

Conexidad entre
la violencia sexual y
el conflicto armado:

un llamado al no retroceso en la
Jurisdicción Especial para la Paz

5
claves



CONEXIDAD ENTRE LA VIOLENCIA SEXUAL Y EL CONFLICTO ARMADO: UN LLAMADO AL NO RETROCESO EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ¹

Alianza 5 Claves

Tabla de contenido

- I. **Introducción: ¿Por qué volver sobre un debate superado?(pag.3)**

- II. **Llamado al no retroceso: los parámetros normativos para establecer el nexo entre las conductas de violencia sexual y el conflicto armado están consolidados y son vinculantes.....(pag.11)**
 - A. Condiciones de índole temporal y espacial.....(pag.16)
 - B. Condiciones de índole material o causal.....(pag.20)
 - 1. Presunción constitucional de relación cercana y suficiente: parámetro normativo especial de aplicación del criterio de índole material en los casos de violencia sexual.....(pag.26)
 - 2. Calidad de la víctima.....(pag.29)

¹ Documento producido con el apoyo de Andrea Catalina León Amaya a partir de los insumos presentados por la Corporación Humanas Colombia, Women´s Link Worldwide, Colombia Diversa, la Red Nacional de Mujeres y la Corporación Sisma Mujer, organizaciones integrantes de Cinco Claves para el Tratamiento Diferencial de la Violencia Sexual en el Acuerdo Final de Paz.

2.1 Calidad de la víctima Mujeres y niñas: principales víctimas de violencia sexual en el conflicto armado.....(pag.30)

2.2 Los enfoques “sub-diferenciales” y la pertinencia del análisis interseccional.....(pag.31)

2.3 La calidad de combatiente y de niñas ilícitamente reclutadas de las víctimas reafirma el nexo La violencia por prejuicio contra las personas LGBT es violencia de género.....(pag.32)

2.4 El rol sustancial del conflicto armado en decisión, comisión, modo de comisión o finalidad para la que se cometió el delito sexual.....(pag.35)

III. Abordaje de la violencia sexual en la JEP y aspectos problemáticos.....(pag.39)

A. Problemas en la categorización fijada por el Tribunal para la Paz – Sección de Apelación Problemas en las resoluciones previas emitidas por las Salas de Justicia (SDSJ y SAI) de la JEP.....(pag.47)

B. Problemas en las resoluciones previas emitidas por las Salas de Justicia (SDSJ y SAI) de la JEP.....(pag.56)

IV. Recomendaciones.....(pag.80)

Conexidad entre la violencia sexual y el conflicto armado: un llamado al no retroceso en la Jurisdicción Especial para la Paz

Alianza 5 Claves

I. Introducción: ¿Por qué volver sobre un debate superado?

En el presente documento las organizaciones reunidas en la Alianza Cinco Claves (en adelante 5 Claves) retomamos las preocupaciones del movimiento de mujeres y personas LGBT en los últimos años acerca de las interpretaciones dadas por las instancias judiciales a los criterios aplicables para establecer que existe relación entre una conducta de violencia sexual y el conflicto armado. Aunque el debate debería considerarse superado ya que los parámetros normativos para establecer ese nexo están consolidados y son vinculantes, han subsistido lecturas que los desconocen en el ámbito judicial. La discriminación y el uso de patrones y estereotipos contra las víctimas de violencia sexual continúan presentes en la justicia.

La movilización de las organizaciones de mujeres que realizan incidencia para la garantía del acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual influyó la emisión del Auto 092 de 2008 de la Corte Constitucional y de su sucedáneo Auto 009 de 2015. Esas decisiones judiciales reflejaron un momento crucial de debate público orientado a reafirmar la relación entre la violencia sexual y el conflicto armado y a alertar sobre las implicaciones de negarlo. Las organizaciones que integran la Mesa de Seguimiento al Auto 092 de 2008, Anexo Reservado, en su quinto informe (2013, p. 45), advirtieron que “la visión restringida sobre cuándo

estos [los crímenes sexuales] se encuentran relacionados con el conflicto armado” constituye “uno de los mayores problemas que contribuye a la impunidad [en tales casos]”. Esa “visión restringida” se refiere a la persistencia de “una mirada simplista de la complejidad del fenómeno que no tiene en consideración ni el catálogo de la violencia sexual definido por la Corte Constitucional en el Auto 092 ni la información recogida por diversos organismos internacionales y nacionales de derechos humanos” (ibídem). Estas lecturas siguen siendo simplistas a pesar de los parámetros recogidos por la jurisprudencia constitucional para analizar esa complejidad, especialmente los desarrollados en la Sentencia C-781 de 2012 en la que “se adoptó una posición amplia” para interpretar la expresión “con ocasión del conflicto armado”. La Mesa, en ese orden de ideas, llamó la atención sobre la necesidad de tener en cuenta “el perfil de la víctima y la complejidad de los hechos de violencia sexual en el marco del conflicto, a la luz de la citada interpretación amplia” (ibídem).

El cuadro de impunidad referido por la mesa se traducía, para ese entonces, en la ausencia casi total de sentencias condenatorias para los 183 casos del anexo reservado del Auto 092 de 2008, así como en la falta de estrategias investigativas direccionadas a superar esa situación (ibídem, p. 39-43). Posteriormente, con la emisión del Auto 009 de 2015, la Corte confeccionó un nuevo anexo reservado con 444 casos adicionales de violencia sexual reportados por organizaciones de mujeres a ese tribunal (completando un total de 627), de manera que el análisis sobre la situación de impunidad realizado por la Mesa de Seguimiento se amplió a ese universo de casos. El diagnóstico posterior realizado por la Mesa arrojó como resultado la persistencia de la “casi total impunidad” (2016, p. 13 y ss.) en los eventos de violencia sexual sobre los que versan ambos anexos reservados, e identificó como prácticas que inciden en ello: “archivo de casos de situaciones generalizadas de violencia sexual, falta de investigación de casos con sentencia por delitos distintos a los sexuales, casos que la

Fiscalía reporta como ‘extraviados’ y casos archivados por decisión inhibitoria o preclusión que no reportan fundamento o donde parecieran contravenir el deber de investigar” (ibídem, p. 33).

Es de destacar que el seguimiento realizado por las organizaciones de mujeres al Auto 092 de 2008 llevó a la necesidad de orientar la incidencia para lograr un pronunciamiento de la Corte Constitucional más explícito sobre el nexo existente entre la violencia sexual y el conflicto armado. La emisión del Auto 009 de 2015 que resultara de ese proceso, fue un hito no solo por enfocar de manera específica la situación y necesidades de las mujeres víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado, sino también porque, además de recoger los patrones fácticos de esa forma de violencia reconocidos en el auto antecedente (092 de 2008), desembocó en la consagración de la *presunción constitucional de relación cercana y suficiente de los hechos de violencia sexual con el conflicto armado* para cuya configuración basta verificar dos supuestos fácticos que se adecuan a la noción amplia del conflicto colombiano acogida en la jurisprudencia constitucional: “(i) la ocurrencia de una agresión sexual y (ii) la presencia de actores armados —cualquiera que sea su denominación o modus operandi— en las zonas del país en las que ocurren estas agresiones”.

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) es un nuevo escenario en el que la relación entre la violencia sexual y el conflicto armado revive por tratarse del centro del examen del factor material de su competencia. En la función interpretativa que las Salas de Justicia vienen desarrollando al respecto, observamos que puede estarse abriendo paso una falsa controversia sobre cuándo las conductas de violencia sexual guardan relación con el conflicto armado, lo que podría estar en realidad ocultando la resistencia de los operadores judiciales a la aplicación de los estándares mínimos ya consolidados o su desconocimiento.

