



Visibilizar la violencia de género

Sistematización de la experiencia en género

Compiladora por **ProFis**

Gloria Lucia Bernal

giz



Embajada
de la República Federal de Alemania
Bogotá

Visibilizar la violencia de género

Sistematización de la experiencia en género

Compiladora por ProFis

Gloria Lucia Bernal Acevedo

Visibilizar la violencia de género

Sistematización de la experiencia en género

Compiladora por ProFis
Gloria Lucia Bernal Acevedo

giz



Embajada
de la República Federal de Alemania
Bogotá

Publicado por:

© Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH
Agencia Alemana para la Cooperación Internacional – GIZ
Proyecto de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia en el Contexto de Ley de Justicia y Paz – Profis

“Género y Derecho”

Autor: **Lina Céspedes**

“Perspectiva de género”

Autor: **Mary Genith Vitery**

“Conceptos en violencias de género”

Autor: **Ivonne Wilches**

“La debida diligencia”

Autor: **María Clara Galvis**

“Crímenes de guerra y lesa humanidad en Colombia: una mirada desde una dimensión de género”

Autor: **Alejandro Valencia**

“La violencia de género en el conflicto armado”

Autor: **Gloria Bernal**

“Sistematización de la experiencia en género”

Coautor: **Ángela Aguirre Jiménez**

Director Agencia GIZ en Bogotá

Peter Luhmann

Director Proyecto ProFis

Andreas Forer

Diseño de carátula y diagramación:

Milton Ruiz

Corrección de estilo:

Felipe Alejandro Riveros Cendales

Fotomecánica e impresión:

Alvi Impresores Ltda.

Primera edición: noviembre 2011

Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia - Printed in Colombia

ISBN: 978-958 ...

Carrera 13 N. 97-51 Oficina 302

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfonos: (+57) (+1) 7430499

Fax: (+57) (+1) 7430499 Ext. 202

www.profis.com.co

www.giz.de

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

Contenido

	PAG.
Presentación ANDREAS FORER	7
Introducción GLORIA BERNAL	13
Primera parte: sensibilización	
Relato: Nada pasó	17
Género y Derecho LINA CÉSPEDES	19
Perspectiva de género MARY GENITH VITERY	27
Conceptos en violencias de género IVONNE WILCHES	41
Segunda parte: judicialización	
Relato: Rosadelia	51
La debida diligencia MARÍA CLARA GALVIS	53
Crímenes de guerra y lesa humanidad en Colombia: una mirada desde una dimensión de género. ALEJANDRO VALENCIA	81
Tercera parte: género y Justicia y Paz	
Relato: Lobo feroz	93
La violencia de género en el conflicto armado. GLORIA BERNAL	95

Presentación

ANDREAS FORER

Por encargo del Ministerio Federal de Relaciones Exteriores de Alemania, el proyecto ProFis, ejecutado por la Agencia Alemana para la Cooperación Internacional (GIZ), desde febrero de 2008 ha brindado asesoría y apoyo técnico a instituciones del Estado, en especial a los organismos judiciales, para la efectiva aplicación de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005). Dicha asesoría se ha concentrado en la Fiscalía General de la Nación (FGN), particularmente en la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y Paz (UNFJYP), y en los Magistrados de las salas de Justicia y Paz y de la Corte Suprema de Justicia en Bogotá.

En este marco, nuestro proyecto emprendió como una de sus líneas de trabajo la relacionada con el área de Género en el marco del conflicto armado y trabajó, aunque en menor medida, con la Defensoría y la Procuraduría con el objetivo de lograr una sensibilización en el contexto de la ley de Justicia y Paz.

Pero ¿Por qué trabajar en el tema de género? Si bien mucho se ha explorado en la materia, un diagnóstico general que permite dar respuesta está contenido en el artículo “La violencia de género y la violencia sexual en el conflicto armado colombiano: indagando sobre sus manifestaciones” del libro *Guerras y violencias en Colombia*: “... la información sobre ambos tipos de violencias son de difícil documentación, recopilación, codificación y sistematización”¹, que se explica por variables como que “ambos tipos de violencia vulneran la integridad de las personas (...) lo que causa que la víctima muy pocas veces denuncie el hecho”²; “la sexualidad y el género

¹ PINZON, Diana C. “La violencia de género y la violencia sexual en el conflicto armado colombiano: indagando sobre sus manifestaciones” en: *Guerras y Violencias en Colombia. Herramientas e Interpretaciones*. Restrepo, Jorge y David Aponte (editores). CERAC-Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia, 2009. Pág. 354.

² Ibídem.

hacen parte de la esfera de lo privado (...) por lo tanto, (...) requiere de un proceso de difícil tránsito”³; “las instituciones y entidades encargadas de hacer seguimiento (...) no cuentan en la mayoría de los casos con la capacidad logística y de recursos para atender la recepción de este tipo de información”⁴ y “las metodologías para la recolección de información contienen sesgos conceptuales muy fuertes que tienden al subregistro de las tipologías de la violencia de género y la violencia sexual”⁵.

De lo anterior, surgió la necesidad de brindar nuestro apoyo en la construcción de herramientas técnicas y conceptuales para propiciar decisiones judiciales que hagan frente a la impunidad de los hechos de Violencia Basada en Género (VBG) que se han presentado en el marco del conflicto armado en Colombia.

Para ello, inicialmente acompañamos a la FGN junto con otras organizaciones en la elaboración de un instructivo para la investigación de delitos de violencia sexual en el contexto del conflicto armado, que se concretó en el Memorando 0117 de noviembre 10 de 2008 y apoyamos a la Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto en la publicación del IX y X Informe sobre la violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia⁶ durante dos años, y al Colectivo de Mujeres al Derecho en las publicaciones de Práctica Feminista del Derecho “Atención a mujeres en situación de desplazamiento”⁷ y del II Informe sobre la situación de las mujeres víctimas del conflicto armado en la región caribe: Departamentos del Magdalena y el Atlántico⁸.

Posteriormente, realizamos una juiciosa compilación sobre las instituciones gubernamentales y no gubernamentales que trataban este tema. Con fundamento en la documentación existente en la materia, y fruto de dos jornadas de trabajo con la FGN en cuatro despachos de la

³ Ibídem.

⁴ Ibídem.

⁵ Ibíd. Pág. 355

⁶ MESA DE TRABAJO MUJER Y CONFLICTO ARMADO. *IX Informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia*. Ediciones Antropos Ltda. Bogotá, Colombia, 2009. MESA DE TRABAJO MUJER Y CONFLICTO ARMADO. *X Informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia*. Ediciones Antropos Ltda. Bogotá, Colombia, 2010.

⁷ MORALES, Lorena et al. *Práctica feminista del derecho: Atención a mujeres en situación de desplazamiento*. Asociación Colectivo de Mujeres al Derecho/GTZ. Barranquilla, Colombia, 2009.

⁸ MORALES, Lorena et al. *II Informe sobre la situación de las mujeres víctimas del conflicto armado en la región caribe: Departamentos del Magdalena y el Atlántico*. Asociación Colectivo de Mujeres al Derecho. Barranquilla, Colombia, 2009.

UJP de Medellín y dos conversatorios interinstitucionales, se identificaron algunas dificultades para la judicialización de los delitos de VBG; entre ellas, la falta de integración de la perspectiva de género en la investigación judicial. Lo anterior nos permitió establecer líneas de actuación conjunta con la UNFJYP, y en coordinación con la Fiscal delegada ante Tribunal coordinadora de género de la UNFJYP, Dra. Patricia Hernández, se diseñó un seminario de día y medio con temáticas dirigidas a cubrir las necesidades de sensibilización y de herramientas y conceptos útiles para la judicialización de delitos de género que se implementó de la siguiente manera:

2010:

- Barrancabermeja (13 al 14 de Septiembre)
- Bucaramanga (11 al 12 de Octubre)
- Pasto (29 al 30 de Octubre)
- Santa Marta (26 al 27 de Noviembre)

2011:

- Medellín (11 al 12 de Febrero)
- Bogotá (18 al 19 de Febrero)
- Bogotá (25 al 26 de Febrero)
- Medellín (4 al 5 de Marzo)
- Florencia (26 al 27 de Abril)
- Barranquilla (20 al 21 de Mayo)
- Bogotá (30 de mayo al 3 de Junio)
- Montería (5 al 6 de Agosto)
- Barranquilla (19 al 20 de Agosto)
- Cali (26 al 27 de Agosto)
- Medellín (30 de Agosto al 1 de Septiembre)

Como resultado de las anteriores jornadas, aproximadamente 500 servidores públicos de la UNFJYP (70%), de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH (20%) y del Centro de Atención a Víctimas de Abuso Sexual (CAIVAS) (10%) fueron sensibilizados y serán capacitados como formadores de la red de Género, que se convocó en febrero de 2011, el cual se implementará dentro del Programa Nacional de Capacitación de la Escuela de la Fiscalía General de la Nación, para el año 2012.

De otra parte, en conjunto con el International Criminal Investigative Training Assistance Program (ICITAP) del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, se realizaron dos seminarios en Medellín y Bogotá (del 30 de mayo al 3 de Junio y del 29 al 31 de agosto de 2011 respectivamente) en los que se fortaleció la perspectiva y enfoque diferencial en la materia y se entrenó a servidores públicos en técnicas de entrevista sobre distintos delitos relacionados con violencia de género.

Adicionalmente, y como se mencionó en párrafos precedentes, la cooperación brindada por ProFis no se quedó solo en el campo de la sensibilización y el entrenamiento sino que avanzó en el apoyo de la judicialización de delitos de VBG. Inicialmente en coordinación con la Unión Europea, quien apoyó con un experto desde el 16 de julio hasta el 30 de agosto de 2010, se acompañó a la UNFJYP para obtener una judicialización acorde con los estándares internacionales y la legislación interna⁹, y a inicio del año 2011, el Proyecto ProFis, diseñó un apoyo en argumentación para contextualización desde la perspectiva de género en el Bloque Catatumbo, con la finalidad de imputarle al comandante Salvatore Mancuso 25 casos de violencia sexual mediante el empleo de la forma de participación de autoría mediata¹⁰.

Esta imputación se llevó a cabo en Junio de 2011 -por parte de la FGN ante la Magistrada de Control de Garantías en la ciudad de Bucaramanga- mediante una video conferencia en la cual participó Mancuso desde Estados Unidos y en la que se imputó como autores mediatos a los comandantes Jorge Iván Laverde, alias el “El Iguano” y José Bernardo Lozada, alias “Mauro”.

Ulteriormente, se apoyó en el diseño de una estrategia para dar continuidad a estas imputaciones con el Bloque Norte de la región Caribe Colombiana; para lo cual, y bajo la coordinación del despacho 08 con sus siete fiscales que documentan los frentes, la UNFJYP diseñó una estrategia con la finalidad de radicar imputación a Salvatore Mancuso por aproximadamente 60 casos de violencia sexual en la región caribe.

Paralelamente, en agosto de 2011, el despacho de la Fiscalía que documenta el frente Montes de María, realizó la imputación y solicitud

⁹ Para mayor información Véase. RAMELLI, Alejandro. “Crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y delitos sexuales” En: *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*. Uniandes/ GIZ. Bogotá, Colombia, 2011. Págs. 371-398.

¹⁰ Para mayor información Véase. AMBOS, Kai (coord.) *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente: un estudio comparado*. GTZ. Bogotá, Colombia, 2008.

de medida de aseguramiento a Marcos Tulio Pérez Guzmán, alias “El oso”, quien fue autor material en ocho casos de violación sexual contra personas protegidas por el Derecho Penal Humanitario en doble condición de vulnerabilidad dada por el hecho de ser mujeres y ser afrodescendientes¹¹.

Con el apoyo descrito el proyecto ProFis ha hecho una contribución significativa a la construcción de un modelo de imputación para casos de VBG en el marco del conflicto armado tendiente a la contextualización de dichos delitos, a la visibilización de esta problemática y encaminada a obtener sentencias con perspectiva de género, que brinden aportes significativos en términos de verdad y reparación para las víctimas; no obstante aun queda mucho por avanzar en la construcción de un concepto amplio y general de investigación.

Para finalizar, es importante recordar que sin bien todos estos esfuerzos son avances importantes, pueden incluso acarrear mayores riesgos de violencia para las víctimas si no se acompañan de una política seria y estructurada de lucha contra la impunidad, y de una arquitectura institucional que realmente proteja la integridad y dignidad de los y las sobrevivientes de la violencia colombiana.

¹¹ Esta doble condición de vulnerabilidad fue explorada y trabajada a fondo en el cuatro módulo del Diplomado “Comunidades Afrocolombianas y Memoria Histórica en el marco de Justicia y Paz” realizado durante el primer semestre del año 2011 en convenio con la Universidad Central en la ciudad de Bogotá. Este diplomado fue financiado por el Proyecto ProFis y ejecutado por INDEPAZ y tuvo como finalidad capacitar en la materia y realizar ejercicios de memoria con líderes de organizaciones afrocolombianas, servidores públicos, académicos y estudiantes.

Introducción

GLORIA BERNAL

Este texto surge como producto de los seminarios que se han realizado en coordinación con la UNFJyP, y su finalidad es la de permitir sistematizar la experiencia del Proyecto ProFis en la sensibilización en género.

En ese sentido, dentro del proyecto, se ha diseñado un área que permita responder a la pregunta: ¿Cómo incorporar una perspectiva de género en las investigaciones de delitos de VBG, y especialmente en las investigaciones llevadas a cabo en el proceso de Justicia y Paz?

En esta actividad se identificaron los principales aspectos problemáticos frente a este tema, y a partir de allí, se empezó a construir un programa que coincide con la agenda desarrollada en los seminarios de género en coordinación con la UNFJyP. Tales puntos problemáticos son:

1. Invisibilización/sensibilización

Oficialmente no se contaba con cifras significativas en la FGN ni ante los magistrados de Control de Garantías de Justicia y Paz en la investigación y judicialización de delitos de VBG. Se tenía un registro ínfimo de este tipo de violencia, no más de cuatro casos para el 2009, y para el 2010 se refieren diez (10) casos de violencia sexual en el informe de la FGN que se incorporó en la Sentencia de Mampuján, del 29 de junio de 2010, párrafo 69.

2. Judicialización y debida diligencia

Hay una responsabilidad por parte del Estado colombiano y particularmente de sus operadores judiciales, llámense fiscales o jueces, de cumplir con los estándares internacionales en investigación, que implican también rigurosidad de todos los intervinientes y partes en el proceso.

3. Contextualización

Es quizá uno de los pilares tanto del desarrollo del área de género dentro del Proyecto ProFis, como de los seminarios dictados, ya que es la necesidad de trabajar los hechos de VBG en un contexto y no de forma aislada. La práctica generalizada y la utilización de esta violencia por parte de los Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley (GAOML) como políticas de discriminación y estrategia de guerra, entre otras, han afectado de forma diferencial, no sólo a las mujeres, sino a toda la población víctima de estos hechos.

4. Dinámica probatoria

El intercambio entre las unidades de Derechos Humanos y de Delitos Sexuales, con la Unidad de Justicia y Paz fue constructivo, ya que se compartieron distintas experiencias en materia probatoria, en puntos muy concretos como la prueba testimonial; incluso se hizo una revisión jurisprudencial muy enriquecedora.

5. Adecuación típica y concurso de personas

Cuando se hace referencia a delitos de VBG se requiere precisar los diferentes tipos penales que pueden encuadrarse y hacer un proceso de adecuación con miras a determinar si ellos constituyen crímenes internacionales en el marco particular del conflicto armado colombiano. Igualmente determinar la responsabilidad penal de los autores materiales, como de aquellos que no lo son.

El presente libro está distribuido en tres apartes correspondiente a las temáticas que se desarrollaron en los seminarios de género por parte del Proyecto ProFis. En tal sentido, se tendrá en la primera parte un capítulo destinado a la sensibilización, en el cual se incluye el concepto de género, su perspectiva y relación con el derecho. En la segunda, se hace referencia a la judicialización y a los estándares internacionales en la investigación y judicialización de los delitos de VBG, como en su encuadramiento entre

los crímenes de guerra y lesa humanidad. Por último, hay un capítulo exclusivo para tratar la perspectiva de género en el marco de la Ley de Justicia y Paz en Colombia. Cada capítulo tiene en su inicio un relato como manera de sensibilizar mediante la narración de historias de vida.

Este texto se presentará además en el Seminario sobre Violencia Basada en Género, en noviembre de 2011, con la finalidad de dar continuidad a estos procesos de sensibilización y judicialización con perspectiva de género, porque se trata de cambiar una cultura y una mentalidad, más que enunciar un concepto. En tal sentido, esperamos que *Visibilizar la violencia basada en género*, contribuya a fortalecer la Red de Formadores en Género de la Escuela Judicial de la FGN.

Primera parte: sensibilización

Nada pasó

*Era un pueblo soleado, el vapor en la tarde se hacía sofocante,
nada en particular sucedía en él, la rutina paralizante, sin novedad.
Al caer la tarde, bajo el viento refrescante de la noche,
salir a caminar por las calles de la plaza, tomar un refresco.*

*Vamos a jugar cerca del circo nuevo que llegó al pueblo,
-No, mamá dice que no debemos salir solas-.
Ven, vamos, somos las cuatro las que vamos a salir juntas.
Al entrar en la carpa a hurtadillas, uno de los hombres las llamó,
-No teman criaturas que les tenemos un regalito-.*

*Las cuatro niñas con la curiosidad y fascinación
que les permite la vida a sus escasos cinco años,
se situaron en un círculo en medio de aquel lugar,
comenzaron a jugar cantando, dando palmas en sus rodillas.*

*Expectantes vieron a tres payasos que sin mediar frase,
les taparon la boca con cintas de colores brillantes, las amarraron,
las tomaron una a una, primero a una la sostenían dos de ellos,
mientras el otro vigilaba y, el que “le correspondía” la accedía.
En medio de aquel horror, sus vientrecillos fueron desgarrados.*

*Tiradas por el suelo en medio de la sangre entre sus piernas,
pacto de silencio entre ellas, “nada pasó”, “nada”,
temían que sus madres las castigaran por lo sucedido.
Así lo recuerda una de ellas, sesenta y dos años más tarde,
no olvida ni el vestido que tenía puesto ese día, ni sus trenzas,
tampoco dejará de recordar que una de ellas, años después, se suicidó.*

*Narra como a sus quince años, no quiso salir a su fiesta con su traje,
pensaba que en su rostro se vería lo sucedido aquella tarde de enero.*

*Era una niña aún, estaba segura que si la miraban a los ojos,
en su iris se reflejaría la escena de lo sucedido en aquel circo;
no era como las demás jóvenes, ella había perdido su virginidad.*

*Caminaba gacha, no tenía amigos, ni novio tampoco.
Su madre ante el retraimiento la sumió en terapia,
en varias sesiones jamás habló de lo sucedido,
sólo una tarde en la que la psicóloga se sentó a su lado en el sofá,
allí, en medio de la narración de su niñez, irrumpió en llanto.
Tiempo después, logró comprender que no era culpable de lo sucedido,
se atrevió a contarlo a su futuro esposo, el día antes de la boda.*

Género y Derecho

LINA CÉSPEDES¹²

Los temas de género y feminismo son bastante complicados porque tocan nuestra vida íntima, es decir, tocan la forma en que nosotros nos comportamos diariamente y como nos relacionamos con nuestros seres queridos.

El sociólogo Pierre Bourdieu decía que todas las cuestiones de género, la relación de hombres y mujeres como estaba planteada en la sociedad, era una superestructura. Es decir, algo en lo que nosotros vivimos pero que no somos conscientes de ello. Muy pocas veces uno es consciente de que está dentro de una ordenación social y una de estas es la ordenación de los sexos.

La perspectiva de género es como ponerse unas gafas y ver la realidad a través de un prisma específico. Así como los economistas ven en todo una transacción económica y los abogados ven un negocio jurídico, la perspectiva de género ayuda a identificar dónde puede haber una discriminación.

La categoría “género” tiene su génesis en los estudios de historia, entre otros, de la mano de académicas como Joan Scott. Asimismo, la perspectiva de género nace como una reflexión sobre el fracaso de los enfoques del desarrollo basados únicamente en las mujeres. A finales de los años 70, ante el fracaso de los enfoques de “mujer en el desarrollo”, las agencias internacionales comenzaron a preguntarse si no sería conveniente introducir un enfoque relacional en el cual tanto los hombres, como diversos factores de discriminación estuviesen contemplados.

¹² Abogada de la Universidad del Rosario. Con maestría en Estudios de Género, Mujer y Desarrollo en la Universidad Nacional de Colombia; Especialista en Derecho Tributario en la Universidad del Rosario; realizó un programa regional de Derechos Humanos (DDHH) en el Instituto de DDHH y de Derecho Internacional Humanitario Raoul Wallenberg (Suecia) y en el Instituto Interamericano de DDHH (Costa Rica). Ha trabajado como asesora en Género y Mujeres, y Consejera por el sector mujeres en el Consejo Nacional de Planeación; Ha sido Consultora de Género para el Centro Internacional para la Justicia Transicional; y actualmente se desempeña como Consultora para los DDHH y el Desplazamiento Forzado en el área de Género y DDHH.

Las mujeres y los hombres interactúan constantemente; en este sentido, ser mujer se construye frente a lo que es ser hombre, y entonces esto se tiene que ver reflejado en el desarrollo. Por esta razón se crea la categoría género en el desarrollo y esa categoría ya venía funcionando en los estudios históricos.

Joan Scott estableció la necesidad de una nueva categoría de análisis histórico, al crear la categoría de género. Detrás de los estudios de género hay un trabajo conceptual muy profundo.

La categoría de análisis de género nos ayuda a entender por qué los grandes historiadores de una época no escribieron acerca de lo que hacían las mujeres, o por qué lo hicieron de cierta manera; esta categoría ayuda a ver la *falacia naturalista* en la cual se considera: “Que las mujeres son más débiles por naturaleza”, “Que los hombres son más fuertes por naturaleza”, “Que las mujeres son más sentimentales por naturaleza”, “Que los hombres son más racionales por naturaleza”, “Que las mujeres lloran más y los hombres menos”, etc. La perspectiva de género nos ayuda a desvirtuar esas falacias naturalistas porque el problema de acudir a la naturaleza es que en la naturaleza todo es posible y se puede encontrar un ejemplo para todo; además hay que tener en cuenta que nuestro entendimiento de la naturaleza está mediado por nuestra vivencia en la cultura.

La naturaleza tiene matices y hay cosas que no son naturales sino que son construidas por la sociedad. Ejemplo: que las mujeres pudieran casarse a los doce y los hombres a los catorce años estaba establecido así porque se consideraba natural; sin embargo, esto correspondía más a condiciones socioculturales que naturales.

La perspectiva de género mira esas falacias naturalistas que hay en todas las ciencias y en la vida cotidiana; de ahí que la perspectiva de género no es una ideología sino un instrumento de análisis.

El problema es cuando esas falacias naturalistas se convierten en excusas para quitarles derechos a grupos sociales: esa es la perspectiva de género en el derecho, que nos dice cuándo esas diferencias implican a los individuos ser titulares o no de derechos; es cuando estamos frente a problemas de discriminación, cuando el ser hombre o ser mujer se convierte en un estatus jurídico que quita o da derechos, o que hace difícil ejercer o reclamar algunos derechos.

La perspectiva de género nos muestra cómo de alguna manera las excusas que se esgrimen para no investigar de manera adecuada la violencia sexual están basadas en falacias naturalistas como “Es que los hombres no se pueden resistir”.

El reto más grande que tenemos hoy frente a la perspectiva de género es que no hay normas escritas que sean abiertamente discriminatorias. Hoy en día estamos enfrentados a discriminaciones veladas tras normas abiertamente neutras o abiertamente escritas para beneficiar a grupos discriminados.

Los temas centrales de la perspectiva de género

Las feministas dicen desde el principio que la producción de la sexualidad es una cuestión cultural; eso conduce a analizar cómo se entiende el deseo y a cómo éste está regulado completamente por las normas jurídicas. Antes de 1980 sólo había un deseo: el heterosexual, reconocido a través del matrimonio, y entonces la homosexualidad era un delito.

Ahí se empieza a ver cómo las nociones de público y privado se van matizando; la ley regula también lo que se hace en la intimidad: no se limita a lo que pasa afuera y adentro de la casa.

Los feministas se preguntarán entonces por qué si la ley es capaz de regular el deseo no es capaz de regular el maltrato.

El derecho hace escogencias acerca de fenómenos sociales para introducirlos dentro de su realidad jurídica y esas escogencias no son neutras sino que demuestran pensamientos dominantes sociales (como la esclavitud y la colonización).

Los puntos neurálgicos de la perspectiva de género son:

1. La dominación.
2. La diferencia.
3. La Violencia Basada en Género (VBG).

Frente al aspecto de la diferencia, el tema de género no trata de igualar a la mujer con el hombre o masculinizar a la mujer para lograr alcanzar los mismos derechos; trata principalmente de que la ley sea receptiva frente a las diferencias entre hombres y mujeres.

Una de tantas diferencias es que las mujeres tienen hijos; eso es una diferencia, pero eso no quiere decir que las mujeres sean anormales; y entonces, ¿Por qué razón las licencias de maternidad son excepciones laborales?

Las diferencias deben traducirse de una manera que no vaya en contra de las mujeres en el sistema jurídico; entonces habría que dejar de decir

que las licencias de maternidad son excepciones. La mitad del mundo está compuesto por mujeres y está propenso a tener una licencia de maternidad.

La normalidad la están definiendo desde una visión enteramente heteronormativa, es decir hombre y mujer se casan, conviven y tienen un hijo, y también desde una visión que tiene que ver con la domesticidad que tiene que ver a su vez con los modelos económicos que están montados bajo dos mitos: el súper trabajador y la súper mamá; sobre estos modelos se está legislando y por esta razón se presentan sesgos de género; a los hombres se les quita la oportunidad de estar en familia y a las mujeres se les recluye en el hogar. Eso genera una serie de sobreentendidos que tienen que ver con lo público y lo privado. Por ejemplo: “Las mujeres trabajan porque les gusta”, “Los hombres trabajan porque les toca”.

Esto lleva a una idea preconcebida de que los hombres están en el espacio público porque les pertenece y las mujeres están en el espacio privado porque ellas pertenecen a éste, y ahí empiezan los problemas con la violencia sexual (consentimiento).

Por su parte, en la VBG se encuadra todo lo que es discriminación; la violencia de género no se limita al maltrato físico, sino que es un concepto general en el cual van a caer todas esas violencias que están causadas por prejuicios de género. Incluye la violencia física, sexual y psicológica; la amenaza, la cohesión y la privación arbitraria de la libertad.

Se dice que la violencia que sufren las mujeres en contextos de normalidad y la que sufren en medio de un conflicto armado es un continuo; esto quiere decir que las mujeres sufren violencia en todos los escenarios y lo que pasa en el conflicto armado es que se exacerban estos escenarios de violencia. Sin embargo, las violencias a las que están sometidos los individuos en contextos de conflicto armado son diversas y esto ha de tenerse en cuenta en el momento de la reparación. De ahí que sea peligroso utilizar la figura del continuo, sobre todo en materia de reparaciones.

Evidentemente, tanto hombres y mujeres en un país con conflicto armado sufren unas escaladas de violencia; y personas como feministas radicales dicen que las mujeres desde que nacen hasta que mueren están expuestas a violencia.

Últimamente esa forma de pensar ha sido reevaluada porque tiene peligros en materia de reparación.

