

EL ENFOQUE DE GÉNERO COMO UN ELEMENTO ESENCIAL DE LA ADJUDICACIÓN TRANSFORMADORA. LA SENTENCIA SU-201 DE 2021

MARIA DOLORES MINO*

JORGE ERNESTO ROA ROA*

Contexto

La Corte Constitucional de Colombia es uno de los tribunales más destacados del constitucionalismo transformador¹. Se trata de un tribunal de tres décadas de funcionamiento. Durante esos treinta años, la Corte ha asumido el reto de resolver disputas relacionadas con la protección de las promesas constitucionales y realizar la defensa de la Constitución con un enfoque que trasciende la mera adjudicación. Eso significa una forma de ejercicio judicial que comprende el contexto social, político y económico de manera que tiende a perseguir cambios sociales profundos².

Uno de los elementos (lamentablemente esenciales) del contexto latinoamericano es la profunda desigualdad. Quizá sea más preciso hacer referencia a las desigualdades. Dentro de estas, uno de los dramas más acuciantes es la desigualdad estructural de género y su impacto transversal. De allí que el enfoque de género y la vocación transformadora sean fundamentales en toda decisión judicial. La Sentencia SU-201 de 2021 es una decisión que enfatiza en la centralidad de la perspectiva de género en la función de adjudicación. No se puede superar la desigualdad estructural de género si los poderes del Estado se basan en una visión formal de sus competencias. Esta resulta claramente incompatible tanto con los retos sociales que afrontan como con los generosos mandatos constitucionales y derechos humanos que orientan la acción de la autoridad. Esto vale también para el poder judicial. De allí que las decisiones *extra* y *ultra petita*, el principio *iura novit curia* y las medidas de reparación estructural pertenezcan menos a un esquema de activismo judicial y aparezcan

*Abogada por la Universidad San Francisco de Quito. Magíster en Derecho Internacional por el *Washington College of Law de American University*. Actualmente es candidata a Doctora en Derecho por la Universidad Externado de Colombia. Email: maria.mino1@est.uexternado.edu.co

*Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Profesor de Derecho Constitucional Comparado y Derechos Humanos de la Universidad Externado de Colombia. Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia. Código orcid: 0000-0003-1117-2302 Email: jorgeroaroa@gmail.com

¹Jorge Ernesto Roa Roa, “La ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador latinoamericano”, *Revista Derecho del Estado* 49 (2021): 35-58. doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n49.04>.

²Jorge Ernesto Roa Roa, “El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano”, en: *Constitucionalismo transformador en América Latina*, edit. Por Vera Karam de Chueiri, y Bianca Schneider van der Broocke (Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2021), 13-27. doi: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3571507>

como plenamente compatibles (y exigidas) bajo el paradigma del Estado constitucional.

En esta reseña se hará referencia al contexto fáctico y normativo del caso. Adicionalmente, se indicarán los elementos fundamentales de la decisión de la Corte Constitucional. Finalmente, se enunciarán algunos comentarios sobre el contenido de la sentencia, sus alcances y el impacto que puede tener. El objetivo es ofrecerle al lector una invitación a seguir la jurisprudencia transformadora de la Corte Constitucional e identificar también los retrocesos o las vicisitudes en el largo camino que transita la justicia constitucional para aproximar las promesas constitucionales a la realidad de cada una de las personas que habitan nuestros Estados constitucionales en el marco de la democracia deliberativa³.

I. Argumentos de las partes: la simulación como mecanismo de violencia económica y de género en el contexto de los procesos de divorcio y liquidación de la sociedad conyugal

En la Sentencia SU-201 de 2021, la Corte revisó el caso de una mujer casada que había presentado dos demandas de divorcio (en 2010 y 2012) por las causales de infidelidad y separación de cuerpos. Durante los procesos, su cónyuge realizó negocios jurídicos simulados para evitar que algunos de los bienes conjuntos ingresaran en la liquidación de la sociedad conyugal. La simulación fue reconocida en la primera instancia (Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira en julio de 2017) y revocada parcialmente en la segunda instancia (Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en agosto de 2018). Contra esa decisión, la accionante interpuso una demanda de casación que fue rechazada por la Corte Suprema de Justicia (en agosto de 2019). La accionante presentó los recursos de reposición y de queja, pero estos le fueron negados por la propia Corte Suprema de Justicia (en septiembre de 2019).