A un año y medio de funcionamiento efectivo de la JEP² se han presentado por lo menos 21 informes temáticos de violencia sexual³ que deberán ser contrastados y tramitados por la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas (SRVRDHC) de acuerdo con el procedimiento establecido en la Ley 1922 de 2018. En algunos de los macroprocesos abiertos de oficio por esa misma sala, la violencia sexual hace parte del catálogo de hechos victimizantes que, por su magnitud e impacto en territorios y poblaciones o sujetos específicos o por su conexidad con otras formas de macro-victimización, han motivado la decisión de priorización y agrupación.⁴

Asimismo, ya han empezado a acudir a la JEP personas que han sido procesadas o condenadas en la justicia ordinaria por la comisión de crímenes sexuales. Esto ha motivado el pronunciamiento de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ) y de la Sala de Amnistía o Indulto (SAI) para aceptar o rechazar sus solicitudes, previo examen de los ámbitos temporal,

2. Desde el 15 de enero de 2018, en virtud de la Resolución 001 de 2018 de la Presidencia de la JEP.

3. Según comunicado de prensa de la JEP publicado en su página de internet el 24 de abril de 2019, hasta abril de 2019 se habían presentado 19 informes de violencia sexual. Posteriormente, en junio y agosto de 2019, respectivamente, otros dos informes dedicados a esa forma de violencia fueron presentados a la JEP. Comunicados de la JEP consultados en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/La-organizaci%C3%B3n-Sisma-Mujer-entrega-dos-informes-de-violencia-sexual-a-la-JEP.aspx> y <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/Red-Nacional-de-Mujeres-Defensoras-entreg%C3%B3-6-informes-al-Sistema-Integral-de-Verdad,-Justicia,-Reparaci%C3%B3n-y-No-Repetic%C3%B3n.aspx>.

4. Así se advierte en los siguientes macro-procesos: Caso No. 004 sobre la “Situación territorial de Urabá” (conocimiento avocado por Auto No. 040 de 2018); Caso No. 007 sobre “Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado” (avocado por Auto No. 029 de 2019); Caso No. 006 sobre hechos victimizantes contra miembros de la Unión Patriótica (avocado por Auto No. 027 de 2019) y Caso No. 005 sobre la “Situación territorial de la región del norte del Cauca” (avocado mediante Auto No.078 de 2018).

personal y material de competencia. En lo que respecta al factor material de competencia, el análisis sobre la relación de los hechos de violencia sexual con el conflicto armado ha sido el objeto central de pronunciamiento. Para fundamentar ese estudio, en al menos dos casos, estas salas han solicitado conceptos expertos a la Comisión de Género de la JEP y, en otros dos, se han servido de ellos de manera indirecta (citándolos como referencia).⁵

A pesar del auxilio de la comisión especializada, hay problemas en la motivación de las primeras resoluciones conocidas (tres emitidas por la SDSJ y una de la SAI) sobre casos con crímenes sexuales. Se trata de las resoluciones No. 965, 972 y 973 de 2018 proferidas por la SDSJ, respectivamente, en los casos de los comparecientes Juan Pablo Sierra Daza (sargento segundo en retiro del Ejército Nacional), Geimy Alexander Jaimes Carreño (ex miembro del Ejército Nacional) y Orlando Guerrero Ortega (soldado regular), todos ellos solicitantes de tratamientos penales especiales en virtud de la Ley 1820 de 2016. De estas resoluciones, la primera fue favorable a las peticiones del compareciente y las otras dos negaron lo solicitado. Por lo demás, de la SAI tenemos

5. La primera consulta elevada por la SDSJ a la Comisión de Género tuvo lugar dentro del trámite de la solicitud del señor Juan Pablo Sierra Daza (sargento del ejército en retiro), expediente No. 2017120080101268E, en el que se emitió la Resolución No. 965 de 2018. Se solicitó mediante Resolución 528 del 18 de junio de 2018 y la Comisión de Género rindió el concepto mediante oficio del 25 de junio de 2018 que se encuentra disponible en: https://www.jep.gov.co/Relatoria/Comisi%C3%B3n%20de%20G%C3%A9nero/Concepto%20de%2025%20de%20junio%20de%202018_Exp%202017-120080101268E.pdf. Posteriormente, otros despachos de la misma sala se sirvieron de dicho concepto para fundamentar las resoluciones No. 972 y 917 de 2018. Más recientemente, la SAI (despacho de la Magistrada Cecilia Balanta) hizo lo propio al requerir un concepto de la misma comisión para el análisis de un caso que involucraba, como víctima de reclutamiento lícito y acceso carnal violento, a una adolescente wayúu y como agresor (y compareciente) a un exintegrante del Frente 59 de las FARC-EP. Este último, de fecha 6 de marzo de 2019, está disponible en: <https://www.jep.gov.co/Relatoria/Comisi%C3%B3n%20de%20G%C3%A9nero/Concepto%2006%20de%20marzo%20de%202018%20Caso%20Mujer%20adolescente%20indigena.pdf>.

la resolución SAI-LC-D-XBM-002-2019 de 2019 proferida en el caso del compareciente Oscar Enrique De Lima Contreras, exmiembro y desertor de las FARC-EP (Frente 59), beneficiario de libertad condicionada.⁶

En todas ellas se analiza la competencia material desde la delimitación de la expresión *por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado*, incorporada en los artículos transitorios 5, 6, 21 y 23⁷ adicionados por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017,⁸ en Ley 1820 de 2016 (sobre amnistía,

6. En otra resolución emitida por la SAI (SAI-LC-XBM-046 de 25 de febrero de 2019) también se abordan hechos de violencia sexual (aborto forzado y contracepción forzada u obligatoria), en el caso de Héctor Arboleda, alias el “Enfermero”. Sin embargo, no profundizamos en ella en este documento en la medida en que el estudio de la competencia material no representó controversia en esa decisión. En dicho caso, la competencia material no se puso en duda ni fue motivo de estudio y se procedió a considerar ese requisito cumplido casi de manera automática.

7. Artículo transitorio 23: “*Competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz*. La Jurisdicción Especial para la Paz tendrá competencia sobre los delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado y sin ánimo de obtener enriquecimiento personal ilícito o, en caso de que existiera, sin ser este la causa determinante de la conducta delictiva. Para el efecto se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

a) Que el conflicto armado haya sido la causa directa o indirecta de la comisión de la conducta punible, o

b) Que la existencia del conflicto armado haya influido en el autor, partícipe o encubridor de la conducta punible cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, en cuanto a:

- Su capacidad para cometerla, es decir, a que por razón del conflicto armado el perpetrador haya adquirido habilidades mayores que le sirvieron para ejecutar la conducta.

- Su decisión para cometerla, es decir, a la resolución o disposición del individuo para cometerla.

- La manera en que fue cometida, es decir, a que, producto del conflicto armado, el perpetrador de la conducta haya tenido la oportunidad de contar con medios que le sirvieron para consumarla.

- La selección del objetivo que se proponía alcanzar con la comisión del delito”. (Subrayas añadidas al texto original).

8. Los artículos transitorios 5, 6 y 21 fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-674 de 2017, al encontrar que guardan conexidad temática y teleológica con lo previsto en el Acuerdo Final

indulto y tratamientos penales especiales) y en la Ley 1957 de 2019 (Estatutaria de Administración de Justicia de la JEP, artículo 8). No obstante, dejan de aplicar integralmente los parámetros ya consolidados a la luz de los cuales tales dispositivos normativos deberían interpretarse porque dan un alcance parcial y a conveniencia a los conceptos de la Comisión de Género de la JEP y a extractos puntuales de la jurisprudencia internacional, o porque dan por sentado que la violencia sexual es un hecho privado y colateral, reproduciendo estereotipos perjudiciales de género.

