

Bogotá D.C., 5 de junio de 2018.

## **Magistradas y Magistrados**

Corte Constitucional

E. S. D

Ref. Concepto Cinco Claves para el tratamiento diferencial de la violencia sexual.

Radicado N°: RPZ -010.

Magistrado Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo.

La Corporación Humanas, la Red Nacional de Mujeres y la Corporación Sisma Mujer integran la alianza *Cinco Claves* para el tratamiento diferencial de la violencia sexual contra las mujeres, en el Acuerdo Final de paz y su implementación. Durante el proceso de negociación formulamos diferentes aportes a las partes negociadoras y algunos fueron recogidos en el texto definitivo. En la etapa de implementación hemos formulado propuestas de ajuste en el proceso legislativo y hemos presentado diferentes conceptos a la Corte Constitucional sobre las normas objeto de revisión.

Atendiendo la invitación para presentar concepto por oficio 956 del 21 de mayo de 2018, sobre el proyecto de ley 008/17 S y 016/17 C estatutaria de la administración de justicia en la jurisdicción especial para la paz, nuestra Alianza aporta la siguiente exposición de argumentos en relación con los ajustes constitucionales necesarios para que la norma garantice los derechos de las mujeres víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado, particularmente, el derecho de acceso a la justicia. Para este propósito, presentaremos cuatro temas en los cuales será necesaria la intervención de la Corte Constitucional para que la formulación actual de la norma en estudio no desconozca los derechos de las mujeres víctimas.

El primero en relación con los criterios de selección por las consecuencias particularmente negativas que tienen para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual, la imprecisión de ciertos aspectos de la selección, entre ellos, la diferencia con la priorización, el alcance en el marco de la justicia restaurativa (JRes) y la incorporación del enfoque de género. El segundo, sobre el análisis probatorio con perspectiva de género para las víctimas de las víctimas de violencia sexual. El tercero sobre la necesidad de un concepto de JRes que equilibre los derechos de las víctimas con los beneficios creados e incorpore la perspectiva de género. Finalmente, se aborda la temática sobre la norma que excluiría de la jurisdicción especial para la paz, los casos de violencia sexual contra NNA.

## I. Cargos sobre los criterios de selección.

Para este aparte, en primer lugar, se expondrán los apartes normativos cuestionados, luego se hará un recuerdo del referente de valoración constitucional y por último se desarrollarán cada uno de los argumentos sobre las solicitudes de condicionamiento a los diferentes criterios de selección.

### 1.1 Apartes normativos.

**ARTÍCULO 19. PRINCIPIO DE SELECCIÓN.** La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la JEP, aplicarán criterios para concentrar el ejercicio de la acción penal en quienes tuvieron participación determinante en los hechos más graves y representativos. Con respecto a las personas y hechos que no sean objeto de selección, se podrá renunciar al ejercicio de la acción penal.

Constituyen criterios de selección, entre otros:

- 1) Gravedad de los hechos: Grado de afectación de derechos fundamentales individuales y colectivos; modalidad de la comisión de los hechos en términos de violencia y sistematicidad.
- 2) Representatividad: Efectos de la investigación y judicialización de los hechos: capacidad de ilustración del modus operandi y/o prácticas o patrones criminales de los hechos.
- 3) Características diferenciales de las víctimas: Condiciones de vulnerabilidad y/o necesidad de adoptar medidas diferenciales de protección derivadas de patrones históricos, sociales y culturales de discriminación que se han identificado a partir de aspectos como: el origen étnico, el género, la edad, la condición de discapacidad, la orientación sexual y la identidad de género y/o rol social de la víctima.
- 4) Características de los responsables: Participación activa o determinante en la comisión de los crímenes de competencia de esta jurisdicción y/o la prueba de su autoría y participación en los hechos concretos.
- 5) Disponibilidad probatoria: Calidad y cantidad de las pruebas disponibles, las requeridas para probar el hecho y su dificultad para conseguirlas.

### 1.2 Alcance de la gravedad, representatividad, selección y responsabilidad en el Acuerdo Final de Paz y su implementación normativa.

El Acuerdo Final de Paz (AFP) creó el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición (SIVJRN) “que contribuye a la lucha contra la impunidad combinando mecanismos judiciales que permiten la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario” (págs. 8, 127 y 144)<sup>1</sup> (subraya fuera de texto).

---

<sup>1</sup> Numeración según versión oficial de Acuerdo Final de Paz, disponible en <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

El SIVJRN parte “del principio de reconocimiento de responsabilidad por parte de todos quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto y se vieron involucrados de alguna manera en graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario” (pág. 127) (subraya fuera de texto).

El AFP también recuerda las obligaciones estatales para la investigación y sanción de las graves violaciones de derechos humanos y de DIH (pág. 147).

Por su parte, la Jurisdicción Especial de Paz (JEP) se constituyó para “administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario” (pág. 129 y 145).

Los mecanismos de amnistía e indulto o beneficios equivalentes no se aplican entre otras conductas graves, a acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual (pág. 151) y tampoco procede la renuncia a la persecución penal (pág. 304).

El tema de la participación determinante aparece respecto de terceros que hayan financiado el paramilitarismo (pág. 149) y otros terceros que se presenten voluntariamente a la JEP y no hayan tenido una participación determinante en delitos más graves y representativos (pág. 159).

En relación con las penas también se estableció que para quienes no tuvieron una participación determinante en los hechos más graves y representativos las penas podrían ser inferiores a 5 años (pág. 165).

En el proyecto de ley que previó el AFP y que posteriormente fue adoptado mediante ley 1820, se estableció como facultad de la sala de definición de situaciones jurídicas la decisión sobre quienes no tuvieran una participación determinante en los casos más graves y representativos, particularmente, sobre delitos políticos y conexos (pág. 297). Asimismo, se previó que esta sala podría beneficiar con renuncia a la persecución penal y otros mecanismos similares a quienes no tuvieron una participación determinante en conductas como acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual (pág. 298), entre otras.

Además, a las salas de reconocimiento, la de definición de situaciones jurídicas y la Unidad de investigación y acusación (UIA), se les reconoció la facultad de adoptar criterios de selección y descongestión y se les asignó el deber de evitar que las conductas graves y representativas queden impunes (pág. 157 y 159).

Sobre los criterios de selección se previó además por el AFP que las víctimas deben ser oídas (pág. 147) en supuestos de “priorización y selección”.

Por su parte, el acto legislativo 1 de 2017 (AL 01/17) adoptó el SIVJRN y dispuso que la JEP administrará justicia sobre conductas con causa, ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, cometidas por quienes participaron en el mismo, en especial, “respecto a

conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos” (art. t 5).

Según este acto legislativo, tanto la sala de reconocimiento como la de determinación de hechos y conductas deben desarrollar su trabajo conforme a criterios de priorización elaborados a partir de la gravedad y representatividad de los delitos y el grado de responsabilidad (art. t 7). En relación con la selección dispuso que a través de una ley estatutaria debían determinarse los criterios que permitan centrar los esfuerzos en la investigación de los máximos responsables de los crímenes para lo cual dicha ley debe tener en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección (art. 3).

No puede pasarse por alto que el concepto de máximos responsables fue introducido por el acto legislativo pues en el AFP solo se hizo una sola mención en relación a la forma como debía identificarse en mando, cuando se tratara de máximos responsables (pág. 156) pero no se estableció como objetivo exclusivo de la JEP. El acto legislativo fue el que estableció una formula compuesta para seleccionar casos conforme a la gravedad y representatividad de los hechos, para investigar máximos responsables, en la misma línea de la norma constitucional preexistente. Esto no se corresponde en estricto sentido con lo que previó el AFP.

Como conclusiones de lo que previó el AFP y el Acto Legislativo que adoptó el SIVJRN se proponen:

- a. La gravedad y representatividad están asociadas al concepto de graves violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario, en el cual está incluida la violencia sexual.
- b. La responsabilidad se previó respecto de quienes participaron de manera directa e indirecta por el AFP y el AL 01/17 estableció que sería respecto de conductas consideradas como graves. Luego se incluyó la formula compuesta de juzgamiento de máximos responsables para conductas graves y representativas definidas a través de los criterios de selección, lo cual no corresponde totalmente con lo previsto en el AFP.
- c. La facultad de priorización está reservada por el AL 01/17 a las salas de reconocimiento y a la de definición de situaciones jurídicas.
- d. Los criterios de selección son los que establezca la ley estatutaria bajo revisión actual y esta facultad está prevista para las salas de reconocimiento, de definición de situaciones jurídicas y la UIA exclusivamente, pero requiere desarrollo por ley estatutaria para que dichas dependencias puedan ejercerla.

*1.3. Condicionamiento de las expresiones graves, gravedad y representatividad del artículo 19 LEJEP por vulneración de la obligación estatal obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos (preámbulo y los artículos 1, 2, 5, 93, 94, 214 y 215-2 CP) para la investigación, juzgamiento y sanción de las violaciones de derechos.*

En tanto criterios de selección<sup>2</sup>, la gravedad y representatividad de los hechos deben tener en cuenta condiciones básicas para su adopción normativa, esto es, (i) deben diferenciarse de los criterios de priorización<sup>3</sup>, por las consecuencias jurídicas que tiene para el acceso a la justicia de las víctimas; (ii) deben ajustarse a la noción de justicia restaurativa que predomina en el AFP para garantizar el equilibrio entre la obligación de investigar, sancionar y juzgar los delitos y los beneficios aprobados a favor de los actores armados y (iii) deben incorporar un enfoque de género que permita garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual en el marco de la investigación y juzgamiento de violaciones derechos humanos y del DIH.

(i) La necesidad de clarificar la gravedad y la representatividad como criterios de selección y como criterios de priorización.

Las normas adoptadas sobre priorización y selección no han definido claramente la diferencia entre una y otra figura, su contenido, el procedimiento -en el tiempo y trámite- y los efectos que tienen<sup>4</sup>. La Corte Constitucional ha abordado la temática, aunque todavía persisten vacíos en relación con esas diferencias. Por esto es importante que en el estudio de la presente norma se establezcan de manera precisa diferencias puntuales sobre estos temas porque será la primera vez que se aplique la figura de selección de casos. En ese sentido habrá de determinarse la diferencia de la gravedad o lo grave, y la representatividad, como criterios de selección y como criterios de priorización.

La Corte ha indicado respecto de la priorización y selección deben operar una serie de salvaguardas de los derechos de las víctimas<sup>5</sup> que deben ser retomadas en el marco de la actual justicia transicional teniendo en cuenta el énfasis restaurativo -no retributivo-, por lo cual, deberían reforzarse dichas salvaguardas.

---

<sup>2</sup> Estos criterios han sido definidos como “Los criterios de selección sirven para determinar qué casos serán investigados y juzgados por una jurisdicción específica. Por lo tanto, inevitablemente implican la de-selección de ciertos casos” Morten Bergsmo y María Paula Saffon *Perspectiva internacional, Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales nucleares? En Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales Un estudio comparado, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, 2011 pp 27.*

<sup>3</sup> Estos criterios han sido definidos como “sirven precisamente para clasificar los casos dentro de una jurisdicción, así como para determinar el orden en el que serán investigados y juzgados. Por lo tanto, no requieren una de-selección de los casos, dado que pueden aplicarse a los casos ya seleccionados o a casos que no han pasado por un filtro de criterios de selección, como es el caso de muchas jurisdicciones penales nacionales” *ibíd.*, pp 28.

<sup>4</sup> En este sentido los estudios indican que “no es suficiente adoptar formalmente criterios adecuados para la selección y asignación de prioridad si no se establece claramente el modo en que ellos deberían ser aplicados. Uno de los problemas principales que enfrentaron la mayoría de las jurisdicciones analizadas en este trabajo es que con frecuencia la formulación de criterios no está acompañada de pautas que determinan si esos criterios operan como un umbral (y, por consiguiente, como criterios de selección) o como un mecanismo de clasificación de casos (y, por consiguiente, como criterios de asignación de prioridad), y en el último caso que no se establece una jerarquía entre los criterios en cuestión que pudiera hacer posible esa clasificación” *ibíd.*, pp 111.

<sup>5</sup> Corte Constitucional C 579 de 2013, salvaguardas de transparencia, investigación efectiva, en plazo razonable, la existencia de recursos para impugnar la priorización o selección, la asesoría especializada a las víctimas, el derecho a la verdad, a la reparación y el conocimiento de ubicación de restos de personas desaparecidas.

En este sentido es importante dotar de contenido a la expresión grave o gravedad y representatividad por las consecuencias que tiene la aplicación de la figura. Así tendrá que identificarse si tendrán un alcance concreto y/o una jerarquía u orden que les permita diferenciarse de la aplicación de los criterios de priorización.