En su escrito de tutela, la accionante argumentó que las sentencias inferiores violaban los derechos derivados de su condición de mujer. Indicó que la negativa tanto de conceder el recurso de casación como el enfoque de las sentencias del proceso de origen en instancias inferiores omitieron la aplicación de la perspectiva de género. En su criterio, se debieron tener en cuenta las afectaciones a sus derechos como mujer derivadas de las posibles simulaciones de compraventa efectuadas por su antiguo cónyuge sobre los bienes de la sociedad conyugal. El propósito de esos negocios jurídicos nulos fue extraer los bienes de la sociedad y perjudicarle en su derecho a recibir una partición proporcional en la liquidación de la sociedad conyugal.

En marzo de 2020, la acción de tutela le fue negada en primera instancia por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. En su escrito de

³ Jorge Ernesto Roa Roa, *Control de Constitucionalidad Deliberativo. El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019).

impugnación, la accionante indicó que en el proceso de origen no se tuvieron en cuenta las normas de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW) y otros instrumentos que protegen a las mujeres y niñas frente a las posibles violaciones a sus derechos humanos. La ciudadana argumentó que el párrafo final del artículo 336 del Código de Procedimiento Civil establecía la *casación de oficio* que opera ante la posible existencia de violaciones a los derechos constitucionales. En junio de 2020, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión de negar la tutela. En esta segunda instancia se declaró que se había inadmitido adecuadamente la demanda de casación y que no concurrían los supuestos para la selección de oficio de la casación. En efecto, para el juez de amparo de segunda instancia, no se comprometían los derechos fundamentales y la perspectiva de género era *ajena al asunto*.

II. Síntesis de la decisión: el imperativo de aplicar la perspectiva de género en la adjudicación judicial

Esta decisión de la Corte Constitucional tiene su eje transversal en el deber judicial de aplicar la perspectiva de género en la adjudicación. Se trata de una obligación que deriva tanto del derecho internacional de los derechos humanos como de las normas constitucionales. Además, esa obligación implica trascender de una comprensión formal de las facultades judiciales hacia una visión transformadora e igualitaria del proceso judicial. El juez tiene unas cargas para igualar el proceso. Además, sus poderes se amplían cuando se trata de comprender la desigualdad de género que afecta a los casos que ingresan bajo sus competencias. De allí que se activen los poderes oficiosos, los instrumentos procesales proactivos y se exija decisiones que apliquen el principio *iura novit curia*. También es importante que la decisión de reparación sea estructural y que se profieran, cuando sea necesario, decisiones *extra y ultra petita*.

a. El deber de administrar justicia con enfoque de género, la violencia patrimonial y la discriminación a las mujeres en los procesos judiciales de familia

En primer lugar, la Corte Constitucional reiteró que existe un reconocimiento internacional de la discriminación histórica que ha enfrentado la mujer en los diferentes ámbitos. De allí que se hubieran aprobado tanto la CEDAW como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de *Belem Do Pará*. Ambos instrumentos disponen la obligación del Estado de erradicar o eliminar la discriminación y la violencia contra las mujeres e integran el bloque de constitucionalidad⁴. A nivel nacional, algunas de esas obligaciones internacionales se respaldaron mediante la aprobación de la Ley 1257 de 2008. En especial, el tribunal destacó los conceptos de violencia económica contra la

⁴ La Corte se refirió a las sentencias T-012 de 2016, C-539 de 2016, T-093 de 2019 y SU-080 de 2020.

mujer y de daño patrimonial por razón de género establecidos en los artículos 2 y 3 de esa ley.

En segundo lugar, la Corte reiteró los postulados básicos de la Sentencia T-012 de 2016. En esa oportunidad, el tribunal se había referido a la violencia económica y a los procesos judiciales como escenarios de discriminación contra la mujer. En concreto, la Corte indicó que:

“(…) la violencia contra la mujer también es económica. Esta clase de agresiones son muy difíciles de percibir, pues se enmarcan dentro de escenarios sociales en donde, tradicionalmente, los hombres han tenido un mayor control sobre la mujer. A grandes rasgos, en la violencia patrimonial el hombre utiliza su poder económico para controlar las decisiones y proyecto de vida de su pareja. Es una forma de violencia donde el abusador controla todo lo que ingresa al patrimonio común, sin importarle quién lo haya ganado. Manipula el dinero, dirige y normalmente en él radica la titularidad de todos los bienes. Aunque esta violencia también se presenta en espacios públicos, es en el ámbito privado donde se hacen más evidentes sus efectos. || Por lo general, esta clase de abusos son desconocidos por la mujer pues se presentan bajo una apariencia de colaboración entre pareja. El hombre es el proveedor por excelencia. No obstante, esa es, precisamente, su estrategia de opresión. La mujer no puede participar en las decisiones económicas del hogar, así como está en la obligación de rendirle cuentas de todo tipo de gasto. Igualmente, el hombre le impide estudiar o trabajar para evitar que la mujer logre su independencia económica, haciéndole creer que sin él, ella no podría sobrevivir. || Es importante resaltar que los efectos de esta clase [sic] violencia se manifiestan cuando existen rupturas de relación, pues es ahí cuando la mujer exige sus derechos económicos, pero, como sucedió a lo largo de la relación, es el hombre quien se beneficia en mayor medida con estas particiones. De alguna forma, la mujer “compra su libertad”, evitando pleitos dispendiosos que en muchos eventos son inútiles”⁵.

En la misma decisión del año 2016, la Corte Constitucional estableció que los jueces y las juezas debían aplicar una forma especial de interpretación y un enfoque de género cuando se trata de resolver un caso de familia, cuando se vean comprometidos los derechos humanos de las mujeres o exista una potencial discriminación. A la luz de ese test, a los jueces y a las juezas les corresponde:

“(…) (i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres”⁶.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-012 de 2016.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-012 de 2016.

En tercer lugar, la Corte se refirió a la Sentencia T-093 de 2019. En esa decisión, el tribunal amplió la obligación de ejercer las facultades investigativas con un enfoque de género. En concreto, la Corte propuso tres criterios que orientan la actividad judicial cuando se aplica el enfoque de género:

“El primer criterio es el análisis probatorio sistemático. (...) consiste en el deber judicial de desplegar toda la actividad probatoria posible, incluso oficiosa, para corroborar los supuestos fácticos del caso como, por ejemplo, la existencia de una violencia de género o la configuración de una relación contractual. Dicho deber, a su vez, comprende dos elementos. El primero consiste en la revisión de las facultades judiciales para decretar oficiosamente pruebas en procesos concretos. Por ejemplo, en los casos de restitución de inmueble arrendado de mínima cuantía, dicha facultad está prevista en el artículo 392 inciso 1 del Código General del proceso. El segundo elemento es la revisión de pruebas que respeten los principios probatorios (licitud, pertinencia y conducencia). Por ejemplo, el juez no podrá valorar pruebas donde se cuestione el pasado familiar, social o sexual de la mujer o se busque un careo entre la mujer y la otra parte (prohibición a no ser confrontada con el victimario, conforme al artículo 8 literal k) de la Ley 1257 de 2008). || El segundo criterio es la duda razonable (...), donde el juez deberá permitir que se esclarezca, con plena certeza, la existencia de violencia de género, antes de tomar una decisión (...) La aplicación de la duda razonable permitiría, por una parte, que la mujer no sea condenada en un proceso ordinario sin que se cuente con claridad respecto a las relaciones personales y, por otra parte, evitar que, en caso de que se descarte la posible violencia de género en la jurisdicción, se le cierre la oportunidad a la otra persona de reclamar judicialmente sus derechos. || El tercer criterio es el respeto de las competencias. (...) consiste en que la decisión del juez, en caso de incertidumbre, debe respetar su ámbito competencial. Por tanto, el juez deberá tomar una decisión que le sea propia de su competencia, como el rechazo de la demanda y la remisión a la autoridad competente, pues son los jueces de familia y penales quienes cuentan con las competencias, facultades y acciones suficientes para poder determinar la existencia o no de violencia contra la mujer”⁷.

En cuarto lugar, la Corte sintetizó algunos de sus precedentes que habían analizado los derechos de las mujeres en el marco de la separación o el divorcio. El tribunal se refirió a varios casos en los que la existencia de violencia contra la mujer no fue tenida en cuenta para establecer el derecho a recibir alimentos en el contexto de una separación. La Corte reiteró que es imprescindible tener en cuenta la violencia económica como una forma de violencia contra la mujer. Esa forma de violencia es especialmente tangible en los procesos de divorcio o separación. Además, es fundamental detectar la desigualdad económica que afecta a las mujeres que no trabajan porque usualmente ellas se encuentran en una situación de desventaja cuando enfrentan un proceso de separación o divorcio.