Debemos aclarar que hasta el momento de emisión de estas resoluciones la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz (TP-SA) de la JEP no se había pronunciado, en cuanto órgano de cierre, sobre la competencia material en los casos de violencia sexual.⁹ Lo hizo por primera vez mediante Auto 171 de 8 de mayo de 2019 en el que inauguró la “presentación de una doctrina temprana sobre la materia, que se nutre del trabajo de la propia SDSJ” (párr. 31) –con ocasión de un caso evidentemente

de Paz. La declaratoria de exequibilidad también se refirió al Artículo 23, sobre el cual, además, la Corte Constitucional afirmó que “su conexidad – tanto material como teleológica– se encuentra en la importancia de precisar los parámetros que permitirán definir la competencia de la JEP respecto a dichos agentes del Estado [miembros de la fuerza pública], como actor que cumplió un rol específico dentro del conflicto, y frente al cual se prevé la necesidad de consagrar un tratamiento diferenciado, pero también equitativo, simétrico y equilibrado”.

9. El Tribunal para la Paz es el “órgano de cierre” y “máxima instancia” de la JEP, como se consagra en el artículo transitorio 7 del Acto Legislativo 01 de 2017 (declarado exequible por la Sentencia C-674 de 2017 de la Corte Constitucional). El artículo 59 de la Ley 1922 de 2018 prevé expresamente la fuerza vinculante de las “sentencias interpretativas” que la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz adopte, a petición de las salas, las secciones o la Unidad de Investigación y Acusación, “a fin de asegurar la unidad de la interpretación del derecho y garantizar la seguridad jurídica”. No obstante, entendemos que las demás decisiones proferidas por esa sección, al resolver los recursos de apelación contra sentencias y contra las resoluciones de las diferentes salas que definan situaciones jurídicas, se tornan obligatorias, esto es, constituyen precedente judicial (aplicado verticalmente para los magistrados de inferior jerarquía y horizontalmente para los magistrados del Tribunal).

fuera de la órbita de competencia de la JEP– para referirse al vínculo entre las agresiones sexuales y el conflicto armado. Para ello expuso el modo en el que puede darse la conexidad entre la violencia sexual y el conflicto armado: la consideración de la violencia sexual como “constitutiva” o como “circunstancial”. Aunque el auto citado consiste en el “desarrollo [apenas] inicial” de tales categorías (párr. 10), sus planteamientos son preocupantes porque no se apegan a los criterios de fuentes internacionales y nacionales y, por ende, su impacto en las futuras decisiones de las salas de justicia es potencialmente negativo y en perjuicio de la garantía de acceso a la justicia para las víctimas de violencia sexual.

Así las cosas, el presente documento tiene por finalidad enfatizar en la obligación estatal de debida diligencia en la investigación, judicialización y sanción de la violencia sexual, que impone no retroceder en los mínimos alcanzados sobre el establecimiento de conexidad entre las conductas de violencia sexual y el conflicto armado. En concreto buscamos criticar prácticas judiciales discriminatorias emergentes en la JEP, puesto que obstaculizan el acceso a la justicia y aumentan la impunidad al arrojar un velo de duda sobre la relación entre la violencia sexual y el conflicto armado desconociendo estándares internacionales y presupuestos constitucionales nacionales.

Para el efecto, seguiremos la siguiente estructura:

En el apartado II sistematizamos los parámetros normativos que fundamentan el análisis de la conexidad entre las conductas de violencia sexual y el conflicto armado. En el apartado III, criticamos el abordaje judicial que la JEP viene haciendo en los casos de violencia sexual, a partir del análisis de las resoluciones emitidas por la SDSJ, la SAI y el Tribunal para la Paz – Sección de Apelación (TP-SA) sobre la relación de la violencia sexual con el conflicto armado. Finalmente, en el apartado IV, recomendamos prácticas concretas que la JEP debería asumir en adelante en

el análisis de competencia material en casos que involucran crímenes sexuales.

II. Llamado al no retroceso: los parámetros normativos para establecer el nexo entre las conductas de violencia sexual y el conflicto armado están consolidados y son vinculantes

En Colombia está consolidada una línea jurisprudencial sobre los criterios necesarios para establecer la relación que una conducta tiene con el conflicto armado. Lo dicho por la Corte Constitucional¹⁰ ha sido acogido por las demás jurisdicciones permanentes, con desarrollos particulares en el abordaje de la violencia sexual. Esta línea se adecúa a los estándares que por vía del bloque de constitucionalidad son aplicables en Colombia y sistematiza las posturas adoptadas.

En el marco del Derecho Internacional Público son definitivos el Artículo 3 común y el Artículo 1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, pues versan sobre los conflictos armados no internacionales y tienen carácter convencional y consuetudinario. Las reglas del DIH han tenido un desarrollo vasto en el ámbito del Derecho Penal Internacional (DPI), específicamente en la creación y funcionamiento del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY). La jurisprudencia de este tribunal *ad hoc* fue pionera en delinear una interpretación consistente a la luz del DIH y del estatuto especial

10. Ver sentencias C-291 de 2007, C-914 de 2010, C-253A de 2012, C-781 de 2012, C-084 de 2016, C-080 de 2018.

que le dio origen (en el seno de la ONU), para establecer que los crímenes estaban estrechamente relacionados con el conflicto. Algunas de las decisiones del TPIY también versaban sobre hechos de violencia sexual –casos Kunarac, Kovac y Vukovic, Tadic, Blaskic, Mrksic y Furundzija–. Posteriormente, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) reiteró en ese punto la jurisprudencia del TPIY, incluso en el caso Akayesu –emblemático también por abordar crímenes sexuales–. Del mismo modo procedieron otros tribunales o cortes especiales temporales para juzgar crímenes cometidos en conflictos armados en territorios de otros países (Corte Especial para Sierra Leona).¹¹ Finalmente, las argumentaciones del TPIY han sido acogidas por la Corte Penal Internacional (CPI), de manera que en el ámbito de la justicia penal universal la interpretación originada en el caso de la antigua Yugoslavia ha trascendido (caso Ntaganda).¹²

En el ámbito del Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH) la línea jurisprudencial originada en el DPI constituye el marco de referencia del que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se sirve para interpretar las violaciones a los derechos humanos que involucran hechos ocurridos

11. Esta corte concluyó su mandato el 26 de septiembre de 2013, cuando la Cámara de Apelaciones juzgara definitivamente a los nueve hombres convictos por las atrocidades cometidas durante el conflicto armado de Sierra Leona. Los acusados fueron procesados en cuatro procesos que se corresponden con los cuatro casos juzgados por esa Corte Especial: *Prosecutor vs Charles Ghankay Taylor* (caso conocido como “Charles Taylor”); *Prosecutor vs. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao* (caso “RUF”); *Prosecutor vs. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu* (caso “AFRC”); y *Prosecutor vs. Moinina Fofana y Allieu Kondewa* (caso “CDF”). En todos ellos también se juzgaron crímenes que involucraron violencia sexual (violación y esclavitud sexual, principalmente). Detalles de los casos y las decisiones pueden consultarse en la publicación “*Bearing the Greatest Responsibility: Select Jurisprudence of the Special Court for Sierra Leone*” disponible en: http://www.rscsl.org/Documents/RSCSL_Jurisprudence.pdf.

12. Véase CPI (ICC), VI Sala de Primera Instancia, ICC-01/04-02/06, *Prosecutor vs. Bosco Ntaganda*, sentencia de 8 de julio de 2019. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_03568.PDF.

en contextos de conflictos armados. Así, aunque no tenga jurisdicción para decidir sobre la responsabilidad de los Estados con fundamento en el DIH y en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, la CIDH ha reafirmado la pertinencia de invocar tales fuentes como criterios de interpretación válidos dado su carácter de *lex specialis*.¹³

Esta jurisprudencia determina la relación de los crímenes con el conflicto mediante la existencia de dos elementos:¹⁴ un conflicto armado no internacional y un nexo entre el conflicto y los crímenes que se alegan (que el conflicto armado haya incidido o influenciado en la comisión de las conductas). Este segundo elemento se desarrolla analizando las condiciones de índole (i) temporal, (ii) espacial o geográfica y (iii) material o causal. A su vez, el contenido central del elemento material es la “relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto”, que se demuestra mediante subcriterios indicativos (no exhaustivos ni concurrentes)¹⁵.