En la actual política de priorización de la Fiscalía General, la gravedad se entiende como el grado de afectación a los bienes jurídicos protegidos, la cantidad de víctimas, los costos sociales producidos, la modalidad de comisión, el grado de protección al bien jurídico y la frecuencia de perpetración<sup>6</sup>. La representatividad se entendía en la versión original de dicha política como la capacidad de la justicia para identificar a través de las investigaciones las dinámicas de perpetración de los hechos<sup>7</sup>.

En el artículo 19 del proyecto LEJEP se estableció un catálogo de criterios de selección entre los cuales se encuentra la “gravedad de los hechos”, entendida como “el grado de afectación de derechos fundamentales individuales y colectivos; modalidad de la comisión de los hechos en términos de violencia y sistematicidad” y la representatividad en cuanto capacidad de ilustración del modus operandi y de patrones criminales.

Ahora bien, la facultad para aplicar criterios de selección se desarrolló en el artículo 19 de la LEJEP solo respecto de las salas de reconocimiento y la de definición de situaciones jurídicas, no así, de la Unidad de Investigación y Acusación, como se verá más adelante.

La simple enunciación hecha por la LEJEP sobre el alcance de la gravedad y representatividad como criterios de selección para las dos salas, no precisa la forma como se aplicarán, esto es, si habrá una jerarquía entre criterios objetivos y subjetivos, por ejemplo, o se aplicaran en conjunto y cómo se diferenciarán estos mismos criterios cuando se trate de priorización. Ciertamente debe tratarse de conceptos amplios para abarcar la mayor cantidad de conductas posibles, pero debe ser preciso para incluir las de mayor relevancia. En este sentido, la LEJEP debió ser más rigurosa porque el efecto de la selección es la renuncia, si se quiere *legal*, a la persecución penal con lo cual se niega el acceso a la justicia para las víctimas.

Por tanto, una forma de precisar los conceptos de gravedad y representatividad es establecer su alcance sobre qué tipo de conductas y patrones abarca, con criterio amplio, que permita lograr una selección extensa de casos, - dados los efectos en el acceso a la justicia- pero delimitada que garantice claridad en relación con cuales son las características de las conductas que deben ser seleccionadas para evitar su impunidad.

Así, mientras los criterios de priorización podrían ser más exigentes, en tanto sus consecuencias son solo sobre el orden de investigación, los de selección deberían ser más amplios pero precisos para identificar su alcance pues los casos no seleccionados serán cerrados de manera definitiva. La gravedad y la representatividad como criterios de priorización y como criterios de selección, deben ser diferenciadas para ofrecer un

---

<sup>6</sup> Fiscalía General Directiva 02 de 2015.

<sup>7</sup> Fiscalía General Directiva 01 de 2012.

procedimiento claro de investigación y juzgamiento. La base debe estar dada por la categoría de selección en cuanto, en principio, será sobre el conjunto de casos que ingresen al sistema, sobre los cuales se aplique la priorización<sup>8</sup>.

En materia de violencia sexual esto podría lograrse si se establece cuál es el tipo de conductas y patrones a las cuales se refieren la gravedad y la representatividad, respetivamente.

En relación con la gravedad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido diferentes mecanismos de protección para las graves violaciones de derechos humanos y del DIH, así, ha indicado que la justicia transicional debe ser establecida para garantizar en la mayor medida posible los derechos de las víctimas de las “graves violaciones a los derechos humanos y/o al derecho internacional humanitario”<sup>9</sup>, ha dispuesto que el principio de oportunidad no se puede aplicar a las graves violaciones de derechos humanos<sup>10</sup>, ha recordado la obligación estatal de investigar, procesar y sancionar judicialmente a los responsables de graves violaciones de derechos humanos<sup>11</sup> como parte de la debida diligencia<sup>12</sup>; ha señalado que no procede la amnistía en casos de graves violaciones de derechos humanos<sup>13</sup>, y ha indicado cuáles son y en qué consisten las graves violaciones de derechos humanos. Sobre cuáles son, ha dicho:

“A pesar de este carácter dinámico, esta Corporación considera que son graves violaciones a los Derechos Humanos para este contexto como mínimo las siguientes: a) las ejecuciones extrajudiciales, b) las desapariciones forzadas, c) la tortura; d) el genocidio; e) el establecimiento o mantenimiento de personas en estado de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso; f) la detención arbitraria y prolongada; g) el desplazamiento forzado; h) la violencia sexual contra las mujeres y i) el reclutamiento forzado de menores. Lo anterior no obsta para que en otro contexto se reconozcan otras graves violaciones a los derechos humanos por esta Corporación”<sup>14</sup> (subraya fuera de texto).

Sobre el contenido del criterio de gravedad ha establecido que comprende la escala de comisión de los crímenes en relación con el número de víctimas, la extensión del daño, la naturaleza de los crímenes, el impacto de los crímenes y la manera de ejecución de los crímenes “incluyendo la vulnerabilidad de las víctimas, motivos de discriminación o el uso de la violación o la violencia sexual como medios para destruir comunidades”<sup>15</sup> (subraya fuera de texto).

---

<sup>8</sup> En el país desde el 2012 existen las dos figuras, pero hasta ahora se ha desarrollado la de selección. Por esto se ha aplicado solamente la de priorización. En principio se esperaría que en el marco de la justicia transicional del AFP sea más clara la articulación entre las dos, pero según las propuestas en curso de priorización de la Sala de Reconocimiento de Verdad, se conserva una tendencia de aplicación separada de priorización y selección, e incluso respecto de los demás órganos de la JEP para aplicar la selección.

<sup>9</sup> Corte Constitucional, sentencia C-579 de 2013 n° 6.1.1.4.

<sup>10</sup> Corte Constitucional C 936 de 2010.

<sup>11</sup> Corte Constitucional C-579 de 2013 n° 7.2.2.

<sup>12</sup> Ibid. n° 8.1.3.

<sup>13</sup> Ibid. n° 8.1.3.1 (xii)

<sup>14</sup> Ibid. n° 8.1.3.2.1

<sup>15</sup> Ibid. n° 8.2.6 (iii)

Los tribunales penales internacionales también se han pronunciado sobre la ejecución de los hechos por motivos de discriminación, cuando se trata de casos de violencia sexual<sup>16</sup> y a nivel interno, la Corte Constitucional ha aceptado que la violencia sexual en el conflicto armado se inscribe en contextos de discriminación y violencias de género<sup>17</sup>.

En relación con las formas de violencia sexual en tanto graves violaciones de derechos humanos y del DIH, la Corte Constitucional ha incluido las diferentes categorías incluidas en el Estatuto de Roma y la ley 1719, entre ellas, la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización y aborto forzados, y otras formas de violencia sexual de gravedad comparable<sup>18</sup>.

En el caso de la representatividad, relacionada con la capacidad de ilustración de la situación a partir de los patrones de perpetración, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido en materia de violencia sexual una categorización de “patrones fácticos<sup>19</sup>, que dan cuenta de cómo estos crímenes fueron perpetrados por todos los actores del conflicto de manera: “[...]habitual, extendida y sistemática[...]”<sup>20</sup>. Estos mismos patrones fueron adoptados en la sentencia sobre la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, en cuanto los patrones debían ser entendidos de manera amplia para dar cuenta de “la manera como fueron cometidos los crímenes de género contra las mujeres en el marco del conflicto armado”<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> Tribunal Penal Internacional de Ruanda, Fiscal vs. Laurent Semanza Caso N° ICTR-97-20-T - Sentencia del 15 de mayo de 2003 y Tribunal Penal Internacional de la ex Yugoslavia, Fiscal vs. Zejnil Delalić et al. – *Čelebići* Caso N° IT-96-21-T - Sentencia del 16 de noviembre de 1998.

<sup>17</sup> Corte Constitucional Auto 009 de 2015.

<sup>18</sup> Corte Constitucional Autos 092 de 2008 y 09 de 2015.

<sup>19</sup> En resumen, los patrones fácticos son los siguientes: (i) la ejecución de actos de violencia sexual como parte integrante de las operaciones violentas de mayor envergadura; (ii) acciones ejecutadas individualmente por los miembros de todos los grupos armados con diversos fines, tales como: amedrentamiento de la población, retaliaciones y venganzas, estrategia de avance y control territorial, obtención de información o de simple ferocidad; (iii) violencia sexual contra mujeres señaladas de tener relaciones familiares o afectivas con un miembro o colaborador de alguno de los actores legales e ilegales; (iv) la comisión de diversos crímenes de índole sexual en el marco del reclutamiento forzado de niñas y mujeres; (v) violaciones y abusos sexuales por parte de los miembros de los grupos armados para obtener su propio placer sexual, o contra las mujeres que se niegan a tener relaciones sexuales o se niegan a su explotación; (vi) actos de violencia sexual, tortura, mutilaciones sexuales, desnudez pública forzosa, o humillación sexual de las mujeres civiles que quebrantan con su comportamiento público o privado los códigos sociales de conducta impuestos de facto por los grupos armados al margen de la Ley; (vii) actos de violencia sexual contra mujeres que forman parte de las organizaciones sociales, comunitarias o políticas o que se desempeñan como líderes o promotoras de derechos humanos, o contra mujeres miembros de sus familias, en tanto forma de retaliación, represión o silenciamiento de sus actividades por parte de los actores armados; (viii) prostitución forzada y esclavización sexual de mujeres civiles perpetradas por miembros de los grupos armados ilegales al margen de la Ley, principalmente los paramilitares y las guerrillas; y (ix) la coacción de trabajadoras sexuales de distintas partes del país para realizar actos sexuales con miembros de las guerrillas o los grupos paramilitares. Ver Aparte III.1.1.2 de la Sección III.1.1. “Riesgo de violencia, explotación o abuso sexual en el marco del conflicto armado” del Auto 092 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>20</sup> Corte Constitucional Auto 09 de 2015 M.P Luis Ernesto Vargas, punto II. 1.

<sup>21</sup> Corte Constitucional C 017 de 2018, M.P Diana Fajardo Rivera considerando 197.1.

Por tanto, tanto la gravedad como la representatividad deben ser entendidos en concordancia con el desarrollo hecho por el AFP sobre graves violaciones de derechos humanos y del DIH, en los cuales se incluye violencia sexual, categoría a su vez desarrollada en la jurisprudencia constitucional a partir de lo previsto en el Estatuto de Roma y la ley 1719. También en relación con la definición de patrones prevista en el AFP y desarrollada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre violencia sexual hacia las mujeres.

(ii) Los criterios de selección previstos en la LEJEP también deben ser entendidos teniendo en cuenta el énfasis restaurativo de la justicia transicional que adoptó el AFP.

Esto contribuye a garantizar el equilibrio entre la obligación de investigar, sancionar y juzgar los delitos y los beneficios aprobados a favor de los actores armados. La Corte Constitucional se ha pronunciado favorablemente en relación con la concentración de la acción penal dirigida a investigar las graves violaciones de derechos humanos por parte de los máximos responsables pero esto ha sido en el contexto de una justicia transicional de perfil retributivo, por tanto, el establecimiento de un énfasis restaurativo amerita que se garantice un equilibrio entre las modalidades de la sanción y las garantías de acceso a la justicia para garantizar la investigación y juzgamiento de las violaciones de derechos humanos<sup>22</sup>.

Por tanto, los criterios de selección de gravedad y representatividad deben ser amplios y precisos para abarcar la mayor cantidad de casos posible, en equilibrio con el margen de beneficios que el AFP aprobó para los actores armados y otros responsables de graves violaciones de derechos humanos y del DIH. Esto es, a mayores beneficios en el marco de una justicia restaurativa, mayores beneficios para las víctimas para garantizar el juzgamiento y sanción de las graves violaciones de derechos humanos y del DIH. Para esto un mecanismo efectivo puede ser la adopción de un modelo de priorización y selección amplio, como se explicó en el punto anterior, y flexible en términos probatorios para la acreditación de los elementos de los crímenes de competencia de la JEP. Esta flexibilización debe considerar que no se trata de un escenario de justicia penal internacional, sino transicional local y de carácter restaurativo.

El referente entonces de aplicación de los criterios de selección no es solo el derecho penal internacional sino el bloque de constitucionalidad integrado por las convenciones internacionales sobre derechos humanos de las mujeres y tratados internacionales que abarcan la violencia sexual como el Estatuto de Roma.

Esto es, la competencia de JEP no puede ser tan restringida como la de la Corte Penal Internacional porque ésta es solo complementaria así que, en tanto regla general, la justicia transicional adoptada en el AFP debe ser más amplia y flexible para lo cual es necesario que los criterios de selección sean adaptados a estas condiciones, mucho más, cuando se trata de una justicia restaurativa con un cúmulo importante de beneficios para los responsables. Si se instaura un modelo idéntico al de la Corte Penal Internacional sobre la selección de casos en relación con los hechos más graves y representativos cometidos por los máximos

---

<sup>22</sup> Ver concepto de las Corporaciones Humanas, Sisma y la Red Nacional de Mujeres sobre acto legislativo 1 de 2017, dentro del proceso RPZ-003 del 28 de julio de 2017.

responsables<sup>23</sup>, se estaría contrariando la obligación de investigar, juzgar y sancionar las violaciones de derechos humanos porque el carácter transicional restaurativo no se puede equiparar con uno complementario.

