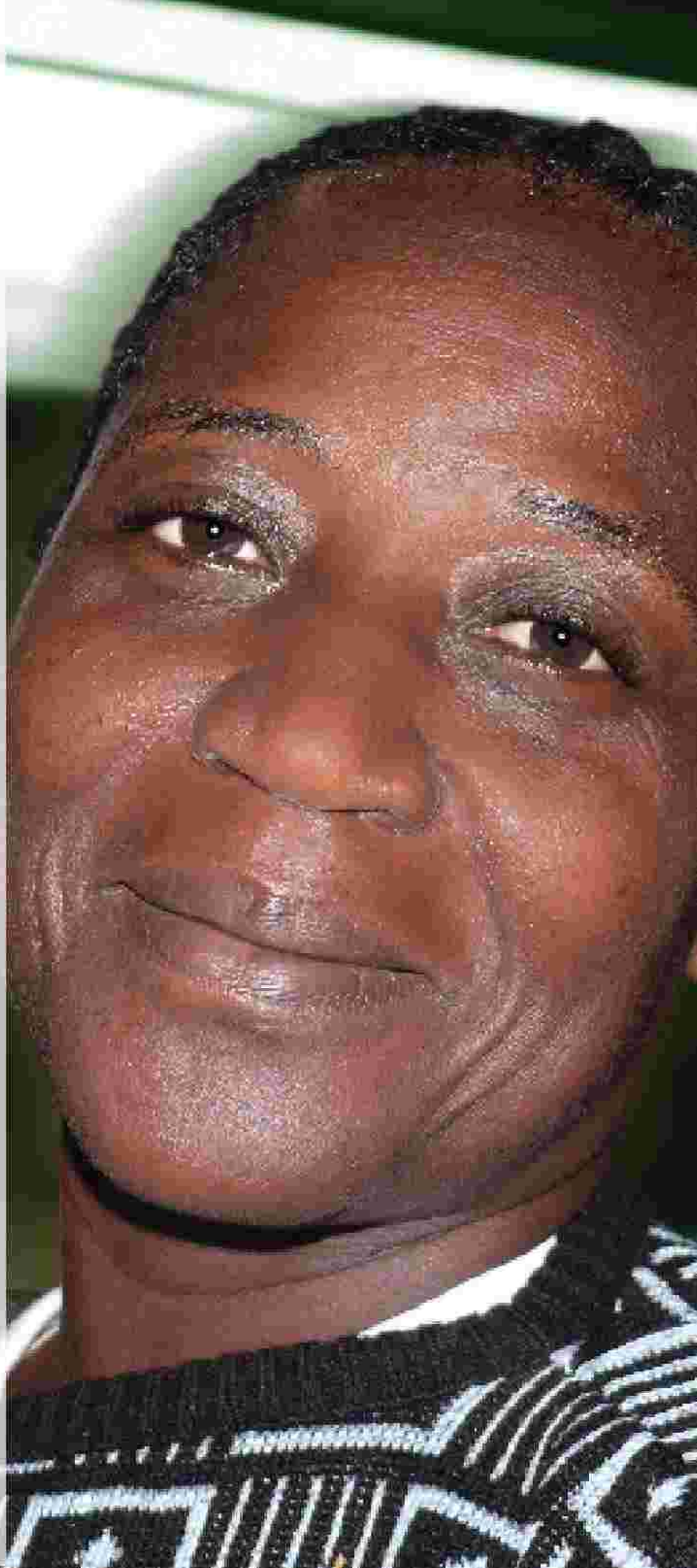
MAS ALLÁ DE LAS CIFRAS

DERECHO INTERNACIONAL

VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

CONFLICTO ARMADO



Cuarto informe
de la Red Nacional de Mujeres
SISMA MUJER

MÁS ALLÁ DE LAS CIFRAS

Cuarto informe
de la Red Nacional de Mujeres
CORPORACIÓN SISMA MUJER
Febrero de 2008

La violencia sexual como crimen de lesa humanidad a la luz de los avances del derecho internacional

●

Violencia sexual, paramilitarismo e impunidad. Análisis y propuestas desde una mirada de género

●

Los derechos de las mujeres desplazadas en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario

MÁS ALLÁ DE LAS CIFRAS

Julisa Mantilla Falcón

La violencia sexual como crimen de lesa humanidad a la luz de los avances del derecho internacional

Iris Marín Ortega

Violencia sexual, paramilitarismo e impunidad. Análisis y propuestas desde una mirada de género

Natalia López Ortiz

Los derechos de las mujeres desplazadas en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario

Corporación Sisma Mujer
Calle 38 # 8-12 Oficina 502
Bogotá, Colombia
PBX/Fax: (57-1) 288 05 36
infosisma@sismamujer.org
www.sismamujer.org

Coordinadora general
Claudia Mejía Duque

Equipo Investigador
Julissa Mantilla Falcón
Iris Marín Ortega
Natalia López Ortiz

Equipo deApoyo a la Investigación
Claudia Ramírez Cardona
Lizbeth Márquez Umaña
Liliana Chaparro Moreno

Con la Participación de
Red de Empoderamiento de las Mujeres de Bolîvar y Cartagena
Corporación Taller Abierto - Cali
Corporación Humanizar - Bogotá
Corporación Oye Mujer - Tolima
Red Departamental de Mujeres Chocoanas - Chocó

Diseño
Ricardo Alvarez Gallego
Identidad Desarrollo Publicitario

Impresión
Omar Gutiérrez Acevedo

Fotografías
PNGPDDH
Julia Madariaga - Carlos Duarte

Con el Apoyo Económico de
Comisión Europea para Colombia y Ecuador
Consejo Noruego para Refugiados
Diakonia
Fundación Ford

CONTENIDO

Presentación 9

- **VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES:** **La violencia sexual como crimen de lesa humanidad a la luz de los avances del derecho internacional** 11

Introducción 13

La violencia sexual en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) 14

La violencia sexual como una forma de tortura en el DIDH 16

La violencia sexual en el ámbito del derecho internacional humanitario (DIH): los convenios de Ginebra de 1949 y los protocolos adicionales de 1977 18

La violencia sexual como crimen de lesa humanidad: el aporte desde los tribunales penales internacionales y del estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) 19

Algunas reflexiones sobre la violencia sexual como tortura en la modalidad de crimen de lesa humanidad, en el ámbito del DPI 23

Algunos comentarios sobre el procedimiento en los casos de violencia sexual 24

La violencia sexual en el contexto de la justicia transicional: El caso de las comisiones de la verdad de Sudáfrica y Perú. 30

Conclusión 33

- **DERECHO INTERNACIONAL:** **Violencia sexual, paramilitarismo e impunidad. Análisis y propuestas desde una mirada de género** 35

Introducción 37

El proceso de negociación con los grupos paramilitares 39

Desatención a las necesidades específicas de mujeres y niñas dentro del proceso de negociación 40

Mantenimiento de la acción de grupos paramilitares y de sus estructuras 41

a. Los grupos paramilitares no han cumplido con su compromiso de cese de hostilidades. 43

b. Los grupos paramilitares han mantenido sus estructuras con cambios en su denominación 43
c. Para aparentar su desmantelamiento y hacerse menos visibles, los grupos paramilitares modificaron sus modalidades de actuación 44
d. En vez de desarticularse, los grupos paramilitares siguen reclutando forzosamente 45
e. Los grupos paramilitares mantienen el control social en las zonas en las que conservan su poder e influencia. Dicho control social afecta de manera específica a las mujeres 46
Conclusiones y Recomendaciones 48
El marco legal para conceder beneficios jurídicos a los desmovilizados y su afectación específica en las mujeres 50
La ley 782 de 2002 y el decreto 128 de 2003 51
La ley 975 de 2005 de "justicia y paz" 54
La ley 975 de 2005, tal como fue aprobada por el Congreso y sancionada por el Presidente de la República en julio de 2005 55
La ley 975 de 2005 después de las sentencias de la Corte Constitucional 57
Los decretos reglamentarios de la ley 975 de 2005 58
La sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre delito político 61
Conclusiones y recomendaciones 62
La aplicación de la ley 975 de 2005: las versiones libres y la violencia sexual contra las mujeres 63
Acceso de las víctimas a los procesos judiciales 64
Derecho a la verdad y a la justicia 68
El derecho a la reparación: Retos para la reparación judicial y programa de reparación administrativa 69
La grave situación de impunidad de la violencia sexual en Justicia y Paz 74
Conclusiones y recomendaciones 79
CONFLICTO ARMADO: Los derechos de las mujeres desplazadas en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario 83
Introducción 85
Los derechos humanos de las mujeres desplazadas en Colombia: impacto desproporciondo que amerita un trato diferenciado 87

Acciones positivas: la vía para garantizar el derecho a una igualdad real y efectiva 93
Los derechos de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado en el derecho internacional de los derechos humanos 95
El sistema universal: 95
Declaraciones de las Naciones Unidas 95
Principios adoptados por la comisión de derechos humanos de Naciones Unidas 99
Principios adoptados por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos 102
Resolución de la Asamblea 103
El Derecho Internacional Humanitario 104
Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belém do Pará" 105
Observaciones y recomendaciones de órganos o procedimientos internacionales de protección de Derechos Humanos 105
El sistema universal: 106
Procedimientos especiales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas 106
Observaciones o recomendaciones que no se refieren a Colombia 106
Observaciones y recomendaciones formuladas al estado colombiano 108
Órganos de los tratados de Naciones Unidas 112
Observaciones y recomendaciones formuladas al estado colombiano por la relatora sobre los derechos de las mujeres de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 113
Servicios públicos a mujeres desplazadas 113
Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 114
Caso Penal Castro Castro contra Perú 114
Caso de Las Masacres de Ituango contra Colombia 115
Caso de La Masacre de Mapiripán contra Colombia 115
Una política pública de atención a las mujeres desplazadas con enfoque de derechos 115
Conclusión 122

PRESENTACIÓN

Durante los años 2003 y 2005, La Red Nacional de Mujeres publicó sendos informes sobre la situación de los derechos humanos de las mujeres en el país. En el año 2006, la Red Nacional de Mujeres, con la coordinación técnica del Observatorio de Derechos Humanos de las Mujeres en Colombia, centró su informe en las mujeres en situación de desplazamiento en el país, titulado "En situaciones de conflicto armado, las mujeres también tienen derechos".

Dando continuidad a estas publicaciones, la Corporación Sisma Mujer, encargada del Observatorio, a través de este documento brinda una serie de análisis, así como una mirada sobre los avances legales y jurisprudenciales que tanto en el ámbito nacional como internacional, aportan a la garantía del ejercicio de los derechos humanos de las mujeres en Colombia en el contexto del conflicto armado interno, con la intención de aportar herramientas para la exigibilidad de derechos y de contribuir a la visibilización de esta grave problemática.

El documento "La violencia sexual como crimen de lesa humanidad a la luz de los avances del derecho internacional" elaborado para Sisma Mujer con la cooperación con el Consejo Noruego para Refugiados –NRC- por la abogada Julissa Mantilla, consultora internacional en temas de género, derechos humanos y justicia transicional, realiza una reflexión sobre la violencia sexual como crimen de lesa humanidad a la luz de los avances del derecho internacional, de los derechos humanos y de la jurisprudencia internacional en la materia, considerando la necesidad de que las organizaciones de mujeres y defensoras de derechos humanos en el país, incorporemos a nuestros análisis sobre el conocimiento directo que hemos tenido del carácter sistemático y generalizado de la violencia sexual contra las mujeres por parte de los grupos armados, los elementos aportados por las experiencias de otros conflictos y la forma como ha sido judicializada la violencia sexual ocurrida en los mismos, a fin de crear las condiciones para un trabajo más cualificado en la defensa de las víctimas.

En segundo lugar, la Corporación Sisma Mujer, bajo la cooperación de DIAKONIA, solicitó a la abogada de la Universidad del Rosario, Iris Marín, analizar los elementos jurídicos y políticos del proceso de desmovilización y judicialización de los grupos paramilitares que desde el año 2002 iniciaron un proceso de negociación con el gobierno nacional, a la luz del impacto que estos desarrollos han tenido en la ausencia de garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las mujeres víctimas de violencia sexual en el conflicto armado interno en el país. El foco en estas violaciones específicas a los derechos humanos de las mujeres ha permitido a Sisma Mujer profundizar en las reflexiones sobre la pertinencia de que la administración de justicia en el país, avance hacia la incorporación de una justicia de género que atienda la grave situación de impunidad sobre los delitos contra las mujeres.

El Observatorio de Derechos Humanos de las mujeres en situación de desplazamiento, con el apoyo de la Comisión Europea y la Fundación Ford, mantiene un permanente contacto con mujeres en esta situación, para muchas de las cuales, al desplazamiento o desplazamientos, se suma ahora una afectación particular por vivir en poblaciones receptoras de desmovilizados. El documento de Iris Marín pone en diálogo las experiencias y percepciones de estas mujeres con información de diversas fuentes, especialmente de la Misión de la OEA (MAPP-OEA) que hace seguimiento al proceso de desmomivilización en el país, y nos muestra un panorama que evidencia claramente la continuidad del conflicto armado interno así como la especificidad de las violencias contra las

mujeres en un contexto de reinstalación de los grupos paramilitares en varias regiones del país.

Una de las grandes preocupaciones de las organizaciones de mujeres, ha sido la casi total invisibilidad en que han quedado los delitos de violencia sexual cometidos por actores armados en Colombia. La mirada a la aplicación de la ley 975 de 2005 a la luz de la violencia sexual contra las mujeres, aporta a las víctimas, organizaciones de derechos humanos interesadas en la temática, operadores/as de justicia y academia entre otras, importantes elementos sobre las posibilidades, alcances y limitaciones de esta legislación, en el sentido de garantizar a las víctimas de violencia sexual el acceso a sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación. A partir de este análisis, el documento presenta una serie de conclusiones y recomendaciones que buscan aportar a la construcción de una política criminal que atienda debidamente esta temática, incorporando los avances en materia de la legislación y jurisprudencia internacionales.

Por último, el documento "Los derechos de las mujeres desplazadas en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario" escrito por Natalia López Ortiz, abogada, máster en derechos humanos, en el marco de la cooperación de la Comisión Europea con Sisma Mujer, elabora una interesante propuesta relativa a los derechos que según las evoluciones del derecho internacional de los derechos humanos deben ser garantizados por la política pública, a partir de un completo seguimiento de informes producidos por mecanismos de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas y del Sistema Interamericano, de las recomendaciones de órganos y mecanismos de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas y el Sistema Interamericano, así como de las normas internacionales sobre protección a la población en situación de desplazamiento aplicables a las mujeres. Además de cumplir con el propósito de constituirse en un importante instrumento de consulta para la exigibilidad de derechos de las mujeres en situación de desplazamiento, este estudio avanza de manera cualitativa en la tesis del Observatorio de derechos humanos de las mujeres en situación de desplazamiento, que desde hace varios años viene impulsado la implementación de una política pública dirigida especialmente a las mujeres en situación de desplazamiento, con enfoque diferencial según edad y etnia, basándose en la necesidad de atención particular a la más grave afectación que el desplazamiento ocasiona en las mujeres debido a la histórica discriminación, a partir de la cual deben afrontarlo.

Estamos seguras de que estos aportes contribuirán a mantener en el debate público las experiencias y necesidades de las mujeres víctimas del conflicto armado interno, como un aporte a una paz que sólo será posible cuando se comprenda que esta se realiza a partir de la incorporación de la diversidad de grupos poblacionales que con su trabajo conjunto construyen día a día el país.

MAS ALLÁ
DE LAS CIFRAS

VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

La violencia sexual como crimen de lesa humanidad a la luz de los avances del derecho internacional

Julissa Mantilla Falcón

Algunas reflexiones sobre la violencia sexual como crimen de lesa humanidad

Julissa Mantilla Falcón[1]

INTRODUCCIÓN

Desde el ámbito de la administración de justicia, la opción por un abordaje individual o colectivo de la violencia sexual que ha sido ejercida contra las mujeres en el país en el marco del conflicto armado interno, tiene importantes implicaciones en términos de lo que la sociedad colombiana esté dispuesta a a reconocer como grave afectación social además del daño causado a la víctima en particular.

Las organizaciones de mujeres y de derechos humanos en el país estamos trabajando para hacer visible la magnitud de la violencia sexual ejercida por actores armados, profundizando en el estudio de los avances que reportan el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, como resultado de las luchas de las mujeres en otros conflictos armados en el mundo.

La discusión sobre el carácter generalizado y sistemático de la violencia sexual contra las mujeres por parte de actores armados en Colombia implica que los organismos judiciales incorporen esta problemática en su real dimensión y no simplemente como casos aislados, lo que permitiría establecer la responsabilidad de los mandos en la comisión de estos delitos. De otro lado, dada la dificultad de individualizar a los perpetradores, si la hipótesis de investigación es que se trata de violaciones sistemáticas, no es necesaria su identificación y podría resultar posible asignar responsabilidad al grupo armado que realizó estos actos, sin que ello implique riesgos para las mujeres víctimas.

De otro lado, el énfasis en la ocurrencia generalizada y sistemática de los hechos de violencia contra las mujeres en el país, sería la única alternativa para acudir a la CPI con casos que hayan tenido ocurrencia después 2002 fecha de ratificación del Estatuto de Roma por parte del Estado colombiano, dada la cláusula de reserva que el gobierno incluyó al tratado al momento de su ratificación, excluyendo las investigaciones por delitos de guerra durante los siete años siguientes a la firma.

Nuestra apuesta en el sentido de aportar argumentos y pruebas para la configuración de la violencia sexual contra las mujeres en el país, o al menos en algunas regiones y durante algunos momentos específicos del control por parte de actores armados legales e ilegales, como delitos de lesa humanidad, brinda argumentos coherentes con el análisis feminista frente a la violencia contra las mujeres en sociedades militarizadas y en guerra, como expresión de la dominación del hombre sobre la mujer en sociedades patriarcales como la colombiana. Entendemos el fenómeno de la impunidad como una expresión más de este contexto.

A partir de las anteriores consideraciones, la Corporación Sisma Mujer invitó a la abogada Julissa Mantilla a presentar un estado del arte sobre los derroteros que la acción de las mujeres han ido marcando en otros conflictos en la lucha porque el saldo de impunidad histórica por la violencia sexual contra las mujeres en este y otros conflictos armados en el mundo sea cada vez menor.

[1] **Julissa Mantilla Falcón:** Abogada. Consultora internacional en temas de género, derechos humanos y justicia transicional. La autora agradece a Tania Raico por su asistencia en la investigación para la realización de este artículo.

LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (DIDH)

Como sabemos, el DIDH surge luego de la Segunda Guerra Mundial, teniendo como objetivo fundamental la protección del ser humano y la garantía plena de sus derechos y libertades. En este sentido, con la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1945, la nueva disciplina se consolida, teniendo como lineamientos fundamentales el principio de no discriminación, la relativización de la soberanía absoluta de los Estados y la creación de nuevos sistemas internacionales de protección.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los Pactos Internacionales de 1966, consagran los derechos y libertades fundamentales, los cuales debían ser reconocidos y ejercidos sin discriminación. No obstante, la realidad demostraba que los derechos de las mujeres no recibían los mismos niveles de protección de los varones y que sus necesidades específicas no eran reconocidas ni por los tratados ni por la jurisprudencia internacional. El DIDH, tal como señala Alda Facio, se desarrollaba desde una perspectiva androcéntrica, esto es, teniendo al varón como centro y paradigma[2].

La labor de denuncia de los movimientos feministas así como el cabildeo desarrollado a nivel internacional, motivó entonces la organización de las conferencias internacionales a nivel de la ONU, las cuales se inician desde 1975 en México y culminan en 1995 en Beijing, en cuya Plataforma de Acción se establece que *"la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz y viola y menoscaba su disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales (…)*[3]".

Para ese momento, ya la Conferencia de Derechos Humanos de Viena de 1993 había señalado en su Declaración y Programa de Acción que los derechos humanos de la mujer y de la niña eran *"parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales"*[4]. Adicionalmente, se planteó que los casos de violaciones de los derechos humanos de la mujer en situaciones de conflicto armado, se definían como violaciones de los principios fundamentales de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario[5].

Paralelamente, una serie de tratados y declaraciones internacionales fueron elaborándose. Entre ellas, debe destacarse la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979), la cual establece las obligaciones de los Estados Parte de tomar todas las medidas apropiadas para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre, en particular en las esferas política, social, económica y cultural[6]. En el caso concreto de la violencia contra la mujer, la CEDAW omite referirse al tema de manera específica, lo cual fue corregido en 1992, cuando el Comité de este tratado elaboró la Recomendación General 19[7]. En dicho documento se sostuvo que la violencia contra la mujer es una forma de

[2] Al respecto revisar: Facio, Alda. "Sexismo en el derecho de los Derechos Humanos". En: Editorial Isis Internacional, Ediciones de las Mujeres N. 15, agosto 1991, Santiago de Chile.

[3] Plataforma de Acción de Beijing, párrafo 112, 1995, www.cajpe.org.pe/rij

[4] Declaración y Plataforma de Acción de Viena (1993). UN Doc. A/CONF.157/24, párrafo 42.

[5] Ibídem, párrafo 38

[6] Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), 1979, artículo 3, www.cajpe.org.pe/rij

[7] Recomendación general 19, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 11er período de sesiones, 1992, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 84 (1994), www1.umn.edu/humanrts/gencomm/Sgeneral19.htm

discriminación que le inhibe gravemente de la capacidad de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre. Asimismo, se definió la violencia basada en el sexo como aquella violencia dirigida contra la mujer por el hecho de ser mujer, o que la afecta en forma desproporcionada[8].

Adicionalmente, en 1993 se elabora la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (DEVM) de Naciones Unidas, la cual establece en su artículo 1 que por "violencia contra la mujer" se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada. Igualmente, se establece que la violencia contra la mujer abarca la violencia física, sexual y sicológica que se produzca en la familia y en la comunidad en general. El concepto también incluía la violencia física, sexual y sicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra[9].

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en 1994, se elaboró la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Para, 1994) el cual definía la violencia contra la mujer como "*cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*". En el mismo sentido que la DEVM, este documento incluye la violencia física, sexual y psicológica que tenga lugar dentro de la familia y la comunidad y aquella que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra[10].

Teniendo en claro que la violencia contra la mujer constituye una afectación grave a sus derechos humanos y libertades, pasemos a analizar el caso específico de la violencia sexual como una forma de tortura.

8 Ídem

9 Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, 1994, www.ohchr.org/spanish/law/mujer_violencia.htm

10 Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém Do Pará), artículo 1 y 2, 1994, www.cajpe.org.pe/rij/

LA VIOLENCIA SEXUAL COMO UNA FORMA DE TORTURA EN EL DIDH

Como punto de referencia en la materia, ubicamos la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (CCT, 1984) y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (CIT, 1985)[11].

Con base en ambos documentos, pueden establecerse como elementos de la definición de la tortura:

1. Un acto intencionado mediante el cual se inflige a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales. En este punto, debe decirse que la CIT extiende el concepto de tortura para incluir la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. Esta prohibición se refiere no solamente a los actos que causan a la víctima dolor físico, sino también a los que causan sufrimiento moral[12].

2. En cuanto a los fines, la CCT incluye solo determinados supuestos mientras que la CIT menciona "cualquier otro fin".

3. En cuanto al autor, este debe ser un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

Asimismo, debe tenerse presente que los tratados internacionales no contemplan una distinción clara entre la noción de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes. Según lo establecido en la jurisprudencia, la distinción entre ambas figuras debe establecerse en función de la índole, el propósito y la severidad del trato aplicado[13].

Por lo tanto, se considera como tortura aquellos actos mediante los cuales se inflija intencionadamente a una persona "*dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia*"[14]. Ahora bien, la consideración de la violencia sexual como una forma de tortura ha provenido fundamentalmente de la jurisprudencia internacional.

En este sentido, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha brindado importantes insumos en la materia. En primer lugar, puede resaltarse el caso de Raquel Martín de Mejía de 1996, en el cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) concluyó que los abusos sexuales reiterados de los que fue objeto la víctima configuraban una violación del artículo 5 y del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, referidos

[11] Existen otros instrumentos que, pese a no constituir tratados son importantes en el estudio del tema, tales como los Principios de ética médica para el personal de salud (1982), las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (1990) y las Reglas de la ONU para el tratamiento de menores privados de libertad (1990).

[12] OBSERVACIÓN GENERAL 20 Reemplaza a la observación general 7, prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles (artículo 7), (44º período de sesiones, 1992)

[13] OBSERVACIÓN GENERAL 20 Reemplaza a la observación general 7, prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles (artículo 7), (44º período de sesiones, 1992)

[14] Articulo 1, Convención de las Naciones Unidas contra la tortura de 1984. En el ámbito interamericano, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985 contiene una regulación similar en su artículo 2. Sin embargo, la definición en este tratado es mucho más amplia al establecer que la tortura puede darse "con cualquier otro fin". Asimismo, este tratado establece que "se entender ·también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica".

a la prohibición de la tortura. Asimismo, la CIDH concluyó que la violación sexual produce un sufrimiento físico y mental en la víctima que no sólo deriva en una lesión sino además puede producir el embarazo[15].

Posteriormente, en abril del 2001, la CIDH encontró responsable al Gobierno de México por la detención y violación de las hermanas Ana, Beatriz y Cecilia González[16], quienes fueron detenidas el 4 de julio de 1994 por personal militar en el Estado de Chiapas. Las tres hermanas fueron golpeadas y violadas varias veces por el personal militar. En su momento, el Estado negó las acusaciones, argumentando que los reclamos no podían ser investigados plenamente "*debido a la falta de cooperación por parte de las víctimas*", quienes habían rehusado comparecer ante el Fiscal Militar y someterse a nuevos exámenes ginecológicos.

En este caso, la CIDH concluyó que el Estado mexicano era responsable por la violación del derecho al trato humano y a la privacidad, derecho a la libertad personal, derecho a un debido proceso y protección judicial y, para el caso de Celia González Pérez, derechos del niño. Asimismo, sostuvo que el Estado mexicano era responsable por la violación del artículo 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

El más reciente aporte en la materia se dio en noviembre del 2006, con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("la Corte") en el caso Castro Castro contra Perú. En este caso, la Corte no sólo hace una diferencia entre los hombres y mujeres afectados por los hechos, sino que resalta además los casos de las internas en estado de gestación. En este sentido, la Corte señala que "tomará en cuenta que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres. Ha sido reconocido por diversos órganos peruanos e internacionales que durante los conflictos armados las mujeres enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual, la cual en muchas ocasiones es utilizada como "*un medio simbólico para humillar a la parte contraria*"[17].

En esta sentencia, la Corte analiza el caso de una interna que fue objeto de una "inspección" vaginal dactilar realizada por varias personas encapuchadas a la vez. Recurriendo a los estándares internacionales en la materia, la Corte reconoce que la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal. En este sentido, la Corte entiende que la violación sexual se refiere a los "*actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril*". Por lo tanto, la Corte concluye que los actos de violencia sexual a que fue sometida la interna bajo supuesta inspección vaginal dactilar constituyeron una violación sexual que por sus efectos constituye tortura.

En el ámbito de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), se ubica el caso Aydin v. Turquía de 1997 en el cual se reconoce que la violación sexual es una forma agravada y deliberada de trato cruel, inhumano y degradante y, por tanto, una violación al artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes. Al respecto, el tribunal sostuvo que "*la violación sexual de una persona detenida por un agente estatal debe ser considerada como una especial y horrenda forma de maltrato*

15 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Nº 5/96. Caso 10.970 Perú.

16 Reporte Nº 53/01, Caso 11.565, Ana, Beatriz y Celia González Pérez, México, Abril 4, 2001

17 Sentencia caso Castro Castro. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Noviembre 2006.

considerando la facilidad con que el agresor puede aprovecharse de la vulnerabilidad y débil resistencia de la víctima"[18]. Como se ve, ha habido avances importantes que reconocen que la violencia sexual constituye una forma de tortura cuando cumple con los requisitos establecidos en la definición de esta violación de derechos humanos.

LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO (DIH): LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 Y LOS PROTOCOLOS ADICIONALES DE 1977

La situación de discriminación y violación de los derechos humanos de las mujeres también se manifiesta en las situaciones de conflicto armado. En este punto, no sólo la legislación aplicable a estos casos no ha sido elaborada con una perspectiva de género, sino que además en la actualidad se reconoce que la violencia contra las mujeres constituye una estrategia de guerra. En muchos casos, de lo que se trata es de humillar a los varones a través de las agresiones sexuales a las mujeres. Adicionalmente, los cuerpos de las mujeres se constituyen en botines de guerra para los actores armados que se sienten con derecho de agredirlas impunemente. Asimismo, en muchos casos se trata de sembrar terror y embarazar a las mujeres de una determinada comunidad[19].

Si bien el DIH –que es la normatividad aplicable a los conflictos armados- considera que la violencia sexual transgrede las normas mínimas de humanidad, la manera en que el tema se ha regulado ha privilegiado la protección del "honor" de las mujeres.

Así por ejemplo, el Artículo 27 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, establece que "las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor".

Por su parte, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), señala que las mujeres serán objeto de un respeto especial y protegidas en particular contra "la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor". Asimismo, se prioriza la atención de las mujeres encinta y de madres con niños de corta edad a su cargo, "que sean arrestadas, detenidas o internadas por razones relacionadas con el conflicto armado".

En el caso de los conflictos no internacionales, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra prohíbe "los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; la toma de rehenes; los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados". Si bien estos supuestos

[18] Corte Europea de Derechos Humanos, Caso de Aydin v. Turquía, sentencia del 25 de setiembre de 1997, pár. 83 (traducción propia).

[19] Pilch, Frances T., "The crime of rape in international humanitarian law", 9 Journal of Legal Studies, 1998-1999, www.usafa.af.mil/df/dfl/documents/pilch.doc

pueden interpretarse para incluir los casos de violencia contra las mujeres, lo recomendable hubiera sido que se hiciera una mención específica sobre el tema.

De otro lado, el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) establece la prohibición de "los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor"[20]. Como se ve, la regulación tradicional se mantiene, en el sentido de proteger el pudor de las mujeres y no reconocer la violencia sexual como una afectación grave a la integridad de las mujeres y una forma de discriminación. Nuevamente, la condena de estos hechos vincula la violencia sexual con el pudor y con un ataque al honor de los guerreros o a la maternidad[21], dejándose de lado las consecuencias emocionales y físicas que sufren las victimas de estos crímenes[22].

LA VIOLENCIA SEXUAL COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD: EL APORTE DESDE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES Y DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI)

La regulación de la violencia sexual en el ámbito del Derecho Penal Internacional (DPI) ha sido el resultado del avance de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales (TPI), la cual la ha consagrado como un crimen de lesa humanidad y/o un crimen de guerra, según las circunstancias, fundamentalmente en la década de los 90.

No obstante que el origen del DPI puede remontarse a los juicios de Nuremberg, el Estatuto de este tribunal no mencionó estos hechos. En efecto, solo se incluyó como crímenes contra la humanidad "el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, antes o durante la guerra, o la persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas cometidas en ejecución o en conexión con cualquier otro crimen dentro de la jurisdicción del tribunal, así no se considere una violación de la normatividad interna del país donde se cometan los hechos."[23] Si bien este artículo se hubiera podido interpretar para incluir los hechos de violencia sexual[24], esto no sucedió. Al respecto, Askin sostiene que la razón para esto es que los países aliados quisieron limitar las acusaciones hacia crímenes que hubieran sido cometidos exclusivamente por los nazis y los japoneses, ya que la violencia sexual fue cometida por todos los actores armados[25]. En el caso del Tribunal de Tokio, sí se iniciaron acciones judiciales por casos de violación sexual tal como sucedió con "las violaciones de Nanking", las que fueron investigadas como hechos que atentaban contra la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, así como contra el respeto del honor familiar[26].

[20] Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), aprobado el 8 de junio de 1977, Artículo 4.

[21] Charlesworth, Hilary, "Feminist methods in International Law", American Journal of International Law, April, 1999. 386-387.

[22] Bedondt, Barbara y Katherine Hall, "Ending Impunity for Gender Crimes under the International Criminal Court", the Brown Journal of World Affairs, Vol. VI, Issue 1: 65-85, 1999

[23] Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg, 8 agosto de 1945, www.derechos.org/nizkor/nuremberg/ncharter.html

[24] Human Rights Watch, "We'll kill you if you cry: Sexual Violence in the Sierra Leone Conflict, Enero 2003, Vol. 15, No. 1 (A), www.hrw.org/reports/2003/sierraleone

[25] Ibidem, página 163.

[26] Askin, Kelly, "War crimes against women. Prosecution in International War Crimes Tribunals", The Hague: 1997, página 180.

No hubo mayor evolución al respecto, sino hasta la década de los 90 cuando se empezaron a conocer los casos de violencia sexual masiva en los tribunales penales internacionales para la Ex Yugoslavia (TPEY) y Rwanda (TPR). Al respecto, el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM) calcula que fueron 60.000 las mujeres violadas en la ex Yugoslavia, mientras que en el caso de Rwanda, se estima que entre 100.000 y 250.000 mujeres fueron violadas durante el genocidio de 1994[27].

En 1993 se estableció el TPEY, cuyo Estatuto sí incluía las violaciones sexuales como crímenes contra la humanidad[28], limitándose la jurisdicción del tribunal a los casos en que estos crímenes fueran cometidos en un conflicto armado y dirigidos contra cualquier población civil. Esta limitación no se encuentra en el Estatuto del TPR, establecido en 1994[29].

En su jurisprudencia, ambos tribunales desarrollan una serie de aspectos importantes, en relación a la definición de la violencia sexual, su contenido y su relación con otras figuras penales[30].

En cuanto al TPEY, la sentencia del caso *Celebici*[31], por ejemplo, reconocía que la violación infringe sufrimiento físico y psíquico, y que en situaciones de conflicto armado, cuando ésta ocurre con el consentimiento o la aquiescencia de un oficial, se cumple con el elemento de intencionalidad propia de la tortura. El TPEY verificó que se había presentado el propósito de la discriminación por razones de género como finalidad de la tortura[32].

En el caso del TPR, debe destacarse la sentencia *Akayesu*[33] en la que por primera vez se reconoce que los actos de violencia sexual pueden ser elementos constitutivos del genocidio, si se cometen con el propósito específico de destruir, en todo o en parte, a un grupo determinado al que se toma como objetivo[34], causándole graves daños corporales o mentales a sus miembros.

Asimismo, esta sentencia sostuvo que la violencia sexual no se limita a la invasión física del cuerpo humano e incluye actos que no implican penetración o contacto físico[35].

De otro lado, la sentencia consideró que la violación podía tener como finalidad evitar nacimientos dentro de un grupo debido a su potencial de producir infertilidad o de hacer imposible la relación sexual, así como para someter a mujeres sicológica y culturalmente e incapacitándolas para la reproducción[36].

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), en vigencia desde el 1º de julio de 2002, recogió los avances de estos tribunales, regulando la violencia sexual como

27 Portal del programa Enseñanzas extraídas de Rwanda: Las Naciones Unidas y la prevención del genocidio: www.un.org/spanish/preventgenocide/rwanda/sexualviolence.html

28 **Estatuto Internacional adoptado por el Consejo de Seguridad. Resolución 827, 25 de mayo de 1993.**
Artículo 5. Crímenes contra la humanidad: El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil:
a) Asesinato;
b) Exterminación;
c) Reducción a la servidumbre;
d) Expulsión;
e) Encarcelamiento;
f) Tortura;
g) Violaciones;
h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos;
i) Otros actos inhumanos.

29 **Estatuto Internacional adoptado por el Consejo de Seguridad. Resolución 955, 1994. Artículo 3. Crímenes contra la humanidad**
El Tribunal Internacional para Rwanda está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso:
a) Asesinato;
b) Exterminación;
c) Reducción a la servidumbre;
d) Expulsión;
e) Encarcelamiento;
f) Tortura;
g) Violaciones;
h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos;
i) Otros actos inhumanos.
www.derechos.org/nizkor/ley/ruanda.html

30 La información sobre la jurisprudencia internacional de los tribunales penales internacionales ha sido tomada fundamentalmente de: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Derechos de la Mujer", 2002.