En el contexto nacional existen delitos que se adscriben al ámbito de aplicación del DIH (Libro II, Título II, Ley 599 de 2000 – Código Penal) y un marco de DIDH que ayudan a definir, reconocer y reparar a las víctimas de las vulneraciones a los derechos fundamentales y conductas criminales ocurridas en desarrollo del conflicto armado interno (Ley 418 de 1997¹⁶ y

13. GIRALDO, Marcela, Criterios de la Corte Interamericana sobre la interpretación de los Derechos Humanos a la luz del Derecho Internacional Humanitario, Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CNDH: Ciudad de México, 2016, p. 29-31. Disponible en: <http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas-CSIDH-Criterios-CIDH.pdf>.

14. Remitimos a la publicación “Genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad: compendio temático sobre jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia” organizado por Human Rights Watch y Universidad Iberoamericana (2010). Disponible en: <https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/33052822X.pdf>.

15. En el apartado referido al elemento material o causal, más adelante, profundizaremos en esos subcriterios indicativos.

16. “Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la

Ley 1448 de 2011 – Ley de Víctimas). Aquí se ha hecho uso de ciertas expresiones para delimitar su ámbito de aplicación: en el Código Penal se optó por “*con ocasión y en desarrollo del conflicto armado*”, en la Ley 418 de 1997 se usó “*en el marco del conflicto armado*” y en la Ley de Víctimas se acudió a las alocuciones “*con ocasión*” y “*en el marco del conflicto armado interno*”. El alcance de tales términos ha sido fijado en sentencias de constitucionalidad fundamentadas en las normas del DIH y del DIDH que integran el bloque de constitucionalidad (Artículo 3 común, Artículo 1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra y Pactos Internacionales).¹⁷ La línea jurisprudencial construida por la Corte Constitucional al respecto se resume en las Sentencias C-291 de 2007, C-914 de 2010, C-253A de 2012, C-781 de 2012 y C-084 de 2016.

En vigencia del AFP, las normas que organizan y regulan la JEP usan vocablos similares: aquellas cometidas “*por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado*”¹⁸ y “*respecto a hechos cometidos en el marco del [conflicto armado] y durante este*”.¹⁹ La Corte Constitucional, en Sentencia C-080 de 2018²⁰ enfatizó que el conector en la frase que señala las hipótesis en las que la JEP tiene competencia prevalente por el factor material es la conjunción disyuntiva “o”. Esto significa que los hechos cometidos en cualquiera de esos supuestos (“con ocasión, por

convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”. La Ley 418 de 1997 fue modificada y prorrogada por las leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006, 1421 de 2010, 1738 de 2014 y 1941 de 2018.

17. Sobre la integración de las normas del DIH al bloque de constitucionalidad, véase la sentencia C-291 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y del DIDH C 781 de 2012.

18. Así, en: artículo 8 de la Ley 1957 de 2019 (Estatutaria de Administración de Justicia en la JEP – LEJEP); artículos transitorios 5, 6, 21 y 23 adicionados por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017, y artículos 2 y 3 de la Ley 1820 de 2016 (de amnistía, indulto y tratamientos penales especiales).

19. Artículo 2 de la LEJEP.

20. De control automático de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, “Estatutaria de la administración de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”. Apartado 4.1.3.

causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”) han de entenderse sometidos a la competencia de esta jurisdicción especial. Adicionalmente, se entiende que las fuentes del DIH y DIDH integradas en el bloque de constitucionalidad son la base del análisis de competencia material que la JEP debe adelantar (criterios temporal, espacial y material de aplicación del DIH y DIDH).²¹

Debe recordarse que, en casos de violencia sexual, la Corte Constitucional estableció la presunción constitucional de relación cercana y suficiente con base en el principio *pro persona* y en la obligación de debida diligencia según lo establecido en el Auto 009 de 2015. La Sentencia C-781 de 2012 ya había integrado a su análisis la referencia al Auto 092 de 2008 por tratarse de un hito en la línea jurisprudencial constitucional sobre mujeres, violencia de género y conflicto armado. El Auto 009 de 2015 da continuidad y especificidad a esa línea y, por lo tanto, no cabe duda de su utilidad y obligatoriedad para los operadores judiciales.

En sentencias SP15512-2014 de 12 de noviembre de 2014 y SP15901-2014 de 20 de noviembre del mismo año, ambas de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (SP-CSJ) y referidas a casos de violencia sexual que hacen parte del anexo reservado del Auto 092 de 2008, la SP-CSJ discute como problema jurídico central el nexo entre las conductas de violencia sexual y el conflicto armado interno colombiano.

A continuación nos detendremos en el contenido de los criterios contemplados por el conjunto de fuentes referenciadas anteriormente para entender la relación del conflicto armado en la comisión de las conductas de violencia sexual: expondremos los criterios temporal y geográfico y luego nos concentraremos en el criterio material para el que abordaremos la jurisprudencia

21. Ver Sentencia C-080 de 2018, de control automático de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria 08 de 2017 Senado y 016 de 2017 Cámara (estatutaria de la JEP).

internacional.²² Toda vez que la presunción constitucional consagrada mediante Auto 009 de 2015 alude al núcleo del criterio material referido (“relación cercana y suficiente”), daremos un lugar central a los presupuestos de dicha presunción en ese segundo apartado. No hablaremos de la existencia del conflicto armado interno ya que sobre ello no se suscitan divergencias actuales. En efecto, que se ha desarrollado en Colombia un conflicto que reúne las características de un *conflicto armado interno*, es una premisa que está fuera de discusión en la legislación y jurisprudencia nacionales.²³

A. Condiciones de índole temporal y espacial

En términos de *temporalidad*, “el derecho internacional humanitario se aplica desde la iniciación de tales conflictos armados y se extiende más allá de la cesación de hostilidades hasta que se haya logrado una conclusión general de la paz; o en caso de conflictos internos, cuando se logre un arreglo pacífico”.²⁴ Sobre

22. Justificaremos esa relevancia en la introducción del apartado correspondiente.

23. Basta mencionar que, para establecer la existencia del conflicto armado interno, se aplican el Artículo 3 común y el Artículo I del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra. A la luz de esos preceptos, de lo que se trata es de excluir de la categoría de *conflicto armado interno* los casos de “meros disturbios civiles, revueltas esporádicas o actos terroristas aislados” sin perder de vista la “naturaleza voluble de los conflictos actuales”. Para el efecto, la jurisprudencia internacional (IPIY y TPIR, especialmente) ha definido los siguientes parámetros básicos: (i) el carácter prolongado de la violencia armada, (ii) la intensidad del conflicto y (iii) el nivel de organización de las partes. La Corte Constitucional se detiene en el estudio sobre la existencia del conflicto armado, en sentencia C-291 de 2007, sección D, punto 1.1, reiterada en sentencias C-080 de 2018 y C-084 de 2016. Sobre la distinción con los disturbios interiores o tensiones internas, la Corte Constitucional cita también a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 – Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997).