(iii) Los criterios de selección deben incorporar un enfoque de género que permita garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual en el marco de la investigación y juzgamiento de violaciones derechos humanos y del DIH.

En el marco de la justicia restaurativa adoptada por el AFP el enfoque de género tiene un lugar prioritario, que fue adoptado por el AL 01/17 para “todas las fases y procedimientos del sistema, en especial respecto a todas las mujeres...”<sup>24</sup>. Por esto se hace necesario que se concrete el enfoque de género en los componentes del SIVJRN porque de lo contrario, dicho enfoque, no dejaría de ser tan solo una enunciación general.

En el componente de justicia del AFP es necesario que los mecanismos transicionales observen el enfoque de género que rige para todo el sistema. Entre esos mecanismos están los criterios de selección que deben tener un enfoque de género para garantizar la investigación, el juzgamiento y sanción de las graves violaciones de derechos humanos y el DIH, como la violencia sexual.

Para esto no es suficiente como lo previó la LEJEP que se tengan en cuenta las características diferenciales de las víctimas (criterio subjetivo que incluye género) sino también que los criterios de representatividad y gravedad (criterios objetivos sin género) incluyan el enfoque de género. Esto es, la violencia sexual contra mujeres en el marco del conflicto armado hace parte de las conductas consideradas como de mayor gravedad y ha sido cometida de manera habitual, extendida y sistemática como lo reitera la Corte Constitucional en los Autos de seguimiento a esta problemática (A. 092 /08, A 09 /15 A737/17) a través de patrones fácticos identificados en las mismas decisiones, sin embargo, enfrenta obstáculos diferenciales respecto del acceso a la justicia que podrían debilitar las oportunidades judiciales para que sean considerados como hechos graves y representativos.

Entre esos obstáculos están los estereotipos de discriminación que por ejemplo han llevado a que no se considere o se haga más difícil concluir en los procesos, que los hechos de violencia sexual están relacionados con el conflicto, por eso fue necesario que la Corte Constitucional en el Auto 09 de 2015 estableciera la “presunción de relación cercana y suficiente entre el conflicto armado interno, el desplazamiento forzado por la violencia y los actos violencia sexual cometidos contra las mujeres”<sup>25</sup> - que no de la responsabilidad-, una presunción que no ha sido necesaria posicionar tanto en ninguna otra violación de derechos humanos que enfrente el estereotipo de la supuesta “privacidad” de los hechos<sup>26</sup>. Entre los

---

<sup>23</sup> En todo caso el régimen de la Corte Penal Internacional tiene una graduación más clara entre los criterios de selección y priorización. Por ejemplo el estatus del autor es un criterio de priorización y no de selección: “la Oficina del Fiscal excluyó los criterios relacionados con el rol y estatus del autor de las consideraciones acerca de la selección de situaciones y casos, y sólo los incorporó en la discusión sobre la asignación de prioridad” Morten Bergsmo y María Paula Saffon 2011 op cit, pp 106.

<sup>24</sup> párrafo 1 art. t 1 AL 01/17.

<sup>25</sup> Corte Constitucional Auto 09 de 2015, n° VII. 1

<sup>26</sup> En todo caso es preciso aclarar que en materia general de derechos humanos, la Corte estableció una presunción, si se quiere, tácita para relacionar los hechos con el conflicto armado “Esto es, probada la existencia de una afectación grave de derechos humanos o de una infracción de las normas del derecho humanitario, en

efectos prácticos que tiene este obstáculo están, de una parte, que el reconocimiento o no de la relación con el conflicto puede llevar a un caso a la impunidad si se ha adelantado la investigación bajo esa hipótesis y no se acepta, y de otra, que a la fecha el país no tiene conocimiento sobre cuántos casos hay de violencia sexual en relación con el conflicto porque la categoría no ha sido asumida por los sistemas de información.

Otro obstáculo es la imprecisión normativa sobre el alcance de la expresión violencia sexual, incluida la implementación del AFP, y la vigencia en el tiempo de algunos tipos penales, dado que han sido categorías que a su vez han debido ser promovidas por el feminismo en el mundo<sup>27</sup>, para que sean incorporadas en las normas. El tipo de conductas que abarca la violencia sexual tiene su mayor desarrollo en el Estatuto de Roma, la ley 1719 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre violencia sexual contra las mujeres en el conflicto armado, en los Autos antes mencionados. Sin embargo, el Código Penal no siempre ha tenido las mismas categorías, y por eso la importancia de remitirse al Estatuto de Roma y/o aplicar tipos complementarios, por ejemplo, antes de tipificar en el referido estatuto la esclavitud sexual se calificaba como secuestro y violación a nivel interno. Luego fue tipificado en el año 2000 en la legislación penal.

En la implementación normativa, el AL 01/17 dispuso como categoría sobre violencia sexual la de acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual que parece una adaptación, -mal construida-, del Estatuto de Roma, porque este sí tiene una enunciación precisa de varias categorías<sup>28</sup> y luego dispone una general, pero el referido AL solo previó un tipo penal de acceso carnal (limitado a la modalidad de violento) y una categoría general. La ley 1719 complementó algunas que ya habían sido incorporadas en la expresión violencia sexual por la jurisprudencia constitucional en la materia, como aborto forzado, entre otras, que en todo caso a nivel internacional ha sido aceptado como parte de las otras formas de gravedad comparable de la violencia sexual que indica el Estatuto de Roma.

Por estos ejemplos de obstáculos diferenciales de acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual, entre otros existentes, los criterios de selección de representatividad y gravedad deben adoptar el enfoque de género tales como la presunción de relación cercana y suficiente con el conflicto y un catálogo amplio de modalidades de “otras formas de violencia sexual” que retome lo previsto en el Estatuto de Roma, la jurisprudencia constitucional y la ley 1719.

Lo anteriormente expuesto permite sustentar por qué es necesario condicionar las expresiones graves, gravedad y representatividad bajo el entendido que incluyen las graves violaciones de derechos humanos y del DIH como la violencia sexual en tanto expresión de discriminación y los patrones fácticos de victimización de la violencia sexual, porque el alcance de la selección en el marco de la justicia transicional restaurativa debe ser amplio

---

caso de duda sobre la inserción de la conducta lesiva en el marco del conflicto, debe darse prevalencia a la interpretación en favor de la víctima” C 781 d 2012 MP María Victoria Calle.

<sup>27</sup> Alda Facio, las mujeres y la Corte Penal Internacional, ponencia en seminario internacional sobre Corte Penal Internacional, Buenos Aires, mayo 2001.

<sup>28</sup> Como crimen de lesa humanidad y de guerra, el Estatuto de Roma prevé la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, artículo 7 g y 8.2 b) xxii, desarrollados en los elementos de los crímenes, instrumento adoptado mediante ley 1268.

para garantizar la obligación general - no complementaria- del Estado de investigar, juzgar y sancionar estas conductas<sup>29</sup>. Esto es posible si, como se ha expuesto, se diferencian claramente como criterios de selección y como de priorización, se determina su alcance en el marco de la justicia restaurativa y se garantiza la incorporación de medidas concretas que hagan efectivo el enfoque de género como la presunción de relación cercana y suficiente con el conflicto y un catálogo amplio de modalidades de “otras formas de violencia sexual” que retome lo previsto en el Estatuto de Roma, la jurisprudencia constitucional y la ley 1719.

#### *1.4 Condicionamiento de participación determinante y de la disponibilidad probatoria a la garantía efectiva del enfoque de género previsto en el AFP.*

Bajo la consideración de nuestras organizaciones, los criterios de participación determinante y disponibilidad probatoria no pueden ser avalados sin incorporar un efectivo enfoque de género que prevenga la denegación de acceso a la justicia por criterios que no tengan en cuenta los obstáculos de acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual.

Como lo han expresado nuestras organizaciones en conceptos previos de constitucionalidad sobre las normas de implementación del proceso de paz, la justicia transicional no tiene necesariamente un enfoque de género, por lo cual, es importante que la Corte Constitucional avance en este sentido y precise el contenido de dicho enfoque en los diferentes mecanismos de la justicia transicional. En este sentido hemos indicado que es importante reconceptualizar ciertas categorías de esta justicia a partir del enfoque de género.

Entre esas por ejemplo está la definición de máximos responsables, en cuanto para las mujeres no necesariamente el desarrollo internacional sobre el tema responde a su expectativa de acceso a la justicia. En este sentido, se ha dispuesto por la Corte Constitucional un concepto más amplio en la materia que permite incorporar una perspectiva de género:

“un máximo responsable puede ser tanto el jefe de un grupo, como también quien haya tenido un rol esencial en la comisión de los crímenes de acuerdo al papel que la persona pudiese jugar dentro de la organización”<sup>30</sup>.

Esto es, no solo un concepto basado en el rango sino también una cualificación de la participación que permita que las víctimas de violencia sexual indiquen quienes consideran que tienen la mayor responsabilidad por lo ocurrido tanto de quienes tienen alto rango como de quienes no lo tienen.

La justicia tradicional, sin enfoque de género, exige pruebas de responsabilidad sin tener en cuenta las diferencias de perpetración entre esta y otras graves violaciones de derechos

---

<sup>29</sup> Corte Constitucional C- 936 de 2010. “En conclusión, la renuncia del Estado a investigar y sancionar los delitos que afectan más gravemente a la dignidad humana, resulta inaceptable como expresión de la política criminal del Estado. Tal proceder resulta así mismo inadmisibles, en aparentes o reales estados de transición hacia la paz, bajo criterios de conveniencia política o de utilidad pública. ...Con este proceder el Estado incumple obligaciones internacionales – tanto de fuente consuetudinaria como convencional – de investigar, enjuiciar y sancionar a los autores de graves violaciones de derechos humanos, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, generando un ambiente propicio para la repetición crónica de estas conductas”.

<sup>30</sup> Ibid. Suprimidas las notas al pie del texto original.

humanos. Este escenario hace más complejo para las víctimas de violencia sexual sobre la forma como fue aprobada la atribución de responsabilidad en el AL 01/17, tal como nuestras organizaciones lo explicaron en su oportunidad ante la Corte Constitucional<sup>31</sup>.

Para esto es importante retomar las formas de atribución de responsabilidad que identificó la jurisdicción de Justicia y Paz, en la cual se atribuyeron los hechos por autoría mediata o co-autoría entre otras modalidades<sup>32</sup> y la sentencia de la Corte Penal Internacional sobre el caso Bemba en que se aplicó la noción de control efectivo para condenar, entre otros, por violencia sexual así no haya sido autor directo ni se haya acreditado la existencia de una orden de violar a las mujeres<sup>33</sup>.

En este sentido, los términos de participación determinante y disponibilidad probatoria previstos por la LEJEP deben incluir el enfoque de género que permita superar las barreras para la investigación, juzgamiento y sanción de la violencia sexual.

El enfoque de género para estos temas está dado en aspectos tales como:

a. En relación con la participación determinante se debe tener en cuenta la modalidad de perpetración de estos hechos en el marco del conflicto armado y que impiden, que en comparación con otro tipo de violaciones de derechos humanos, se superen fácilmente los requisitos de participación penal clásica en los crímenes. Por lo tanto, una primera condición de enfoque diferencial de género es que los hechos de violencia sexual sean analizados en particular, sin una referencia al estándar general para la apreciación de los otros crímenes.

Esto es así porque se trata de hechos que a diferencia de otros crímenes, no son objeto de mayor detalle en la planeación de los ataques a las poblaciones. En este sentido no se puede esperar, a diferencia de otras violaciones de derechos humanos, una orden directa de violar a las mujeres, porque se requiere la demostración más compleja de un contexto de violencia y discriminación que permita acreditar la ocurrencia de la violencia sexual como parte del ataque o una política. Se trata de un nivel de desprecio tal hacia las mujeres que la violencia sexual se considera una acción “natural” del conflicto, tanto como llevar armas o uniformes así que su pertenencia al plan debe demostrarse a partir de la ocurrencia de los hechos, la comparación con situaciones similares que permitan identificar las características de perpetración pero no necesariamente a partir de un estándar general de identificación de una orden.

b. Por su parte, la disponibilidad probatoria requiere igualmente la validación de un enfoque de género que permita atender las características de ocurrencia de la violencia sexual en el marco del conflicto armado. Debe entenderse la disponibilidad probatoria con enfoque de género en relación con el paso del tiempo para que las mujeres víctimas tomen la decisión de

---

<sup>31</sup> Ver concepto de las Corporaciones Humanas, Sisma y la Red Nacional de Mujeres sobre acto legislativo 1 de 2017, dentro del proceso RPZ-003 del 28 de julio de 2017.

<sup>32</sup> Tribunal Justicia y Paz Bogotá Sala de Justicia y Paz, 16 de diciembre de 2014 sentencia del radicado Rad. 11001-22-52000-2014-00058-00 Rad. Interno 2358.

