurídico, en y en donde los pronunciamientos de la Corte Constitucional han dado inicio a la ruptura del paradigma de lo propio de las mujeres y lo propio de los hombres, siendo un ejemplo para las demás ramas del poder judicial y de los demás órganos que componen el Estado Colombiano.

La acción de tutela y el trámite de revisión efectuado por la Corte Constitucional han contribuido significativamente a la garantía de los derechos de las mujeres, dentro del ordenamiento jurídico, brindando una solución efectiva y expedita ante las vulneraciones a las prerrogativas fundamentales de las que son acreedoras las mujeres, en palabras de la Ex Magistrada Catalina Botero. La acción de tutela como un proceso sumario y de fácil acceso para la protección inmediata de derechos, se ha consagrado como el mecanismo más importante y de mayor preferencia para el acceso a la justicia de los sectores más débiles y vulnerables, así mismo promueve una cultura genuinamente fundada en el respeto de los derechos fundamentales,

La acción de tutela responde a la obligación del Estado de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles esenciales de cada uno de los derechos. Lo que implica el reconocimiento inmediato de dichas garantías a través de este proceso sumario y preferente, con el fin de poner fin a los hechos generadores de la vulneración y corregir los perjuicios que se deriven de esta violación.

Los derechos sociales ha resultado un término difícil de conceptualizar por parte de la doctrina jurídica, máxime que la teoría de las generaciones de los derechos humanos, si bien han sido un importante medio para su estudio y comprensión, al mismo tiempo se ha constituido en un argumento para desvalorizar y darle una categoría de segunda a los derechos sociales frente a los derechos civiles y políticos, tal como quedo en su reconocimiento positivo, especialmente, en el tema de la exigibilidad a los Estados partes (...) (Gómez Montañez, 2011, pág. 31), razón por la cual cada vez mas personas y en particular los sectores de las sociedad tradicionalmente excluidos como las mujeres que se ven avocadas a la necesidad de utilizar esta herramienta jurídica para encontrar respuesta a sus necesidades respaldadas en los derechos fundamentales consagrados en la constitución política de 1991 y en el bloque de constitucionalidad desarrollado por vía jurisprudencial.

La jurisdicción debe estar dispuesta siempre para recibir los reclamos de los ciudadanos en este caso plasmados a través de la acción de tutela, sin embargo Colombia tiene hoy 4.861 Jueces, de acuerdo a datos del Consejo Superior de la Judicatura, y que de acuerdo a la carta política todos estos operadores judiciales pueden fungir como jueces constitucionales y en consecuencia resolver las acciones de tutela que por reparto sean asignadas a sus despachos, y como se ha dicho anteriormente un juez se expresa por sus sentencias, sin embargo en muchas ocasiones estas expresiones esta por fuera del ordenamiento jurídico,⁴¹ razón por la cual se instituyo la figura de revisión de tutelas por parte de la Corte Constitucional, con el fin de que se corrijan los yerros jurídicos que se pudieron presentar en dichos fallos de tutela, pero fundamentalmente para propender por la garantía de los derechos constitucionales de las personas y en la creación de reglas jurídicas que deben ser el eje orientador para que los demás jueces se pronuncien en casos similares.

La Corte Constitucional con sus pronunciamientos ha propendido por la consolidación y el desarrollo de líneas jurisprudenciales orientadas a la garantía de los derechos de las mujeres, son números los fallos de tutela que han causando gran conmoción en los

⁴¹ En palabras del Dr. Ramón Antonio Pelaez “el proceso se concibe como la sucesión de pasos sacramentales que la ley impone a los funcionarios como presupuesto para adoptar decisiones que surtan efectos vinculantes” (Peláez Hernández, Panorámica Histórica del Debido Proceso, 2003, pág. 167), y que en muchos casos son obviadas por los jueces de tutela.

sectores más conservadores del país por las implicaciones que genera el reconocimiento de derechos tradicionalmente subvalorados, este ánimo progresista e independiente de la Corte le ha valido a las mujeres un espacio adecuado para el acceso a la justicia y sobre todo a la seguridad jurídica.