24. Traducción de la Corte Constitucional para un extracto de la decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY, de 2 de octubre de 1995, Caso del Fiscal vs. Dusko Tadic, No. IT-94-1-AR72.

la conexidad *geográfica* el TPIY ha dicho que “no es necesario que el combate haya ocurrido en el área donde ocurrieron los crímenes”.²⁵ Como se dijo en el caso Brdjanin, “al enlazar los delitos al conflicto armado no es necesario establecer que las actividades de combate ocurrieron en el área donde se alega que sucedieron los crímenes”.²⁶ Este mismo sentido se estableció en el caso Blaskic.²⁷

Conjugados ambos criterios, “los delitos pueden ocurrir temporal y geográficamente remotos del lugar y tiempo donde efectivamente ocurre la lucha”, toda vez que “el Derecho Internacional Humanitario se aplica en la totalidad del territorio, independientemente de que el combate ocurra o no en ese lugar”.²⁸ En el caso contra Kunarac, Kovac y Vokovic así se determinó: no existe una correlación necesaria entre el área donde efectivamente esté teniendo lugar la lucha y el alcance geográfico de las leyes de la guerra. Las leyes de la guerra se aplican en la totalidad del territorio de los Estados beligerantes [...] [E]l requisito de que los actos del acusado estén estrechamente relacionados con el conflicto armado no se negaría si los crímenes estuvieran temporal y geográficamente remotos de donde efectivamente se lucha.²⁹

25. Human Rights Watch (HRW), “Genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad”, *op. cit.*, p. 21.

26. TPIY, Sala de Primera Instancia, 1 de septiembre de 2004, párr. 123 (traducción de HRW, *op. cit.*). Postura reiterada en los casos Tadic (Sala de Apelaciones, 2 de octubre de 1995, párr. 70) y Simic, Tadic y Zaric (Sala de Primera Instancia, 17 de octubre de 2003, párr. 105).

27. TPIY, Sala de Primera Instancia, 3 de marzo de 2000, párr. 69 (traducción de HRW, *op. cit.*): “Esto no significa que todos los crímenes deben haber sido cometidos en la región geográfica precisa donde tenga lugar un conflicto armado en un momento determinado”.

28. Las dos citaciones de este párrafo: Human Rights Watch (HRW), “Genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa Humanidad”, *op. cit.*, p. 67.

29. TPIY, Sala de Apelaciones, 12 de junio de 2002, párr. 57 (traducción de HRW, *op. cit.*). Postura iniciada en el caso Tadic y que se reitera en el caso Halilovic (Sala de Primera Instancia, 16 de noviembre de 2005, párr. 26): “La Sala de Apelaciones en el caso Tadic sostuvo que hasta que se alcanzara una conclusión general de paz o un arreglo pacífico, continúa aplicándose

Incluso el DIH ha reiterado que “[a]un si no ocurrieran choques substanciales en [la región específica] en el momento y lugar en que los crímenes que se alega fueron cometidos [...] se aplica el Derecho Internacional Humanitario”.³⁰ La Corte Constitucional, en Sentencia C-291 de 2007 acoge la línea sentada en el ámbito internacional y reafirma que el DIH es aplicable no solo “a los lugares en los que materialmente se desarrollan los combates u hostilidades armados”. Por consiguiente, enfatiza que “cuando se trata de hechos o situaciones que tienen lugar en donde no se desarrollan directamente los combates, para la aplicación del DIH” basta constatar que “los crímenes alegados estuviesen relacionados de cerca con las hostilidades desarrolladas en otras partes de los territorios controlados por las partes del conflicto”.³¹ Esto es una remisión al criterio material para verificar la relación cercana y suficiente con el conflicto armado en esos casos.

Esta línea también es recogida por la SP-CSJ en la aplicación a casos concretos, al afirmar que no se pueden imponer criterios de inmediatez o concomitancia con las hostilidades o combates y que tampoco existe una medida rígida de proximidad espacial ni temporal con estos. En sentencia SP15512-2014, reiterando un pronunciamiento anterior de la sala penal,³² acoge la línea del TPIY y su reiteración por el TPIR y la CPI,³³ para afirmar que no es necesario que exista un vínculo directo entre la conducta y el el Derecho Internacional Humanitario, ‘en la totalidad de los Estados beligerantes, o en el caso de conflictos internos, en la totalidad del territorio bajo el control de una de las partes, independientemente de que el combate tenga lugar allí o no’” (énfasis en el original, traducción de HRW). También en el caso Limaj y otros (Sala de Primera Instancia, 30 de noviembre de 2005, párr. 84).

30. El Fiscal vs. Kordic y Cerkez, Sala de Primera Instancia, 26 de febrero de 2001, párr. 32 (traducción de HRW, *op. cit.*).

31. La Corte Constitucional cita y traduce de TPIY, caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.

32. CSJ-SP, 31 de agosto de 2011, Rad. 36125.

33. Remite específicamente a las sentencias de apelación emitidas en los casos Kunarac (TPIY, párr. 58), Rutaganda (TPIR, párr. 570-572) y Lubanga (CPI, párr. 287).

conflicto armado en el sentido de que aquella no tiene por qué producirse en medio del fragor del combate [...] basta con que exista una relación de cierta proximidad entre la conducta y las hostilidades que se están desarrollando en cualquier otro lugar del territorio controlado por las partes contendientes, de manera que se pueda afirmar que su comisión o la manera de llevarse a cabo se encuentra influenciada por la existencia del conflicto armado.

En la misma sentencia SP15512-2014 de la CSJ, al examinar las circunstancias de comisión de las conductas de acceso carnal violento y tortura llevadas a su conocimiento vía casación, encontró el nexo existente con el conflicto armado, bastándole valorar las pruebas que daban cuenta de la presencia de actores armados de diferentes grupos, en un marco temporal y espacial amplio, atendiendo a la dinámica del conflicto a nivel regional (región del Catatumbo), sin necesidad de focalizar el nivel más local ni la concomitancia o inmediatez entre las conductas y el desarrollo de hostilidades o acciones armadas específicas.

Vale destacar que la concomitancia o proximidad temporal y espacial con ataques, hostilidades o combates es apenas una de las tantas modalidades reconocidas en el Auto 092 de 2008 en la lista no taxativa de hipótesis fácticas de la violencia sexual confeccionada por la Corte Constitucional.³⁴ En ese auto, además, se hace referencia a la conexidad temporal y espacial entre conflicto armado, desplazamiento forzado y violencia sexual, cuando esta se concreta en los lugares de recepción a los que se han tenido que trasladar forzosamente las mujeres.

Otro antecedente importante es la Sentencia SP-5333-2018 de la CSJ (Justicia y Paz)³⁵ que focalizó el histórico del conflicto

34. Corte Constitucional, Auto 092 de 2008, Sección III.1.1.2

35. Que se ocupó de las violaciones a los derechos humanos cometidas por el Bloque Pacífico-Héroes del Chocó y Frente Suroeste de las Autodefensas, incluyendo cargos por violencia sexual que inicialmente no habían sido

armado en el Chocó, identificando la presencia de diferentes grupos armados en ese territorio y sus prácticas en la región, aunque no estuvieran explícitas en sus normas ni política organizacional, sin restringir el análisis a la coincidencia temporal y espacial con las acciones armadas. Concluyó que la acción de los actores armados no consistió en realidad en una estrategia contrainsurgente (como aparentemente se podía inferir de sus estatutos). Más que eso, sus actividades se dirigieron “como una forma de dominio y poder sobre la población civil” (p. 60) que redundó en el desplazamiento masivo de comunidades negras e indígenas y en diversos casos de desplazamiento individual.

B. Condiciones de índole material o causal

En términos *materiales*, para establecer el tipo de hechos de que se trata se debe verificar que haya una *relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto*, tal como lo sistematiza la Corte Constitucional a partir de diversos pronunciamientos del TPIY en los que se usa la expresión “*closely related to the hostilities*.”³⁶ Asimismo, en el marco del DIDH la Corte ha establecido una interpretación amplia del conflicto armado en tanto las expresiones con ocasión, en contexto o en el marco del conflicto armado “tiene[n] un sentido amplio que obliga al juez a examinar en cada caso concreto las circunstancias en que se ha producido una grave violación de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, el contexto del fenómeno social, para determinar si existe una relación cercana y suficiente con el conflicto armado interno.”³⁷

Para determinar la naturaleza de ese nexo cercano con el conflicto se han desarrollado internacionalmente las siguientes pautas.³⁸

legalizados por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín.