<sup>33</sup> Corte Penal Internacional 01/05-01/08 situación en República Centro Africana en caso de la Fiscalía contra Jean Pierre Bemba Gombo, sentencia del 21 de junio de 2016.

denunciar. Según estudios de nuestras organizaciones, un tiempo promedio de denuncia es de doce años<sup>34</sup>, si es que deciden hacerlo, lo cual implica que el estándar de la disponibilidad probatoria debe adaptarse a la dinámica de la ocurrencia y denuncia de la violencia sexual. Crímenes como la desaparición forzada, el secuestro, las amenazas, los asesinatos, entre otros, no enfrentan este tipo de particularidades, por lo cual, no puede haber un mismo referente de valoración para la disponibilidad probatoria. Lo mismo puede decirse en relación con disponibilidad de pruebas para violencia sexual porque son los relatos de las víctimas las principales pruebas existentes. Esos otros delitos tienen un conocimiento más amplio por parte de otros testigos de la población, bien porque se conocieron las amenazas, porque se supo de la desaparición en medio de la plaza central del municipio, porque la familia denunció el secuestro inmediatamente ocurrió etc, pero en el caso de la violencia sexual la voz de la víctima debe tener un papel importante ya que los agresores no van a aceptar que cometieron los hechos, y las demás pruebas están en disposición de ellos. Ciertamente no se trata de delitos sexuales en contextos comunitarios donde prima la privacidad de los hechos, pues en el marco del conflicto armado, la situación fue pública y conocida por los combatientes, pero en tanto estas pruebas son inaccesibles por regla general<sup>35</sup>, se hace necesario entonces dar un enfoque de género a la disponibilidad probatoria.

Por lo demás, la Corte debería precisar qué peso tienen estos criterios subjetivos, que en el marco de la Corte Penal Internacional han sido considerados como de priorización y no de selección<sup>36</sup>.

Por esto, se solicita condicionar los criterios de participación determinante y disponibilidad probatoria a la garantía efectiva del enfoque de género previsto en el AFP y el AL 01/17 para prevenir que por las barreras de acceso a la justicia, los casos de violencia sexual no sean seleccionados por no cumplir estándares generales de ocurrencia de otras violaciones de derechos humanos.

*1.5 Condicionamiento de la facultad de la Unidad de Investigación y Acusación para adoptar criterios para seleccionar y descongestionar por vulneración de la reserva legislativa estatutaria en tanto no se desarrolló el tema en la LEJEP.*

**ARTÍCULO 87. FUNCIONES DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN Y ACUSACIÓN.** La Unidad de investigación y acusación será el órgano que satisfaga el derecho de las víctimas a la justicia cuando no haya reconocimiento colectivo o individual de responsabilidad. Tendrá las siguientes funciones:

---

<sup>34</sup> Corporación Sisma Mujer, La luz que nos queda, documentación de casos de violencia sexual, 2017 pp 40.

<sup>35</sup> En todo caso nuestra alianza ha propuesto a la JEP que el concepto de *verdad plena* para acceder a los beneficios, tal como lo prevé el AL 01/17, se use para que los integrantes de los grupos armados releven la información que de disponen sobre violencia sexual porque necesariamente tienen que conocer diferentes hechos según la dinámica de la violencia sexual que nuestras organizaciones ha documentado. Si no relevan la información no podrían acceder a los beneficios.

<sup>36</sup> “Lo novedoso es que la Oficina del Fiscal excluyó los criterios relacionados con el rol y estatus del autor de las consideraciones acerca de la selección de situaciones y casos, y sólo los incorporó en la discusión sobre la asignación de prioridad... la OF-CPI... propone la “*disponibilidad de prueba*” como el criterio principal que debería guiar la asignación de prioridad de los crímenes respecto a los cuales se presentarán cargos. Morten Bergsmo y María Paula Saffon 2011 op cit, pp 106.

d. Organizar sus tareas, integrar comisiones de trabajo, fijar prioridades, acumular casos semejantes y definir la secuencia en que los abordará, así como adoptar criterios de selección y descongestión. Al ejercer estas facultades tendrá en cuenta la necesidad de evitar que las conductas graves y representativas queden impunes, así como prevenir la congestión del Tribunal.

En relación con la facultad de selección de la Unidad de Investigación y Acusación (UIA), debe indicarse que el AFP dispuso que la entidad tiene la facultad de adoptar criterios de selección y descongestión, sin embargo, en la incorporación del SIVJRN en la Constitución Política a través del AL 01/17, se estableció la reserva de ley estatutaria para la selección de casos como se expuso en la primera parte de este concepto. Esto es, sólo mediante ley estatutaria puede regularse la facultad de selección. Sin embargo, la LEJEP se limitó a regular dicha facultad exclusivamente en relación con las salas de reconocimiento y la de definición de situaciones jurídicas en el artículo 19 LEJEP. Por tanto, se entiende que el legislador aún no ha desarrollado la facultad de la UIA en relación con la selección.

Esto es así porque la disposición acusada se limitó a reproducir la facultad reconocida por el AFP para aplicar los criterios, que realmente debe ser entendida no como de adopción, porque para esto se requiere una ley estatutaria, sino de aplicación de los criterios que la ley defina. Pero la ley no desarrolló la facultad, solo la reiteró sin desarrollo, y en tanto debe ser un tema reglado, la falta de previsión precisa sobre los criterios de selección para la UIA hace que sea necesario condicionar la norma en el entendido que la facultad no podrá ser desarrollada hasta tanto una ley estatutaria prevea los criterios de selección, porque de lo contrario, se estaría validando una norma en blanco para que sean creados criterios de selección por la UIA sin validación a través de una ley estatutaria ni control judicial constitucional sobre ellos.

Así, la Corte ha indicado que la Constitución:

“Delega en la ley estatutaria la determinación de los eventos en los cuales se seleccionan y priorizan, aportando unas reglas básicas. Sin embargo, poco se logra con esta determinación si el proceso de selección y priorización se termina realizando de manera discrecional, por lo cual es necesario garantizar la transparencia del proceso mediante medidas que faciliten su publicidad y control

(...)

El articulado de la Ley Estatutaria deberá ser respetuoso de los compromisos internacionales contemplados en los tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en cuanto a la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario”<sup>37</sup>.

En tanto la LEJEP reitera solamente la facultad sin indicar cuáles son los criterios de selección de la UIA, aún no podrá aplicarse esta facultad por la entidad hasta tanto una ley estatutaria desarrolle con precisión cuáles son los criterios para garantizar el control legal y judicial previsto por la Constitución Política para estos casos.

---

<sup>37</sup> Corte Constitucional C-579 de 2013. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

No podría la UIA crear unilateralmente los criterios de selección que considere necesarios porque se estaría vulnerando la reserva de ley estatutaria. En tanto la LEJEP no desarrolló esta facultad se entiende que aún el legislador no quiso hacerlo y hasta tanto esta condición no se dé, la facultad no puede ser aplicada.

Esta es una garantía básica para los derechos de las víctimas, particularmente, para el acceso a la justicia en relación con decisiones que implican la terminación definitiva de los procesos judiciales. Es una temática directamente relacionada con la obligación estatal para investigar, juzgar y sancionar los crímenes, en tanto, la adopción de criterios de selección sin los controles previstos en la constitución conlleva la renuncia a la investigación de graves violaciones de derechos humanos y del DIH sin un respaldo normativo adecuado. Esto atenta contra los compromisos internacionales del Estado para respetar, proteger y garantizar los derechos.

El ejercicio no reglado de una facultad que conlleva la terminación de la persecución penal configura una vulneración a dichas obligaciones porque se trataría de una función sin precisión ni control que permitiría crear, modificar, alterar de decisión en decisión las reglas sin que las víctimas puedan conocer de antemano las reglas estatutarias que rigen el procedimiento, para controvertir las decisiones a través de los respectivos recursos judiciales. Teniendo en cuenta los obstáculos agravados de las mujeres víctimas de violencia sexual para acceder a la justicia, este tipo de irregularidades tiene un efecto más gravoso porque de manera discrecional se podría finalizar un proceso sin que se conozca el sustento jurídico. La Corte ha indicado que los procesos de adopción de criterios de priorización y selección debe ser transparente y en el caso de los primeros, deben adoptarse por una ley estatutaria: “poco se logra con esta determinación si el proceso de selección y priorización se termina realizando de manera discrecional, por lo cual es necesario garantizar la transparencia del proceso mediante medidas que faciliten su publicidad y control”<sup>38</sup>.

La discrecionalidad en materia de género, hace que inevitablemente, además de ser una actuación de suyo arbitraria, esté permeada de estereotipos de discriminación hacia las mujeres. Esto es, donde no hay una regla precisa, define el estereotipo de discriminación. Los operadores jurídicos que tengan en sus manos casos de las diferentes modalidades de violencia sexual decidirán unilateral y discrecionalmente cuáles hechos de violencia sexual consideran relevantes para ser seleccionados, sin normas que controlen el proceso. Esto sumado a lo antes explicado sobre la duda permanente que tienen las autoridades para vincular los hechos de violencia sexual al conflicto armado, por prejuicio de la supuesta “privacidad” y a la indefinición por el AFP, y las normas de implementación normativa, sobre las “demás formas de violencia sexual”, hace que una facultad en blanco para que la UIA seleccione los casos, sea en extremo gravosa para las víctimas porque se trataría de un proceso basado en estereotipos, que refuerzan los ya existentes obstáculos de acceso a la justicia para las mujeres.

---

<sup>38</sup> Corte Constitucional C 579 de 2013. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Finalmente, en relación con la facultad de descongestión prevista tanto para la UIA como para la sala de reconocimiento y la de definición de situaciones jurídicas, aunque su regulación no exige una ley estatutaria ha de advertirse por parte de la Corte Constitucional que, si el uso de la misma está relacionado con los efectos derivados de la selección, en el caso de la UIA no podría ejercerse hasta tanto no esté regulada por la ley estatutaria la selección.

## II. Cargos sobre análisis probatorio.

En este aparte se presentan dos cargos, uno sobre la condicionalidad de un aparte del artículo 16 LEJEP sobre la práctica de pruebas en relación con el derecho a la intimidad, para que se entienda que debe incorporar el enfoque de género para garantizar los derechos de las víctimas de violencia sexual. Otro, sobre la necesidad de condicionar igualmente, la remisión del mismo artículo sobre la práctica de pruebas a que se entienda que se trata de las reglas de procedimiento y prueba del Estatuto de Roma, porque la forma como quedó regulado, no ofrece claridad sobre el punto.

### **ARTÍCULO 16. DERECHO DE LAS VÍCTIMAS EN CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL.**

*En el caso de delitos que constituyan alguna forma de violencia sexual, la JEP les garantizará a las víctimas, además de los previsto en las reglas de procedimiento, los siguientes derechos procesales, el deber de debida diligencia, el derecho a la intimidad, debiendo abstenerse, en especial, de realizar prácticas de pruebas que impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada de su vida íntima, evitando en todos los casos posibles situaciones de revictimización. Con respecto a hechos de la violencia sexual, se incorporan como normas de procedimiento las disposiciones especiales sobre práctica de pruebas incluidas en el Estatuto de Roma.*

**PARÁGRAFO 1.** *Las víctimas de violencia sexual pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas contarán con las debidas garantías procesales en los términos del artículo 39 de la presente Ley, y contarán con un enfoque diferencial étnico que evite su revictimización.*

**PARÁGRAFO 2º.** *En la valoración y juzgamiento de los delitos sexuales deberá presentarse especial atención al contexto de intimidación generalizada causado por el conflicto armado, para efectos de determinar la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo.*

#### *2.1 Condicionamiento del artículo 16 en relación con el derecho a la intimidad.*

Respecto al artículo 16 sobre los derechos de las víctimas en casos de violencia sexual, presentamos a la Honorable Corte Constitucional dos solicitudes, para que se declare la exequibilidad condicionada de dos expresiones de la disposición normativa; de acuerdo a los siguientes parámetros:

Primero, que se declare la exequibilidad condicionada de la expresión subrayada del artículo 16 de la Ley Estatutaria “el derecho a la intimidad, debiendo abstenerse, en especial, de realizar prácticas de pruebas que impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada de su vida íntima” en el entendido de que por regla general las pruebas que impliquen una intromisión en la vida íntima de la víctima son inadmisibles, excepto

cuando se supere un juicio de proporcionalidad desprovisto de estereotipos de género y que respete la dignidad de la víctima, a partir del enfoque de género del AL 01/17.