Las regulaciones sobre violencia sexual

En materia de regulaciones sobre violencia sexual, se puede decir que en el mundo occidental, por lo menos en el siglo XX, todos los países adoptaron un tipo penal para responder a este fenómeno. En 1950 el mundo occidental ya tenía un tipo penal para prevenir, sancionar y castigar esa conducta. Los tipos penales y la forma como entendemos violencia sexual son una radiografía que muestra cómo entendemos las relaciones de género; en palabras de la feminista Tamar Pitch, “Violencia social es un hecho sexual total”. Con la violencia sexual es supremamente claro cómo entendemos la relación entre hombres y mujeres.

La evolución que han sufrido los tipos penales es evidente, pues han salido de los ámbitos donde era completamente necesaria la evidencia de la fuerza, a ámbitos donde es más sutil lo que pasa (puede que no haya fuerza pero sí ambientes coercitivos). El tipo penal de violencia sexual ha tenido una evolución muy cercana al robo de la propiedad.

La regulación de la violencia sexual empezó a través de la noción de la sexualidad de la mujer como propiedad de un hombre. En la actualidad, aunque se ha avanzado en el tema, falta dar un paso más adelante porque esos tipos, incluso los de los tribunales internacionales (salvo Ruanda) tienen sesgos que se tratan de matizar con la regla de procedimiento y prueba.

Los tipos penales de mediados del siglo XX empiezan a decir que lo importante es el consentimiento. Esto genera un tema adicional y es que el consentimiento no deja huellas.

Frente a la perspectiva de género hoy, específicamente la autora Patricia Smith dice: “Lo que estamos viendo es una pugna entre dos formas de ver qué protege la violencia sexual, si protege la intimidad de una relación sexual y su consentimiento o si protege una discriminación que existe por los roles de género asignados”.

Aún hoy encontramos definiciones muy mecánicas de la violencia sexual (engranadas en el cuerpo y lo que se hace con él y relacionadas con el consentimiento) y se ve que hay rezagos en las tipificaciones. Los tipos penales siguen estando basados en el consentimiento sin considerar las condiciones subjetivas de coerción. Ante esto, el Estatuto de Roma toma un punto intermedio, que establece que no es necesaria la prueba del consentimiento o no consentimiento, y que puede haber situaciones de coerción pero hay matices.

El tema de la violencia sexual tuvo su gran auge con los tribunales *ad hoc*. (Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona). Esto principalmente porque los estudios de género y feministas ya estaban lo suficientemente estructurados para influir en la creación de los estatutos y en la forma en que se presentaban los casos en los tribunales.

La labor que hacen los tribunales es muy valiosa porque tuvieron que empezar a construir la noción de violencia sexual jurisprudencia tras jurisprudencia. La sentencia del caso *Akayesu* de Ruanda contempla una definición más amplia de qué constituye violencia sexual y violación, qué además constituye genocidio, y así mismo existen otras sentencias que sirvieron como base para el Estatuto de Roma.

El Estatuto de Roma es un tratado en materia de Derecho Penal Internacional que incluye la perspectiva de género: en su artículo 73 establece qué se debe entender por género en el Estatuto de Roma.

Es preciso tener en cuenta que la discusión de este estatuto en materia de lo que se entiende por género no fue una discusión pacífica, fue bastante compleja en la medida en que El Vaticano e Irlanda querían dejar por fuera a la comunidad LGBT y por esta razón se hizo una descripción limitada de lo que es género en la cual no se toca el tema de la identidad sexual. Esto es muy importante porque hay crímenes dentro del Estatuto que hacen referencia a la persecución basada en el género; por esto era importante que se incluyera a la población LGBT dentro de la definición de género.

El Estatuto de Roma recoge todo el avance que significó el haber tenido la experiencia previa de Ruanda y la ex Yugoslavia, y también todos los avances que la perspectiva de género ha aportado a la discusión jurídica y específicamente al derecho penal; asimismo, recoge una serie de avances que hacen otras ciencias frente a la persecución de la violencia sexual, como por ejemplo la psicología y la antropología.

Avances del Estatuto de Roma

1. Uno de los avances más interesantes es que el testimonio de la víctima de violencia sexual no tiene que ser corroborado. Esto sucedía bastante en algunos procedimientos en algunos países en los que se buscaba la ratificación del testimonio de la víctima.
Detrás del proceso penal siempre está el miedo de que la víctima esté sesgada y por eso la víctima no hace parte del proceso.

Generalmente los testimonios no son lo suficientemente válidos; sin embargo, la violencia sexual es una conducta delictiva que tiene unas particularidades que deben ser reconocidas por el ordenamiento jurídico, pues ocurre en la intimidad o quienes asistieron a ese evento violento tienen culpa o vergüenza, por lo que es más complejo encontrar quien ratifique un testimonio.

2. El consentimiento no es un elemento decisivo cuando existen circunstancias coercitivas. Cuando hay este tipo de circunstancias no es necesario preguntarse si hubo consentimiento: basta que en la zona haya conflicto armado para que las personas no tengan cómo dar un consentimiento libre.

Lo importante de esto es que la violencia sexual no debe ser estudiada simplemente como una situación íntima, sino que debe ser estudiada en un contexto más amplio en el que quede claro cuáles son las circunstancias en las que estaban hombres y mujeres.

3. La evidencia sobre el comportamiento sexual anterior de la víctima es inadmisibile.
4. La conducción del proceso debe hacerse de una manera que proteja a la víctima.

Es preciso tener en cuenta que aunque no es necesario corroborar el testimonio de la víctima, esto no quiere decir que no se necesiten otro tipo de pruebas para que el hecho esté determinado jurídicamente.

Lo más importante es **no** confrontar el testimonio de la víctima solicitándole testimonios de otros testigos; eso implica que la actividad probatoria en materia de violencia sexual se tiene que desplegar en otros escenarios, los cuales tienen que ver con el contexto.

Es importante también saber que en materia de delitos o crímenes internacionales se habla mucho de lo que es el elemento internacional del crimen y es qué hace que esa conducta ilícita deje de ser particularmente preocupación del ámbito nacional y empiece a ser una conducta que preocupe a la comunidad internacional. El elemento internacional del crimen está dado por el contexto.

Para ello es necesario conocer la población, sus condiciones, sus relaciones de género, los hechos violentos y el antes, el durante y el después de estos hechos violentos. También escuchar a las víctimas para conocer sus vivencias y así dilucidar lo que ha pasado.

Perspectiva de género

MARY GENITH VITERY¹³

Hablar de género no es hablar de mujeres, no es un problema exclusivo de ellas; hablar de una perspectiva de género, hace referencia a dar una mirada diferente hacia los derechos de las mujeres, y al acceso de las mismas a todos sus derechos en los niveles culturales y judiciales, y al acceso a la justicia especialmente.

Así, por ejemplo, no es garantía que en la Corte Suprema de Justicia haya presencia de mujeres, para que la Corte tenga una perspectiva de género: se necesita que las mujeres que se encuentren allí, tengan esta perspectiva de género. Asimismo, puede ser que la Corte sin ninguna mujer tenga una perspectiva de género si hay hombres con perspectiva de género.

No es condición necesaria ser mujer para poseer una perspectiva de género, el sexo no es una garantía de ello. Es muy valioso que las mujeres lleguen al poder, aún en las condiciones de desigualdad que existen, pero de nada sirve que estas mujeres estén allí, si no tienen una perspectiva de género. Es valioso para los derechos humanos de las mujeres, que quien llegue al poder y a los escenarios de toma de decisiones, tenga una perspectiva de género.

Las diferencias entre hombres y mujeres están marcadas por la formación de un mundo dicotómico, es decir, un mundo dividido en dos: blanco/negro, alto/bajo, rico/pobre, adulto/niño, anciano/joven, hombre/mujer. Esa visión dicotómica del mundo está determinada por diferentes relaciones de poder, en las que siempre va a haber un dominador y un dominado, así: blanco (dominador) – negro (dominado); blanco (dominador) – indígena (dominado), hombre (dominador) – mujer (dominada).

¹³ Magistrada del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño. Abogada, Especialista en Derecho Administrativo, Derecho Constitucional y Administración y Gerencia Institucional, con título en Derechos Humanos de las Mujeres de la Universidad de Chile y Curso Regional de Derechos Humanos en el Instituto Raoul Wallenberg de Suecia y el Instituto Americano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica. Docente universitaria y Facilitadora de la “Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla”. Presidenta de la Comisión Regional de Género de la Rama Judicial de Nariño.

Los problemas de relaciones entre hombres y mujeres son problemas de poder; son un problema político, económico y social serio, que no se limita a los conflictos de pareja, pero que sí regula también el poder en este tipo de relaciones; son un problema de Estado, que regula todas sus esferas y que incide directamente en la toma de decisiones. Cuando hay dicotomía, hay subordinación y hay **relaciones asimétricas de poder**, ya que las relaciones de poder van a existir siempre.

Las relaciones asimétricas de poder generan desigualdad y una democracia no es viable en condiciones de desigualdad. Todos los sistemas políticos que se han organizado en la historia tienen como fundamento la igualdad y la dignidad humanas, ética y moralmente aceptadas. ¿Habrá un sistema político que tenga como fundamento, la desigualdad y la discriminación que sean éticas y moralmente correctas o aceptables? No, de esta forma ningún sistema político ni democrático que se respete va a poder hacer realidad sus fines más básicos, como el de garantizar los derechos humanos. Así, ¿Podrían ser viables los fines del Estado si acepta la desigualdad? No, y un claro ejemplo de ello, es el fracaso del *Apartheid*.

La desigualdad es un concepto filosófico construido, porque la igualdad entre los seres humanos no existe.

La fuente de la discriminación no se encuentra exclusivamente en el ordenamiento jurídico, ni en los códigos; sin embargo, sigue existiendo, debido a que el ordenamiento jurídico y las leyes tienen límites en la organización social. La desigualdad se encuentra en la cultura y en la política pública, motivo por el cual una sensibilización o una capacitación deben tener un componente cultural y personal. Por eso, no se puede hablar de género si no se tienen unos conceptos básicos sobre lo que es, de dónde viene. El derecho es insuficiente para lograr una perspectiva de género, por lo que se requiere de una sensibilización de autoevaluación cultural y de deconstrucción del conocimiento, ya que, desde antes del nacimiento, estamos condicionados por lo cultural, a ser masculinos o femeninos.

La discriminación, la desigualdad y las asimetrías de poder no sólo ocurren en contra de las mujeres, sino también en contra de los indígenas, afrocolombianos, refugiados, los gay y la comunidad LGBT, entre otros. Si esto es así, entonces, ¿Por qué se habla de género y de la discriminación en contra de las mujeres, si hay muchas otras comunidades y sectores de la población que también la sufren?

Las mujeres no son un sector de la población, ni un sector de la sociedad, son un colectivo humano, que permea todos los sectores de la población,

es decir, a una indígena la discrimina la sociedad por indígena, pero dentro de su comunidad, la discriminan por mujer; a una afrodescendiente, la discrimina la sociedad por su color y por su raza, pero en su comunidad y en la sociedad toda, la discriminan por mujer. Así que todos los criterios para que la discriminación no exista son válidos, si se manejan desde el punto de vista de la mujer y hacia los otros sectores. Por lo tanto, se puede decir que el discurso de género, es un discurso incluyente: no lucha por la igualdad de las mujeres para sí mismas, sino por la igualdad social, con un énfasis principal en las mujeres, porque las mujeres son especialmente discriminadas por su sexo y adicionalmente por su raza, por su condición social y por su tendencia sexual.

El discurso de género es un discurso incluyente con un componente especial hacia las mujeres. El concepto de género puede entenderse como un discurso emancipador, que sirve incluso para liberar a otros sectores oprimidos o distintos.

Para llevar a cabo el proceso de sensibilización, se conceptualizarán diferentes términos y se pasará por diferentes etapas. Así:

1. Diferenciación entre sexo y género.
 - Masculinidad y feminidad.
 - Género como un concepto espacial y temporal.
2. Caracterización y diferenciación del rol productivo y del rol reproductivo.
 - Esfera pública y esfera privada.
3. Definición y conocimiento de la relación entre sociedad patriarcal y Estado patriarcal.
4. Estado patriarcal. Formación del Estado de Derecho. Estado Social de Derecho. Reconocimiento de los Derechos Fundamentales.
5. Principio de igualdad y Cláusula de no discriminación.
6. Estándares internacionales y responsabilidad del Estado frente a los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres.

Diferencias entre sexo y género

Las diferencias entre sexo están ligadas a una concepción anatómica y hacen referencia a las diferencias biológicas que están presentes en la naturaleza, es decir, que no son producto de una construcción social. Las diferencias biológicas son las que están en la naturaleza, son inmutables, y son cuatro:

1. Menstruación.
2. Embarazo.
3. Parto.
4. Amamantamiento.

Son estos cuatro elementos, los que hacen diferentes a las mujeres de los hombres, natural y biológicamente hablando. Las diferencias de género, por el contrario, son culturales y por ende construidas, motivo por el cual pueden ser cambiadas o transformadas.

Ejercicio: ¿Las siguientes situaciones constituyen una diferencia de sexo o de género?:

1. La posibilidad de tener un hijo (de sexo).
2. La crianza de un hijo (de género).

“Culturalmente se creía que la mujer no podía montar a caballo, ya que esta actividad se asociaba con la pérdida de la virtud, de la virginidad, que fue un concepto inventado y acomodado para garantizar la propiedad privada. Así, cuando se es un hombre, se poseen propiedades y si se quiere tener un hijo, el hombre debe asegurarse de que su mujer no haya sido accedida previamente por otro hombre, debe tener la certeza de que su mujer sea virgen, para poder cerciorarse de que el hijo que va a tener realmente sea suyo. Las otras mujeres, con las que los dueños de las fincas, tenían hijos, éstos no eran sus hijos, pese a la similitud física que pudieran tener, ya que no tenían la seguridad de que ese hijo lo hubieran tenido con una persona que ostentara virtud.

Así, el hecho de que una mujer montara a caballo, representaba la pérdida de su virtud, y por lo tanto esta actividad estaba prohibida. Además, las mujeres tampoco debían disfrutar de la sexualidad, ya que ese no era el objetivo del matrimonio, era procrear, tener hijos, y transmitir la propiedad

privada. El placer de la sexualidad estaba enmarcado en otro contexto fuera del matrimonio, en la calle; por eso, a las mujeres que se encontraban en la calle, se les llamaba callejeras. Las mujeres no tenían acceso al espacio público; las mujeres casadas no salían solas a la calle.”

Actualmente tanto hombres como mujeres pueden montar a caballo, sin ser juzgados culturalmente, o estigmatizados socialmente, debido a que estas connotaciones han sido transformadas y cambiadas por las sociedades a través del tiempo. Este debe ser el primer paso que los funcionarios públicos deben llevar a cabo en el momento de sus investigaciones: analizar si la situación o el caso que se les presenta, es natural o cultural, y si es cultural, se puede cambiar.

Como se mencionó anteriormente, cuando se habla de sexo, se hace una asignación a los conceptos de hombre y mujer, macho o hembra. Sin embargo, cuando se hace un acepción de género, se habla de masculino y femenino; esto quiere decir que, la masculinidad y la feminidad son construidas, y se construyen culturalmente.

Antes de nacer, y sin importar aún el sexo del bebé, se ha hecho una división por colores: rosado y azul. Ninguno de los dos colores es más bonito que el otro, lo que los hace particular, es una carga de distribución de roles de poder muy fuerte que no pueden ser superados. Cuando un bebé llega a los tres años, y tiene noción de ser, es consciente de sí mismo. “Javier” es el niño de la casa, no llora, es hombre, juega con carros, no entra en la cocina, es fuerte, no debe dejarse mandar; “Hable como hombre”, “Hágase escuchar”. Es allí donde inicia la importancia del discurso.

A las niñas, por el contrario, ya a los tres años se les ha comprado todo lo que están destinadas a hacer por el resto de su vida, supuestamente naturalmente: un kit de cocina completo, escoba y trapeador, la plancha; les compran la muñeca para que aprendan a criar, “Hable como niña”, “No sea machona”, “Usted es una niña, no se porte así”.

De esta forma, a los tres años de edad ya se es masculino o femenino. Son las relaciones de poder, a favor de uno de los dos o a favor del hombre, lo que discrimina. Todo lo que esta destinado a lo masculino, tiene valor: trabajo fuera de la casa, fuerza física; lo destinado a lo femenino, no.

El género tiene una connotación muy especial, y es que puede ser temporal y espacial. La concepción y su relación con el otro, sea hombre o mujer, difiere de acuerdo a las experiencias en el tiempo y en el espacio

que cada uno ha tenido¹⁴. La experiencia que se tenga en el género varía de acuerdo al espacio y al tiempo en el que cada ser humano se desarrolla; sin embargo, existe una realidad de desigualdad social.

El machismo es inconsciente, entendido como el mundo organizado como modelo de lo humano a favor de lo masculino: los derechos del hombre.

Ejemplo: Medusa

“Medusa era una diosa griega que cuidaba el fuego del sol en el Templo de Atenea; era muy hermosa y tenía una cabellera muy atractiva. Estas mujeres eran vírgenes, nadie las podía tocar ya que adoraban a la diosa del templo. El hermano de Atenea, Zeus, se enamora de Medusa, y baja del Olimpo y la viola. Atenea castiga a Medusa porque lo sedujo, porque lo puso en condición de no poder resistir, (lo que le exigen los jueces a la víctima). La víctima es Medusa, sin embargo, es ella quien es castigada: su cabello es convertido en serpientes gorgonas, se le condena a que a toda persona que la mire, muera, sea convertida en piedra; es por ello que se habla del Jardín de Medusa; además, aún cortándole la cabeza, sus ojos seguirán matando. Atenea la condenada a vivir sola.”

El machismo, al ser inconsciente, y producto de las construcciones culturales, está ya interiorizado en cada uno de nosotros, y puede variar de una región del país a otra, gracias al carácter espacial y temporal de la construcción social de los roles de género. A veces las construcciones sociales no permiten a la víctima, sea hombre o mujer, saber si está siendo agredida o si le están violando sus derechos. Así mismo, los funcionarios públicos, a pesar de estar formados para realizar su trabajo, pueden confundir, por ejemplo, la violencia intrafamiliar con la violencia de género, ya que la primera justifica y esconde la segunda, a pesar de que los dos tipos de violencia son diferentes; sin embargo, la violencia intrafamiliar logra invisibilizar la VBG, sobre todo, en casos de maltrato físico por parte del marido contra su esposa, en los que los funcionarios buscan conciliar esta situación poniendo en relevancia a los hijos y la familia, entre otras variables.

¹⁴ Esto se evidencia en las actitudes de los hombres y las mujeres: si se es un hombre que vivió en una familia en la cual la autoridad estaba representada por el padre, éste era el centro de la familia, y la mujer estaba supeditada a los trabajos de la casa, entonces éste será su modelo y su experiencia personal, en el marco espacial y temporal.

Es importante sensibilizar antes de trabajar en materia jurídica, ya que el machismo es un problema grave, culturalmente arraigado por cerca de cuatro mil años, tiempo en el cual, ni los afrodescendientes, ni los indígenas ni las mujeres hubieran podido soportar milenios de subordinación y sometimiento sin haber sido convencidos de que las mujeres eran inferiores. Por lo tanto, es necesario empezar un proceso de deconstrucción. En los afrodescendientes el proceso de blanqueamiento significó ser valorados en la medida en que se parecieran al blanco; así, el proceso de deconstrucción inicia cuando se empieza a dar valor al color de su piel, a sus costumbres y a su cultura. Las mujeres, al mismo tiempo, deben empezar a reconstruirse como mujeres y no a partir del modelo de lo masculino.

Todo esto para que los funcionarios analicen en una situación, frente a un caso: ¿Cuándo una persona que llega a su oficina está en condición natural de mujer o está en condición de género y siendo discriminada por las condiciones culturales?

Por las diferencias de sexo, se le asignó a la mujer un rol en la sociedad, dada su facultad de reproducirse. Como la mujer es la que se embaraza y se reproduce, la sociedad le asignó el rol reproductivo, y al hombre le asignó el productivo. El rol reproductivo puede definirse como: aquellas condiciones que necesita el ser humano para desarrollarse y poder continuar o avanzar al rol productivo.

El rol reproductivo se le asignó a la mujer históricamente, bajo la creencia de que, debido a su condición natural reproductora, ella era la llamada a jugar este rol¹⁵. Al hombre se le atribuyó el rol productivo, cambiando las relaciones de poder; el hombre asume este rol, dedicándose a la producción de bienes y servicios para la sobrevivencia, adueñándose del mundo, del lenguaje (masculino) y del discurso. Se nombra lo que existe y existe lo que se nombra; lo que no se nombra no tiene derechos, el hombre es lenguaje¹⁶. El lenguaje es lo que hace las relaciones entre los seres humanos.

Por estos motivos es necesario abrir el lenguaje incluyente de género,

¹⁵ El rol reproductivo (cuidar y criar a los niños, lavar, planchar, cuidar los ancianos, propiciar cariño, propinar condiciones de estabilidad en un hogar) no es malo en sí mismo: es igualmente importante al rol productivo; lo malo es que este rol sea desempeñado única y exclusivamente por las mujeres y que cuando ésta decida avanzar hacia el rol productivo, busque una persona para que la remplace, y que ésta sea una mujer, porque este rol se le atribuye a ese sexo.

¹⁶ Así por ejemplo, no existen las palabras jueza, fiscal, magistrada o médica. Estos términos empiezan a aparecer cuando algunas mujeres empiezan a llegar a estas instancias de trabajo.

especialmente en las decisiones judiciales, como forma de obligación legal¹⁷. El hombre, en su rol productivo, se apropió del lenguaje, del conocimiento, del discurso, de los puestos políticos, de la empresa, de los derechos, del dinero; se apropió del poder y del espacio público. Por el contrario, el rol reproductivo, apoyado por una falsa ética del cuidado y por las religiones, le generó a la mujer una esfera privada, un espacio vital privado.

La distribución entre el rol productivo y el rol reproductivo marcó el mundo vital en el que, en adelante, se moverían hombres y mujeres. Mientras que el rol reproductivo le generó a la mujer un diferente espacio al de hombre, a la mujer le generó una esfera privada o espacio privado; el ámbito de acción de vida de la mujer, desde la perspectiva de su rol reproductivo, será la casa; allí ella es ama de la casa, ella ordena, ella manda.

Ejemplo: “En mi casa se hace todo lo que mi mujer dice” –dice el hombre.

- Esta afirmación es cierta, ya que allí en la casa, efectivamente es la mujer quien manda.
- La mujer defiende su espacio vital a como dé lugar.

Ejercicio: “El país de las mujeres”

Se parte del supuesto de que una mujer gana las elecciones en un país y decide invertir el rumbo de las cosas, es decir, ahora serán las mujeres las que se encargaran del espacio público (política, fuerzas armadas, policía, empresas, etc.) mientras que los hombres tomarán el lugar que durante el curso de la historia habían desempeñado las mujeres, como ser amas de casa.

¿Qué sucede?

- La mujer sale a trabajar y el hombre se ocupa de los niños, de organizar, arreglar y cuidar la casa, cocinar, lavar y planchar. La mujer llega a medio día a almorzar a la casa y sale nuevamente para su trabajo. El hombre, como ya ha realizado todos los quehaceres de la casa, tiene toda la tarde libre y decide pararse en la ventana a ver qué sucede: ahora los hombres serán los chismosos.
- Las mujeres no son chismosas por naturaleza, es el mundo vital en el que se desempeñan lo que las hace estar pendiente del otro. Estando en casa todo el día, sólo podrán relacionarse con los vecinos.

¹⁷ Sentencia C-804 de 2006.

Situación hipotética

Una pareja de casados con un hijo de tres años, decide separarse después de cinco años de matrimonio. Durante la convivencia como esposos, el niño siempre estuvo a cargo del papá, con quien compartía todo el día, ya que mientras la mamá trabajaba en un juzgado, el papá se llevaba al niño con él a su almacén donde trabajaba, y allí almorzaban juntos, jugaban y compartían.

Cuando deciden separarse y la juez de familia le da la patria potestad del niño a la madre, ésta se lo lleva a otra ciudad donde ha sido trasladada. Sin embargo, a los tres meses, la madre debe devolver el hijo a su padre, ya que había crecido más cerca del papá, lo cual rompe con el esquema mental que se tiene acerca de que los niños menores de cinco años deben estar con la mamá.

A partir de esta situación es importante preguntarse:

1. ¿Tendrá un juez o una jueza que replantearse cuándo un rol se invierte?
2. ¿Qué sucede, por ejemplo, con una pareja de *gays*?: el que hace de mujer será discriminado, porque lo que se discrimina es el rol, no el sexo.

La relación de poder implica relación de rol; ningún rol tiene menos valor que otro: el problema es que el rol reproductivo no se valora, no tiene valor social. Por lo tanto, la idea no es usurpar el poder del otro utilizando la misma estrategia de dominación llevada a cabo sobre las mujeres; el ideal es aprender a convivir en medio de la diferencia en condiciones de equidad, de desarrollo humano, de posibilidades de desarrollarse como ser humano.

Hay una connotación mayor que esto para el caso de la Fiscalía: a partir de la formación de los Estados Nación, lo que suceda en la esfera privada no es competencia del Estado. Con esta concepción de que el Estado no entra a regular las relaciones de la vida privada, lo que se hizo fue fundamentar o fomentar el ejercicio legítimo, en esa esfera privada, del uso de la violencia contra la mujer, como un instrumento de poder utilizado para mantener las diferencias y las relaciones de poder.

Por eso, la violencia contra la mujer es un problema político, no es un problema privado, y en tal virtud el Estado debe intervenir; es decir, la división entre las esferas pública y privada sirvió para legitimar el uso de la violencia intrafamiliar, y para que eso no sea considerado ilícito y no se salga de control del Estado, esa violencia se invisibilizó.

El punto de partida de un Estado Nación y de una sociedad es la familia; si una familia está creada sobre una base que distingue, diferencia y discrimina el sexo y los roles de cada uno de sus miembros, y además dispone para cada uno de ellos un espacio vital diferente, así mismo se estructura la sociedad. Si una relación familiar es patriarcal, concebida como la imagen del patriarca, en donde el poder reside en el hombre, que es quien impone las leyes, sanciones, aporta el dinero, etc., y si partimos del supuesto de que la familia es la base de la sociedad, entonces la sociedad se configurará de forma patriarcal y, por lo tanto, el Estado Nación, como consecuencia de una sociedad, también será patriarcal, así como sus instituciones.

Estado de Derecho y Estado Social de Derecho

1. ¿Cómo se conformó el Estado en general? ¿Cuáles fueron los postulados con los que se creó?
2. ¿Cómo se crearon los Derechos Fundamentales? ¿Qué tipo de derechos son? ¿Cómo han avanzado?
3. ¿En qué medida, los funcionarios públicos que no tengan una perspectiva de género y no cumplan con la reglamentación en esta materia que ya está avanzada, pueden comprometer su responsabilidad personal como agentes del Estado y las responsabilidades internacionales del mismo, frente a los organismos de protección de los derechos de las mujeres?

Se parte del hecho de que el Estado moderno que se conformó fue un Estado de Derecho. No obstante, antes de éste, quien regulaba la vida en sociedad y tenía la facultad de imponer normas era alguien cuyo poder venía de Dios, y esa persona no tenía control, ya fuera inca, faraón, o rey. Cuando nace el Estado de Derecho, a partir de las revoluciones inglesa, americana y, por supuesto, la Revolución francesa, los aportes de esta última, recopilan todos los resultados de las otras revoluciones, estableciéndolo todo como un criterio universalista; es decir, esta contribución a los derechos y al Estado, es una contribución política, más que jurídica.