31 Caso Celebici. Tribunal para la Ex Yugoslavia. 16 de noviembre de 1998. www.un.org/icty/pressreal/p364-e.htm visitada el 12 de enero de 2007.

32 Oficina en Colombia del Alto Comisionado de los Derechos Humanos, Op. Cit. 2002.

33 Caso Ayakesu. Tribunal para Rwanda. 2 de octubre de 1998. http://69.94.11.53/ENGLISH/cases/Akayesu/judgement/ak81002e.html visitada el 12 de enero de 2007.

34 Comisión de Derechos Humanos (2001). Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género. La violencia contra la mujer E/CN.4/2001/73. 23 de enero de 2001. Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias. La violencia contra la mujer perpetrada y/o condonada por el Estado en tiempos de conflicto armado (1997-2000).

35 Caso Akayesu, párrafo 688.

36 Copelon, Rhonda. 2000. "Gender Crimes as War Crimes: Integrating Crimes against Women into International Criminal Law." 46 McGill L.J. 217, página 9.

crimen de lesa humanidad (artículo 7) y crimen de guerra (artículo 8). Cabe señalar que este documento refleja un desarrollo importante en la elaboración del concepto de violencia sexual, la cual deja de ser considerada como un crimen contra el honor de las mujeres, consideración que minimizaba el daño psicológico y físico de la víctima y además aumentaba el nivel de vergüenza que la víctima sufría al ser estigmatizada por la comunidad[37]. En efecto, los TPI solo incluían la violación sexual –y la prostitución forzada para el caso de Rwanda-, dejándose de lado las demás formas de violencia sexual que solo podían investigarse cuando pudieran ser tipificados como tortura, esclavitud, persecución y otros actos inhumanos[38]. Por el contrario, el Estatuto de Roma amplía el concepto de violencia sexual, incluyendo figuras adicionales a la violación sexual.

Asimismo, el Estatuto de Roma incluye como el derecho aplicable por la CPI los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del DIH[39]. En este sentido, puede sostenerse que la CPI deberá tener en cuenta las normas internacionales referidas al principio de igualdad y no discriminación, así como los tratados específicos sobre derechos de las mujeres como la CEDAW y la Convención de Belem do Pará. Finalmente, debe señalarse que el 22 de mayo del 2007 el Fiscal de la CPI Luis Moreno Ocampo anunció su decisión de comenzar una investigación en la República Centroafricana, debido al alto número de crímenes sexuales[40].

En el caso específico de la violencia sexual como crimen de lesa humanidad, el Estatuto incluye los actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable, "cuando se cometan como parte de un *ataque generalizado o sistemático* contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque (...)[41].

En este punto, debe precisarse que el término *sistemático* se refiere a un plan o política del cual podría resultar la comisión repetida o continua de actos inhumanos[42]. Al respecto, se puede hablar de la existencia de cuatro elementos para la configuración de este requisito[43]:

* La existencia de un objetivo político, un plan o una ideología –entendida en el sentido más amplio- para destruir, perseguir o debilitar una comunidad.

* La realización de un acto criminal en amplia escala contra un grupo de civiles o la repetida y continua comisión de actos inhumanos vinculados entre ellos.

* La preparación y el uso de significativos recursos públicos o privados, sean de tipo militar o no.

* La participación de autoridades políticas y/o militares de alto nivel en la definición y el establecimiento del plan.

Según la jurisprudencia del TPEY, este plan no debe haberse declarado o establecido expresamente sino que puede presumirse su existencia de la ocurrencia de una serie de hechos tales como las circunstancias históricas y el contexto político general contra los cuales se realizan los actos; el establecimiento e

37 Lehr-Lehnardt, Rana, "One Small Step for Women: Female-Friendly Provisions in the Rome Statute of the International Criminal Court, B.Y.U. Journal of Public Law, Volume XVI, 2002, página 340.

38 Al respecto, revisar De Brouwer, Anne-Marie L. M., "Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence: The ICC and the Practice of the ICTY and the Practice of the ICTY and the ICTR, Intersentia: School of Human Rights Research, 2005.

39 Lehr-Lehnardt, Rana, "One Small Step for Women: Female-Friendly Provisions in the Rome Statute of the International Criminal Court, B.Y.U. Journal of Public Law, Volume XVI, 2002.

40 Tomado de: www.icc-cpi.int/library/press/pressreleases/ICC-OTP-BN-20070522-220_A_EN.pdf

41 Debe resaltarse además, que el crimen de lesa humanidad de esclavitud explícitamente incluye el tráfico, con particular atención en las mujeres, niños y niñas. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998, http://www.un.org/spanish/law/icc/

42 Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, Informe Final, Tomo I, Sección primera: Exposición general del proceso, Capítulo 4: La dimensión jurídica de los hechos: www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php visitada en diciembre del 2007

43 The Prosecutor V. Tihomir Blaskic, Caso no IT-95-14, sentencia de la Cámara de Primera Instancia, sentencia del 3 de marzo del 2000, párrafo 203, (traducción propia).

implementación de estructuras políticas autónomas en un determinado territorio; el contenido general de los programas políticos; la propaganda mediática; el establecimiento e implementación de estructuras militares autónomas; la movilización de fuerzas armadas; la exigencia de ofensivas militares repetidas y coordinadas a nivel temporal y geográfico; los vínculos entre la jerarquía militar y la estructura política y sus programas políticos; las alteraciones de la composición étnica de las poblaciones; las medidas discriminatorias de cualquier tipo; la escala de actos de violencia perpetrados, particularmente asesinatos y otros actos físicos de violencia, violación sexual, detención arbitraria, deportaciones y expulsiones o la destrucción de propiedades de tipo no militar, en particular, lugares sagrados[44].

De otro lado, el término *generalizado* califica a la conducta y no al agente; "es decir, la comisión generalizada de una conducta de ninguna manera implica que todos los agentes individuales están implicados en ella"[45]. Asimismo, hablar de una *práctica generalizada* implica que los actos estén dirigidos contra una multiplicidad de víctimas, excluyéndose "un acto inhumano aislado cometido por un perpetrador que actúa por su propia iniciativa y dirigido contra una sola víctima"[46].

Sobre estos elementos, en el caso Akayesu se sostuvo que:

"La idea de "generalizado" puede definirse como una acción masiva, frecuente y a gran escala, llevada a cabo colectivamente con considerable gravedad y dirigida contra múltiples víctimas. El concepto de "sistemático" puede definirse como perfectamente organizado y con un plan sistemático basado en una política común que supone la existencia de importantes recursos públicos o privados. No se requiere que esta política se adopte oficialmente como política de un Estado. Sin embargo, debe haber algún tipo de plan o política preconcebidos"[47].

Es importante resaltar que estamos hablando de requisitos alternativos, es decir, que no es necesario que la conducta sea sistemática y a la vez generalizada para que se configure el crimen de lesa humanidad, tal como se ha establecido en el artículo 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la humanidad[48].

En este punto, cabe preguntarse si un acto singular podría constituir en sí mismo un crimen de lesa humanidad. Al respecto, debe tenerse en cuenta que si existe un vínculo con un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, dicho acto podría ser calificado como un crimen de lesa humanidad[49].

[44] The Prosecutor V. Tihomir Blaskic, párrafo 204 (traducción propia).

[45] Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, Op. Cit.

[46] The Prosecutor v. Dusko Tadic. Caso No IT-94-1-T. Opinión y fallo de la Cámara de Juicio de 7 de mayo de 1997.

[47] Comisión de Derechos Humanos, "Administración de Justicia, Estado de Derecho y Democracia". Documento de trabajo preparado por la Sra. Françoise Hampson sobre la tipificación como delito, la investigación y el castigo de los actos de violencia sexual grave, E/CN.4/Sub.2/2004/12, 20 de julio de 2004, página 20.

[48] The Prosecutor v. Dusko Tadic, párrafo 647.

[49] Ibídem.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA VIOLENCIA SEXUAL COMO TORTURA EN LA MODALIDAD DE CRIMEN DE LESA HUMANIDAD, EN EL ÁMBITO DEL DPI

Como se sabe, una persona responsable de haber cometido un acto de violencia sexual puede –en ciertas circunstancias- ser acusada no sólo de ese delito sino además de otros crímenes como tortura, genocidio, crimen de guerra o crimen de lesa humanidad. En este sentido, para que el acto en cuestión sea incluido en una de esas categorías, se debe demostrar la existencia de otros elementos adicionales[50].

En el caso concreto de la tortura, en la jurisprudencia de los TPI se establecieron ciertos requisitos para que un acto de tortura constituyera además un crimen de lesa humanidad:

> a) Que se inflija, por acción u omisión, dolores o sufrimientos, sean estos físicos o mentales.
>
> b) Que el acto u omisión sea intencional.
>
> c) Que el acto u omisión tenga como objetivo obtener información o una confesión, o castigar, intimidar o ejercer coerción sobre la víctima o una tercera persona, o discriminar contra la víctima o una tercera persona.[51]

Al respecto, cabe decir que antes del 2001 los TPI establecían como un cuarto elemento de la tortura que el perpetrador fuera un agente oficial o que actuara bajo la instigación o con el consentimiento de un oficial o una persona actuando en capacidad oficial. Sin embargo, en el fallo del caso Kunarac[52] proveniente del TPEY se dejó de lado este requisito, señalándose que el mismo proviene de los tratados de DIDH –referidos a las obligaciones internacionales de los Estados- y no a los casos de determinación de responsabilidad individual[53].

En cuanto a la tipificación de la violencia sexual como tortura, en el mismo caso Kunarac se incluyó cargos por violación sexual como tortura y esclavitud y otras formas de violencia sexual, como la desnudez forzada y el entretenimiento sexual como tratamiento inhumano. En este caso, los acusados eran culpables de la violación sexual de mujeres y niñas musulmanas, reconociéndose que la violación y la esclavitud sexual eran crímenes contra la humanidad[54]. Asimismo, la sentencia enfatizó que la violación de la autonomía sexual debía ser sancionada y que hechos de fuerza, amenaza o coerción anulaban cualquier indicio de consentimiento de la víctima.

El TPEY concluyó que el acusado Kunarac actuó de forma discriminatoria, al seleccionar a sus víctimas debido a su etnicidad con el objetivo de obtener la confesión de las víctimas e información relativa a la ubicación de objetos de valor así como para intimidarlas. De igual forma, el TPEY tuvo en cuenta que las violaciones habían causado un severo sufrimiento mental y físico a las afectadas. El coacusado Vukovic también fue condenado por tortura debido a los actos de violación sexual, concluyéndose que había actuado de manera discriminatoria contra la víctima debido a su etnicidad. Cabe señalar que el TPEY rechazó el argumento de este acusado quien sostuvo que

50 Comisión de Derechos Humanos, Op. Cit., 2004, página 15.

51 Women's Initiatives for Gender Justice, "Sexual Violence and International Criminal Law: An Analysis of the Ad Hoc Tribunal's Jurisprudence & the International Criminal Court's Elements of Crimes", setiembre 2005, pagina. 16.

52 Caso Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic (Caso Foca). Tribunal para la Ex Yugoslavia. 12 de junio de 2002. HYPERLINK www.un.org/icty/foca/appeal/judgement/kun-aj020612e.pdf (visitada el 12 de enero de 2007).

53 Women's Initiatives for Gender Justice, Op. Cit., página 17.

54 Oficina en Colombia del Alto Comisionado de los Derechos Humanos, Op. Cit., 2002, párrafo 40.

aún si se probara la violación, ésta fue realizada debido a una urgencia sexual solamente y que no se configuraban los propósitos de la tortura[55].

En este punto, la Cámara de Apelaciones sostuvo que incluso si la motivación del acusado fuera enteramente sexual, eso no implicaba que el perpetrador no tuviera la intención de cometer un acto de tortura o que su conducta no causara daños o sufrimientos graves, de índole físico o mental, considerando que dichos daños o sufrimientos eran una probable consecuencia lógica de su conducta. Asimismo, el TPEY concluyó que los acusados actuaron con un propósito prohibido –la discriminación- todo lo cual hizo que finalmente se les condenara por tortura basada en los actos de violación sexual[56].

De otro lado, uno de los acusados argumentó que el dolor y sufrimiento de las víctimas debía ser visible, aun cuando hubiera pasado un largo tiempo desde la comisión del crimen. Este argumento fue rechazado por la Cámara de Apelaciones sosteniendo que "la violencia sexual necesariamente produce un severo daño o sufrimiento sea físico o médico, y que por lo tanto justifica su caracterización como tortura[57]. Por lo tanto, el elemento de dolor y sufrimiento se cumple una vez que la violación sexual resulta probada[58].

ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE EL PROCEDIMIENTO EN LOS CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL

Como se ha visto, el reconocimiento de los derechos de las mujeres y la tipificación de la violencia sexual como una violación de derechos humanos así como una infracción al DIH y un crimen internacional, ha sido un proceso lento y difícil. En el mismo sentido, el establecimiento de estándares procesales en la investigación de estos hechos es también un tema complicado.

Partimos entonces, de reconocer la necesidad de incorporar estándares internacionales de género a los procedimientos de investigación y juzgamiento de la violencia sexual, teniendo como fundamento inicial la obligación de debida diligencia de los Estados. Esta obligación es descrita en detalle en la sentencia del caso Velásquez Rodríguez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que se afirma que "es obligación de los Estados partes 'garantizar' el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción[59]. La debida diligencia implica, además, la existencia de cuatro obligaciones: la prevención, la investigación, la sanción y la reparación de las violaciones de los derechos humanos con el fin de evitar la impunidad[60]. Como se sabe, es un principio del Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados en carácter oficial y por las omisiones de los mismos, aun cuando actúen fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno[61].

En este sentido, se requiere que los Estados ofrezcan recursos efectivos a las víctimas de violaciones de derechos humanos. En otras palabras, no basta con que estos recursos existan

55 Women's Initiatives for Gender Justice, Ibid.

56 Ibíd., página 19.

57 Ibid, página 17.

58 Ana Elena Obando, ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre la Corte Penal Internacional y el Estatuto de Roma: Adecuación de la Legislación Peruana, 22 de agosto de 2002, En: www.iccnow.org/espanol/ponencias/Ana_Obando.pdf, visitada el 14 de febrero de 2006.

59 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de julio de 1988, párrafo 166.

60 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la Justicia para las Mujeres Victimas de Violencia en las Américas, 2006, párrafo 27.

61 Corte Interamericana de Derechos Humanos, CasoVelásquez Rodríguez, sentencia de julio de 1988, párrafo 164.

formalmente, sino que deben ser adecuados y eficaces.[62] Fundamentalmente, se debe reconocer el derecho de las personas a acceder a un tribunal cuando alguno de sus derechos haya sido violado, a fin de lograr una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente. El objetivo de esta investigación es determinar la existencia o no de la violación y fijar, cuando corresponda, una compensación adecuada[63].

A estas obligaciones generales del Estado debe sumarse lo establecido en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, que en su artículo 7 establece:

"*Artículo 7*. Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: (...)

> b) Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; (...)
>
> d) Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;
>
> e)Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;
>
> f) Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; (...)[64]

En este sentido, para el caso específico de violencia contra las mujeres, la investigación debe llevarse a cabo por autoridades competentes e imparciales y que hayan sido sensibilizadas en materia de género, con el fin de evitar retrasos y vacíos que afecten negativamente el futuro procesal del caso[65]. En estos casos, la etapa de investigación constituye un momento crucial, por lo que "no se puede sobrestimar la importancia de una debida investigación, ya que las fallas a ese respecto suelen impedir u obstaculizar ulteriores esfuerzos tendientes a identificar, procesar y castigar a los responsables"[66].

Es necesario, además, reconocer la tendencia existente a nivel internacional para proteger la dignidad e intimidad de las víctimas de delitos sexuales dentro del proceso penal, a quienes se les debe reconocer los siguientes derechos, fijados por la Corte Constitucional Colombiana:

> "(...) 1) El derecho a que se garantice su acceso a un recurso legal efectivo, de tal manera que se asegure la efectividad de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación;
>
> 2) El derecho a expresar sus opiniones y preocupaciones y a ser escuchadas, y a que se les comuniquen todas las decisiones que

62 Ibídem, párrafos 63, 64 y 66.

63 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de Fondo, N° 5/96, Raquel Martín de Mejía (Perú), 1 de marzo de 1996, pág. 22

64 Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar a violencia contra la mujer (Convención de Belém Do Pará), artículo 1 y 2, 1994, www.cajpe.org.pe/rij/

65 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Durand y Ugarte. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 117; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de Fondo, N° 53/01, Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez (México), 2 de abril de 2001, párr. 81. citado en el párrafo 46 del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Acceso a la Justicia para las Mujeres Victimas de Violencia en las Américas", 2006.

66 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Situación de los Derechos Humanos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a No Ser Objeto de Violencia y Discriminación, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 44, 7 de marzo de 2003, párr. 137, citado en el párrafo 38 del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Acceso a la Justicia para las Mujeres Victimas de Violencia en las Américas", 2006.

puedan afectar sus derechos;

3) El derecho a ser tratadas con respeto y consideración durante todo el proceso judicial y a que se adopten medidas para evitar que el proceso penal conduzca a una segunda victimización, por ejemplo, reduciendo las molestias que puedan causarle las diligencias que se adelanten en el proceso, tales como contactos directos con el agresor, repetición innecesaria de exámenes o pruebas, etc.;

4) El derecho a ser protegidas contra toda forma de coerción, violencia o intimidación;

5) El derecho a que se valore el contexto en que ocurrieron los hechos objeto de investigación sin prejuicios contra la víctima;

6) El derecho a que se adopten medidas para evitar injerencias innecesarias en la vida íntima de la víctima;

7) El derecho a solicitar a las autoridades judiciales que se abstengan de ordenar la práctica de pruebas o excluyan las ya practicadas que conlleven una intromisión innecesaria, o desproporcionada de su derecho a la intimidad;

8) El derecho a que se entienda que no existe consentimiento real y libre de presiones, por la simple ausencia de rechazo físico o de expresiones que lo exterioricen;

9) El derecho a que la investigación penal se adelante con seriedad y objetividad y esté orientada al esclarecimiento de la verdad y al logro de la justicia"[67]

De otro lado, la jurisprudencia internacional vuelve a ser un referente de importancia para el establecimiento de reglas y normas para la investigación judicial de los casos de violencia sexual. Así, por ejemplo en el ámbito de la CIDH en el Caso No. 12.350 contra Bolivia, la CIDH protegió la intimidad de la víctima y peticionaria, empleando un nombre ficticio, considerando el impacto negativo de la violación sexual en la vida privada de la víctima. Asimismo, en el Caso No. 11.565 contra México, la CIDH declaró la admisibilidad del caso, a pesar de que todavía existían recursos internos por agotar ya que se tuvo en cuenta que el fiscal competente "era el mismo ante el cual las víctimas se habían negado a permitir la realización de un examen ginecológico adicional, por considerarlo una forma de tortura sicológica"[68].

En el contexto de la Corte Europea de Derechos Humanos, también se ha establecido lineamientos de protección para las víctimas de delitos sexuales, como pasó en el caso Ayudan v. Turquía, donde la víctima fue violada durante su detención, como se refirió líneas arriba. El fiscal encargado del caso dispuso que la víctima fuera examinada por tres médicos diferentes, sin experiencia en casos de violación, para que determinaran si era virgen antes de los hechos y si existía alguna evidencia de heridas físicas. Si bien los médicos certificaron que había rasgadura del himen y algunos moretones en las piernas de la víctima, su falta de experiencia impidió determinar la antigüedad de las heridas. Ante esto, el fiscal no ordenó ni practicó ninguna otra prueba y dio por terminada la investigación, lo cual fue considerado por la CEDH como una violación de la prohibición de la tortura y el acceso a un recurso judicial efectivo, ya que "la investigación sólo se cumplió formalmente y no estuvo dirigida a corroborar la ocurrencia de la violación"[69].

De otro lado, la CEDH también ha establecido como principio que los Estados deben considerar el conjunto de evidencias y el contexto en el

[67] Corte constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, Sentencia N° T-453 de 2005, Expediente T-1004602, 2 de mayo de 2005, página 46).

[68] Ibíd., página 41.

[69] Ibíd., página 42.

que ocurre una violación sexual y no sólo las evidencias directas de la existencia de resistencia física por parte de la víctima, para efectivamente investigar y sancionar casos de violencia sexual[70]. En el caso de MC. v. Bulgaria, por ejemplo, la CEDH estableció la responsabilidad internacional del Estado al haber cerrado una investigación criminal en un caso de violencia sexual contra una menor de edad, de 14 años, al no encontrar evidencias del uso de la fuerza o resistencia física durante la agresión[71]. En este caso, varios expertos demostraron que "en Bulgaria 24 de cada 25 mujeres entre los 14 y 20 años de edad, que habían sido violadas, sufrían de un síndrome traumático psicológico infantil, denominado "congelamiento traumático", que impedía a las víctimas de delitos sexuales realizar cualquier acción física para defenderse o gritar para pedir ayuda, por lo cual se someten pasivamente a la violación y se aíslan sicológicamente de los hechos"[72].

La CEDH estableció que las autoridades fallaron en considerar todas las circunstancias que pudieron haber inhibido la resistencia física por parte de la víctima, dada la particular vulnerabilidad de una menor de edad en casos de violación y el ambiente de coerción creado por el agresor. Así, la sentencia expresó que: "Aunque en la práctica puede ser difícil probar la falta de consentimiento en la ausencia de prueba "directa" de una violación, como trazos de violencia o testigos directos, las autoridades deben explorar todos los hechos y decidir en base a una evaluación de todas las circunstancias relacionadas. La investigación y sus conclusiones deben centrarse en el aspecto de la falta de consentimiento"[73].

La CEDH reconoció que tradicionalmente la única forma de violación que se sancionaba era aquella en la que la víctima había rechazado físicamente a su agresor. Sin embargo, y teniendo en cuenta los avances jurisprudenciales internacionales, la CEDH concluyó que los Estados estaban obligados a sancionar la violación, considerando que ésta se presentaba siempre que el acto sexual ocurría sin el consentimiento de la víctima[74].

Asimismo, la CEDH ha sostenido que los Estados deben tomar medidas para proteger efectivamente a las víctimas de sus agresores, tal como lo señaló en el caso E. y otros contra al Reino Unido, en el que el Estado permitió que el agresor continuara conviviendo y abusando de sus víctimas por cerca de 20 años, "al haberle otorgado el beneficio de libertad condicional por confesión por el delito de acceso carnal a menores de edad y no adoptar medidas para informar a las víctimas o para protegerlas del agresor"[75].

Adicionalmente a la jurisprudencia, es importante referirse a las reglas de procedimiento establecidas por los TPI, las cuales repararon en el tratamiento discriminatorio a las mujeres en los procesos judiciales y en la necesidad del establecimiento de medidas protectoras que respondieran a un perspectiva de género sensible para las mujeres víctimas y testigos[76].

Así, para el caso del TPEY, el artículo 96[77] de su Reglamento establece ciertas normas para los casos de agresión sexual:

i) No se requerirá el testimonio corroborativo de las víctimas.

ii) No podrá aducirse el consentimiento de la víctima cuando:

a) Ésta haya sido sometida, o tenga motivos para temer verse sometida, a violencia,

70 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Op. Cit., 2006, párrafo 51.

71 Corte Europea de Derechos Humanos, M.C. v. Bulgaria, app. No. 39272/98, Sentencia de 4 de marzo de 2004, párrafos 178-184.

72 Corte constitucional de Colombia, Op. Cit., 2005, página 42.

73 Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia M.C. v. Bulgaria, Eur. Ct. H.R. párrafo 181.

74 Ibíd., párrafo 156.

75 Ibídem.

76 Copelon, Rhonda, Op. Cit., 2000, página 12.

77 Tomado de: IT/32/Rev.3/Corr.1 de 6 de febrero de 1995

coacción, detención u opresión psicológica, o haya sido amenazada con ella; o

b) Crea razonablemente que si no se somete otra persona podrá ser sometida, amenazada o albergar temor.

iii) Para que se admita la prueba del consentimiento de la víctima el acusado deberá convencer al tribunal reunido a puerta cerrada de que la prueba es pertinente y creíble.

iv) No se admitirá como prueba la conducta sexual anterior de la víctima.

Se debe resaltar que en el caso Tadic se señalaron los criterios para mantener la confidencialidad de las identidades de las testigas y los testigos, bajo circunstancias especiales, incluso anónimas para la defensa[78]. En el caso Furundzija, la defensa cuestionó la credibilidad de la mujer violada sobre la base de que había sufrido un desorden del tipo stress post-traumático, argumento que fue rechazado por la Sala[79].

En el caso Celebici, la defensa ignoró la Regla 96 en cuanto a la prohibición de la introducción de evidencia sobre la conducta sexual anterior de la víctima, al preguntarle acerca del uso previo de anticonceptivos. La Sala confirmó la regla 96 rechazando este tipo de preguntas[80].

Estos importantes aportes fueron recogidos por la Corte Penal Internacional tanto en el Estatuto de Roma como en las Reglas de Procedimiento y Prueba[81], con el objetivo de respetar el derecho de los acusados a un juicio justo y los derechos de las víctimas y los testigos[82].

Así, el artículo 64 (2) del Estatuto de Roma exige: «La Sala de Primera Instancia velará por que el juicio sea justo y expedito y se sustancie con pleno respeto de los derechos del acusado y teniendo debidamente en cuenta la protección de las víctimas y de los testigos». Además, el artículo 68 (1) contiene varias disposiciones que exigen que las medidas esenciales para proteger y apoyar a las víctimas y testigos no deben perjudicar ni ser incompatibles con los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial. Este artículo contempla además las medidas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, así como la dignidad y privacidad de las víctimas y testigos, particularmente en los casos de violencia sexual o de género.

De otro lado, la Regla 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba define a las víctimas como personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de competencia de la Corte, incluyendo a las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos en algunos de sus bienes (monumentos, hospitales, lugares u objetos que tengan fines humanitarios) y estén dedicadas al culto religioso, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia.

La Regla 86 especifica que la Corte tendrá en cuenta las necesidades de todas las víctimas y testigos, en particular los niños, personas de edad, personas con discapacidad y víctimas de violencia sexual o de género.

En el caso de los principios de prueba para la violencia sexual, la Regla 70 amplía lo establecido por los TPI y establece:

a) 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;

78 Copelon, Op. Cit., Ibíd.
79 Ibídem.
80 Ibídem.
81 U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000).
82 Amnistía Internacional, "No más violencia contra las Mujeres. Cómo utilizar el derecho Penal para internacional para impulsar reformas legislativas que incorporen la perspectiva de género", 2005, página 31.

b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;

c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;

d) 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.

En el caso de esta prueba de consentimiento, Amnistía Internacional ha sostenido que los países deberían establecer disposiciones similares a nivel interno, las que deben ser aplicables a todos los delitos de violencia sexual, ya se trate de actos individuales de violencia sexual o de los cometidos como parte de un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra[83].

Asimismo, el silencio o la ausencia de resistencia no pueden utilizarse para inferir el consentimiento, considerando que las víctimas de abuso sexual con frecuencia no ofrecen resistencia física debido a diversos factores psicológicos o por temor a la violencia del perpetrador, tal como se vio en el contexto de la CEDH[84].

De otro lado, la Regla 71 sostiene que la Corte no admitirá pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo, considerando que estas pruebas suelen utilizarse para afectar la credibilidad de la víctima[85].

La admisión de tal prueba en los juicios por crímenes de violencia sexual introduce estereotipos que restan crédito a las mujeres que han tenido relaciones sexuales en el pasado[86] y, además, aumenta el trauma de prestar declaración, pues permite que se pueda humillar a las mujeres y obligarlas a exponer aspectos de sus vidas privadas que nada tienen que ver con el crimen por el que se está procesando[87]. Por ello, no se deben admitir pruebas que impliquen una intromisión irrazonable o desproporcionada en el derecho a la intimidad de la víctima, considerando que "(...) el comportamiento o experiencia sexual previo de la víctima, nada dice sobre su consentimiento para sostener relaciones sexuales con el acusado, ni aporta información sobre lo ocurrido el día de los hechos. Simplemente está encaminado a cuestionar la idoneidad moral de la víctima con base en prejuicios sociales"[88].

De otro lado, la Regla 72 señala que:

1. Cuando se tenga la intención de presentar u obtener, incluso mediante el interrogatorio de la víctima o de un testigo, pruebas de que la víctima consintió en el supuesto crimen de violencia sexual denunciado, o pruebas de las palabras, el comportamiento, el silencio o la falta de resistencia de la víctima o de un testigo a que se hace referencia en los apartados a) a d) de la regla 70, se notificará a la Corte y describirán la sustancia de las pruebas que se tenga la intención de presentar u obtener y la pertinencia de las pruebas para las cuestiones que se planteen en la causa.

2. La Sala, al decidir si las pruebas a que se refiere la subregla 1 son pertinentes o admisibles, escuchará a puerta cerrada las opiniones del Fiscal, de la defensa, del testigo y de la víctima o su representante legal, de haberlo, y de conformidad con el párrafo 4 del artículo 69, tendrá en cuenta si las

83 Amnistía Internacional, Op. Cit., página 31.
84 Ibíd., página 35
85 Ibídem.
86 Green, Jennifer; Copelon, Rhonda; Cotter, Patrick y Beth Stephens, "Affecting the rules for the prosecution of rape and other gender-based violence before the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: A feminist proposal and critique", 5 Hastings Women's Law Journal, 1994, p. 171. Citado en: Amnistía Internacional, Op. Cit., página 30.
86 Amnistía Internacional, Op. Cit., página 30.
87 Corte constitucional de Colombia, Op. Cit., 2005, página 58.
88 Amnistía Internacional, Op. Cit., página 34.

pruebas tienen suficiente valor probatorio en relación con una cuestión que se plantee en la causa y los perjuicios que puedan suponer. A estos efectos, la Sala tendrá en cuenta el párrafo 3 del artículo 21 y los artículos 67 y 68 y se guiará por los principios enunciados en los apartados a) a d) de la regla 70, especialmente con respecto al interrogatorio de la víctima.

3. La Sala, cuando determine que la prueba a que se refiere la sub regla 2 es admisible en el proceso, dejará constancia en el expediente de la finalidad concreta para la que se admite. Al valorar la prueba en el curso del proceso, la Sala aplicará los principios enunciados en los apartados a) a d) de la regla 70.

En materia de corroboración de la víctima, la Regla 63 establece que "la Sala no requerirá corroboración de la prueba para demostrar ninguno de los crímenes de la competencia de la Corte, en particular los de violencia sexual".

Como se sabe, muchos sistemas de justicia nacionales requieren la corroboración del alegato de violencia sexual de la víctima además de la participación en el proceso de testigos presenciales del crimen, lo cual no es común en los casos de violencia sexual. Debe tenerse presente que el requisito de corroboración afianza en la legislación la desconfianza inherente en el testimonio de las mujeres[89].

LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL CONTEXTO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL. EL CASO DE LAS COMISIONES DE LA VERDAD DE SUDÁFRICA Y PERÚ.

Como se sabe, la justicia transicional se ubica en contextos de sociedades que han sufrido graves situaciones de violaciones de derechos humanos a consecuencia de un conflicto armado o debido a las acciones de gobiernos dictatoriales. En estos ámbitos, los mecanismos tradicionales de justicia resultan insuficientes por lo que se hace necesario establecer una serie de mecanismos temporales y no judiciales para establecer las dimensiones de los abusos cometidos, con el objetivo de que las nuevas sociedades puedan seguir adelante y no repetir los hechos ocurridos[90]. En este sentido, la justicia transicional pretende contribuir con las sociedades en su tarea de confrontar los abusos pasados a fin de garantizar la rendición de cuentas de lo sucedido y progresar hacia la reconciliación[91].

Entre los mecanismos de justicia transicional se incluyen las comisiones de la verdad, las cuales elaboran informes sobre las causas de la violencia y diseñan programas de reparación para las víctimas.

Si bien no existe un único modelo de Comisiones de la Verdad, si algo tienen en común la mayoría de ellas es que no fueron elaboradas con una perspectiva de género y que no incluyeron los casos de violencia sexual contra las mujeres como una violación de derechos humanos. Los casos de Sudáfrica y del Perú son algunas de las pocas excepciones.

Como se sabe, hacia mediados del siglo 20 se impuso en ***Sudáfrica*** el régimen del Apartheid, en cuyo contexto se cometieron graves violaciones de derechos humanos contra la

89 Amnistía Internacional, Op. Cit., página 34.

90 Al respecto, revisar: Anderlini, Sanam; Pampell, Camille and Lisa Kays, "Transitional Justice and Reconciliation", en: Women Waging Peace, "Inclusive Security, Sustainable Peace: A Toolkit for Advocacy and Action, Washington, DC: 2004.

91 United Nations, Security Council, S/2004/616, "The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. Report of the Secretary-General", 23 de agosto del 2004, página 4, párrafo 8.

población negra. Hacia 1990, el Presidente Frederik W. desarrolla el proceso hacia la nueva Constitución de 1993, la cual facilita el establecimiento de la CVR con el objetivo de investigar las violaciones de derechos humanos cometidas entre 1960 y 1994, estableciéndose además la posibilidad de conceder amnistías a las personas que confesaran completamente su responsabilidad en los hechos y que pudieran demostrar las motivaciones políticas de sus actos[92].

Puede decirse que el caso sudafricano es uno de los más importantes en materia de análisis de las violaciones de derechos humanos con una perspectiva de género. Al respecto, y gracias a un intenso trabajo de cabildeo por parte de organizaciones de la sociedad civil, activistas y académicas, la CVR tuvo la sensibilidad de entender que las mujeres que se acercaban a brindar su testimonio priorizaban las historias de sus esposos e hijos sobre las propias. Esto motivó un trabajo específico de análisis para recuperar las voces e historias de las mujeres en el cual participaron, entre otras instituciones, el Centro de Estudios Legales Aplicados (CALS) y el Centro de Estudios sobre Violencia y Reconciliación. En este sentido, se elaboró un documento de trabajo[93] que se presentó en una audiencia especial ante la CVR, el cual analizaba, entre otros hechos, los casos de violencia sexual. Este documento destaca, en primer lugar, que las mujeres víctimas de estos hechos no narran lo sucedido con facilidad e incluso niegan los hechos. Asimismo, se distingue los casos de violencia sexual como tortura, los cuales se realizan no sólo con el objetivo de obtener información o la autoinculpación de la víctima, sino también para producirle un sentimiento de vergüenza y culpa. En su presentación ante la CVR, la Dra. Meintjes sostuvo que de los 9,000 casos de violación sexual contra mujeres de los que habían tenido conocimiento, solo 9 mujeres habían admitido ser víctimas. Como principal aporte, el documento afirma la existencia de una sistemática afectación negativa de la autoestima de las mujeres y de su sexualidad con el objetivo de disminuir su compromiso político y su sentido de pertenencia a una comunidad.

Asimismo, el documento analiza las ambigüedades y silencios que rodean la experiencia de la violencia sexual y la necesidad que la CVR desarrollara una preocupación específica en la materia. De otro lado, se verifica una continuidad entre la violencia domestica y la violencia política, estableciéndose además que la violación sexual puede ser un crimen de lesa humanidad, cometiéndose tanto en tiempo de guerra como de paz. En este sentido, se precisa que el análisis de los casos de violación sexual no pueden dejar de lado la manera como las mujeres son concebidas en la sociedad civil, esto es, como personas subordinadas y como ciudadanas de segunda categoría. Por lo tanto, el documento es claro en rechazar cualquier tipo de amnistía para estos hechos.

En el caso del ***Perú***, la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) fue creada en el 2001 para analizar los crímenes y graves violaciones de derechos humanos ocurridas durante el conflicto armado entre 1980 y el 2000, cuyos principales responsables fueron los integrantes de los grupos subversivos Sendero Luminoso y el MRTA, así como el Estado.