Como se ha dicho, en el marco de la justicia restaurativa adoptada por el AFP el enfoque de género tiene un lugar prioritario que fue adoptado por el AL 01/17 para “todas las fases y procedimientos del sistema, en especial respecto a todas las mujeres...”<sup>39</sup>; la manera para materializar dicho enfoque en la disposición normativa señalada requiere armonizar el contenido amplio y abstracto de “*la intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada*” como los requisitos de un juicio de proporcionalidad con la Constitución Política de Colombia, especialmente la garantía del derecho al acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual en consonancia con los deberes internacionales del Estado Colombiano de prevenir violencias (violaciones al derecho a la intimidad ilegítimas de cara a la investigación o el proceso) y actuar con debida diligencia en los casos de violencia sexual.

En los tratados y convenciones internacionales sobre los derechos humanos de las víctimas de violencia sexual, integrados a la Constitución por el artículo 93 del mismo texto normativo se tiene la protección más alta al derecho a la intimidad de las víctimas en el decreto y la práctica de las pruebas con claras limitaciones al uso de estereotipos de género discriminatorios.

Así, el auto 009 de 2015, citando las Recomendaciones y Estrategias para la Eliminación de la Violencia contra la Mujeres en el marco de la Prevención del Delito y de la Justicia Penal, reconoce que se ha exhortado a los Estados para que se “[i]ntroduzcan técnicas de investigación que, sin ser degradantes para las mujeres objeto de violencia y minimizando toda intrusión en su intimidad, estén a la altura de las prácticas más eficaces para la obtención de pruebas”.

Por otro lado, las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional (regla 71) establecen la inadmisibilidad de las pruebas sobre el comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima, como un comportamiento íntimo de la víctima sobre el cual en ningún caso se acepta intromisión o prevalencia del derecho a la defensa del compareciente y el derecho a la intimidad de la víctima de violencia sexual.

De igual manera en la jurisprudencia constitucional, ha considerado que no se cumple con el juicio de proporcionalidad cuando se utilizan estereotipos de discriminación, de manera tal que las pruebas no se orientan al esclarecimiento de la verdad y el logro de la justicia *sino que se transforma en un juicio de la conducta de la víctima, que desconoce su dignidad y hace prevalecer un prejuicio implícito sobre las condiciones morales y personales de la víctima como justificación para la violación* ( T- 453 de 2005 M.P MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA<sup>40</sup>).

---

<sup>39</sup> párrafo 1 art. t 1 AL 01/17.

<sup>40</sup> En la Sentencia T-453 de 2005, la Corte Constitucional tuteló el derecho al debido proceso y a la intimidad de la tutelante en relación con el decreto de elementos materiales probatorios como la historia clínica sobre la interrupción de un embarazo y declaraciones sobre su conducta y relaciones amorosas anteriores a los hechos.

También, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que el decreto y práctica de las pruebas debe respetar el derecho a la intimidad de las víctimas de violencia sexual, de manera que se abstengan de indagar sobre la vida privada para cuestionar o poner en tela de juicio la ocurrencia de los hechos o que se realicen inferencias indebidas si la víctima estableció contactos con el agresor<sup>41</sup>,

En el Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 19 de mayo de 2014 la Corte Interamericana de Derechos Humanos estimó que la investigación del homicidio de María Isabel no había sido conducida con una perspectiva de género de acuerdo a las obligaciones especiales impuestas por la Convención de Belém do Pará y por ello el Estado violó además el derecho a la igual protección de la ley contenido en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 del tratado.

Ahora bien, es menester constatar que *una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas*<sup>42</sup>. Esta garantía hace efectivo el derecho fundamental al acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual y armoniza la disposición de acuerdo a los artículos 229 y 2 de la Constitución Política.

Por ello, consideramos necesario el condicionamiento de la expresión señalada en tanto la indeterminación o amplitud de los términos enunciativos de un juicio de proporcionalidad para limitar la intromisión en la intimidad de la víctima, puede conducir a una interpretación basada en estereotipos de género que violenten a las víctimas de violencia sexual y con ello se corrompa el fin de la norma.

Pues, como lo ha constatado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos lejos de ser un riesgo remoto e imprevisible, la utilización de estereotipos constituye un obstáculo común en el acceso a la justicia de las víctimas en países de Mesoamérica *“El común denominador en los países mesoamericanos es que se haga recaer la culpa sobre las mujeres que han sido víctimas de violencia sexual. Por lo tanto, la respuesta judicial tiende a ser sesgada. (...) También, en el marco de los estereotipos sexistas y discriminatorios, la CIDH observa que se tiende a excusar la actuación del agresor sexual, priorizando la justificación del hombre para agredir a la mujer por encima de la víctima, de su declaración, y del bien jurídico tutelado”*<sup>43</sup>.

Adicionalmente, condicionar la exequibilidad de la disposición normativa señalada cumple como se ha dicho con dos deberes internacionales del Estado Colombiano en materia de

---

<sup>41</sup> Corte IDH. Caso Rosendo Cantú vs. México. Sentencia del 31 de Agosto de 2011. Párr. 180; Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Sentencia del 30 de agosto de 2010. Párr. 196

<sup>42</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Espinoza González vs. Perú (caso de violencia sexual en el conflicto armado interno)

<sup>43</sup> informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Acceso a la Justicia para Mujeres víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica” (2011) disponible en <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/mesoamerica%202011%20esp%20final.pdf>

protección a los derechos humanos de las mujeres, por un lado la obligación de abstenerse de utilizar estereotipos de género como la aplicación del deber de debida diligencia para los casos de violencia sexual contra las mujeres (art. 7 lit b de la Convención Interamericana para Prevenir, Investigar y Sancionar la Violencia contra las Mujeres) y por la obligación de prevenir violencias y discriminaciones en contra de las mujeres ( art. 7 literal a. *abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación* y artículo 2 lit. b de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de las Mujeres).

Esta H. Corte, ha identificado dos elementos principales del enfoque de género como parte del deber de actuar con debida diligencia para investigar, esto es i) tener en cuenta la desigualdad sistemática que ha sufrido la mujer y su condición social como factores que la ponen en una situación de riesgo y amenaza de violencia, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y por ello se justifica un trato diferencial; y (ii) abstenerse de revictimizar a las mujeres con fundamento en estereotipos de género discriminatorio contra las mujeres<sup>44</sup>. Estos parámetros deben ser considerados en la condicionalidad solicitada.

## 2.2 Condicionamiento del artículo

Además se solicita que se declare la exequibilidad condicionada de la expresión “*Con respecto a hechos de la violencia sexual, se incorporan como normas de procedimiento las disposiciones especiales sobre práctica de pruebas incluidas en el Estatuto de Roma*” en el entendido que las disposiciones especiales sobre la práctica de pruebas son las Reglas de Procedimiento y Prueba en desarrollo del Estatuto de Roma, aprobadas por la Asamblea de los Estados Parte de la Corte Penal Internacional, en Nueva York del 3 al 10 de septiembre de 2002.

Lo anterior por cuanto la disposición demandada acepta varias interpretaciones, una (i) según la cual las disposiciones especiales sobre la práctica de las pruebas son las que están en el Estatuto de Roma – *incluidas*, al interior dé, integradas- , (ii) otra que permite establecer que las disposiciones especiales son solo respecto a la práctica de la prueba, y no frente a su admisibilidad o interpretación y (iii) que las disposiciones especiales son las Reglas de Procedimiento y Prueba aprobadas por la Asamblea de los Estados Parte de la Corte Penal Internacional, en Nueva York del 3 al 10 de septiembre de 2002.

Así, consideramos necesaria la intervención de la Corte Constitucional para garantizar que la interpretación que se adopte sea la que respete la Constitución Política de manera tal que no limite los derechos de las víctimas y aplique el principio *pro personae*. Por ello solicitamos respetuosamente se indique el instrumento jurídico autónomo para la aplicación del Estatuto de Roma con su denominación jurídica: Reglas de Procedimiento y Prueba, que es al que se refiere la norma. Este instrumento internacional no contiene solamente reglas sobre la práctica de las pruebas, sino que es más amplio, pues contiene por ejemplo los

---

<sup>44</sup> Corte Constitucional Sentencia C- 297/ 16 Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado

principios aplicables en las pruebas de violencia sexual (regla 70) y la inadmisibilidad de la prueba si se trata sobre el comportamiento sexual de la víctima anterior o ulterior a los hechos (regla 71).

Además, esta interpretación es compatible con la Constitución Política ya que el instrumento internacional sobre las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, adoptadas por ley 1268 de 2008, hace parte del Estatuto de Roma que integra el bloque de constitucionalidad, y fue declarado exequible por la Corte en la sentencia C- 801 de 2009. Estas reglas se han aplicado en casos de violencia sexual contra las mujeres desde su aprobación<sup>45</sup>.

### III. Cargos sobre justicia restaurativa.

Para este bloque de cargos se presentarán inicialmente algunas consideraciones sobre la necesidad de precisar el alcance de la justicia restaurativa, que permita garantizar un balance entre los derechos de las víctimas y los beneficios aprobados para los actores armados, posteriormente se indicará un cargo sobre el beneficio de suspensión de las ordenes de captura para integrantes de la fuerza pública y finalmente otro sobre la garantía de la participación procesal de las víctimas con enfoque de género.

#### 3.1 Necesidad de una definición de justicia restaurativa

De forma general queremos llamar la atención de la H. Corte sobre la necesidad de llenar de contenido el concepto de justicia restaurativa (JRes) establecida tanto en el acto legislativo 01 de 2017, como en el proyecto de ley estatutaria de la Justicia Especial para la Paz (LEJEP), como uno de los paradigmas del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), especialmente del componente de justicia. Esta consideración no es de menor relevancia, pues en ninguna de estas normas, ni el en Acuerdo Final de Paz (AFP) se define el concepto, de forma que no es posible determinar si el contenido y el desarrollo operativo de la JRes en la implementación del AFP son acordes con estándares constitucionales e internacionales. A nuestro juicio, el significado de JRes debería ser explícito, pues actualmente dicho vacío representa una desventaja para las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y graves infracciones al DIH, particularmente a las víctimas de violencia sexual, ya que, como lo demostraremos, la LEJEP, así como otras normas de implementación del punto quinto de AFP, centran su atención en las garantías y beneficios para los victimarios, sin que exista un correlato equivalente de garantías para las víctimas, quienes deberían ser el centro del proceso<sup>46</sup>.

El artículo 4 de la LEJEP señala que:

---

<sup>45</sup> En las sentencias T-554 de 2003, T- 453 de 2005 y T-458 de 2007 la H. Corte Constitucional consideró las Reglas de Procedimiento y Prueba como pautas interpretativas relevantes para la práctica probatoria interna en casos sobre derechos de las víctimas de violencia sexual.

<sup>46</sup> TONCHE, Juliana y UMAÑA, Camilo. *Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición: un acuerdo de justicia ¿restaurativa?* En: Revista Derecho del Estado n.º 38, enero-junio de 2017, Universidad Externado de Colombia. Págs. 223-241.

*“Con la finalidad prevalente de facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, la garantía de los derechos de las víctimas y la no repetición, la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará como paradigma orientador la justicia restaurativa que busca privilegiar la armonía en el restablecimiento de relaciones de la sociedad, la restauración del daño causado y la garantía de los derechos de las futuras generaciones”.*

El artículo 13 de la LEJEP establece en su inciso segundo:

*“Por lo anterior, uno de los principios orientadores de la JEP será la aplicación de una justicia restaurativa que preferentemente busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización. La justicia restaurativa atiende prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas y se aplica con un enfoque integral que garantiza la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido”.*

De la lectura de ambos artículos se observa que el legislador le da una especial relevancia a la reparación del daño causado y señala algunos elementos característicos de la JRes como lo es el restablecimiento del daño a las relaciones, y la atención en las necesidades de dignidad de la víctima. Ahora bien, esta es una definición que podría quedarse estrecha, pues, aun cuando no existe una definición unívoca de JRes en la literatura especializada, es posible determinar algunos elementos mínimos como (i) la comprensión del delito como un conflicto o una lesión, cuyo fin es la conciliación y el resarcimiento del daño, de forma que (ii) la intervención restaurativa debe facilitar la participación de tres sujetos: la víctima, el ofensor y la comunidad, (iii) que permita encontrar una solución al conflicto y atenuar las consecuencias del delito. En todo caso, resulta indispensable que (iv) el agresor reconozca los daños causados y la necesidad de reparar a la víctima, para (v) lograr que este pueda reintegrarse a la sociedad<sup>47</sup>. Ahora, estos son algunos presupuestos básicos que deben ser desarrollados de forma explícita en la legislación, y que en todo caso a primera vista se denotan más comprensivos y amplios que la definición dada en el AFP y las normas de implementación como la LEJEP.