El Estado de Derecho, que se considera como una organización política en la cual el gobierno o el poder están concentrados en el gobernador, a quien Dios designó para gobernar y ostentar el poder, cuenta con dos pilares muy bien definidos:

- Nació de un grupo de burgueses: hombre blanco y propietario.
- Es un Estado liberal que interviene sólo en las grandes esferas de la sociedad, cuya filosofía es la de “Dejar hacer, dejar pasar.”

Immanuel Kant cambió el mundo gracias a sus aportes al conocimiento, al afirmar que es posible conocer aún sin utilizar los sentidos; es posible tener una razón para cuando se conoce sin hacer uso de la experiencia: “Actúa para que seas un fin y no un medio”. A partir de Kant se empezaron a desarrollar las teorías antropocentristas, pero la mujer, sin embargo, siguió siendo discriminada: no fue considerada como un sujeto de derecho, capaz de discernir.

Jean-Jacques Rousseau defendió la idea del hombre como ser sociable y, por lo tanto, la necesidad de un contrato social, pero entre hombres blancos y propietarios, más no incluyó a las mujeres o a los indígenas. Thomas Hobbes, por otra parte, definió al hombre como un ser egoísta que no puede controlar sus instintos y, en consecuencia, necesita de un gran Estado o Leviatán, un Estado absolutista. Nicolás Maquiavelo patrocinó la idea de la mujer como fortuna deleitosa, mientras que el hombre es virtuoso y por lo tanto tiene la posibilidad de tener y ostentar el poder.

Así, el Estado de Derecho es sometido a normas, a la voluntad de la ley; contiene una división de poderes; y hace un reconocimiento de los Derechos del Hombre.

Principio de igualdad ante la ley vs. Cláusula de no discriminación.

Todos somos iguales ante la ley. No se debe discriminar por sexo, raza, condición, religión, lengua y opinión política. Todo esto quiere decir: “Cuando llegue una persona negra, no la discrimine, trátela de forma diferente”.

Categorías sospechosas

- Apartarse del principio de igualdad. Como es necesario tratar diferente a las personas que son diferentes, puede haber una discriminación por su condición si se trata igual a una desigual.
- Acción positiva. Hacer una acción positiva significa sacar a una persona de su discriminación, para garantizarle su derecho de igualdad ante la ley.

Por ejemplo, para justificar el trato diferente que se da, se puede hacer uso de un *test* de igualdad y proporcionalidad. La igualdad no es

un concepto abstracto, siempre debe haber un referente: ¿En qué son diferentes con respecto a los demás? ¿Cómo o de qué manera es diferente? Es necesario distinguir y tener presentes las categorías sospechosas.

Sistemas de protección internacional

- “El fin de los derechos humanos”: los derechos humanos han sido históricamente un arma frente a los abusos del Estado; es por eso que existen los derechos sociales, laborales, comerciales, humanos, etc. Concebir los derechos humanos dentro de un Estado Nación es excluyente. Por ejemplo es lo que sucede con los refugiados o los desplazados.
- Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional.
- Derecho Internacional de los Derechos Humanos: los Estados se comprometen a no violar los derechos humanos de las personas:
 1. Sistema Universal – ONU.
 2. Sistema Regional: sistemas europeo, africano, interamericano.

Allí también se hace referencia al “Derecho de guerra”, y se pretende humanizar la guerra, condenar los delitos de lesa humanidad.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos tiene tres fuentes fundamentales: 1) La Declaración Universal o Pacto de San José de Costa Rica, que hace referencia a los derechos civiles y políticos; 2) La Convención Interamericana; y 3) El Protocolo Facultativo DESC (Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Las convenciones temáticas que pertenecen a este tema son:

- Convención de Belem do Pará (1994), que busca eliminar toda forma de discriminación contra la mujer.
- Tortura.
- CEDAW (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) – ONU.

Asimismo, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos contiene tres pilares fundamentales:

1. Deber de Obligación de Respeto: los Estados se comprometen a no vulnerar los derechos humanos y a dar las garantías necesarias de su goce y disfrute.
2. Derecho de Garantía: adecuar la Convención al ordenamiento jurídico interno y derogar las leyes contrarias a la Convención; superar las barreras judiciales y sociales.
3. Derecho de Prevenir: investigar, juzgar y sancionar; y garantizar la no repetición.

Conceptos en violencias de género

IVONNE WILCHES M.¹⁸

Esta presentación pretende generar un espacio de construcción colectiva de conceptos, particularmente humanos, relacionados con género y violencia de género.

¿Cuáles son las expectativas para trabajar este tema?:

- Tener conceptos muy claros sobre lo que es género.
- Identificar cuándo hay violencia de género.
- Cuándo se puede hablar de violencia de género y cuándo no.

Durante esta conferencia se trabajarán los siguientes aspectos:

- Concepto de género.
- Qué es perspectiva de género.
- Cómo se aplica en el trabajo diario.
- Identificar qué es la violencia basada en género: VBG.
- Identificar la violencia sexual.
- Dar pautas de entrevista a víctimas de violencia sexual.

Metodológicamente el tema de género es un tema que se puede trabajar desde la teoría, pero para efectos de esta presentación, se realizará un trabajo participativo. Esto por dos razones: una, realmente se aprende mejor cuando se tiene curiosidad por un tema y dos, porque el tema de género nos compete como seres humanos también, no es un tema puramente técnico sino que implica entender cómo vivimos la vida siendo hombres o siendo mujeres.

¹⁸ Maestra en Estudios de Género de la Escuela de Género de la Universidad Nacional, especialista en apoyo psicosocial a víctimas de violencia sexual y consultora en temas de género para la GIZ, Unifem, PNUD y Unión Europea.

Para el tema de VBG es necesario pensar cómo se aborda un tema íntimo que se considera dentro de la esfera privada de las personas, como es la sexualidad.

Conceptos de género

Ejercicio 1

Se responderán dos preguntas:

1. ¿Cuándo se sintió usted por primera vez hombre o mujer?
2. ¿Cuál ha sido hasta el momento su mayor logro sexual?

Respuestas:

Grupo 1

1. Cuando por primera vez le dijeron: “Usted no puede hacer eso”, porque es hombre o mujer. Ejemplos: “Usted no puede jugar con muñecas porque es hombre”, “Usted no puede jugar fútbol porque es mujer”.
2. Frente a la segunda pregunta no se llegó a ninguna conclusión.

Grupo 2

1. Nos empezamos a diferenciar como hombre o mujer desde el mismo arraigo familiar.
2. Ser padres.

Grupo 3

1. Viene de la familia, en la forma de vestir, en los juguetes y en los parámetros que se establecen desde el hogar para hombres y mujeres.
2. Cuando se procrea, esa es la mayor realización.

Grupo 4

1. Los niños y las niñas son diferentes biológicamente, en cuanto a las capacidades y en cuanto a la percepción social.
2. Cuando se alcanza ese objetivo de ser padres (paternidad o maternidad)

Grupo 5

1. Desde pequeños, la misma sociedad lleva a esa identificación. Rosado para la niña, azul para el niño, tipos de vestimenta, de juegos, etc.
2. No se llegó a una conclusión.

La segunda pregunta muestra cómo la sexualidad sigue siendo un tema tabú y que relacionamos con lo privado, de lo cual no hablamos porque no nos enseñan a hablar de eso. Partiendo de esto, cuando las víctimas de violencia sexual tienen que hablar de esto se parte de una situación dolorosa. Cuando se habla con las víctimas sobre este tema se requiere de mucho cuidado porque es difícil de tratar y debe manejarse con delicadeza y tacto.

Frente a la primera pregunta, cabe resaltar que todos los grupos llegaron a la conclusión que hay diferencias entre hombres y mujeres. Y ese es el primer aspecto para entender el concepto de género. Debemos reconocer que las mujeres y los hombres son diferentes.

Sexo

Entre hombres y mujeres hay diferencias anatómicas y biológicas, que son iguales en todas partes del mundo y es a lo que llamamos **sexo**, como concepto. Es además la primera diferencia que tenemos los seres humanos al nacer.

Género

Lo segundo es el **género**, y son todas esas prácticas, costumbres y creencias que hacen diferente a un hombre de una mujer, según la cultura y la sociedad en que viva. Ejemplo: “Los hombres no lloran”. Cuando se habla de género se habla de una diferencia cultural construida, transformable, cambiante en el tiempo y en las culturas.

El género es aquello social y cultural que se construye alrededor de lo masculino y lo femenino, que es diferente y que es transformable.

Identidad de género

Por su parte, la **identidad de género** es cuando la persona se asume a sí misma como hombre o como mujer. La identidad de género es la respuesta a la pregunta ¿quién soy?, en relación con ser hombre o con ser mujer. Y se forma en cuanto se resuelva qué espera la familia, un país, una sociedad o una comunidad de los hombres y de las mujeres.

En los hombres la identidad de género se construye muy cargada en cuando a no ser femenino. En las mujeres la identidad de género se forma en torno a ser deseada y estar al cuidado de los demás.

Orientación sexual

La comunidad **LGBT** (Lesbianas, *Gays*, Bisexuales y *Transgeneristas*) tiene identidades de género diferentes o/y orientaciones sexuales diferentes.

La **orientación sexual** es hacia dónde se dirige mi deseo; en la mayoría de nosotros la orientación se dirige al sexo contrario, por eso somos heterosexuales; pero hay gente que tiene orientación diferente (que siendo mujer le gustan las mujeres o siendo hombre le gustan los hombres). La orientación sexual depende del deseo y el deseo es inconsciente, esto quiere decir que la gente no decide lo que desea.

Las personas LGBT tienen orientaciones sexuales que son diferentes a las nuestras; no se trata de opción sino de orientación, nacen así.

Las lesbianas son mujeres que quieren ser mujeres y se identifican con su cuerpo de mujer pero su deseo sexual sólo se satisface con otra mujer. Los gay son hombres, a quienes les gusta ser hombres, pero que solamente desean y tienen erotismo con otro hombre. Como es tan difícil en esta sociedad asumirlo y hacerlo público, hay hombres que mantienen la apariencia con una vida heterosexual; se casan y tienen hijos pero buscan tener relaciones homosexuales ocultas.

Los bisexuales satisfacen sus deseos sexuales tanto con hombres como mujeres; pueden enamorarse y tener placer o deseos con hombres o con mujeres.

Los *transgeneristas* son personas que tienen identidades de género diferentes; los que más conocemos son los travestis, que son los hombres que tienen cuerpo de hombre pero su identidad de género es de mujer, por lo que se sienten mujeres, se visten, se comportan como una mujer porque así se sienten. Los transformistas son quienes unos días son hombres y otros mujeres. Los transexuales son los que se operan porque realmente quieren tener otro sexo. Los intersexuales son los que nacen con ambos genitales y recién nacidos se decide qué sexo se le atribuirá, según estudios médicos.

Es preciso tener claro que las personas LGBT no deciden serlo sino que nacen así; no son enfermos, no tienen una perversión ni una enfermedad mental. Por tanto tienen los mismos derechos que cualquier persona.

Roles de género

Es preciso preguntarnos: ¿Quiénes llevamos a reparar nuestro carro donde una mujer mecánica?, ¿Cuándo llamamos a una mujer plomero? o: ¿Quiénes tienen una nana hombre?

Aunque no hay nada en el cuerpo de una mujer que le impida reparar un carro, o en el cuerpo del hombre no hay nada que le impida cuidar un bebé, hay roles que han sido establecidos culturalmente, y determinan unas actividades propias masculinas o femeninas y que han sido establecidas socialmente.

A medida que se avanza en el desarrollo humano y en las sociedades y se mejora la calidad de vida todas estas diferencias se hacen menores. Las diferencias entre hombres y mujeres son más marcadas cuando menos calidad de vida se tiene; en zonas rurales y pobres es diferente a las grandes ciudades de países en desarrollo.

Existen desigualdades de género muy marcadas a nivel mundial: de todas las tierras productivas en el mundo sólo el 2% son propiedad de mujeres; hasta hace muy poco las mujeres lograron ser propietarias –hace 50 años son reconocidas como ciudadanas-. Todavía la tierra es propiedad de los hombres; esto es evidente en la población desplazada, pues las mujeres que pierden a su compañero no tienen los títulos de propiedad y generalmente no saben ni siquiera cuáles eran los linderos de su propiedad.

Todavía las mujeres siguen ganando menos que los hombres: se habla de un 70% a 75% que ganan las mujeres por el mismo trabajo que realizan los hombres; pasa mucho también que las mujeres se capacitan menos que los hombres. En estudios de género se habla de “El techo de cristal”, y es que parece que las mujeres pudieran ascender laboralmente hasta cierto punto como si hubiera un techo de cristal, pues generalmente los cargos directivos más altos son asumidos por hombres.

Los mismos trabajos son valorados de forma diferente si el que lo desempeña es un hombre o si es una mujer. Una mujer que cocina es una “cocinera”, un hombre que cocina es un “chef”.

La política se sigue considerando un tema masculino: la gente sigue votando más por hombres porque se supone que “Las mujeres no saben de política”. Sólo el 13% de los cargos de decisión política están ocupados por mujeres en Colombia.

El desplazamiento es femenino: el 75% de la población desplazada son mujeres, niños y niñas; esto generalmente es porque los hombres – esposos, padres, hijos- son víctimas fatales de la violencia y pierden la vida, o abandonan a sus compañeras. En general, en medio del conflicto, los hombres son los principales combatientes y las mujeres son las sobrevivientes del conflicto, quienes tienen que asumir un nuevo rol luego de perder al miembro masculino de su familia (padre, hijo, esposo, hermano). Deben convertirse en proveedoras económicas, lo que no eran antes del desplazamiento y además asumir el trabajo doméstico.

Perspectiva de género:

La perspectiva de género básicamente tiene que ver con tres cosas:

- Reconocer que hay diferencias.
- Que esas diferencias se han utilizado para generar desigualdades.
- Hacer algo para eliminar o evitar esas desigualdades.

Es preciso tener presente que si no se hace algo, no se tiene perspectiva de género. Es muy importante reconocer que esas diferencias afectan tanto a hombres como a mujeres.

Hay dos conceptos básicos que se deben tener claros cuando se trabaja con perspectiva de género, pues las acciones que se hacen para eliminar las desigualdades, a las que llamamos acciones afirmativas, deben incluir estos conceptos:

1. Igualdad

Hay estudios que establecen que las mujeres quieren ser o deben ser iguales a los hombres. Sin embargo, la idea de igualdad tiene que ver más que todo con los derechos, una igualdad en los derechos y en las oportunidades. Pero una igualdad que incluya el concepto de equidad. La igualdad sería lo mismo a todas las personas.

2. Equidad

Es el reconocimiento de las diferencias de manera que se le dé un trato justo a la gente de acuerdo a sus necesidades y a sus diferencias. A eso apunta entonces el término de la equidad, que sería incluir el término de igualdad con la justicia.

Ejemplo: subsidios de vivienda para madres cabeza de familia

Son subsidios que se les da a mujeres madres cabeza de hogar; no se les da a los hombres porque ellos generalmente ganan más y tienen mayores oportunidades. Entonces, se hacen acciones afirmativas como ésta para que las mujeres puedan lograr condiciones de igualdad con los hombres.

Las acciones afirmativas son todas aquellas acciones que se realizan para disminuir las brechas y lograr la igualdad y la equidad.

Violencia Basada en el Género (VBG)

Esta violencia le ocurre a una persona por el género al que pertenece: la violencia que les ocurre a los hombres por ser hombres o a las mujeres por ser mujeres.

Ejemplo: la violencia sexual es un claro ejemplo de violencia de género. El acoso sexual es otro tipo de violencia de género.

De todas las formas de violencia que se cometen, la violencia sexual es una de las formas más fuertes de violencia que ocurre; la gran mayoría de las víctimas son mujeres y los agresores sexuales son hombres, mayoritariamente.

Violencia sexual

La violencia sexual es cualquier acto de connotación sexual que se hace en contra de la voluntad de la persona. La violencia sexual incluye actos que no se limitan exclusivamente a la violación, como el acoso, la prostitución forzada, la esclavitud sexual y el abuso sexual.

Existen prejuicios frente a la actitud de las mujeres con los cuales se busca justificar la violencia sexual. Como la forma de vestir “provocativa”, o creer que si la mujer se lo propone no la pueden violar, que un hombre excitado no puede controlarse o que esto les sucede sólo a las mujeres bonitas y jóvenes.

La violencia sexual en el marco del conflicto armado

En todas las guerras del mundo se ha utilizado la violencia sexual como una manera muy efectiva de controlar la población, de generar desplazamiento, de causar pánico, de causar miedo, de dañar al enemigo. La violencia sexual se utiliza como arma de guerra.

Generalmente este tipo de delitos son los más silenciados y desconocidos, casi nunca se confiesan y tampoco se denuncian. Esto, porque se considera que la violencia sexual es de carácter íntimo y privado y es algo que sólo concierne a la víctima y al agresor.

Cuando la víctima logra desvincular estos actos violentos de su intimidad, se logra reconocer como una persona que tiene derechos, los cuales le fueron vulnerados y ahí se le facilita el hecho de denunciar.

El perfil de las víctimas

En el conflicto, lo usual es que a las mujeres no las viole un solo hombre sino varios; esto genera unos impactos psíquicos diferentes y generalmente se usan varias formas de violencia sexual, acoso, abuso, explotación o violación. Cuando se entra en contacto con una víctima es preciso tener en cuenta estos factores.

La violencia sexual, desde el punto de vista psíquico se entiende como un trauma, es decir, un hecho contundente que arrasa con la persona, pero en el que la víctima no tiene ninguna responsabilidad, es decir, no hizo nada para que esto ocurriera. Como cualquier otro trauma, cada persona lo enfrenta de maneras diferentes, pero los síntomas que aparecen suelen ser similares: baja autoestima, aislamiento social, depresión, afectaciones del sueño y del apetito, problemas sexuales y de pareja.

Hay que acordarse de que las víctimas pudieron haber tenido secuelas físicas, además de las emocionales, por lo que pueden requerir tratamientos médicos. También que hay que pensar en la posibilidad de contagio de enfermedades de transmisión sexual o de embarazo por la violación, caso éste en el cual el aborto está despenalizado.

Obstáculos para la denuncia

Los principales obstáculos que se presentan cuando se habla de este tipo de violencia son la culpa y la vergüenza, pues se tiene un imaginario cultural en el que se asume que la víctima es culpable de lo que pasó, bien sea porque lo provocó o porque no hizo nada para evitarlo. Además a las víctimas se les dificulta hablar sobre estos temas que son íntimos y dar declaraciones. Se les pide que pongan en palabras situaciones muy violentas y dolorosas en las cuales se les ha generado un gran daño. Adicionalmente se presentan el miedo y la desconfianza como otros obstáculos permanentes cuando se enfrenta este tipo de casos.

Hay también mucha desconfianza en muchas regiones frente a las instituciones del Estado; esto, dado que muchas veces existen alianzas entre los grupos armados al margen de la ley y las autoridades gubernamentales.

El choque emocional que sufre una víctima de violencia sexual, especialmente dentro del conflicto armado, puede hacer que tenga amnesia en algunos momentos, y por tanto que el relato de los hechos no sea del todo claro o coherente. Esto puede mejorar si se logra entrevistar a la persona varias veces y darle tiempo para recordar.

Es importante resaltar el poder simbólico del derecho: cuando una víctima de violencia sexual denuncia y logra ser escuchada, inicia un proceso en el que hay un empoderamiento muy grande y muy importante, porque, por primera vez, se reconoce públicamente que la víctima es ella, que el culpable es otro y que merece un castigo.

Pautas para entrevista

- Las víctimas generalmente no dicen lo que le pasó sino que toca preguntarlo, si se encuentran indicios de que pudo haber ocurrido violencia sexual.
- Una forma de preguntar es acercándose al contexto “Sabemos que en esta zona ha habido mujeres violadas” o que “Una forma de actuar de este grupo armado era la violación, ¿Usted sabe de algún caso así?, ¿A usted le ha pasado?”.
- Es importante enfatizar en que la víctima no tiene la culpa.
- Se puede preguntar especificidades sobre el agresor o los agresores, especialmente para tener información que permita identificarlos, pero no es necesario profundizar en detalles dolorosos sobre el hecho de violencia, para no revictimizar. Si es necesaria esa información se debe explicar a la víctima por qué debe profundizar en ese tipo de información.
- Escuchar sin juzgar; dejar de lado los prejuicios.
- Debe contarse con un espacio adecuado, garantizar privacidad para la víctima.
- Especificar el uso confidencial de la información.
- No se recomienda una entrevista mayor a dos horas. Es conveniente decirle a la víctima cuánto tiempo se va a demorar.
- Establecer una relación de confianza con la persona siendo como se es.
- Reconocer cuando no se está capacitado para hacer este tipo de entrevistas.
- Hay que estar preparados para enfrentar momentos de *shock* y dolor de las víctimas.
- Preguntar también a los hombres, porque ellos también pueden ser víctimas de violencia sexual y en ese caso es más difícil que quieran hablar de ello.
- Darle las gracias a la persona por su tiempo y por haber confiado en usted.
- Que la persona sepa qué se va a hacer con la información que ha brindado y la importancia que tiene para el caso.

Cosas que no se deben decir

“Después de que tuvo sexo con ellos, ¿qué pasó?”, siempre hay que referirse a la situación como un delito y como agresión –lo que es-.

“¿Cómo se sintió?”, es una pregunta ofensiva.

“¿Cómo iba vestida?”, “¿Usted ya había tenido relaciones sexuales antes?”.

El agotamiento emocional en los entrevistadores

Las personas que trabajan con víctimas de violencia pueden afectarse también emocionalmente al tener que escuchar tantos relatos dolorosos y sumamente crueles. Además las expectativas que suelen poner las víctimas en los entrevistadores pueden ser muy altas y los funcionarios pueden sentirse impotentes. Es necesario, entonces, reconocer que puede haber malestar emocional que si no se cuida, puede llevar al Síndrome de Agotamiento Profesional –SAP-, cuyo síntoma principal es sentir un cansancio enorme, que impide el rendimiento y el bienestar. Pueden presentarse alteraciones del sueño, del apetito, irritabilidad, malestar con los compañeros de la oficina, y una sensación de agotamiento que no se puede explicar. Es necesario tener pautas de auto cuidado, que comienzan con reconocer la afectación que puede causar este tipo de trabajo. Si las personas no se sienten bien emocionalmente va a ser difícil que puedan dar una buena atención a las víctimas.

Parte segunda: judicialización

Rosadelia

*La rosa y la delia, Rosadelia fue asesinada por “bruja”,
de aquellas que daban brebajes a los hombres para enamorarlos.
Así fue su sentencia a muerte a los albores del siglo XXI,
mientras hacía una llamada en una cabina telefónica en el pueblo,
en medio de sus dos hijas pequeñas que la acompañaban;
tal vez hablaba con el padre de las niñas o con su madre.*

*Mientras su rostro se encendía de alegría con su risa desbordante,
en aquel manotear histriónico como si estuviera viendo a quien le hablaba;
en ese segundo en el que la vida se torna en un universo destellante,
se desploma la rosa y la delia, enterrando sus espinas a sus hijas,
una alfombra de pétalos rojos y amarillos, quedan ensangrentados.*

*A lo incomprensible la certeza de una creencia, muerte por “bruja”,
en ceja no de guiño, sino en La Ceja del Tambo en Antioquia;
asesinadas mujeres a manos de paramilitares por ser de aquellas
que atentaban con maleficios, superstición en marcha de ejecución.*

*El asesino tomó con su mano izquierda la pistola y con la otra el 38,
son dos balas seguidas, no es suficiente un disparo
a una rosa que es delia al mismo tiempo.
Un proyectil ingresa entre sus cejas y el otro en su corazón.
-Solo así mueren- remata, sino se encasquilla el arma.*

*“Bruja” por su condición de mujer, si es hombre es un astrólogo;
el alma post-mortem por bruja no hace mucho, no hace nada.
-No es la inquisición honorable Magistrado, es por salud pública- dice;
relata el contexto de su accionar delictivo en aquella región,
además, -se decía que era auxiliadora de la guerrilla-, concluye.*

La debida diligencia judicial en la investigación de la violencia basada en género¹⁹

MARÍA CLARA GALVIS²⁰

Con el ánimo de aportar algunas herramientas para la discusión sobre la conducta que debe asumir un investigador o un juez para cumplir con los estándares internacionales de investigación -particularmente en lo que respecta a la investigación de la violencia basada en género y a la violencia sexual-, se propone el presente documento, que se desarrollará a partir de tres puntos fundamentales: I) el concepto de debida diligencia; II) la debida diligencia como obligación estatal, particularmente en el ámbito de la violencia basada en género y III) la debida diligencia judicial como contenido de la obligación internacional de investigar, juzgar y eventualmente sancionar, a la luz de los desarrollos jurisprudenciales de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

I. El concepto de debida diligencia

El concepto de debida diligencia es usado por muchas ramas del derecho público y privado, tanto nacional como internacional. El presente documento se referirá a la debida diligencia en los marcos del Derecho Internacional Público (DIP) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

¹⁹ El presente texto es una transcripción de las conferencias dictadas por la autora en el marco del Proyecto de Fortalecimiento de la Perspectiva de Género, del Proyecto de Apoyo a la Fiscalía General de la Nación (ProFis) de la Agencia Alemana para la Cooperación Internacional, GIZ. La autora agradece la valiosísima colaboración de Henry Serrano, abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, en la revisión y actualización de la transcripción.

²⁰ María Clara Galvis es abogada de la Universidad Externado de Colombia, con estudios de postgrado en Derecho Constitucional Comparado en la Universidad Degli Studi de Génova y en Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Colombia; es consultora internacional en temas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, derecho interamericano y justicia transicional.

A. La debida diligencia en el Derecho Internacional Público

Un antecedente donde se puede rastrear el concepto de debida diligencia en el Derecho Internacional Público se encuentra en el proyecto de Convención de 1929 sobre responsabilidad de los Estados por daños causados en sus territorios a personas y propiedades extranjeras²¹, el cual nunca llegó a convertirse en un tratado internacional. En dicho proyecto, por primera vez se planteó la posibilidad de establecer responsabilidad en cabeza de los Estados, ya no en el sentido clásico del derecho internacional, en el que se agotaba la responsabilidad en las relaciones entre Estados, sino con una nueva visión que incluía la responsabilidad de los Estados respecto de la conducta de los particulares, en este caso, frente a los extranjeros que sufrían algún daño en el país de acogida, no por agentes del Estado sino por particulares²²

El artículo 11 de dicho proyecto establece que: “Un Estado es responsable de un daño causado a un extranjero por el acto de un particular o por una turba violenta, si el Estado falló en ejercer la debida diligencia para prevenir tal daño y si los recursos internos se agotaron sin una adecuada reparación por la falla o si ha habido denegación de justicia”. Esta disposición contiene cuatro elementos que van a seguir apareciendo de ahí en adelante como constitutivos del concepto de debida diligencia en el Derecho Internacional Público, a saber:

- La actuación de particulares;
- La obligación estatal de prevenir los daños;
- La obligación estatal de hacer justicia; y
- La obligación estatal de reparar los daños.

Así comenzó a desarrollarse en el derecho internacional la noción de que el Estado responde no solamente por lo que hacen sus agentes, sino por el daño causado con la acción de un particular o de una turba violenta,

²¹ Proyecto de Convención sobre Responsabilidad de los Estados por daños causados a extranjeros, presentado por la Universidad de Harvard para la Conferencia de La Haya de 1929.