Sin embargo, hay muchos retos para la garantía efectiva de los derechos de las mujeres y en particular a la igualdad y no discriminación, en especial por que pese a que los fallos proferidos por la Corte son vinculantes y son la guía para que los jueces de instancias inferiores fallen, estos no siempre lo hacen apegados a la constitución y la jurisprudencia, Colombia es un país sumamente polarizado y estas diferencias no solo se manifiestan en la calles si no en los pronunciamientos del juez, haciendo de sus sentencias columnas de opinión y no lo que realmente debería ser.

En el desarrollo de este trabajo encontré un pronunciamiento de un Juez en Cartagena en donde se niega a casar a dos mujeres del mismo sexo, exponiendo que los argumentos dados por la Corte Constitucional donde amparaba el matrimonio igualitario no eran válidos, por ser contrarios al preámbulo de la carta política y a su conciencia, indicando textualmente el siguiente argumento. *“así las cosas, no puedo casar a dicha pareja del mismo sexo, por que ello contraria mi moral cristiana, va en contra de mis principios esenciales, y cuando exista conflicto entre lo que dice la ley humana y lo que dice la ley de Dios, yo prefiero la ley de Dios, (...) No es discriminación, es comprensión de las normas que nos rigen. Hay que conocer a Dios para saber la dimensión del juramento que se hace al momento de la posesión como servidor público, y esto se logra por el conocimiento de la palabra de Dios, la Biblia.”*⁴²

Aunque parezca inverosímil y fantasioso el argumento del Juez Decimo Civil Municipal de Cartagena, estos casos son muy comunes, en donde las mujeres se ven enfrentadas a operadores judiciales que no muestran apego por la constitución y la jurisprudencia, y esto se debe a que el progresismo por el que es abanderada la Corte Constitucional no se puede predicar de los demás órganos y despachos que conforman la Rama Judicial, la labor de la Corte raya en el activismo y en constante desafío a las demás ramas del poder público, y por otra parte tenemos que muchos de

⁴² Juzgado Décimo Civil Municipal de Cartagena, auto de fecha 31 de agosto de 2020, solicitud de matrimonio civil de Juhlieth Ramos y Alejandra Vasques. Providencia completa en el siguiente link https://www.scribd.com/document/474541390/Sentencia-Cartagena#from_embed

los operadores judiciales administran justicia a través del clientelismo y de la conveniencia debida a sus patrocinadores políticos y religiosos, por lo que se requiere un fortalecimiento institucional a la Rama Judicial, con el fin de que exista coherencia entre los pronunciamientos judiciales de los jueces ordinarios y las líneas jurisprudenciales establecidas por la Corte Constitucional.

Nosotros los Agentes de igualdad, podemos utilizar y ampliar estos análisis jurisprudenciales, junto con la divulgación del catalogo de sentencias proferidas por la Corte Constitucional con perspectiva de género, como un mecanismo idóneo para crear pautas de litigio estratégico en derechos humanos para reclamar ante el juez de tutela u ordinario la garantía inmediata de los derechos de las mujeres.

X. BIBLIOGRAFÍA.

Arango Olaya, Monica. (2004). El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Precedente. Revista Jurídica*, (-), 79-102. Disponible en: <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1406>.

Botero Marino, Catalina. 2009. La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Disponible en: <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/tree/content/pdf/a6/10.pdf>.

Burggaf, Jutta. (2016) *sexo y género, extraído de la página web del Observatorio de Bioética, Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir*
<https://www.observatoriobioetica.org/2016/06/sexo-y-genero/14703>

Cano, Daniel. (2003) *De la relación social de sexo al sujeto sexuado. Scielo. Recuperado de* http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032003000400005#notas.

Carrera Silva, Liliana .2011. La acción de tutela en Colombia. *Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla Año V, No. 27.*

Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000100005.

Courtis, Christian , & Otros. 2014. *Convención americana sobre derechos humanos. Berlin: Korad Adenauer Stiftung e. V.*

Disponible en:<https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>

De Beauvoir, Simone (1999). *El segundo Sexo [1949].* Buenos Aires: Sudamericana.