En el caso colombiano, la justicia restaurativa se ha definido y aplicado en casos de responsabilidad penal de los menores de edad (ley 1098 de 2006), y en un rango de delitos considerados de menor lesividad (arts. 518 y ss de la ley 906 de 2004). Si bien es entendible que Colombia haya adoptado criterios de justicia restaurativa en el pasado, cabe resaltar que se hizo para la aplicación de la justicia en condiciones de normalidad y para delitos con menor reproche social. En este contexto, la incorporación de la justicia restaurativa en el AFP resulta novedosa, pues busca extender la aplicación de este tipo de justicia a un contexto de justicia transicional y, a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento penal ordinario, abarca la violencia sexual. Es decir, a partir del principio de JRes incorporado en el acto legislativo 01 de 2017 y en la LEJEP, se amplía el rango de delitos que pueden ser tramitados bajo criterios

---

<sup>47</sup> VAN CAMP, Tinneke y WEMMERS, Jo-Anne. *La justice réparatrice et les crimes graves*. En: *Criminologie*, Vol. 44, No. 2, Universidad de Montreal, otoño de 2011. Pág. 173.

de JRes, incluyendo graves violaciones de DDHH y graves infracciones al DIH, como la violencia sexual. La posibilidad de que la JRes pueda abarcar este tipo de violaciones está lejos de tener un consenso actualmente en la academia y en la práctica<sup>48</sup>.

Si bien resulta notorio el debate que puede suscitar la incorporación de la JRes en nuestro ordenamiento, ni el AFP ni las normas que hasta el momento se han elaborado para su implementación normativa han determinado la definición que acogerán, de forma que tampoco es posible establecer y evaluar la forma en que dicho principio será operativo y si cumple con estándares de participación y centralidad de las víctimas en el proceso. Es decir, de lo que ha entendido el AFP, el acto legislativo 01 de 2017 y ahora los artículos 4 y 13 dla LEJEP, no es posible analizar si efectivamente el contenido de la JRes en el proceso de justicia transicional actual es constitucional. Sin embargo, tal como se está construyendo el andamiaje institucional y procesal, consideramos que la noción de JRes, más que ser un mecanismo para las víctimas, es un beneficio penal para los agresores quienes son los que están en el centro de los procesos ante la JEP.

Esta situación compromete el acceso a la justicia para las víctimas, especialmente para las mujeres víctimas de violencia sexual en el conflicto armado, quienes de por sí ya enfrentan diversos obstáculos para la obtención de justicia.

Adicionalmente, la falta de desarrollo del concepto constitucional de JRes tampoco ha permitido debatir en el escenario democrático, la posibilidad de que este tipo de justicia sea aplicado en casos de violencia sexual. De hecho, esta discusión no es pacífica, pues mientras algunos autores y autoras defienden su aplicación en estos escenarios porque permite el reconocimiento de responsabilidad y el empoderamiento la víctima y ofrece garantías de no repetición<sup>49</sup> -situaciones más deseables frente a la poca efectividad del proceso ordinario de justicia penal-, algunas investigaciones dan cuenta de que no existe prueba de que la JRes represente una mejora en el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual<sup>50</sup>. De hecho, mediante los mecanismos de JRes también se corren riesgos en relación con estándares de acceso a la justicia que no permiten mecanismos de conciliación en este tipo de violencias. Ahora, la aplicación de JRes en procesos de justicia transicional para casos de violencia sexual puede tener un mayor riesgo de revictimización, si se tiene en cuenta que la JRes propende por el reconocimiento del agresor del daño ocasionado, y en la práctica de la ley 975 se observó que los victimarios están dispuestos a reconocer hechos victimizantes menos la violencia sexual.

---

<sup>48</sup> WEITEKAMP Elmar, VANSPAUNEN Kris, PARMENTIER Stephan, VALIÑAS Marta, GERITS Roel. *How to deal with mass victimization and gross human rights violations. A restorative justice approach*. En: Large-Scale Victimisation as a Potential Source of Terrorist Activities: Importance of Regaining Security in Post-Conflict Societies, NATO Security Through Science Series (Book 13), (Diciembre de 2006), IOS Press. Págs. 217 – 241.

<sup>49</sup> HUDSON, Barbara. Ob cit., Págs. 630 – 632.

<sup>50</sup> MCGLYNN, Clare, WESTMARLAND, Nicole y GODDEN Nikki. 'I Just Wanted Him to Hear Me': Sexual Violence and the Possibilities of Restorative Justice. En: Journal of Law and Society, Vol. 39, No. 2 (Junio de 2012), Cardiff University. Pág. 239.

En todo caso, consideramos que la JRes no debería entenderse como un beneficio penal para los agresores, sino como un espacio en el que se amplifique la participación de las víctimas y sea su relato libre el que impulse los espacios de reconocimiento del daño y las exigencias de reparación. Además, si bien el componente de reparación es central en la definición de JRes, no puede entenderse que su finalidad se agote allí, pues bajo ninguna circunstancia la reparación puede reemplazar el acceso a la justicia.

Sin embargo, la LEJEP no parece estar elaborado bajo estos preceptos, si se tiene en cuenta que limita la participación de las víctimas a la presentación de informes con unos estándares exigentes y de difícil cumplimiento para los casos de violencia sexual. En el trámite con reconocimiento, la voz preponderante es la del victimario, sin que exista la posibilidad de que la víctima participe con su relato libre. La participación de las víctimas en los proyectos restaurativos no tiene un efecto vinculante, y en todo caso no incorpora un enfoque de género para los casos de violencia sexual. Los principios de debido proceso, seguridad jurídica y representación judicial están pensados para los victimarios, omitiendo cualquier referencia a las víctimas. En general, la construcción de la JEP en el PLJEP en vez de generar espacios de empoderamiento para las víctimas y reforzar sus garantías dentro del proceso, establece una serie de beneficios para los agresores que en todo caso resultan desproporcionados frente al descuido por los intereses y garantías de las víctimas.

Por estas razones consideramos pertinente que la Corte Constitucional se pronuncie sobre el contenido o la definición constitucional de la establecida en el AFP y desarrollada por la LEJEP.

### *3.2 Inconstitucionalidad del artículo 50.*

**ARTÍCULO 50. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS ÓRDENES DE CAPTURA PARA MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA.** En virtud del carácter prevalente e inescindible del componente de justicia del SIVJRNR, para hacer efectivo el tratamiento simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado, y simultáneo, la autoridad judicial correspondiente, tratándose de investigaciones adelantadas por el procedimiento previsto en la ley 906 de 2004, a solicitud de la Fiscalía General de la Nación suspenderá las órdenes de captura que se hayan dictado o se dicten en contra de miembros de la Fuerza Pública en las investigaciones o procesos adelantados contra ellos, por conductas punibles cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno.

Tratándose de investigaciones adelantadas por el procedimiento previsto en la ley 600 de 2000, será el fiscal que adelante la investigación quien adopte la correspondiente medida. Encontrándose en la etapa de juzgamiento será el juez o magistrado de conocimiento quien adopte la decisión

Una vez establecida la necesidad de que la H. Corte se pronuncie sobre el contenido constitucionalmente válido de la JRes en la implementación normativa del punto quinto del AFP, demostraremos que la ausencia de tal definición puede conllevar la violación del Estado a su deber de investigar, juzgar y sancionar, como ocurre con el artículo 50.

El artículo prevé la posibilidad de suspender las órdenes de captura contra miembros de la fuerza pública, en el mismo sentido del decreto 706 de 2017. En el mismo sentido que señalamos en nuestra intervención ante la H. Corte sobre dicho decreto<sup>51</sup>, la medida allí establecida resulta inconstitucional toda vez que su única finalidad es la de beneficiar a los agentes de la fuerza pública, sin que sea argumentable que hace parte del trato diferenciado pero simétrico, y sin ningún tipo de contraprestación para las víctimas<sup>52</sup>.

En cuanto a lo primero, mientras para las FARC se justifica la suspensión de las órdenes de captura en función del proceso de dejación de armas y de su proceso de reincorporación, para la fuerza pública no hay una situación similar o parecida siquiera. Es decir, su única finalidad es la que obtener un beneficio para ellos.

En cuanto a lo segundo, en el caso de la violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado, la suspensión de órdenes de captura niega su acceso a la justicia porque reduce sus garantías, de por sí precarias, para el acceso a la justicia y alienta la repetición de la violencia sexual. Tal como se plantea la medida del artículo 50, prima la necesidad de otorgar un beneficio penal, que no tiene una finalidad plausible en el AFP, sobre las garantías de las víctimas; situación que a todas luces contradice principios básicos de mecanismos de justicia restaurativa.

La medida desconoce que en el caso la violencia sexual, el panorama de acceso a la justicia es de casi total impunidad por el “triple proceso de invisibilidad oficial y extraoficial, silencio por parte de las víctimas, e impunidad de los perpetradores” como lo ha indicado la Corte Constitucional<sup>53</sup>. Aunque las cifras oficiales registran una importante participación de la fuerza pública en la perpetración de hechos de violencia sexual<sup>54</sup>, las entidades no visibilizan el fenómeno, las víctimas difícilmente denuncian y el número de condenas es mínimo en los casos que han logrado presentarse ante la justicia<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> Cinco claves para el tratamiento diferencial de la violencia sexual contra las mujeres en el conflicto armado, en el Acuerdo Final de Paz. Intervención Ciudadana sobre el decreto 706 de 2017 por “Por el cual se aplica un tratamiento especial a los miembros de la Fuerza Pública en desarrollo de los principios de prevalencia e inescindibilidad del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y se dictan otras disposiciones”. Exp. RDL 0000013. M.P.: Alberto Rojas Ríos.

<sup>52</sup> Si bien en el concepto elaborado por Cinco Claves para el decreto 706 de 2017 se argumentó que la norma era inconstitucional toda vez que no cumplía con los requisitos formales establecidos por la jurisprudencia de la H. Corte, cabe señalar que aun cuando la norma atacada tenga rango estatutario, no se subsanan los argumentos de fondo sobre su inconstitucionalidad.

<sup>53</sup> Corte Constitucional Auto 092 de 2008. MP Manuel José Cepeda. párr. III.1.1.6.

<sup>54</sup> Corporación Sisma Mujer “En cuanto a la totalidad de dictámenes periciales sexológicos practicados a mujeres según presunto agresor desde 2007 hasta 2015, se deduce que (Tabla No 20):

- Los miembros de las fuerzas armadas, de policía, policía judicial y servicios de inteligencia fueron los mayores presuntos responsables de la violencia sexual en el contexto de la violencia sociopolítica durante este periodo, con el 36,13% de los casos contra las mujeres (353). Dentro de esta categoría, la Policía fue el agresor con el mayor número de casos (61%, es decir 215 casos), seguido por las Fuerzas militares (28%, es decir 99 casos)” Boletín No. 11. Informe Especial. Noviembre 25 de 2016 disponible en [www.sismamujer.org](http://www.sismamujer.org)

<sup>55</sup> Respecto de los Anexos reservados, se conocen solamente 5 condenas contra la fuerza pública. Ver Mesa de seguimiento, ob cit 2016 pág 15.

Según el más reciente informe de acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual, el nivel de impunidad asciende a 97.8% en todos los casos reportados por la Corte Constitucional en los Anexos reservados a la Fiscalía General<sup>56</sup>. Un panorama semejante se deriva de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz<sup>57</sup> que además nos enseñó que el silencio sobre la violencia sexual no solo proviene de las víctimas, sino principalmente de los agresores porque no confiesan, menos aún si no tienen necesidad, por lo menos jurídica, de hacerlo.

En relación con el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual por parte de la fuerza pública, las organizaciones de mujeres hemos alertado sobre la falta de garantías para las víctimas, dada la relación asimétrica de poder en este tipo de casos entre las víctimas y los agresores. En el marco del proceso de negociación con las FARC, las organizaciones de mujeres advertimos sobre el énfasis del Estado, específicamente los esfuerzos realizados durante el periodo de conversaciones por la Fiscalía General de la Nación, en investigar solamente la violencia sexual cometida por la guerrilla, sin aplicar una estrategia semejante para aquella cometida por la fuerza pública y así garantizar la igualdad de las víctimas<sup>58</sup>. En el mismo sentido se pronunció el referido informe sobre acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual en los casos de los Anexos reservados<sup>59</sup>.

Según la información recibida por la Corporación Sisma Mujer sobre casos de violencia sexual perpetrada por agentes de la fuerza pública, están identificados 1.148 casos, con el 54% de responsabilidad atribuible al Ejército Nacional y un 35% a la Policía<sup>60</sup>, entre otras autorías y un total de 127 sentencias, 100 condenas y 27 absoluciones. De estas condenas es preciso aclarar que en 17 casos la condena se refiere a hechos diferentes de violencia sexual y de las absoluciones, que la mayoría (14) son sobre hechos perpetrados contra menores de catorce años<sup>61</sup>.

---

<sup>56</sup> Mesa de seguimiento ob cit 2016, pág. 14.

<sup>57</sup> Actualmente la Fiscalía reporta un total de 52 sentencias <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2017/05/Estadistica-a-30-abr-2017.pdf> de las cuales solo 7 son sobre violencia sexual, ver Mesa de seguimiento a los Autos 092 y 009 de la Corte Constitucional, Anexos Reservados, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual, Sexto Informe de Seguimiento al Auto 092 de 2008 y Primer Informe de Seguimiento al Auto 009 de 2015, Anexos Reservados, marzo de 2016, pág 80.