36. Sentencia C-291 de 2007, Sección D, numeral 1.2.3.

37. Corte Constitucional C-781 de 2012.

38. Tomamos como referencia la sistematización realizada por HRW (*op. cit.*).

- **Crimen moldeado o dependiente del ambiente del conflicto:** la relación cercana y suficiente puede establecerse “en la medida en que el crimen sea moldeado por o dependiente del ambiente en el que se ha cometido [en el caso, el ambiente es el conflicto armado]”.³⁹ Esa adjetivación (*moldeado por o dependiente de*), en el caso conocido como *caso del municipio de Foca* (contra Kunarac y otros), se resaltó para distinguir lo que sería “un crimen de guerra de un delito puramente doméstico”.⁴⁰
- **Actuar en desarrollo o bajo la apariencia del conflicto armado:** en el mismo caso contra Kunarac se consideró suficiente establecer que “el perpetrador actuó en desarrollo o bajo la apariencia del conflicto armado”⁴¹ (caso Stakic: “[...] es suficiente establecer que el perpetrador actuó *en apoyo o bajo la cobertura del conflicto armado*”).⁴²
- **No interesa verificar una relación de estricta causalidad con el conflicto sino el rol que este jugó en la comisión de la conducta:** establece que el conflicto armado no debe ser la causa directa del delito, pero sí “debe haber jugado una parte substancial *en la aptitud del perpetrador* para cometerlo, *en su decisión* para cometerlo, *en la manera* en que lo cometió o *el propósito* para el cual se cometió” (énfasis añadido).⁴³

39. TPIY, caso del Fiscal vs. Blagojevic y Jokic, sentencia del 17 de enero de 2005 (traducción de la Corte Constitucional en Sentencia C-291 de 2007).

40. TPIY, caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la Sala de Apelaciones del 12 de junio de 2002, párrafo 58.

41. Extracto tomado y traducido por la Corte Constitucional (C-291 de 2007).

42. El fragmento completo citado y traducido por HRW (*op. cit.*, p. 66) es: “[...] la Fiscalía debe [...] establecer un nexo entre los actos que se alegan cometió el acusado y que supuestamente constituyen una violación a las leyes o costumbres de la guerra y el conflicto armado en cuestión. Respecto a la naturaleza precisa de este nexo, la Sala de Apelaciones ha sostenido que ‘sería suficiente [...] que los crímenes que se alegan estuviesen estrechamente relacionados con las hostilidades que ocurran en otros territorios controlados por las partes en conflicto’” (TPIY, caso contra Stakic, Sala de Primera Instancia, 31 de julio de 2003, párr. 569).

43. TPIY, caso contra Kunarac, Kovac y Vokovic, Sala de Apelaciones, 12 de junio de 2002, párr. 58, traducción de HRW (*op. cit.*). La traducción de la

- No es necesario que la conducta haya sido planeada o apoyada por alguna forma de política de la organización armada. Así manifestado en el caso Kunarac y en el caso Halilovic: “para que exista el nexo requerido, los crímenes no tienen que haber sido planeados ni apoyados por algún tipo de política”.⁴⁴
- Un solo acto puede constituir violación al DIH si se establece el nexo requerido: establecido en el caso Halilovic: “no hay razón por la que un acto aislado único no pudiera constituir una violación a las leyes y costumbres de la guerra, cuando se ha establecido el nexo requerido”.⁴⁵

De forma complementaria, existen algunos hechos indicadores (entre otros⁴⁶) como la *calidad del perpetrador*, la *calidad de las víctimas*, el *propósito* final al que sirve el hecho y *aspectos modales* de la conducta contextualizados a la luz de los *deberes oficiales* del perpetrador. En el caso contra Kunarac y otros, esos factores se enlistaron así:

Para determinar si el acto en cuestión está o no suficientemente

Corte Constitucional en sentencia C-291 de 2007 para ese extracto varía un poco: en lugar de “aptitud” usa la palabra “capacidad” y en lugar de “objetivo” dice “propósito”. Entendimiento reiterado en casos contra Halilovic (Sala de Primera Instancia), 16 de noviembre de 2005, párrs. 29, 726 y Strugar (Sala de Primera Instancia), 31 de enero de 2005, párr. 215. A propósito de ese desarrollo jurisprudencial construido para darle contenido al nexo cercano y suficiente, desde el espacio de 5 Claves hemos puesto de presente la relevancia y aplicabilidad de la tesis del nexo circunstancial o indirecto en el marco del nuevo sistema de justicia transicional en Colombia. Véase 5 Claves, concepto de 28 de julio de 2017 dirigido a la Corte Constitucional dentro del expediente RPZ-003, en el marco del examen de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017.

44. TPIY, caso contra Halilovic, Sala de Primera Instancia, 16 de noviembre de 2005, párr. 724.

45. Ibidem.

46. En efecto, el TPIY usa la expresión latina *inter alia*, indicando que no se trata de una lista taxativa o exhaustiva.

relacionado con el conflicto armado, la Sala de Primera Instancia puede tomar en consideración [...] los siguientes hechos: el hecho de que el perpetrador sea un combatiente; el hecho de que la víctima sea no combatiente; el hecho de que la víctima sea un miembro de la parte opuesta; el hecho de que pueda decirse que el acto sirve al propósito final de una campaña militar, y el hecho de que el delito sea cometido como parte de o dentro del contexto de los deberes oficiales del perpetrador.⁴⁷

El “Marco Analítico Conceptual de la Violencia Sexual en Conflictos” elaborado en 2011 por el Comité Directivo de la Campaña de las Naciones Unidas contra la Violencia Sexual en los Conflictos⁴⁸ ofrece una lectura sintética de esos hechos indicadores:

No es necesario que la violencia sexual esté orquestada explícitamente hacia la obtención de ventajas militares para que sea pertinente al cometido del Consejo de Seguridad. La definición es más amplia y estriba en una combinación de *quiénes* (las características de las víctimas y los perpetradores), *qué* (los elementos del delito), *cómo* (el método) y *por qué razón* (el motivo)⁴⁹ (p. 3).

47. TPIY, caso contra Kunarac, Kovac y Vokovic, Sala de Apelaciones, 12 de junio de 2002, párr. 59 (traducción de HRW, *op. cit.*). Esta referencia es invocada por la SP-CSJ en Sentencia SP15512-2014.

48. Ese marco analítico se elaboró (según se explica el Comité Directivo de la campaña) con el propósito de definir el alcance del concepto de “violencia sexual en los conflictos” y estandarizar la información contenida en los informes que se preparan y dirigen al Consejo de Seguridad y a otros órganos mundiales, de manera que los datos proporcionados “sean comparables entre distintas situaciones sobre el terreno y a lo largo del tiempo” y “se preste mayor atención a los nexos entre la violencia sexual y el marco más amplio de los conflictos y la consolidación de la paz”.

49. Citamos la nota de resumen generada por la campaña, disponible en: http://stoprapenow.org/uploads/keydocuments/analyticalframework_sp.pdf.

En vigencia del AFP, algunas de estas pautas se encuentran en el Acto Legislativo 01 de 2017.⁵⁰ En su artículo transitorio 23, literal b, se incorporó la referida a la *influencia, rol o papel del conflicto en la comisión de la conducta* y delimitó descriptivamente los diferentes supuestos fácticos:

Artículo transitorio 23: “*Competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz*. La Jurisdicción Especial para la Paz tendrá competencia [...]. Para el efecto se tendrán en cuenta los siguientes criterios: [...]b) Que la existencia del conflicto armado haya influido en el autor, partícipe o encubridor de la conducta punible cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, en cuanto a:

- Su capacidad para cometerla, es decir, a que por razón del conflicto armado el perpetrador haya adquirido habilidades mayores que le sirvieron para ejecutar la conducta.
- Su decisión para cometerla, es decir, a la resolución o disposición del individuo para cometerla.
- La manera en que fue cometida, es decir, a que, producto del conflicto armado, el perpetrador de la conducta haya tenido la oportunidad de contar con medios que le sirvieron para consumarla.
- La selección del objetivo que se proponía alcanzar con la comisión del delito”. (Subrayas añadidas al texto original).