Debe decirse que tanto en el caso sudafricano como en el peruano, los mandatos de las CVR no establecían la necesidad de trabajar con una perspectiva de género ni incluían los casos de violencia sexual como una violación de derechos humanos. Sin embargo, las conclusiones, metodología y los avances logrados en Sudáfrica fueron un precedente importante para el trabajo de la CVR peruana.

92 Al respecto, revisar: The World Bank, "Gender, Justice and Truth Commissions", 2006.

93 Presentación de la Dra. SHEILA MEINTJIES ante la CVR, Audiencia Pública sobre Mujeres, 29 de julio de 1997, www.doj.gov.za/trc/trc_frameset.htm

En este sentido, el Informe Final de la CVR incluyó un capítulo analizando los casos de violencia sexual contra las mujeres, utilizando como definición operativa: "La realización de un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o cuando se hace que esa(s) personas realicen un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa(s) personas u otra persona, o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa(s) personas de dar su libre consentimiento".

Entre las formas de violencia sexual, la investigación no se restringió sólo a los hechos de violación sexual sino que se incluyó además los casos de prostitución forzada, unión forzada, esclavitud sexual, aborto forzado y embarazo forzado.

Si bien no existían mayores informes previos en la materia, la CVR identificó casos de violencia sexual ocurridos aproximadamente en quince departamentos del Perú[94]. Asimismo, el Informe Final reconoció la subrepresentación de los casos de violencia sexual en cuanto a las estadísticas totales y al número de testimonios recibidos por la CVR. Recogiendo el precedente sudafricano, la CVR entendió que esta subrepresentación de denuncias se originaba en el sentimiento de culpa y vergüenza de las víctimas, en la falta de reconocimiento de la violencia sexual como una violación de los derechos humanos y en el rol que asumían las mujeres al acudir a la CVR, quienes no necesariamente se reconocían como víctimas y brindaban testimonio sobre lo que les sucedió a sus esposos e hijos. De otro lado, el Informe permite entender que la violencia sexual se produjo en el marco de otras violaciones de derechos humanos tales como detenciones arbitrarias, ejecuciones arbitrarias y tortura, principalmente. Por ello, los hechos de violencia sexual no eran registrados de manera independiente, ya que sólo se registraba la violación de derechos humanos considerada como "principal"[95].

Es importante señalar que en el periodo post CVR en Perú, se iniciaron los juicios sobre violaciones de derechos humanos incluidos en el Informe Final, entre los cuales se ubica el caso Manta y Vilca, referido a violaciones sexuales masivas ocurridas en el departamento de Huancavelica, donde las bases militares operaron entre 1984 y 1998. En octubre del 2007, la Fiscalía correspondiente formuló denuncia penal, contra 9 ex integrantes de las fuerzas armadas, por la comisión del delito de violación sexual como forma de tortura (crimen de lesa humanidad) en agravio de 13 mujeres. Siete militares han sido denunciados en calidad de autores y adicionalmente dos en calidad de cómplices de actos y modalidades de tortura y crimen de lesa humanidad. Entre sus fundamentos, la denuncia recoge los tratados internacionales y reconoce que si bien en el Perú el tipo penal de tortura ha sido incorporado a la legislación penal en febrero de 1998, "en el derecho internacional existen normas y principios de *ius cogens* y tratados internacionales de derechos humanos de los cuales el Perú es parte y frente a los cuales se encuentra obligado internacionalmente, tales como la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, inhumanas o degradantes, así como la Convención Interamericana contra la Tortura y la Convención Belem Do Pará"[96]. Este es el primer caso de violación sexual que es denunciado bajo estas consideraciones en el Perú[97].

[94] Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, Tomo VI, Sección cuarta: Los crímenes y violaciones de los derechos humanos, Capítulo 1:Patrones en la perpetración de los crímenes y de las violaciones de los derechos humanos, 1.5 La violencia sexual contra la mujer www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php

[95] Tomado de: Mantilla, Julissa, "La Comisión de la Verdad y Reconciliación en el Perú y la perspectiva de género: principales logros y hallazgos", Revista IIDH N° 43, 2006.

[96] Ideele radio, edición del 12 de octubre del 2007, www.ideeleradio.org.pe/look/Ideeleradio/article.tpl?IdLanguage=13&IdPublication=7&NrIssue=44&NrSection=30&NrArticle=17336

[97] Ibíd.

Ahora bien, el impacto del Informe Final de la CVR no se dio solo a nivel local, sino que también ha sido citado permanentemente en la sentencia Castro Castro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, junto al sudafricano, ha servido de base para el establecimiento de otras comisiones de la verdad en el mundo.

CONCLUSIÓN

Como se ha visto, el reconocimiento de la violencia sexual como una violación a los derechos humanos ha sido un proceso difícil y largo. Adicionalmente a las dificultades en la definición de estos hechos, las normas procedimentales no han incorporado los estándares internacionales de género y equidad, afectando de esta manera los derechos de las víctimas quienes no encuentran una respuesta efectiva de parte de la administración de justicia a sus reclamos de verdad, justicia y reparación.

Sin embargo, ya se cuentan con experiencias y precedentes internacionales que deben revisarse con cuidado, entendiendo –desde una perspectiva de género- que la violencia sexual tiene consecuencias físicas y emocionales en las víctimas y que los Estados deben modificar las normativas nacionales en este sentido.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en el contexto que se vive en Colombia, resulta fundamental debatir estos temas, analizando si las circunstancias permiten hablar de patrones de crímenes internacionales y no sólo de hechos aislados. Esta discusión es mucho más urgente e importante si se repara en la subrepresentación de denuncias de violencia sexual que se viene identificando en el país, en relación a otras violaciones de derechos humanos.

Para ello, resulta fundamental consolidar los esfuerzos existentes en materia de justicia de género, fortalecer las estrategias de investigación y documentación de casos, conocer la normatividad internacional a profundidad y desarrollar una labor activa en la actualización de la norma interna en este sentido. Esta discusión, además, debe darse a nivel de las entidades de la sociedad civil que representan a las víctimas pero, además, debe involucrar de manera activa a los sectores de la administración estatal que lidian con estos casos a diario y que pueden marcar la diferencia entre el logro de una justicia real para las víctimas o la consolidación de la impunidad.

MAS ALLÁ
DE LAS CIFRAS

DERECHO INTERNACIONAL

Violencia sexual, paramilitarismo e impunidad. Análisis y propuestas desde una mirada de género

Iris Marín Ortega

Violencia sexual, paramilitarismo e impunidad. Análisis y propuestas desde una mirada de género

Iris Marín Ortega[1]

INTRODUCCIÓN

En diciembre de 2002 inició el proceso de negociación del Gobierno Nacional con los grupos paramilitares, al que le siguieron ceremonias de desmovilización en las que supuestamente se habrían desarticulado y desmontado las estructuras militares de tales grupos.

Desde 2002, se habían expedido algunas modificaciones normativas para viabilizar el proceso de negociación. Entre ellas se destacaron la expedición de la ley 782 de 2002 y su decreto reglamentario, el decreto 128 de 2003.

En el 2004 se inició en el Congreso de la República la discusión de una ley que permitiera dar beneficios judiciales a los desmovilizados que hubieren cometido violaciones a derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. Dicho proceso culminó con la expedición de la ley 975 de 2005, conocida como ley de "Justicia y Paz". En el 2006, dicha ley fue declarada constitucional por la Corte Constitucional, en términos generales. Sin embargo, la Corte también declaró la inconstitucionalidad o hizo aclaraciones interpretativas de algunas normas claves de la ley 975, lo que permitió que dicha normativa se adecuara en gran parte a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Con ese marco legal, y con varios decretos reglamentarios expedidos por el Gobierno, se dio inicio al proceso de implementación de la ley 975 de 2005. En agosto de 2006 el Gobierno envió el primer listado de desmovilizados postulados a los beneficios de la ley 975 y, en diciembre de 2006, algunos de ellos empezaron a rendir versiones libres ante la Fiscalía. En la actualidad el proceso se sigue desarrollando en medio de muchas dificultades e incertidumbres.

En primer lugar, todavía no es claro que en efecto se haya dado la desmovilización y desarticulación de los grupos paramilitares, y tampoco que las desmovilizaciones se hayan traducido en la suspensión de los delitos de violencia sexual contra las mujeres.

La Corporación Sisma Mujer ha querido hacer un análisis de todo este proceso político y jurídico para tratar de establecer el impacto que todos estos desarrollos han tenido en los numerosos casos de violencia sexual contra las mujeres, en el marco del conflicto armado en Colombia.

Los delitos de violencia sexual, entre los que se encuentran la violación sexual, la esclavitud sexual, el embarazo y aborto forzados, la desnudez forzada, entre otros, tampoco han sido ajenos a la violencia paramilitar. Así lo han reportado numerosos informes tanto de organismos intergubernamentales de Naciones Unidas o del Sistema Interamericano, así como informes de organismos no gubernamentales.

Sin embargo, de por lo menos 80.000 víctimas que se han acercado a reclamar sus derechos en "Justicia y Paz", sólo 21 de ellas serían víctimas de violencia sexual, de acuerdo a datos de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación[2].

La continuidad de la comisión de estos delitos, así como su persistente impunidad a pesar del proceso de desmovilización y de la implementación de toda la normatividad de "Justicia y Paz" son el objeto de este estudio.

[1] **Iris Marín Ortega:** Abogada de la Universidad del Rosario, candidata al título de Maestría en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Experta en el marco jurídico expedido para otorgar beneficios judiciales a quienes deciden desmovilizarse y contribuir a la paz.

[2] Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación - CNRR, Boletín CNRR, Edición No. 2, diciembre de 2007, página 4. Sin embargo, de acuerdo a declaraciones informales del Presidente de la CNRR, para final de 2007, el número de víctimas que habrían diligenciado el formato podría superar las 100.000. Ver también: El Tiempo, *Entre 80.000 quejas contra "paras", drama del abuso sexual es casi invisible. Sólo 21 denuncias por violación han llegado ante Justicia y Paz,* 25 de septiembre de 2007, pág. 1-4.

Para su elaboración, además de otras fuentes disponibles, se ha contado con el trabajo que la Corporación Sisma Mujer está adelantando en las diferentes zonas del país, como el que se refiere a la sistematización de las versiones libres rendidas hasta ahora por miembros de grupos paramilitares y el análisis de las referencias y omisiones a delitos de violencia sexual. Igualmente, este documento toma algunas de sus conclusiones de la información recogida a través del "Observatorio de derechos humanos de las mujeres en Colombia: en situaciones de conflicto armado las mujeres también tienen derechos" que Sisma Mujer está desarrollando en diferentes zonas del país con mujeres lideresas, en situación de desplazamiento[3].

Este informe se divide en tres capítulos. El primero se centra en el proceso de negociación con los grupos paramilitares y su efecto en la vida de las mujeres. El segundo expone y analiza el marco legal para conceder beneficios jurídicos a los desmovilizados. En el tercer y último capítulo, se analiza la aplicación de la ley 975 de 2005, las versiones libres y la violencia sexual contra las mujeres.

Las conclusiones de este estudio no son muy esperanzadoras. Sin embargo, al final de cada capítulo se encuentra un acápite de conclusiones y recomendaciones de política pública. De esta manera la Corporación Sisma Mujer espera contribuir a que se tomen los correctivos necesarios para evitar que la violencia sexual siga siendo una de las prácticas más recurrentes, invisibles e impunes en el conflicto armado colombiano.

[3] El Observatorio de los Derechos Humanos de las Mujeres en Colombia: "*En situaciones de conflicto armado las mujeres también tienen derechos*" es una iniciativa de la Corporación SISMA MUJER que, desde su creación -en el año 2001-, ha realizado de manera permanente y en varias regiones del país, un monitoreo sobre el efecto que tiene el desplazamiento en el ejercicio de los derechos de las mujeres, y sobre el accionar del Estado colombiano frente a sus obligaciones de protección y garantía de los derechos humanos de las mujeres en situación de desplazamiento. El Observatorio, bajo la coordinación de la Corporación SISMA MUJER, ha establecido alianzas regionales e internacionales para el logro de sus objetivos. En el ámbito nacional, actualmente se encuentran vinculadas con el trabajo del Observatorio las siguientes organizaciones: Humanizar (Bogotá y Cundinamarca), Red de Empoderamiento de mujeres de Cartagena y Bolívar (Bolívar), Red Departamental de Mujeres Chocoanas (Chocó), Oye Mujer (Tolima) y Taller Abierto (Cali). El componente internacional del Observatorio ha estado apoyado por Atelier (España).

I. EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN CON LOS GRUPOS PARAMILITARES Y SU EFECTO EN LA VIDA Y LAS NECESIDADES DE LAS MUJERES

1.- El proceso de negociación con los grupos paramilitares

En diciembre de 2002, se inició el proceso de negociación entre el Gobierno y los grupos paramilitares, tras la declaración del cese unilateral de hostilidades por parte de dichos grupos. Dicho compromiso era el cumplimiento de la condición que, desde su campaña, había puesto el Presidente Uribe para adelantar procesos de negociación con cualquiera de los grupos armados ilegales.

A partir de ese momento se nombró la "Comisión Exploratoria de Paz con las Autodefensas"[4], que el 25 de junio de 2003 expidió un documento de recomendaciones en el que sugirió, entre otros, continuar con el proceso, previo cumplimiento total y verificable del cese de hostilidades. La comisión también recomendó establecer una mesa nacional de diálogo que hiciera confluir allí a los diferentes grupos paramilitares involucrados en el proceso[5].

El 15 de julio de 2003 se firmó el "*Acuerdo de Santa Fe Ralito para contribuir a la paz de Colombia*". En dicho acuerdo, las partes dieron inicio a la etapa de negociación, y las Autodefensas Unidas de Colombia se comprometieron a desmovilizar a la totalidad de sus miembros antes del 31 de diciembre de 2005. El proceso iniciaría con la desmovilización del Bloque Cacique Nutibara en Medellín, en noviembre de 2003.

Desde febrero de 2004, el proceso empezó a tener el acompañamiento de la Misión de Apoyo al Proceso de Paz de la OEA (MAPP/OEA), que inició su trabajo con fundamento en un acuerdo entre el Secretario General de la OEA y el Gobierno colombiano[6]. La MAPP/OEA tiene como funciones la verificación del cese de hostilidades, la verificación de iniciativas de desmovilización y desarme y el apoyo al proceso de reincorporación.

El Consejo Permanente de la OEA respaldó la conformación de la misión y, a través de la Resolución 859 de 2004, resolvió "3. *Asegurar que el papel de la OEA sea completamente acorde con las obligaciones de sus Estados Miembros respecto a la plena vigencia de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario e invitar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a que proporcione asesoría a la Misión*"[7].

Con fundamento en este mandato, la MAPP/OEA ha rendido 10 informes al Consejo Permanente[8] . Por su parte la Comisión

[4] La "Comisión Exploratoria de Paz con las Autodefensas" fue designada por el Gobierno nacional a través de la resolución 185 de 23 de diciembre de 2002. Como miembros de la comisión fueron designados Eduardo León Espinosa, Faccio-Lince, Ricardo Avellaneda Cortés, Carlos Franco Echevarria, Jorge Ignacio Castaño Giraldo, Gilberto Alzate Ronga y Juan B. Pérez Rubiano.

[5] En: Alto Comisionado para la Paz, *Informe Ejecutivo. Proceso de Paz con las Autodefensas*, anexo 4, página 110.

[6] El 23 de enero de 2004, el Presidente de la República y el Secretario General de la Organización de Estados Americanos César Gaviria Trujillo, firmaron el "Convenio entre el Gobierno de la República de Colombia y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos para el acompañamiento al proceso de paz en Colombia", en: Alto Comisionado para la Paz, *Informe Ejecutivo. Proceso de paz con las autodefensas,* www.altocomisionadoparalapaz.gov.co, pág. 119 a 126.

[7] Organización de Estados Americanos, Consejo Permanente, Resolución 859 de 2004, CP/Res. 859 (1397/04), Apoyo al Proceso de Paz en Colombia, punto 3 de la parte resolutiva.

[8] Los informes son los siguientes: Organización de Estados Americanos, Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia, *Informe trimestral del Secretario General sobre la misión para apoyar el proceso de paz en Colombia,* Doc. Ser. G/ CP/ Doc. 3894, 11 de mayo de 2004; *Segundo informe trimestral del Secretario General sobre la misión para apoyar el proceso de paz en Colombia (MAPP/OEA), de conformidad con la resolución CP/Res.859 (1397/04),* Doc. OEA, Ser. G/ CP/ doc. 3944/04, 28 de septiembre de 2004; *Tercer informe trimestral del Secretario General sobre la misión para apoyar el proceso de paz en Colombia (MAPP/OEA), de conformidad con la resolución CP/Res.859 (1397/04),* Doc. OEA, Ser. G/ CP/ doc. 3978/05, 31 de enero de 2005; *Cuarto informe trimestral del Secretario General sobre la misión para apoyar el proceso de paz en Colombia (MAPP/OEA), de conformidad con la resolución CP/Res.859 (1397/04),* Doc. OEA, Ser. G/ CP/ doc. 3989/05, 11 de marzo de 2005; *Quinto informe trimestral del Secretario General sobre la misión para apoyar el proceso de paz en Colombia (MAPP/OEA), de conformidad con la resolución CP/Res.859 (1397/04),* Doc. OEA, Ser. G/ CP/ doc. 4062/05, 5 de octubre de 2005; *Sexto informe trimestral del Secretario General sobre la misión para apoyar el proceso de paz en Colombia (MAPP/OEA), de conformidad con la resolución CP/Res.859 (1397/04),* Doc. OEA, Ser. G/ CP/ doc. 4075/06, 16 de febrero de 2006; *Séptimo informe trimestral del Secretario General sobre la misión para apoyar el proceso de paz en Colombia (MAPP/OEA), de conformidad con la resolución CP/Res.859 (1397/04),* Doc. OEA, Ser. G/ CP/ doc. 4148/06, 30 de agosto de 2006; *Octavo informe trimestral del Secretario General sobre la misión para apoyar el proceso de paz en Colombia (MAPP/OEA), de conformidad con la resolución CP/Res.859 (1397/04),* Doc. OEA, Ser. G/ CP/ doc. 4176/07, 14 de febrero de 2007; *Noveno informe trimestral del Secretario General sobre la misión para apoyar el proceso de paz en Colombia (MAPP/OEA), de conformidad con la resolución CP/Res.859 (1397/04),* Doc. OEA, Ser. G/ CP/ doc. 4237/07, 3 de julio de 2007; *Décimo informe trimestral del Secretario General sobre la misión para apoyar el proceso de paz en Colombia (MAPP/OEA), de conformidad con la resolución CP/Res.859 (1397/04),* Doc. OEA, Ser. G/ CP/doc. 4249/07, 31 de octubre de 2007.

Interamericana de Derechos Humanos ha presentado tres informes sobre los efectos de la desmovilización y también del marco jurídico que se expidió[9].

El 13 de mayo de 2004 se firmó el acuerdo de Fátima, en función del cual se estableció la zona de ubicación temporal en Santa Fe de Ralito en Tierralta, Córdoba. Allí permanecerían los miembros de la mesa de diálogo nacional, sin que pudieran ser capturados. Establecidas estas condiciones se dio paso a la continuación de las ceremonias de desmovilizaciones colectivas.

Las ceremonias de desmovilización terminaron en agosto del 2006, con la desmovilización del Bloque Elmer Cárdenas. De acuerdo a la información del Gobierno, en total se desmovilizaron 34 estructuras paramilitares, que se encontraban conformadas por 31.671 combatientes, que entregaron 18.051 armas, 13.117 granadas, 2'716.401 municiones. En las ceremonias de desmovilización también se entregaron 3 aeronaves, 159 automotores y 59 bienes inmuebles[10].

De acuerdo al octavo informe de la MAPP/OEA, en total, las mujeres corresponden a poco más de un 6% de la totalidad de las personas desmovilizadas (1.913 mujeres). Igualmente, la MAPP/OEA señala que la representación de las mujeres en cargos de importancia y responsabilidad en la estructura de los grupos paramilitares fue reducida[11].

2.- Desatención a las necesidades específicas de mujeres y niñas dentro del proceso de negociación

La resolución 1325 de 2000 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas "*Insta a los Estados Miembros a velar por que aumente la representación de la mujer en todos los niveles de adopción de decisiones de las instituciones y mecanismos nacionales, regionales e internacionales para la prevención, la gestión y la solución de conflictos*". Igualmente, entre otros, la resolución pide a los Estados que se encuentren en negociaciones de paz, que adopten una perspectiva de género en que se tengan en cuenta las necesidades especiales de las mujeres y las niñas en todo el proceso, apoyar las iniciativas de paz de mujeres en regiones y localidades, y permitir la participación de ellas.

Sin embargo, en el proceso, ha estado ausente la preocupación específica por las necesidades e impacto de la violencia paramilitar y la desmovilización en la vida de las mujeres. La Comisión Exploratoria designada al inicio no dirigió ninguna de sus recomendaciones a tener en cuenta las necesidades especiales de las mujeres dentro del proceso de negociación.

La MAPP/OEA, creada por acuerdo del Gobierno colombiano y la Secretaría General de la OEA, tampoco tiene en su mandato ninguna actividad dirigida a verificar la situación y necesidades específicas de las mujeres en el marco del proceso.

Ahora bien, en julio de 2005, en una reunión con organizaciones de derechos humanos en la que se encontraba presente Sisma Mujer, el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, José Miguel Insulza, señaló la viabilidad, así como su voluntad de incorporar el análisis con perspectiva de género a los informes de la MAPP/OEA e, incluso, señaló la posibilidad de expedir un informe especial que profundizara en este enfoque.

9 Los informes son: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia;* Doc. OEA/ Ser. L/ V/ II. 120/ Doc. 60, 13 de diciembre de 2004; *Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la ley de justicia y paz en la República de Colombia*; *Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz: Etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales,* Doc. OEA/ Ser. L / V / II.129/ Doc. 6, 2 de octubre de 2007.

10 Alto Comisionado para la Paz, *informe ejecutivo. Proceso de paz con las autodefensas*, www.altocomisionadoparalapaz.gov.co, págs. 101 y 102.

11 *"La participación de la mujer en la conformación de las autodefensas fue reducida al igual que su representación en cargos de relativa importancia y responsabilidad. El porcentaje de mujeres involucradas corresponde al 6,03% lo que representa a 1.913 desmovilizadas"*. Organización de los Estados Americanos, Misión de apoyo al Proceso de Paz en Colombia MAPP/OEA, Octavo informe trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA), OEA/Ser.G, CP/doc. 4176/07, 14 de febrero de 2007, pág. 5.

Sin embargo, en ninguno de sus seis primeros informes se hizo análisis diferenciado entre hombres y mujeres. Sólo en su séptimo informe empezó a distinguir entre cantidad de hombres y mujeres desmovilizadas. En su octavo informe reporta el consolidado del total de mujeres desmovilizadas, que corresponden a un poco más del 6% del total de las personas desmovilizadas. Además, recomendó que en la reestructuración de la política de reincorporación del Gobierno se incorpore un programa de atención especial y diferenciada para mujeres. El informe también reporta que la MAPP/OEA ha trabajado con mujeres desmovilizadas evidenciando algunas de sus necesidades específicas en el proceso[12].

En su noveno informe, al manifestar la preocupación por la continuación de la actuación de grupos ilegales, la MAPP/OEA señaló que las operaciones de tales grupos "*continúan afectando gravemente a la población civil, principalmente a los grupos vulnerables como mujeres, niños, afro-descendientes e indígenas*". Igualmente, introdujo, por primera vez un punto en el que analiza la afectación de comunidades y poblaciones vulnerables, incluyendo a las mujeres[13].

En su décimo informe se excluyó nuevamente la referencia a la afectación especial de las mujeres, y se limitó a señalar que dentro del trabajo con comunidades, ha priorizado como uno de sus ejes, la perspectiva de género. Por último, resaltó el hecho de que la Alta Consejería para la Reinserción hubiera incluido en los programas de reinserción la atención teniendo en cuenta el enfoque diferencial, incluyendo el de género[14].

Sin embargo, las alusiones a derechos de las mujeres y afectaciones especiales por el proceso de desmovilización en los informes de la MAPP/OEA, han sido mínimas. Si bien, dentro de su mandato no hay una disposición específica que ordene la incorporación de este enfoque, la grave violación a sus derechos con ocasión o en desarrollo de conflicto tal como ha sido señalado por otro organismo de la OEA; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[15], lo hacen necesario. Además, la incorporación de este aspecto en los informes de la MAPP/OEA, daría cumplimiento a lo dispuesto en los tratados internacionales de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, especialmente la Convención Belem do Pará, así como la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

3.- Mantenimiento de la acción de grupos paramilitares y de sus estructuras

El proceso de negociación con los grupos paramilitares no ha significado la erradicación de estos grupos, ni tampoco la suspensión de sus ataques a la población civil. Desde el inicio de la negociación se han presentado grandes dificultades para hacer cumplir el cese de hostilidades, que fue el prerrequisito para el inicio del proceso.

El mantenimiento de los ataques a la población

[12] Organización de los Estados Americanos, Misión de apoyo al Proceso de Paz en Colombia MAPP/OEA, Octavo informe trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA), OEA/Ser.G, CP/doc. 4176/07, 14 de febrero de 2007, págs. 5, 14 y 16.

[13] La MAPP/OEA señaló:
"28. Las dinámicas regionales ligadas al surgimiento, fortalecimiento y expansión de las nuevas estructuras ilegales han afectado a las poblaciones y comunidades más vulnerables. La violencia contra las mujeres continúa siendo utilizada como estrategia de guerra por los actores armados del conflicto en su lucha por controlar territorios. La vulneración del núcleo familiar en aquellas áreas en donde operan las estructuras rearmadas y reductos es evidente. Los niños y niñas en las zonas de rearme o de permanencia de reductos se han visto afectados principalmente por el reclutamiento forzado por parte de diversos grupos armados ilegales. Esta práctica continúa en las regiones, sin que se tenga una certeza de la cantidad de menores que se han integrado a las filas.
29. Es importante mencionar que las mujeres han aparecido como protagonistas en la organización de las víctimas y el reclamo de sus derechos. Organizaciones como la IMP (Iniciativas de Mujeres por la Paz) - una alianza de la que hacen parte 22 organizaciones de mujeres - y las Madres de la Candelaria, entre otras, tienen un papel principal en el contexto de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz. Líderes como Yolanda Izquierdo, asesinada por desconocidos en Córdoba, se han convertido en símbolos de las personas que persiguen justicia y reparación".
Organización de los Estados Americanos, Misión de apoyo al Proceso de Paz en Colombia MAPP/OEA, *Noveno informe trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia* (MAPP/OEA), OEA/Ser.G, CP/doc. 4237/07, 3 de julio de 2007, párrs. 4, 28 y 29.

[14] Organización de los Estados Americanos, Misión de apoyo al Proceso de Paz en Colombia MAPP/OEA, Décimo informe trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA), OEA/Ser.G, CP/doc. 4249/07, 31 octubre 2007, párr 63.

[15] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, Doc. OEA/Ser.L./V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007, párrs. 20, 137, 175, 203, 245 y 250; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia,* Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, 18 de octubre de 2006.

civil y del poder de las estructuras es un hecho que en la actualidad es aceptado de manera general. Los grupos, además de seguir cometiendo delitos, han mantenido su poder económico, como se evidencia de la paupérrima cantidad de bienes entregados como consecuencia de la desmovilización.

Si bien existen distintas interpretaciones sobre la caracterización de los grupos que están operando[16], bajo nuevas denominaciones, siguen atacando a la población civil, con influencia de grupos paramilitares no desmovilizados, altos mandos paramilitares desmovilizados, así como de mandos medios que continuaron en la clandestinidad.

Sin embargo, aunque las acciones militares se mantienen, como se expondrá más adelante, estas han disminuido, de manera que se ha fortalecido, más bien, el control social sobre la población, el reclutamiento y los ataques discriminados a miembros de organizaciones sociales.

El hecho de que tales dinámicas sean las más sobresalientes, que su actuación se caracterice por ser de un bajo perfil, pero sin efectiva desmovilización, hacen temer que, como lo han manifestado algunas mujeres de las regiones a Sisma Mujer[17], nos encontremos en una especie de recesión para entrar en una nueva etapa de la violencia paramilitar, en medio de un proceso de transformación e institucionalización del paramilitarismo.

La ausencia de una real e íntegra desmovilización ha sido reseñada por varios organismos internacionales como en el informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre 2006, en el décimo informe[18] de la MAPP/OEA[19] y en "*Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales*" de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[20].

A continuación se perfilan algunas características de la situación después de las ceremonias de desmovilización:

16 La Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, en su informe del área sobre desmovilización, desarme y reintegración "Disidentes, rearmados y emergentes: ¿bandas criminales o tercera generación paramilitar?" señala:
"Otra pregunta que surge frente a los grupos ilegales visibilizados, rearmados o reorganizados luego de la desmovilización de las AUC es si ésta es una situación transitoria característica de los procesos de desmovilización de organizaciones ilegales armadas o si estamos en el inicio de un nuevo período de violencia con características inéditas. Varios escenarios son posibles. En primer término, Vicente Castaño, jefe desmovilizado de las AUC, quien no regresó al sitio de concentración ordenado por el presidente Uribe en agosto de 2006 (La Ceja, Antioquia) alegando un incumplimiento por parte del gobierno de supuestos acuerdos concertados entre ambas partes, podría estar alentando una unificación de las "bandas criminales emergentes" para enfrentar al Estado. Es decir, una nueva versión cercana al "narco-terrorismo" de los años ochenta y noventa que desencadenó el Cartel de Medellín, empeñado en abolir la extradición a los Estados Unidos de los acusados de traficar con estupefacientes a ese país, con un componente adicional: el control territorial y político armado, y las amenazas contra las víctimas de los grupos paramilitares y las organizaciones que las apoyan, activas en el marco de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz. En segundo término, se puede estar gestando una alianza pragmática para traficar con drogas entre estas "bandas criminales emergentes" con los grupos guerrilleros que persisten -ante todo las FARC y, en menor medida, con el ELN-. En tercer término, también se podría pensar en una lenta descomposición delincuencial de estas bandas que, de manera fragmentada, irían siendo desmanteladas lentamente por el Estado, como ocurrió en los años sesenta del siglo pasado con el bandolerismo. Finalmente, no se puede descartar la posibilidad de la emergencia de una "tercera generación paramilitar", con rasgos similares a las antiguas AUC y con las complicidades institucionales y privadas que ello conlleva, dadas la persistencia del conflicto armado interno y la incapacidad del Estado para ejercer un pleno control territorial.
(...)
Desde el punto de vista anterior, a la pregunta del título del informe sobre si los grupos disidentes de la negociación, los rearmados o los que se organizaron o visibilizaron luego de la desmovilización de los diferentes frentes de las AUC son una nueva generación de paramilitares o sólo bandas de criminales, es prematuro responder contundentemente. De ahí la propuesta de los posibles escenarios futuros mencionados antes.
En: Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, *Disidentes, rearmados y emergentes: ¿bandas criminales o tercera generación paramilitar?, www.cnrr.org.co*, págs, 7 y 8.

17 Un análisis más detallado de los hallazgos de la investigación *"Observatorio sobre el efecto de la desmovilizacion en las vidas de las mujeres"* de Sisma Mujer en las regiones, se presentará más adelante.

18 "*Los grupos paramilitares, incluyendo los comprometidos en el cese de hostilidades, persistieron en la comisión de graves infracciones, tales como homicidios, amenazas, ataques contra la población civil, toma de rehenes, torturas y tratos degradantes o humillantes, desplazamientos forzados, reclutamiento de niños y niñas y actos de violencia sexual".*
"Se atribuyeron a los grupos paramilitares homicidios, tanto individuales y selectivos como colectivos, que afectaron particularmente a líderes comunitarios, líderes indígenas, políticos y autoridades locales".
Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "*Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia en 2005",* Doc. E/CN.4/2006/9, 20 de enero de 2006, párr. 60 y 61.

19 "3. De acuerdo con la labores de verificación realizadas por la MAPP/OEA continua la influencia de ex comandantes paramilitares que no se acogieron al llamamiento del Gobierno y la presencia de mandos medios que se encuentran en la clandestinidad. Preocupa a la Misión las informaciones relacionadas con la permanencia de cadenas de mando que tienen como propósito seguir controlando la ilegalidad en las zonas donde operaban". Organización de los Estados Americanos, Misión de apoyo al Proceso de Paz en Colombia MAPP/OEA, Décimo informe trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA), OEA/Ser.G, CP/doc. 4249/07, 31 octubre 2007, párr. 3.

20 "10.6. La CIDH nota que poca información se ha dado a conocer al público sobre aquellos desmovilizados que sin participar del proceso de reinserción se han rearmado o formado nuevas bandas persistiendo en el fenómeno de la violencia. Sobre este panorama la información hecha pública en el Sexto, Séptimo y Octavo informe del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos al Consejo Permanente de la Organización ha revelado la existencia de fenómenos de violencia posteriores a las desmovilizaciones que preocupan a la MAPP, que obedecen a dinámicas diversas: *1) reagrupamiento de desmovilizados en bandas delicuenciales que ejercen control sobre comunidades específicas y economías ilícitas; 2) reductos que no se desmovilizaron; 3) aparición de nuevos actores armados y/o fortalecimiento de algunos ya existentes en zonas dejadas por grupos desmovilizados.*
(...)
"*La CIDH mantendrá su preocupación respeto del fenómeno del rearme y la formación renuevas bandas, y reitera la necesidad de que el Gobierno colombiano implemente mecanismos efectivos destinados a garantizar la desarticulación de las estructuras de las AUC"*
Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "*Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz; Etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales"*, Doc. OEA / Ser.L / V / II.129 / Doc. 6, octubre 2 de 2007, párrafos 106 a 108.

a. Los grupos paramilitares no han cumplido con su compromiso de cese de hostilidades.

De acuerdo al informe de la Defensoría del Pueblo sobre el tema, esta institución registró entre el 1º de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2004, 6.264 quejas por infracciones al derecho humanitario, de las cuales 1.909 correspondían a infracciones al derecho internacional humanitario presuntamente cometidas por los grupos paramilitares[21]. De acuerdo con información de la Comisión Colombiana de Juristas "*desde el inicio de ese proceso el 1º de diciembre de 2002 hasta el 30 de abril de 2007, por lo menos 3.040 personas fueron muertas o desaparecidas por fuera de combate por paramilitares. De ellas, por lo menos 248 eran mujeres*"[22].

La preocupación por el incumplimiento del compromiso de cese de hostilidades y las implicaciones que este tiene en la credibilidad en el compromiso de efectivo desmantelamiento de los grupos, ha sido manifestado también por organizaciones de mujeres y estudios de sobre el efecto de la desmovilización en las mujeres[23].

b. Los grupos paramilitares han mantenido sus estructuras con cambios en su denominación

El problema no consiste únicamente en el incumplimiento al compromiso de cese de hostilidades, que por sí mismo es muy grave. Los grupos paramilitares no están en un proceso sincero, transparente y efectivo de desmovilización, sino en una transformación hacia otra etapa de la violencia paramilitar. La desmovilización no ha sido real.

Sin embargo, debido a que los nuevos grupos tienen denominaciones diferentes, se genera la incorrecta impresión de que se trata de grupos nuevos que no guardan ninguna relación con el fenómeno paramilitar, como se conocía hasta antes de las desmovilizaciones.

Sisma Mujer ha realizado en el marco de sus actividades[24] talleres con mujeres en diferentes zonas del país[25] en los que se reúne con lideresas, muchas de ellas desplazadas.

En tales talleres, las mujeres manifestaron que saben de la existencia de grupos armados, que bajo nuevas denominaciones están ocupando el lugar que antes ocupaban los grupos paramilitares y que operan de una manera similar. No en todos los casos las mujeres tenía claridad de si estos grupos se encuentran conformados por los desmovilizados, o por paramilitares que por disidencia o porque estaba previsto, nunca se desmovilizaron. Entre estos nuevos grupos se han ubicado las "Águilas Negras", la "Organización Nueva Generación", los "Machos" y los "Rastrojos".