<sup>58</sup> “Vemos con preocupación el énfasis que en la actualidad hace el Estado para investigar la violencia sexual perpetrada por las FARC EP, dejando de lado la responsabilidad de la fuerza pública, paramilitares y otros actores privados, lo cual genera desconfianza entre las partes e instrumentaliza la violencia contra la mujer” <http://colombia.unwomen.org/es/noticias-y-eventos/articulos/2015/08/organizaciones-mujeres-la-habana>

<sup>59</sup> “Para la Mesa es evidente que la Fiscalía está jerarquizando la respuesta a la violencia sexual cometida en el conflicto a partir del actor armado, dejando en el último nivel de prioridad aquellos cometidos por Fuerza Pública, bandas criminales y civiles, sin que exista un argumento claro que lo justifique” Mesa de seguimiento, ob cit 2016 pág 78.

<sup>60</sup> Respuesta de la Fiscalía General de la Nación a la Corporación Sisma Mujer, bajo radicado N° 20179430000181 del 27 de marzo de 2017.

<sup>61</sup> Respuesta de la Fiscalía General de la Nación a la Corporación Sisma Mujer, bajo radicado N° 20179430001701 del 6 de julio de 2017. Es preciso aclarar que en esta respuesta la Fiscalía indicó que había 109 sentencias con 84 condenas y 25 absoluciones, sin embargo, de la base Excel aportada como soporte de la respuesta escrita, se identifican 100 condenas y 27 absoluciones.

Del conjunto de casos, la Fiscalía solo reconoce que 98<sup>62</sup> casos están relacionados con el conflicto armado, en contravía de la presunción de relación cercana y suficiente de la violencia sexual con el conflicto armado, establecida por el Auto 09 de 2015 de la Corte Constitucional.

Es importante destacar que, respecto al conjunto de casos, no existen investigaciones disciplinarias proporcionales en la Procuraduría General de la Nación a pesar del poder preferente que debe ejercer para investigar las violaciones de derechos humanos y que algunas se adelantan de manera irregular en las instancias de control interno de la fuerza pública por la falta de garantías de independencia para las víctimas. Sobre lo primero, cabe destacar que desde el 2015 la Procuraduría General informó sobre la existencia solamente de 11 investigaciones disciplinarias sobre hechos de violencia sexual en el marco del conflicto armado<sup>63</sup> y sobre lo que segundo, que según indagación adelantada por Sisma Mujer, las oficinas de control interno de la fuerza pública tramitan 39 investigaciones disciplinarias por hechos de violencia sexual<sup>64</sup> a pesar del llamado realizado por la Corte Constitucional en el Auto 09 de 2015 a la Procuraduría General de la Nación para “dar apertura y desarrollar con celeridad los procesos disciplinarios contra agentes del Estado involucrados en casos de violencia sexual”. Además de manera reciente, la Procuraduría ha indicado que el Ejército Nacional tramita 7 investigaciones disciplinarias por hechos de violencia sexual en el marco del conflicto armado<sup>65</sup>.

Por último, cabe recordar que, según cifras oficiales, la fuerza pública es responsable del 34,6% de los casos de violencia sexual contra mujeres en el marco del conflicto armado durante el periodo 2008 – 2016<sup>66</sup> y que, sin embargo, otros reportes estatales no informan sobre los casos atribuidos a este tipo de agentes. Es el caso del Centro de Memoria Histórica, que en su último reporte solo dio cuenta de 206 registros correspondiente al 1.3% de los casos de violencia sexual en el marco del conflicto<sup>67, 68</sup>.

Teniendo en cuenta que los anteriores datos confirman el triple proceso señalado por la Corte Constitucional sobre la violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado, lo imprescindible para garantizar el acceso a la justicia de estas víctimas es que se fortalezcan los mecanismos para proteger sus derechos, pero la medida cuestionada, facilita la evasión

---

<sup>62</sup> Respuesta de la Fiscalía General de la Nación a la Corporación Sisma Mujer, bajo radicado N° 20179430000181 del 27 de marzo de 2017.

<sup>63</sup> Procuraduría General de la Nación, INFORME DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN SOBRE LA LEY 1719 DE 2014, LEY DE ACCESO A LA JUSTICIA PARA LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL, EN ESPECIAL LAS DEL CONFLICTO ARMADO, 2015, pp 31- 33.

<sup>64</sup> Comunicación dirigida por la Corporación Sisma Mujer a la Comisión Legal para la Equidad de la Mujer del Congreso de la República del 22 de noviembre de 2016.

<sup>65</sup> Respuesta de la Procuraduría General a la Mesa de Seguimiento a los Anexos reservados de los Autos 092 de 2008 y 09 de 2015, del 13 de diciembre de 2017, radicado N° 30863/2017 MAGS 16423314122017.

<sup>66</sup> [https://www.sismamujer.org/wp-content/uploads/2018/02/Bolet%C3%ADn-25-de-Noviembre-de-2017\\_SISMA-MUJER.pdf](https://www.sismamujer.org/wp-content/uploads/2018/02/Bolet%C3%ADn-25-de-Noviembre-de-2017_SISMA-MUJER.pdf) pág 41.

<sup>67</sup> Centro Nacional de Memoria Histórica, la guerra inscrita en el cuerpo, informe nacional de violencia sexual en el conflicto armado 2017, pp 482.

<sup>68</sup> Corporación Sisma Mujer. Documento: Información Sobre La Garantía Del Acceso A La Justicia Para Mujeres Víctimas De Violencia Sexual En El Marco Del Conflicto. Marzo de 2018.

de la justicia de quienes excepcionalmente han sido detenidos por hechos de violencia sexual<sup>69</sup>. Con este tipo de medidas se protege, por el contrario, la falta de voluntad para confesar este tipo de hechos, no se ofrece ninguna garantía para hacer efectivo el derecho a la verdad y por tanto se promueve la impunidad, la repetición de los hechos y la justicia pierde su función de prevenir y persuadir a nuevos agresores o aquellos que pretendan reincidir, ante la falta de sanción estatal por el incumplimiento de la debida diligencia<sup>70</sup>.

Es así que la medida de suspensión de captura, contenida en el artículo 50 es inconstitucional.

### 3.3 Garantías de participación. Omisión legislativa relativa del artículo 14.

**ARTÍCULO 14. PARTICIPACIÓN EFECTIVA DE LAS VÍCTIMAS.** Las normas de procedimiento de la JEP contemplarán la participación efectiva de las víctimas en las actuaciones de esta jurisdicción conforme lo contemplado en el artículo transitorio 12 del Acto Legislativo 01 de 2017 y como mínimo con los derechos que da la calidad de interviniente especial según los estándares nacionales e internacionales sobre garantías procesales, sustanciales, probatorias, acceso a un recurso judicial efectivo y demás derechos aplicables.

El Estado tomará las medidas necesarias para asegurar, con perspectiva étnica y cultural, la participación efectiva de las víctimas, el acceso a información, la asistencia técnica y psicosocial, y la protección de las víctimas ocasionadas por las conductas que se examinarán en la JEP.

La norma omite hacer referencia al enfoque diferencial y de género, lo cual, a nuestro parecer, constituye una omisión relativa legislativa.

La jurisprudencia de la H. Corte ha establecido dos niveles de análisis para la acreditación de una omisión legislativa relativa. La primera, en la que se demuestran los requisitos para su estudio, y la segunda, en donde se determina la existencia de la omisión, así:

*“(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea*

---

<sup>69</sup> En el caso N° 115 del Anexo reservado del Auto 09 de 2015 de la Corte Constitucional, la Fiscalía 32 Especializada de Derechos Humanos con sede en Barranquilla otorgó la libertad inmediata a tres militares vinculados por violencia sexual, el 15 de mayo de 2017.

<sup>70</sup> Corte Constitucional Auto 09 de 2015 M.P Luis Ernesto Vargas “En esa medida, la garantía de que los agresores serán enjuiciados y sancionados representa una de las principales estrategias de prevención contra la violencia y discriminación de género, incluida la violencia sexual”. IV.3.

*el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador”<sup>71</sup>.*

A continuación, demostraremos la configuración de la omisión legislativa relativa del artículo 14, al excluir el enfoque diferencial y de género dentro de las garantías para la participación de las víctimas en los procesos ante la JEP.

a. Existencia de una norma de la que se predica la omisión legislativa relativa

Como se encabeza el presente apartado, hemos identificado que el inciso 2 del artículo 14 del proyecto LEJEP es la norma de la cual consideramos que se desprende la omisión en razón a la falta de un ingrediente esencial sobre las garantías con enfoque diferencial y de género que deben ser transversales al funcionamiento de la JEP.

b. El precepto omite incluir un ingrediente esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta

En esta fase de análisis debemos precisar cuál es el ingrediente necesario que fue omitido por la norma, que es precisamente la condición que se demanda para su respectiva adecuación con el ordenamiento jurídico constitucional, y que hemos identificado como la omisión por parte del legislador de incluir el enfoque diferencial y de género dentro de las garantías de participación de las víctimas dentro de los procesos de la JEP.

La aplicación de enfoques diferenciales hace parte del mandato de igualdad material establecido en el artículo 13 de la CP, *“toda vez que [el enfoque diferencial] da un trato diferente a aquellos sujetos desiguales, pretendiendo proteger a las personas que encuentren en situación de vulnerabilidad o debilidad manifiesta con base en los principios de equidad, participación e inclusión. Esto, con la finalidad de evitar la discriminación y la marginación de estos sujetos”<sup>72</sup>*. Los enfoques diferenciales reconocen las barreras y condiciones de desigualdad propias de una determinada población, con el fin de generar una respuesta institucional que supere los obstáculos propios del grupo.

Para el caso de violencia sexual en contra de la mujer, en reiteradas oportunidades la H. Corte<sup>73</sup> ha establecido la importancia de la incorporación del enfoque de género en el acceso a la justicia. Adicionalmente, el AFP establece que el enfoque de género debe ser transversal al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición:

*“El Sistema Integral tiene un enfoque diferencial y de género, que se ajusta y responde a las características particulares de la victimización en cada territorio y cada población, y en especial a las necesidades de las mujeres y de los niños y las niñas”<sup>74</sup>.*

---

<sup>71</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-185 de 2002. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

<sup>72</sup> Corte Constitucional, sentencia T-531-17. M.P.: Alberto Rojas Ríos.

<sup>73</sup> Entre otras: T-590 de 2017, M.P.: Alberto Rojas Ríos, T-145 de 2017: María Victoria Calle Correa, T-012 de 2016 M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>74</sup> Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, pág. 128.

Esta consideración fue recogida en el párrafo 1° del artículo 1 transitorio del AL 01/17, así:

*“El Sistema Integral tendrá un enfoque territorial, diferencial y de género, que corresponde a las características particulares de la victimización en cada territorio y cada población y en especial a la protección y atención prioritaria de las mujeres y de los niños y niñas víctimas del conflicto armado. El enfoque de género y diferencial se aplicará a todas las fases y procedimientos del Sistema, en especial respecto a todas las mujeres que han padecido o participado en el conflicto”.* (subraya fuera de texto).

c. La exclusión del ingrediente carece de un principio de razón suficiente

Dentro del trámite legislativo del proyecto LEJEP se observa que el texto original radicado por el Gobierno ya preveía la exclusión de otros enfoques diferenciales, y el legislador no discutió en ningún momento la razonabilidad de dicha omisión.

En este caso es posible afirmar que la norma, al excluir los otros enfoques, generó una situación de trato de desigual para grupos que por estar en el mismo supuesto de hecho, es decir, condiciones históricas de discriminación o marginación, merecen una regulación similar, como lo es la garantía de la aplicación de enfoques para la participación efectiva en los procesos ante la JEP.

En el caso de la violencia sexual en el marco del conflicto, la H. Corte estableció en el auto 009 de 2015 que la aplicación del enfoque de género en el acceso a la justicia de las mujeres hace parte del deber de debida diligencia.

d. La falta de justificación y objetividad genera una desigualdad negativa

El derecho de participación en el proceso hace parte esencial del derecho de acceso a la justicia, tal como lo ha reconocido esta H. Corte<sup>75</sup>. En virtud del principio de igualdad y no discriminación, no resulta justificable que la ley favorezca únicamente la participación de personas de comunidades étnicas y culturales, dejando de lado las garantías propias para otro tipo de grupos. Afirmar esta posibilidad sería contradecir el fundamento mismo del trato diferencial afirmativo, pues se generaría la desventaja de un grupo en relación con otro por los mismos criterios sospechosos contenidos en el artículo 13 de la C.P.

En el caso de las mujeres víctimas de violencia sexual, existen salvaguardas necesarias para garantizar su participación en el proceso, establecidas en instrumentos legales como la ley 1257 de 2008 y la ley 1719 de 2014 y en la jurisprudencia de la H. Corte<sup>76</sup>. Sin estas consideraciones podrían generarse situaciones de temor o riesgo para las mujeres, como sucedería si se omite su derecho a no ser confrontadas con su agresor, o el reconocimiento

---

<sup>75</sup> Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, M.P.