En la Sentencia C-080 de 2018 la Corte Constitucional precisó que “no se puede hacer primar de manera absoluta un criterio sobre el otro para definir la conexidad con el conflicto”.⁵¹

50. Aunque esa disposición hace parte del capítulo sobre “normas aplicables a los miembros de la fuerza pública”, el entendimiento de la Corte Constitucional, en Sentencia C-080 de 2018, es que ello no obsta para que tales criterios “se puedan extender a otros actores”, toda vez que “se inspiran en la jurisprudencia internacional que ha desarrollado dichas directrices para todas aquellas personas responsables de hechos en el marco del conflicto armado”.

51. La Corte Constitucional resumió esos criterios en siete puntos: “[...] (i) el responsable del hecho –ya sea civil o combatiente–; (ii) que el hecho

En las tres subsecciones que siguen, profundizaremos en tres bloques temáticos que se derivan de las pautas que dan contenido al criterio de índole material (arriba enlistadas) y que cobran relevancia para el examen de la conexidad entre la violencia sexual y el conflicto armado:

En primer lugar (punto 1), nos detendremos en la presunción constitucional de relación cercana y suficiente (Auto 009 de 2015), argumentando que, en el ámbito nacional, ese es un parámetro normativo especial y vinculante que fija el alcance del nexo cercano y suficiente (núcleo del criterio material de aplicación del DIH) en el abordaje de la violencia sexual.

Enseguida (punto 2), enfatizaremos en la calidad de las víctimas. Por un lado, porque observamos que en algunas decisiones de la JEP se viene perdiendo de vista la protección constitucional reforzada de las mujeres y niñas como un elemento de valoración fundamental. Las menciones que refuerzan estereotipos perjudiciales de género y la lectura de la violencia sexual como un asunto privado evidencian que continúa siendo necesario recordar a los operadores judiciales la calidad de sujetos de especial protección de quienes son las víctimas mayoritarias de estos hechos. Allí posicionaremos también el abordaje diferencial (con mirada interseccional), la situación especial de las víctimas de violencia sexual en el contexto intrafilas y la consideración de que la violencia por prejuicio contra personas LGBT constituye violencia de género.

constituya una infracción al Derecho Internacional Humanitario; (iii) que hubiere ocurrido en la zona geográfica del conflicto; (iv) que la existencia del conflicto armado hubiere influido en la capacidad del responsable de cometer la conducta, o en su decisión de cometerla, o en su forma de cometerla, o en el propósito de cometerla; (v) que el conflicto armado le haya dado al responsable la oportunidad de cometer la conducta; y (vi) que el objetivo del responsable de la conducta hubiere sido obtener una ventaja militar frente al adversario o, por el contrario, un interés personal de obtener enriquecimiento ilícito”.

Finalmente (punto 3), haremos algunas consideraciones sobre la influencia, rol o papel del conflicto en la comisión de las conductas por tratarse de una pauta incorporada explícitamente en el Acto Legislativo 01 de 2017 y porque los aspectos problemáticos encontrados en las decisiones emitidas por la JEP en materia de violencia sexual guardan relación con interpretaciones que acaban por confluir en esa pauta. Además, este bloque temático atrae por afinidad otras pautas de las enlistadas, como las atinentes a la finalidad, los aspectos modales de la conducta y los contextos a los que puede obedecer. No nos detendremos en la calidad de perpetrador por considerar que es un asunto más relacionado con la competencia personal de la JEP. En lo que se refiere al ámbito material de competencia se debe concluir que demostrada la condición de actor armado del perpetrador de la conducta sexual ya estaría acreditado uno de los presupuestos para presumir la relación con el desarrollo del conflicto armado, a la luz del Auto 009 de 2015 de la Corte Constitucional. Vale la pena recordar que las reglas de competencia de la JEP también cobijan la posibilidad de someter a su conocimiento conductas de civiles colaboradores y agentes del Estado no miembros de la Fuerza Pública.

1. Presunción constitucional de relación cercana y suficiente: parámetro normativo especial de aplicación del criterio de índole material en los casos de violencia sexual

La existencia del conflicto armado en Colombia produce riesgos basados en el género⁵² que surgen y se concretan afectando a poblaciones específicas, principalmente mujeres, niñas y personas

52. Esto es, riesgos que se derivan de las posiciones de desigualdad y desventaja social en la que se encuentran determinados sujetos en virtud de lo que culturalmente es considerado femenino o masculino, a partir de las diferencias sexuales y de los atributos opuestos que se asignan a las personas en función de esas diferencias.

LGBT. Así se desprende de los autos ya reseñados de la Corte Constitucional: el conflicto aumenta el riesgo de sufrir violencia sexual y esta puede ocasionar el desplazamiento forzado o potencializarse como consecuencia de este y, en esa medida, es reconocido como una “situación fáctica alarmante por ser abiertamente lesiva de los derechos humanos en su integridad y de los postulados más básicos del Derecho Internacional Humanitario que ampara a las mujeres como víctimas del conflicto armado”. Así se refieren a la violencia sexual en la Sentencia C-781 de 2012: “Una práctica habitual, extendida, sistemática e invisible en el contexto del conflicto armado colombiano”.

En el Auto 009 de 2015 se verificó la continuidad de determinados factores que potencian la concreción del riesgo de violencia sexual y que exacerbaban de manera desproporcionada sus impactos. En esa ocasión ordenó tales factores en dos grupos: *de orden contextual* y *de orden subjetivo*. El primero incluye dos situaciones: (i) “la presencia de actores armados en los territorios” y su influencia “sobre la vida individual, familiar, organizativa y comunitaria de las mujeres”, y (ii) la ausencia o debilidad institucional frente a los fenómenos de violencia sexual contra las mujeres. Los factores subjetivos son los enfoques subdiferenciales (de edad, pertenencia étnica o racial, condición de discapacidad y orientación sexual o identidad de género diversas).

Ambos factores conforman el fundamento de la presunción constitucional de relación cercana y suficiente de los hechos de violencia sexual con el conflicto armado cuando se verifique: “(i) la ocurrencia de una agresión sexual, y (ii) la presencia de actores armados —cualquiera que sea su denominación o modus operandi— en las zonas del país en las que ocurren estas agresiones”.⁵³ Como lo explica la Corte Constitucional, la presencia de actores armados en los territorios da lugar al riesgo de violencia sexual, “independientemente de que se presenten hostilidades”, ya que suele implicar “el control o la apropiación

53. Auto 009 de 2015, apartado VII.1.

de las esferas públicas y privadas de la vida de las mujeres”.⁵⁴

La ausencia o debilidad de la institucionalidad estatal en los territorios para adelantar acciones concretas de prevención de la violencia sexual, así como de atención y protección a las víctimas, tiene un vínculo con la “capacidad de injerencia y el ejercicio de diversas formas de violencia sexual por parte de los actores armados”⁵⁵ que se abre paso en tal escenario de inacción estatal. En otras palabras, “entre mayores sean las dificultades y barreras para el ejercicio de las libertades básicas y el goce efectivo de derechos económicos, sociales y culturales, mayor será la propensión de la población civil femenina a ser víctima de violencia sexual por parte de los actores armados”.⁵⁶

La constatación de que en desarrollo del conflicto armado la violencia sexual se configura como un riesgo real que merece acción estatal direccionada a su prevención y enfrentamiento, y que existen factores objetivos que potencian su materialización, nos lleva a reiterar lo que desde el espacio de 5 Claves hemos puesto de manifiesto ante el SIVJRN en anteriores oportunidades: debe superarse la visión sesgada y superficial que explica apriorísticamente la violencia sexual como un hecho aislado o como un acto individual, deliberado e inconexo con el contexto de la guerra. Para superar esa lectura es preciso dar cuenta del entrecruzamiento de la presencia de los actores armados en los territorios y del contexto de precariedad institucional.