²² Cfr. María Clara Galvis Patiño, *Guía práctica de pruebas para las investigaciones disciplinarias por graves violaciones de los derechos humanos e infracciones del derecho internacional humanitario*, USAID/ Procuraduría General de la Nación/Instituto de Estudios del Ministerio Público, ediciones IEMP, Bogotá, julio de 2010, pág. 50.

siempre que el Estado haya faltado en ejercer la debida diligencia para prevenir tal daño y cuando los recursos internos existentes se hayan agotado sin una adecuada reparación o cuando se configure una denegación de justicia. Esto se evidencia en los casos de violencia contra las mujeres -en su gran mayoría cometidos por particulares o en contextos privados como en el ámbito doméstico-, en los que, con frecuencia, a pesar de no mediar la presencia de agentes del Estado, puede generarse la responsabilidad del Estado por la falta de una adecuada respuesta estatal, de acuerdo con los criterios mencionados.

Posteriormente, en el año de 1957, en el marco de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, el relator especial Rafael García Amador presentó su informe sobre la esencia de la debida diligencia²³. En éste, el relator afirmó que la debida diligencia supone que i) el Estado tiene jurisdicción para actuar y tomar medidas de prevención y ii) tiene la oportunidad de actuar; y aportó elementos para entender la debida diligencia como el uso cuidadoso y eficiente que hace el Estado de los medios con que cuenta. Para las investigaciones de los delitos en general, pero en particular para aquella sobre graves violaciones de derechos humanos, incluidas la violencia sexual y la violencia basada en género, esto se traduce en cómo utilizar de la mejor manera los medios investigativos que se tienen disponibles para hacer una correcta y debida investigación.

El relator señaló en su informe que la falta de debida diligencia para llevar a la justicia a los autores de hechos internacionalmente ilícitos implica una responsabilidad estatal por denegación de justicia, que surge del incumplimiento de su obligación de reparar. De esta manera, hizo énfasis en la importancia de adelantar las investigaciones de la manera más seria y cuidadosa posible, a fin de lograr lo que ellas persiguen.

Así, cuando una corte internacional revisa si un Estado obró con la debida diligencia, lo que va a constatar es con qué medios contaba el Estado y cómo los utilizó en el caso concreto, si los usó con la mayor eficiencia y cuidado. Por ejemplo, en un caso contra México, conocido como *Campo Algodonero*²⁴, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) afirmó que México conocía el contexto de violencia contra

²³ Comisión de Derecho Internacional, International Responsibility, Second report by F. V. García Amador, Special Rapporteur, Doc. A/CN.4/106, 15th February 1957.

²⁴ Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

las mujeres existente en Ciudad Juárez y a pesar de ello no actuó con la debida diligencia. Lo que el Tribunal realiza es un análisis de la eficiencia y el cuidado con que el Estado usó los medios con los que contaba. De esta manera, en el caso concreto declaró que México era responsable internacionalmente de la violencia ejercida contra tres mujeres en Ciudad Juárez, por no prevenir e investigar dicha violencia con la debida diligencia.

B. La debida diligencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos encontramos que Colombia hace parte de dos sistemas internacionales: el Sistema Universal de la Organización de Naciones Unidas –ONU- y el Sistema Regional de la Organización de Estados Americanos –OEA-. Por esta razón, y dado que en los dos sistemas se ha desarrollado el concepto de debida diligencia, se presentarán los principales aportes de cada sistema; en el ámbito de la OEA, en lo que se ha llamado la *debida diligencia judicial* y en el ámbito de la ONU, frente a la debida diligencia en general para prevenir la violencia basada en género.

Así, en el marco de la OEA, particularmente dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se mencionarán:

- El caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras* del año 1988.
- El caso *María da Penha contra Brasil* del año 2001.

Por su parte, en el marco de la ONU se hará referencia a:

- La “Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer”²⁵, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1993.
- La “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”²⁶, que a su vez creó un órgano para examinar los progresos en su aplicación, conocido como el “Comité para la eliminación de la discriminación contra las mujeres”.

²⁵ Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, Resolución de la Asamblea General No. 48/104 de 20 de diciembre de 1993.

²⁶ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Resolución de la Asamblea General No 34/180, 34 ONU. GAOR Supp., No. 46, p. 193, ONU, Doc. A/34/46, *entrada en vigor* el 3 de septiembre de 1981.

- Los pronunciamientos de la Relatora de Naciones Unidas sobre la violencia contra las mujeres en 2006²⁷.
- 1. *La debida diligencia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*
- El caso *Velásquez Rodríguez* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el párrafo 172 del caso *Velásquez Rodríguez*, la Corte IDH afirmó que:

Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención²⁸.

La idea contenida en el anterior párrafo sirvió de fuente normativa al movimiento de derechos humanos de las mujeres para argumentar la responsabilidad internacional de los Estados por los hechos de violencia basada en género y violencia sexual cometidos por particulares pero frente a los cuales la actuación estatal era insuficiente. Este fue el comienzo de un devenir histórico y jurídico en pro de la construcción de un estándar de debida diligencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos

²⁷ *La norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer*, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk, Doc. E/CN.4/2006/61, 20 de enero de 2006.

²⁸ Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 172.

continúa desarrollando hasta el día de hoy, mediante las numerosas reglas que ha elaborado en su jurisprudencia.

- El caso *María da Penha contra Brasil* ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

En el año 2001 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por primera vez falló un caso concreto de violación de derechos de las mujeres, ocurrido en el Estado de Brasil. Fue la primera vez que en un caso particular de violencia contra las mujeres se encontró a un Estado responsable internacionalmente, no por un hecho perpetrado por uno cualquiera de sus agentes, sino por tolerar y no investigar adecuadamente la violencia contra mujeres en el ámbito privado.

El caso *María da Penha* ilustra que una mujer fue agredida durante varios años por su esposo hasta quedar parapléjica como consecuencia de uno de esos tantos actos de violencia, ante la mirada indolente del Estado, que nunca atendió adecuadamente sus denuncias. El caso se presentó ante la Comisión Interamericana después de más de diez años de trámites ante las instancias judiciales nacionales sin que se hubiera obtenido respuesta; por esta razón, la Comisión Interamericana encontró que el Estado brasilero era responsable “por sus actos omisivos y tolerantes de la violación infligida”²⁹.

La razón por la cual la Comisión resolvió este caso contra Brasil radica en la tolerancia estatal, al no haber tomado las medidas necesarias para procesar al agresor, durante más de quince años, pese a las denuncias efectuadas por *María da Penha* en todo ese tiempo. No es que el aparato estatal no haya sido puesto sobre aviso, sino que a pesar de ello, no actuó con la debida diligencia, lo cual, en la práctica, implicó tolerar la violencia contra *María da Penha*.

La Comisión señaló en el párrafo 56 de su informe sobre el fondo del caso:

Dado que esta violación contra María da Penha forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, considera la Comisión que no sólo se viola la obligación de

²⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 54/01, Caso 12.051, *María Da Penha Maia Fernandes*, Brasil, 16 de abril de 2001, párr. 60.4.

procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Esa ineffectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos.

Este párrafo contiene los cuatro conceptos acuñados desde el año 1929 (actuación de particulares, prevención de daños, obligación de hacer justicia y obligación de reparar) y resalta expresamente las obligaciones estatales de procesar y condenar a los agresores así como la de prevenir este tipo de prácticas degradantes. El incumplimiento de estas obligaciones lleva a la Comisión a concluir que el Estado de Brasil no actuó con la debida diligencia en el caso de la señora da Penha.

Es muy importante señalar que este es el primer caso en que se aplicó la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, mejor conocida como “Convención de Belém do Pará”. Resulta importante resaltar el contenido de los artículos 3°, 4°, 5° y 7° de la Convención, que fueron tenidos en cuenta en este caso:

El artículo 3° consagra un derecho adicional de las mujeres que no está consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”. Este es un derecho de todas las mujeres en todos los Estados que hayan ratificado la Convención de Belém do Pará. Las organizaciones de derechos humanos de las mujeres consideran que este artículo derribó los muros de los hogares, porque lo que ocurre dentro de los muros de una casa deja de ser un asunto que incumbe exclusivamente a la pareja y puede ser motivo de reproche internacional para un Estado por no tomar las acciones debidas o no actuar con la debida diligencia para prevenir, sancionar y castigar esos hechos.

El artículo 4° por su parte establece que:

Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

- a. el derecho a que se respete su vida;
- b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;
- c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales;
- d. el derecho a no ser sometida a torturas;
- e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;
- f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;
- g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos;
- h. el derecho a libertad de asociación;
- i. el derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley, y
- j. el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.

Es preciso tener en cuenta que si la mujer no tiene una vida libre de violencia como presupuesto esencial de su existencia, no va a poder ejercer todos estos derechos que le son reconocidos en el artículo 4° de la Convención de Belém do Pará. Por esto la importancia de analizar conjuntamente los derechos consagrados en los artículos 3° y 4°.

A su vez, el artículo 5° es un reconocimiento de que la violencia contra la mujer impide o dificulta el ejercicio de otros derechos, así:

Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos.

Por último, el artículo 7° contempla que los Estados tienen, dentro de los varios deberes enumerados en este artículo, el deber de actuar con la debida diligencia para prevenir investigar y sancionar la violencia contra la mujer:

Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo

lo siguiente: [...] b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; [...].

Vale destacar que en Colombia lo consagrado en la Convención de Belem do Pará no solamente es una aspiración o una guía de comportamiento, sino que es un verdadero mandato legal, porque esta convención es una ley en nuestro país, la Ley 248 de 1995.

2. La debida diligencia en el Sistema de Naciones Unidas

- La Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, el Comité establecido por la Convención para la eliminación de la violencia contra la mujer y los pronunciamientos de la Relatora de Naciones Unidas sobre violencia contra las mujeres

En el ámbito de las Naciones Unidas se resaltan tres iniciativas para la construcción del concepto de debida diligencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Primero, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, que establece que para eliminar la violencia contra la mujer, los Estados deberán proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar conforme a la legislación nacional y castigar todo acto de violencia contra la mujer.

Segundo, el Comité creado por la Convención para la eliminación de la violencia contra la mujer en su Recomendación General No. 19 del año 1992 sobre la violencia contra la mujer; este comité expresamente estableció que en virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas. Aquí encontramos nuevamente los mismos elementos de la debida diligencia que se han venido mencionando: la responsabilidad del Estado por los actos de los particulares y las obligaciones de prevenir, investigar e indemnizar (reparar).

Finalmente, en el año 2006, la Relatora de Naciones Unidas publicó su informe sobre la norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer, al cual se hará referencia al hablar de la debida diligencia como obligación estatal.

3. Síntesis de la noción de debida diligencia en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La ONG Amnistía Internacional ha afirmado que una de las principales razones de la aparición del concepto de debida diligencia tiene que ver con la responsabilidad de los Estados de garantizar que los actos de particulares se traten como una cuestión de derechos humanos³⁰.

Recientemente, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha establecido que existen cuatro conductas que se consideran graves violaciones de derechos humanos: las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales, la tortura y la violencia basada en género. Hoy en día todos estos hechos de violencia tienen la misma gravedad ante el derecho internacional.

De lo dicho en los anteriores apartes, podemos entender la debida diligencia como una manera de medir si un Estado ha actuado con el suficiente esfuerzo y cuidado para cumplir con su obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y proteger a las personas frente a eventuales violaciones de derechos humanos. El estándar de debida diligencia obliga a los Estados a prevenir y a responder con la debida diligencia ante la violencia basada en género y ante la violencia sexual.

II. La debida diligencia como obligación estatal en relación con la violencia basada en género

Ante la comunidad internacional, los Estados tienen varias obligaciones: prevenir, respetar, garantizar y reparar las violaciones de los derechos humanos son algunas de ellas. No obstante, si bien investigar, juzgar y eventualmente sancionar a los responsables son obligaciones muy importantes que integran la obligación mayor de garantizar, que será tratada más adelante, a continuación se realizará un análisis en relación con la obligación de prevenir.

La Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer de las Naciones Unidas ha establecido que la prevención de la violencia basada en género es un asunto que debe comenzar por transformar los valores e instituciones

³⁰ Joan Fitzpatrick, citado en *Haciendo de los derechos una realidad: violencia contra las mujeres en los conflictos armados*, Amnistía Internacional, 2004.

sociales que mantienen la inequidad de género; esta es una tarea anterior a la correcta investigación de un hecho de violencia sexual o de violencia con base en género, cuya ocurrencia constituye *per se*, el fracaso de la medida de prevención. De esta manera, si una determinada sociedad, cultural o socialmente acepta que las mujeres tengan un rol social inferior, por ejemplo, que se tienen que quedar en casa haciendo los oficios domésticos mientras que los hombres son los llamados a ocupar los espacios públicos, esto demuestra que se está fallando en el cumplimiento del deber de prevención, al permitir que se perpetúen las instituciones sociales que mantienen esa inequidad.

Esto está claramente ilustrado en el caso *Campo Algodonero contra México*, en el que la Corte IDH, al tratar de explicar la situación de las mujeres en Ciudad Juárez, llegó a la conclusión de que dicha situación es resultado del efecto socio-económico que produjo en esa región de México el cambio de conducta de muchas mujeres que empezaron a trabajar y a ganar dinero y a tener unas relaciones más equilibradas y más equitativas con sus parejas, en el marco de una sociedad machista y patriarcal, lo cual generó una reacción violenta por parte de sus compañeros, quienes, se podría decir, no soportaron tanta igualdad, ni que sus mujeres tuvieran dinero y fueran autónomas y reaccionaron en forma violenta. Esto explica por qué fueron “botadas” a un campo algodonero y asesinadas, con rastros evidentes de violencia sexual.

Si se permite que mediante la educación se sigan reproduciendo los roles estereotipados de género, de acuerdo con los cuales las mujeres se dedican a una cosa y los hombres otra, la violencia va a repetirse inevitablemente cuando una mujer o un hombre se salgan del rol social asignado.

Por ello, la relatora insiste en que los valores sociales y las instituciones que mantienen la inequidad de género tienen que transformarse. Ella pone la responsabilidad de estos cambios en cabeza de los poderes ejecutivo y legislativo así como en las instituciones de educación y en la prensa, y destaca los roles fundamentales que estos dos últimos juegan en el proceso de transformación de las estructuras sociales. Señala también que hay que trabajar en el cambio de las estructuras discriminatorias, además de responder a la violencia cuando ésta ocurra, para dejar el mensaje de que esos actos no son admisibles ni tolerables en una sociedad democrática. La responsabilidad de estas transformaciones, por tanto, debe ser compartida entre el Estado y los particulares.

Todo lo anterior se enmarca dentro de la obligación de prevención. De manera más puntual, la relatora señaló a los Estados una serie de directrices para lograr la prevención de la violencia basada en género, las cuales incluyen:

- Ratificar los instrumentos internacionales de derechos humanos que protegen los derechos de las mujeres.
- Incluir el contenido de estos instrumentos en las constituciones y que en éstas se consagren garantías para la igualdad de la mujer.
- Desarrollar una legislación nacional o disposiciones administrativas que provean una adecuada reparación.
- Adoptar políticas o planes de acción que promuevan la igualdad de género.
- Tener un sistema judicial y un sistema de policía *género sensitivo* (sensible a las diferencias entre los géneros), que tengan la capacidad de reconocer que ciertos hechos están basados en la discriminación basada en el género.

Tener perspectiva de género es ponerse la lente que permite distinguir, en hechos concretos, las diferencias entre hombres y mujeres y las razones que explican por qué una mujer o un hombre son víctimas de violencia por ser hombre o mujer, o por tener una opción sexual diferente. Un hombre o una mujer homosexuales pueden ser víctimas de violencia como consecuencia de apartarse o salirse del rol asignado en determinadas sociedades, según el cual los hombres y las mujeres deben tener una pareja del mismo sexo.

Nuevamente el caso *Campo Algodonero* nos ilustra sobre esta situación: según el razonamiento de la Corte Interamericana, el Estado mexicano no entendió que las muertes de las tres mujeres a las que se refiere el caso hacían parte de un contexto de violencia generalizada contra las mujeres y que a estas mujeres las mataron porque alteraron el rol tradicional de género que, en esta sociedad, según una mirada patriarcal y machista, deben tener únicamente los hombres. Bajo una mirada machista, las mujeres se deben comportar de determinada manera, que no incluye trabajar y devengar sueldos en ocasiones más altos que los de su pareja; al hacerlo, alteraron un rol de género. Esto explica sus muertes, pero si en una investigación eso no está probado y documentado judicialmente, es muy difícil encontrar las razones por las cuales ocurrieron esas muertes; esto tiene que ver con un sistema judicial y de policía género

sensitivo, capaz de distinguir cuando la violencia está relacionada con el cumplimiento de un rol o la alteración de un rol de género.

En el caso *Campo Algodonero* las reacciones y respuestas de los agentes de policía ante las denuncias de desaparición presentadas por las madres de quienes posteriormente serían asesinadas fue la inacción. Los policías, además de su inactividad, respondieron con prejuicios de género: “No se preocupe señora, su hija debió irse con el novio”, o hacían alusión a la manera como estaban vestidas o a que sus padres no las cuidan. Estas afirmaciones son absolutamente irrelevantes en términos de debida diligencia judicial, pues lo que debieron hacer fue actuar inmediatamente para encontrarlas en vez de hacer conjeturas personales basadas en prejuicios. Para evitar que sus agentes reaccionen como lo hicieron los agentes de policía mexicanos, los Estados deben adoptar medidas para modificar esas políticas o prácticas discriminatorias, tales como las que se han mencionado y las que se mencionan a continuación.

- Garantizar el acceso y la disponibilidad de servicios de apoyo.
- Adoptar medidas para concientizar sobre la existencia de discriminación y modificar las políticas discriminatorias en la **educación** y la **prensa**.
- Recopilar información estadística sobre la violencia contra la mujer. Este es el primer paso para enfrentar un problema, describirlo y diagnosticarlo. Para diseñar políticas que respondan a la violencia contra la mujer, lo primero que se debe saber es cuántas mujeres habitan en las distintas zonas y cuáles son las estadísticas de violencia doméstica y en el marco del conflicto armado. Es necesario contar con toda la información para poder formular políticas acertadas.
- Capacitar y crear conciencia en los operadores judiciales de manera que no toleren la violencia contra la mujer.
- Fortalecer la capacidad de la policía para lograr que las denuncias se investiguen debidamente.
- Incluir en los currículos de los colegios y universidades la importancia de respetar los derechos de las mujeres.

La debida diligencia, además de esta obligación de prevención, tiene que ver con otras obligaciones internacionales del Estado, como la protección y el castigo, que incluyen reformas legales, cambios de prácticas investigativas y medidas de reparación. Si un Estado cumple con todos estos estándares, no llegará un caso por violencia basada en género o violencia sexual a una instancia internacional.

La Comisión y la Corte interamericanas son un termómetro de los problemas de los Estados, pues los casos que llegan allí ilustran aquellas situaciones que los Estados definitivamente no han podido afrontar. Cuando los Estados cumplen completamente con todas sus obligaciones no hay necesidad de intervención de las instancias internacionales.

III. La debida diligencia judicial como contenido de la obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

A. Estándares generales sobre debida diligencia judicial en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano es un sistema que se alimenta de dos sistemas de derecho:

- El sistema de derecho continental, presente en México y en la mayoría de los países de Centro y Suramérica; y
- El sistema de derecho anglosajón, presente en los Estados Unidos de América y Canadá, países que aunque no están bajo la competencia de la Corte, sí han tenido incidencia en la construcción de su jurisprudencia.

Así, no obstante estar integrado por una mayoría de países con un sistema de derecho continental, el derecho interamericano es de corte mucho más anglosajón, lo que quiere decir, entre otras cosas, que el derecho se va construyendo caso por caso. De esta manera se ha establecido, caso tras caso, el contenido del estándar de la debida diligencia judicial, para tramitar investigaciones judiciales por graves violaciones de derechos humanos. El siguiente es el contenido de dicho estándar, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana:

1. La investigación debe iniciarse de oficio. Una grave violación de derechos humanos³¹ se tiene que investigar de oficio, más allá de lo que diga la legislación interna. En este sentido, si el derecho interno va en

³¹ Desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, torturas y violencia basada en género.

contra del derecho internacional, el derecho interno no puede aplicarse. Esto tiene relevancia, por ejemplo, en los países que exigen querrela de parte para iniciar una investigación por violencia sexual u otras formas de violencia basada en género. En estos casos, a pesar de la norma interna, la investigación debe iniciarse de oficio. Los operadores judiciales deben, en aplicación del control de convencionalidad, inaplicar la norma interna contraria a la norma internacional.

2. La investigación debe iniciarse sin dilación, inmediatamente.

Tan pronto el Estado tiene noticia sobre la ocurrencia de los hechos, inmediatamente se tiene que poner en funcionamiento el aparato estatal y tiene que iniciarse la actuación. Por ejemplo, en el caso *Campo Algodonero* no hubo una investigación inmediata porque los prejuicios de género de los policías impidieron que el aparato estatal se pusiera en marcha inmediatamente; se tuvo conocimiento que tres mujeres podrían estar desaparecidas. En este caso, la falta de actuación inmediata impidió una investigación adecuada.

3. La investigación debe ser seria. Esto quiere decir que una investigación no puede ser solamente una acumulación de papeles, no puede ser “una simple formalidad condenada de antemano al fracaso”, según la expresión de la Corte IDH. La seriedad de la investigación supone tener una estrategia investigativa seria, orientada hacia el conocimiento de la verdad.

4. La investigación debe ser adelantada con imparcialidad e independencia. Un elemento esencial de la debida diligencia consiste en que las investigaciones se tramiten por investigadores, jueces o magistrados independientes e imparciales. Según ha dicho la Corte IDH, las graves violaciones de derechos humanos no pueden ser investigadas por la jurisdicción militar sino por la justicia ordinaria. Recientemente, en casos de violencia contra mujeres, la Corte Interamericana sancionó a México porque la violación sexual de una mujer indígena en el Estado de Guerrero, al sur de México, por parte de miembros de la fuerza pública mexicana, fue investigada por la jurisdicción penal militar. El solo hecho de que una investigación se tramite en la justicia militar, así sea el mejor juez militar, es un quiebre de este estándar, por razones institucionales y de la estructura del Estado, y porque la jurisdicción militar no está diseñada para investigar este tipo de conductas graves.

5. La investigación debe ser efectiva. Una investigación efectiva es aquella que tiene la capacidad de garantizar los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. Una investigación efectiva es aquella que tiene capacidad de i) contestar la pregunta ¿Qué pasó? –verdad–, ii) hacer una individualización de las personas responsables –justicia– y iii) brindar reparación –el proceso mismo puede ser un escenario de reparación–.

6. La investigación debe asumirse como un deber jurídico propio. Las autoridades de investigación, de policía y los jueces no pueden delegar esa responsabilidad en particulares o en terceros. Muchas veces acá y en muchas otros países los investigadores y jueces relatan que las víctimas no colaboran con las investigaciones. Lo ideal sería que existieran organizaciones y víctimas que colaboraran con la justicia (personalmente considero que no es una buena estrategia de defensa de las víctimas no colaborar con la justicia) y que brindaran toda la información, pero si ello no ocurre, igual es un deber del Estado realizar la investigación. La falta de colaboración de las víctimas puede ser tenida en cuenta a efectos del cómputo del plazo razonable, pues es lógico que cuando no se cuenta con colaboración, la investigación puede durar más tiempo. En otras palabras, la falta de colaboración no releva al Estado de su obligación internacional de investigar graves violaciones de derechos humanos, porque se trata de un deber jurídico propio del Estado y no de una obligación internacional de las víctimas. Esto por supuesto, sin perjuicio de la posibilidad de investigaciones y sanciones si la falta de colaboración implica, además, obstrucción de la justicia.

7. La investigación debe conducirse por todos los medios legales disponibles. Una investigación realizada con la debida diligencia no debe descartar o ahorrarse medios de investigación siempre y cuando éstos sean legales. Esto quiere decir que en una investigación no pueden usarse medios ilegales como la tortura o las amenazas a los testigos o a las víctimas, o las interceptaciones ilegales de comunicaciones.

8. La investigación debe estar orientada a establecer la verdad. El fin último de las investigaciones por graves violaciones de derechos humanos debe ser el establecimiento de la verdad, conocer qué fue lo que pasó, por qué pasó, quién y quiénes son los responsables.

9. La investigación debe adelantarse de buena fe. Conducir una investigación de buena fe quiere decir, entre otros aspectos, no desviarse,

no tomar atajos, no atribuir responsabilidad o vincular a la investigación a quienes en realidad no estén relacionados con los hechos. En el caso *Campo Algodonero* la Corte Interamericana también encontró que en algún momento, por la presión que empezó a tener este caso en México, se asignó responsabilidad penal a unas personas que no tenían responsabilidad en los hechos, sólo para calmar la presión mediática e internacional. Finalmente, quienes conducían la investigación admitieron que las personas vinculadas no tenían relación con los hechos.

10. Las investigaciones deben adelantarse con apego a los estándares específicos de debida diligencia. La Corte Interamericana ha venido estableciendo estándares concretos sobre la debida diligencia específica según el tipo de grave violación que se investigue. Así, ha mencionado qué es la debida diligencia para investigar la tortura; qué es debida diligencia para investigar desapariciones forzadas, para investigar ejecuciones extrajudiciales y, recientemente, en los casos mexicanos, qué es debida diligencia para investigar violencia basada en género. Posteriormente se desarrollarán estos puntos con más detalle.

11. La investigación debe adelantarse en un plazo razonable. Las investigaciones deben adelantarse en un plazo razonable, que se cuenta desde el momento en que ocurren los hechos hasta la resolución final del caso. En varios casos que han llegado a la Corte Interamericana, los Estados han argumentado la razonabilidad del plazo a partir del momento en que se inician las investigaciones, lo cual no ha sido atendido por la Corte, que ha reiterado que el plazo debe contarse desde que el Estado tiene noticia de la ocurrencia del hecho. La Corte no ha establecido un plazo fijo que se considere como razonable sino que ha establecido criterios para fijar en cada caso si la investigación ha sido tramitada dentro de un plazo razonable. Estos criterios son: la complejidad del caso, la conducta de las autoridades judiciales, la actividad procesal del interesado y la afectación de la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

12. La investigación debe realizarse teniendo en cuenta el contexto. La Corte Interamericana ha enfatizado que los hechos, especialmente cuando se trata de graves violaciones de derechos humanos, no deben investigarse aisladamente sino en relación con otros hechos similares y que las investigaciones deben dar cuenta de las circunstancias económicas, sociales, políticas propias del lugar en el que se cometieron los hechos, las

cuales contribuyen a explicarlos. A continuación se menciona un ejemplo de la importancia que la Corte IDH otorga a la investigación de los hechos teniendo en cuenta el contexto y un ejemplo de una corte nacional que dio cuenta del contexto en el que se cometieron los hechos concretos sometidos a conocimiento y resolución judicial.

Caso Campo Algodonero

Es el primer caso en que la Corte Interamericana declara responsable a un Estado porque sus autoridades judiciales, al investigar, no tuvieron en cuenta el contexto de las relaciones económicas, políticas y sociales. Este aspecto era particularmente importante dado que el caso reflejaba violencia basada en género, y para establecerla era necesario dar cuenta de las relaciones entre los géneros en esa sociedad, en ese contexto particular; las autoridades investigativas no tuvieron en cuenta cuáles eran los acuerdos de género propios de esa sociedad y ello incidió en la falta de éxito de las investigaciones. Así, el Estado mexicano fue declarado responsable porque sus jueces y sus policías no pusieron en contexto las muertes que investigaban. Luego de hacer el análisis de contexto, la Corte manifiesta que entre las irregularidades que encontró está la fragmentación de los casos y la falta de investigación en el marco de un contexto particular.