<sup>76</sup> Sentencias T-453 de 2005, T-794 de 2007, T-595 de 2013, T-923 de 2013, T-878 de 2014, T-418 de 2015, T-772 de 2015, T-012 de 2016, T-271 de 2016, entre otras.

de la forma en que suele suceder este tipo de violencias y que dificulta su prueba bajo estándares ordinarios.

- e. La omisión es el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador

La cláusula de Estado social de derecho implica el reconocimiento, respeto y protección de la igualdad en su faceta de principio y derecho, en su dimensión formal y material. Dicho postulado se encuentra desarrollado en el artículo 13 constitucional, que reivindica en el primer inciso la igualdad en su faceta formal o igualdad ante la ley, según la cual el Estado tiene vedado implementar medidas discriminatorias, ya sea directa o indirectamente; y en el segundo inciso la igualdad material, que implica un deber de promoción para superar las desigualdades que enfrentan ciertos grupos discriminados o marginados históricamente. Mientras la igualdad formal incorpora un mandato de abstención, la material comporta la obligación de intervención y protección a ciertos grupos sociales<sup>77</sup>.

En virtud del principio de igualdad material, el poder estatal debe tener una especial consideración con la población que ha sido sistemáticamente marginada o discriminada<sup>78</sup>, bien por condiciones subjetivas como la discapacidad, la orientación sexual o la pertenencia a una determinada etnia, o bien por las condiciones objetivas impuestas por los patrones asociados al género, la segregación económica y la violencia, de forma tal que la adopción de medidas que involucren sus derechos deberá evitar caer en tratos discriminatorios o de acentuación de vulnerabilidades, y en cambio, tendrá una orden de promoción y especial protección.

En este sentido, tanto el mandato de igualdad establecido en el artículo 13 de la CP, como la expresa inclusión del enfoque de género en el acto legislativo 01 de 2017, soportan la consideración de que el artículo 14 desconoció un mandato específico del constituyente.

En conclusión, la pretermisión del legislador estatutario de incluir el enfoque diferencial y de género en relación con las garantías de participación efectiva se configura como una omisión legislativa relativa, por lo cual la norma debería ser declarada constitucional bajo el entendido de que las garantías de participación en los procesos de la JEP incluye el enfoque diferencial y de género, y no se limita únicamente al reconocimiento y garantía del dicho derecho a las personas pertenecientes a una comunidad étnica o cultural.

---

<sup>77</sup> Corte Constitucional, sentencia T-629 de 2010, M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>78</sup> En sentencia T-291 de 2009, la Corte Constitucional señaló que “un propósito central de la cláusula de igualdad, es la protección de grupos tradicionalmente discriminados o marginados; protección que en un Estado social de derecho, se expresa en una doble dimensión: por un lado, como mandato de abstención o interdicción de tratos discriminatorios (mandato de abstención) y, por el otro, como un mandato de intervención, a través del cual el Estado está obligado a realizar acciones tendentes a superar las condiciones de desigualdad material que enfrentan dichos grupos (mandato de intervención). En relación con el primero, existe un deber de la administración de abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas que conduzcan a agravar o perpetuar la situación de exclusión, marginamiento o discriminación de grupos tradicionalmente desventajados en la sociedad. Esto se deriva principalmente de la cláusula de igualdad formal y del principio de no discriminación establecido en el inciso primero del artículo 13”. M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez.

#### **IV. Cargo de inconstitucionalidad contra la exclusión de la violencia sexual contra NNA de la jurisdicción especial de paz.**

**ARTÍCULO 146.** Las sanciones a las que se hace referencia en el Título IX de la presente ley no serán aplicables a quienes hayan cometido cualquier tipo de delito sexual contra Niños, Niñas o Adolescentes.

**A los infractores a los que se hace referencia en el inciso anterior se les aplicarán las penas y sanciones contempladas en la Ley 599 de 2000 o la que haga sus veces, y no procederán ninguna clase de beneficios o subrogados penales, judiciales y/o administrativos, incluyendo los que se consagran en la presente ley.**

La LEJEP previó en su artículo 146 una disposición que prohíbe la aplicación de las sanciones reguladas en esta ley a los delitos sexuales contra niños, niñas o adolescentes. En principio podría considerarse que la norma solo establece que la JEP tenga prohibición de aplicar las sanciones propias, alternativas y ordinarias del AFP pero que puede aplicar las sanciones previstas en la ley 599. Esta interpretación de la norma no implica necesariamente la exclusión de los delitos sexuales de la JEP, pero sí el cambio de condiciones en las sanciones que podrían equipararse en los efectos, a esa exclusión. Otra interpretación de la norma da a entender que efectivamente, en tanto la JEP no tendría competencia para aplicar sanciones de justicia ordinaria por tratarse de una instancia de carácter transicional, los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes saldrían de la JEP y quedarían bajo el conocimiento de la justicia ordinaria.

Una alternativa adicional de interpretación de la norma indicaría que la JEP no puede aplicar las sanciones propias ni alternativas, pero sí las ordinarias del AFP justamente por la remisión que se hace a la ley 599 sobre las sanciones ordinarias.

Aunque ante la opinión pública se ha dicho que la norma solo aplicaría para los casos de la guerrilla, lo cierto es que, a falta de distinción, la norma es aplicable a cualquier tipo de delito sexual cometido contra NAA por parte de la guerrilla o los integrantes de la fuerza pública y en todo caso no tendría ningún sentido jurídico dar un tratamiento de un mismo tipo de delitos para un actor armado que para otro, porque sería discriminatorio en relación con las víctimas, para quienes, por la experiencia de nuestras organizaciones, poco importa la distinción del actor armado.

Sin embargo, cualquiera sea la interpretación, lo cierto es que la norma excluye o genera los efectos de la exclusión del régimen transicional para los delitos sexuales contra NNA. En este contexto, la norma es inconstitucional por vulnerar el poder preferente de la JEP sobre las conductas cometidas con anterioridad al 1 de diciembre de 2016 por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado<sup>79</sup>.

En estas conductas están las relativas a la violencia sexual contra mujeres por lo cual las organizaciones hemos trabajado por posicionar en la jurisprudencia constitucional la relación

---

<sup>79</sup> Acto Legislativo 01 de 2017, artículo 5 transitorio.

de la violencia sexual con el conflicto, justo porque recurrentemente se niega por los operadores judiciales, quienes están permeados por estereotipos de discriminación como se explicó en la primera parte de este concepto. Aceptar una jurisdicción diferente para la violencia sexual a la justicia transicional desarrollada por el AFP sería aceptar que la violencia sexual no está relacionada con el conflicto y esto no tiene fundamento fáctico ni jurídico. Lo primero porque la forma de perpetración de la violencia sexual da cuenta de los patrones fácticos con que la misma ocurre en el marco del conflicto, demostrando la intencionalidad, deliberación y atrocidad con que se comete. Casos de víctimas señaladas recurrentemente de ser guerrilleras mientras son violentadas, o de lideresas “castigadas” por evitar el reclutamiento forzado de la niñez de sus comunidades dan cuenta de esta base fáctica de la relación de la violencia sexual con el conflicto armado. Lo segundo, porque las normas internacionales y nacionales, así como la jurisprudencia constitucional sobre violencia sexual contra mujeres en el conflicto armado lo demuestra. El Estatuto de Roma regula lo pertinente en relación con la violencia sexual como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra<sup>80</sup>, la ley 1719 tiene énfasis en la violencia sexual en el conflicto armado<sup>81</sup> y los Autos de la Corte Constitucional sobre el tema sustentan la relación de la violencia sexual con el conflicto armado<sup>82</sup>.

En ese sentido es claro que la investigación, juzgamiento y sanción de la violencia sexual contra NNA debe mantenerse bajo la competencia de la JEP porque ésta tiene la facultad preferente de conocer sobre los hechos relacionados con el conflicto armado.

En todo caso, no sería adecuado que la Corte Constitucional acepte argumentos basados en estereotipos o en la instrumentalización de las víctimas de violencia sexual para mantener la competencia de estos delitos bajo el conocimiento de la JEP. Entre esos argumentos basados en estereotipos e instrumentalización de las víctimas están que (i) no se puede retirar la competencia de la JEP sobre la violencia sexual contra NNA porque se desincentiva a los agresores a reconocer lo ocurrido, o porque (ii) las víctimas no tendrían derechos de acceso a la justicia en la justicia ordinaria.

Sobre lo primero hay que decir que según la experiencia de nuestras organizaciones no existe ningún incentivo jurídico que facilite la aceptación de responsabilidad de los agresores sobre la violencia sexual que han perpetrado. El régimen de justicia y paz (ley 975 de 2005) hasta el momento de entrada en vigencia del AFP era el modelo de justicia transicional más avanzado en el país, con los mejores beneficios jurídicos, y no tuvo ningún éxito en lograr la confesión de los delitos sexuales por los paramilitares, a pesar de que según los reportes oficiales indican que perpetraron el 52% de los hechos de violencia sexual en el conflicto<sup>83</sup>, la mayoría de los cuales permanecen impunes. Según cifras de Justicia y Paz, a la fecha se

---

<sup>80</sup> Estatuto de Roma artículos 7.1 g) y 8. 2 b xxii.

<sup>81</sup> Ley 1719 de 2014 artículo 1. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto la adopción de medidas para garantizar el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial de la violencia sexual asociada al conflicto armado interno. Estas medidas buscan atender de manera prioritaria las necesidades de las mujeres, niñas, niños y adolescentes víctimas.

<sup>82</sup> Corte Constitucional A. 092 /08, A 09 /15 y A737/17 entre otros.

<sup>83</sup> Centro de Memoria Histórica, la guerra inscrita en el cuerpo, informe nacional de violencia sexual en el conflicto armado 2017, pp 476.

han proferido 53 sentencias de las cuales solo 12 tienen delitos sobre violencia sexual<sup>84</sup>. No existe prueba alguna para acreditar que bajo el nuevo régimen transicional los agresores vayan a reconocer los hechos de violencia sexual que perpetraron y por el contrario la experiencia de nuestras organizaciones indica que el reconocimiento no es una opción representativa dado que el problema no es la pena que se le impone, sino el sentido de “honor” que tienen los guerreros sobre sí, que les impide aceptar que son violadores. Se trata de un asunto del patriarcado y no de incentivos judiciales lo que les impide reconocer los hechos que han cometido.

Esta tesis de falta de incentivos tiene como consecuencia que la carga sobre la falta de reconocimiento de la violencia sexual recaiga en el modelo de justicia, quitando la responsabilidad de contribución del agresor a la justicia transicional, con el consecuente impacto que dicha posición genera en las víctimas. Es el reconocimiento de esta situación lo que exige la implementación del enfoque de género en las normas que desarrollan la JEP, pues el argumento de los incentivos puede ser válido para otros hechos victimizantes como el desplazamiento o los homicidios, pero no así para la violencia sexual. Entonces no solo resulta inexacto, sino impertinente aplicar el argumento de los incentivos en los casos de violencia, más cuando evidentemente instrumentaliza a las víctimas al señalar que si hay incentivos habrá verdad sobre violencia sexual.

En relación con lo segundo, se dice que los crímenes sexuales no pueden ir a la justicia ordinaria porque en esta hay impunidad y por eso deberían mantenerse en la JEP. La impunidad de la justicia ordinaria es cierta, pero no existe ninguna evidencia alguna hasta el momento que permita afirmar que no habrá impunidad en la justicia transicional. Se espera que no, pero hasta el momento no existe sustento alguno para demostrar que este modelo es mejor que el ordinario o que el transicional de justicia y paz.

Se trata más bien de instrumentalizar a las víctimas bajo el argumento de mantener la paz, pero lo cierto es que la violencia sexual debe mantenerse en la JEP porque es un asunto de competencia, previsto en el AL 01/17. Por esto la Corte Constitucional debe declarar inexecutable el artículo 146 de la LEJEP porque contraría el artículo 5 transitorio del AL 01/17.

## V. Notificaciones

Recibimos notificaciones en la carrera 13 N° 33- 74 oficina 304 de Bogotá. 2859319 ex 104. Correo [subdireccion@sismamujer.org](mailto:subdireccion@sismamujer.org)

Atentamente,

---

<sup>84</sup> Información disponible en <https://www.ramajudicial.gov.co/web/sala-de-justicia-y-paz-tribunal-superior-de-bogota/decisiones-de-la-sala>



**Adriana María Benjumea Rua**  
CC N° 43.596.100



**Beatriz Quintero**  
CC N° 32.483.584



**Claudia María Mejía Duque**  
CC N° 41.797.415



**Linda María Cabrera Cifuentes**  
CC N° 26.433.952



**María Fernanda Herrera**  
CC N° 1019074341



**Valeria Silva**  
CC N° 1019036991