En este ámbito, la Corte se refirió a algunas Recomendaciones Generales del Comité de la CEDAW relativas a los derechos de las mujeres en el ámbito de las relaciones familiares, el derecho de familia y los procesos judiciales. El Comité les recomendó a los Estados crear instituciones jurídicas que aseguraran la igualdad de los derechos de los cónyuges o miembros de la pareja. El objetivo

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-093 de 2019.

es que no existan situaciones de desigualdad con respecto a los bienes dentro de estas uniones, ni en las cuestiones relativas a la tenencia y custodia de los hijos. El tribunal resaltó el carácter vinculante de las recomendaciones de la CEDAW en las que se establece que los Estados deben asegurar que los operadores de justicia decidan sus causas con perspectiva de género. Asimismo, se deben revisar las normas sobre la carga de la prueba para asegurar la igualdad entre las partes en todos los campos en los que las relaciones de poder privan a las mujeres de la oportunidad de un tratamiento equitativo de sus pretensiones ante la judicatura. Finalmente, en relación con la Recomendación General 35, el tribunal reiteró que se puede incurrir en la responsabilidad estatal internacional por las acciones y las omisiones de los poderes judicial, legislativo o ejecutivo cuando estos incurren en violencia contra las mujeres o las niñas.

Con base en estos fundamentos, la Corte concluyó que el caso de la accionante requería una aproximación basada en un enfoque de género. No solo se trataba de un proceso de simulación con el ánimo de defraudar a un acreedor sino de una simulación ocurrida después de la terminación de una relación matrimonial. Este es un ámbito propicio tanto para la discriminación como para el ejercicio de la violencia económica en contra de la mujer. Para el tribunal, los jueces de instancia debieron formular sus problemas jurídicos con base en la causal de violación directa de la Constitución por el desconocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación de la mujer. En últimas, este era uno de los argumentos implícitos de la accionante.

b. La aplicación del principio *iura novit curia* y las decisiones de amparo *extra* y *ultra petita* con enfoque de género

La Corte reiteró que los jueces de amparo tienen la competencia (y la obligación) de declarar la violación de las normas o los derechos que no fueron directamente invocados por los accionantes cuando así se derive del marco fáctico presentado ante el tribunal. En los procesos de tutela, los hechos probados determinan la respuesta judicial y aquellos prevalecen sobre una potencial restricción en las pretensiones o derechos invocados por las peticionarias. Cuando se trata de la acción de tutela contra las providencias judiciales, la accionante debe mencionar explícitamente la denominación de las causales específicas de procedencia que invoca en contra de la providencia. No obstante, si la ciudadana acredita la existencia de una controversia *iusfundamental* en relación con la providencia judicial cuestionada, al juez le corresponde analizar el caso más allá de los argumentos explícitamente expuestos. El objetivo es garantizar la protección de los derechos fundamentales que puedan estar comprometidos.

En el caso concreto, la Corte concluyó que le correspondía efectuar un análisis con perspectiva de género. Por regla general, a quienes solicitan una acción de tutela contra decisiones del poder judicial se les exige un análisis argumentativo más riguroso. No obstante, en este caso la accionante indicó que

su condición de mujer le habría impedido acceder a una tutela judicial efectiva en el proceso de origen. De manera que era necesario que la Corte revisara las decisiones de instancia bajo esa perspectiva de género.

c. Sobre la procedencia de la acción de tutela contra decisiones del poder judicial cuando se afectan los derechos fundamentales

La Corte Constitucional reiteró las *condiciones generales* de procedibilidad de la acción de tutela contra las providencias judiciales. En el criterio del tribunal, en este caso se presentó un evidente debate con relevancia constitucional. En efecto, estaba involucrada la posible afectación de diferentes derechos fundamentales porque la actora solicitó que se analizara si la Sala de Casación Civil había errado al no efectuar un estudio de fondo de la casación y excluir la procedencia de la casación oficiosa. Esas decisiones formales impidieron que la Corte Suprema protegiera la dignidad de la mujer en el marco de un proceso de simulación que buscaba recuperar los bienes vendidos de la sociedad conyugal con el fin de defraudar el proceso de liquidación. La relevancia constitucional se concretaba en la necesidad de analizar si la Sala de Casación Civil, en su condición de administradora de justicia, había aplicado o no una adecuada perspectiva de género al momento de proferir las decisiones inadmisorias que fueron posteriormente censuradas mediante la acción de tutela.