Caso Fujimori: masacres de Barrios Altos y La Cantuta

Un ejemplo de responsabilidad penal individual asignada teniendo en cuenta el contexto es la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú contra el ex presidente Fujimori, a quien juzgaron por las masacres de Barrios Altos y La Cantuta. Los representantes de las víctimas probaron en el proceso otras dieciséis masacres (dieciocho en total) y aunque esas otras no le estaban siendo atribuidas en el marco de la investigación y juicio por las de Barrios Altos y La Cantuta, probar las dieciséis restantes permitió demostrar que los dieciocho casos tenían todos un hilo conductor y que estaban relacionados entre sí; de esta manera se demostró un contexto de grave violación de derechos humanos motivado desde la Presidencia de la República.

13. La investigación debe realizarse de manera exhaustiva. La debida diligencia está relacionada con investigar sin dejar pendiente ningún detalle ni omitir ninguna diligencia posible. La exhaustividad, en la jurisprudencia interamericana, tiene que ver al menos con cuatro aspectos: (1) realizar investigaciones completas: investigar todos los hechos y a todas las personas; (2) seguir todas las líneas lógicas de investigación; (3) desentrañar las estructuras que permitieron las violaciones y (4) dar cuenta de los patrones de actuación de una estructura compleja de personas. La Corte ha establecido lo anterior a partir de casos en los que se han investigado las ejecuciones extrajudiciales pero no las torturas o la violencia basada en género previas a la muerte; o en los que la investigación no ha indagado por la planificación de los hechos ni por los patrones que explican la ocurrencia de los hechos.

14. La investigación debe conducirse con la colaboración entre las autoridades. Las autoridades de policía judicial e investigativas tienen que colaborar para fortalecer la investigación y asegurar el éxito de la misma.

15. La investigación debe adelantarse con respeto y garantía de los derechos de las víctimas. Una investigación diligente es aquella que garantiza los derechos de las víctimas durante todas las etapas del proceso. La víctima, para participar adecuadamente en un proceso debe contar con apoyo y atención psicológica. En las investigaciones se deben preservar por igual los derechos del acusado y los de la víctima.

16. La investigación debe contar con medidas de protección tanto de la investigación misma como de las personas que en ella intervienen. Cuando se investigan graves violaciones de derechos humanos y en particular la violencia basada en género, hay que proteger tanto la investigación misma como las personas que participan en ésta. De ello se deriva que el Estado tenga que diseñar políticas de seguridad para cuidar la investigación y las personas que en ella intervienen (autoridades, testigos, víctimas).

17. Los investigadores y jueces deben remover obstáculos internos tanto de hecho como de derecho. Una investigación diligente no debe dar primacía a normas o prácticas del derecho interno o de las autoridades nacionales que representen obstáculos normativos y prácticos para concluir las investigaciones. Más allá de lo que diga la ley interna, debe prevalecer el

derecho internacional. El sentido de este estándar es que las investigaciones concluyan con decisiones de fondo en las que se valore la responsabilidad de la persona investigada o juzgada en función de las pruebas recaudadas, bien para concluir que ellas demuestran su responsabilidad o su falta de responsabilidad. Lo que se busca con esta regla es que las investigaciones no concluyan con decisiones procesales que impiden un análisis de fondo. Lo que ha cuestionado la Corte no es la existencia de institutos penales como la prescripción o los excluyentes de responsabilidad o las leyes de amnistía, sino el uso indebido de estas figuras con el fin de impedir la investigación de graves violaciones de derechos humanos.

Caso Almonacid Arellano contra Chile

La Corte encontró en este caso que los jueces que investigaban la ejecución extrajudicial de la víctima investigaron hasta cierto momento, más allá del cual no continuaron, con base en que Chile había aprobado el Decreto 2191 que impedía proseguir con la investigación porque se concedió una amnistía. Las amnistías no pueden interponerse como obstáculos a la investigación de graves violaciones de derechos humanos. Estos hechos son tan graves que la investigación debió concluir con un análisis de fondo. La Corte encontró que en este caso el decreto de amnistía violaba la Convención Americana, pues representaba un obstáculo para continuar la investigación y establecer la verdad.

La debida diligencia judicial, según la reiterada jurisprudencia interamericana, tiene que ver con que el Estado está en el deber jurídico de prevenir razonablemente las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones pertinentes, y asegurar a la víctima una adecuada reparación.

La debida diligencia judicial supone que cada acto estatal que conforma el proceso investigativo así como la investigación en su totalidad deben estar orientados hacia una finalidad específica: la determinación de la verdad y la investigación, la persecución, captura y juzgamiento y, en su caso, la sanción de los responsables de los hechos.

B. Estándares concretos de debida diligencia

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha desarrollado estándares concretos en relación con las conductas de privaciones arbitrarias de la vida, desapariciones forzadas, tortura y violencia basada en género:

- La Organización de las Naciones Unidas estableció el Protocolo de Minnesota, que les da unas guías a los Estados y les dice cómo investigar las privaciones arbitrarias de la vida (ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias).
- Para las desapariciones forzadas, hay un informe muy importante del Comité Internacional de la Cruz Roja, que contiene unas listas de las diligencias que se deben practicar en caso de desaparición forzada.
- Respecto de la tortura, los estándares de investigación diligente se encuentran en el Protocolo de Estambul.
- Para la violencia basada en género se aplican también los protocolos anteriores, porque este tipo de violencia casi siempre va de la mano con otras graves violaciones de derechos humanos, como la tortura o las ejecuciones extrajudiciales. Además, para investigar la VBG con la debida diligencia, resulta también aplicable el *Informe de acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el que se establecen pautas generales de lo que podría constituir una especie de protocolo para atención o para investigación judicial de casos de violencia basada en género. Igualmente resultan aplicables los criterios fijados en los casos mexicanos *Campo Algodonero*, *Rosendo Cantú* y *Fernández Ortega*, porque en las afirmaciones de la Corte se pueden encontrar elementos para desarrollar protocolos de investigación de la violencia basada en género.

1. La debida diligencia en casos de privaciones arbitrarias de la vida

En el caso *Kawas Fernández contra Honduras*, la Corte reiteró que en una investigación por privación arbitraria de la vida, los Estados como mínimo tienen que adelantar cinco actividades: a) identificar a la víctima; b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal de los

responsables; c) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; d) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte, y e) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen, se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados (párr. 102).

En el caso *Manuel Cepeda Vargas contra Colombia*, la Corte señaló que

Como parte de la obligación de investigar ejecuciones extrajudiciales como la del presente caso, las autoridades estatales deben determinar procesalmente los patrones de actuación conjunta y todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades [...] No basta el conocimiento de la escena y circunstancias materiales del crimen, sino que resulta imprescindible analizar el conocimiento de las estructuras de poder que lo permitieron, diseñaron y ejecutaron intelectualmente y materialmente, así como de las personas o grupos que estaban interesados o se beneficiarían del crimen. Esto puede permitir, a su vez, la generación de hipótesis y líneas de investigación; el análisis de documentos clasificados o reservados, y un análisis de la escena del crimen, testigos, y demás elementos probatorios, pero sin confiar totalmente en la eficacia de mecanismos técnicos como éstos para desarticular la complejidad del crimen, en tanto los mismos pueden resultar insuficientes. En consecuencia, no se trata sólo del análisis de un crimen de manera aislada, sino inserto en un contexto que proporcione los elementos necesarios para comprender su estructura de operación (párr. 119).

2. La debida diligencia en casos de desapariciones forzadas

En el caso *Rosendo Radilla contra México*, la Corte recordó que en casos de desapariciones forzadas es muy importante valorar los patrones sistemáticos que permitieron la comisión de esas violaciones. La investigación de una desaparición forzada debe tener en cuenta i) que se trata de una violación compleja, ii) su carácter continuado, iii) la necesidad de considerar el contexto en el que ocurrieron los hechos y que iv) sus efectos se prolongan en el tiempo.

En el seguimiento de líneas lógicas de investigación en casos de desaparición forzada es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades judiciales y del ministerio público ordenando medidas oportunas y necesarias. En el caso *Campo Algodonero*, la Corte ha reiterado la importancia de la actuación inmediata: cuando se denunció la desaparición de las mujeres, si las autoridades hubieran actuado inmediatamente, habrían aumentado las posibilidades de encontrarlas con vida.

3. La debida diligencia en casos de tortura

En el caso *Gutiérrez Soler contra Colombia*, la Corte encontró que una de las razones que explican la falta de debida diligencia en la investigación de las torturas contra Wilson Gutiérrez fue la falta de aplicación del Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, más conocido como Protocolo de Estambul, por parte de las autoridades colombianas. En consecuencia, como una medida de reparación, la Corte dispuso que el Estado debía adoptar un programa de formación para difundir este protocolo e implementar los parámetros allí establecidos, dirigido a médicos y funcionarios del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, así como a fiscales y jueces, con el fin de dotar a estos funcionarios de los elementos técnicos y científicos necesarios para evaluar adecuadamente las posibles situaciones de tortura.

En el capítulo III del Protocolo de Estambul se establecen algunos puntos para desarrollar diligentemente la investigación legal de la tortura. Así, este protocolo consagra aspectos como los objetivos de la investigación y documentación eficaces de la tortura, lo que determina cuáles son las pruebas que se deben practicar para lograr dichos objetivos. El Protocolo de Estambul se refiere específicamente a la tortura sexual, incluida la violación, e indica las conductas que hacen parte de la debida diligencia para la investigación estos delitos. En este sentido se indican procedimientos o interrogantes que deben adoptarse o evitarse así como criterios generales para realizar entrevistas a víctimas de violencia sexual en el marco de las investigaciones penales. Igualmente, el Protocolo indica la forma en que deben realizarse los exámenes médicos y los dictámenes respecto de víctimas de tortura.

4. La debida diligencia en casos de violencia basada en género

Los siguientes son algunos de los criterios que se deben tener en cuenta para investigar la violencia basada en género, los cuales se derivan, i) del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas* y ii) de los casos *Campo Algodonero*, *Rosendo Cantú* y *Fernández Ortega*.

El informe *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas* contiene indicaciones y criterios importantes, como los siguientes:

- Para poder tener investigaciones adecuadas, hay que tener autoridades apropiadas y sensibilizadas en materia de género, porque esto evita vacíos y riesgos que luego afectan el futuro del caso. Si no se tiene perspectiva de género se van a escapar aspectos importantes en las investigaciones.
- Analizar todas las pruebas materiales y documentales y las declaraciones de todos los testigos.
- Realizar las autopsias adecuadas.
- Preservar evidencias específicas si se sospecha violencia sexual. El Protocolo de Minnesota dice que deben guardarse los fluidos oral y vaginal de la víctima en los casos en que se sospeche agresión sexual.
- La recopilación de evidencias físicas debe realizarse por especialistas y preferiblemente deben ser personas del mismo sexo de la víctima.
- Para demostrar la falta de consentimiento en una violación sexual, hay que tener en cuenta el contexto en el que ocurrió la violación y no sólo la prueba directa. La Comisión Interamericana, en el *Informe de acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, hace referencia a un caso contra Bulgaria³², en el que una mujer fue víctima de violencia sexual, y una de las razones del tribunal nacional para no sancionar a quien la había violado era la ausencia de violencia. El tribunal nacional sostuvo que ella había consentido la violación sexual porque no había prueba de reacciones para resistir al agresor. Un alto tribunal europeo señaló al respecto que la ausencia o no de

³² M.C. v. Bulgaria, Eur. Ct. H.R., app. No. 39272/98, sentencia del 4 de marzo de 2004.

consentimiento en estos casos no debe derivarse únicamente de la reacción o de la falta de reacción de la víctima sino del contexto en el que ocurre el caso, puesto que la víctima puede no reaccionar frente a la agresión sexual pero del contexto de la violación puede derivarse la ausencia de consentimiento.

- Tener en cuenta, en todo momento, la cultura de la víctima. Proveerle un traductor o un intérprete cultural si es necesario.
- Tener en cuenta las necesidades específicas de las víctimas para facilitar su testimonio.
- Brindar el apoyo psicosocial necesario para que las víctimas de violencia basada en género puedan participar en todas las etapas de las investigaciones y procesos penales.
- Garantizar el acceso completo a información sobre el proceso.
- Adoptar medidas de protección para proteger la seguridad, la privacidad y la intimidad de las víctimas.

Con el fin de evitar la revictimización, conviene buscar la información necesaria para completar la investigación, en la medida de lo posible, en otras fuentes diferentes a la víctima, antes de acudir a ella y sólo hacerlo cuando no es posible obtener la información de otra manera.

Los casos *Campo Algodonero*, *Rosendo Cantú* y *Fernández Ortega* contienen también estándares para la investigación penal de la violencia basada en género:

El deber de investigar efectivamente, siguiendo los estándares desarrollados por la Corte Interamericana, tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre muerte, maltrato o afectación de su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres (*Campo Algodonero*, párr. 293). En este mismo sentido, la Corte ha señalado que “Los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará” (*Campo Algodonero*, párr. 258).

En el caso *Rosendo Cantú* la Corte agregó que “Ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades

a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección” (*Rosendo Cantú*, párr. 177).

Al investigar la violencia basada en género, es preciso tener presente algunas indicaciones útiles para probar el contexto en que ocurre dicha violencia. En este sentido, es necesario:

- Construir el perfil de la víctima.
- Conocer e identificar la modalidad de la violencia.
- Identificar la respuesta que causó la violencia en términos de perspectiva de género.
- Conocer qué les hicieron los victimarios a las víctimas.
- Saber qué fue lo que motivó esa violencia.
- Identificar los acuerdos de género que existían en la comunidad previos a la violencia.

En el caso *Campo Algodonero contra México*, la Corte construyó el contexto de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez a partir de diversos medios probatorios. Así, la Corte consideró probado que existía dicho contexto de violencia, con base, entre otros, en informes de:

- Órganos internacionales, tales como:
 - El Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés);
 - La Comisión Interamericana de Derechos Humanos;
- Expertos internacionales, tales como:
 - La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Violencia contra la Mujer;
 - La Relatora Especial sobre las Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias;
 - El Relator Especial sobre la Independencia de Magistrados y Abogados;
 - La Comisión de Expertos Internacionales de la Oficina contra la Droga y el Delito de la Organización de Naciones Unidas;

- Organizaciones No Gubernamentales internacionales tales como Amnistía Internacional;
- Entidades nacionales, tales como:
 - La Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos;
 - La Comisión para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en Ciudad Juárez;
 - El Observatorio Ciudadano para Monitorear la Impartición de Justicia en los Casos de Femicidio en Ciudad Juárez y Chihuahua;
 - La Fiscalía Especial para la Atención de los Delitos de Violencia Sexual.
- Órganos intergubernamentales, tales como el Parlamento Europeo.

Según lo anterior, el contexto se construye a partir de muy diversos medios probatorios que van desde informes internacionales hasta informes producidos por el propio Estado demandado. La manera como la Corte construyó el contexto de violencia basada en género puede servir como una pauta metodológica para quienes conducen investigaciones por este tipo de violencia en el ámbito del derecho interno.

En el caso *Rosendo Cantú*, la Corte concluyó que la falta de utilización de un protocolo de acción por parte del personal de salud estatal y del ministerio público que inicialmente atendieron a la señora Cantú, fue especialmente grave y tuvo consecuencias negativas en la atención debida a la víctima y en la investigación legal de la violación. Agregó que en casos de violencia sexual, los estándares mínimos de recopilación de pruebas tienen que ser la inmediatez y la celeridad.

En los casos *Rosendo Cantú* y *Fernández Ortega*, la Corte trazó criterios mínimos para la implementación de protocolos de investigación de la violencia sexual. Al respecto dijo que en una investigación penal por violencia sexual es necesario, al menos, que:

- i. la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza;
- ii. la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición;
- iii. se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante

- un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación;
- iv. se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea;
 - v. se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, la investigación inmediata del lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia, y
 - vi. se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso (Rosendo Cantú, párr. 178).

Los crímenes de guerra y de lesa humanidad en Colombia: una mirada desde una dimensión de género

ALEJANDRO VALENCIA VILLA³³

1. Dimensión de género y conflictos armados

La violencia sexual y en particular contra las mujeres es una constante en los conflictos armados. La violación sexual como una nueva estrategia militar. Son cada vez más frecuentes las mutilaciones de las víctimas y la conversión de partes de los cuerpos humanos en trofeos.

Puesto que la mayoría de combatientes continúan siendo hombres, el efecto directo de los enfrentamientos armados en términos de pérdida de vidas humanas y heridos de guerra, recae principalmente sobre los hombres. Determinados sectores de población masculina como es el caso de jóvenes y niños son especialmente vulnerables al ser víctimas de reclutamiento forzado.

Las consecuencias indirectas de los conflictos armados, que en muchas ocasiones son más graves que las directas, tienen como principales receptoras a las mujeres. Las consecuencias a las que deben hacer frente las mujeres se prolongan

³³ Abogado colombiano. Ha sido investigador en derecho humanitario del Centro de Estudios Internacionales de la Universidad de los Andes de Colombia y profesor de derechos humanos y de derecho penal internacional de la Facultad de Derecho de esa misma Universidad, así como profesor invitado de la Universidad Iberoamericana de México y la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil (Ecuador). Fue abogado de la Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana (hoy Comisión Colombiana de Juristas) y del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional en Washington. Fue el primer Director Nacional de Atención y Trámite de Quejas de la Defensoría del Pueblo en Colombia y ha sido consultor del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y del Centro Internacional para la Justicia Transicional. Tuvo a su cargo el Equipo Especial de Investigaciones de la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala, fue asesor general de la Comisión de Verdad del Ecuador y también fue consultor de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú y de la Comisión de Verdad y Justicia del Paraguay. Tiene más de veinte libros publicados sobre derechos humanos y derecho humanitario, como autor, editor o compilador. Actualmente es consultor en derechos humanos, derecho humanitario y justicia transicional y profesor de la Academia de Derechos Humanos y Derecho Humanitario de American University en Washington.

más en el tiempo, mientras que las que recaen sobre los hombres tienen lugar sobre todo durante el transcurso temporal del enfrentamiento armado. El impacto de los conflictos armados sobre las mujeres reduce la distancia que existe entre la esperanza de vida de hombres y mujeres.

La participación voluntaria de las mujeres como combatientes se explica por la falta de protección por parte de los Estados frente a la violencia sexual y a la falta de compromiso de éstos con los derechos de la infancia. Las mujeres combatientes no son más violentas sino que son percibidas como más violentas.

Las nuevas guerras han dejado de ser el reducto de la masculinidad; la participación de las mujeres se perfila como un elemento legitimador de las guerras, así como la re-significación del cuerpo de las mujeres en el medio bélico.

El modelo patriarcal subraya el control de la sexualidad de la mujer y la consideración del cuerpo de ellas como una propiedad masculina. La violencia sexual ilustra el impacto sobre el cuerpo de la violencia armada, porque éste se configura como un espacio a controlar y al mismo tiempo por el desprecio que el cuerpo despierta. La violencia sexual tiene una dimensión individual y colectiva. La primera demuestra el sometimiento de la víctima mediante el terror que provocan los abusos sexuales y la segunda pretende humillar a toda la comunidad enemiga y no sólo a la mujer que es víctima de ésta. El proceso posterior a la violencia sexual suele estar caracterizado por la marginación y la estigmatización de las mujeres que han sido víctimas de esta violencia.

La violencia sexual es un ejercicio de dominación pero también se usa para regular las relaciones y comportamientos, callar, obtener información, castigar, expropiar, disolver una organización, recompensar y cohesionar a los miembros de un grupo armado.

Existen formas de violencia sexual diferentes a la violación: mutilación sexual, desnudez forzada, esclavitud sexual, imposición de códigos de conducta, acoso u hostigamiento sexual, intento de violación, aborto forzado, anticoncepción forzada, manoseo, prostitución infantil, prostitución forzada, unión forzada y control de relaciones afectivas.

La Relatora de la Mujer para la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH) identificó cuatro finalidades de la violencia que afecta a las mujeres en el conflicto armado colombiano: violencia orientada a atemorizar, lesionar y atacar al enemigo; dirigida a lograr el desplazamiento forzado; encaminada al reclutamiento forzado y a rendir servicios sexuales a los miembros de los grupos armados; y destinada a mantener pautas de control social (CIDH, 2006, pág. 46).

Hay aspectos relevantes del Estatuto de Roma en cuanto a la violencia sexual;

diversos actos de violencia sexual son consagrados tanto como crímenes de lesa humanidad como crímenes de guerra en conflictos armados internacionales y no internacionales.

La definición de violación es neutra en cuanto al género e incluye actos de penetración con objetos o con otras partes del cuerpo; se centra en los actos del autor en vez de la víctima y cubre la coacción de índole no física. El crimen de esclavitud sexual no requiere un elemento comercial e incluye los actos de los tratantes de personas.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional define como embarazo forzado: “El confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo” (artículo 7º, 2. f).

Aunque la conducta de la prostitución forzosa puede caracterizarse con mayor precisión como esclavitud sexual u otras formas de violencia sexual, aparece contemplada como un crimen autónomo. La esterilización forzada implica privar a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica sin justificación en un tratamiento médico u hospitalario de la(s) víctima(s) y sin su libre consentimiento. Se contempla como crimen “cualquier otra forma de violencia sexual” lo que permite incluir otros actos de naturaleza sexual distintos a los señalados.

Consideraciones sobre las pruebas en el Estatuto de la CPI. El testimonio de una víctima de violencia sexual no requiere de corroboración por parte de otro testigo. Bajo ciertas circunstancias, la defensa no puede aludir que hubo consentimiento por parte de la víctima como prueba de la inexistencia del crimen. La vida sexual de la víctima no puede ser utilizada para dudar del testimonio de ella. Las imprecisiones en las declaraciones de las víctimas no demeritan la credibilidad del testimonio siempre y cuando no sean elementos constitutivos del delito.

2. Los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario³⁴

La aplicación del Derecho Internacional Humanitario, en relación con los tipos penales consagrados en el Título II de la parte especial, merece algunas precisiones.

³⁴ El contenido de este numeral es tomado de Valencia Villa Alejandro, *La aplicación del derecho internacional humanitario dentro del marco de la Ley de Justicia y Paz*, ICTJ, Bogotá, 2011, en prensa.

Lo que hizo al respecto el Código Penal Colombiano fue tipificar algunas conductas que tienen esas diferentes calificaciones a nivel internacional como: infracciones graves, violaciones graves, crímenes de guerra. Las trasgresiones al derecho humanitario tienen diferentes denominaciones dependiendo de las fuentes en cuales se encuentran incorporadas. En los Convenios de Ginebra de 1949, y en su Protocolo I, de 1977, se llaman infracciones o infracciones graves. En los estatutos de los tribunales penales internacionales se llaman también infracciones graves pero algunas son denominadas violaciones. En el Estatuto de la Corte Penal Internacional se llaman crímenes de guerra. Además, las infracciones graves se consideran crímenes de guerra (numeral 5º del artículo 85 del Protocolo I de 1977).³⁵ Esta es una simple diferenciación semántica que no significa una mayor o menor importancia en su calificación.

La existencia de ese Título II obedece al cumplimiento tardío de una obligación estipulada en varios tratados de derecho humanitario, que les exige a los Estados incorporar en su legislación interna como delitos las infracciones al Derecho Internacional Humanitario.³⁶ Si se compararan

³⁵ Por lo demás, vale la pena aclarar que ni el artículo 3º común ni el Protocolo II hacen referencia a las infracciones graves. Esto llevó a pensar que en los conflictos armados no internacionales no podía predicarse la existencia de infracciones graves, hecho que venía siendo controvertido por la doctrina pero que fue desmentido de manera más categórica por la jurisprudencia del Tribunal Penal de la antigua Yugoslavia y expresamente por los estatutos del Tribunal Penal Internacional de Ruanda y de la Corte Penal Internacional.

³⁶ La tipificación de las anteriores infracciones es labor de cada Estado, según lo destacan los artículos 49 del Convenio I, 50 del Convenio II, 129 del Convenio III y 146 del Convenio IV: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio... Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas necesarias para que cesen, aparte de las infracciones graves... los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio”. El numeral 1º del artículo 85 del Protocolo I de 1977 dice que las disposiciones de los Convenios “son aplicables a la represión de las infracciones y de las infracciones graves del presente Protocolo”, y el numeral 1º del artículo 86 del mismo instrumento señala que “[l]as Altas Partes Contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para que cesen todas las demás infracciones de los Convenios o del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar”. Según el derecho internacional humanitario consuetudinario es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 158. Los Estados deberán investigar los crímenes de guerra presuntamente cometidos por sus ciudadanos o sus fuerzas armadas, así como en su territorio, y encausar, si procede, a los imputados. Deberán asimismo investigar otros crímenes de guerra que sean de su competencia y encausar, si procede, a los imputados”. Véase Henkaerts, Jean –Marie, Doswald – Beck, Louise, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, CICR, sin ciudad, 2007, pp. 687 a 690. Véase, Alejandro Valencia Villa, *Derecho internacional humanitario*, conceptos básicos, infracciones en el conflicto armado colombiano, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2007, pp. 247 y ss.

el listado de las infracciones graves contempladas en los Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo I de 1977 y los crímenes de guerra estipulados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional con los delitos establecidos en el código penal, se verá que la consagración no es totalmente uniforme. El legislador colombiano sin duda alguna tuvo en cuenta los referentes internacionales para la definición de cada delito³⁷ pero el listado no es idéntico.

En esta medida, las sanciones penales que deben aplicar los operadores de justicia nacionales son pues las establecidas por el código penal. Las sanciones penales de los crímenes internacionales no son normas *autoejecutivas* (*self-executing*), es decir, que no pueden ser aplicadas de manera directa por operadores de justicia sin que el derecho interno las reglamente.³⁸ Precisamente por esta razón es que los Estados están en la obligación de incorporar en su derecho interno esas conductas para que las autoridades judiciales puedan investigar y sancionar tales hechos.

Esto significa por ejemplo que en Colombia no se pueden imputar delitos con base en el Estatuto de Roma o de los estatutos de los tribunales internacionales. Sólo las cortes internacionales tienen jurisdicción y competencia para investigar, juzgar y sancionar conforme a sus propios estatutos y ninguna autoridad distinta y mucho menos nacional puede atribuirse esa facultad.

La interpretación de esos delitos debe hacerse conforme al Derecho Internacional Humanitario, como lo establece el artículo 93 constitucional. Nada impide que ningún instrumento internacional de derecho humanitario sea citado como fuente de interpretación por un operador de justicia, contenga o no referencias a algunas conductas que son prohibidas por el derecho internacional que se encuentren tipificadas o no en la legislación colombiana.

En Colombia, hasta antes de la Ley 599 de 2000, que expidió un nuevo código penal para el país, no existía ninguna legislación específica sobre la

³⁷ Véanse los análisis de algunas infracciones en Alejandro Valencia Villa, *Derecho Internacional Humanitario*, *ob. cit.*, a partir de la página 342.

³⁸ Sobre la naturaleza no *autoejecutiva* de las normas convencionales de derecho humanitario, véase Fernando Pignatelli y Meca, *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español, consideraciones sobre el capítulo III del título XXIV del libro II del Código Penal*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003, pp. 86 y ss.

materia, salvo algunas alusiones de la legislación penal militar.³⁹ Es decir, antes del 25 de julio de 2001, fecha en que entró en vigor el actual código penal ordinario, no existían tipos penales para investigar y sancionar delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, que se presentaran dentro del marco de un conflicto armado o en relación con él. Por tal razón si nos atenemos a los principios de legalidad, ley previa y ley cierta, estos tipos deben encuadrar conductas relacionados con hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor del actual código penal. Hechos previos deben ser adecuados a la legislación anterior, con excepción de los delitos de ejecución permanente o continua como son los casos de la desaparición y el desplazamiento forzados.