Muchas mujeres señalaron que estos nuevos grupos "son los mismos" y que la desmovilización fue una fachada, en donde algunos de ellos están dando la imagen de la desmovilización, pero los grupos siguen actuando en las mismas zonas.

Existe información disponible que permite sostener la responsabilidad de los comandantes que están sujetos al procedimiento de "justicia y paz" y que están privados de la libertad, en el mantenimiento de las estructuras. La Revista Semana, en su informe *Te llamo desde la prisión*,

[21] Defensoría del Pueblo, Informe Defensorial "*Seguimiento al cese de hostilidades prometido por las Autodefensas Unidas de Colombia como signo de su voluntad de paz para el país"*, , 2005, pág. 2 y 4.

[22] Comisión Colombiana de Juristas, *La Fiscalía y el Gobierno están en mora de proteger a las víctimas en los casos de la ley 975, Importante sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca,* Boletín No. 18: Serie sobre los derechos de las víctimas y la aplicación de la ley 975 de 2005, septiembre 13 de 2007.

[23] Al respecto ver: Instituto de Estudios Regionales de la Universidad de Antioquia, Luz María Londoño Fernández y Patricia Ramírez Parra, Grupo de Investigación Interdisciplinaria e Interinstuticional sobre Conflictos y Violencias, *Informe Final, Estudio sobre el impacto de la reinserción paramilitar en la vida de las mujeres de comunidades receptoras de Medellín, Bajo Cauca y Urabá,* Con el auspicio del Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer UNIFEM y Secretaría para la Equidad de Género para las Mujeres de la Gobernación de Antioquia, octubre de 2007, pág. 40; Iniciativa de Mujeres Colombianas por la Paz, IMP, Mesa Nacional de Incidencia "Por el derecho a la Verdad, la Justicia y la Reparación con perspectiva de género", *Documento Público No. 2, Tregua Incierta,* Bogotá, Colombia, octubre de 2006, pág. 96.

[24] *"Observatorio de derechos humanos de las mujeres en Colombia: en situaciones de conflicto armado las mujeres también tienen derechos",* Supra nota 1.

[25] Debido al riesgo que significa para la seguridad de las mujeres la publicación de los testimonios y de los análisis que realizaron en los talleres, en este escrito no se mencionan las zonas de país en las que se presentan los fenómenos mencionados. Sisma Mujer cuenta con las relatorías que respaldan las afirmaciones que aquí se hacen y se hace responsable por las mismas.

reveló grabaciones que evidencian su conocimiento y control de la actividad de los "nuevos" grupos, de los asesinatos, los negocios ilícitos, y de dinámicas de control social que se mantienen para no perder la presencia territorial en ciertas zonas[26].

Existen también otras investigaciones y estudios que dan cuenta de tal realidad. De conformidad con el *Informe sobre Nuevos Grupos Narcoparamilitares* elaborado por Indepaz, de acuerdo a fuentes oficiales y no oficiales, para noviembre de 2007 existían 67 grupos que están reemplazando a los grupos paramilitares en 23 departamentos[27].

El fenómeno actual no es únicamente de "bandas emergentes", sino que existe una continuidad con el fenómeno paramilitar tradicional. Los nuevos grupos operan en las mismas zonas y territorios del país donde han operado los grupos paramilitares, atacan a organizaciones sociales[28] y combinan la acción política con la militar. Su estructura es militar y vertical. De acuerdo a Indepaz, las poblaciones en las regiones no siempre notan la diferencia después del proceso de desmovilización.

Estos grupos continúan hostigando a miembros de organizaciones sociales tradicionalmente perseguidos por grupos paramilitares, bajo la acusación de que son cómplices de la guerrilla. Sin embargo, los grupos actuales se diferencian de los anteriores en que no se presentan abiertamente como movimientos contrainsurgentes. Se caracterizan por ser grupos más pequeños, compuestos por 50 ó 100 personas, excepto algunos grupos como el de alias "Cuchillo" que cuenta hasta con 700 combatientes.

Los grupos actuales tampoco se han agrupado por bloques. Sin embargo, estos grupos podrían guardar relación con una estrategia prevista antes de las ceremonias de desmovilización, en la que los jefes paramilitares encarcelados, así como los mandos medios, estuvieron de acuerdo en mantener poder militar y económico para prepararse para una nueva etapa del paramilitarismo. Ahora bien, de acuerdo a Indepaz, no se descarta que los nuevos grupos puedan agruparse en una sola estructura nacional, bajo un solo nombre[29].

Otro aspecto en común con los grupos paramilitares, tal como se han conocido tradicionalmente, es la permanencia de los nexos entre estos y miembros de la Fuerza Pública. En algunos de los talleres realizados por Sisma Mujer, las mujeres manifestaron que existen zonas en que persisten las relaciones entre los miembros de estos grupos armados y la Policía y el Ejército, dando indicios sobre la connivencia en sus acciones.

Tal situación ha sido constatada igualmente por la Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que en su informe sobre 2006 señaló que en regiones como Nariño o el sur del Cesar se han conocido claros nexos entre miembros de la fuerza pública y nuevos grupos al margen de la ley y a pesar de la evidencia de esos nexos, no se dieron suspensiones preventivas, investigaciones o sanciones a los miembros de la Fuerza Pública involucrados.

c. Para aparentar su desmantelamiento y hacerse menos visibles, los grupos paramilitares modificaron sus modalidades de actuación

De acuerdo a la Comisión Colombiana de Juristas - CCJ, entre 1996 y 2002 los

26 "*SEMANA obtuvo decenas de grabaciones de los últimos cuatro meses en las que varios de los paramilitares recluidos en el patio 1 de la cárcel de Itagüí coordinan todo tipo de negociaciones ilegales a través de celulares y correos electrónicos. Los paras identificados en las conversaciones son hombres de confianza de algunos de los principales líderes de las AUC desmovilizados, como Salvatore Mancuso; Ramiro Vanoy, alias "Cuco", y Fredy Rendón, alias "El Alemán"*, Revista Semana, *Te llamo desde la prisión,* diciembre 5 de 2007.

27 Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz - Indepaz, *Informe Nuevos Grupos Paramilitares,* www.indepaz.org.

28 En los talleres realizados por Sisma Mujer, también se denunciaron persecuciones y amenazas a liderezas y líderes sociales y con trabajo comunitario.

29 Semanario Virtual Caja de Herramientas No. 78, *Rearme paramilitar en Colombia,* Entrevista de Reina Lucía Valencia a Leonardo González Perafán, septiembre de 2007.

paramilitares fueron presuntos responsables de la muerte o desaparición forzada de 1.756 personas. Por su parte, entre el 2002 y el 2006, los mismos grupos fueron responsables presuntos de la muerte o desaparición de 976 personas. Esta significativa reducción, sin embargo, no se compadece con el compromiso de cese de hostilidades y con el supuesto desmantelamiento de los grupos

De acuerdo a esta misma organización, tal reducción se debe al cambio de las modalidades de actuación de tales grupos, pues mientras que hasta el año 2001 gran parte de las muertes causadas por los grupos paramilitares ocurrieron en masacres, a partir de 2002 el promedio de asesinatos en esa modalidad se redujo. Mientras tanto, la cantidad de asesinatos selectivos se mantuvo. De acuerdo a la CCJ: *"Eso significa que los paramilitares continúan usando las ejecuciones extrajudiciales como un mecanismo de control social y político, persiguiendo a aquellas personas que son percibidas por ellos como un obstáculo para su consolidación"* [30].

A pesar de lo anterior, algunas mujeres que participaron en los talleres realizados por Sisma Mujer coincidieron en que estos nuevos grupos operan incluso, en algunos casos, de manera más sanguinaria, y han seguido produciendo desplazamientos, amenazando, extorsionando y asesinando.

d. En vez de desarticularse, los grupos paramilitares siguen reclutando forzosamente

Resulta altamente preocupante el hecho de que el fenómeno del reclutamiento forzado por parte de estos grupos persista. De acuerdo a la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento – CODHES, una de las principales causas del desplazamiento forzado en el primer semestre de 2007 fue la intensificación del reclutamiento masivo de jóvenes, tanto por parte de las guerrillas como de grupos paramilitares[31]. La persistencia del reclutamiento impide hablar de la finalización de las hostilidades y el desmantelamiento militar de los grupos paramilitares.

En el mismo sentido, la MAPP/OEA ha constatado la permanencia de dinámicas de reclutamiento forzado:

> *"28. Las dinámicas regionales ligadas al surgimiento, fortalecimiento y expansión de las nuevas estructuras ilegales han afectado a las poblaciones y comunidades más vulnerables. La violencia contra las mujeres continúa siendo utilizada como estrategia de guerra por los actores armados del conflicto en su lucha por controlar territorios. La vulneración del núcleo familiar en aquellas áreas en donde operan las estructuras rearmadas y reductos es evidente. Los niños y niñas en las zonas de rearme o de permanencia de reductos se han visto afectados principalmente por el reclutamiento forzado por parte de diversos grupos armados ilegales. Esta práctica continúa en las regiones, sin que se tenga una certeza de la cantidad de menores que se han integrado a las filas"*[32].

En el mismo sentido, en los talleres realizados, Sisma Mujer encontró que las mujeres dieron información de que esos grupos están adelantando en la actualidad actividades de reclutamiento.

El reclutamiento es una de las prácticas que más hace prever que nos encontramos en una situación de antesala para el recrudecimiento posterior del conflicto. Antes que comprometerse con la efectiva desmovilización, los grupos están fortaleciendo sus ejércitos, aunque sus acciones propiamente militares se hayan reducido.

[30] Comisión Colombiana de Juristas, *Colombia 2002 - 2006, Situación de Derechos Humanos y Derecho Humanitario,* Bogotá, Colombia, enero de 2007, pág. 9, en: www.coljuristas.org

[31] Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento - CODHES, *Codhes informa, Boletín Informativo de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento - CODHES,* No. 72, Bogotá, noviembre 30 de 2007, www.codhes.com.co

[32] Organización de los Estados Americanos, Misión de apoyo al Proceso de Paz en Colombia MAPP/OEA, Noveno informe trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA), OEA/Ser.G, CP/doc. 4237/07, 3 de julio de 2007, párr. 28.

El reclutamiento, afecta directamente a niños, niñas y jóvenes, y también a las mujeres. Las mujeres tienen que enfrentar un impacto especial por el reclutamiento. La mayoría de las víctimas sobrevivientes del conflicto armado son mujeres y pobres, son quienes generalmente se encargan de los hijos e hijas, y de la familia en general, y son quienes después del suceso violento asumen la jefatura del hogar[33]. En estas condiciones, son las mujeres quienes generalmente se ven en la necesidad de defender la unidad familiar ante el riesgo del reclutamiento.

e. Los grupos paramilitares mantienen el control social en las zonas en las que conservan su poder e influencia. Dicho control social afecta de manera específica a las mujeres

La MAPP/OEA, en su noveno informe, había mencionado la afectación especial de las mujeres por causa de la permanencia de estructuras armadas que ocupan el rol de los paramilitares y que tienen lógicas de continuidad con las acciones de los mismos[34].

De acuerdo a la información recaudada en los talleres con las mujeres, antes o después de las desmovilizaciones, pero en todo caso después de la declaratoria del cese de hostilidades, se siguieron presentando hechos de violencia y control de la población y, en particular, de la vida de las mujeres. Las dinámicas y sus intensidades varían de acuerdo a la región a la que se haga referencia, sin embargo, hay aspectos comunes en todas las zonas.

En otras zonas, la intimidación es tan fuerte que los grupos controlan la vida de la población hasta en sus aspectos más íntimos. En los talleres, así como en otros estudios e investigaciones, se encuentran prácticas y situaciones comunes que afectan especialmente a las mujeres debido a que son quienes en su mayoría han sobrevivido físicamente a la guerra y quedan a cargo de la familia en las zonas donde se presentan tales dinámicas.

Las prácticas de control social e intimidación más comunes son las siguientes:

- Los desmovilizados se identifican como tal y piden dinero por prestar funciones de vigilancia y agreden a quien no acepta. Vigilan los mercados y producen intimidación en el comercio. En ciertas regiones, las mujeres señalaron que los desmovilizados prestan labores de vigilancia con uniforme y de manera legal, pero la comunidad sabe que son desmovilizados y que, además, en la noche "salen a matar".

  En algunas regiones se mencionó que los desmovilizados controlan el negocio conocido como el "pagadiario", que consiste en un préstamo de dinero en condiciones muy inequitativas, y en las que además las personas que solicitan el préstamo se encuentran amedrentadas debido a la agresividad de los prestamistas. A través del "pagadiario" se presta una suma de dinero y el deudor o la deudora debe devolver el 20% más de lo que recibió, además de los intereses.

- Los grupos siguen generando desplazamiento, y en algunos casos amenazan y matan a quienes reclaman sus derechos o denuncian lo que están haciendo estos grupos. En uno de los talleres, todas las mujeres asistentes habían sido desplazadas cuando los paramilitares no debían estar delinquiendo, es decir, después de la declaratoria del cese de hostilidades o incluso de la desmovilización.

- Algunas mujeres pertenecientes a grupos familiares que han perdido sus tierras señalaron que sabían que sus fincas las tenían todavía

[33] Iniciativa de Mujeres Colombianas por la Paz, Mesa Nacional de Incidencia por el Derecho a la Verdad, la Justicia y la Reparación con perspectiva de género, *Análisis sociodemográfico de las víctimas del conflicto armado: Brechas de Género, Documento Público No. 3,* págs. 18 a 21.

[34] Organización de los Estados Americanos, Misión de apoyo al Proceso de Paz en Colombia MAPP/OEA, Noveno informe trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA), OEA/Ser.G, CP/doc. 4237/07, 3 de julio de 2007, párrs. 28 y 29.

quienes se las habían usurpado, viven allí y las usufructúan. Sin embargo, las personas con derechos auténticos sobre los bienes continúan desplazadas y no pueden regresar a reclamar sus tierras por miedo de lo que les pueda ocurrir. En otros casos no retornan porque no cuentan con los recursos económicos para regresar y para hacer los arreglos que se requieren en los bienes que dejaron abandonados; o porque son mujeres que están solas con sus hijos y se sienten indefensas para emprender el retorno. Otras mujeres señalaron que requieren atención psicosocial porque ellas y especialmente sus hijos no quieren volver por toda la violencia que vieron en su lugar de origen y, de esta manera, la idea de regresar es traumática para el núcleo familiar.

● Las mujeres son agredidas físicamente por vestirse de una manera determinada que se encuentra prohibida por estos grupos armados[35].

● Parte del mantenimiento del "poder paramilitar" es el poder que siguen ejerciendo sobre las mujeres, quienes en muchos casos son tratadas meramente como mercancías sexuales. De hecho, algunas informaciones señalan que la zona de ubicación en Santa Fe de Ralito se convirtió, durante la estadía de los paramilitares, en una zona de parranda y de "sexo"[36].

Igualmente, continúan presentándose hechos de violencia sexual contra las mujeres. Algunas mujeres contaron los casos de niñas adolescentes que eran presionadas para que terminaran yéndose con los miembros de los grupos a prestar "servicios" sexuales. También se mencionaron casos de violación sexual.

Las mujeres manifiestan que prefieren no hablar ni denuncian la violencia sexual porque tienen miedo a las represalias, o porque creen que son culpables por haberse relacionado previamente con los agresores.

Además, se mantienen las represalias contra mujeres por el hecho de tener relaciones con combatientes del bando contrario. En un taller se mencionó un caso, ocurrido en 2005, en el que descuartizaron a una mujer por ser novia de un guerrillero.

Mientras tanto, en algunas zonas se encontraron denuncias de que las niñas desplazadas se están prostituyendo para miembros del Ejército Nacional. Además la prostitución se presenta a cambio de sumas irrisorias de dinero, que en algunos casos llegan a ser de dos mil pesos ($2.000). Como efecto de la prostitución algunas niñas quedan embarazadas, contraen enfermedades venéreas y o VIH/SIDA.

● Aunque en algunas regiones se encontraron narraciones en las que se niega la existencia de un ambiente de intimidación especial contra las mujeres, éste existe, pero bajo formas muy sutiles. Por ejemplo, al preguntársele a una mujer: "*¿Tu has oído que sean irrespetuosos con las niñas, aquí o en otros sectores?*" la mujer respondió: "*Yo nunca, a mi solamente paso uno gordo y me dijo hola,* ***yo lo salude para que después no me fuera a hacer algo****. Pero no he escuchado que les hagan daño a las muchachitas*". Así, a pesar de que no haya agresiones concretas contra las mujeres, hay un ambiente de miedo e intimidación que impide la libertad de las mujeres en todos los planos.

Otras situaciones y dinámicas que siguen a la desmovilización afectan a las mujeres e impiden también el ejercicio de sus derechos. Es el caso del aumento de la violencia intrafamiliar, incluyendo la violencia sexual en tal contexto. Algunos estudios como los de la Iniciativa de Mujeres por la Paz, señalan que la población desmovilizada, que viene de una lógica de la guerra y de violencia contra la mujer en ese contexto, sigue teniendo actos violentos de

[35] Se refirió el caso de mujeres a las que les quemaban el ombligo por usar pantalones descaderados. A otra mujer le quitaron el pantalón, le pusieron un palo y la botaron debajo de un puente.

[36] Al respecto ver: Revista Semana, *Te llamo desde la prisión,* diciembre 5 de 2007.

discriminación contra la mujer dentro de sus hogares, así como dentro de las comunidades receptoras de población desmovilizada. Es posible que en estos casos la violencia de género no se deba al mantenimiento de la violencia paramilitar como tal, sino a que los desmovilizados no modifican su actuar violento por el hecho de participar en procesos de desmovilización. Así las cosas, el espacio que mantienen para el ejercicio de la violencia es el comunitario e intrafamiliar[37].

Algunas mujeres manifestaron, además, la sensación de injusticia que les genera que los desmovilizados –que en muchos casos no se han desmovilizado efectivamente- recibieran apoyo económico del Estado, mientras que ellas como desplazadas tuvieran que enfrentar tantas dificultades para acceder a los servicios a los que tenían derecho. Alguna mujer dijo en uno de los talleres: *"están mejor que nosotras y nosotras no hemos hecho nada"*.

4.- Conclusiones y Recomendaciones

Contrario a lo indicado por la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, el proceso de negociación y desmovilización con los grupos paramilitares ha sido conducido exclusivamente por hombres y sin tener en cuenta las necesidades específicas de las mujeres.

El mandato de la Misión de Apoyo al Proceso de Negociación de la OEA (MAPP/OEA) no incluye ninguna directriz que le imponga expresamente el deber de la Misión de incorporar perspectiva de género en su análisis. Sin embargo, esta obligación se deriva de los diferentes instrumentos y tratados internacionales que constituyen un marco general para el trabajo de la OEA[38]. En efecto, en algunos de sus informes la MAPP/OEA incluyó algunas alusiones a la situación específica de las mujeres dentro del proceso de negociación y frente a él. Sin embargo, dichos esfuerzos han sido insuficientes pues el tema sólo se abarcó mínimamente a partir del séptimo informe, destacándose el noveno en ese aspecto. Sin embargo, el esfuerzo no ha sido permanente, sino que aparece de forma ocasional, y es evidente que no está incorporado el análisis con perspectiva de género de una manera estructural.

Por otra parte, la finalización formal de las desmovilizaciones y el proceso de negociación no han significado el desmonte de las estructuras, ni la eliminación de la violencia sexual y de la intimidación que han ejercido los grupos paramilitares sobre las mujeres. Dichos procesos generaron cambios respecto de la conformación y presentación de los grupos paramilitares. Los grupos se presentan ahora, no como grupos paramilitares, sino como nuevos grupos o, sencillamente como desmovilizados que siguen intimidando y agrediendo a la población en general y a las mujeres en particular.

Los nuevos grupos siguen ejerciendo control social sobre la población, en unos casos de manera más explícita que en otros; reclutan niños, niñas y jóvenes y amenazan a líderes y lideresas, igual que se hacía antes de la desmovilización, sólo ahora se niega la procedencia de la amenaza o se presenta como una acción de grupos "nuevos" que supuestamente no tienen relación directa ni guardan similitud con la violencia paramilitar. Una de las formas de control social y de control territorial es la explotación sexual de las mujeres, que en muchas regiones siguen siendo víctimas de la violencia sexual por parte de los "nuevos" grupos.

Incluso, en las zonas en que se percibe que la violencia de estos grupos armados ha reducido considerablemente, las mujeres continúan con

37 Iniciativa de Mujeres Colombianas por la Paz, IMP, Mesa Nacional de Incidencia "Por el derecho a la Verdad, la Justicia y la Reparación con perspectiva de género", *Documento Público No. 2, Tregua Incierta,* Bogotá, Colombia, octubre de 2006, págs. 23, 33 y 39.

38 En especial la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención Belem do Pará.

miedo, las desplazadas no sienten que haya con condiciones para retornar, ni para denunciar lo que ocurrió, ni para reclamar lo que han perdido. De acuerdo a lo observado, desafortunadamente el país se encuentra aún muy lejos de poder declarar la superación de la violencia paramilitar.

Las víctimas no perciben que se hayan recuperado condiciones para que puedan vivir libres de la violencia y del conflicto armado, de manera que puedan ejercer y reclamar sus derechos.

Los retos para el Estado y los entes involucrados son grandes. Además de hacer exigible una real desmovilización de los grupos paramilitares, debería incorporarse en el proceso de negociación, así como en los mecanismos que se han creado para seguimiento y verificación, correctivos para que en estos se tengan presentes las necesidades especiales de las mujeres y las niñas, así como programas de atención a las víctimas que impidan que sigan siendo objeto de violencia y discriminación, pues su condición de vulnerabilidad se profundiza por el conflicto armado, y por las violaciones de las que han sido víctimas directas.

Recomendaciones:

Al Gobierno:

1. Exigir a los grupos paramilitares que se comprometieron con el cese de hostilidades y la desmovilización, que cumplan sus compromisos y suspendan todo ataque a la población civil, incluyendo el reclutamiento forzado, la amenaza y persecución de lideresas y líderes sociales, así como todas las formas de dominación y control sobre la misma. Especialmente, exigirles que suspendan los ataques contra mujeres y niñas, incluyendo las diferentes formas de violencia sexual. Aquellos casos que se identifique deben ser comunicados a la Fiscalía para su investigación, y excluir de inmediato a los responsables de los programas de reinserción.

2. Dar prioridad, fortalecer y hacer más eficientes los programas de atención a víctimas y a personas desplazadas. La desproporción entre los beneficios que reciben quienes se han desmovilizado y los que reciben las víctimas, envía el mensaje erróneo de que el uso de la violencia es premiada, mientras que las personas inocentes nunca tendrán prioridad en la agenda del Estado.

A la Fiscalía General de la Nación:

3. Que haga los esfuerzos de todo orden que sean necesarios para investigar: (i) los delitos, incluyendo los de violencia sexual, que continúan cometiendo los miembros de grupos paramilitares que se desmovilizaron; (ii) los delitos, incluyendo los de violencia sexual, que comenten aquellos miembros de grupos armados que continúan actuando bajo otras denominaciones; (iii) si existen o no relaciones entre las operaciones de esos grupos armados y los comandantes paramilitares desmovilizados. Que en los casos que se encuentren las pruebas necesarias para investigarlos por tales delitos, remitir la información o solicitar a las autoridades competentes suspender los beneficios jurídicos que se hubieren concedido a quienes estén incumpliendo sus compromisos de desmovilización.

A la Misión de apoyo del Proceso de Paz de la OEA (MAPP/OEA):

4. Que incorpore de manera estructural y permanente, dentro de sus funciones de verificación, a través del diseño e implementación de indicadores de género en análisis de la forma en que las mujeres

están siendo víctimas de violencia y discriminación de género por el incumplimiento de los compromisos de desmovilización y cese de hostilidades por parte de los grupos paramilitares. Igualmente, se le recomienda que, como lo estipula la resolución 1325, tenga en cuenta las necesidades especiales de mujeres y niñas en el cumplimiento de su mandato.

5. Que expida un informe que, además de la información general que debe incluir como desarrollo del mandato, profundice sobre la afectación de las mujeres y niñas como consecuencia de la desmovilización. Un informe con esas características podría motivar la toma de correctivos para disminuir la posibilidad de que las condiciones en que se ha desarrollado el proceso de desmovilización sigan afectando de manera específica a las mujeres.

II. EL MARCO LEGAL PARA CONCEDER BENEFICIOS JURÍDICOS A LOS DESMOVILIZADOS Y SU AFECTACIÓN ESPECÍFICA EN LAS MUJERES

La intención de llevar adelante una negociación con los grupos paramilitares imponía varios retos desde la perspectiva jurídica. En primer lugar, hasta ese momento, en Colombia no se había sostenido ninguna negociación con miembros de grupos paramilitares, sino únicamente con los grupos guerrilleros. Las negociaciones de paz eran un instrumento restringido por ley para grupos armados ilegales a los que se les reconociera su carácter político[39]. Hasta ese momento nunca se había entendido que los grupos paramilitares tuvieran carácter político.

En segundo lugar, los beneficios jurídicos de indulto y equivalentes, sólo cobijaban a delincuentes políticos, por lo cual resultaba inviable jurídicamente que miembros de grupos paramilitares pudieran acceder a tales beneficios.

En tercer lugar, se requería crear un mecanismo que permitiera conceder beneficios a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, para ofrecer un incentivo jurídico por la desarticulación de las tropas, sin que se desconocieran las normas jurídicas nacionales e internacionales que imponen el deber de garantizar justicia en tales delitos.

A continuación, se presenta el marco legal que se expidió para enfrentar tales dificultades jurídicas. En la medida en que se haga la presentación, igualmente se mencionarán las regulaciones específicas del mismo en materia de violencia sexual.

[39] Ley 418 de 1997, prorrogada por la ley 548 de 1999.

1. La ley 782 de 2002 y el decreto 128 de 2003

En diciembre de 2002, por iniciativa del Gobierno, el Congreso expidió la ley 782 de 2002[40]. A través de esta ley, se prorrogaron las normas que permitían al Gobierno tener facultades especiales para adelantar procesos de negociación con grupos armados ilegales.

Además, en esta ley se eliminó la condición, que hasta ese momento era obligatoria, consistente en que para que los gobiernos pudieran negociar con grupos armados ilegales, debería reconocerles previamente el carácter político.

La ley 782 también permitió que se prorrogara la facultad del Gobierno para indultar –perdonar la pena- y conceder medidas equivalentes de acuerdo al estado del proceso penal[41], a quienes hubieren sido miembros de los grupos armados y se desmovilizaran[42]. El beneficio jurídico sólo podría cubrir los delitos de participación en el grupo armado ilegal y los delitos conexos a este fin, siempre que no fueran delitos graves como las violaciones a los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario[43].

Hasta ese momento, como se mencionó antes, nunca se había entendido que los miembros de grupos paramilitares incurrieran en delitos políticos, pues no se habían conformado para atacar el régimen constitucional y legal, es decir, la conformación política del Estado[44]. Al contrario, los grupos paramilitares habían sido creados y fortalecidos con el apoyo de agentes estatales para defender, de manera ilegítima la institucionalidad[45].

Con la aprobación de la ley 782 de 2002 se abrió el camino para que el hecho de que no hubiera consenso sobre el carácter político de los miembros de grupos paramilitares, no fuera impedimento para adelantar una negociación con ellos. Sin embargo, la ley no autorizó expresamente al Gobierno para indultarlos, pues para el indulto sí es indispensable el reconocimiento del carácter político, de acuerdo a la Constitución.

Posteriormente, a través del **decreto 128 de 2003**, al reglamentar la ley 782 de 2002, el Gobierno especificó las condiciones para el otorgamiento de los beneficios jurídicos de indulto y medidas equivalentes.

De acuerdo al decreto 128 de 2003, los miembros de un grupo armado ilegal (GAIL) que al

[40] La ley 782 de 2002 prorrogó y modificó la ley 548 de 1999, que a su vez había prorrogado la ley 418 de 1997.

[41] Artículo 24 de la ley 782 de 2002: *"se podrán conceder también, según proceda, de acuerdo con el estado del respectivo proceso penal, la cesación de procedimiento, la resolución de preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, a quienes confiesen y hayan sido o fueren denunciados o procesados por hechos constitutivos de los delitos a que se refiere este título y no hayan sido aún condenados mediante sentencia ejecutoriada".*

[42] Artículos 23 y 24 de la ley 782 de 2002.

[43] De acuerdo al artículo 150.17 de la constitución política, sólo son indultables los delitos políticos. Igualmente, de acuerdo a la Constitución, la jurisprudencia y los tratados internacionales de Derechos Humanos, las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario no son indultables.

[44] Aunque la Constitución no define qué se entiende por delito político, en la tradición jurídica colombiana se ha entendido que son delitos políticos los delitos de rebelión, sedición y asonada, tipificados en los artículos 467, 468 y 469 del Código Penal y los delitos conexos. Igualmente, se había entendido siempre que los delitos políticos sólo eran cometidos por los grupos guerrilleros, pues es de la esencia del delito político su oposición al Estado. A través del concepto del delito político, se permite que los gobiernos que lo requieran para alcanzar la paz, perdonen la responsabilidad penal de los delincuentes que se han alzado en armas contra el régimen establecido.
Ahora bien, el delito político sólo es indultable por el Estado porque el afectado con la existencia de esos grupos es el Estado mismo y, por consiguiente, sólo él tiene la facultad de perdonarlo. Por esas mismas razones, el Estado no puede perdonar delitos que no se hayan cometido en contra del orden institucional establecido, como los delitos contra los derechos humanos, pues en esos casos estaría suplantando a las víctimas y a la sociedad en el ejercicio de sus derechos.
Para una profundización sobre el debate del delito político en Colombia ver: comisión colombiana de juristas, *grupos paramilitares y delito político en Colombia,* www.coljuristas.org.

[45] Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148. párrs. 125.1 y 125.2; Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134 párrs. 96.1 y 96.2; Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109 p rrs. 95.1 y 95.2. Asimismo véase Informe del Relator Especial sobre Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias de la visita realizada a Colombia en 1989 E/CN.4/1990/22/Add.1; entre otros. Sobre el particular, la Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha dicho:
"25. Los hechos imputables a los grupos paramilitares constituyen igualmente, a los efectos del presente informe, violaciones de derechos humanos que comprometen por lo tanto, por acción o por omisión, la responsabilidad internacional del Estado. Esta consideración se basa en el hecho de que estos grupos cuentan con el apoyo, aquiescencia o tolerancia de agentes del Estado y se benefician de la falta de respuesta efectiva del mismo."
(...)
"108. Como ya ha señalado la Alta Comisionada en informes anteriores, el Estado colombiano tiene una responsabilidad histórica innegable en el origen y desarrollo del paramilitarismo, que contó con amparo legal desde 1965 hasta 1989. Desde entonces, a pesar de que las llamadas "autodefensas" fueron declaradas inconstitucionales, han transcurrido ya diez años sin que se haya logrado su desmantelamiento efectivo. En este mismo plano histórico, particular responsabilidad le toca a las fuerzas militares, puesto que durante el extenso período de amparo legal de las "autodefensas", les correspondió promover, seleccionar, organizar, entrenar, dotar de armamento y proveer de apoyo logístico a estos grupos, dentro de un esquema general de apoyo a la fuerza pública en su lucha contrainsurgente.
109. Esta misma orientación volvió a manifestarse cuando el Decreto Extraordinario Nº 356 de 1994 estableció los "Servicios Especiales de Vigilancia y Seguridad Privada", más conocidos como asociaciones "Convivir". Entre 1997 y 1998, la Oficina pudo constatar cómo se alentó y organizó la proliferación de estas organizaciones en varias regiones del país, sin un adecuado mecanismo de control y supervisión. Reconocidos paramilitares encontraron el espacio para liderar algunas de estas asociaciones. Por ello se subrayó ante el Estado colombiano la inconveniencia de su mantenimiento".
Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Informe sobre Colombia, Documento E/CN.4/2000/11, 9 de marzo de 2000, párrafo 25. En el mismo sentido ver: Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas, Informe de la situación de Colombia sobre los años 1997, párrafo 27; 1998, párrafo 36; 1999, párrafo 157; 2000, párrafos 27 y 131; 2001, párrafos 68 y 202; 2002, párrafos 34, 74 y 75; 2003, párrafos 59 y 65.

momento de su desmovilización no tuvieran procesos o condenas judiciales en contra pueden recibir indulto o un beneficio jurídico equivalente[46].

El decreto 128 de 2003 asume que el hecho de que un desmovilizado no tuviese procesos o condenas judiciales al momento de su desmovilización, implicaba que nunca había cometido un delito grave y por consiguiente podría beneficiarse del indulto y quedar sin cuentas pendientes ante la justicia.

El decreto 128 de 2003 no cerró la puerta para que, con posterioridad, la Fiscalía investigue a la persona indultada por los delitos que haya cometido, si encuentra elementos para hacerlo. Sin embargo, es improbable que la justicia pueda operar efectivamente en el futuro con respecto a los delitos que hubieren podido cometer los desmovilizados indultados, pues para ese momento no estarán bajo el control de las autoridades.

Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del Caso de la masacre de La Rochela vs. Colombia, 11 de mayo de 2007 señaló:

> *"194. Los Estados tienen el deber de iniciar ex officio, sin dilación y con debida diligencia, una investigación seria, imparcial y efectiva, tendiente a establecer plenamente las responsabilidades por las violaciones. Para asegurar este fin es necesario, inter alia, que exista un sistema eficaz de protección de operadores de justicia, testigos, víctimas y sus familiares. Además, es preciso que se esclarezca, en su caso, la existencia de estructuras criminales complejas y sus conexiones que hicieron posible las violaciones. En tal sentido, son inadmisibles las disposiciones que impidan la investigación y eventual sanción de los responsables de estas graves violaciones.*
>
> *195. En casos de graves violaciones a los derechos humanos, las obligaciones positivas inherentes al derecho a la verdad exigen la adopción de los diseños institucionales que permitan que este derecho se realice en la forma más idónea, participativa y completa posible y no enfrente obstáculos legales o prácticos que lo hagan ilusorio. La Corte resalta que la satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades. Dicha investigación debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. En cuanto a la participación de las víctimas, se debe garantizar que, en todas las etapas de los respectivos procesos, las víctimas puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que éstos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones.* (…)
>
> *293. Cabe anotar, en el mismo sentido, que la concesión de beneficios legales para miembros de organizaciones armadas al margen de la ley (como se encuentra establecido en el Decreto 128 de 2003) que son señaladas de involucrar una compleja estructura de ejecución de graves violaciones a los derechos humanos pero que alegan no haber participado en tales violaciones, exige la mayor debida diligencia de las autoridades competentes para determinar*

[46] "Artículo 13. *Beneficios jurídicos*. De conformidad con la ley, tendrán derecho al indulto, suspensión condicional de la ejecución de la pena, la cesación de procedimiento, la preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, según el estado del proceso, los desmovilizados que hubieren formado parte de organizaciones armadas al margen de la ley, respecto de los cuales el comité operativo para la dejación de las armas, coda, expida la certificación de que trata el numeral 4 del artículo 12 del presente decreto". De acuerdo al decreto 3360 de 2003, en el caso de desmovilizaciones colectivas, el certificado del coda se sustituye por la lista de desmovilizados suscrita por los voceros o miembros representantes del grupo que se desmoviliza. Dicha lista es recibida y aceptada por el alto comisionado para la paz.

si realmente el beneficiario participó en dicha compleja estructura de ejecución de tales violaciones.