El tribunal constitucional reiteró que la violación directa de la Constitución es un defecto autónomo que ocurre en tres circunstancias en particular: i) cuando se deja de aplicar una disposición de derecho fundamental a un caso concreto, ii) cuando se aplica la ley al margen de los dictados de la Constitución o iii) cuando se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata. En este sentido, la Corte indicó que el recurso de casación también opera como una forma de control de constitucionalidad. La selección positiva de oficio y la casación oficiosa son figuras jurídicas que le permiten a la Corte Suprema de Justicia analizar los casos con el fin de proteger los derechos constitucionales. Por ese motivo, la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional ha señalado que el juez de tutela puede verificar la correcta aplicación de la selección positiva y de la casación oficiosa para establecer si se cumplió con el objetivo de protección de los derechos fundamentales.

d. La violación directa de la Constitución en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación de la mujer

La Corte concluyó que los argumentos esgrimidos por la demandante denunciaban un déficit de perspectiva de género al resolver su caso. La ciudadana argumentó el defecto de la decisión por violación directa de la Constitución. En concreto, debido a: i) la renuencia del sistema judicial para adoptar un enfoque que visibilizara los derechos de las mujeres; ii) el desconocimiento de la violencia económica o patrimonial como uno de los tipos de violencia contra la mujer; iii) la separación, el divorcio y la liquidación de

sociedad conyugal como escenarios propicios para ejercer este tipo de violencia y iv) el deber de las autoridades judiciales de incorporar en el análisis de los casos el enfoque de género para detectar los contextos de discriminación y desplegar sus facultades probatorias para determinar la existencia de cualquier tipo de violencia que afecte a las mujeres.

El tribunal declaró que se había configurado un defecto por violación directa de la Constitución. La Corte Suprema de Justicia desconoció la obligación garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación en contra de la mujer porque no ejerció la facultad de selección positiva cuando estudió la demanda de casación interpuesta por la accionante. El contexto demostraba la existencia de posibles afectaciones a sus derechos constitucionales derivados de su condición de mujer. La Corte estimó que lo correcto era que, durante la etapa de admisión del recurso de casación, se realizara el análisis derivado de la facultad de *selección oficiosa positiva*. Esa figura era aplicable en virtud del deber de asegurar los derechos de la mujer. Este constituye una causal de protección de los derechos constitucionales y habilita el ejercicio de facultad oficiosa de selección positiva.

Por lo tanto, la Corte concluyó que la falta de selección oficiosa positiva del recurso de casación interpuesto por la accionante generó una violación directa de la Constitución por inaplicación de los artículos 13 y 43 de la Constitución. Para el tribunal:

“(…) no se trataba entonces de un caso de simulación en el que simplemente se manifestó públicamente una voluntad distinta a la que se convino en secreto. El caso estaba inmerso en un escenario propio de la discriminación contra la mujer, de violencia económica, como lo es el divorcio y la disolución de la sociedad conyugal, y particularmente, de cuestionamientos sobre las actuaciones judiciales, que requieren la intervención del juez constitucional”⁸.

Por esa razón, la Corte decidió conceder la acción de tutela y dejar sin efectos las decisiones de la Corte Suprema de Justicia que resolvieron los recursos de reposición y queja. De manera que el tribunal le ordenó a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia proferir un nuevo auto en el que admitiera el recurso de casación con base en los objetivos de la casación oficiosa que son funcionales a la protección de las garantías constitucionales. En concreto, le ordenó analizar los hechos con un enfoque de género. El objetivo final es asegurar que la protección de las garantías constitucionales se concrete en el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia de género.