González Vázquez, Araceli (2011) Los conceptos de patriarcado y androcentrismo en el estudio sociológico y antropológico de las sociedades de mayoría musulmana, consultado en https://ddd.uab.cat/pub/papers/papers_a2013m7-9v98n3/papers_a2013m7-9v98n3p489.pdf.

Godina Herrera, Celida (2003) Cuerpo vivido, una mirada desde la fenomenología y la teoría de género. Mexico BUAP.

Fainholc, Beatriz. (1993) La mujer y los medios de comunicación social, Editorial Hvmánitas, Buenos Aires Argentina.

ICESI .2017. Paradigmas cuantitativo y cualitativo y metodología de la investigación.
Disponible_en :<http://eduteka.icesi.edu.co/gp/upload/ed30c96e1724da08bf8c3133bf73c2b3.pdf>

Moreno Atienza, Cristina, Moreno Perez Jose Luis y Aguilar Calahorro Augusto.
2014. *El sistema universal de los derechos humanos*. Comares.

Parra Quijano, Jairo. 2013. Medidas Cautelares Innominadas. *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre.

Peláez Hernández, Ramon. A. 2003. Panorámica Histórica del Debido Proceso. *Misión Jurídica, I*.

Uprimny Yepes, Rodrigo .2008. Sistema judicial y profundización de la democracia en Colombia: una propuesta metodológica para interpretar el sistema judicial colombiano y sus necesarias y posibles reformas desde una perspectiva de derechos humanos. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar). Democracia, justicia y sociedad. Diez años de investigación en Dejusticia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2016.

Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_899.pdf.

Uprimny, Rodrigo y Mauricio Garcia. 2004. "Corte constitucional y emancipación social en Colombia". En: Emancipación social y violencia en Colombia. Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (eds.). Editorial Norma. pp. 478 a 515.

Solano de Jinete, Nancy y Myriam Sepúlveda. 2008. Metodología de la investigación social y jurídica. Grupo Editorial Ibáñez.

Téllez, Anastasia (2019): "Fundamentos de los estudios feministas y de género, pp 2.

XI. NORMAS JURÍDICAS CONSULTADAS.

Constitución Política de Colombia 2da Ed. Legis.

Código procesal del trabajo y de la seguridad social, Decreto-ley 2158 de 1948.

Congreso de Colombia. (17 de noviembre de 1932). *Sobre reformas civiles (régimen patrimonial en el matrimonio*. [LEY 28 DE 1932]. DO: sin numero.

Congreso de Colombia. (17 de julio de 1981). Por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmado en Copenhague el 17 de julio de 1980.[LEY 51 DE 1981]. DO:35.794.

Congreso de Colombia. (31 de diciembre de 1990). Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes. [LEY 54 DE 1990].DO:39.615.

Congreso de Colombia. (1 de enero de 1991). Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. [LEY 50 DE 1990].DO:39.618.

Congreso de Colombia. (02 de junio de 1981). *Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada en Copenhague el 17 de julio de 1980*. [LEY 51 de 1981]. DO: sin numero.

Congreso de Colombia. (19 de noviembre de 1991). *Decreto reglamentario de la acción de tutela*. [Ley 2591 de 1991. DO: 40.165.

Congreso de Colombia. (29 de diciembre de 1995). *Por medio de la cual se aprueba la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, suscrita en la ciudad de Belem Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994*. [Ley 248 de 1995. DO: 42.171.

Congreso de Colombia. (3 de noviembre de 1993). *Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a las mujeres cabeza de familia*. [LEY 82 DE 1993]. DO: 41.101

Congreso de Colombia. (31 de mayo de 2000). *Por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público.* [LEY 581 de 2000]. DO: 44.026.