294. Al respecto, la Corte recuerda su jurisprudencia constante sobre la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, que pretendan impedir la investigación y, en su caso, la sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

295. A la luz de las anteriores consideraciones, en un plazo razonable, el Estado debe conducir eficazmente los procesos penales que se encuentran en trámite y los que se llegaren a abrir, y debe adoptar todas las medidas necesarias que permitan el esclarecimiento de los hechos del presente caso, en aras de determinar la responsabilidad de quienes participaron en dichas violaciones, tomando en cuenta lo indicado por este Tribunal en los párrafos 151 a 198 de la presente Sentencia" (negrillas fuera de texto).

Esta regulación favorece de manera especial la impunidad de la violencia sexual, dado que en los casos de violencia sexual la impunidad es generalizada y su superación es aún más difícil que en las otras violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. Como lo reporta el informe de Sisma Mujer sobre violencia sexual, de acuerdo a la información entregada por la Fiscalía General de la Nación, esta entidad sólo registra 21 denuncias por violencia sexual de presunta responsabilidad de miembros de grupos paramilitares[47]. Por consiguiente, es muy poco probable que miembros de grupos paramilitares tuvieran cargos por violencia sexual al momento de su desmovilización.

De esta manera, el decreto 128 de 2003 contribuyó y profundizó la impunidad en violencia sexual al dar por hecho que ninguno de los 28.758 paramilitares indultados o en proceso de indulto, habían incurrido en delitos de violencia sexual, sólo por el hecho de que al momento de su desmovilización no tenían investigaciones o condenas penales por ese delito.

En efecto, el hecho de que la Fiscalía tenga registradas sólo 21 denuncias de violencia sexual atribuible a grupos paramilitares no es prueba de que sólo se hayan presentado 21 casos, pues la impunidad en delitos de violencia sexual es alarmante. De hecho, diferentes informes demuestran que la proporción de la violencia sexual contra la mujer en el marco del conflicto armado es mucho mayor[48] y que, además, en ella existe un subregistro enorme que impide conocer su verdadera dimensión.

Varias causas inciden en el alto grado de impunidad de la violencia sexual[49]. La violencia

[47] Corporación Sisma Mujer, *Violencia Sexual, conflicto armado y Justicia en Colombia,* pág. 18.

[48] Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, en su visita a Colombia 2002, Comisión de Derechos Humanos, Doc. E/CN.4/2002/Add.3, 11 de marzo de 2002, 58º período de sesiones, párrs. 42, 102 y 103; Amnistía Internacional, *Colombia, Cuerpos Marcados, Crímenes Silenciados. Violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado,* AMR/23/040/2004; Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia,* Doc. E/CN.4/2001/15, Comisión de Derechos Humanos, 57º período de sesiones, párrs. 40, 99 y 265; Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia,* Doc. E/CN.4/2002/1728, Comisión de Derechos Humanos, 58º período de sesiones, párrs. 94, 124, 125, 128, 158 y 374; Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia,* Doc. E/CN.4/2003/13 24, Comisión de Derechos Humanos, 59º período de sesiones, párrs. 23, 40, 47, 52 y 58; Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia,* Doc. E/CN.4/2004/13, Comisión de Derechos Humanos, 60º período de sesiones, párrs. 29, 30 y 94; Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia,* E/CN.4/2005/10, Comisión de Derechos Humanos, 61º período de sesiones, párrs. 8, 106, 116, 124 y 137; Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia,* E/CN.4/2006/9, Comisión de Derechos Humanos, 62º período de sesiones, párrs. 60 y 146, así como los párrafos 9 del anexo 1, 84 del anexo 3 y 19 del anexo 4; Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia,* Doc. A/HRC/4/48, Consejo de Derechos Humanos, 4º período de sesiones, párrs. 25 y 116.

[49] Amnistía Internacional, *Cuerpos marcados, Crímenes silenciados: violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado,* P gs. 1, 3, 7, 27, 37 - 39; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas;* OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. Págs. vi, vii, ix, xii, 1, 3, 6, 9 - 10, 12 - 13, 16, 18, 32, 52 - 101. ONU; *Informe relatora especial sobre la violencia contra la mujer - misión a Colombia.* Integración de los derechos humanos de las mujer y la perspectiva de género - Violencia contra la mujer. E/CN.4/2002/83/Add.3 - 11 de marzo de 2002. Págs. 2, 3, 9 - 11, 15, 28 - 30.

sexual es tradicionalmente ignorada[50]. Pocas veces se denuncia y cuando se denuncia no se investiga ni se juzga adecuadamente[51]. En muchos casos se considera que la violencia sexual es un asunto del ámbito privado, o se cree que no tiene relación directa con el conflicto armado y que, en todo caso, no es tan grave como los otros delitos[52]. Al momento de la realización de las autopsias, generalmente no se indaga si hubo violencia sexual antes de la muerte[53]. Además, las mujeres temen denunciar la violencia sexual por la estigmatización y el rechazo social al que se exponen y por el miedo a la revictimización por acudir a un proceso judicial, así como a la estigmatización por hacer público el delito[54].

Además, las víctimas no están informadas de cómo proceder para hacer una denuncia, la denuncia del delito resulta costosa económicamente para la víctima pues es común la ausencia de instancias judiciales en zonas rurales, pobres y marginadas, así como la falta de abogadas o abogados de oficio para la defensa de víctimas.

La Fiscalía no tiene la suficiente capacidad técnica en la investigación, y aunque en muchos casos se desarrollan procesos de formación para que las funcionarias y funcionarios judiciales se sensibilicen, dichos procesos no siempre son suficientemente institucionalizados y no hay mecanismos de responsabilidad para lograr cambios sostenibles.

A pesar de lo anterior, 28.758 paramilitares se desmovilizaron y de conformidad con el decreto 128, recibieron el beneficio de indulto o equivalente, o se encuentran en ese proceso. Para recibir el beneficio no fueron judicializados, no tuvieron que aportar a la verdad, ni confesar los delitos que hubieren podido cometer y sobre los cuales no tuvieran procesos judiciales, ni aportar a la reparación. Este procedimiento ha redundado en la impunidad de la violencia contra la mujer en el marco del conflicto armado, especialmente de la violencia sexual.

2. La ley 975 de 2005 de "justicia y paz"

La ley 782 y el decreto 128 de 2003 eran insuficientes para resolver la situación jurídica de los miembros de los grupos paramilitares desmovilizados.

Al momento de su desmovilización, algunos de sus miembros tenían procesos o condenas judiciales en su contra por delitos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho humanitario y, por consiguiente, dichos delitos no podían ser considerados delitos políticos ni ser indultados.

Por esa razón, desde el 2003 el Gobierno presentó iniciativas legislativas conducentes a regular la situación jurídica de los responsables de graves crímenes. Dicho proceso terminó con la expedición, en julio de 2005, de la **ley 975 de 2005** *"Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios"*. Dicha ley es conocida como la ley de de "*Justicia y Paz*".

50 Amnistía Internacional. *Cuerpos marcados, Crímenes silenciados: violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado.* Págs. 1, 3, 8; Mesa de Trabajo mujer y conflicto armado. *VI informe sobre violencia socio política, contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia: Informe de seguimiento a las recomendaciones emitidas por la relatora especial de las Naciones Unidas sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias en su misión a Colombia* (Noviembre de 2001). Págs. 18, 41 y 42.

51 Amnistía Internacional. *Cuerpos marcados, Crímenes silenciados: violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado.* Págs. 9, 32, 33, 35, 37 - 40, 42; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas,* OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. Págs. vii, viii, ix, x, xiii, 1, 8, 17 - 18, 53, 57, 59, 61, 66, 73 - 79, 121, 123; Mesa de Trabajo mujer y conflicto armado, *VI informe sobre violencia socio política, contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia: Informe de seguimiento a las recomendaciones emitidas por la relatora especial de las Naciones Unidas sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias en su misión a Colombia* (Noviembre de 2001). Págs. 16, 18 - 19, 26, 48, 50, 53 - 54.

52 Amnistía Internacional, *Cuerpos marcados, Crímenes silenciados: violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado,* págs. 2, 8, 16.

53 Amnistía Internacional, *Cuerpos marcados, Crímenes silenciados: violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado,* págs. 2.

54 Amnistía Internacional, *Cuerpos marcados, Crímenes silenciados: violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado*, págs. 2, 35 - 36; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas,* OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. Págs. 76 - 77, 84; Mesa de Trabajo mujer y conflicto armado, *VI informe sobre violencia socio política, contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia: Informe de seguimiento a as recomendaciones emitidas por la relatora especial de las Naciones Unidas sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias en su misión a Colombia* (Noviembre de 2001), pág. 18.

2.1. La ley 975 de 2005, tal como fue aprobada por el Congreso y sancionada por el Presidente de la República en julio de 2005

La ley 975 estableció un procedimiento judicial que tiene como finalidad conceder un beneficio jurídico: la pena alternativa. De acuerdo a la ley, el desmovilizado sometido a tal procedimiento podría recibir el beneficio de la pena alternativa, consistente en que independientemente de la cantidad y gravedad de los delitos cometidos, deberían responder penalmente con una condena de 5 a 8 años.

A este beneficio sólo podrían aspirar quienes se hubieren desmovilizado, fueren postulados por el Gobierno nacional, cumplieran los requisitos de elegibilidad[55], confesaran toda la verdad y contribuyeran a la reparación. La ley 975 sólo aplica a delitos cometidos antes del 25 de julio de 2005.

En segundo lugar, la ley 975 de 2005, estipuló en su artículo 71 que la conformación de grupos paramilitares encuadraba en el delito político de sedición. Con esta disposición se pretendía zanjar la discusión de si los paramilitares podían o no recibir los beneficios jurídicos de los que trataba la ley 782 de 2002 y el decreto 128, es decir, los beneficios de indulto y equivalentes.

En lo relativo a la atención de necesidades específicas de las mujeres, el artículo 38 de la ley 975 previó que, para la protección de víctimas y testigos, las autoridades con funciones relevantes en el procedimiento de justicia y paz, deberían tener en cuenta, entre otros, factores de género y salud, así como la índole del delito, en particular cuando el mismo entrañe violencia sexual, irrespeto a la igualdad de género o violencia contra niñas o niños. Igualmente, estableció que para tal fin se daría una capacitación especial a las funcionarias y funcionarios que atendieran tal tipo de víctimas.

En ese mismo sentido, el artículo 12 del decreto 315 de 2007 señaló el deber del Fiscal de adoptar las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos, teniendo en cuenta los factores de "*edad, el género y la salud, así como la índole de la conducta punible, en particular cuando éste entrañe violencia sexual o por razones de género o violencia contra menores de edad*".

El artículo 41 de la ley 975, señaló que tanto los órganos judiciales como las entidades de apoyo técnico y la Procuraduría Judicial para la Justicia y la Paz, tendrían en cuenta las necesidades especiales de las mujeres, niñas y niños que participen en el proceso. El artículo 8 del decreto 3391 de 2006 reitera lo anterior.

En desarrollo de esta disposición, el artículo 11 del decreto 4760 de 2005, reglamentario de la ley 975, señala que la Procuraduría Judicial para la Justicia y la Paz debe velar por que las autoridades brinden atención adecuada a las necesidades de mujeres, niñas, niños y adolescentes, así como por el reconocimiento de las conductas punibles que atenten contra la libertad, integridad y formación sexuales. Sin embargo, la intervención de la Procuraduría no es obligatoria.

Además, la ley estableció como una excepción al principio de publicidad del juicio, la práctica de testimonios a través del sistema de audiovideo, en particular, para proteger a víctimas de agresión sexual (art. 39).

A pesar de que esta medida es adecuada para la protección de víctimas de violencia sexual, resulta de poca utilidad práctica, pues la ley 975 no prevé la diligencia del juicio. El proceso de justicia y paz se centra en la aceptación o no de cargos por parte del procesado, de tal manera que la determinación de responsabilidad no depende de la presentación de pruebas por parte de la Fiscalía, sino de la aceptación del cargo

[55] De acuerdo con los artículos 10 y 11 de la ley 975 de 2005 los desmovilizados que quisieran aspirar al beneficio de la pena alternativa debería cumplir con requisitos de elegibilidad que, en general consisten en la suspensión de las hostilidades, de todos los delitos y la entrega de bienes.

por parte del imputado. Así, si el imputado no acepta sus cargos, el juicio se deberá realizar en la justicia ordinaria, y si los acepta, no se requiere de la práctica de pruebas y su controversia en un juicio.

Para que esta norma adquiera más relevancia práctica, es necesario que se extienda su aplicación a la etapa de la versión libre, que es la diligencia en la que el desmovilizado debe confesar todos sus delitos en presencia de las víctimas que se encuentran en una sala alterna[56]. Además, sería conveniente diseñar un mecanismo confidencial y efectivo que permita que víctimas de violencia sexual que eventualmente se puedan encontrar en la sala alterna a la de versión libre, puedan solicitar la confesión del delito del que fue víctima sin que tal solicitud les imponga la necesidad de hablar públicamente de la violencia sexual de la que han sido víctimas.

En lo relativo a la conservación de archivos para la memoria histórica, en su artículo 58, la ley previó que, si bien se garantiza el acceso a esos archivos con la finalidad de proteger a las víctimas y facilitar el ejercicio de sus derechos, así como para el desarrollo de la investigación histórica, se deberían establecer restricciones para proteger la intimidad de las víctimas de violencia sexual.

En el artículo 70, al establecer una rebaja generalizada de penas a delincuentes condenados por otros delitos diferentes a los de competencia de justicia y paz, la ley exceptuó de esta rebaja a quienes hubieren incurrido en delitos de violencia sexual. En desarrollo de esta disposición, el artículo 27 del decreto 4760 de 2005 aclaró que los delitos de violencia sexual a los que se refiere tal disposición son acceso carnal y acto sexual violento, acceso carnal y actos sexuales en persona puesta en incapacidad de resistir, acceso carnal abusivo y actos sexuales con menor de catorce años, acceso carnal o acto sexual abusivos en persona puesta en incapacidad de resistir, inducción y constreñimiento a la prostitución, trata de personas, estimulo a la prostitución de menores, pornografía infantil y turismo sexual. Sin embargo, el artículo 70 fue declarado inconstitucional por vicios de procedimiento por la Corte Constitucional[57].

Además, el artículo 50 de la ley creo la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (la CNRR) por el término de 8 años. La CNRR tiene una composición mixta, es presidida por un delegado del Vicepresidente de la República, y también hacen parte de ella el ministerio Público, el Gobierno, 2 miembros de organizaciones de víctimas y 5 personalidades designadas por el Presidente de la República, dos de las cuales son mujeres por mandato legal[58].

Si bien durante el debate de la ley 975 en el Congreso de la República, organizaciones de mujeres solicitaron que el marco jurídico que se adoptara debería, además de cumplir los estándares generales de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, garantizar justicia para los delitos de género cometidos en el marco del conflicto armado, especialmente de la violencia sexual. Para tal fin, sugirieron que se tuvieran en cuenta algunos criterios derivados del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Sin embargo, no todos fueron incorporados[59].

En efecto, la ley no prohibió expresamente la investigación de la conducta anterior de la víctima en casos de delitos sexuales, como lo

[56] Las víctimas deben seguir la diligencia de versión libre en una sala alterna por disposición del artículo 4 de la resolución del Fiscal General de la Nación No. 387 del 12 de febrero de 2007.

[57] Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006. Esa norma también fue demandada bajo la consideración de que al exceptuarse de la rebaja de penas ciertos delitos, entre ellos, los delitos de violencia sexual, se violaba el derecho a la igualdad. Sin embargo, la Corte desestimó este cargo y consideró: *"En desarrollo de la facultad de estructuración de la política criminal el legislador ha delimitado el alcance de la rebaja de penas previstas en la norma acusada, exceptuando a los condenados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, lesa humanidad y narcotráfico, por cuanto considera que éstos son flagelos que merecen un tratamiento especial, en cuanto vulnera de forma más significativa bienes jurídicos protegidos, frente a cuya violación la sociedad se muestra especialmente sensible. Además el legislador estableció una serie de requisitos para acceder a la rebaja de pena".* Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2006.

[58] El Presidente de la República designó como comisionadas a Ana Teresa Bernal quien ha liderado por muchos años la Red de Iniciativas Ciudadana por la Paz y Contra la Guerra - Redepaz, y a Patricia Buriticá quien también ha liderado por muchos años la Iniciativa de Mujeres por la Paz - IMP.

[59] Al respecto ver: Mesa de Mujer y Conflicto Armado, *Informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia, Quinto Informe, junio de 2004 - junio de 2005,* Bogotá, noviembre de 2005, págs. 39 y s.s.

establece el Estatuto de Roma. Sin embargo, este no debería ser un impedimento absoluto pues, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional no es posible hacerlo por ninguna autoridad judicial[60].

Igualmente, de acuerdo al Estatuto de Roma, en el caso de delitos sexuales se aplican unas reglas especiales de prueba, tales como la prohibición de que en circunstancias de subordinación específica, el consentimiento de la víctima sea utilizado como argumento de la defensa, la prohibición de presentar pruebas acerca de su conducta sexual y la no exigencia de corroboración de su testimonio. Su no inclusión, sin embargo, no debería impedir que las fiscales, los fiscales, juezas y jueces del sistema de Justicia y Paz apliquen estos criterios que resultan determinantes para poder garantizar el derecho a la justicia de delitos sexuales y además son una forma de cumplir la obligación de investigar, juzgar y sancionar, con la debida diligencia, los delitos que constituyen violencia contra la mujer, en este caso en el marco del conflicto armado.

La ley tampoco previó que en la conformación de las Salas de Justicia y Paz de los Tribunales, ni de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía, se tuviera en cuenta el criterio de equidad de género, lo cual hubiera sido deseable, además hubiera coincidido con la disposición del Estatuto de Roma que lo establece como criterio para la selección de magistradas y magistrados de la Corte Penal Internacional.

2.2. La ley 975 de 2005 después de las sentencias de la Corte Constitucional

La ley 975, tal como fue aprobada por el Congreso tenía graves falencias que en su momento fueron advertidas por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y organizaciones de derechos humanos y grupos de víctimas, entre otros[61]. Estas críticas llevaron a que se presentaran ante la Corte Constitucional varias demandas de inconstitucionalidad.

En el primer semestre de 2006, la Corte Constitucional expidió varias sentencias en las que declaró la constitucionalidad general de la ley, pero hizo varias aclaraciones respecto de su interpretación y declaró la inconstitucionalidad de algunas normas específicas.

La Corte encontró que la ley 975, tal como fue aprobada, no respetaba los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación. Así, a través de varias sentencias[62] señaló que, para que la ley 975 fuera una ley de justicia transicional, debería garantizar tanto la paz como los derechos de las víctimas y que, por consiguiente, el beneficio de la pena alternativa debería estar condicionado al cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, pero también a otros que la ley no estipulaba:

a. Para acceder a la pena alternativa, el aspirante debería confesar toda la verdad, de lo contrario perdería el beneficio. La forma de probar que el desmovilizado no dijo toda la verdad es a través de una decisión judicial definitiva que declare al desmovilizado responsable del delito. Dicha sentencia se debe expedir antes de que se declare extinta la pena alternativa[63]. Si se prueba que el desmovilizado mintió u ocultó información en su confesión, pierde los beneficios y deberá asumir la pena principal que debería

60 Corte Constitucional, sentencia T-453 de 2005, M.P.: Manuel José Cepeda.

61 Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos, *Consideraciones sobre la ley de "Justicia y Paz"*, Bogotá, 27 de junio de 2005; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *La CIDH se pronuncia frente a la aprobación de la Ley de Justica y Paz en Colombia,* Comunicado de prensa No. 26/05, Washington, 15 de julio de 2005.

62 Corte constitucional, sentencias C-127 DE 2006, C-319 DE 2006, C-370 DE 2006, C-400 DE 2006, C-426 DE 2005, C-455 DE 2006, C-476 DE 2006, C-531 DE 2006, C-575 DE 2006, C-650 DE 2006, C-670 DE 2006, C-719 DE 2006 Y C-080 DE 2007.

63 De acuerdo a la ley 975 de 2005, después de cumplida la pena alternativa (5 u 8 años), viene un tiempo de libertad a prueba por la mitad del tiempo de la pena alternativa, es decir, entre 2 años y medio y 4 años, dependiendo de la condena. Una vez concluido ese período de supervisión se declara extinguida la pena. Así, si la condena fue de 5 años, la pena se extingue a los 7 años y medio. Si la condena fue de 8 años, la pena se extingue a los 12 años. Dentro de este término se debe expedir la sentencia condenatoria por el delito que el desmovilizado haya omitido en su confesión. De lo contrario no pierde el beneficio de la pena alternativa y sólo debe enfrentar la pena por el delito omitido.

cumplir de acuerdo al régimen ordinario. En materia de delitos sexuales esa disposición adquiere una importancia mayor, en la medida que la omisión en la confesión de alguno de estos delitos conllevaría a la pérdida de beneficios. Sin embargo, para que eso sea posible, se requiere de una especial diligencia de las autoridades judiciales en la investigación de estos delitos.

b. Las víctimas deben tener derecho a participar en todas las etapas del proceso judicial que se adelante, y no únicamente en el incidente de reparación.

c. Para acceder al beneficio, los desmovilizados deben indicar el paradero de las personas desaparecidas.

d. La pena alternativa no puede ser objeto de rebajas adicionales. La Corte declaró la inconstitucionalidad de la norma que establecía que el tiempo de estadía en zonas de ubicación (Santa Fe de Ralito) podía entenderse como pena cumplida. De acuerdo a la Corte, la estadía allí no fue una pena privativa de la libertad, por consiguiente no se podía equiparar a esta.

e. Para acceder al beneficio, los desmovilizados deben entregar, no sólo los bienes adquiridos ilícitamente, sino también todo su patrimonio lícito, quedándose sólo con aquella parte de su patrimonio que requieran para su digna subsistencia.

f. Si el patrimonio del desmovilizado es insuficiente para reparar a las víctimas, responde el bloque al que el desmovilizado pertenecía. Si tampoco en ese caso hay bienes suficientes, el Estado responde subsidiariamente. A pesar de que esta decisión es un avance con respecto a la ley, tal como había sido aprobada, es una lástima que la responsabilidad recaiga en el Estado sólo subsididariamente. El Estado colombiano es responsable principal de la reparación debido a sus obligaciones internacionales (artículo 8, 25 y 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También es garante principal de la reparación por la responsabilidad que le cabe en la conformación de los grupos paramilitares en Colombia.

Por último, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo que cambiaba la definición del delito político de sedición para encuadrar allí la conducta de conformación de grupos paramilitares. La Corte encontró que esa norma había sido aprobada violando las normas de procedimiento.

2.3. Los decretos reglamentarios de la ley 975 de 2005

Antes de la expedición de las sentencias de la Corte Constitucional sobre la ley 975, en diciembre de 2005 se expidió el decreto 4760 de 2005. Después de la expedición de las sentencias sobre la ley 975, se continuó el proceso de reglamentación de la ley 975, caracterizado por la inclusión de contenidos que vulneran las sentencias de la Corte y la misma ley. A continuación se resaltan los aspectos más críticos de los mismos.

a. ¿La ley de justicia y paz, una ley de justicia restaurativa?

La primera propuesta legislativa presentada por el Gobierno a consideración del Congreso eliminaba por completo la pena privativa de la libertad y establecía penas alternativas y se fundamentaba conceptualmente en el modelo de justicia restaurativa[64]. Dicha propuesta tuvo que ser

[64] El modelo de justicia restaurativa es un modelo de justicia alternativa, que critica la justicia penal retributiva y ofrece alternativas diferentes tendientes a restablecer las relaciones entre víctimas y victimarios y a reparar los vínculos al interior de las comunidades afectadas por el delito. La justicia restaurativa tiende a eliminar la pena privativa de la libertad y a hacer énfasis en la búsqueda de procesos de reconciliación entre víctimas y agresores.

retirada porque no hubo consenso para su aprobación. Uno de los puntos que la hizo inadmisible fue el hecho de que no estableciera ninguna pena privativa de la libertad. Por tal razón, la ley 975, en su versión definitiva no se fundamentó en la justicia restaurativa, y estableció una pena privativa de la libertad de 5 a 8 años que no admite rebajas adicionales.

A pesar de que la ley 975 de 2005 excluyó el modelo de justicia restaurativa, el decreto 3391 de 2006 señaló que la ley 975 "*consagra una política criminal especial de justicia restaurativa para la transición hacia el logro de una paz sostenible*". De dicha caracterización se derivan varias consecuencias concretas contrarias a la ley 975 y a sus sentencias de constitucionalidad. En particular, el decreto crea los "programas restaurativos para la reconciliación nacional" que consisten en proyectos, en algunos casos productivos, en los que participan por igual víctimas, agresores y comunidades afectadas (artículo 19 del decreto 3391 de 2006). Dichos proyectos productivos pueden ser validados como reparación (parágrafo 2 del artículo 17 del decreto 3391 de 2006) y como pena cumplida (artículo 13 del decreto 3391 de 2006).

De esta manera, las víctimas se ven involucradas en procesos comunitarios y de reconciliación con victimarios, muchas veces en las tierras que han sido usurpadas y no han sido entregadas para el Fondo de Reparación, sin que necesariamente se den condiciones de seguridad y libertad para las víctimas debido a la persistencia de la intimidación sobre ellas[65]. De acuerdo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en marzo de 2006, el universo de desmovilizados involucrados en este tipo de proyectos era bajo, y no reflejaba una amplia aceptación por parte de las comunidades receptoras de los desmovilizados. Igualmente manifestó su preocupación por el hecho de que "*más allá de su intención general, pueden generar o agravar tensiones entre la población civil y los desmovilizados en vista del temor a represalias que perdura en vastas zonas del país*"[66].

b. Rebajas adicionales de pena y condiciones especiales de cumplimiento de la pena privativa de la libertad

En cuanto al cumplimiento de las penas, los decretos permiten que, quienes hubieren estado en la zona de ubicación –Santa fe de Ralito- antes de la sentencia de la Corte Constitucional, podrían redimir como pena cumplida su tiempo de estadía allí (artículo 20 del decreto 3391 de 2006).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que "*más allá de la discusión sobre el alcance temporal de la decisión de la Corte, ésta ha establecido que la permanencia en la zona de concentración no puede asimilarse a un período de pena cumplida. Esta interpretación constitucional sobre qué debe entenderse por pena en el sistema legal colombiano, debería ser decisiva para los jueces al momento de determinar el cómputo de las penas alternativas a aplicar para aquellas personas que hubieran logrado acceder a este beneficio. De lo contrario, por la vía de una disposición reglamentaria, se estaría introduciendo nuevas reformas al marco normativo, en sentido contrario a la decisión de la Corte y en un aspecto sustancial para el examen de la legalidad internacional y constitucional del sistema de Justicia y Paz, como es la posibilidad de nuevas rebajas en el cómputo de las penas alternativas*"[67].

[65] Sobre la persistencia del conflicto armado y la intimidación sobre las víctimas ver el capítulo 1 de este documento.

[66] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales,* Doc. OEA/SER.L/V/II.129 Doc. 5, 2 de octubre de 2007, párrs. 54 y 55.

[67] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales,* Doc. OEA/SER.L/V/II.129 Doc. 5, 2 de octubre de 2007, párr.52.

El decreto 3391 también establece que la pena se puede cumplir bajo el principio de gradualidad del sistema penitenciario. Esto quiere decir que la pena se cumple en 3 periodos: un primer periodo cerrado, un segundo periodo semiabierto y un tercer periodo abierto. Eso implica que una parte de la pena alternativa no consistiría en una efectiva pena privativa de la libertad. La participación en los "programas restaurativos" puede validarse como parte del cumplimiento de la pena, en su periodo semi - abierto o abierto (artículo 13 del decreto 3391 de 2006).

c. Conformación de grupos paramilitares: delito político

A través del decreto 4436 de 2006, el Gobierno pretendió fijar una interpretación según la cual, todas aquellas personas que hubieren conformado y participado en grupos paramilitares antes de la sentencia de la Corte Constitucional (mayo de 2006), podrían mantener los beneficios propios de la consideración de ellos como delincuentes políticos, es decir los beneficios de indulto o sus equivalentes.

d. Participación de las víctimas en los procesos de justicia y paz

De acuerdo al decreto 315 de 2007, para que una víctima pueda participar en el proceso de justicia y paz debe demostrar su calidad de víctima preliminarmente con alguno de los elementos que se mencionan allí[68].

De acuerdo a las resoluciones 3998 y 0387 de la Fiscalía, así como el decreto 315 de 2007, las víctimas pueden presenciar la diligencia de versión libre en una sala separada a través de transmisión por circuito cerrado de televisión. Pueden participar directamente, a través de apoderado, o de una asociación de víctimas u organización. La víctima debe formular preguntas a través de la Fiscal o el Fiscal, quien decide las preguntas que considera pertinentes.

Esa disposición también ha sido muy cuestionada porque la intermediación de la Fiscalía limita en mucho la adecuada y efectiva participación de las víctimas. La Procuraduría General de la Nación, en su directiva 008 del 5 de junio de 2007 exhortó a la Fiscalía General de la Nación para que permitiera a las víctimas formular preguntas al postulado directamente, o a través de su apoderado[69].

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamó la atención sobre la necesidad de facilitar y permitir *"el acceso de las víctimas a ambas sesiones de la versión libre, asegurando que en la segunda sesión de la versión libre tengan la posibilidad real de interrogar a los postulantes en la búsqueda de la verdad"*. La Comisión Interamericana señaló que este mecanismo indirecto *"restringe seriamente la posibilidad de utilizar el interrogatorio de la víctima como una vía adecuada de alcanzar la verdad de los hechos. La Fiscalía pierde además una valiosa estrategia para confrontar las versiones libres, y avanzar en la verificación del cumplimiento de los requisitos legales para el accesos a los beneficios"*[70].

68 Copia de la denuncia del hecho ante autoridad judicial, administrativa, o de policía el hecho generador del daño, sin importar la fecha; certificación expedida por autoridad judicial, administrativa, de policía o por el Ministerio Público que de cuenta de los hechos que le causaron el daño; copia de la providencia judicial o diligencia penal sobre los hechos relacionados; certificación sobre la vecindad o la residencia en el lugar y el tiempo en que ocurrieron los hechos, expedida por la autoridad competente del orden municipal; certificación que acredite o demuestre el parentesco con la víctima, en los casos que se requiera, la que deberá ser expedida por la autoridad correspondiente.

69 Procuraduría General de la Nación; Directiva Número 008 de 2007; Tema: *Instrucciones para la garantía de la participación judicial de las víctimas en el marco de la ley 975 de* 2005; de: Procurador General de la Nación, para: Congreso de la República, Corte Suprema de Justicia - Sala Penal, Tribunales Superiores de Distrito Judicial - Salas de Justicia y Paz, Fiscalía General de la Nación, Defensoría del Pueblo, Personerías Municipales, ministerio del Interior y de Justicia, ministerio de Hacienda y Crédito Público, ministerio de Defensa Nacional, ministerio de Relaciones Exteriores, Departamento Administrativo Nacional de Planeación, Agencia Presidencial para la acción social y la Cooperación Internacional - Acción Social, Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación - CNRR, Instituto de Colombiano de Desarrollo Rural - Incoder; 5 de junio de 2007.

70 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales,* Doc. OEA/SER.L/V/II.129 Doc. 5, 2 de octubre de 2007, párr. 69.

La versión libre es reservada, aunque existe una discusión sobre su publicidad que se encuentra en debate judicial. En todo caso, se debe conservar una excepción a la publicidad de las diligencias, cuando en ellas se aborden asuntos relacionados con delitos de violencia sexual o involucren a niños y niñas[71].

Asimismo, se deben establecer medidas idóneas que generen las condiciones para que las mujeres puedan preguntar en el marco de las audiencias respecto de delitos de violencia sexual dando protección a su intimidad.

La Fiscalía debe dejar un registro técnico de la confesión con la finalidad de que esta sirva para la memoria histórica. Los medios de comunicación sólo pueden participar durante la instalación de la versión libre.

Una vez terminada la versión libre, a criterio del Fiscal, se podría autorizar la transmisión por televisión de la confesión.

3. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre delito político

El 11 de julio de 2007, la Corte Suprema de Justicia decidió sobre la concesión de los beneficios contemplados en la ley 782 a un paramilitar. Se trataba de un paramilitar que había sido capturado, y con posterioridad se desmovilizó como parte del Bloque Élmer Cárdenas. El procesado había solicitado la cesación de procedimiento, de acuerdo con la ley 782 de 2002 y el decreto 128 de 2003, y el Tribunal de Antioquia se lo había negado.

La Corte Suprema estableció que no podía conceder el beneficio porque éste era exclusivo para delincuentes políticos y el solicitante no lo era. La corporación señaló que el artículo 71 de la ley 975 de 2005 era contrario a la Constitución, no sólo por vicios en su trámite –como lo había señalado la Corte Constitucional–, sino también por razones sustanciales[72].

La Corte también señaló que la pertenencia a grupos paramilitares encuadraba, no en el delito político de sedición, sino en el delito común de concierto para delinquir agravado, es decir en el delito consistente en la asociación para cometer graves violaciones los derechos humanos[73].

Con tal decisión, la concesión del beneficio de indulto y equivalentes a miembros de grupos paramilitares quedó sin sustento jurídico. En la actualidad se adelanta en el Congreso el debate de un proyecto de ley para resolver la situación de más de 18.000 paramilitares desmovilizados que no habían recibido el beneficio de indulto o su equivalente y que, como consecuencia de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, deberán ser procesados por el procedimiento de la ley de justicia y paz.

Aunque la sentencia de la Corte impone retos muy grandes para el sistema judicial, es una oportunidad para subsanar, en lo posible, las consecuencias de indultar a más de 28.000 paramilitares sin saber nada sobre su responsabilidad en delitos de lesa humanidad, incluyendo delitos de violencia sexual.

71 La Comisión Colombiana de Juristas, en calidad de representante judicial de víctimas de casos que se tramitan en la unidad de justicia y paz de la Fiscalía, interpuso una acción de tutela pidiendo la publicidad de las versiones libres. La tutela ha sido denegada en primera y segunda instancia y se encuentra pendiente de revisión por parte de la Corte Constitucional. Sin embargo, tanto en los planteamientos de la tutela, como en una intervención presentada por Sisma Mujer, se solicita que, en el evento de ser concedida la acción de tutela, se mantenga la restricción de publicidad para aquellos eventos en que en la diligencia se traten asuntos relativos a delitos de violencia sexual o que involucren a niños y niñas.

72 *"1) la constitución establece ciertos criterios básicos sobre lo que se debe entender por delito político; 2) desde la teoría del delito se puede distinguir y establecer el antagonismo entre los delitos políticos y el concierto para delinquir; 3) aceptar que el concierto para delinquir es un delito político lleva al desconocimiento de los derechos de las víctimas; 4) al haber sido declarado inexequible el precepto, no puede seguir produciendo efecto alguno hacia el futuro en el mundo jurídico, y cualquier juez puede aplicar la excepción de inconstitucionalidad por razones de fondo para evitar su vigencia temporal antes de la declaratoria de inexequibilidad por razones de forma".* (corte suprema de justicia, sala de casación penal, sentencia del 11 de julio de 2007, segunda instancia 26945, m.p.: Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca).

73 incurren en concierto para delinquir agravado quienes se concierten para cometer delitos de *"genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas"* (inciso 2º del artículo 340 del código penal).

Conclusiones y Recomendaciones

Una mecanismo normativo que favorece de manera muy grave la impunidad de los crímenes cometidos por los grupos paramilitares es el decreto 128 de 2003, reglamentario de la ley 782 de 2002. Dicho decreto, asume que las personas que al momento de su desmovilización sólo tuvieran cargos por concierto para delinquir, no eran responsables por delitos de derechos humanos o derecho humanitario. Bajo ese marco legal se desmovilizaron colectivamente 31.671 paramilitares, de los cuales 28.758[74] fueron indultados o recibieron medidas equivalentes o están en ese proceso.

Esta norma afecta de manera especial y más grave la justiciabilidad de los delitos de violencia sexual, en los que el grado de impunidad histórico es muy alto, por lo cual es altamente improbable que los desmovilizados tuvieran cargos por tales delitos.