III. Análisis de la sentencia

Sobre esta importante decisión de la Corte Constitucional se pueden formular muchos comentarios. Sin embargo, es importante destacar cuatro

⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU-201 de 2021.

aspectos que son relevantes para comprender la decisión y el futuro del constitucionalismo feminista y transformador⁹: i) la obligación de realizar la función de adjudicación con enfoque de género; ii) el deber de realizar el control de convencionalidad; iii) la violencia patrimonial como una forma de violencia autónoma e interdependiente de otras formas de violencia y iv) la casación como un mecanismo de tutela de los derechos constitucionales y convencionales.

a. La obligación de realizar la función de adjudicación con enfoque de género

Como ya se indicó, esta sentencia de la Corte Constitucional reitera el deber de los operadores de justicia de decidir con perspectiva de género. Esta obligación es transversal. De manera que también opera en los casos de naturaleza civil en los que, aparentemente, solo se discuten pretensiones de carácter patrimonial. Los tribunales deben analizar el verdadero trasfondo de cada caso y verificar la posible existencia de situaciones que comprometan los derechos de las mujeres y las niñas. Ello debe ocurrir incluso cuando la pretensión no haya hecho una solicitud explícita en ese sentido.

Los jueces de todas las especialidades deben decidir las causas para determinar tanto si se configuran las infracciones de carácter civil, penal o laboral invocadas como las posibles violaciones a derechos de las mujeres. Por ejemplo, si en la compraventa de ciertos bienes no se configurara una simulación a la liquidación de la sociedad conyugal, en todo caso, los tribunales deberían realizar un análisis integral y sistemático sobre la potencial existencia de simulación en algunos bienes o la intención de causar violencia económica de género mediante negocios jurídicos no simulados con el objetivo de perjudicar a la accionante en el ejercicio de sus derechos, en especial, la igualdad en el disfrute del patrimonio.

b. El deber de realizar el control de convencionalidad

Esta sentencia resalta el deber de los operadores de justicia de toda materia y en toda instancia de realizar un análisis con enfoque de género cuando resuelvan casos que comprometan los derechos de las mujeres. Se trata de la obligación de incorporar una perspectiva de género en las decisiones del poder judicial. Esta no solo opera en los casos relacionados con los delitos, sino en todos aquellos en los que sea posible determinar la existencia de un detrimento o una posible afectación a los derechos de las mujeres y las niñas.

Esta obligación es consistente con las recomendaciones del Comité de la CEDAW. Como se indicó en la sentencia, los Estados deben asegurar el derecho a la igualdad y no discriminación para las mujeres y las niñas en el ámbito de la

⁹ Christine Peter da Silva, Estefânia Maria de Queiroz Barboza, Marina Bonatto, and Melina Girardi Fachin, On March 8, *Why Celebrate Feminist Constitutionalism?* Int'l J. Const. L. Blog, Mar. 8, 2022. <http://www.icconnectblog.com/2022/03/on-march-8-why-celebrate-feminist-constitutionalism/> (10.03.2022)

administración de justicia. Eso no solo requiere contar con jueces especializados, sino que exige que estos adjudiquen con enfoque de género. Se trata de una obligación especialmente relevante en la investigación penal y en el ámbito de las relaciones familiares. La Corte Constitucional acertó al reiterar que el proceso judicial familiar puede ser un espacio para la violencia patrimonial. De allí que los jueces deban analizar tales procesos (i.e. divorcios, terminación de uniones libres, *inter alia*) a la luz de las posibles situaciones de violencia patrimonial o desigualdad que pueden afectar a las mujeres en esos contextos.

Asimismo, todas las autoridades judiciales deben realizar un adecuado control de convencionalidad. Se trata de la obligación de los jueces y las juezas de aplicar directamente las normas y los estándares derivados del derecho internacional de los derechos humanos, incluso si ello supone inaplicar o invalidar una norma local. Aunque esto último no ocurrió en la Sentencia SU-201 de 2021 porque las normas domésticas no eran contrarias a un estándar convencional, el tribunal reiteró el deber de los operadores de justicia, de toda materia y en todo nivel, de adjudicar con base en las normas más favorables a la protección del ser humano (principio *pro persona*).

Por eso resulta destacable que el razonamiento de la Corte Constitucional se haya centrado en la obligatoriedad de los estándares provenientes del Comité de la CEDAW que se incorporan al bloque de constitucionalidad. El reto de la Corte constitucional es mantener la consistencia y la coherencia en el uso del derecho internacional de los derechos humanos. Eso implica evitar prácticas de instrumentalización de los estándares internacionales o el denominado *cherry picking*. Este consiste en usar solo los estándares internacionales que son funcionales a las decisiones que va a adoptar el tribunal constitucional o resistirse a modificar los propios precedentes que son evidentemente contrarios al derecho internacional de los derechos humanos en tanto que son más restrictivos en la protección de un derecho humano.