*2.1. Las diferencias entre los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad*⁴⁰

Los crímenes de guerra son diferentes a los crímenes de lesa humanidad. No existe una jerarquía normativa entre ambos crímenes, son ilícitos igualmente reprochables, y aunque una misma conducta delictiva pueda ser al mismo tiempo un crimen de guerra y un crimen de lesa humanidad, son nociones distintas. Algunas graves violaciones de derechos humanos pueden ser catalogadas como crímenes de lesa humanidad.⁴¹ Para otorgar dicha calificación, se debe analizar si los hechos constituyen una comisión múltiple de casos, si fueron dirigidos contra la población civil, si fueron

³⁹ Esta tradición legal se remonta hasta la época federal del siglo XIX; véase el capítulo 4: “La legislación militar colombiana ante el derecho de gentes”, en Alejandro Valencia Villa, *La humanización de la guerra, derecho internacional humanitario y conflicto armado en Colombia, Segunda Edición*, Tercer Mundo Editores, Ediciones UniAndes, Bogotá, 1992.

⁴⁰ El contenido de este numeral es tomado de Valencia Villa Alejandro, *La aplicación del derecho internacional humanitario dentro del marco de la Ley de Justicia y Paz*, ICTJ, Bogotá, 2011, en prensa.

⁴¹ Vale la pena anotar que aunque esta noción ha resurgido durante la década de los noventa del siglo pasado con la aprobación de los estatutos de los tribunales penales internacionales de la antigua Yugoslavia y Ruanda, así como con su jurisprudencia y con la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, éste es un concepto que tuvo su primera aplicación judicial en Nüremberg, después de la Segunda Guerra Mundial. El principio VI de derecho internacional, reconocido por el Estatuto, y las sentencias del Tribunal de Nüremberg dicen: “Los delitos enunciados a continuación son punibles como delitos de derecho internacional: (...) c) Delitos contra la humanidad. El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, en relación con él”.

sistemáticos o generalizados y si fueron parte de una política de Estado.

Con base en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, en particular de los tribunales penales de la antigua Yugoslavia⁴² y de Ruanda,⁴³ así como de la definición establecida por el Estatuto de la Corte Penal Internacional,⁴⁴ se puede señalar como elementos importantes a probar para que ciertas violaciones de derechos humanos sean consideradas crímenes de lesa humanidad, las siguientes:

- 1º. *La existencia de un ataque*, que se demuestra tanto con la comisión múltiple de violaciones de derechos humanos como con la existencia de una política de Estado o de una organización política.⁴⁵
- 2º. *El ataque debe estar dirigido contra una población civil*; se subraya que la población víctima debe ser predominantemente civil y la naturaleza

⁴² El artículo 5º del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, señala que: “El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil: a) Asesinato; b) Exterminación; c) Reducción a la servidumbre; d) Expulsión; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violaciones; h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos”.

⁴³ El artículo 3º del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda establece que: “El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas: a) Homicidio intencional; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violación; h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos”.

⁴⁴ El artículo 7º del Estatuto de la Corte Penal Internacional dice: “Se entiende por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

⁴⁵ Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política (artículo 7.2.a del Estatuto de la CPI).

de civil la determina la especial situación de la víctima al momento del crimen antes que su estatus.

- 3º. *El carácter generalizado o sistemático del ataque*; lo sistemático significa que las violaciones de derechos humanos deben ser de conformidad con un plan o una política preconcebida, deben ser violaciones conscientemente organizadas y que siguen un patrón determinado, basándose en una política común que utiliza recursos públicos o privados; pueden ser acciones u omisiones que deben estar vinculadas entre sí, con una finalidad o meta puntual sea explícita o que se infiera por el análisis coyuntural de las circunstancias históricas generales y el trasfondo político correspondiente, el contenido general del programa político, plasmado en los escritos y discursos de los autores y las autoras, la propaganda mediática, el establecimiento e implementación de estructuras militares autónomas, las ofensivas militares coordinadas y repetidas o la escala de los actos violentos perpetrados, en particular asesinatos, violaciones, torturas y detenciones arbitrarias.

Lo generalizado implica que las violaciones de derechos humanos deben ser masivas, frecuentes, cometidas a gran escala y realizadas colectivamente, con una considerable gravedad, es decir, dirigidas contra una multiplicidad de víctimas. La perpetración de actos debe estar dirigida o tener como objetivo varias víctimas, aunque éste no sea necesariamente el resultado y dichas violaciones tengan un efecto acumulativo que repercuta en un número de personas mayor a las víctimas directas. Además, es lo uno o lo otro: el carácter disyuntivo entre lo generalizado o lo sistemático es fundamental, con lo que se demuestra que cualquiera de estos dos elementos es el requisito que se satisface.

- 4º. *Que el acto se cometa con conocimiento, implica que el autor represente el riesgo de que su conducta forme parte de un ataque de esas características*; será suficiente demostrar que el autor representó la probabilidad de que ello ocurriera; además de la intención de cometer un crimen, el autor debe ser consciente del contexto en que cometió su acto, el cual puede ser deducido implícitamente de las circunstancias.⁴⁶

⁴⁶ Para un análisis de estos elementos véanse las dos primeras decisiones más emblemáticas de los tribunales penales internacionales: Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, *Caso Tadic*, Decisión del 7 de mayo de 1997, primera instancia; y Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Caso Akayesu*, Decisión del 2 septiembre de 1998. Así como el artículo 7º del Estatuto de la Corte Penal Internacional y los elementos de los crímenes correspondientes a este artículo.

Como se puede observar, son crímenes bien distintos los de guerra con los de lesa humanidad. Los primeros se deben dar en el contexto de un conflicto armado, los segundos pueden presentarse así no exista un conflicto armado. Los primeros no requieren ningún elemento de sistematicidad o generalidad mientras los segundos sí. Los primeros sí tienen un desarrollo legal en Colombia mediante la consagración del Título II de la parte especial como “delitos contra personas o bienes protegidos por el derecho internacional humanitario” pero los segundos no. No existe hasta la fecha ningún tipo penal en Colombia que haga referencia a ataques contra la población civil de carácter generalizado o sistemático. Todavía no hay en nuestro país un sistema penal que agrupe de manera coherente todos los crímenes y delitos internacionales. Se podrían seguir señalando más diferencias pero estas tres que se acaban de indicar, demuestran que en el caso colombiano es jurídicamente más técnico imputar a los miembros de los grupos armados al margen de la ley conductas que coincidan con la noción de crímenes de guerra y no de lesa humanidad.

Si en la legislación penal colombiana existen unos tipos penales concretos para sancionar ciertas conductas delictivas no es comprensible que se acuda de manera directa a normas internacionales para investigar y juzgar esos hechos. El derecho penal internacional tiene carácter complementario de las jurisdicciones nacionales y en particular el Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 1º), y por eso no es razonable que se busque aplicar de manera directa ese instrumento internacional, máxime cuando existen otras normas que puedan ser aplicadas. Como ya se indicó, las sanciones penales de los crímenes internacionales no son normas *autoejecutivas* y no pueden ser aplicadas de manera directa por operadores de justicia sin que el derecho interno las incorpore. “[N]o se puede usar el bloque de inconstitucionalidad para imputar delitos”⁴⁷ y en esa medida se debe impedir el uso descontextualizado de los estándares internacionales.⁴⁸

Mucho menos puede servir de argumento la declaración que hizo Colombia, consignada en el artículo 124 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, mediante la cual, entre el 1 de noviembre de 2002 (fecha de entrada en vigor del Estatuto en Colombia) y el 31 de octubre de 2009, el

⁴⁷ Centro Internacional de Toledo para la Paz, Observatorio Internacional DDR – Ley de Justicia y Paz, segundo informe, noviembre 2009, parte I, Área de Justicia, *Fórmulas de imputación de conductas delictivas que constituyen crímenes internacionales en el ámbito de Justicia y Paz*, p. 58.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 55 y 77.

Estado colombiano no aceptó la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra. Una cosa es la competencia de la Corte Penal Internacional frente a determinados crímenes y otra cosa es la obligación que tiene un Estado conforme al deber de garantía de investigar, juzgar y sancionar los delitos conforme a su legislación interna, máxime cuando se reitera que la competencia de la Corte Penal Internacional es complementaria. Por esta razón, tampoco puede pensarse en el argumento de adecuar algunos hechos delictivos como crímenes de lesa humanidad para que eventualmente puedan ser de competencia de la Corte Penal Internacional y así evadir el obstáculo de la declaración del artículo 124 del Estatuto que formuló el Estado colombiano. No se deben tomar decisiones judiciales con base en suposiciones, máxime cuando existen posibilidades para encausar esas conductas con base en normas nacionales.

2.2. Características generales de los tipos del Título II de la parte especial del código penal colombiano

De los tipos penales consagrados en el Título II de la parte especial del código penal ordinario se pueden señalar las siguientes características generales:⁴⁹

- 1°. Se puede sostener que la característica de estos delitos es que son de tipo abierto o en blanco, ya que para entender la mayoría de los ingredientes normativos de contenido jurídico de los diferentes delitos se debe acudir al Derecho Internacional Humanitario.
- 2°. Los 29 artículos del Título II de la parte especial del código penal colombiano sólo tipifican actos contrarios *al ius in bellum*, que no es otra cosa que el derecho internacional humanitario propiamente dicho. En este Título, y en ninguna otra parte del código penal, se consagran delitos contrarios *al ius ad bellum* o derecho a la guerra.

⁴⁹ Estas características aparecen en Valencia Villa, Alejandro, *Derecho internacional humanitario, conceptos básicos, infracciones en el conflicto armado colombiano*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2007. Una versión revisada, actualizada y reordenada, que es la que se sigue aquí en Valencia Villa Alejandro, *La aplicación del derecho internacional humanitario dentro del marco de la Ley de Justicia y Paz*, ICTJ, Bogotá, 2011, en prensa.

- 3°. Aunque de manera aparente la numeración consecutiva de los artículos del Título II de la parte especial sigue el orden lógico de agrupamiento de los instrumentos internacionales de derecho humanitario, no todos los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario se encuentran en ese título.
- 4°. Los tipos penales no distinguen la clase del conflicto armado y por esto se pueden aplicar tanto para conflictos armados internacionales como no internacionales.
- 5°. El umbral de gravedad no es un elemento estructural de los tipos penales.
- 6°. El sujeto activo es amplio, monosubjetivo e indeterminado.
- 7°. El carácter monosubjetivo e indeterminado del sujeto activo permite que se puedan imputar conductas al superior.
- 8°. El sujeto pasivo no es uniforme en los diferentes tipos.
- 9°. La conducta de los diversos tipos penales establece diferentes comportamientos de acción y omisión, y es muy variada en sus verbos rectores.
- 10°. El objeto material, aquello sobre lo cual se concreta la vulneración del interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo, y hacia el cual se orienta la conducta del agente, en algunos tipos es personal, en otros real y en otros fenomenológico.
- 11°. El objeto jurídico es el Derecho Internacional Humanitario, puesto que es el interés que el Estado busca proteger mediante los diversos tipos penales y que resulta vulnerado por la conducta del agente.
- 12°. Siempre que proceda, se puede presentar la tentativa de cualquiera de estos delitos. La conducta cuya consumación no fue posible debe sancionarse conforme al artículo 27 del código penal que consagra la tentativa.
- 13°. Es predicable el concurso de conductas punibles.
- 14°. Los delitos contra el derecho humanitario son dolosos.
- 15°. La naturaleza de las penas es diversa ya que se establece la prisión, la multa y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.
- 16°. Aunque la regla general es la cosa juzgada material para todo tipo de sentencia ejecutoriada, de manera excepcional las decisiones de las investigaciones penales por estos delitos hacen tránsito a cosa juzgada formal y no material, ya que ante la existencia de nuevos hechos y pruebas sería viable la interposición de la acción de revisión.

- 17°. Las transgresiones al derecho humanitario no sólo determinan un derecho a la justicia para investigar y sancionar a los eventuales responsables, sino que implican los derechos a la verdad y a la reparación.
- 18°. Aunque Colombia no se ha adherido a la Convención sobre la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968,⁵⁰ conforme al artículo 93 constitucional puede alegarse la imprescriptibilidad de los delitos contenidos en el Título II, puesto que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra es una norma consuetudinaria⁵¹ que hace parte del bloque de constitucionalidad.
- 19°. Los sujetos que cometan delitos a que hace referencia este título no pueden beneficiarse de una amnistía o un indulto que impida su investigación o sanción.
- 20°. El actual código penal, en cumplimiento de la Sentencia C-456 de 1997 de la Corte Constitucional, eliminó la posibilidad que contemplaba el anterior código penal, el Decreto 100 de 1980 (art. 127) y el Código Penal Militar de la época, el Decreto 2550 de 1988 (art. 184), de no imponer pena a un miembro de un grupo armado no estatal si mataba en combate a un miembro de la fuerza pública, o viceversa, siempre que no fuera con actos de ferocidad, barbarie o terrorismo.

⁵⁰ Artículo 1°. Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, del 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) del 13 de febrero de 1946 y 95 (I) del 11 de diciembre de 1946, sobre todo las “infracciones graves” enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra.

⁵¹ Según el derecho internacional humanitario consuetudinario es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 160. Las leyes de prescripción no se aplican a los crímenes de guerra”. Véase Henkaerts, Jean –Marie, Doswald – Beck, Louise, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit. , pp. 694 a 698. Véase también Raúl Emilio Vinuesa, “La aplicación del derecho internacional humanitario por los tribunales nacionales: la extradición de criminales de guerra (a propósito del caso “Priebke, Erich/solicitud de extradición”, causa 1663/94)”, en Gabriel Pablo Valladares (comp.), *Lecciones y ensayos, derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, ob. cit, p. 346.

Tercera parte: género y Justicia y Paz

Lobo feroz

*Una joven investigadora sale apresuradamente, su primera misión;
toma su cuaderno de notas, la cámara y un código penal en su bolsa.
Durante su travesía en caminos de trocha, en medio del barro por la lluvia,
la ansiedad se evidencia entre sus manos en gotas de sudor y un vacío,
a lo lejos divisa una finca con sus linderos apostados de color blanco,
una portería con las rejas abiertas, un sendero principal y otro anexo.*

*Toma la dirección en la que está aglomerado el vecindario, una multitud,
personas de todas las edades, vestidos con camisas multicolores,
se destaca el rojo, amarillo y azul fuerte, como la bandera del país.
Jóvenes descalzos con sus pies casi deformes por el trajinar diario,
reflejan más edad de la que tienen, niñas con sus vientres protuberantes,
anuncian una nueva vida; se detiene en el rostro de una anciana,
no le cabe una arruga más en su cara, su mirada petrificada sin parpadeo.*

*En medio de la gente, logra llegar a la entrada de una caballeriza,
cuerpos marcados por la violencia sexual, impregnan de horror lo sucedido.
Tres chicos adolescentes con ropa interior femenina, yacen sobre el piso;
uno de ellos delgado, esquelético; otro con su piel afro llama la noche.*

*Encadenados por su victimario en aquella verruga del mar,
sus vidas quedaron truncadas entre el horror de aquella tribulación;
sus prendas evidencian la fuerza, el deleite del depravador.
Hace preguntas, el mutismo; registra fotografía, toma muestras de sangre.
Allí en medio de los cadáveres, un vómito contenido llega a su boca,
los habitantes de la región susurran entre sus labios señalamientos,
ellos saben lo sucedido, no lo dirán; sentencia de muerte, desplazamiento.*

*Al llegar a la oficina hace el reporte de su misión, se sienta en su escritorio,
indaga a sus compañeros sobre la región, ellos refieren que meses atrás,
las mujeres eran turnadas a servir durante una semana en el campamento,*

*y sus esposos, sometidos a barrer las calles del pueblo, la plaza y el atrio;
se decretaban toques de queda, códigos de conducta, preponderancia.*

*Las jóvenes de la comunidad eran obligadas a ser “caperucitas rojas”,
reinados entre estudiantes adolescentes con sus uniformes colegiales,
con sus cuerpos insipientes de su feminidad, desfilaban con ropajes de luces;
las elegidas, eran atrapadas por el lobo feroz entre sus colmillos jadeantes.*

La violencia basada de género en el conflicto armado

Gloria Bernal⁵²

Introducción

Esta conferencia hace parte de los seminarios “Sensibilización en Género”, dirigidos a la Unidad de Justicia y Paz, y realizados por el Proyecto ProFis. Al momento de iniciar con esta temática se cuestionó cuál era el tema específico a trabajar en la Ley de Justicia y Paz, respecto a la violencia basada en género, y no sólo respecto a la violencia sexual; sin embargo, sobre la violencia sexual, se encontró para la época (2009), que se tenían ínfimamente documentados estos tipos de casos. Incluso, en Justicia y Paz, la idea que se tenía por parte de los investigadores del CTI y de la Fiscalía, partía del hecho de que los paramilitares no ejecutaron o realizaron actos de violencia sexual.

En ese sentido, cuando se indagó sobre esta temática ante la Unidad de Justicia y Paz, y específicamente ante el Tribunal, en la Sala de Conocimiento, que era una sola en Bogotá, se encontró un solo caso de violencia basada en género: caso *Los Cazadores*, vinculado con Ramón Isaza, debido a que se habían encontrado preservativos en una fosa. Con esta prueba, el fiscal imputó el delito de acto sexual violento y no acceso, porque fundamentó que no tenía el dictamen del médico legista, para poder acreditar que se dio realmente el acceso.

⁵² Abogada de la Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Penal y Criminología, especialista en Docencia Universitaria, título de Maestría en Ciencias Penales en la Universidad Externado de Colombia, especialista en Nuevas Tecnologías en la Universidad Sergio Arboleda. Actualmente realiza tercer año de doctorado en Educación en la Universidad de La Salle, en San José de Costa Rica. Tiene publicados cuatro textos jurídicos, cuatro literarios y “Aprendizaje significativo de la Ley de Justicia y Paz”; fue directora regional del C.T.I de la Fiscalía General, abogada de casación penal en la Defensoría del Pueblo y abogada litigante. Actualmente se desempeña como Coordinadora de Género en el Proyecto ProFis y es docente universitaria e investigadora.

Los funcionarios de Justicia y Paz, tanto el equipo técnico como los fiscales, “iban perdiendo la materia” porque en toda la estadística que manejaban no se hacía referencia a casos de violencia sexual, y reacciones como “en esa masacre no hubo”, son reacciones que se escuchan aún hoy, por parte de las instituciones que intervienen en el proceso.

Uno de los puntos más importantes que deben tener presente los investigadores siempre, es aprender a dudar de los absolutos. Es así como surge en la Fiscalía y en la Unidad de Justicia y Paz, la necesidad de diferenciar las labores de investigación, de las labores de verificación. De esta manera se inicia la labor del Proyecto ProFis, en materia de género, con los funcionarios de la FGN.

Inicialmente se encontraron cinco puntos problemáticos, y a partir de allí, se empezaron a llevar a cabo las sensibilizaciones. El primer punto problemático fue el desconocimiento del concepto de género, los prejuicios y preconceptos que ocasionan la negación y la invisibilización: como el concepto no se nombraba, no existía en la mente de los investigadores y mucho menos en el programa metodológico, ni tampoco se consagraba como una línea investigativa en materia de violencia sexual.

El otro punto a analizar se fundamentó en el estándar probatorio para acreditar los delitos de violencia sexual y, en particular, desarrollar la temática del estándar de la debida diligencia. Además, se remarcó la necesidad de estructurar el contexto en este tipo de delitos como de lesa humanidad y/o crímenes de guerra, además de la responsabilidad penal.

La investigación de delitos de Violencia Basada en Género (VBG) y no sólo sexuales, sino en general, la podemos compilar en cinco apartes, que trataremos de desarrollar en esta conferencia. Los temas a tratar son:

1. Una mirada a la VBG en el conflicto armado. El punto de partida en el proceso de Justicia y Paz es la confesión de los postulados, que tratándose de delitos de violencia de género y en particular de violencia sexual, ha sido excepcional. En contraposición a ello, existen pronunciamientos de la Corte Constitucional e informes de ONG nacionales e internacionales, que refieren la utilización del cuerpo de la mujer como arma de guerra.

2. Las labores de investigación. Las labores investigativas *no son sólo labores de verificación*, toda vez que el esclarecimiento de la verdad, debe ser un imperativo para todos los funcionarios. En tal sentido los

derroteros de la investigación son: comportamientos por verificar y comportamientos por esclarecer. Entre los objetivos se pueden resaltar:

- **Verificar** la veracidad de la información de los hechos confesados.
- **Indagar** esos hechos, afirmar que son de VBG para que sean admitidos por el postulado.
- **Contextualizar** la cadena de delitos, la cadena de mando.

3. Perspectiva de género en la investigación. Al tratarse de delitos en su mayoría no confesados por los postulados, la policía judicial debe realizar labores investigativas tendientes a acreditar los delitos de VBG para que la Fiscalía formule la imputación, petición de detención preventiva, y oriente su programa metodológico y su tarea investigativa, dentro del lapso previsto en la ley, entre la audiencia de imputación y la de formulación de cargos, con la finalidad de que el imputado acepte la imputación de delitos de VBG. Para ello se requiere incorporar la perspectiva de género en la investigación.

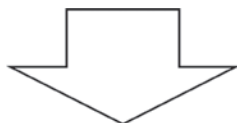
4. Estándares Probatorios. La investigación de los casos de violencia sexual lleva a la administración de justicia a enfrentar una lógica no habitual, tanto en términos de trato a las víctimas como en el manejo de la prueba. Igualmente, en el marco del conflicto armado se debe hacer una contextualización de los delitos de VBG.

5. Adecuación típica y concurso de personas. Cuando se cometen delitos de violencia sexual no puede verse sólo como un acceso carnal violento; por ejemplo, cuando éste se ha perpetrado frente a una persona protegida, igualmente no puede enmarcarse la responsabilidad penal únicamente en los autores materiales de estos hechos.

1. Una mirada a la VBG en el conflicto armado

Si bien en la Ley de Justicia y Paz se parte de una confesión, la relación procesal no se edifica de manera exclusiva *entre el procesado y la judicatura*. La *verdad* no se circunscribe a aquello que diga o acepte quien narra su versión.

La verdad



Es un	para
Imperativo	Operadores judiciales
Derecho	Víctimas
Deber	Postulado

Ahora bien, el postulado tendría el deber de confesar todos y cada uno de los delitos cometidos en su accionar ilícito y/o aceptar los delitos imputados de los cuales fuere autor o partícipe.

Sin embargo, si bien sólo excepcionalmente se ha confesado la existencia de los delitos de violencia basada en género, ello no significa que no hayan sucedido, sino que éstos han sido invisibilizados. De esta forma el tema de género, y especialmente el de la VBG, empiezan a tener importantes connotaciones no sólo a nivel nacional, sino internacional, lo que se ha hecho evidente en los datos y cifras contenidas en informes elaborados por distintos organismos nacionales e internacionales, acerca de casos de violencia sexual y VBG.

A nivel nacional, la Corte Constitucional emitió el Auto 092 de 2008, en el cual hace referencia a diversos casos de violencia sexual, para visibilizar y dar importancia a estos hechos. Este Auto pretendió también dar a conocer la falta de visión investigativa, especialmente frente a los delitos de VBG. La Corte Constitucional ha dicho que en Colombia la VBG tiene un carácter sistemático y que es habitual, extendida e invisible y que ella se agrava, se intensifica y se profundiza en contextos de conflicto armado. Además, identificó diez factores de riesgo de género; señalando los específicos para los casos de violencia sexual, explotación o abuso sexual.

A nivel internacional, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en sus “Recomendaciones de órganos internacionales de derechos humanos al Estado colombiano 2000-

2008⁵³, en el capítulo 9, se refiere a los derechos de la mujer. En el aparte 8°, referido a la violencia sobre la mujer, hace un llamado al Gobierno y a las autoridades judiciales, en particular a la FGN, para que se dediquen los recursos materiales, humanos y financieros necesarios para asegurar que los delitos de violencia sexual y contra las mujeres se prevengan efectivamente, investiguen, juzguen y sancionen.⁵⁴

Asimismo existe una inquietud por los altos niveles de violencia a los cuales están sujetas las mujeres. En particular, preocupa el número reducido de investigaciones por los hechos de violencia doméstica y de violencia sexual experimentados por mujeres durante el conflicto armado interno, así como por mujeres desplazadas internamente. Igualmente, las actuales normas de procesamiento por violaciones sexuales que requieren el consentimiento de la víctima para la continuación de la causa.

En el informe de dicha oficina sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, de febrero 3 de 2011⁵⁵, se indica que, según cifras de la Fiscalía, en el marco de la Ley 975, por ejemplo, entre 51.616 hechos sólo se ha iniciado la confesión de 42 actos de violencia sexual. Señala que existen dos sentencias parciales con tres personas sentenciadas y en él se reitera su recomendación de revisar la Ley de Justicia y Paz

De igual manera, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en sus resoluciones 1325 (2000) *La mujer, la paz y la seguridad*; 1674 (2006) *Protección de los civiles en los conflictos armados* y 1828 (2008) *Violencia sexual y de género*, refiere la situación de vulnerabilidad y violencia específica en que se encuentran las mujeres y niñas en contextos de conflicto armado, incluida la violencia sexual como práctica, en algunos casos, sistemática y generalizada.

Ahora bien, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en su informe llamado *Masatugó* -nombre que significa *mujer que recibe lo malo para entregar lo bueno*-, realizado en el período 2004 a 2008, con base en la información aportada por sus oficinas regionales y seccionales, documenta que de **14.367** casos reportados en el 2004, se pasó a **15.894** en el 2008.⁵⁶

⁵³ Cfr. Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. *Colombia. Recomendaciones de órganos internacionales de derechos humanos al Estado colombiano 2000 — 2008*. Compiladores: Mario Madrid-Malo Garizabal y Juan Carlos Céspedes Silgado. Bogotá, D. C., 2010.

⁵⁴ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/F/K/10/32, 2009.

⁵⁵ Disponible en www.hchr.org.co

⁵⁶ Disponible en: <http://www.soyperiodista.com/denuncias/nota378-masatugo-violencia-contra-mujeres>

La ONG internacional Oxfam (Comité de Oxford para el Alivio del Hambre) presenta el informe 2001-2009 sobre la violencia sexual en Colombia, y en él indica que cada año, en promedio, 54.410 mujeres son víctimas directas de algún tipo de violencia sexual, 149 diariamente. Señala que el 82,15% de las 489.687 mujeres víctimas de algún tipo de violencia sexual, es decir, 402.264 mujeres, no denunciaron los hechos, y que el 73,93% de las mujeres considera que la presencia de los grupos armados en dichos municipios constituye un obstáculo a la denuncia de los actos de violencia sexual.

En encuesta realizada en 407 municipios, con presencia de Fuerza Pública, guerrilla, paramilitares u otros actores armados en Colombia, se estimó en 17.58% la prevalencia de VBG. Durante estos nueve años, **489.687 mujeres** fueron víctimas directas de violencia sexual, refiere el informe de Oxfam.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su informe de 2006⁵⁷, señala que La violencia contra las mujeres es utilizada como estrategia de guerra e identifica cuatro principales manifestaciones de violencia para “lesionar al enemigo”, causar desplazamiento forzado, la violencia sexual que acompaña el reclutamiento forzado y las pautas de control social.

La CIDH, en su comunicado de prensa 43/11, *La relatoría sobre derechos de la mujer de la CIDH culmina visita de trabajo a Colombia del 2 al 4 de mayo de 2011*, con el objetivo de impulsar el cumplimiento de las medidas cautelares otorgadas a organizaciones de mujeres, divulga que la situación de la violencia de género y su impunidad son sumamente graves en nuestro país.