Por su parte, la ley 975 de 2005, a pesar de que fue aprobada con gravísimas falencias en materia de justicia de género, si bien tenía normas aceptables, hubiera podido ser mejor si

i. Se hubiera enmarcado en una estructura dirigida a garantizar la justicia y no la impunidad,

ii. Se hubieran tenido en cuenta las observaciones y propuestas presentadas por las organizaciones de mujeres durante su trámite, especialmente las propuestas para que la ley tuviera en cuenta los estándares incorporados en el Estatuto de Roma.

Sin embargo, las sentencias de la Corte Constitucional establecieron importantes correctivos a la ley 975 que hacen que en general sean aceptables , aunque se conservan algunas falencias, especialmente por el hecho de que la responsabilidad del Estado en materia de reparación sea apenas subsidiaria.

Además, a través de resoluciones y decretos reglamentarios, se ha tratado de impedir la eficacia material de las sentencias de la Corte Constitucional, especialmente en materia de reparación y sanción penal.

Por otra parte, desde el principio del proceso, en el 2002, el Gobierno pretendió dar a los grupos paramilitares el carácter de delincuentes políticos, de manera que podrían acceder a los beneficios jurídicos de indulto y equivalente establecidos en la ley 782 de 2002 y el decreto 128. Tal intento se materializó, además del decreto 128 de 2003, en el artículo 70 de la ley 975 de 2005 que después sería declarado inconstitucional por la Corte Constitucional. El Gobierno intentó revivirlo de nuevo a través de un decreto reglamentario de la ley 975. Sin embargo, en una importante decisión, la Corte Suprema de Justicia encontró que el delito de paramilitarismo, constituía el delito "concierto para delinquir agravado", es decir, la conformación de agrupaciones ilegales para cometer las más graves violaciones a los derechos humanos. Por consiguiente, en tales circunstancias, tal delito no podría ser indultable.

Tal decisión, antes que una piedra en el zapato, representa una oportunidad para que el marco jurídico sea corregido y los nocivos efectos del decreto 128 de 2003 sean revocados, incluso los efectos en la impunidad de los delitos de violencia sexual de responsabilidad de los paramilitares desmovilizados.

Recomendaciones:

• Al Gobierno Nacional y al Congreso de la República:

Que se expida una norma legal que, teniendo en cuenta las dificultades que puedan existir para que la Fiscalía pueda investigar efectivamente a los desmovilizados beneficiarios del indulto y medidas equivalentes, permita

[74] Esta cifra resulta de la comparación entre el número de paramilitares desmovilizados colectivamente y el número de ellos postulados al procedimiento de la ley 975 de 2005. Ver: Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, Informe Ejecutivo del Proceso de Paz con las Autodefensas, www.altocomisionadoparalapaz.gov.co; y Fiscalía General de la Nación.

garantizar el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación de los delitos cometidos por tales desmovilizados, particularmente los de violencia sexual contra las mujeres.

• A la Fiscalía General de la Nación:

Que se adopten las regulaciones que sean necesarias para que las víctimas de delitos de violencia sexual que deseen hacerlo dispongan de un mecanismo efectivo y confidencial para participar en las diligencias de versiones libres haciendo referencia a su caso, sin que tal decisión les implique la exposición pública del hecho.

Que revoque las regulaciones administrativas que impiden que las víctimas puedan contrainterrogar directamente a los paramilitares postulados, de manera que puedan contribuir a la construcción de la verdad.

• Al Gobierno Nacional:

Que respete íntegramente las sentencias de la Corte Constitucional sobre la ley 975 de 2005 y, que para tal fin, derogue las normas de los decretos reglamentarios que impiden su eficacia material. En particular, que derogue las normas que establecen como mecanismos de reparación programas productivos en los que participan víctimas y victimarios, y que pueden tener impacto en la reducción adicional de penas a favor de desmovilizados. Dichas normas pueden terminar imponiendo a las víctimas la obligación de participar en procesos de reconciliación sin que medie su consentimiento y sin que haya un pleno reconocimiento de los delitos de los que fueron víctimas, la gravedad de los mismos y sin que haya dejado de existir el ambiente de intimidación reinante por la falta de desmovilización y desmantelamiento efectivo de los grupos.

III. LA APLICACIÓN DE LA LEY 975 DE 2005: LAS VERSIONES LIBRES Y LA VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LAS MUJERES

En diciembre de 2006, año y medio después de la promulgación de la ley 975 de 2005, la Fiscalía General de la Nación inició la recepción de las versiones libres de los desmovilizados postulados a la ley 975 de 2005 que habían ratificado su voluntad de someterse a la misma.

Para la atención a víctimas, se diseñó el *registro de hechos atribuibles a grupos armados al margen de la ley.* Para los casos de desaparición forzada, se está usando el *formato nacional para búsqueda de personas desaparecidas*. En total, han diligenciado esos formatos más de 80.000 víctimas, quienes aspiran a poder reclamar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación en los procesos judiciales. Sin embargo, apenas 21 denuncias de las 80.000 se refieren a casos de violencia sexual[75].

El proceso de justicia y paz, diseñado por la ley 975 de 2005, se ha desarrollado en medio de un clima de hostigamiento y presión, incluyendo la acción violenta, por parte de los desmovilizados de grupos paramilitares, que ya no deberían estar delinquiendo.

Las funcionarias y funcionarios involucrados con la institucionalidad de Justicia y Paz, se han visto obligados a desarrollar sus actividades en medio de una gran improvisación, que los ha llevado a una especie de técnica de ensayo y error, y donde prima el criterio personal en

[75] Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación - CNRR, Boletín CNRR, Edición No. 2, diciembre de 2007, página 4. Sin embargo, de acuerdo a declaraciones informales del Presidente de la CNRR, para final de 2007, el número de víctimas que habrían diligenciado el formato podría superar las 100.000. Ver también: El Tiempo, *Entre 80.000 quejas contra "paras", drama del abuso sexual es casi invisible. Sólo 21 denuncias por violación han llegado ante Justicia y Paz,* 25 de septiembre de 2007, pág. 1-4.

muchas ocasiones. Las funcionarias y los funcionarios están en un proceso de aprendizaje, en el que no cuentan desde el principio con las herramientas y recursos necesarios para enfrentar el reto que tienen ante sí y en muchos casos tampoco cuentan con la formación necesaria para desarrollar su trabajo.

A continuación se presentan los principales retos y dificultades de la implementación del proceso judicial de justicia y paz, para garantizar verdad, justicia, reparación y no repetición a las víctimas.

1. Acceso de las víctimas a los procesos judiciales

Tal vez la mayor falencia del proceso la constituye las enormes dificultades que tienen que sobrepasar las víctimas que desean acudir y solicitar el amparo de sus derechos en el marco de justicia y paz. A pesar de que la cantidad de víctimas que ha llenado el formato es muy significativa, eso no se ha traducido en que puedan seguir y participar efectivamente en los procesos. En esas circunstancias, las víctimas no pueden contribuir a la construcción de la verdad, ni reclamar efectivamente justicia.

1.1. La pobreza y la vulnerabilidad de las víctimas dificulta aún más el acceso al proceso, y afecta especialmente a las mujeres

La mayoría de las víctimas directas de la violencia en Colombia son hombres. Sin embargo, la mayoría de sobrevivientes, es decir, quienes acudirían a los procesos de justicia y paz, son mujeres, quienes en su mayoría son pobres y se encuentran en condiciones de vulnerabilidad.

De acuerdo a la Iniciativa de Mujeres por la Paz - IMP, el 87% de las víctimas sobrevivientes son mujeres, y el 67% de ellas asumieron la jefatura femenina de hogar como viudas o madres que perdieron el respaldo de su compañero o esposo[76].En muchos casos ellas no trabajaban antes del suceso violento y lo tuvieron que empezar a hacer, asumiendo además los nuevos retos, incluso económicos, que se derivaron de su condición de sobrevivientes a cargo de otras personas. Además tuvieron que seguir encargándose de las labores domésticas y de crianza.

De conformidad con el estudio que IMP hizo de datos recogidos por la Sede Regional Antioquia de la CNRR, *"sólo el 65% de quienes sostienen su familia laboran actualmente, mientras el 83% de las familias tienen ingresos menores a un salario mínimo legal vigente y sólo el 22 % ha recibido ayuda de Acción Social"*.

Además, de acuerdo a una muestra tomada directamente por IMP, se encontró que el nivel de ingresos es constante, los trabajos son informales y los ingresos promedios son de $192.000, si se tienen en cuenta los continuos endeudamientos. Mientras tanto, el promedio estimado de gastos es de $370.000, sin contar servicios como salud y educación[77].

En el caso del desplazamiento forzado, las víctimas también son mayoritariamente mujeres. De acuerdo a Acción Social, la mitad de las personas en situación de desplazamiento son mujeres, más del 40% son menores de edad y el 40% son mujeres cabezas de familia[78].

Debido a estas circunstancias, resulta apenas obvio que las víctimas, en su mayoría mujeres, no tengan la posibilidad de acceder a los procedimientos de justicia y paz. Con suerte pueden acceder a mecanismos de atención a

76-77 Iniciativa colombiana de Mujeres por la Paz, Mesa Nacional de incidencia por el Derecho a la Verdad, la Justicia y la Reparación con perspectiva de género, *Documento Público No. 3, Análisis demográfico de las víctimas del conflicto armado: Brechas de género*, Bogotá, octubre de 2007.

78 Al respecto ver: Mesa de trabajo Mujer y Conflicto Armado, *VI Informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia, 2002 - 2006, Informe de seguimiento a las recomendaciones de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre Violencia contra la Mujer, sus causas y sus consecuencias en su misión a Colombia (1 a 7 de noviembre de 2001)*, pág. 35.

víctimas dispuestos directamente en las regiones, pero las versiones libres se desarrollan únicamente en Bogotá, Medellín y Barranquilla, donde se encuentran las sedes de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía y las salas de Justicia y Paz de los tribunales.

Atender una versión libre implica que la víctima deba desplazarse a estas ciudades, y pernoctar allí por varios días, mientras que se desarrolla la audiencia. Esto puede resultar sencillamente imposible para las víctimas que además de que tendrían que conseguir los gastos de traslado, alimentación y estadía, tendrían que pensar en abandonar las labores que les dan sustento así como las otras responsabilidades, incluyendo el cuidado de los hijos o de otras personas a su cargo.

En este sentido, resulta positivo que se estén haciendo esfuerzos por hacer transmisiones de las versiones libres en las zonas donde se encuentran las víctimas. Sin embargo, tal mecanismo sigue siendo sumamente insuficiente porque estas transmisiones son ocasionales y no en todas las regiones. Además, ese mecanismo hace aún más difícil el contacto directo con la autoridad judicial que conduce las diligencias y, por consiguiente, dificulta la posibilidad de intervenir directamente en las audiencias.

Las víctimas que se enteran del avance de los procesos y que deciden participar en el proceso judicial deben superar una serie de obstáculos que hacen prácticamente nugatoria su posibilidad de acudir efectivamente a los procesos.

1.2. Los mecanismos de convocatoria, atención y representación de las víctimas en el procedimiento de la ley 975 de 2005 son insuficientes

Si bien se han implementado mecanismos de convocatoria a víctimas a través del periódico de circulación diaria nacional, así como a través de medios electrónicos, dichos medios no tienen la cobertura suficiente en veredas, caseríos y corregimientos, donde se encuentran muchas de las víctimas que podrían estar interesadas en participar en el procedimiento de justicia y paz[79].

En vista de tal situación, el Procurador General de la Nación llamó a un adecuado emplazamiento de las víctimas, para que este se realizara durante todo el proceso penal, hasta antes de que se profiera sentencia judicial. Igualmente, hizo un llamado para que los emplazamientos tuvieran una amplia divulgación a través de los medios masivos de comunicación públicos y privados, impresos, radiales, televisivos e Internet, en el ámbito internacional, nacional, regional y local[80].

En cuanto a la atención de víctimas, esta responsabilidad se encuentra difuminada en varias instituciones, y todas enfrentan dificultades para cumplirla efectivamente.

Las instituciones con responsabilidades en la atención a víctimas son la Comisión Nacional de Reparación (art. 51 de la ley 975), la Defensoría del Pueblo (art. 34 de la ley 975) y la Procuraduría General de la Nación (art. 36 de la ley 975). Además, las Fiscalía y las salas de Justicia y Paz de los Tribunales, deben atender a las víctimas dentro del marco de los procesos judiciales.

La CNRR ha implementado el mecanismo de realizar jornadas de atención a víctimas a través de sus sedes regionales. Igualmente, las sedes regionales atienden masivamente víctimas, sin embargo eso se hace en medio de mucha improvisación y sin una directriz clara del nivel central de la CNRR. Por lo anterior, los protocolos y dinámicas de atención a víctimas

79 Tal preocupación la señaló la CIDH en su último informe. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales,* Doc. OEA/SER.L/V/II.129 Doc. 5, 2 de octubre de 2007, párr. 57 y 58.

80 Procurador General de la Nación, *Directiva 008, Instrucciones para la garantía de la participación judicial de víctimas en el marco de la ley 975 de 2005 y sus decretos reglamentarios,* junio 5 de 2005.

varían de una a otra región y dependen mucho de las personas a cargo de tal función.

La Defensoría del Pueblo, por su parte, en mayo del 2007 expidió la Resolución No. 438 *"por la cual se establece el procedimiento para la orientación y atención de las víctimas en el marco de la ley 975 de 2005 y se dictan otras disposiciones"*. La resolución establece la ruta de atención a víctimas por parte de la Defensoría, pero señala que esta entidad únicamente atendería a las víctimas que hayan sido reconocidas sumariamente como tales por la Fiscalía. De esta manera se recarga la labor de la Fiscalía General de la Nación en la atención de víctimas.

Por su parte, la Procuraduría General de la Nación, a través de la Circular emitida el 10 de octubre de 2006, instruyó a las Procuradurías Regionales y Provinciales para apoyar a las víctimas en el diligenciamiento del formato, así como en su envío a la Fiscalía General de la Nación. Sin embargo, la labor de las Procuradurías en las regiones ha sido de muy bajo perfil y eso parece deberse a que la Procuraduría históricamente se ha dedicado a ejercer su competencia disciplinaria, lo que le impide de manera improvisada asumir esa nueva competencia. Además, generalmente las víctimas prefieren el contacto con la Defensoría y con la Personería, que han estado más cercanas a sus intereses

La responsabilidad de representación judicial de víctimas no fue clara incluso durante meses después de iniciadas las versiones libres. Al interior del Ministerio Público, había una discusión sobre la institución a la que le correspondía tal atención. Finalmente, la Defensoría del Pueblo asumió dicha función, mientras que se aclaró que las Procuradurías Judiciales se encargarían de la representación de las víctimas que no pudieran hacerse parte dentro del proceso judicial[81].

Las unidades de defensores públicos de víctimas en Justicia y Paz de la Defensoría, se encuentran únicamente en las ciudades donde se encuentran los tribunales. De tal manera que las abogadas y los abogados de la Defensoría desarrollan la representación judicial sin tener contacto directo con la víctima.

La situación en atención a víctimas de violencia sexual es especialmente grave pues, en general, no están previstos mecanismos que faciliten la denuncia de delitos sexuales. La consecuencia de esto es que hasta el momento sólo haya 21 casos denunciados por violencia sexual.

El área de género y poblaciones específicas de la CNRR ha adelantado capacitaciones a las regionales de la CNRR para que incluyan en sus mecanismos de atención de víctimas protocolos adecuados para los casos de delitos de violencia sexual. Sin embargo, no es claro que estos esfuerzos se hayan traducido en condiciones materiales que hagan que la denuncia de delitos sexuales pueda darse dentro de un contexto más amigable para las víctimas que tienen que superar temores personales y el riesgo a la estigmatización, antes de hacer una denuncia.

Sin embargo, el ambiente para las víctimas de violencia sexual es muy árido, pues no se les da una asesoría o acompañamiento especial que tenga en cuenta las particularidades de su caso. El Procurador General de la Nación instó al Gobierno Nacional, a las autoridades judiciales y a la Comisión Nacional de Reparación para *"que creen programas de asistencia integral a víctimas del conflicto armado interno, dirigidos a su recuperación psicológica y emocional, teniendo en cuenta la edad, el género, origen étnico, salud e índole del delito, sobre todo cuando se trate de*

[81] Las distintas decisiones sobre el particular se encuentran recogidas en la Resolución del Defensor del Pueblo No. 1113 de diciembre de 2006, Decreto 315 de febrero 2007 y Resolución del Defensor del Pueblo No. 438 de 2007. La misma preocupación fue manifestada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales,* Doc. OEA/SER.L/V/II.129 Doc. 5, 2 de octubre de 2007, párr. 84.

hechos punibles que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales, entre otros" (negrilla fuera de texto).[82]

Sin embargo, tales programas no han sido implementados efectivamente.

1.3. La ausencia de una efectiva desmovilización pone a las víctimas que participan en los procesos judiciales en gravísimos riesgos para su seguridad y tienen como consecuencia que en las diligencias judiciales se exponga a las víctimas a nuevas situaciones de victimización

Como se expuso en el capítulo I de este informe, la desmovilización de los grupos paramilitares no ha sido efectiva. La implementación de mecanismos de justicia transicional en medio de una situación en la que el conflicto armado continúa pone así un reto adicional para la garantía de los derechos de las víctimas.

Desafortunadamente, esta no es una preocupación hipotética. Según datos de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación – CNRR, al menos 15 personas han sido asesinadas y otras 200 han sido amenazadas por circunstancias que se relacionan con el reclamo de sus derechos en el proceso de justicia y paz; varias de ellas han sido mujeres. Entre ellas se encuentran Yolanda Izquierdo Berrío[83], Carmen Cecilia Santana Romaña[84], Osiris Jacqueline Amaya Beltrán[85] y Judith Vergara Correa[86].

Esta situación llevó a que la Iniciativa de Mujeres por la Paz – IMP, interpusiera una acción de tutela solicitando la protección efectiva de las víctimas. La tutela expone la grave situación de riesgo de numerosas personas que han pedido protección por los medios establecidos, pero que no la habían recibido debido a diferentes trámites que debían cumplir. La Fiscalía General de la Nación y el ministerio del Interior y de Justicia solicitaron, dentro del proceso, que la tutela fuera negada.

Sin embargo, la acción fue concedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en un fallo del 13 de agosto de 2007. La sentencia tuteló los derechos a la vida y la integridad personal de las demandantes, así como de las víctimas y testigos de los procesos de Justicia y Paz y ordenó al ministro del Interior y de Justicia y al Fiscal General de la Nación, que dentro de los 30 días siguientes, diseñaran, implementaran y ejecutaran un Programa de Protección de víctimas y Testigos de la ley de Justicia y Paz.

En cumplimiento del fallo, el Gobierno expidió el decreto 3570 de 2007, a través del cual creó el *Programa de Protección de Víctimas y Testigos de la ley 975 de 2005*.

Ahora bien, no debe dejarse de lado que, si bien la creación de un programa de protección era inaplazable, es indispensable adoptar medidas para neutralizar las causas de las amenazas a las víctimas. Mientras los grupos paramilitares sigan operando de manera velada, es improbable que el programa de protección tenga la virtualidad de garantizar efectivamente la seguridad de todas las víctimas que quieran reclamar sus derechos.

Además, el poder que todavía conservan los comandantes paramilitares y las estructuras también ha llevado a otro tipo de intimidaciones. En primer lugar, en las versiones libres señalan, en la mayoría de los casos, que las personas a

82 Procurador General de la Nación, *Directiva 008, Instrucciones para la garantía de la participación judicial de víctimas en el marco de la ley 975 de 2005 y sus decretos reglamentarios,* junio 5 de 2005.

83 Asesinada el 31 de enero de 2007, era una mujer desplazada, lidereza de la Organización Popular de Vivienda, representaba a familias campesinas en la reclamación de sus tierras y había participado en la versión libre de Mancuso.

84 Asesinada el 7 de febrero de 2007, había sido comisionada de reclamos del Sindicato Nacional de Trabajadores del Sector Agrario (Sintrainagro) y había denunciado acciones de grupos paramilitares, incluido el asesinato de su esposo en 1995.

85 Indígena Wuayúu, asesinada después de haber sido violada el 14 de marzo del 2007.

86 Asesinada el 23 de abril de 2007, era líder comunitaria de la Comuna 13 de Medellín, militante del Polo Democrático Alternativo y asesora de las Madres de la Candelaria.

las que mataron eran guerrilleras o colaboradoras. En algunos casos, las masacres más cruentas han sido denominadas por los postulados como *"operaciones anti - subversivas"*.

De esta manera, los familiares deben pasar nuevamente por la humillación de que señalen a sus seres queridos como delincuentes, a pesar de que en la mayoría de los casos pertenecían a población civil indefensa. El proceso de Justicia y Paz debería conducir a la dignificación de las víctimas y debería ser reparador. La versión libre debería constituirse en una oportunidad para la adopción de medidas de satisfacción como el reconocimiento de la dignidad de la víctima, lo cual incluye el reconocimiento de su inocencia.

Las fiscales y los fiscales no tienen en cuenta tal situación, por lo que permiten que los desmovilizados hagan libremente ese tipo de afirmaciones. Está situación llegó hasta el punto de que en algunos casos, los paramilitares contaron con manifestaciones de apoyo que se organizaban en la entrada de las sedes donde se desarrollaban las versiones libres. Esas manifestaciones de apoyo, además, no eran en verdad manifestaciones de pobladores de las zonas que supuestamente habían abandonado, incluso, se ha sabido de casos en que los desmovilizados conminaron a niñas y niños a participar en estas manifestaciones, tal como ocurrió en la audiencia del paramilitar Diego Fernando Murillo, alias "Don Berna", el 16 de julio de 2007[87]. También tuvieron manifestaciones de apoyo durante sus versiones libres los paramilitares desmovilizados "El Alemán" y "Hernán Giraldo". En su versión libre, el paramilitar "El Alemán", tuvo la oportunidad de asomarse por la ventana y saludar a sus seguidores como si fuera un héroe. El fiscal de conocimiento no hizo nada para impedirlo[88].

2. Derecho a la verdad y a la justicia

Existen varias dificultades para que el proceso de justicia y paz se constituya en un recurso judicial efectivo para garantizar la verdad y la justicia. Algunas de ellas son estructurales y surgieron previamente al inicio del proceso de justicia y paz.

2.1. La Fiscalía no tiene a su disposición un porcentaje importante de los desmovilizados postulados al mecanismo de la ley 975 de 2005, y tampoco dispone de la información para ubicarlos

De esta manera, el Estado no puede garantizar que un porcentaje importante de los desmovilizados responsables de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho humanitario vayan a responder efectivamente a sus víctimas[89].

Esto se debe a la falta de control efectivo del Gobierno sobre los desmovilizados, muchos de los cuales, desde su desmovilización tenían cargos en su contra ante la justicia y, a pesar de ello, el control sobre ellos no fue el que exigía las circunstancias.

2.2. La Fiscalía no tiene los recursos necesarios para desarrollar sus funciones, que adelanta en medio de mucha improvisación

La Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía contó desde el principio de este proceso con 23 fiscales de conocimiento que tienen que encargarse de la investigación de los crímenes cometidos por

[87] Corporación para el desarrollo comunitario y la integración social - Cedecis, Comunicado a la Opinión Pública, Medellín, 13 de julio de 2007.

[88] El Tiempo, *Paramilitares financian a seguidores para acallar las manifestaciones de sus víctimas,* junio 5 de 2007, en: www.eltiempo.com

[89] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales,* Doc. OEA/SER.L/V/II.129 Doc. 5, 2 de octubre de 2007, párr. 47.

35 bloques paramilitares. De esta manera, cada uno de ellos debe encargarse de la investigación de los crímenes de 2 o 3 bloques. Las Salas de Justicia y Paz de los tribunales, por su parte, sólo son 3, cada una compuesta por 4 magistrados.

Sin embargo, esta estructura judicial debe investigar a por lo menos 2.900 personas desmovilizadas que son responsables de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, incluyendo la usurpación de tierras y el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad.

Siendo la infraestructura judicial tan pequeña para la magnitud del reto, la Fiscalía tiende a centrar su actividad en la recepción de las versiones libres. Las versiones libres tampoco se adelantan bajo criterios uniformes. Como lo advirtió la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

> *"La CIDH observa con preocupación que no existe acuerdo en los operadores judiciales y en especial en la Fiscalía sobre el sentido y la naturaleza de la versión libre de la Ley de Justicia y Paz. Incluso se ha confundido esta diligencia procesal del procedimiento especial de Justicia y Paz, con la versión del imputado propia del procedimiento penal ordinario. Ello ha tenido consecuencias respecto del rol de los fiscales, los derechos de los imputados y la participación de las víctimas y su representación jurídica en esta instancia"*[90] .

La investigación se concentra en la verificación de la información recaudada en la versión. Es decir, la Fiscalía, en pocas ocasiones tiene la posibilidad de desarrollar investigaciones en las que se tengan en cuenta también las hipótesis brindadas por las víctimas, cuando estas tienen la excepcional posibilidad de participar y brindar información a la Fiscalía.

De esta manera, por falta de un adecuado conocimiento de las normas, pero también por limitaciones de recursos, las fiscales y los fiscales no cumplen la obligación de investigar la totalidad de los delitos cometidos y no únicamente los delitos confesados en las versiones libres (art 16 de la ley 975).

Esa dificultad era previsible, pues fue la misma ley de Justicia y Paz la que previó que la Unidad de Justicia y Paz estuviera conformada por 20 fiscales (art. 33 de la ley 975).

Esta situación se puede agravar si, como se deriva de la Sentencia del 11 de julio de 2007 de la Corte Suprema de Justicia, la Unidad de Justicia y Paz debe investigar a todos los desmovilizados que no podrían ser indultados en la medida en que no pueden ser considerados como delincuentes políticos. Por tal razón, es urgente que se adopte una medida normativa que, teniendo en cuenta las dificultades de capacidad investigativa del sistema judicial, no desconozca los derechos de las víctimas de los delitos cometidos por los paramilitares desmovilizados que no están postulados al mecanismo de la ley 975.

El Gobierno ha anunciado que la Fiscalía será fortalecida de manera significativa, tanto en el número de fiscales como en el número de auxiliares de investigación.

3. El derecho a la reparación: Retos para la reparación judicial y programa de reparación administrativa

Debido al desplazamiento forzado, una de las principales consecuencias de la violencia y el conflicto armado en Colombia, se han expropiado aproximadamente 4 millones de hectáreas. Por su magnitud, este proceso ha

[90] ComisiÛn Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la Implementación de la ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales,* Doc. OEA/Ser.L/V/II, DOC.3, octubre 2 de 2007, párr 60.

sido considerado como una "contrarreforma agraria", pues triplica la cantidad de tierras redistribuidas por más de cuatro décadas a través de políticas de reforma agraria. El desplazamiento forzado es un delito que afecta con mayor probabilidad a personas que son propietarias de tierra que a las que no lo son.[91]

A pesar de lo anterior, la cantidad de bienes que efectivamente han sido recibidos por el Fondo de Reparaciones que administra Acción Social, es muy baja. El Fondo ha recibido 12 bienes inmuebles, aproximadamente 4300 semovientes, entre otros bienes muebles[92]. Aparentemente, al momento de su desmovilización, algunos miembros de los grupos paramilitares habrían entregado también bienes que no han entrado al Fondo de Reparación de Víctimas porque no se encuentran saneados o porque el Fondo no tiene recursos suficientes para los gastos de administración de los mismos.

La ley 975 establece como mecanismo de reparación en el proceso judicial la realización de una audiencia judicial denominada "incidente de reparación integral", ante la Sala de Justicia y Paz del Tribunal. En dicho incidente, de acuerdo al artículo 23 de la ley, se da lugar inicialmente a una conciliación. En el evento en que dicha conciliación no se logre, se deberá proceder a la práctica de pruebas para determinar las medidas de reparación.

Sin embargo, después de más de un año de iniciados los procesos judiciales, ninguno de los procesos que se siguen contra los paramilitares desmovilizados han llegado a la etapa de incidente de reparación. Varios incidentes se han solicitado directamente ante los Tribunales, con fundamento en el inciso 2º del artículo del artículo 42 de la ley. Sin embargo, ninguno de dichos incidentes ha prosperado hasta el momento.

Además, el incidente de reparación debe ser adelantado con especiales medidas de protección para las víctimas, debido al especial riesgo que puede implicar para estas, entrar en una negociación directa con los agresores. Sobre el particular, la CIDH señaló:

> *"dicho incidente, e incluso la necesidad de asistir a una audiencia de conciliación con el victimario, podría traducirse en un riesgo adicional para las víctimas. Esta cuestión, nos lleva a vincular el problema de la protección de las víctimas con las dificultades del mecanismo exclusivamente judicial de acceso a la reparación establecido en la Ley de Justicia y Paz"* [93].

En este contexto, la reparación administrativa puede ser una vía complementaria, acorde con el Derecho Internacional, que permitiría superar tales dificultades y allanar el camino para la efectiva reparación.

Sin embargo, un programa de reparación administrativa no debería privar a las víctimas del acceso a reparaciones judiciales, si la reparación administrativa no colma sus necesidades o no pasa estándares jurídicos mínimos exigibles incluso para programas administrativos de reparación.

En su último informe, la CIDH llamó la atención sobre la importancia de adelantar un programa administrativo de reparación. Sobre el particular señala su último informe:

> *"Por lo demás, se ha establecido la vía judicial penal como el único camino para el acceso a las reparaciones económicas, lo que indudablemente provocará que muchas víctimas, por los problemas propios del acceso*

[91] Banco Mundial y Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico, Facultad de Economía, Universidad de los Andes, *Colombia: Una Política de tierras en transición,* Documento elaborado por el Banco Mundial, Documento CEDE 2004-29, ISSN 1657-7191 (Edición electrónica), agosto de 2004, págs. 8 y 27.

[92] Esta información resulta del análisis de las 23 actas de entrega de bienes que se encuentran publicadas en el portal electrónico de Acción Social, Fondo para la Reparación de las víctimas, www.accionsocial.gov.co.

[93] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales,* Doc. OEA/SER.L/V/II.129 Doc. 5, 2 de octubre de 2007, párr. 93.

a la justicia en Colombia, las dificultades probatorias y los criterios estrictos de responsabilidad característicos de los procesos criminales, se vean impedidas de acceder finalmente a una reparación. Esta situación podría además producir graves desigualdades en el acceso efectivo a las reparaciones, en perjuicio de las víctimas que integran los sectores más vulnerables de la sociedad colombiana, y minar la credibilidad y efectividad del proceso como mecanismo real de reconciliación y restablecimiento de la convivencia en las zonas afectadas por la violencia". (…)

"En modo alguno el acceso a la reparación de las víctimas de crímenes de lesa humanidad puede quedar sujeto exclusivamente a la determinación de responsabilidad criminal de los victimarios, ni a la previa ejecución de sus bienes personales, lícitos o ilícitos.

La CIDH entiende que más allá de la vía judicial penal disponible, debería el Estado definir una política pública de reparación que apunte a resolver los daños causados por la violencia paramilitar, de acuerdo a sus recursos presupuestarios, y en base a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, disponiendo de vías administrativas, ágiles y de escaso costo, para el acceso a programas de reparaciones económicas. Esto sin perjuicio de las demás formas de reparación no material, reparaciones colectivas y de los programas y servicios sociales que pudieran establecerse para la población afectada durante el conflicto".

La CIDH, concluye recomendando:

"6. Estudiar la revisión del sistema de acceso a reparaciones previsto en el marco legal por la vía exclusiva del incidente de reparaciones en el procedimiento penal. El Estado debe asumir un rol principal y no secundario en garantizar el acceso de las víctimas a reparaciones, conforme a los estándares del derecho internacional. Para ello la CIDH recomienda la adopción de un programa de reparaciones que funcione de manera optativa frente a la vía judicial penal y complementaria de las demás reparaciones de índole colectiva y de los programas y servicios sociales destinados a la población que ha padecido la violencia en Colombia".

El Gobierno y la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación han anunciado la expedición un Programa Nacional de Reparaciones. Dicho programa estaría siendo construido en constante consulta con la CNRR. Igualmente, se había anunciado la expedición de un decreto reglamentario que contemplaría el programa de reparación individual por vía administrativo, que sería sólo un primer componente de un programa integral y amplio de reparación que no se agotaría en este primer paso.

Con la finalidad de aportar a la construcción de la medida normativa que se adoptará, la CNRR organizó siete grupos de expertos que debaten aspectos temáticos de la reparación por vía administrativa[94]. Tales grupos han preparado documentos que servirán de insumo para las recomendaciones de la CNRR sobre el particular.

De acuerdo al Presidente de la CNRR, los insumos para el Programa que se adopte por el decreto serían: 1. La doctrina y jurisprudencia internacionales; 2. La doctrina y jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia; 3. Las experiencias internacionales; 4. Los documentos aprobados por la CNRR; 5. Documentos elaborados por los grupos de expertos convocados por la CNRR; y, 6. Consultas sociales[95].

[94] Los grupos están organizados por los siguientes temas: 1. Género y poblaciones específicas, que a su vez incorpora tres subgrupos, cuales son el grupo de género, el grupo de niñez y el grupo de etnias. 2. Grupo sobre desplazamiento. 3. Grupo de personas secuestradas y desaparecidas. 4. Grupo sobre educación- 5. Grupo sobre reparación simbólica. 6. Grupo sobre reparación colectiva. 7. Grupo sobre restitución de tierras.

[95] Palabras del Presidente de la CNRR, Eduardo Pizarro León ñ Gómez en la reunión plenaria del grupo de expertos, el día 23 de enero de 2008, en la sede del Club de Ejecutivos, Bogotá.

Al momento de finalización de este documento, la CNRR estaba realizando consultas sociales sobre reparación administrativa, a través de sus 9 oficinas regionales. Según el Presidente de la CNRR, eventualmente, el decreto sólo incluiría las reparaciones individuales y, en el caso de reparaciones colectivas, se daría espera a la realización de consultas con pueblos indígenas y afrodescendientes, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y el decreto 1397 de 1997.

El programa buscaría ofrecer medidas de reparación a las violaciones a los derechos a la vida, la integridad física, la salud física y mental, la libertad individual, la libertad sexual y la autonomía personal. Para tal fin, abarcaría la reparación a delitos de homicidio, lesiones personales, secuestros, desapariciones forzadas, acceso carnal violento, acto sexual violento, constreñimiento a la prostitución, esclavitud sexual, aborto sin consentimiento, lesiones al feto, reclutamiento ilícito, trata de personas y constreñimiento para delinquir.

Al momento de la finalización de este informe, no se conocía oficialmente un borrador del decreto reglamentario, por lo que no es posible evaluar el contenido del mismo. Sin embargo, Sima propone algunos lineamientos que considera aconsejables en la materia.

Es muy positivo que el Gobierno dé muestras de su intención de asumir la responsabilidad que le cabe en la reparación, pues hasta el momento ha sido reacio a reconocer la responsabilidad ineludible que le cabe en la garantía del derecho a la reparación.

Sin embargo, resulta muy cuestionable que un programa de tales dimensiones se pueda expedir a través de un decreto reglamentario. Siendo la reparación un derecho fundamental, este debería ser regulado por una ley expedida por el Congreso de la República. En todo caso, a la medida normativa que se adopte se debería partir de asumir, sin matices, la responsabilidad del Estado.

De acuerdo a la sentencia C-370 de la Corte Constitucional, la responsabilidad del Estado es subsidiaria cuando los actos cometidos por grupos armados ilegales no involucran su responsabilidad, pero es principal cuando dichos actos involucran directamente su responsabilidad por acción y omisión, como es el caso de los grupos paramilitares.

Sigue siendo ambiguo el hecho de que todo el marco jurídico desconozca la responsabilidad del Estado en el fenómeno paramilitar, así como la cantidad de delitos que hubieran sido cometidos conjuntamente por el Estado y los grupos paramilitares. Ese enfoque fue asumido desde la adopción misma de la ley 975 que circunscribe sus mandatos a delitos cometidos por grupos armados ilegales.