c. La violencia patrimonial como una forma de violencia autónoma e interdependiente de otras formas de violencia

La Corte reconoció que la violencia patrimonial es una forma de violencia tan grave y reprochable como cualquier otra. El hecho de que aquella ocurra sin agresiones de carácter físico o psicológico e impacte el patrimonio de una mujer en el contexto de un proceso de divorcio, no implica que carezca de una gravedad autónoma. Además, el tribunal reiteró que las distintas formas de violencia contra la mujer son interdependientes. Eso significa que una situación de violencia patrimonial impacta necesariamente otros ámbitos de la vida de las mujeres y compromete su integridad física y psicológica. La Corte concluyó que no existían formas *más graves de violencia* (i.e. violencia física) y formas *menos graves de violencia*, sino que todas deben ser prevenidas, investigadas, sancionadas y erradicadas.

La buena situación económica de la accionante (una profesional que trabajaba y tenía ingresos propios) resultó irrelevante para detectar una situación de violencia patrimonial. La mera afectación creada con la intención de perjudicarle en sus derechos a acceder en condiciones de igualdad al patrimonio conyugal en el marco del divorcio fue suficiente para que se configurara una situación de violencia. La posibilidad de una mujer de subsistir por sus propios medios no excluye ni reduce la gravedad de la violencia patrimonial. El criterio relevante es el trato desigual en el acceso a los bienes conyugales y no la condición económica en la que se encuentra la mujer.

d. La casación como un mecanismo de tutela de los derechos constitucionales y convencionales

La Corte Constitucional estableció que la selección oficiosa y la casación de oficio son mecanismos legítimos para tutelar los derechos constitucionales. El tribunal destacó que los procesos ante el poder judicial ordinario son los escenarios para la tutela de pretensiones que pueden involucrar disputas sobre derechos constitucionales. La Corte Constitucional encontró que existían pocos casos en los que se hubiera ejercido la facultad de selección oficiosa o casación de oficio por parte de la Corte Suprema de Justicia. En esos pocos casos, las disputas se han referido a controversias lesivas de bienes jurídicos importantes para la Nación o violatorias de los derechos constitucionales. De manera que el caso de la violencia patrimonial de género se adecuaba a una de las hipótesis en las que procedía analizar, en sede de casación, si había existido una simulación con fines discriminatorios con impacto en el derecho al disfrute de los bienes conyugales en condiciones de igualdad.

Por esa razón, la Corte reafirmó la obligación de oficio para las cortes de cierre de tutelar los derechos constitucionales en cada uno de los procesos que son de su competencia. Eso puede incluir la activación de la figura de la casación oficiosa cuando los hechos del caso permiten inferir una potencial vulneración a los derechos constitucionales. Para la Corte Constitucional, existe una especie de deber de los jueces, en instancia de casación, de casar de oficio aquellas decisiones inferiores que vulneraron los derechos humanos. La selección oficiosa constituye un mecanismo de protección de los derechos constitucionales en el máximo nivel de la justicia ordinaria.

Esta es una manifestación del derecho humano a la tutela judicial efectiva. De manera que no solo opera con base en los reclamos (pretensiones) expresos de las partes en el contexto de un proceso, sino que implica activar los poderes oficiosos de investigación y la optimización del principio *iura novit curia*. El objetivo no solo es proteger los derechos constitucionales sino los estándares derivados de las decisiones o las recomendaciones de organismos internacionales. Esos parámetros se deben incorporar en la resolución del caso tanto si eso fue solicitado por las partes como por la mera posibilidad de que una de esas obligaciones sea vulnerada.

Conclusión: la construcción incremental de un constitucionalismo transformador y feminista

Esta sentencia integra un conjunto más amplio y no acabado de decisiones que incrementalmente han respondido al contexto de desigualdad de género. Se trata de un proceso jurisprudencial de progresiva ampliación de los derechos de las mujeres. Este debe ir acompañado de la acción de los demás poderes del Estado y de una fuerte movilización social. La Corte no puede superar todos los retos que exige la construcción de una sociedad igualitaria. Sin embargo, el tribunal tampoco puede declinar su imperativo rol constitucional como garante de los derechos humanos y como catalizador de procesos deliberativos sobre la mayor garantía de las promesas constitucionales. A ello le denominamos un constitucionalismo transformador feminista.