La ONG Amnistía Internacional señala, en su informe del 13 de octubre de 2004 sobre la violencia contra las mujeres en Colombia, presentado por Susan Lee -Directora del Programa Regional para América de Amnistía Internacional- que “La impunidad es la piedra angular de la prolongada crisis de derechos humanos de Colombia. El Estado colombiano no está cumpliendo con su deber de ejercer la diligencia debida para prevenir, castigar y erradicar la violencia sexual y de género, y está enviando un mensaje que indica que ese comportamiento se tolera e incluso se aprueba”.

⁵⁷ Informe *Las mujeres frente a la violencia y discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*. OEA, del 18 de octubre de 2006 .

La denuncia sobre invisibilización y falta de judicialización de los delitos de VBG en el marco del conflicto armado colombiano, hecha por las ONG nacionales e internacionales, por las redes de mujeres y por autoridades académicas especialistas en el tema, dio como resultado la necesidad de una respuesta por parte del Estado colombiano y en tal sentido, es innegable que la Fiscalía General de la Nación, desde mediados del año 2010 hasta la fecha, ha venido desarrollando una intensa labor investigativa. Así en la página web de la entidad, en el Informe de Gestión de la Unidad Nacional de Justicia y Paz, del primer semestre de 2011 (con corte a 22 de febrero), reporta 717 casos de violencia de género documentados, y en julio 31, 55 casos confesados de violencia sexual.

2. Las labores de investigación

El esclarecimiento, que parte de la confesión del postulado, constituye solamente el inicio de la investigación, ya que es el compromiso que asumen los desmovilizados al entrar en el proceso de Justicia y Paz. La Fiscalía, en su labor, debe llevar a cabo primero tareas de verificación, analizar los requisitos de exigibilidad, confirmar si, efectivamente, este desmovilizado y ahora postulado, pertenecía a dicho grupo y bloque paramilitar, etc. Posterior a esto, se debe llevar a cabo un proceso de identificación de las víctimas, de los bienes del paramilitar y demás información necesaria para el proceso.

Asimismo, la Ley de Justicia y Paz, establece, de forma similar a las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, las funciones de la Fiscalía frente a la actividad investigativa, en el esclarecimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y respondiendo a las preguntas propias de una investigación:

- ¿Qué?
- ¿Quién y/o quiénes?
- ¿Cuándo?
- ¿Cómo?
- ¿Dónde?
- ¿Por qué?
- ¿Para qué?

A pesar de que la dinámica de Justicia y Paz establezca el marco investigativo sobre el cual deben desempeñarse los funcionarios judiciales, la

dinámica empleada durante la vigencia de la Ley 975/05 ha ido cambiando a través del tiempo debido a que, inicialmente, ésta consistió o se limitó a la enunciación de los hechos por parte del postulado y posteriormente a una tarea de verificación de hechos e identificación de víctimas por parte de la FGN. De esta forma, la labor investigativa evidencia una programación, una estrategia definida, pese a los mismos antecedentes experimentados con la Ley 906/04 y la Ley 600/00, en las cuales también se estableció un marco legal sobre el cual los funcionarios judiciales llevan a cabo sus funciones, sin ir más allá de éste.

El texto de la Ley 975/05 ordena a todos los operadores judiciales no sólo identificar a los desmovilizados y sus víctimas, sino también la cadena de delitos que permitirá conocer la totalidad de los crímenes cometidos por los 34 bloques paramilitares, y así, conocer por completo la dimensión de lo sucedido. En este sentido, afirma la Corte Constitucional, “No sobra enfatizar que frente al tipo de delitos a que se refiere la ley demandada, sólo la identificación completa de la **cadena de delitos** cometidos por cada uno de estos grupos armados específicos permite conocer la real dimensión de lo sucedido, identificar a las víctimas, repararlas y adoptar medidas serias y sostenibles de no repetición”⁵⁸.

Para empezar, es importante preguntarse: ¿Cuáles son los comportamientos por verificar y cuáles son los comportamientos por esclarecer? Se verifica cuando se tiene una confesión y se esclarece cuando no se parte de la confesión. Es claro que la Fiscalía tiene un lapso, antes de la imputación -que es cuando se llevan a cabo labores de indagación-, pero como proceso penal que se inicia con la investigación, se tiene un punto que es no mirar solamente hacia la diligencia de imputación sino también frente a la formulación de cargos, y extralimitadamente, mirar hacia la sentencia. No obstante, existen casos, especialmente en Justicia y Paz, en que las fechas de indagación se distancian mucho del hecho ocurrido y del momento en que llega la denuncia a los despachos.

Normalmente esto se une cuando hay flagrancia, motivo por el cual se puede encontrar una conexión rápida y absoluta, donde las labores investigativas, generalmente de verificación, son urgentes, porque se está investigando un hecho que, en flagrancia, puede no interesar la confesión. Así, el aspecto de la confesión como tal, a futuro, no es fundamental, no

⁵⁸ Corte Constitucional. Revisión del Art. 25 de la Ley 975/05.

es el elemento material que se pueda tener ahí como cuando se tiene una evidencia, porque se tienen aspectos objetivos que se pueden enmarcar.

En la Ley de Justicia y Paz se parte de la confesión del postulado, quien difícilmente confesará los delitos concernientes a violencia sexual. Se dice que existen pocos casos de confesión e incluso se puede hacer evidente si se buscan estos casos en la Sala de Conocimiento.

Las labores de investigación mencionadas en la Ley 975/05 han sido criticadas debido a la ruta jurídica que se debe seguir, ya que existe un gran número de audiencias en las cuales los hechos narrados por parte de algunos desmovilizados se repiten continuamente, es decir, que cada vez se está presentando el mismo diseño jurídico.

Aunque la Ley 975 presenta en sí misma ciertas dificultades, es necesario que los investigadores identifiquen dos aspectos dentro de la investigación: 1) Los comportamientos por verificar y 2) Los comportamientos por esclarecer; así, se verifica lo que se conoce y se indaga aquello que no se conoce, consolidando así una situación probatoria que acredite esos hechos. Todo esto con el fin de conocer la verdad, y por eso este proceso no puede reducirse a las labores de verificación; es necesario, por lo tanto, investigar, con el fin de verificar y esclarecer la verdad.

Objetivos en la tarea investigativa
<ul style="list-style-type: none"> • Verificar la veracidad de la información de los hechos confesados
<ul style="list-style-type: none"> • Indagar esos hechos, afirmar que son de VBG para que sean admitidos por el postulado
<ul style="list-style-type: none"> • Contextualizar la cadena de delitos, la cadena de mando

Una de las recomendaciones que se hace para evitar repetir labores de indagación a futuro, es hacer una indagación profunda: no quedarse sólo con labores de verificación y en esta actividad, recoger testimonios de las víctimas y testigos, y cuando sea posible prueba documental, además de acreditar los hechos sobre los cuales se puedan hacer inferencias lógicas para la construcción de las pruebas indiciarias.

Las pruebas directas, como entrevistas, deben ser manejadas de forma tal que sirvan como soporte, en caso de que un postulado sea obligado a

salir de los privilegios de Justicia y Paz⁵⁹, y sea remitido, por ejemplo, a la Unidad de Derechos Humanos.

De esta forma, las labores de investigación deben estar destinadas al conocimiento de la verdad, que se convierte, como lo enunciamos en el aparte anterior, en un imperativo para los operadores judiciales, en un derecho de las víctimas y de la sociedad, y en un deber del postulado a Justicia y Paz.

En la actividad investigativa desarrollada por la UNFJyP, desde la entrada en vigor de la Ley 975, se tiene un recorrido distinto respecto de las labores de verificación, de indagación y de contexto, en casos de VBG.

Respecto a verificar la veracidad de la información de los hechos confesados por el postulado, ésta es una de las labores que de forma más completa ha realizado la FGN, cuando se trata de delitos diversos a los de violencia sexual, porque sólo se ha contado con la confesión de 55 casos, a la fecha del Informe de la FGN, de julio 31 de 2011.

Por último, al contextualizar la cadena de delitos y la cadena de mando, sería el punto más importante que los funcionarios logren enmarcar las agresiones de VBG a partir del establecimiento de una cadena de delitos y de mando, en un contexto determinado. Ello, para darle al proceso una lógica investigativa acorde con los delitos que se cometan en el marco del conflicto armado interno, o cuando hayan sido una práctica sistemática y/o generalizada de los grupos al margen de la ley.

Algunos consejos que pueden ayudar en las labores investigativas de la policía judicial pueden ser:

Ser objetivos, ordenados y sistemáticos

Dentro de las actividades que realiza la policía judicial debe preservarse la evidencia (*cadena de custodia*)

Llevar los procesos con protocolos y formatos estandarizados

Aplicar un método de investigación que garantice: tener una línea investigativa, identificar el todo y las partes del caso de estudio, hacer análisis y evaluación de las conductas punibles y llegar a la verdad judicial mediante hipótesis delictivas.

A partir de los ítems investigativos y las labores de la policía judicial, es importante preguntarse: ¿Hacia dónde debe ir dirigida la investigación? ¿A dónde se quiere llegar?

⁵⁹ Un postulado en Justicia y Paz puede ser excluido del proceso, si se le demuestra la comisión de delitos que no ha confesado o no quiera aceptar; allí su caso le será trasladado a la justicia ordinaria.

Así como el objetivo de la verificación es el de corroborar los hechos y delitos confesados por el postulado, el objetivo de la investigación es el de conocer la totalidad de la verdad, y hacer que el desmovilizado acepte los hechos no confesados.

Es así, como el programa metodológico y las tareas investigativas se dirigen no sólo a verificar los hechos confesados, sino, de manera crucial para el esclarecimiento de la verdad, al acreditar la responsabilidad del imputado respecto de hechos no confesados, con la probabilidad de que los acepte, luego de una persuasiva y contundente formulación de cargos.

Cuando se trate de investigación de delitos no confesados se debe incorporar una visión de contexto que indique las condiciones de impotencia de las víctimas en medio de actores armados, que por sí mismas, doblegan la voluntad. La violencia, según la Corte Suprema de Justicia, debe tomarse en el sentido normativo y no ontológico:

“Es innegable que las modalidades de violencia son susceptibles de adaptarse a todo tipo de combinaciones y variantes, dependiendo de la manera en que se desarrollen las circunstancias de cada caso en particular (por ejemplo, cambiar de amenazas a vías de hecho y luego volver a las amenazas).”⁶⁰

El Memorando 0117/08, documenta lo que la Relatora sobre los Derechos de las Mujeres de la CIDH ha señalado al referirse al contexto en la investigación:

- Los actores del conflicto armado emplean distintas formas de violencia física, psicológica y sexual para “lesionar al enemigo”, ya sea deshumanizando a la víctima, vulnerando su núcleo familiar y/o impartiendo terror en su comunidad, para lograr así avanzar en el control de territorios y recursos.
- En estos casos, las mujeres pueden ser blanco directo o víctima colateral, como resultado de sus relaciones afectivas como hijas, madres, esposas, compañeras o hermanas de alguno de los miembros de los grupos que participan como actores en el conflicto.

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia. Sent. enero 23/08, proceso 20.413.

- La violencia se inflige para causar el desplazamiento forzado de las mujeres del territorio que habitan y consecuente desarraigo de sus hogares, vida cotidiana, comunidades y familias.
- La violencia sexual puede acompañar el reclutamiento forzado de las mujeres, para hacerlas rendir servicios sexuales a miembros de la guerrilla o a las fuerzas paramilitares.
- La violencia intenta hacer a las mujeres objeto constante de pautas de control social impuestas por grupos armados ilegales en las comunidades que habitan territorios que estos grupos mantienen bajo su control.
- Tomando en cuenta la particular vulnerabilidad de las mujeres y niñas en el contexto del conflicto armado, se considera oportuno prestar una atención especial a los casos de los cuales son víctimas, sin obviar la existencia de casos similares en contra de hombres y niños

En tal sentido, es imperativo en la investigación de VBG en la Ley de Justicia y Paz dar aplicación a la hipótesis de violencia sexual en el contexto del conflicto armado colombiano o de la pertenencia al GAOML (contextualización), a los principios de debida diligencia; tener en cuenta la confiabilidad y respeto para con la intimidad de las víctimas, cuando se trata de la dinámica probatoria, y respecto a la adecuación de los delitos de violencia basada en género y violencia sexual basada en género, para no enmarcarlos como casos aislados sino como crímenes de guerra y/o de lesa humanidad.

3. Perspectiva de género en la investigación

El concepto de género, según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México (2009), corresponde al conjunto de características sociales, culturales, políticas, psicológicas, jurídicas y económicas asignadas a las personas en forma diferenciada de acuerdo con su sexo. Refiere diferencias y desigualdades entre hombres y mujeres por razones políticas, sociales y culturales.

En tal sentido, la perspectiva de género es una herramienta de análisis teórico-metodológica, que permite el examen sistemático de las prácticas y roles que desempeñan las mujeres y los hombres en un determinado contexto económico, político, social y/o cultural. Sirve para visualizar y reconocer la existencia de relaciones de jerarquía y desigualdad entre

hombres y mujeres. Esta es una perspectiva inclusiva al contener otras variables como etnia, edad, clase, credo y preferencia sexual.

Ahora bien, la violencia basada en género es aquella que sufren los hombres y las mujeres por su condición de tales o como consecuencia al desempeñar, afirmar o apartarse de un rol de género asignado por la sociedad. En tal sentido, la población LGBT es víctima de formas específicas de violencia de género.

En este punto es importante mencionar dos variables:

1. La verdad traída de aquello que se ha confesado, es decir, la verificación de lo que le han confesado y que constituye un elemento o punto de partida importante, pero complejo, ya que hace parte de la inoperancia judicial de hace quince o veinte años, cuando el 95% de los procesos actuales se encontraban archivados y guardados, y los de violencia sexual, ni siquiera registrados o documentados.
2. La verdad extraída de aquello que a nivel probatorio es un proceso lógico, y a nivel de prueba. En este punto se llevan a cabo investigaciones como en cualquier otro proceso, en las que no se parte de una confesión, motivo por el cual se debe indagar. ¿Qué se indaga?: hechos, que le permitan a quien investiga sacar los elementos materiales de prueba que le comprueben que esos hechos sí ocurrieron. Una vez afirmados, el investigador debe argumentar que son hechos de violencia basada en género; de ahí, la referencia de los arreglos de género mencionados anteriormente. Así mismo, debe lograr que esos hechos sean admitidos por el postulado.

Para este caso, lo que se puede hacer como estrategia, es realizar entrevistas profesionales a las víctimas de VBG y encontrar los elementos materiales probatorios que permitan demostrar que en ese momento la Fiscalía cumplió con su imperativo y además desvirtuó lo que el postulado dijo. Todo esto frente a lo que sucede en Justicia y Paz y, de forma similar, en las otras unidades de la Fiscalía, cuando exista una confesión, o procesos archivados de hace muchos años.

Aunque puede ser difícil encontrar patrones o conductas que puedan corresponder a violencia basada en género, en casos particulares o individuales probablemente sea un poco más complicado encontrar dichos

patrones en situaciones y delitos ocurridos en desarrollo del conflicto armado. Sin embargo, gracias a los conceptos de género y de arreglo de género, estas situaciones pueden empezar a identificarse y, a la vez, interrelacionarse y conectarse con otras similares, y así establecer patrones de conducta.

Hay delitos que casi propician otros, como por ejemplo, el caso de un hurto calificado y agravado, que generalmente conduce al daño. De la misma manera, existen hechos o situaciones, que si bien no generan directamente otros delitos, sí elevan el riesgo o propician la comisión de otros delitos, y esto lo dicen pronunciamientos como los de la Corte Constitucional, en el Auto 092, en el que se mencionan los riesgos de violencia sexual en contexto del conflicto armado, y en presencia militar o población civil militarizada.

Así, cuando hay reclutamiento de menores, hay incremento de abusos sexuales; si existe desplazamiento forzado, probablemente sea ocasionado por situaciones de abuso y violencia. En estas situaciones, es importante, entonces, encontrar la cadena de delitos que se desprenden de un solo hecho, así como también la cadena de mando que se deriva del mismo.

Cuando se habla de cadena de mando, se está hablando de: ¿A título de qué responden los comandantes?, porque aquí se habla de estructuras organizadas que deben responder, debido a que desarrollaron actividades y situaciones que condujeron a la ocurrencia de una cadena de delitos.

De esta forma, si el postulado no ha confesado un hecho de VBG, el funcionario judicial puede realizar labores investigativas muy bien contextualizadas que permitan demostrar la veracidad de los hechos, especialmente cuando se ha visto que este tipo de violencias son rotundamente negadas por los ex paramilitares, al argumentar que estas prácticas son sancionadas severamente por la misma organización.

Evidentemente, la labor investigativa en materia de VBG en el marco de la Ley de Justicia y Paz, ha ido avanzado de forma progresiva y significativa, hasta el punto de que ya existen veinticinco casos imputados a Salvatore Mancuso a título de autor mediato en el Bloque Catatumbo⁶¹.

Para lograr judicializar este tipo de conductas, es fundamental incluir una perspectiva de género durante la verificación, investigación e indagación de los hechos, para lograr entender y analizar cómo ciertos

⁶¹ Ver revista *Gente y la actualidad*. Año 4, número 8, de agosto de 2011.

delitos son cometidos debido a las connotaciones propias del género, de sus roles tanto de hombre como de mujer, y de la relación entre los mismos. Esta perspectiva de género permite la visualización de la violencia sexual y basada en género, e investigarla. Demostrar que se utilizó la violencia sexual como una manera de tener el control sobre la población, de imponer castigos o pautas de comportamiento, como tortura -para buscar información- o como acción de contrainsurgencia al perpetrar violaciones a quienes señalaban de guerrilleras.

Inicialmente, la FGN no tenía una perspectiva de género que le permitiera imputar este tipo de hechos y delitos, y fue debido a los informes internacionales de la ONU, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las organizaciones de mujeres que insistieron en la existencia de delitos de VBG -y particularmente de violencia sexual en el marco del conflicto armado-, que se hizo necesario investigar estos delitos y sancionarlos, soportado todo esto con denuncias e informes de ONG nacionales e internacionales que dieron cuenta de dicha situación en Colombia.

Una vez visualizados estos crímenes, es importante garantizar los derechos a las víctimas, porque lo que estaba sucediendo, era que debido a la falta de una perspectiva de género no se estaba indagando y además se les estaba revictimizando.

Tener una perspectiva de género al momento de realizar una investigación no quiere decir que todos los casos deban ser relacionados y tratados como si fueran de VBG; sin embargo, es importante saber identificar cuándo un suceso puede ser clasificado como tal, y así mismo, darle un soporte probatorio o de contextualización contundente, que permita dar un fin exitoso al proceso en esta materia. Obviamente que cuando se trata de casos de violencia sexual son de género, pero pueden darse otros delitos como el homicidio, entre otros, que se puedan enmarcar en violencia de género por estar fundados en razón de la raza, sexo, preferencia sexual y etnia, entre otras causas.

Uno de los principales obstáculos que se encuentran al momento de investigar un hecho de violencia sexual en el marco de la Ley de Justicia y Paz, es que la mayoría de los que realizaron directamente el delito -como autores o partícipes-, están muertos, no precisamente por haber recibido un castigo por parte de la organización criminal a la que pertenecían, sino por la misma dinámica de la guerra; así, el tema se traslada a otro nivel: ¿Qué tipo de delitos se cometieron? ¿Estos delitos pueden ser enmarcados

como de lesa humanidad, y así poder determinar una responsabilidad al superior o comandante? Esta es una de las dificultades más representativas que deben superar los operadores judiciales al momento de enfrentarse a este tipo de delitos, ya que, de lo contrario, se daría paso a la impunidad.

Todo esto, con el fin de insistir en la importancia del programa metodológico e incluir una perspectiva de género que permita ampliar la visión general que se tiene sobre los delitos por verificar e investigar. La versión rendida por el desmovilizado y las actuaciones adelantadas en el proceso de desmovilización serán la base para elaborar y desarrollar el programa metodológico para lograr comprobar la veracidad de la información y esclarecer los hechos sobre los cuales se tenga conocimiento, a partir de la incorporación de una perspectiva de género.

El soporte jurídico del programa metodológico del que se ha hablado se sustenta en una resolución (Memorando 0117/08) emitida por la FGN, dirigida a todas sus unidades, y no solamente a la Unidad de Justicia y Paz, en la cual se hace especificidad a la investigación de casos de violencia sexual en el marco del conflicto armado:

“La investigación de los casos de violencia sexual lleva a la administración de justicia a enfrentar una lógica no habitual, tanto en términos de trato a las víctimas como en el manejo de la prueba. En este tipo de casos, el programa metodológico y, por lo tanto, el conjunto de la investigación, deben enfocarse especialmente en las personas involucradas, la intencionalidad y el contexto de los hechos”

Así mismo, el memorando enfatiza en la aplicabilidad de los siguientes principios como imperativos para todos sus funcionarios:

1. Conexidad y aplicación de la hipótesis de violencia sexual en el contexto del conflicto armado colombiano o de la pertenencia al GAOML⁶²
 - ¿Cómo los delitos pueden direccionar la investigación a hechos de VBG?, entendiendo ésta no sólo como actos sexuales, sino también, situaciones de poder forzado, prostitución y aborto forzados, entre otras.

⁶² Ver imputación a Salvatore Mancuso por veinticinco casos de violencia sexual en el Bloque Catatumbo, por responsabilidad como autor mediato.

2. La aplicación sistemática de los principios de debida diligencia (género)
3. Restricción publicitaria, confiabilidad y respeto a la intimidad de las víctimas
4. Especialización del investigador cuando la víctima sea menor de edad.

El caso de Mampuján

Durante el incidente de reparación del caso de Mampuján, hubo protestas de las mujeres, mediante la expresión de lo que esta comunidad era antes, durante y después de la toma paramilitar del 10 y 11 de marzo de 2002. En las expresiones en las que se representa el “durante” de la toma, se reconocen cuerpos desnudos corriendo, en el mural, y muñecas ensangrentadas, indicando la existencia de violencia sexual. Sin embargo, durante la sentencia parcial de primera instancia no se hizo referencia a este tipo de delitos.

4. Dinámica probatoria

Los estándares probatorios en VBG hacen referencia a la aplicación de la perspectiva de género para identificar posibles actos de violencia sexual, y para el empleo de las técnicas y medios de investigación probatorios, durante la investigación de tales actos.

Teniendo en cuenta los estándares probatorios, es importante hacer mención a los derechos específicos de las víctimas de VBG, en el entendido de garantizar su acceso a la justicia y a una investigación seria; a ser escuchadas, a expresar sus opiniones y preocupaciones, y a que se les informe sobre el proceso penal. Las víctimas tienen derecho a que se les otorgue un trato digno y respetuoso, a ser protegidas, a que se valore el contexto en que ocurrieron los hechos, a que no se les haga preguntas innecesarias en relación a su vida íntima o se ordenen en el proceso pruebas impertinentes o inconducentes.

Algunas sentencias que justifican y sientan precedente para el respeto y exigibilidad de estos derechos son:

Sentencias SU-159 de 2002 y SU-1159 de 2003

“... las víctimas de delitos sexuales tienen el derecho constitucional a que se proteja su derecho a la intimidad contra la práctica de pruebas que impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en

su vida íntima, como ocurre, en principio, cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima previo o posterior a los hechos que se investigan. Tal circunstancia, transforma las pruebas solicitadas o recaudadas en pruebas constitucionalmente inadmisibles, frente a las cuales tanto la Carta como el legislador ordenan su exclusión”.

Sentencia T-453 de 2005

“La admisibilidad de pruebas relativas a la intimidad de la víctima depende, entre otras cosas, de lo siguiente: (i) que se demuestre su relevancia para probar un hecho específico del caso, como por ejemplo, que el autor del delito es alguien distinto al acusado, o que dado el pasado común de la víctima y el agresor, existen hechos específicos que prueban el consentimiento; (ii) que muestre que la afectación de la intimidad de la víctima no resulta desproporcionada, teniendo en cuenta el valor probatorio de la prueba; (iii) que justifique que la finalidad de la prueba solicitada no es simplemente destruir la reputación de la víctima o mostrar su predisposición sexual. El juez debe ponderar en cada caso los factores mencionados.”

Núcleo problemático en casos de VBG, en el marco del conflicto armado:

Contexto de coerción. Memorando 0117 de 2008 de la FGN

Partiendo del hecho de una incursión y asentamiento paramilitar compuestos por cerca de 800 o 1.000 hombres, y del establecimiento de un control social y territorial, las niñas que acuden a su escuela caminando -debido a la carencia de medios y vías de transporte-, son “invitadas” a subir a los carros de los paramilitares para llevarlas a un motel a tener relaciones sexuales con ellos. Durante la ocurrencia de estos hechos no hay gritos, no hay resistencia explícitamente manifiesta, pero esto no significa que haya habido consentimiento; si se contextualiza el hecho puede deducirse la situación de coerción en la que la víctima se encuentra; por lo tanto, la no resistencia no es igual a decir que hubo consentimiento.

La contextualización, entonces, debe convertirse en un patrón a lo largo de la investigación; así por ejemplo, en una situación de contrainsurgencia, los paramilitares dan el orden de arrasar con todo aquel que oponga resistencia, que pueda ser considerado partidario de la guerrilla, inclusive, la novia de un guerrillero.

Es esta situación es importante establecer: ¿Cuáles son los parámetros a seguir para que estos casos no sean vistos ni investigados de forma aislada,

sino enmarcándolos dentro de un contexto? En el marco del conflicto armado, las condiciones de impotencia de las víctimas en medio de actores armados, por sí mismas, doblegan su voluntad.

El respaldo jurídico de estas recomendaciones se encuentra en la Sentencia C-822 de 2005, en la que se dice que:

1. Para probar que no hubo consentimiento no es necesario probar una resistencia física constante si los elementos del contexto muestran que dicha resistencia habría sido inútil;
2. Para probar la violencia es suficiente demostrar una agresión inicial y un contexto en el que la resistencia se volvería irrelevante;
3. El que las relaciones sexuales se hayan llevado a cabo delante de los demás perpetradores es prueba de la ausencia de consentimiento, pues de haber sido consentidas se habrían realizado en la intimidad;
4. Las peticiones e insistencias de los sindicatos en el sentido de que la denuncia fuera reiterada demuestran ausencia de consentimiento de la denunciante;
5. La coherencia de las declaraciones de la víctima y su hermana, a pesar de la cantidad de interrogatorios, agrega credibilidad a la denuncia.

En tal sentido, y siguiendo lo expresado por la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia del 23 de enero de 2008, Radicado 20.123, la violencia debe tomarse en un sentido normativo y no ontológico ya que: *“es innegable que las modalidades de violencia son susceptibles de adaptarse a todo tipo de combinaciones y variantes, dependiendo de la manera en que se desarrollen las circunstancias de cada caso en particular (por ejemplo, cambiar de amenazas a vías de hecho y luego volver a la amenazas)”*.

El testimonio de la víctima

El Memorando 0117 de 2008 hace referencia a las entrevistas a víctimas de violencia sexual y VBG en general, en las cuales se hace mención a puntos concretos y de gran importancia que deben ser tenidos en cuenta, como:

- Consentimiento informado.
- Privacidad, seguridad, y comunicación.
- Información clara del procedimiento.
- Apoyo emocional.

- Preguntas que admitan respuestas breves.
- Reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional. Estos principios de prueba fueron acogidos por la Ley 1448 de 2011 (Ley de Víctimas) en su artículo 38.
- Evitar requisitorias de detalles del acto sexual en sí, sobre todo cuando son reacias a darlo. Para tal fin, se recomienda centrar el discurso en lo que hicieron el agresor o los agresores.
- La Ley de Víctimas, en su artículo 40, consagró la posibilidad del testimonio por medio de audio o vídeo; en tal sentido, el juez o magistrado podrán permitir que un testigo rinda testimonio oralmente o por medio de audio o vídeo, con la condición que este procedimiento permita al testigo ser interrogado por el fiscal, por la defensa y por el funcionario de conocimiento, en el momento de rendir su testimonio.