La reparación, si en efecto es integral, debe incorporar medidas de satisfacción, entre las cuales se incluye el reconocimiento de responsabilidad del Estado en los casos en que sea pertinente. Dicho reconocimiento daría mucho más legitimidad al proceso de reparación y evitaría que las víctimas sientan que están "siendo compradas" con una indemnización, mientras que se niegan las responsabilidades sobre los hechos.

No sobra recordar la interdependencia entre el derecho a la verdad y el derecho a la reparación. Si bien el inicio de medidas de reparación no se supedita al esclarecimiento de la verdad, hay medidas de reparación que sólo se pueden adoptar una vez se determine la verdad tanto individual como histórica. La adopción de una visión oficial sobre entendimiento de las causas y lógicas de las violaciones a derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, permite en mejor manera adoptar medidas de satisfacción y garantías de no repetición adecuadas a los hechos y reparadoras

para las víctimas.

Si bien los programas de reparación deben tener en cuenta los esfuerzos ya existentes, no se pueden confundir con las políticas sociales ordinarias del Estado. Validar de manera simplista, como medidas de reparación programas que las personas podrían recibir aún sin que hubiera un programa de reparación o aún sin ser víctimas, podría tener como efecto la frustración y la falta de reconocimiento de la reparación de parte de las víctimas.

En el mismo sentido, la consulta con las víctimas no sólo es deseable, sino indispensable y sería necesario desarrollarla con toda la seriedad del caso. La legitimidad de las medidas de reparación no dependen tanto de su contenido, como de la aceptación que la misma tenga de parte de las víctimas y de lo reparadora que para ellas resulte, de acuerdo a la relación con el hecho del que fue víctima. Por consiguiente, es recomendable centrar los esfuerzos de la preparación del programa de reparaciones en la consulta de víctimas en todo el país.

La reparación deberían tener en cuenta una perspectiva de género como lo establecen las diferentes experiencias y los mandatos internacionales. Es así como algunas comisiones de la verdad[96] han visto la importancia de plasmar en sus informes la existencia de un impacto diferenciado del conflicto armado en las mujeres y la necesidad de ofrecerles apoyo psicosocial, tomando además en cuenta que las violaciones que ellas sufrieron, también generan afecciones con sus familias y comunidades.

Además, la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad establece la obligación internacional del Estado de poner fin a la impunidad especialmente en materia de violencia sexual y de otra índole contra las niñas y mujeres, instando el acceso a la justicia como medio de reparación en sí mismo. Por otro lado la Resolución indica la necesidad de reconocer a la mujer como una actora social heterogénea, para que al repararlas atiendan a sus necesidades e intereses, pudiendo participar autónomamente en los procesos de verdad, justicia y reparación, afirmación que es reiterada por la CIDH[97].

Sin embargo, las mujeres víctimas del conflicto armado han mostrado preocupación al observar dificultades en la ley 975 de 2005 para acceder a la reparación[98]; en primer lugar, por las dificultades prácticas para conocer y contribuir al esclarecimiento de la verdad; en segundo lugar, porque no hallan que las medidas de seguridad sean efectivas ni idóneas, ni tampoco la atención psicosocial; y, finalmente, consideran que la ley no toma en cuenta las dificultades que puede tener una víctima para documentar los casos y recoger pruebas.

Por último, en el diseño del programa, se deberían adoptar medidas especiales de atención a víctimas de violencia sexual, de manera que la carga probatoria no sea demasiado pesada para la víctima y de manera que, además, se adopten procedimientos de confidencialidad y confianza que permitan que las víctimas se sientan en disposición de reconocer el delito del que han sido víctimas. Para tal fin es indispensable adoptar medidas pedagógicas que impidan que las víctimas sean sometidas a un proceso de revictimización por los funcionarios que las atienden o por sus comunidades y familias.

96 Véase: Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica, 1995; Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala de las Naciones Unidas (CEH) 1994; El informe final de la comisión de la verdad en Perú (CVR) 2003; entre otras.

97 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Las Mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia,* Doc. OEA/SER.L/V/II Doc. 67, 18 de octubre de 2006.

98 Taller con mujeres víctimas realizado por la Procuraduría General de la Nación en diciembre de 2006

4. La grave situación de impunidad de la violencia sexual en Justicia y Paz

Las versiones libres se han caracterizado porque en ellas los desmovilizados no están aceptando sus crímenes, ni están diciendo toda la verdad respecto de las personas que los han apoyado, tanto agentes estatales como particulares comprometidos. Como se expondrá más adelante, la Fiscalía incurre en errores en el entendimiento de la violencia sexual en Colombia, así como en el desarrollo de su labor investigativa sobre tales delitos. De no establecerse correctivos, la ley Justicia y Paz no va a contribuir a la superación de la impunidad de estos delitos.

4.1. La negación de la comisión de delitos de violencia sexual en las versiones libres

Los paramilitares desmovilizados no están reconociendo la comisión de delitos sexuales en sus versiones libres.[99]

Es el caso de Hernán Giraldo, quien es conocido, entro otros alias, como "El Taladro", debido a que era reconocido por ser violador de niñas y mujeres. En su versión libre, adelantada el 6, 7, 8 y 9 de junio de 2007 en Barranquilla, señaló que una mujer que había sido desaparecida en Buritaca, Corregimiento de Guachaca, en 1994, fue violada antes de ser asesinada. Sin embargo, manifestó que no sabe quién lo hizo, le indica la Fiscalía que dicen que fue alias "El Viejo", pero manifestó que existen varias personas con ese apodo. Sin embargo, ante la pregunta sobre otras violaciones o delitos sexuales cometidos por él o por sus hombres, negó tener conocimiento de esos hechos y, al contrario, señaló que les rogaba que no lo hicieran.

Los comandantes paramilitares sencillamente no hacen alusión a delitos de violencia sexual durante sus versiones. En algunos casos reconocen el asesinato de mujeres a quienes califican de guerrilleras, novias o compañeras de guerrilleros o de auxiliadoras de la guerrilla, pero no mencionan si fueron violadas antes del asesinato.[100]

Los comandantes paramilitares señalan que si se presentaron casos de violencia sexual, no se debió a órdenes superiores y, por consiguiente, no aceptan la responsabilidad por cadena de mando respecto de esos delitos.

En muchos casos, cuando los desmovilizados han hecho referencia a la violencia sexual, lo hacen exclusivamente para decir que parte de sus actividades se dirigían a perseguir y asesinar a violadores.

Alias "Zambrano", del Frente Montes de María, señaló que las mujeres eran destinadas prioritariamente a labores de inteligencia porque pasaban desapercibidas. Ante el requerimiento de la madre de una joven de 18 años que había sido llevada como esclava sexual, el paramilitar reconoció que había estado con él, pero que había sido capturada por ser miliciana de la guerrilla. Además, señaló que ella había retomado contacto con la familia y que no conocía su paradero.

La violencia por razón de género, incluyendo la violencia sexual, es perpetrada primordialmente por varones contra mujeres y niñas. Hombres y niños son también vulnerables, particularmente cuando son sometidos a torturas

99 Estas conclusiones se derivan de la revisión del contenido de varias de las versiones libres rendidas por los miembros del Bloque Autodefensas del Magdalena Medio; Bloque Central Bolívar; Bloque Catatumbo; Bloque Nordeste Antioqueño, Bajo Cauca y Magdalena Medio; Bloque Norte; Bloque Julio Cesar Peinado; Frente Montes de María y el Frente Resistencia Tayrona.

100 En el Bloque Norte, alias "Don Antonio" reconoció el asesinato de una prostituta porque supuestamente tenÎa relaciones con las FARC. Reconoció también el asesinato de un candidato que se habÎa inscrito sin autorización de las AUC, y que al asesinarlo también mataron a su hija de 16 años. Igualmente mencionó que habían asesinado a una mujer, supuestamente por ser guerrillera. Por su parte, "Juancho Prada" del Frente Julio Cesar Peinado, reconocié el asesinato de dos mujeres, una por ser presuntamente guerrillera, otra por prestar servicios médicos a guerrilleros.
"Zambrano", del Frente Montes de María, reconoció la desaparición forzada de una señora que era jurado electoral, que según la información de las víctimas y la Fiscalía había sido asesinada cuando iba a denunciar unas irregularidades electorales. Sin embargo, "Zambrano" sostuvo que la asesinaron supuestamente por ser ladrona de bicicletas.
Cuando a "Zambrano" se le preguntó por una joven de 18 años que se habrían llevado los paramilitares como esclava sexual, aceptó que la joven estuvo con ellos, pero que había sido capturada por ser miliciana de las FARC y que, sin embargo, no conoce su paradero actual y que él dio un teléfono para llamar a la mamá.

y / o detenciones[101]. La violencia sexual ha sido usada como arma y estrategia de guerra en Colombia:

> *"la violencia contra las mujeres es utilizada como estrategia de guerra por los actores del conflicto armado (colombiano) en su lucha por controlar territorios y comunidades en distintas zonas del país"* [102].

Organismos internacionales de protección de derechos humanos y organizaciones nacionales e internacionales no gubernamentales, han reseñado casos específicos en los que se conoce que se ha presentado la violencia sexual en Colombia[103].

Algunas dinámicas caracterizan la violencia sexual en situaciones de conflicto armado:

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

b) La violencia destinada a causar el desplazamiento forzado de las mujeres del territorio que habitan y consecuente desarraigo de sus hogares, vida cotidiana, comunidades y familias.

c) La violencia sexual que puede acompañar el reclutamiento forzado de las mujeres, destinado a hacerlas rendir "servicios" sexuales a miembros de la guerrilla o a las fuerzas paramilitares.

d) La violencia destinada a hacerlas objeto constante de pautas de control social impuestas por grupos armados ilegales en las comunidades que habitan territorios que estos grupos mantienen bajo su control"[104].

La violencia sexual es una práctica comúnmente usada en los conflictos armados, y también ha sido así en el conflicto colombiano, como lo muestran los numerosos casos reseñados por distintos informes de organismos intergubernamentales y de organismos no gubernamentales, ya reseñados antes. Así, resulta errado, o por lo menos ingenuo, pensar que los paramilitares están diciendo la verdad al negar su responsabilidad en delitos sexuales.

101 Directrices aplicables a las intervenciones contra la violencia por razón de género en situaciones de emergencia: enfoque sobre la prevención y la respuesta contra la violencia sexual en situaciones de emergencia, IASC, Sept. 2005.

102 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Las Mujeres frente a la violencia y la discriminaciÛn derivadas del conflicto armado en Colombia", Resumen Ejecutivo, p. vii

103 Numerosos casos se encuentran reseñados entre otros, en: Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias,* Sra. Radhika Coomaraswamy, Doc. E/CN.4/2002/Add.3, 11 de marzo de 2002; Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia,* Doc. E/CN.4/2001/15, Comisión de Derechos Humanos, 57º período de sesiones; Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia,* Doc. E/CN.4/2002/1728, Comisión de Derechos Humanos, 58º período de sesiones; Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia,* Doc. E/CN.4/2003/13 24, Comisión de Derechos Humanos, 59º período de sesiones; Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia,* Doc. E/CN.4/2004/13, Comisión de Derechos Humanos, 60º período de sesiones; Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia,* E/CN.4/2005/10, Comisión de Derechos Humanos, 61º período de sesiones; Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia,* E/CN.4/2006/9, Comisión de Derechos Humanos, 62º período de sesiones; Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, Doc. A/HRC/4/48, Consejo de Derechos Humanos, 4º período de sesiones. Por su parte el informe de Amnistía Internacional sobre violencia sexual documenta por lo menos 37 casos en los que se ha presentado violencia sexual: Amnistía Internacional, 13 de octubre de 2004, AI: AMR 23/040/2004/s. En los Informes sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia, de la Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado, entre 200 y 2006, también se encuentran reseañados por lo menos 37 casos de violencia sexual. Igualmente,de acuerdo a una revisión que está haciendo la Corporación Sisma Mujer del Banco de Datos Noche y Niebla, se han encontrado por lo menos 51 casos en los que se ha presentado violencia sexua, en: Banco de Datos de Derechos Humanos y Violencia Política de Cinep (BDC), Noche y Niebla - Panorama de derechos humanos y violencia política en Colombia.

104 Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y desplazadas internas, Guía para la Prevención y Respuesta, UNHCR - ACNUR, Mayo de 2003.

4.2. Impedimentos para alcanzar la verdad y la justicia en casos de delitos sexuales en el marco de Justicia y Paz

La Fiscalía General de la Nación, Unidad de Justicia y Paz, ha enfrentado dificultades para investigar adecuadamente la violencia sexual. En una reunión sobre seguimiento a recomendaciones internacionales, la delegada de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía sostuvo que no está demostrado que la violencia sexual haya sido practicada de manera sistemática por los grupos paramilitares, sino que existen delitos aislados de responsabilidad de la tropas que hay que investigar caso por caso. Igualmente señaló, que no era productivo preguntar en todas las versiones si se habían presentado casos de violencia sexual debido a la persistente negativa de los versionados para aceptar los diferentes delitos[105].

A continuación se proponen algunos argumentos y lineamientos para la práctica investigativa de la Fiscalía en materia de violencia sexual:

a) La pregunta por delitos de violencia sexual sería una medida afirmativa que serviría para poner en la discusión judicial conductas generalmente invisibilizadas. Además, la pregunta por los delitos sexuales en las versiones libres recuerda al postulado su deber de decir toda la verdad y confesar todos los delitos, incluso en materia de delitos sexuales, so pena de perder los beneficios.

   El Estado está obligado a implementar las medidas afirmativas en cumplimiento del compromiso de ejercer la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar la violencia contra las mujeres, por lo cual es indispensable implementar medidas afirmativas para la superación de la impunidad de los delitos sexuales. La violencia sexual afecta principalmente a mujeres y niñas, es una forma de discriminación y violencia contra la mujer y es consecuencia de la discriminación histórica contra ella. La superación de la impunidad de estos delitos es una forma de prevenir que se presenten nuevos casos y de suspender la creencia machista que sustenta esta práctica, y es aquella que concibe que las mujeres son simplemente objetos sexuales, incluso en el marco de la guerra. La superación de la impunidad de la violencia sexual es un mecanismo para restablecer a la mujer en la sociedad como sujeto con dignidad e iguales derecho que los hombres, incluso en el plano sexual, de conformidad con los artículos 13 y 42 de la Constitución, así como con la Convención CEDAW y la Convención Belém do Pará.

b) En términos generales, las fiscales y los fiscales de Justicia y Paz no contemplan como hipótesis de investigación que la violencia sexual se haya presentado, mucho menos de manera generalizada. En la práctica, tienden a entender que, si no hay un alto volumen de confesiones que demuestren que el delito se presentó de manera generalizada o sistemática –es decir como crimen de lesa humanidad-, no debe ser investigada en Justicia y Paz.

   Aún habiendo indicios para creer que la violencia sexual se presentó de manera sistemática y generalizada, si no se investiga ni siquiera aisladamente, mucho menos se va a llegar a la investigación como crimen de lesa humanidad. Además, la ley 975 de 2005 no exige que para investigar un delito, este deba cumplir las características de crímenes de guerra y de lesa humanidad. Basta con que se presente cualquier delito no indultable, para que la Fiscalía tenga el deber de investigarlo.

105 Reunión de seguimiento de recomendaciones internacionales, realizada en La Aguadora, el 19 y 20 de noviembre de 2007.

c) Adicionalmente, las fiscales y los fiscales tienden a entender en la práctica, que la violencia sexual sólo está constituida por la violación sexual (delito acceso carnal violento). La Fiscalía no pregunta ni investiga los otros delitos sexuales, tales como el acto sexual violento; acto sexual violento en persona protegida; acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir; acceso carnal abusivo con menor de catorce años; actos sexuales con menor de catorce años; la trata de personas; prostitución forzada o esclavitud sexual en persona protegida; la inducción a la prostitución; el constreñimiento a la prostitución; los tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida. Tampoco se investigan conductas de embarazos forzados, abortos forzados, esclavitud doméstica, prostitución forzada.

d) Esta tendencia se refuerza por el hecho de que la Fiscalía tiende a centrar sus hipótesis de investigación en lo que resulte en la versión libre. Con posterioridad, su labor se limita prácticamente a corroborar la versión libre, a pesar de que, de acuerdo al artículo 16 de la ley, debería investigar todos los delitos que se hayan podido cometer, y no únicamente los confesados.

Dado que los paramilitares no confiesan el delito de violencia sexual y las víctimas no lo denuncian, es necesario que la Fiscalía asuma una actitud proactiva en la superación de la impunidad de estos delitos. De la falta de confesión y la falta de denuncia no se puede concluir que el delito no se presentó, pues eso desconocería que existen factores estructurales de discriminación y violencia que hacen parecer que tales delitos no se cometen. Los informes nacionales e internacionales de derechos humanos en los que se registran numerosos casos sobre violencia sexual y se dan indicios sobre su sistematicidad, deberían ser el punto de partida de la Fiscalía en esta materia.

e) Por último, otro factor que propicia la impunidad de los delitos sexuales en el ámbito de Justicia y Paz es que en la mayoría de los delitos sexuales el presunto responsable es desconocido. Las víctimas, en algunos casos logran reconocer al grupo armado responsable, pero en la mayoría de los casos se les dificulta individualizar al responsable directo o al bloque al que pertenecían.

Si bien la ley 975 de 2005 señala que para acceder a la reparación no es necesario individualizar al responsable (art. 42 de la ley), en la práctica, la falta de individualización impide que la Fiscalía indague el hecho, pues se debe mostrar el nexo causal con la actividad de algún bloque.

Para comparecer al emplazamiento que se hace a las víctimas, se requiere tener fundamentos para creer que quien va a rendir versión libre puede ser responsable del delito. Incluso, si la Fiscalía permitiera el ingreso a las versiones aún sin saber que quien va a hablar puede ser el responsable del delito, el hecho de no conocer al responsable directo pondría a las víctimas en la necesidad de atender todas las versiones libres con la esperanza de que su caso sea mencionado. Esta situación es otra razón que hace recomendable que las fiscales y los fiscales de conocimiento pregunten expresamente por el delito de violencia sexual. En todo caso, si no lo hacen, deberían hacerlo también las procuradoras y los procuradores judiciales.

Pero además, dado el hecho de que el 90% de los paramilitares desmovilizados no están postulados al procedimiento de Justicia y Paz, es muy improbable que las víctimas vayan a encontrar a los responsables de su caso individual en justicia y paz.

Una forma de superar este gravísimo escollo

para la verdad, la justicia y la reparación es a través de la figura de responsabilidad penal por cadena de mando. Los Estatutos del Tribunal Penal de Rwanda (art.6) y del Tribunal Penal para la Ex – Yugoslavia (art. 7) contemplaron esta modalidad de responsabilidad. Esta disposición fue después recogida también por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (art. 28).

De conformidad con el Estatuto de Roma:

"Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

1. *El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:*

   a) *Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y (…)*

2. *En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:*

   a) *Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;*

   b) *Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y*

   c) *No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento"* .

De conformidad con lo anterior, la Fiscalía, haciendo uso del Estatuto de Roma, que hace parte del bloque de constitucionalidad y está reconocido en el artículo 93 de la Constitución, exigir la responsabilidad penal de los comandantes, no sólo por los delitos que directamente hubieren cometido, sino también por los que hubieren cometido sus subordinados.

En ese sentido, no basta que el comandante niegue haber dado la orden a sus subalternos de cometer delitos sexuales contra las mujeres, la responsabilidad es mayor, pues no es sólo por acción sino también por omisión ya sea deliberada o por negligencia.

Tres elementos son esenciales en la responsabilidad por cadena de mando. En primer lugar, la existencia de una relación entre superior y subordinado con control efectivo sobre el mismo. En segundo lugar, el haber sabido o el haber debido saber de que el crimen iba a ser cometido o estaba siendo o había sido cometido. En tercer lugar, la falla del acusado por no haber adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión del delito, o para poner la conducta ante las instancias pertinentes dentro del grupo para su sanción[106].

106 Tribunal Penal Internacional para Rwanda, Cámara de juzgamiento, Caso de Bagilishema, julio 7 de 2001, párrafo 38. En: Human Rights Watch, *Genocida, War Crimes, Crimes Against Humanity, Topical digests of the Case Law of the Internacional Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia,* 2004, pág. 67.

Además, la cadena de mando no debe ser únicamente la militar tradicional. De acuerdo al caso *Semanza*, del Tribunal Penal para Rwanda, la relación de superior – subordinado puede ser formal o informal, en la que el superior tiene mayor mando y antigüedad en el grupo, aunque no sea su superior directo[107]. En este sentido, el control del superior puede ser de jure o de facto, pues en ambos casos puede hacerse responsable de los delitos cometidos por su subordinado[108].

La aplicación de esta modalidad de responsabilidad penal para crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, podría ser una forma adecuada para avanzar en la superación de la impunidad de los delitos de derechos humanos, más si se tienen en cuenta las graves consecuencias del decreto 128 de 2003, así como la incapacidad del sistema judicial de investigar a todos y cada uno de los desmovilizados.

En el caso de violencia sexual también es muy importante y exige un especial esfuerzo en la investigación de los casos individuales, dado el hecho de que los delitos sexuales no se denuncian y tampoco se confiesan. Si se avanza en la investigación de los delitos sexuales en casos específicos, se pueden tener elementos para hacer responsables a los comandantes por estos delitos, ya sea porque dieron la orden directa o porque omitieron ejercer el control debido.

5. Conclusiones y recomendaciones

El sistema judicial de Justicia y Paz afronta graves dificultades para ser un recurso judicial efectivo para garantizar verdad, justicia y reparación, en especial en los casos de violencia sexual.

Las víctimas enfrentan graves dificultades para acceder a los procesos judiciales. La pobreza y la vulnerabilidad de las víctimas dificulta aún más el acceso al proceso, y afecta especialmente a las mujeres. Las mujeres constituyen la mayoría de sobrevivientes y la mayoría de ellas se encuentra en situación de pobreza.

Además, los mecanismos de convocatoria, atención y representación de las víctimas al procedimiento de la ley 975 de 2005 son insuficientes, porque a pesar de los esfuerzos hechos por las distintas instituciones involucradas, no hay claridad sobre las instituciones que tienen competencias en los diferentes eslabones de atención a las víctimas, ni cuál es el alcance de tal competencia. A pesar de lo anterior, más de 80.000 víctimas se han acercado al sistema de Justicia y Paz con la intención de reclamar sus derechos en tales procesos. Sin embargo, el delito de violencia sexual, como siempre sigue sin ser denunciado, pues sólo 21 de los 80.000 son de violencia sexual.

La ausencia de una efectiva desmovilización ha puesto a las víctimas que participan en los procesos judiciales en gravísimos riesgos para

107 Tribunal Penal Internacional para Rwanda, Cámara de juzgamiento, *Caso Semanza*, mayo 15 de 2003, párrafo 401. En: Human Rights Watch, *Genocida, War Crimes, Crimes Against Humanity, Topical digests of the Case Law of the Internacional Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia,* 2004, pág. 68.

108 Tribunal Penal Internacional para Rwanda, Cámara de juzgamiento, *Caso Kayishema y Ruzindana*, mayo 21de 1999, párrafo 217-223. Tribunal Penal Internacional para Rwanda, Cámara de juzgamiento, *Caso de Bagilishema*, julio 7 de 2001, párrafo 45. Tribunal Penal Internacional para Rwanda, Cámara de juzgamiento, *Caso Kayishema y Ruzindana*, mayo 21de 1999, párrafo 217-223. Tribunal Penal Internacional para Rwanda, Cámara de juzgamiento, *Caso Musema*, enero 27 de 2000, párrafo 141. En: Human Rights Watch, *Genocida, War Crimes, Crimes Against Humanity, Topical digests of the Case Law of the Internacional Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia,* 2004, págs. 68 y 69.

su seguridad. Las diligencias judiciales se han desarrollado dándole prioridad a los desmovilizados y dejando en un segundo lugar a las víctimas, quienes tienen que exponerse a nuevas situaciones de victimización, porque los desmovilizados en las declaraciones señalan a las personas asesinadas como guerrilleras, o justifican los crímenes, u organizan manifestaciones de apoyo a su supuesta heroica labor en las zonas que aparentemente abandonaron.

La Fiscalía atraviesa además serios obstáculos para garantizar el derecho a la verdad y a la justicia a las víctimas. La carga de responsabilidades de la Fiscalía es enorme, y supera sus capacidades. A pesar de ello, sigue adelante tratando de responder en medio de la improvisación y las dificultades. En tales circunstancias, resulta sumamente positivo el anuncio de la ampliación de la planta de fiscales e investigadores de la unidad de Justicia y Paz.

En efecto, la Fiscalía no tiene a su disposición un porcentaje importante de los desmovilizados postulados al mecanismo de la ley 975 de 2005, y tampoco dispone de la información para ubicarlos.

La situación de impunidad en casos de violencia sexual es particularmente grave. Los paramilitares desmovilizados postulados a Justicia y Paz han negado sistemáticamente la ocurrencia de delitos de violencia sexual.

Generalmente, las fiscales y los fiscales de Justicia y Paz no preguntan por delitos de violencia sexual, no contemplan como hipótesis de investigación que la violencia sexual se haya presentado, mucho menos de manera generalizada y tienden a entender, en la práctica, que la violencia sexual sólo está constituida por la violación sexual.

Esta tendencia se refuerza por el hecho de que la Fiscalía tiende a centrar sus hipótesis de investigación en lo que resulte en la versión libre, y la investigación se circunscribe a la verificación de los hechos confesados. Dado que los paramilitares no confiesan el delito de violencia sexual y las víctimas no lo denuncian, la Fiscalía debería asumir una actitud proactiva en la superación de la impunidad de estos delitos. De la falta de confesión y la falta de denuncia no se puede concluir que el delito no se presentó, pues eso desconocería que existen factores estructurales de discriminación y violencia que hacen parecer que tales delitos no se cometen.

Los informes nacionales e internacionales de derechos humanos en los que se registran numerosos casos sobre violencia sexual y se dan indicios sobre su sistematicidad, deberían ser el punto de partida de la Fiscalía en esta materia.

El otro factor que propicia la impunidad de los delitos sexuales en el ámbito de Justicia y Paz es el hecho de que en la mayoría de los delitos sexuales el presunto responsable es desconocido. La aplicación de las normas que permiten la determinación de la responsabilidad penal por cadena de mando podría contribuir a superar el problema.

Recomendaciones:

A la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura, las salas de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y a la Comisión Nacional de Reparación y el Gobierno Nacional:

- Se recomienda que se implementen medidas efectivas y universales que permitan la participación de las víctimas en los procesos judiciales sin que esto les implique trasladarse hasta las ciudades en donde se desarrollan las diligencias judiciales. La transmisión de las versiones en las regiones afectadas puede ser un buen mecanismo si

se hace en todos los casos de manera permanente y se acompaña de medidas que garanticen la adecuada comunicación entre las víctimas y las autoridades judiciales.

- Se recomienda, como lo ha hecho el Procurador General de la Nación, "la creación de programas de asistencia integral a víctimas del conflicto armado interno, dirigidos a su recuperación psicológica y emocional, teniendo en cuenta la edad, el género, origen étnico, salud e índole del delito, sobre todo cuando se trate de hechos punibles que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales, entre otros". Dichos programas deben tener en cuenta el establecimiento de subsidios económicos además de proporcionar los requerimientos necesarios para que las víctimas puedan comparecer a las diligencias judiciales. Estos programas deberían incluir la adecuación de salas donde se brinde atención a las personas que se encuentran a cargo de las víctimas, tales como niñas, niños, ancianas, ancianos y personas discapacitadas.

A la Defensoría del Pueblo:

- Se recomienda que el programa de Defensoría Pública adopte los correctivos del caso para que se atienda directamente a las víctimas que requieren asesoría jurídica, sin que para ello sea prerrequisito el reconocimiento sumario como víctimas por parte de la Fiscalía.

A la Defensoría del Pueblo, a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación y a la Fiscalía General de la Nación:

- Se recomienda que en sus instructivos de atención a víctimas incorporen e implementen efectivamente protocolos de atención a víctimas de delitos de violencia sexual, de manera que se generen las circunstancias que garanticen un clima de confidencialidad, confianza, respaldo y acompañamiento institucional en la presentación de su denuncia.

Al Gobierno Nacional y a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación:

- Que en el diseño e implementación de un Programa Nacional de Reparaciones por vía administrativa tenga en cuenta los siguientes lineamientos:

  a. Que se expida a través de una ley de la República y no a través de un decreto reglamentario.

  b. Que el programa que se adopte sea el resultado de un proceso de consulta con las víctimas serio y respetuoso.

  c. Que se funde en el reconocimiento de la responsabilidad estatal y en la garantía del derecho a la reparación.

  d. Que como parte de las medidas de satisfacción, se reconozca la responsabilidad estatal, por acción o por omisión, de los delitos cometidos por los grupos paramilitares en Colombia.

  e. Que se complemente con la determinación de la verdad, de manera que las medidas de reparación que dependan del esclarecimiento de la verdad, tanto individual como histórica, no se decidan sin tener en cuenta dicho componente.

  f. Que los programas de reparación que se adopten, a la vez que tengan en cuenta los esfuerzos y programas institucionales ya existentes, no se confundan con las políticas sociales ordinarias del Estado, en los términos presentados en la parte narrativa de este documento.

  g. Que en el diseño e implementación del programa, se adopten medidas especiales

de atención a víctimas de violencia sexual, estableciendo procedimientos de confidencialidad y confianza y en los que la carga probatoria para la víctima no sea excesiva, de manera que termine desmotivando las solicitudes de reparación.

h. Que, a fin de facilitar la solicitud de reparación de las víctimas de violencia sexual se adopten medidas pedagógicas que impidan que las víctimas sean sometidas a un proceso de revictimización por parte de las funcionarias y los funcionarios que las atienden o por sus comunidades y familias.

Al Gobierno Nacional y a la Fiscalía General de la Nación:

- Que se designen los recursos que sean necesarios para que se amplíe efectivamente la planta de fiscales, investigadoras e investigadores, así como los recursos técnicos de sede, y de todo orden que sean necesarios para desarrollar investigaciones completas y adecuadas de los crímenes cometidos por los grupos paramilitares.

A la Fiscalía General de la Nación:

- Que en el diseño de sus programas metodológicos de investigación tenga en cuenta la información que hayan aportado o puedan aportar las víctimas. Dadas las dificultades que las víctimas tienen que atravesar para asistir a los procesos judiciales, la labor de la Fiscalía debe ser proactiva, es decir, no limitarse a recibir información, sino recaudarla entre las víctimas, si es necesario, desplazándose hasta las regiones y localidades donde se presentaron los hechos investigados.

  Esta recomendación debe ser seguida especialmente en casos de violencia sexual en los que por distintas razones, las víctimas atraviesan obstáculos adicionales a los de cualquier víctima para la presentación de sus denuncias.

A la Fiscalía General de la Nación y al Ministerio Público:

- Se recomienda que durante las versiones libres pregunten, en todos los casos, si se tiene conocimiento de delitos de violencia sexual que ellos o sus tropas hubieren podido cometer.

A la Fiscalía General de la Nación y a las salas de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial:

- Que adopten e incorporen en sus hipótesis y análisis de investigación y establecimiento de responsabilidad, la asumida por cadena de mando, de acuerdo al artículo 28 de la Corte Penal Internacional, teniendo en cuenta que para establecer ese tipo de responsabilidad no es necesario corroborar únicamente la existencia de una orden, sino que el superior también la asume por la omisión en el control del hecho o en la denuncia del caso, de acuerdo a la estructura y forma de funcionamiento del grupo armado. Igualmente, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad por cadena de mando se puede presentar por tener mando de hecho o de derecho, formal o informalmente. Es decir, no es indispensable que el mando se derive de la estructura formal del grupo sino del mando efectivo que se tenía sobre la tropa.

MAS ALLÁ
DE LAS CIFRAS

CONFLICTO ARMADO

Los derechos de las mujeres desplazadas en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario

Natalia López Ortiz

Los derechos de las mujeres desplazadas en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario

Natalia López Ortiz[1]

INTRODUCCIÓN

Las mujeres sufren de forma desproporcionada los efectos del desplazamiento forzado, no sólo en Colombia, sino también en otros países en los cuales las personas se ven obligadas a dejar sus lugares de origen. El impacto que el desplazamiento forzado tiene sobre las vidas de las mujeres proviene en gran parte de la discriminación histórica de la cual han sido víctimas, y que se acentúa cuando se encuentran en condiciones especiales de vulnerabilidad.

Las mujeres que se ven forzadas a desplazarse sufren en los lugares de acogida, por el hecho de ser mujeres, un impacto desproporcionado que se evidencia, entre otras cosas, en una afectación a su salud, en discriminación en el acceso a la vivienda o la restitución de inmuebles, o en la falta de una educación en condiciones de igualdad, entre muchas otras violaciones a sus derechos humanos. Esta situación genera una obligación de parte del Estado: la adopción de acciones positivas que, a partir del principio de igualdad y de no discriminación, garanticen una paridad real y efectiva de manera que las mujeres desplazadas sean atendidas teniendo en cuenta sus necesidades específicas y su condición de especial vulnerabilidad. La atención para estas mujeres debe enmarcarse en una política pública con enfoque de derechos, que tenga también en cuenta la etnia y la edad de las mujeres desplazadas.

La exigencia de este tipo de política encuentra un fundamento claro en el derecho internacional de los derechos humanos, que señala cuáles son los derechos de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado, y en el derecho internacional humanitario, que se refiere a la especial protección que debe darse a las mujeres en situaciones de conflicto armado. Asimismo, la necesidad de una política pública se desprende de los pronunciamientos de los órganos y mecanismos de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas y del Sistema Interamericano, que reiteradamente han formulado recomendaciones señalando de forma muy clara y concreta qué tipo de acciones positivas deben ser adoptadas con el fin de garantizar los derechos de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado.

El Observatorio de los Derechos Humanos de las Mujeres en Colombia: "En situaciones de conflicto armado las mujeres también tienen derechos" es una iniciativa de la Corporación SISMA MUJER que, desde su creación -en el año 2001-, ha realizado de manera permanente y en varias regiones del país, un monitoreo sobre el efecto que tiene el desplazamiento en el ejercicio de los derechos de las mujeres, y sobre las acciones del Estado colombiano frente a sus obligaciones de protección y garantía de los derechos humanos de las mujeres en situación de desplazamiento[2].

Desde su creación, el Observatorio ha referido que la histórica discriminación a que se ven sometidas las mujeres en el país, y de manera particular las que integran grupos poblacionales rurales, etnias indígenas y afrocolombianas, propicia situaciones de mayor vulnerabilidad. Tal discriminación hace que el desplazamiento genere una afectación desproporcionada que se manifiesta de manera particularmente violenta para las mujeres.

A partir de esta consideración, el Observatorio ha formulado reiteradas exigencias en torno a

[1] **Natalia López Ortiz:** es abogada y máster en derechos humanos. Para la realización de este documento contó con la valiosa colaboración de José Manuel Marín Ortiz, estudiante de 10º semestre de Derecho.

[2] El Observatorio, bajo la coordinación de la Corporación SISMA MUJER, ha establecido alianzas regionales e internacionales para el logro de sus objetivos. En el ámbito nacional, actualmente se encuentran vinculadas con el trabajo del Observatorio las siguientes organizaciones: Humanizar (Bogotá y Cundinamarca), Red de Empoderamiento de mujeres de Cartagena y Bolívar (Bolívar), Red Departamental de Mujeres Chocoanas (Chocó), Oye Mujer (Tolima) y Taller Abierto (Cali). El componente internacional del Observatorio ha estado apoyado por Atelier (España).

la adopción, por parte del Estado colombiano, de una política pública como medida de acción positiva para las mujeres en situación de desplazamiento, teniendo en cuenta el enfoque diferencial según etnia y edad.

