

¡Judicializa Ya!



CONTRA LA
VIOLENCIA
SEXUAL

**Tips para Fiscales para la Judicialización de casos de
violencia sexual contra las mujeres cometidos en contextos
de conflicto armado**

La violencia sexual en Colombia ha sido una práctica constante tanto en el conflicto armado como fuera de él, presente en los espacios públicos y privados, muchas veces en medio del silencio tanto de las víctimas como de la sociedad. La violencia sexual en el país, aunque invisible, no es esporádica y por el contrario su ocurrencia es considerablemente alta.

Según datos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses INML, en el año 2007 se registraron 46,2 casos de violencia sexual por cada 100.000 habitantes¹. Al comparar la tasa de violencia sexual de 1997 con la de 2007 se observó un incremento del 65,9%². Y al comparar el número de informes periciales sexológicos por presunto delito sexual realizados en el 2007 con los realizados en el 2006 se encontró que en el 2007 se llevaron a cabo 20.273, que implican un aumento de 640 casos respecto del año anterior³.

Por otra parte, de las 179.990 denuncias registradas en la Fiscalía General de la Nación en el marco de la Ley de Justicia y Paz, a 31 de diciembre de 2008, 164 son por delitos sexuales que corresponden al 0,09% del total de denuncias y al 0,57% de las denuncias en las que las víctimas fueron mujeres⁴. A pesar del número de denuncias tan bajo, vale resaltar que éstas han aumentado proporcionalmente en el país. En efecto, mientras en diciembre del 2007 constituían el 0,64% del total de denuncias en diciembre del 2008 alcanzaron el 0,91% del total.

Con la expedición del Auto 092 de la Corte Constitucional y las resoluciones que como consecuencia de éste se han emitido se pone de presente la existencia de estos casos y su urgente necesidad de investigarlos y judicializarlos.

Por cuanto los delitos de violencia sexual comprometen la intimidad, el cuerpo y la integridad de las víctimas, en su mayoría mujeres, las investigaciones y los procesos de judicialización requieren una atención mayor que la que se le otorga a otro tipo de delitos por parte de los operadores de justicia. Debe hacerse un abordaje jurídico que permita la plena garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, así como un tratamiento que visibilice su situación de especial vulnerabilidad en contextos de conflicto armado. Sólo así se estaría dando cumplimiento a las obligaciones que tiene el Estado de eliminar toda forma de discriminación contra la mujer⁵, siendo la violencia sexual una de esas formas. Los operadores y operadoras de justicia encargados/as de investigar y judicializar este tipo de casos están obligados a incorporar en su labor un enfoque género sensitivo.

Sin pretender suplir la formación y sensibilización que deben recibir los y las operadoras en derechos de las mujeres y violencia de género, en general y específicamente sobre la violencia sexual y su judicialización como crímenes de guerra, se presentan a continuación algunos aspectos, tanto de derecho sustancial como de procedimiento y probatorio, que podrían permitir garantizar la efectividad de los derechos de las mujeres víctimas de este tipo de violencia.

¹ Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Informe *Forensis 2007: Datos para la vida*, Bogotá, pág. 144.

² *Ídem*.

³ *Ídem*.

⁴ Matriz Comité interinstitucional de justicia y paz, diciembre 31 de 2008.

⁵ Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar toda la violencia contra la mujer - Convención Belem Do Para, ratificada por el Estado Colombiano mediante la ley 248 de 1995.

En aspectos sustanciales:

- 1. La violencia sexual constituye crimen de guerra o infracción al Derecho Internacional Humanitario.** La violencia sexual cometida en el marco de conflictos armados o en relación con éstos, constituye crímenes de guerra o infracciones al Derecho Internacional Humanitario – DIH. Al judicializar los hechos habrá que verificar que las adecuaciones hagan parte de los tipos que constituyen violaciones al Derecho Internacional Humanitario y no se juzguen como delitos ordinarios. Esto implicaría:
 - Que la violencia sexual se adecue como acceso carnal o acto sexual violento en los artículos 138 y 139 del Código Penal, u otras formas de violencia sexual contempladas en el mismo código como infracciones al DIH. (Violencia sexual contra personas protegidas, toda vez que el reconocimiento de persona protegida por parte de la administración de justicia es un reconocimiento de una condición jurídica y política especial) .
 - Que la tortura se adecue a la del artículo 137 del Código Penal, como infracción al DIH.
- 2. La violencia sexual como tortura.** La violencia sexual cometida en el marco de conflictos armados se constituye en una forma de tortura⁶. Para darle a esta violencia el adecuado tratamiento jurídico se debe adecuar típicamente la violencia sexual como un delito autónomo en concurso con el delito de tortura, por constituirse a la vez violencia sexual y el medio para alcanzar otros fines, lo que configura la tortura. Esta tipificación implica:
 - Reconocer la vulneración a los bienes jurídicos de la libertad, integridad y formación sexual, protegidos por el delito sexual, así como a la libertad y autonomía personal, protegidos por el delito de tortura.
 - Establecer la acción de violencia sexual como el elemento material del delito de tortura, es decir el medio por el cual se causan los daños o sufrimientos a la víctima.
 - Identificar el móvil de la acción sexual como el elemento de finalidad que exige la tortura para configurarse como tal.
- 3. La violencia sexual como crimen de lesa humanidad.** Identificar en los hechos circunstancias de sistematicidad y/o de generalidad , según el *Estatuto de Roma*⁷ o en criterios del *Protocolo para el reconocimiento de casos de violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, con énfasis en homicidio en persona protegida*⁸, identificar “(i) que la conducta constituya una afrenta para toda la colectividad como ocurre en el caso de los crímenes de lesa humanidad o por (ii) el hecho de ser conductas que comportan la afectación simultánea de varios derechos, como ocurre por ejemplo en el caso del desplazamiento forzado, la desaparición forzada y los actos de violencia sexual, o (iii) la importancia concedida a ciertos derechos en determinada ocasión según el número de víctimas, las calidades de las mismas o la modalidad del hecho”⁹.

⁶ Ver en este sentido: Estatuto de Roma, artículos 7 y 8; Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Raquel Martín de Mejía vs Perú. Caso 10.970, Reporte No. 5/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7 en 157 (1996); Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Aydin Vs. Turquía. (57/1996/676/866) Sentencia del 25 de septiembre de 1997; Tribunal Internacional de Rwanda. *Akayesu* (ICTR, Caso No. ICTR-96-4-T, Decisión del 2 de septiembre de 1998); Tribunal Penal para la ExYugoslavia. *Prosecutor v Delalic*. Appeals Chamber. February 20, 2001.

⁷ El Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional ratificado y aprobado en Colombia por la ley 742 de 2002.

⁸ Protocolo para el reconocimiento de casos de violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, con énfasis en homicidio en persona protegida. Programa presidencial de Derechos Humanos y DIH – Programa de lucha contra la impunidad. Bogotá, 2008.

⁹ *Ibidem*, pág. 19.

En aspectos procedimentales:

1. **Es necesario establecer que el conocimiento de esta violencia lo asuman unidades especializadas en investigar y judicializar este tipo de casos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH¹⁰.** Ello porque la investigación y judicialización de los hechos de violencia sexual como crimen de guerra y/o crimen de lesa humanidad debe adelantarse por operadores/as sensibilizados y formados en el tema de violencias por razones de género, específicamente agresiones sexuales, para garantizar los derechos y la protección a esta víctima particular. Adicionalmente es preciso proceder de esta forma para dar cumplimiento con la obligación que contrajo el Estado al ratificar las *Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma*, de compatibilizar sus procedimientos en concordancia con dicho tratado. Actualmente la Unidad de Derechos Humanos y DIH de la fiscalía sería, por la gravedad del delito, la competente para asumir la investigación y judicialización de estos casos
2. **La violencia sexual cometida en el marco de conflictos armados constituye una grave violación a los derechos humanos.** Se debe tener en cuenta que el Estado tiene la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de estas violaciones para combatir la impunidad y garantizar los derechos de las víctimas y que para hacer efectiva esta obligación es inadmisibles alegar disposiciones de derecho interno que invoquen la prescripción de las acciones penales correspondientes¹¹.
3. **Al constituir estas violaciones a los derechos humanos crímenes de lesa humanidad, no podrá alegarse la atipicidad de los hechos para no judicializar el caso** por cuanto nada puede oponerse al juicio y condena de una persona por actos u omisiones que al momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional¹². Los principios de legalidad y retroactividad de la ley penal tienen límites concretos.
4. **La violencia sexual (como violación a derechos humanos y como delito con el carácter de lesa humanidad, y aún sin él) es una conducta explícitamente excluida del fuero militar.** La investigación y judicialización de estos delitos deben ser asumidas por la jurisdicción ordinaria y no por la justicia penal militar.
5. **En el procedimiento de incidente de reparación se debe responder a las necesidades específicas de la víctima.** Las medidas que se adopten deberán estar orientadas a indemnizarla por el daño y sufrimiento sufrido, a rehabilitarla psicológica y socialmente, a garantizarle la no repetición de los hechos, entre ellas el establecimiento de protocolos de seguridad y protección para la víctima y su núcleo familiar, incluyendo la reserva de su identidad, así como medidas que tiendan a la construcción de la memoria histórica y de satisfacción.

¹⁰ Existe en curso una propuesta para que se creen unidades que conozcan especialmente casos de violencia sexual cometida en el marco del conflicto armado, mientras se decide sobre el proyecto las Unidades competentes serían las de DDHH y DIH.

¹¹ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 1.1.

¹² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. artículo 15.2.

En aspectos probatorios:

1. Es necesario acoger y aplicar los principios de la prueba en casos de violencia sexual establecidos por las reglas de procedimiento y prueba del Estatuto de Roma¹³:

- El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;
- el consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;
- el consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;
- la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.

2. Sobre el *elemento de violencia* que suponen específicamente los tipos penales de acceso carnal o actos sexuales se debe tener en cuenta que¹⁴:

- Ésta puede ser de tipo física o psíquica.
- Puede recaer sobre la víctima o terceras personas vinculadas con ella (esposo, compañero, hijo/a, hermano/a amigo/a etc.) utilizadas para doblegar la voluntad de la víctima.
- Se debe entender configurado este elemento por el ejercicio de la violencia o la amenaza de ésta.
- Debe guardar un nexo causal con la acción, pero puede ser anterior al momento de cometerla o concomitante con su comisión.
- Hay situaciones y/o contextos que por sí solos configuran el elemento de violencia, por ejemplo una toma armada a la población, una detención, un secuestro.

3. Es importante tener en cuenta que el examen sexológico no es la única prueba posible para demostrar la ocurrencia de una violencia sexual. Un concepto psicológico y/o psiquiátrico forense puede dar cuenta de las secuelas que deja una agresión sexual en la víctima. Cuando los hechos y las circunstancias han impedido contar con un examen sexológico se debe solicitar al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses la valoración de las secuelas psíquicas que presente la víctima.

4. En casos de descubrimiento de fosas comunes atribuibles a acciones en el marco del conflicto es necesario ordenar la práctica de pericias forenses (médicas, antropológicas) que permitan determinar si existió o no violencia sexual antes de la muerte.

5. Es fundamental no invertir la carga probatoria en la víctima solicitándole dictámenes, identificaciones o reconocimientos del victimario que, dadas las circunstancias y fecha de los hechos, muchas veces es inviable que se logren ofrecer por su parte. El establecimiento de los hechos y de la responsabilidad debe responder a una investigación que recaude una prueba factible que no desconozca el contexto y el tiempo en el que sucedieron los hechos.

¹³ Ley 1268 del 31 de diciembre de 2008.

¹⁴ Ver: Proceso 25743 de 26 de octubre de 2006. Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal. Magistrado ponente: Álvaro Pérez Pinzón, Proceso 29032 de 18 de enero de 2008. Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal. Magistrada Ponente: María del Rosario González de Lemos.