El testimonio de la víctima ha generado pronunciamientos en relación con tres situaciones particulares: el testimonio de menores de edad, la valoración del testimonio de la víctima como prueba única para condenar y la valoración del testimonio contradictorio de la víctima.

De la misma forma, en cuanto al testimonio de un menor de edad, debe recordarse que éste tiene plena capacidad para dar su evidencia y ser considerado como válido, y como un precedente en muchos casos a una prueba de indicios; esto quiere decir, darle total confiabilidad a su testimonio. En la Sentencia T-458 de 2007 se dice que: *“Cuando la víctima es menor de edad, la entrevista deberá ser realizada por un investigador/a especializado/a y/o psicólogo, en presencia del defensor de familia, conforme las disposiciones del Código de Infancia y Adolescencia, y respetando sus derechos.”*

Por otra parte, y con respecto a la prueba única y retractación, no se puede restar la aptitud probatoria de la versión de la ofendida, cuando en el proceso sólo cuenta con su testimonio y, en cuanto a la retractación del suyo, esto no implica desestimar la denuncia y no es causa de extinción de la acción.

Técnicas de las preguntas en VBG (Memorando 0117 de 2008 de la FGN)

- Caracterización de las víctimas, con el fin de poder ubicar el patrón de comportamiento utilizado por los paramilitares y así poder

contextualizar dos o más casos en una zona temporal, espacial y de modo que permitan generalizarse y sistematizarse los hechos ocurridos.

- Circunstancias alrededor de los incidentes.
- Naturaleza del daño.
- Locaciones de los incidentes de violencia sexual.
- Métodos usados por los perpetradores.
- Causas de la violencia sexual.
- La responsabilidad de mando.

Prueba criminalística:

- No encontrar rastros y evidencias físicas no significa *per se* que no hay mérito probatorio.
- Muchos factores pueden influir para que no se encuentre este tipo de rastros.
- No se requiere rompimiento del himen de la víctima.
- Elemento objetivo del tipo penal de acceso o acto sexual violento: violencia.
- Lo determinante es demostrar que se doblegó la voluntad de la víctima.

Prueba indiciaria

Sentencia del 26 de julio de 2010, Reino de Camboya:

“El estigma social que llevan las víctimas de violación en algunas sociedades puede hacer muy difícil de probar este crimen, la jurisprudencia internacional por lo tanto ha aceptado que la prueba circunstancial pueda ser usada para probar la violación” (cita el caso de Ruanda llamado Mujimana, 21 de mayo de 2007).

El estigma social hace que las personas víctimas de VBG, y especialmente de violencia sexual, no declaren ni denuncien los delitos cometidos en su contra, motivo por el cual, es necesario incurrir en pruebas circunstanciales y tomar el estigma social como un elemento indiciario en la investigación, es decir, ser un observador inteligente.

El observador inteligente

El término de observador inteligente ha sido propuesto por la Corte Suprema de Justicia⁶³, en su planteamiento sobre una perspectiva objetiva:

⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 20413, sentencia del 23 de enero de 2008.

- La violencia toma lugar cuando se *doblega la voluntad* de la víctima y es irrelevante identificar la modalidad de violencia que se utilizó e incluso ni siquiera tiene que ser concomitante a la perpetración de la acción.
- La configuración de la violencia no *depende de las huellas* que se dejen en el cuerpo de la víctima o rastros; lo importante es que se haya cometido el acto en contra de la voluntad de la víctima.
- El examen debe hacerse desde un *punto de vista objetivo y ex ante*, que permita determinar que el medio utilizado era idóneo para doblegar la voluntad de la víctima.

Jurisprudencia internacional

- Para efectos de determinar la credibilidad de un testigo en nada afectaría el desorden o estrés postraumático causado por el propio crimen sexual (Tribunal Penal Internacional para Ruanda –TPIR-).
- En el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia –TPIY-, la sentencia judicial en el caso *Kunarac, Kovac y Vukovic* indicó que *“Muchos testigos eran menores de edad en el momento de los hechos y que en tal sentido, el nivel de detalle que se puede esperar de estos testigos es diferente al que se espera de los testigos que eran más maduros en el momento pertinente”*.
- En relación con aquellos casos en que la única prueba obrante es el testimonio de la víctima, se indica que *“El art. 96 de las reglas de procedimiento y prueba específicamente anula el requisito que existe o que solía existir en algunos ordenamientos nacionales referente a que las pruebas de un demandante que alega violación deben ser corroboradas –requisito éste- que ha sido eliminado en la mayoría de los sistemas nacionales”*.

Principios de la prueba en casos de violencia sexual en la Ley de Víctimas

El artículo 38 de la Ley 1448 de junio 10 de 2011 establece los siguientes principios de prueba en casos de violencia sexual:

1. El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima, cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;

2. El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;
3. El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;
4. La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.
5. El juez o magistrado no admitirán pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo.

Contexto en delitos de VBG

En la investigación de estos delitos de violencia sexual basada en género, en el marco del conflicto armado, es importante no ver los casos de manera aislada: se requiere precisar el contexto de la coacción para en ella enmarcar estos delitos, lo que en esencia significa que tiene que existir el consentimiento válido y que éste no es posible cuando se trata de menores de edad o cuando se está en un contexto de coacción por los actores armados que hace imposible que dicho consentimiento se pueda dar.

Lo jurídicamente relevante para constatar la tipicidad objetiva de la acción es establecer si la conducta imputada se dio. De esta forma debe mirarse la acción que doblega la voluntad de la víctima, ya sea económica, física, las vías de hecho, una presión, un contexto determinado, los actos de intimidación, amenazas, coacción, chantaje y engaño entre otras; en lo cual la consecuencia debe ser el sometimiento de la voluntad.

Estas acciones también deben ser tenidas en cuenta para casos de violencia de género. La violencia que consagra la norma no es la que se emplea en la realización del comportamiento sexual reprochado, sino es la que se utiliza, según la Corte, para doblegar la voluntad de la víctima; por lo tanto, no es la fuerza o el ímpetu con que se realicen los actos de tocamiento y acceso sobre el cuerpo de la ofendida lo que debe considerarse para determinar la concurrencia de la violencia, sino la conducta desplegada para dominar la resistencia, intimidarla y lograr que no se resista u oponga a la ejecución del ataque sexual.

La existencia de conflicto armado ya supone un estado constante de violencia y de coacción que se mantienen, tanto en el espacio como en el tiempo. En tal sentido, se hace necesario acogerse a la regla de prueba que incluso fue incorporada en nuestra legislación, previamente establecida en el Estatuto de Roma, al consagrarse que el consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza,

la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre, máxime cuando la población es sometida por grupos armados organizados al margen de la ley.

Igualmente debe revisarse la perspectiva de género en delitos de homicidio a mujeres, del reclutamiento de menores y de desplazamiento forzado, ya que en ellos se incrementan los riesgos para que estos delitos de VBG sean realizados por los actores armados ilegales. En tal sentido, vale la pena hacer una revisión de las relaciones jurídicas con otras conductas punibles en la cadena de delitos.

Por último, recomendamos investigar posibles patrones de conducta (sistematicidad, generalidad, propósito), y analizar los casos de delitos de violencia sexual como una práctica generalizada, en la medida en que se establezcan controles sociales, al punto de obtener coacción para las relaciones sexuales incluso de esclavitud sexual que se dan en el marco del conflicto armado. Además, cuando se presenten como una manera para intimidar al “enemigo”, o como práctica de contrainsurgencia.

Glosas investigativas en VBG

- La verdad es un imperativo del operador judicial, un derecho de la víctima y la sociedad y un deber del postulado a Justicia y Paz.
- Repensar la forma cómo se investiga, especialmente con respecto a los conceptos de consentimiento y coacción.
- Es necesario repensar qué se requiere para demostrar la violencia física o psicológica. La coacción es incluso por vías de hecho.
- Tener en cuenta siempre el contexto de los hechos en el accionar y la estructura de los grupos armados ilegales al margen de la ley, enmarcarlos en esas situaciones particulares y precisarlos.
- En el contexto del conflicto armado sí que se hace irrelevante e improcedente indagar, cuestionar o debatir aspectos relativos a la vida privada de la víctima, y resulta una intromisión innecesaria, irrazonable y desproporcionada.
- Evitar la revictimización.
- Tener siempre presente la idoneidad de la víctima, darle un trato digno, respetuoso y de protección.
- Valorar los hechos sin prejuicios ni preconceptos que puedan desviar el rumbo de la investigación y evitar injerencias innecesarias.
-

- Hacer la adecuación típica correspondiente, al tratarse de delitos contra personas protegidas por el derecho penal humanitario, o por tratarse de delitos de lesa humanidad, al ser sistemáticos y/o generalizados.
- Tener siempre presente que la VBG no hace referencia única y exclusivamente a la violencia sexual, y que existen otros delitos basados en género que también deben ser investigados y judicializados, como el *feminicidio*.
- Establecer relaciones jurídicas con otras conductas punibles: cadena de delitos y cadena de mando, especialmente en contextos de conflicto armado.
- Dar aplicación y verificar que se cumpla con los principios de la prueba en caso de violencia sexual, establecidos en el artículo 38 de la Ley 1448 de 2011 (Ley de Víctimas).
- Establecer patrones de conducta, de sistematicidad y/o generalidad.

5. Adecuación típica y concurso de personas

En el acápite correspondiente a la adecuación típica se hará referencia a los delitos de VBG como delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra; el concurso de este delito con el de tortura en particular puede concurrir con otros delitos como los de esclavitud sexual, desplazamiento forzado y secuestro.

Respecto al concurso de personas que refiere a la autoría y participación, se enunciará el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema, que se ha pronunciado respecto a la coautoría impropia, al determinador y a la autoría mediata.

La VBG como delito de lesa humanidad

El Estatuto de Nuremberg no reconoció expresamente las agresiones sexuales: éstas fueron acogidas analógicamente. El Tribunal Militar Internacional de Tokio sí sancionó como crimen de guerra la violación. En la actualidad, se ha generado una corriente de pensamiento amplia enmarcada en el Derecho Internacional Humanitario, que comprende la violencia sexual como crimen de lesa humanidad o como crimen de guerra y, en eventos de utilizarse con fines de destrucción étnica, corresponde al crimen de genocidio. Por su parte, el Estatuto de Roma sí contempla una legislación expresa de delitos sexuales, normativa que fue acogida por tribunales penales internacionales mixtos. Los tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y

Ruanda, marcaron derroteros al reconocimiento de la violencia sexual como crimen de guerra y crimen de lesa humanidad, normatividad internacional de obligatoria referencia en las decisiones judiciales.

En Colombia, la Corte Constitucional (Sentencia C-578/02) resalta que el catálogo de los crímenes de lesa humanidad se ha ido ampliando, por ejemplo, con el *apartheid*, la desaparición forzada de personas, la violación y la prostitución forzada. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en decisión del 13 de mayo de 2010 (masacre de Segovia), indica que: *“Los delitos de lesa humanidad son el género, con por lo menos dos especies, una de ellas es aquella que está contenida en la descripción de tratados internacionales, esto es, la tipificación precisa de conductas; y la otra está conformada por el horizonte amplio de la universalidad de los delitos, de suerte que cualquier delito, así no esté incluido en dichos consensos internacionales puede pertenecer a tal dimensión”*.

Con fundamento en el bloque de constitucionalidad, concluye que se debe predicar la aplicación del contenido de dichos instrumentos internacionales como fuente de Derecho, y en tal sentido señala: *“Por esto, sería posible aplicar el contenido de un Tratado Internacional reconocido por Colombia respecto de algún delito allí prohibido y sancionado, aún sin existir ley interna previa en dicho sentido, sin atentar contra el principio de legalidad.”*

Refiere esta decisión, el Auto del 21 de septiembre de 2009, al resaltar que *“La Corte no duda en señalar que las graves conductas cometidas por los paramilitares deben enmarcarse, primordialmente, dentro del contexto de crímenes de lesa humanidad, pues el ataque perpetrado contra la población civil adquirió tales dimensiones de generalidad y sistematicidad, que alteró de manera significativa el orden mismo de civilidad, implicando el desconocimiento de principios fundamentales del orden social imperante... Los asesinatos, torturas, masacres, desapariciones, desplazamientos forzados, violaciones, y en fin las múltiples violaciones sistemáticas a los derechos humanos confesadas hasta el momento por los desmovilizados... no dejan duda que se configuran las características esenciales que delimitan los delitos de lesa humanidad”*.

Con antelación a esta decisión, la Corte Suprema de Justicia (Sentencia del 3 de diciembre de 2009) consideró el concierto para delinquir con fines de paramilitarismo como delito de lesa humanidad: *“Cuando una empresa criminal se organiza con el propósito de ejecutar delitos como desaparición forzada, desplazamiento forzado, torturas, homicidios por razones políticas, etc., punibles que se entienden comprendidos dentro de la calificación de delitos de lesa humanidad, dicha valoración se debe extender al denominado concierto para delinquir agravado en tanto el acuerdo criminal se perfeccionó con tales propósitos”*.

Referente a la violación sexual como delito de lesa humanidad no se suscita controversia, situación que no ha sido acogida de manera pacífica en cuanto al concierto para delinquir y la última decisión de la Corte, que amplía en dos especies los delitos de lesa humanidad. Se ha indicado que ello conllevaría a incluir aún por analogía, otros delitos; fuera de atentar contra el principio de estricta legalidad, desconoce las connotaciones que tiene el crimen internacional, la macrolesividad, la afectación de bienes jurídicos supraindividuales, su estructura bipartita; y se corre el riesgo de ampliar el listado de delitos de lesa humanidad, a todos los delitos.

VBG y genocidio

La decisión del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) en el caso *Akayesu* marcó el primer punto de referencia sobre este tema. Esta relación entre genocidio y violencia sexual también fue referida en la decisión para el caso *Musema*, para conductas que impidieran los nacimientos dentro de un grupo, y que incluyen la mutilación sexual, la esterilización forzada, el control natal forzado, la separación de hombres y mujeres y la prohibición de uniones matrimoniales. La doctrina también ha referido esta relación y la jurisprudencia ruandesa precisa los requisitos para esta vinculación.

VBG y crímenes de guerra

El código penal colombiano consagra, como delitos sexuales en el marco de los crímenes de guerra, la tortura en persona protegida, en el evento en que esta concurra con el delito de violencia sexual, el acceso carnal violento en persona protegida, que se da cuando se realice este delito con ocasión y en desarrollo del conflicto armado en persona protegida, al igual que los actos sexuales violentos, la prostitución forzada o esclavitud sexual, los tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida.

También se consagran en nuestra legislación, en perspectiva de género, los actos de discriminación racial en persona protegida, comprendiendo género como un concepto relacional de discriminación; no sólo prácticas de segregación racial sino también cuando se ejercen tratos inhumanos o degradantes basados en otras distinciones de carácter desfavorable. Se pueden incluir aquellas por motivo del sexo, la discapacidad, la orientación sexual y la religión, entre otras distinciones.

VBG en concurso con tortura

Este concurso ha sido claramente aceptado por la jurisprudencia y la doctrina; incluso se ha relacionado en el Memorando 0117 de 2008 de la FGN, con un enfoque específico a los actos de violencia sexual como arma de guerra. Se ha reconocido la violencia sexual como una forma de tortura, como lo ha indicado la CIDH (caso *Raquel Martín de Mejía contra Perú*, 1996). De igual manera la Corte Europea lo reafirmó en el caso *Aydın contra Turquía*; el TPIR caso *Akayesu*, el TPIY caso *Delalic* y otros. La Relatoría Especial de la Naciones Unidas indicó las tres características para el concurso entre delitos de violencia sexual y tortura. Y, en el fallo más reciente, la Sentencia de Juzgamiento de la Sala Extraordinaria en la Corte de Camboya del 26 de julio de 2010, caso *Alias Duch* indicó que: *“Mientras que la violación implica una ofensa separada tanto bajo el derecho internacional como bajo el derecho de Camboya no hay discusión que la violación también puede constituir tortura, cuando están presentes los elementos de la tortura establecidos en el derecho internacional. La Sala considera que la conducta alegada de violación claramente satisface los ingredientes legales tanto de violación como de tortura”*.

Aspectos dogmáticos relevantes

Existe un elemento objetivo del tipo penal de acceso o acto sexual violento, consistente en el grado de la violencia y si ella es física o psicológica. Son prolíferas las sentencias de la Corte Suprema que indican que lo determinante es demostrar que se doblegó la voluntad de la víctima, ya sea mediante la fuerza, el constreñimiento, la presión física o psíquica, una vía de hecho o agresión, actos de intimidación o amenaza, coacciones o chantajes, el error o el engaño. Estos criterios son fundamentales en los casos de VBG en el marco de la Ley de Justicia y Paz, porque las condiciones de impotencia de las víctimas en medio de actores armados, por sí mismas, doblegan la voluntad de la víctima, máxime cuando la violencia, según la misma Corte, debe tomarse en el sentido normativo y no ontológico, ya que es *“innegable que las modalidades de violencia son susceptibles de adaptarse a todo tipo de combinaciones y variantes, dependiendo de la manera en que se desarrollen las circunstancias de cada caso en particular (por ejemplo, cambiar de amenazas a vías de hecho y luego volver a la amenazas)”* (Sentencia del 23 de enero de 2008).

En el marco internacional, destacamos la Sentencia de Juzgamiento de la Sala Extraordinaria en la Corte de Camboya del 26 de julio de 2010:

“La violación desde hace tiempo ha estado prohibida en el derecho internacional consuetudinario y ha sido descrita como uno de los peores sufrimientos que un ser humano le puede infringir a otro. Muchos de los casos de violación como crímenes de lesa humanidad se cometen en circunstancias de coacción en donde el verdadero consentimiento no es posible”.

También hay jurisprudencia prolífera en el sentido de ser irrelevante la identificación de la modalidad de violencia que se utilizó e, incluso, ni siquiera tener que ser concomitante a la perpetración de la acción (Sentencia del 23 de enero 2008). Tampoco la configuración de la violencia depende de las huellas que se dejen en el cuerpo de la víctima o rastros. El Memorando 0117 de 2008 (de la FGN) detalla la jurisprudencia respecto a la apreciación del contexto de coerción, sobre el consentimiento y la ausencia de evidencias físicas, y respecto a la conducta sexual anterior de la víctima.

El núcleo problemático se centra en establecer si, por el comportamiento de la víctima de no resistirse, se genera duda respecto al consentimiento de ésta. No existe una fórmula incluyente o excluyente al respecto, pero tratándose del ámbito en el que se encuentra un contexto de sistematicidad y/o generalidad o, en el marco de un conflicto armado, la indefensión de la víctima reduce –inexorablemente-, sus posibilidades de resistencia.

En tal sentido se reitera la necesidad de contextualizar estos delitos en el accionar de los GAOML en las audiencias judiciales, sobre todo en la de formulación de cargos. Ahora bien, cuando se trata de VBG, debe acogerse esta recomendación con mayor ímpetu, ante las dificultades probatorias de estos delitos. Hay que demostrar en el contexto las grandes violaciones a los derechos humanos en este tipo de violencia, más allá de hechos aislados.

Autoría y Participación

Respecto a la estructura normativa de las formas de la autoría y la participación, ésta fue expuesta en detalle por la Corte Suprema de Justicia, según la Sentencia del 2 de septiembre de 2009, en la que refiere las siguientes teorías: formal objetiva, material objetiva, subjetiva, del dominio del hecho y en forma más reciente la del dominio del injusto. En esta providencia se hace una delimitación de las manifestaciones de la intervención del hombre en la conducta punible dadas en la autoría (material, intelectual, mediata, coautoría, coautoría por cadena de mando) y la participación (complicidad, determinación, interviniente); igualmente

identifica las diferentes formas de intervención conforme a los artículos 29 y 30 del código penal, al destacar (i) Autor (ii) Autor mediato (iii) Autor intelectual (iv) Coautor (v) Coautoría por cadena de mando (vi) Determinador (vii) Cómplice e (viii) Interviniente.

Coautoría impropia: línea jurisprudencial 2007 al 2009

La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia consideró que quienes imparten órdenes dentro de estructuras organizativas de poder, tienen la condición de coautores materiales impropios por división de trabajo, y no de autores mediatos, como lo postula el profesor Claus Roxin. Esta posición se mantuvo en las sentencias de los casos *La Gabarra*, *Yamid Amat* y *Machuca*.

El fundamento jurídico de dicha posición estribó en que no existe autoría mediata, porque no se está frente a un “sujeto de atrás”; en tanto que los autores materiales fueron coautores, tienen su voluntad dirigida con conocimiento e inteligencia al logro de los fines compatibles con su propia ideología; lo hicieron por convicción política propia, sin ser “utilizados”, sin ser instrumentalizados y sin engaños. Se trató de un caso de coautoría por división de trabajo, denominado coautoría impropia.

Y no se acoge la posibilidad de la participación como determinador porque no se demostró que los integrantes del Comando Central del ELN hubiesen coaccionado a los subversivos rasos so pena de sanciones disciplinarias, o que hubiesen sido instigados o presionados o que hubieran actuado sin autonomía. La Corte ha reiterado que entre el determinador y el autor material se establece una relación mediante la instigación, mandato, inducción, consejo, coacción, orden, convenio o cualquier otro medio idóneo.

Con esta línea de pensamiento, la Corte asume la teoría de la coautoría impropia respecto de quien da la orden en estructuras organizativas de poder, porque en estos casos no existe orden o mandato de superiores jerárquicos, sino una pluralidad de personas que –por voluntad propia– compartieron conscientemente los fines ilícitos propuestos.

Determinador: diciembre de 2009

Se da a través de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del diciembre 3 de 2009, caso *Salvador Arana* -ex gobernador de Sucre-, en la que condenan a éste como determinador de los delitos de desaparición forzada agravada y homicidio agravado del alcalde de El Roble, toda vez

“que el precedente jurisprudencial ha establecido que dicha condición es una forma especial de la participación, en la cual un individuo por cualquier medio incide en otro y le hace surgir la decisión de realizar la conducta punible. Siempre se requiere la presencia de una comunicación entre el determinador y el determinado” (Sentencia del 27 de junio de 2006, radicación 25.068).

No se consideró autor porque según la Corte Arana *“se marginó de desplegar una actividad material y/o esencial en la ejecución del plan, sino determinador”* (Sentencia del 13 de abril de 2009, radicación 30.125). Fundamenta la calidad de determinador en las estructuras organizadas de poder: Arana *“hacia parte de la estructura criminal, jerarquizada y subordinada a una organización criminal, quienes mediante división de tareas y concurrencia de aportes (los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes) realizan conductas punibles, fenómeno que es factible comprenderlo a través de la metáfora de la cadena”*. Al ser partícipe valiéndose de su función, también debe responder penalmente por el conjunto de crímenes que se le atribuyen a los comandantes o jefes de los bloques, y en tal sentido, se compulsan copias.

Autoría mediata: febrero de 2010

Es autoría mediata la que se sale del esquema clásico restrictivo en el que el instrumento no responde penalmente, para dar cabida a un planteamiento de autoría mediata cuando se actúa a través de aparatos organizados de poder al margen de la ley, cuyo instrumento responde al ser ejecutor fungible –pequeña pieza intercambiable dentro de la maquinaria, según Claus Roxin- de los atroces delitos, denominada la teoría del “autor tras el autor”. El factor decisivo para la fundamentación del dominio de la voluntad en las estructuras de poder es la fungibilidad, ejecutor intercambiable, que funciona “automáticamente”, independientemente del estado cambiante de sus miembros. La orden se cumple sin que se necesite conocer al ejecutor. Para el autor Kai Ambos se soporta la responsabilidad del fungible en la distinción del injusto individual del colectivo, es decir, aquel que se presenta en contextos organizados de poder y acción de la macrocriminalidad, y en tal sentido es imperativo probar el dominio por organización del hombre de atrás, su competencia funcional.

La autoría mediata la asume la Corte Suprema de Justicia (Sentencia del 23 de febrero de 2010) al condenar al ex senador Álvaro García, entre otros delitos, como *“Autor mediato de los homicidios agravados por la indefensión de las víctimas de Macayepo”*. La responsabilidad se edificó con

fundamento en el control o influencia que sobre la organización criminal ejercieron los superiores, de modo que los ejecutores son piezas anónimas y fungibles que realizan directamente la acción punible sin que siquiera conozcan a los jefes que ordenan el crimen. Afirma la Corte que varía su posición, y al implicar la masacre el desplazamiento forzado, con base en la condena por autoría mediata, compulsan copias por este delito.

Prospectiva frente a delitos de VBG

El punto a tratar en este tipo de delitos de VBG es si la autoría mediata cabe en todos los delitos o si existen tipos penales que, por las características del autor o de la conducta, no pueden ser realizados mediante un instrumento. Es lo que se ha denominado en la doctrina los “límites de la autoría mediata” que, en un concepto ampliativo de autor, permitiría la autoría mediata en cualquier delito aunque algún sector de la doctrina considera que no es posible para los delitos especiales ni de propia mano (Edmund Mezger), que obedecen a una concepción objetivo formal de autor restrictiva, y que exigen una especial vinculación de la autoría a una determinada acción de ejecución, de manera que no puede considerarse autor a quien no realiza la acción directa y, en tal sentido, todos los delitos acabarían por ser de propia mano. Para otros autores, el principio se invierte: no hay tipos de propia mano, todos pueden cometerse en autoría mediata, y el concepto propia mano es residual del naturalismo positivista.

El problema es establecer en qué tipos penales se debe admitir un delito de propia mano. No hay duda para Enrique Bacigalupo en el falso testimonio, por ejemplo. Pero sí con respecto a los delitos de tenencia de armas y violación, considerados primero como de propia mano y luego, según el criterio jurisprudencial dominante en la actualidad, como delitos en los que se admite la posibilidad de coautoría y la autoría mediata. Así entonces, si se admite la coautoría del sujeto que sólo se limita a emplear violencia pero no a tener acceso carnal, nada puede impedir la apreciación de la autoría mediata.

Lo que interesa plantear es si es posible atribuir responsabilidad a los comandantes, respecto a la instrumentalización a través de aparatos organizados de poder, en delitos de VBG. Lo anterior en el estimativo de que el fundamento de la autoría mediata no deviene de la responsabilidad del dirigente por su relación subjetiva frente al hecho, sino por el control superior que tiene sobre el mismo, al ser los ejecutores sujetos fungibles. Ello presupondría, obviamente, partir de la responsabilidad penal como

autor del concierto para delinquir que conlleva a investigar su grado de responsabilidad en las actividades delictivas del grupo, entre ellas, las VBG; máxime si se realiza el contexto en el que se indique la sistematicidad y/o generalidad de dichos delitos que encuadran en la categoría de crímenes de lesa humanidad, o en desarrollo y con ocasión del conflicto armado.

Al respecto se deben retomar los parámetros para estructurar el dominio del hecho por control de la voluntad basado en la subordinación o jerarquización de las organizaciones delictivas, como indicó la Corte Suprema de Justicia: *“A sus dirigentes -gestores, patrocinadores, comandantes- a título de autores mediatos, a sus coordinadores en cuanto dominan la función encargada -comandantes, jefes de grupo- a título de coautores; y a los directos ejecutores o subordinados -soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos”*.



Deutsche Gesellschaft für
Technische Zusammenarbeit (GTZ)
GmbH

Cooperación Técnica Alemana
ProFis
Carrera 13 No. 97-51, Oficina 302
Bogotá D.C., Colombia
Teléfono (+57)(+1)743 0499
Fax (+57)(+1)743 0499 202
co.profis@gtz.de
www.gtz.de/colombia

ISBN 958-XXXXXXX