Para sustentar esta exigencia, resultaba preciso compendiar los estándares internacionales relacionados con la garantía y protección de los derechos de las mujeres que -en contextos de conflicto armado- han sido víctimas del desplazamiento forzado.

Por lo anterior, y con el propósito de definir el contenido de una propuesta de medidas de acción positiva para las mujeres en situación de desplazamiento forzado, este documento recoge las normas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que son aplicables a su situación, así como observaciones, recomendaciones y jurisprudencia de órganos y mecanismos de Naciones Unidas y el Sistema Interamericano. Particularmente en el caso de las recomendaciones y observaciones de procedimientos especiales (como los relatores de Naciones Unidas, por ejemplo), se encontró mucha información acerca de los derechos de las mujeres desplazadas. No toda la información encontrada fue utilizada en este documento: se seleccionó aquella que se consideró más pertinente; por una parte, la que hace referencia a Colombia, y por otra parte, la que por analogía podría ser aplicable en este país[3].

El presente trabajo constituye un valioso aporte en la tarea de identificar y hacer exigibles las obligaciones del Estado, derivadas específicamente de la aplicación de los tratados relativos a la protección de los derechos de las mujeres, suscritos y ratificados por Colombia, especialmente la "Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer – CEDAW-", en el Sistema Universal, y la "Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de Belém do Pará", que prevén acciones positivas con el fin de superar la discriminación y avanzar en la eliminación de las violencias particulares contra las mujeres.

La primera parte de este documento presenta la forma en que el desplazamiento forzado afecta de forma desproporcionada a las mujeres desplazadas. Esta presentación se hace a partir de informes producidos por mecanismos de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas y del Sistema Interamericano. En segundo lugar, el texto señala por qué las acciones positivas son necesarias para garantizar una igualdad real y efectiva para las mujeres desplazadas.

En una tercera parte, este texto reseña los derechos de las mujeres desplazadas de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, y para ello brinda información detallada sobre las normas internacionales aplicables a las mujeres en situación de desplazamiento, así como sobre declaraciones y principios aprobados por las Naciones Unidas. A continuación reseña observaciones y recomendaciones hechas por órganos y mecanismos de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas y el Sistema Interamericano, y a lugar seguido se refiere a jurisprudencia del Sistema Interamericano.

Para terminar, el texto presenta una propuesta de derechos que deberían ser garantizados en una política pública de atención a las mujeres en situación de desplazamiento.

Así, este documento pretende ser una herramienta útil para que las mujeres desplazadas, las organizaciones de la sociedad civil que trabajan en el tema y las entidades del Estado con responsabilidades en esta materia avancen en la exigencia de los derechos.

[3] En la mayoría de las citas de los informes se eliminaron los pies de página para facilitar la lectura.

1. LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES DESPLAZADAS EN COLOMBIA: IMPACTO DESPROPORCIONDO QUE AMERITA UN TRATO DIFERENCIADO

Como se señaló en la introducción, el desplazamiento forzado tiene un impacto desproporcionado en las mujeres, lo cual genera una situación de vulnerabilidad que amerita la adopción de medidas positivas por parte del Estado. El impacto desproporcionado se evidencia en el derecho a la salud de las mujeres, al trabajo, a la alimentación, a la educación; se refleja también en la discriminación por el hecho de ser mujeres, en los actos de violencia contra ellas, y en la necesidad de adaptarse a unas nuevas condiciones de vida asumiendo roles distintos a los que tradicionalmente asumía.

A continuación se señala cómo el desplazamiento forzado impacta de forma desproporcionada a las mujeres en Colombia, a partir de los informes realizados por la Relatora sobre los Derechos de la mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, tras sus visitas al país.

Para comenzar, es importante mencionar que las mujeres representan gran parte de la población desplazada. En el informe sobre su visita a Colombia (documento OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, del 18 de octubre 2006), la Relatora sobre los Derechos de la Mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala:

> *71. La CIDH ha manifestado que considera el fenómeno de desplazamiento interno en Colombia como uno de los aspectos más graves de la situación de derechos humanos en Colombia y ha descrito la situación de las personas desplazadas como una grave crisis humanitaria. Así mismo,* ***la CIDH ha identificado a las mujeres como un "sector desproporcionadamente representado en las filas de los desplazados"****. Se ha sostenido que Colombia atraviesa una de las crisis de desplazamiento interno más graves del mundo. (negrilla fuera del texto original)*

También como una introducción al análisis del impacto desproporcionado del desplazamiento forzado en la vida de las mujeres, se puede empezar por citar el informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, luego de su más reciente visita a Colombia:

84. Durante su visita, la Relatora Especial se entrevistó con mujeres desplazadas internas quienes hablaron francamente acerca de sus vidas: ***las pérdidas, el pesar, la incertidumbre, el temor, la violencia y la discriminación increíbles que padecen en la comunidad que las acoge, sus sueños de futuro y sus esperanzas en el porvenir de sus hijos***[4]. (negrilla fuera del texto original)

a.-Discriminación por doble condición de mujer y desplazada, situación de vulnerabilidad de mujeres cabeza de familia

El punto de partida para comenzar a señalar la forma en que el desplazamiento forzado impacta desproporcionadamente la vida de las mujeres es la discriminación de la cual son víctimas, que se incrementa cuando se trata de una mujer desplazada. Esa discriminación genera en sí

[4] Informe de la visita de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Visita a Colombia en noviembre de 2001, documento E/CN.4/2002/83/Add.3, 11 de marzo de 2002.

misma un impacto desproporcionado sobre las mujeres, y es a la vez la causa por la cual se afectan derechos fundamentales de las mujeres desplazadas.

Tras su más reciente visita a Colombia, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, señaló en su informe que:

> *70. Según la información facilitada a la Relatora Especial,* ***las dificultades a que ha de enfrentarse la población desplazada se ven exacerbadas en el caso de las mujeres por la discriminación basada en el sexo que practica la sociedad****. Se estima que una de cada tres familias está encabezada por una mujer; muchas son viudas de las zonas rurales que huyen a la ciudad y tienen que hacer frente a la cruda realidad urbana. El desplazamiento individual a menudo no resulta visible, porque no se registra y los desplazados llegan a las ciudades con la esperanza de encontrar en ellas alguna protección para ellos y su familia.* ***Un estudio llevado a cabo entre la población desplazada de Bogotá permitió determinar que el 40% de las mujeres jefes de familia eran viudas que habían huido con sus hijos tras la muerte violenta del marido, mientras que el 18% habían quedado abandonadas después de llegar a la ciudad. Las mujeres que quedan separadas por el desplazamiento, ya sea solas o con su familia son mucho más vulnerables que las que huyen con un grupo grande y relativamente organizado****.* (negrilla fuera del texto original)
> *(…)*
>
> *78. Según muchas mujeres que hablaron con la Relatora Especial,* ***lo habitual es que sean los hombres quienes se inscriban en las listas estatales como desplazados internos, por lo que a menudo los casos de persecución y las razones para la huida no tienen nada que ver con la experiencia de la mujer****. La experiencia del hombre, por consiguiente, caracteriza a toda la población de desplazados.* ***Las mujeres informaron también de que (sic), si sus maridos las abandonaban ellas se veían obligadas a inscribirse de nuevo;*** *mencionaron que lo difícil era que* ***no contaban con documentación personal*** *y, por consiguiente, no tenían acceso a las redes de seguridad ni a la protección que normalmente les proporcionaría el Estado*[5]. (negrilla fuera del texto original)

b.-Cambio de roles, nuevas responsabilidades, adaptación a un nuevo entorno

Las personas desplazadas se ven forzadas a adaptarse a un nuevo medio, lo cual implica en muchos casos un cambio drástico de sus condiciones de vida. Este cambio resulta particularmente traumático para las mujeres, que asumen nuevas obligaciones y un rol distinto al que tradicionalmente desempañaban en sus familias y comunidades. Así, por ejemplo, las mujeres en situación de desplazamiento se ven forzadas a desempeñarse en oficios que les permitan dar sustento a sus familias (especialmente si son viudas), o deben asumir en lo público un nuevo rol de exigencia de sus derechos.

> *76. Entre las consecuencias más palpables para las mujeres víctimas de desplazamiento se encuentran el* ***cambio en la dinámica de los roles familiares y conyugales y responsabilidades debido a la muerte o pérdida del esposo o compañero, el trauma físico y psicológico producido por hechos de violencia y las amenazas padecidas, la necesidad de adaptarse social y***

[5] Informe de la visita de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Visita a Colombia en noviembre de 2001, documento E/CN.4/2002/83/Add.3, 11 de marzo de 2002.

***económicamente a una nueva comunidad y el posible rechazo de ésta**. UNIFEM afirma que los cambios de roles y responsabilidades generados por el desplazamiento están fundamentalmente asociados a la **necesidad de garantizar las necesidades básicas de las familias** y a las oportunidades que encuentran para lograrlo. Usando como referencia investigaciones de expertas en el tema, explica el impacto del cambio de roles y estructura familiar en las mujeres desplazadas como sigue:*

> ***Por fuerza de las circunstancias, las mujeres desplazadas han tenido que asumir la responsabilidad del sostenimiento económico de sus familias, aprender a conocer y desempeñarse en el mundo de lo público cuando tienen que acudir a las diversas agencias estatales y privadas para gestionar la asistencia humanitaria consignada en la legislación referida al desplazamiento forzado interno, a participar en diversas organizaciones para reclamar sus derechos y a manejar referentes espacio-culturales diferentes y complejos con relación a aquellos de su lugar de origen**. Estos factores han contribuido en algunos casos a la creación de nuevas expectativas de las mujeres, de descubrimiento de fortalezas y habilidades par el inicio de procesos conducentes a una búsqueda de proyectos de vida nuevos y al cuestionamiento de los roles de género en medio de la adversidad.* (negrilla fuera del texto original)

77. En otras palabras, ***los comportamientos tradicionales de las mujeres y los hombres, pueden verse sujetos a cambios en el proceso de adaptación y reconstrucción sociocultural, económica y política que conlleva la experiencia del desplazamiento***. Después del desplazamiento:

> ***La mujer tiende a asumir el eje fundamental de la familia al activar redes de ingresos y apoyo**. El hombre tiende a asumir un papel secundario por la pérdida de relaciones, autonomía, autoridad y poder; las niñas, niños y jóvenes soportan cargas económicas, emocionales y huellas cognitivas que se ven aumentadas por dichos cambios y por la falta de inserción en el sistema educativo."* (negrilla fuera del texto original)(…)

80. En la práctica, las mujeres desplazadas y particularmente, las jefas de hogar, suelen enfrentar carencias y dificultades sociales y económicas en la comunidad receptora que les impiden restablecer sus vidas, tales como, por ejemplo, la falta de empleo, la discriminación por ser categorizadas como desplazadas y la necesidad de adaptarse a una nueva cultura regional. Por ejemplo, de acuerdo a los resultados de una investigación implementada por el Observatorio de Derechos Humanos de las Mujeres, en donde se realizaron 12 talleres y se entrevistaron a 1.096 mujeres desplazadas en tres departamentos (Valle, Bolívar y Santander), las entrevistadas describieron una serie de carencias y dificultades que limitan sus posibilidades de reconstruir y reestablecer sus vidas después del desplazamiento. Entre los desafíos mayores se encuentran su adaptación a un nuevo ámbito social y cultural, la necesidad de encontrar nuevas fuentes de subsistencia y los bajos niveles de educación. El Observatorio encontró que para el año 2000, el 34.6% de las mujeres desplazadas no habían completado el ciclo de educación primaria y sólo el 3.8% había completado la secundaria[6]. (negrilla fuera del texto original)

[6] Informe de la visita de la Relatora sobre los Derechos de la mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Visita en junio de 2005, documento OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, 18 de octubre de 2006.

Sobre este aspecto, el informe de la visita a Colombia de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, menciona especialmente a las campesinas desplazadas:

> *79. **Las víctimas del desplazamiento interno que más han sufrido la pérdida de su identidad, incluso más que los hombres, son las campesinas tradicionales, en particular las que han quedado viudas debido a la violencia**. Pese a su dolor, estas mujeres han salvaguardado la supervivencia física de la familia y han construido una nueva identidad social en un entorno urbano desconocido y hostil*[7].(negrilla fuera del texto original)

c.-Impacto sobre la salud, derechos sexuales y reproductivos, violencia intrafamiliar

El desplazamiento forzado afecta desproporcionadamente el derecho a la salud de las mujeres, en particular en lo que se refiere a derechos sexuales y reproductivos. En esta población se incrementa el número de embarazos de jóvenes y de enfermedades de transmisión sexual. Por otra parte, dado que muchas mujeres desplazadas no cuentan con documentos de identidad, no acceden al sistema de salud.

> *80. **La mujer, y en particular la mujer afrocolombiana e indígena, tiene un acceso limitado al sistema general de salud, y la calidad de los servicios que se prestan a las que provienen de comunidades minoritarias es pésima. Entre los problemas de salud que se señalaron a la atención de la Relatora Especial figuran la salud reproductiva, la desnutrición y la salud mental. El Estado está haciendo muy poco para prestar servicios de asesoramiento a la mujer que ha padecido los efectos del conflicto para que logre eliminar el trauma**. En forma limitada, el UNIFEM, el FNUAP y el ACNUR prestan a las mujeres y a las niñas apoyo psicosocial y económico o en materia de salud reproductiva. **Ahora bien, dado que las mujeres y las niñas se ven desproporcionadamente afectadas y desplazadas por el conflicto, esta asistencia humanitaria no basta para atender sus necesidades concretas**. Los servicios de salud reproductiva son decisivos para salvar vidas y prevenir enfermedades.* (negrilla fuera del texto original) *(…)*

> *83. En entrevistas con mujeres desplazadas en Bogotá, Quibdó y Vallepudar, la Relatora pudo constatar que ellas **carecían del acompañamiento psicosocial y los servicios de salud necesarios para poder superar las consecuencias del desplazamiento**. Para las mujeres y niñas, el desplazamiento implica un cambio radical, traumático y repentino de estructura familiar, geografía, cultura, comunidad y condición socioeconómica, así como posible exposición a amenazas, violencia y discriminación por parte de los actores del conflicto que causaron el desplazamiento o de las poblaciones receptoras. **Sobre los servicios de salud, las agencias de Naciones Unidas manifestaron a la Relatora su preocupación que aproximadamente 63% de las víctimas de desplazamiento no tienen documentos de identificación, lo cual les impide acceder al sistema de salud**. El Observatorio de Derechos Humanos de las Mujeres Desplazadas comenta como una de las prácticas violatorias de los derechos humanos de las mujeres, el que se les exige interponer acciones de tutela para acceder a servicios de salud, lo cual fue declarado como inconstitucional por la Sentencia T-025 de la Corte Constitucional.* (negrilla fuera del texto original)

[7] Informe de la visita de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Visita a Colombia en noviembre de 2001, documento E/CN.4/2002/83/Add.3, 11 de marzo de 2002.

84. Entre los desplazados en Colombia se destaca el ***alto número de personas que requieren atención y servicios especiales, tales como las mujeres embarazadas****. Efectivamente,* ***entre otras consecuencias del desplazamiento asociadas con la salud, se encuentran el alto porcentaje de embarazos de adolescentes entre la población desplazada, un incremento en las infecciones de transmisión sexual y en la violencia intrafamiliar****. Tanto el ICBF como PROFAMILIA, organización no-gubernamental que trabaja directamente con mujeres desplazadas, comunicaron a la Relatora el* ***alto porcentaje de embarazos de adolescentes que se registran entre la población desplazada****, el cual puede llegar a un 19% de acuerdo al ICBF. De los testimonios e información recibida durante la visita, se desprende que* ***para las niñas desplazadas la lucha por el sustento, la salud, el alojamiento y la seguridad, las obliga a las relaciones sexuales y al matrimonio precoz. Las niñas pueden llegar a comerciar sexo por ropa, dinero o cupos escolares****. Tanto el ICBF como PROFAMILIA a través de sus programas de tratamiento y provisión de servicios, han verificado cómo* ***los niveles de violencia intrafamiliar aumentan con el desplazamiento****, debido a la presión y cambios en dinámicas familiares que puede causar este fenómeno a nivel social, cultural y económico*[8].(negrilla fuera del texto original)

d.-Impacto sobre vivienda y tierras (restitución, titulación)

La mayoría de las mujeres desplazadas no cuenta con escrituras de sus propiedades abandonadas[9], lo cual dificulta su participación en los procesos de restitución y la demostración de los perjuicios sufridos para efectos de la reparación.

Sobre este aspecto, el informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, señala que:

73. La mayoría de los que se ven desplazados, en particular los indígenas y afrocolombianos, trabajan principalmente en la agricultura y dependen de la tierra para su sustento y organización. En cuanto a la protección de territorios pertenecientes a los grupos étnicos, por ejemplo, las comunidades Paz del Atrato en Urabá y Cacarica (Chocó) tienen ya derechos de propiedad colectivos. ***En ambos casos, sin embargo, no se ha garantizado debidamente el derecho de las mujeres a esas tierras. En caso de separación o abandono, las mujeres y los niños quedan en una situación en extremo precaria en lo que respecta a la tierra****.*

74. ***Las mujeres, en particular las de las zonas rurales, no tienen muy fácil el acceso a la documentación personal o a los registros. En consecuencia tropiezan con más dificultades para conseguir las escrituras de tierras, préstamos, viviendas y servicios de salud y educación. El problema se agrava para las mujeres indígenas o de ascendencia africana debido a las barreras culturales que acentúan la desigualdad*** [10].(Subrayado fuera del texto original)

e.-Impacto sobre violencia contra la mujer, incluyendo violencia sexual

A raíz del desplazamiento forzado, se

[8] Informe de la visita de la Relatora sobre los Derechos de la mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Visita en junio de 2005, documento OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, 18 de octubre de 2006.

[9] La proporción evidenciada en un encuentro de mujeres desplazadas en el año 2004 es: hombres 401 títulos, mujeres 229 títulos (Ver CODHES. Encuentro Mujer desplazada en Colombia: saberes de mujeres. Bogotá, marzo 4 de 2004 Documento de trabajo: Vivienda y tierras).
Por otra parte, según datos recogidos en ese mismo encuentro, 22% de las mujeres eran ocupantes antes del desplazamiento, 18% estaban vinculadas a propiedades colectivas, 17% eran poseedoras, 15% arrendatarias, 9% comodatarias y 1% aparceras.

[10] Informe de la visita de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Visita a Colombia en noviembre de 2001, documento E/CN.4/2002/83/Add.3, 11 de marzo de 2002.

incrementan algunas manifestaciones de violencia contra la mujer. En estas comunidades se presentan en mayor proporción la violencia intrafamiliar, el maltrato físico en general contra las mujeres y la violencia durante el embarazo. Por otra parte, mujeres y jóvenes desplazadas son víctimas de trata de personas.

Sobre este aspecto, el informe tras la visita a Colombia de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, señala que:

> *85. Las difíciles condiciones de vida que padecen los desplazados internos en los campamentos situados en las afueras de las ciudades y el hecho de que la mayoría de los hombres carece de empleo han provocado un* ***aumento de la violencia intrafamiliar en estas comunidades. Las mujeres y los niños suelen ser las principales víctimas de este tipo de violencia****. En agosto de 2001 se publicó una encuesta llevada a cabo por PROFAMILIA sobre la situación de las mujeres desplazadas de la que se infiere que una de cada dos mujeres entrevistadas había sufrido maltrato físico de su cónyuge y el 20% de las embarazadas se habían visto sometidas a violencia física durante el embarazo.*
>
> *86. La Relatora Especial escuchó también informes* ***de mujeres y jóvenes de las comunidades de desplazados que estaban siendo objeto de trata*** *para ejercer la prostitución forzosa en centros turísticos de Colombia y en el extranjero* [11]. (negrilla fuera del texto original)

Por su parte, la Relatora de la Comisión Interamericana de Derechos humanos señaló sobre este asunto que:

> *79. La Relatora de las Naciones Unidas también reportó que las amenazas a la seguridad e integridad física de las desplazadas pueden alcanzar a las comunidades en las que buscan refugio. Asimismo, según un estudio reciente de la Liga de las Mujeres Desplazadas,* ***el 34% de las mujeres entrevistadas reportó que después del desplazamiento siguen siendo víctimas de alguna forma de amenaza o intimidación por parte de los actores armados****. La Alta Comisionada para los Derechos Humanos reportó durante el 2005 que* ***el 52% de las mujeres desplazadas reportan haber sufrido algún tipo de maltrato físico, y el 36% haber sido forzada por desconocidos a tener relaciones sexuales*** [12]. (negrilla fuera del texto original)

En conclusión, puede decirse que "los hechos violentos que generan desplazamientos, así como las situaciones previas al mismo, constituyen una cadena de violaciones a los derechos humanos de las mujeres, que se acumulan e incrementan en las etapas posteriores al desplazamiento.

El desplazamiento forzado interno es una vulneración múltiple, masiva y continua de derechos[13] y constituye una grave infracción al Derecho Internacional Humanitario. Su incidencia es mayor en las zonas rurales y en poblaciones indígenas y afrodescendientes, y a su vez tiene efectos diferenciados según el sexo, la edad, la etnia y la procedencia de la persona.

Dadas las condiciones de discriminación a las que han estado sujetas las mujeres, las oportunidades de resarcimiento de la vulneración múltiple y sistemática producida por el desplazamiento van a ser menores para

[11] Informe de la visita de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Visita a Colombia en noviembre de 2001, documento E/CN.4/2002/83/Add.3, 11 de marzo de 2002.

[12] Informe de la visita de la Relatora sobre los Derechos de la mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Visita en junio de 2005, documento OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, 18 de octubre de 2006.

[13] Según sentencia de la Corte Constitucional colombiana "no existe discusión acerca de que el desplazamiento forzado apareja una violación múltiple, masiva y continua de los derechos de las personas obligadas a migrar." Entre otros, los derechos violados son los de la vida y la integridad personal, la escogencia de domicilio, el libre desarrollo de la personalidad, los derechos sociales, económicos y culturales. Por lo demás, frecuentemente son sometidos a la dispersión de sus familias. La Corte Constitucional señala, así mismo, que constituye un atropello, en particular de los derechos de los niños/niñas, de las mujeres cabeza de familia, de los discapacitados y de las personas de la tercera edad. Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia SU-1150 de 2000*, Magistrado ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, agosto 30 de 2000.

ellas que para los hombres. No hay ninguna razón por la cual la discriminación vivida hasta el momento por las mujeres desaparezca automáticamente en el momento en que son desplazadas y las ponga en igualdad de oportunidades con respecto a los hombres. Por el contrario, las condiciones de discriminación permanecen y el desplazamiento es enfrentado a partir del déficit de derechos que significa haber permanecido en situación de discriminación, por lo tanto, las mujeres tienen menos oportunidades para la reconstrucción de sus planes de vida y la reparación por la violación de sus derechos.

La mayor vulnerabilidad a la violencia y la persistencia de la discriminación en situaciones de afectación múltiple y masiva de los derechos humanos, permite plantear que el desplazamiento tiene un efecto desproporcionado sobre las mujeres, y exige la implementación de medidas especiales encaminadas a acelerar la igualdad y a eliminar la discriminación"[14]. Concretamente, deben implementarse acciones positivas que permitan garantizar una igualdad material a las mujeres víctimas del desplazamiento forzado.

2. ACCIONES POSITIVAS: LA VÍA PARA GARANTIZAR EL DERECHO A UNA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA

Ante el impacto desproporcionado sufrido por las mujeres víctimas del desplazamiento forzado se hace necesaria entonces la adopción de medidas especiales: acciones positivas en favor de las mujeres desplazadas, para garantizar una igualdad real y efectiva de ese grupo de la población en condiciones de vulnerabilidad. Este tipo de medidas tiene fundamento en el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación, que permiten en ciertas circunstancias adoptar medidas que favorecen a un sector específico de la población, cuando éste se encuentra en condiciones desfavorables respecto del resto de la población. La Corte Constitucional colombiana ha definido las acciones positivas como:

> "Políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, a bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación"[15].

La Corte Constitucional colombiana ha señalado que "*el principio de igualdad no impide que la ley establezca tratos diferentes, sino que exige que éstos tengan un fundamento objetivo y razonable, de acuerdo con la finalidad perseguida por la autoridad*"[16]. Así, cuando se trata de eliminar impedimentos para que haya una igualdad material, es válido -y necesario- tomar medidas que favorezcan a un grupo en particular.

En el caso concreto de las mujeres desplazadas, la adopción de acciones positivas persigue un claro propósito: situar a este grupo de personas en unas condiciones de igualdad real. Dado que la mujer ha sido víctima de una discriminación histórica y que en razón de ello el desplazamiento la afecta desproporcionadamente, es imperativo adoptar medidas que aceleren la igualdad. Respecto de la validez de establecer medidas diferenciadas teniendo como criterio el sexo, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias sentencias así:

> "Las acciones afirmativas, incluyendo las de

[14] "Las invisibles: mujeres, desplazamiento y política pública 2002-2005". Observatorio de los derechos humanos de las mujeres en Colombia /Red Nacional de Mujeres. Informe Derechos Humanos de las Mujeres 2006. Bogotá, página 16.

[15] Sentencia C-044 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería.

[16] Ver sentencias C-221/1992, C-430/1993, C-445/1995, C-22/1996, C-563/1997 y C-112/2000, entre otras.

discriminación inversa, están, pues, expresamente autorizadas por la Constitución y, por ende, **las autoridades pueden apelar a la raza, al sexo o a otra categoría sospechosa, no para marginar a ciertas personas o grupos ni para perpetuar desigualdades, sino para aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a esas mismas personas o grupos en posiciones desfavorables**.

"En síntesis, no toda utilización de criterios en principio vedados es discriminatoria, pues como bien lo ha afirmado esta Corte, "mal podría un Estado tratar de mejorar la situación de un grupo marginado, sin expedir regulaciones que mencionen el factor que provocó su segregación. Así, **si la ley quiere mejorar la situación de la mujer frente al hombre**, o aquella de los indígenas frente a los blancos, **pues es obvio que la ley debe recurrir a clasificaciones étnicas o sexuales**"[17].

Pero en últimas, lo que sucede es que en la discriminación inversa no se está utilizando el mismo criterio que sirve de base a la discriminación injusta. Para ilustrar esta afirmación con un ejemplo, mientras que en la discriminación que la Constitución prohíbe, a X se le otorga un tratamiento distinto por el simple hecho de ser mujer o ser negro, **en los casos de discriminación inversa un tratamiento preferencial se otorga sobre la base de que X es una persona que ha sido discriminada (injustamente) por ser mujer**[18] o por ser negro[19]".

"Claro está, que la igualdad de derechos que se reconoce al hombre y a la mujer no es simplemente de carácter formal, pues en algunos eventos se justifican diferenciaciones en aras de terminar con la histórica discriminación que ha sufrido la población femenina. En este sentido se "**autoriza, dentro de un principio de protección, la toma de medidas positivas, dirigidas a corregir desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva de la mujer en los órdenes económicos y sociales**"[20].(negrilla fuera del texto original)

Es decir, que no siempre que se utilicen criterios distintivos como el sexo, existe un tratamiento discriminatorio; sin embargo, para que estas diferenciaciones sean constitucionalmente válidas, deben sustentarse en criterios razonables y objetivos que así las justifiquen"[21].

Esos criterios razonables y objetivos son claros en el caso de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado: como se demostró en el capítulo anterior, la discriminación que históricamente ha sufrido la mujer hace que su condición de desplazada genere sobre ella un impacto desproporcionado en razón de su sexo. En este contexto, se hace legítimo y necesario que el Estado adopte acciones positivas para garantizar una igualdad material de las mujeres desplazadas.

Como se verá a continuación, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario señalan cuáles son las garantías que deben ser respetadas a las mujeres desplazadas. Los diferentes instrumentos que se reseñan en el siguiente capítulo tienen en cuenta las necesidades específicas de la mujer desplazada, y sin duda constituyen una guía para la adopción de acciones positivas en materia de política pública.

17 Sentencia C-112 del 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

18 La misma Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, dispone que: *"La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre hombres y mujeres no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención (...)"*. (artículo 4°)

19 Sentencia C-371 de 2000. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Salvamento parcial de voto de Álvaro Tafur Galvis, Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz. Salvamento de voto de Eduardo Cifuentes Muñoz. Aclaración de voto de Vladimiro Naranjo Mesa.

20 Sentencia C-410 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

21 Sentencia C-082 de 1999. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

3. LOS DERECHOS DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Numerosos instrumentos universales y regionales de protección de derechos humanos se refieren de forma particular a las mujeres víctimas del desplazamiento forzado, enumerando una serie de derechos que deben ser garantizados a esta población en condiciones de vulnerabilidad. Estos instrumentos reconocen la forma diferenciada y desproporcionada en que el desplazamiento forzado afecta a las mujeres, y por esa razón contienen garantías particulares para ellas.

A continuación se presentará la forma en que los derechos de las mujeres desplazadas son reconocidos en declaraciones de los Estados miembros de las Naciones Unidas, en conjuntos de principios adoptados por órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas, y en convenciones ratificadas por los Estados.

1.1. El Sistema Universal

Declaraciones de las Naciones Unidas

1.1.1. Declaración y Programa de Acción de Viena

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en el año 1993, adoptó como documento final la Declaración y Programa de Acción de Viena. Dicho documento fue adoptado por consenso por 171 Estados (entre ellos Colombia) y establece, entre otros, un compromiso de formular estrategias para la atención de las personas desplazadas, teniendo en cuenta las necesidades específicas de las mujeres.

El párrafo 23 de dicha declaración establece que:

> *"Es necesario que, con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas, a los instrumentos internacionales pertinentes y a la solidaridad internacional, y a fin de repartir la carga, la comunidad internacional adopte un planteamiento global en coordinación y cooperación con los países interesados y las organizaciones competentes, teniendo presente el mandato del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Dicho planteamiento debe comprender la* ***formulación de estrategias para abordar las causas profundas y los efectos de los movimientos de refugiados y otras personas desplazadas, la mejora de la preparación para situaciones de emergencia y de los mecanismos de respuesta, la concesión de una protección y asistencia eficaces, teniendo presente las necesidades especiales de las mujeres y los niños, así como el logro de soluciones duraderas****, preferentemente mediante la repatriación voluntaria en condiciones de seguridad y dignidad, incluidas soluciones como las adoptadas por las conferencias internacionales sobre refugiados. La Conferencia subraya la responsabilidad de los Estados, particularmente en lo que se refiere a los países de origen."* (negrilla fuera del texto original)

En cuanto a la particular afectación de las mujeres en las situaciones de conflicto armado, los 171 Estados manifestaron a través de la Declaración que:

Párrafo 29.

*"**La Conferencia Mundial de Derechos Humanos está hondamente preocupada por las violaciones de los derechos humanos durante los conflictos armados, que afectan a la población civil, en particular a las mujeres**, los niños, los ancianos y los discapacitados. Por consiguiente, la Conferencia **exhorta a los Estados y a todas las partes en los conflictos armados a que observan estrictamente el derecho humanitario internacional**, establecido en los Convenios de Ginebra de 1949 y en otras reglas y principios del derecho internacional, así como las normas mínimas de protección de los derechos humanos enunciadas en convenciones internacionales."* (negrilla fuera del texto original)

Párrafo 38.

*"**Las violaciones de los derechos humanos de la mujer en situaciones de conflicto armado constituyen violaciones de los principios fundamentales de los derechos humanos y el derecho humanitario internacionales**. Todos los delitos de ese tipo, en particular los asesinatos, las violaciones sistemáticas, la esclavitud sexual y los embarazos forzados, requieren una respuesta especialmente eficaz."* (negrilla fuera del texto original)

1.1.2. Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado

La Asamblea General de las Naciones proclamó, mediante resolución 3318 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, la "Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado". Este documento, si bien no se refiere directamente a los derechos de las mujeres desplazadas, hace un llamado a los Estados que participen en conflictos armados para que eviten que las mujeres sean víctimas de los "estragos de la guerra" y señala que las mujeres que hagan parte de la población civil en una situación de conflicto armado deben contar con la garantía de sus derechos inalienables.

Párrafo 4.

*"**Los Estados que participen en conflictos armados**, operaciones militares en territorios extranjeros u operaciones militares en territorios todavía sometidos a la dominación colonial **desplegarán todos los esfuerzos necesarios para evitar a las mujeres y los niños los estragos de la guerra. Se tomarán todas las medidas necesarias para garantizar la prohibición de actos como la persecución, la tortura, las medidas punitivas, los tratos degradantes y la violencia, especialmente contra la parte de la población civil formada por mujeres y niños**".* (negrilla fuera del texto original).

Párrafo 6.

*"**Las mujeres y los niños que formen parte de la población civil y que se encuentren en situaciones de emergencia y en conflictos armados** en la lucha por la paz, la libre determinación, la liberación nacional y la independencia, o que vivan en territorios ocupados, **no serán privados de alojamiento, alimentos, asistencia médica ni de otros derechos inalienables**, de conformidad con las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración de los Derechos del Niño y otros instrumentos de*

derecho internacional". (negrilla fuera del texto original)

1.1.3. Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo

En el mes de septiembre 1994 se realizó en el Cairo la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, bajo el auspicio de Naciones Unidas. El resultado de este encuentro fue la aprobación -por parte de lo más de 180 Estados- de un programa de acción. Uno de los objetivos de este programa es la atención de la población desplazada, considerando las necesidades particulares de las mujeres:

> *a) **Ofrecer protección y asistencia apropiadas a las personas desplazadas dentro de su propio país, particularmente las mujeres, los niños y los ancianos, que son los mas vulnerables**, y encontrar soluciones a las causas fundamentales de su desplazamiento con miras a eliminarlas y, según proceda, facilitar el regreso o el reasentamiento*[22]. (negrilla fuera del texto original)

1.1.4. Declaración y Plataforma de Acción de Beijing

Entre el 4 y el 15 de septiembre de 1995 se realizó, con el auspicio de Naciones Unidas, la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing. Como resultado de ese encuentro, los Estados presentes (entre ellos Colombia) adoptaron la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, en la cual se señalan objetivos cuyo cumplimiento mejoraría sustancialmente la vida de las mujeres. Varios de los objetivos acordados en la Plataforma de Acción de Beijing hacen referencia explícita a la necesidad de atender a las mujeres víctimas del desplazamiento forzado.

A continuación se transcriben los apartes de la Plataforma de Acción en los cuales se insta a los gobiernos a adoptar medidas positivas a favor de las mujeres desplazadas[23].

> *58. Medidas que han de adoptar los gobiernos: (…)*
>
> *l) Introducir medidas para integrar o reintegrar a las mujeres que viven en la pobreza y a las mujeres socialmente marginadas en el empleo productivo y en el entorno económico predominante, y **asegurar el acceso pleno de las mujeres internamente desplazadas a las oportunidades económicas**, así como el reconocimiento de las calificaciones y aptitudes de las mujeres inmigrantes y refugiadas.*
>
> *81. Medidas que han de adoptar los gobiernos, los órganos nacionales, regionales e internacionales, los donantes bilaterales y multilaterales y las organizaciones no gubernamentales:*
>
> *a) Reducir la tasa de analfabetismo femenino por lo menos a la mitad de la tasa de 1990, con **especial hincapié en la alfabetización de las mujeres rurales, migrantes, refugiadas y desplazadas internamente**, así como en las mujeres con discapacidades.*
>
> *k. **Garantizar el acceso a la enseñanza y la formación de buena calidad en todos los niveles apropiados a las mujeres** adultas sin educación previa o con educación escasa, a las mujeres con discapacidades y a las mujeres emigrantes, **refugiadas y desplazadas, a fin de mejorar sus oportunidades de trabajo.***

[22] Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, documento de Naciones Unidas A/CONF.171/13 del 18 de octubre de 1994, párrafo 9.20.

[23] El documento completo puede ser consultado en: "http://www.unifemandina.org/un_archives/Plataforma%20de%20Acci%C3%B3n%20de%20Beijing.pdf"