Congreso de Colombia. (14 de enero de 2002). *tiene por objeto mejorar la calidad de vida de las mujeres rurales, priorizando las de bajos recursos y consagrar medidas específicas encaminadas a acelerar la equidad entre el hombre y la mujer rural.* [LEY 732 de 2002]. DO: 44.678

Congreso de Colombia. (3 de junio de 2004). *Por medio de la cual se modifica el artículo 229 de la Ley 882 de 2004.*[LEY 82 DE 1993]. DO: 45.568

Congreso de Colombia. (11 de julio de 2003). *Por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres.* [LEY 823 DE 2003]. DO: 45.245

Congreso de Colombia. (23 de enero de 2006). *Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo.* [LEY 1010 DE 2006]. DO: 46.160

Congreso de Colombia. (4 de diciembre de 2008). *Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996* [LEY 1257 DE 2008]. DO: 47.193

Congreso de Colombia. (5 de julio de 2012). *Por la cual se reforma el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal.*. [LEY 1542 DE 2012]. DO: 48.482.

Caso Acevedo Buendia Vs Peru (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de julio de 2009).

Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en la Mujer (CEDAW) ONU 1979.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). 07 al 22 de noviembre de 1969.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las mujeres (Convención de Belém do Pará). 09 de junio de 1994.

Corte Constitucional de Colombia (05 de junio de 1992) Sentencia T-406-92. [MP Ciro Angarita Baron].

Corte Constitucional de Colombia. (15 de diciembre de 1995) Sentencia T-624/95. [MP Jose Gregorio Hernandez Galindo].

Corte Constitucional de Colombia (sin fecha) Sentencia T-589-99.[MP Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional de Colombia (sin fecha) Sentencia T-212-09. [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Corte Constitucional de Colombia. (6 de abril del 2006) Sentencia T-292/06. [MP Manuel Jose Cepeda Espinosa].

Corte Constitucional de Colombia. (27 de enero de 2014) Sentencia T-022/14. [MP Alberto Rojas Rios].

Corte Constitucional de Colombia. (13 de agosto de 2019) Sentencia T-366/19. [MP Alberto Rojas Rios].

Ministerio de justicia. (4 de febrero de 1975). Por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones. [DECRETO 2820].

XII. ANEXOS

Tabla No.1. Sentencia 366 de 2019 Corte Constitucional Colombiana. Pagina 43.

Características multicomponenciales del estereotipo masculino y femenino.

	<i>Rasgos</i>	<i>Roles</i>	<i>Caracteres físicos</i>	<i>Destrezas cognitivas</i>
ESTEREOTIPO MASCULINO	Activo	Control económico	Atlético	Analítico
	Decidido		Moreno	Exacto
	Competitivo	Cabeza de familia	Espaldas anchas	Pens. abstracto
	Superioridad		Corpulento	Destr. numéricas
	Independiente	Proveedor finanzas	Muscular	Capacidad para resolver problemas
	Persistente	Líder	Fuerza física	
	Seguro de sí	Bricolaje	Vigor físico	Razon. matemático
ESTEREOTIPO FEMENINO	Fortaleza psíquica	Iniciativa sexual	Duro	Destr. cuantitativas
		Gusto deporte TV	Alto	
	Dedicación a otros	Cocina habitualmente	Belleza	Artístico
	Emotivo	Hace compra casa	Ser «mono»	Creativo
	Amabilidad	Se ocupa de la ropa	Elegante	Expresivo
	Consciente de los sentimientos de otros	Se interesa por la moda	Vistoso	Imaginativo
	Comprensivo	Fuente de soporte emocional	Gracioso	Intuitivo
Cálido	Se ocupa de los niños	Pequeño	Perceptivo	
Educado	Atiende la casa	Bonito	Tacto	
		Sexy	Destrezas verbales	
		Voz suave		

Fuente: tomado de la *Encyclopedia of Women and gender. Sex similarities and differences and the impact of society on gender* (Kite, 2001)

Tabla No. 2 Sentencia 366 de 2019 Corte Constitucional Colombiana. Pagina 46.



Tomado de ALFARO, Élida. "Las mujeres y el deporte: Evolución y situación actual". Seminario permanente Mujer y Deporte, Facultad de Ciencias de la Actividad Física y el Deporte -INEF- Universidad Politécnica de Madrid.

Tabla No. 2. Tomada de <https://cej.org.co/infografias/cifras-de-la-tutela-en-colombia/>

Cifras de la acción de tutela corporación Excelencia en la Justicia.