La Corte Constitucional reconoce el carácter complejo y multicausal del conflicto colombiano. En la Sentencia C-781 de 2012, para determinar el alcance de la expresión “con ocasión del conflicto armado” manifestó que:

La noción de conflicto armado interno [...] recoge un fenómeno

54. *Ibidem*, sección II, numeral 3.1.1.

55. *Ibidem*, numeral 3.1.2.

56. *Ibidem*.

complejo que no se agota en la ocurrencia de confrontaciones armadas, en las acciones violentas de un determinado actor armado, en el uso de precisos medios de combate, o en la ocurrencia del hecho en un espacio geográfico específico, sino que recoge la complejidad de ese fenómeno en sus distintas manifestaciones y aún frente a situaciones en donde las actuaciones de los actores armados se confunden con las de la delincuencia común o con situaciones de violencia generalizada.⁵⁷

Así, ante la presencia de dudas sobre la verificación del criterio material o causal en un caso concreto, la presunción de relación cercana y suficiente de los hechos de violencia sexual con el conflicto armado constituye un marco especial y vinculante que no puede ignorarse.

2. Calidad de la víctima

Son cuatro los aspectos relativos a la calidad de las víctimas que se tornan cruciales en la valoración del nexo de la violencia sexual con el conflicto armado: (i) las mujeres y niñas como principales víctimas de este tipo de violencia; (ii) los enfoques “sub-diferenciales” establecidos por la Corte Constitucional y el análisis interseccional; (iii) el escenario intrafilas y la calidad de combatiente de las víctimas como elemento que reafirma la conexidad de los hechos con el conflicto armado; y (iv) la violencia por prejuicio ejercida contra las personas LGBT como forma de violencia basada en el género.

57. Sentencia C-781 de 2012 (decisión adoptada por la Sala Plena de la Corte Constitucional), numeral 5.4.3, a propósito del examen de constitucionalidad del artículo 3 (parcial) de la Ley 1448 de 2011 relativo a la “definición operativa de víctima”. Esa lectura amplia para interpretar la expresión “con ocasión” ha sido acogida por la Sección de Apelaciones del Tribunal para la Paz (TP-SA) de la JEP (Auto 019 de 2018, párr. 11.1 y ss. y Auto 171 de 2019, párr. 12).

2.1 Mujeres y niñas: principales víctimas de violencia sexual en el conflicto armado

En el Auto 092 de 2008, la Corte Constitucional focalizó y describió en detalle las facetas de género del conflicto armado y los riesgos extraordinarios de género que caracterizan el impacto desproporcionado del conflicto en la vida de las mujeres y niñas. La violencia sexual es reconocida como un riesgo específico y una modalidad de violencia que afecta mayoritariamente a las mujeres y a las niñas. En el Auto 009 de 2015, el contenido de esos riesgos se actualizó de acuerdo con las condiciones específicas de vulnerabilidad que las mujeres en su diversidad enfrentan (a ello nos referiremos en el punto 2.2.).

La CSJ-SP (Sentencia SP15901-2014)⁵⁸ ha acogido plenamente la perspectiva de protección reforzada de las mujeres del Auto 092 de 2008 y considera como fundamento básico “las numerosas situaciones de especial vulnerabilidad a las que están expuestas las mujeres en el marco del conflicto, no como cualquier víctima [...] y que, por lo tanto, no soportan los hombres” (p. 29).

En la misma sentencia, la CSJ refirió que: a todos estos riesgos están sometidas más directamente las mujeres combatientes; pero también las sufren las compañeras, esposas, hermanas y madres de los combatientes, así como las integrantes de organizaciones sociales, comunitarias o políticas de mujeres o las de minorías étnicas o raciales. A esos riesgos no son ajenas todas y cada una de las mujeres que habitan en los territorios de influencia de uno cualquiera de los actores armados. En otras palabras, no se hace necesaria la vinculación directa de la mujer con uno de los actores del conflicto o su participación en la contienda para ser víctima del conflicto armado, pues en calidad de población civil [...] resulta especialmente expuesta a ser victimizada (p. 30-31).

58. Pronunciamiento que consideramos pertinente citar en este punto por tratarse de una aplicación práctica de las consideraciones del Auto 092 de 2008 en un caso concreto en la jurisdicción penal.

2.2 Los enfoques “sub-diferenciales” y la pertinencia del análisis interseccional

El Auto 009 de 2015 enfatizó las características “sub-diferenciales” que pesan como factores de incremento de la condición de vulnerabilidad y del riesgo de sufrir violencia sexual. La pertenencia étnica-racial, la orientación sexual e identidad y/o expresión de género, la edad, la discapacidad, el rol de liderazgo social y político, entre otros, configuran los llamados enfoques sub-diferenciales reconocidos por la Corte Constitucional en el Auto 009 de 2015 para sustentar la protección especial constitucional de las mujeres, de acuerdo con factores diferenciados de vulnerabilidad social, de discriminación y de exposición al riesgo, en materia de violencia sexual. No se trata simplemente de clasificar a las víctimas de acuerdo con características identitarias, sino que se pretende producir un análisis que cuestione cómo operaron los marcadores sociales de diferencia, cómo se tradujeron en factores de discriminación (múltiples y entrecruzados), de riesgo y de vulnerabilidad, y cómo, atendiendo a otros elementos de contexto, fueron moldeando la selección de las víctimas y las prácticas o modalidades concretas de victimización. En otras palabras, la afirmación de la diversidad y pluralidad de las víctimas constituye un factor que debe reconocerse para identificar las particularidades en la victimización en los impactos y en las formas de afrontamiento de las víctimas.

Así, la mirada interseccional cobra relevancia como un “enfoque localizado y contextualizado” –siguiendo a Mara Viveros (2016) – y no debe olvidarse en el abordaje judicial de la violencia sexual asociada al conflicto.

El trabajo de memoria realizado sobre la situación de las mujeres y niñas wayúu en Bahía Portete (CNRR-Grupo de Memoria Histórica, 2010) y el análisis judicial sobre la situación de las mujeres negras en el Chocó, materia de la sentencia sobre el caso del Bloque Pacífico-Héroes del Chocó y Frente Suroeste de las

Autodefensas (SP-CSJ, 2018) son aplicaciones claras de cómo el entrecruzamiento de raza o pertenencia étnica y género ya está siendo incorporado en la construcción de la verdad judicial y extrajudicial sobre la violencia sexual relacionada con el conflicto armado.

2.3 La calidad de combatiente y de niñas ilícitamente reclutadas de las víctimas reafirma el nexo⁵⁹

Las referencias a la jurisprudencia internacional por la Corte Constitucional, y citada por la SP-CSJ aluden al criterio de la calidad de *no combatiente* o de *puesta fuera de combate* de la persona considerada víctima. No obstante, el estado actual de cosas supera la visión de que solo las personas no combatientes pueden ser víctimas de violencia sexual en desarrollo del conflicto armado. Es el caso de la violencia sexual contra mujeres y niñas en el escenario o contexto de la vida intrafilas. La violencia sexual en el contexto intrafilas ha sido reconocida como parte del repertorio de violencias ejercidas por los actores armados en el marco del conflicto armado. La conexidad con el conflicto armado no puede ser puesta en duda en virtud de la calidad de *combatiente* de las víctimas o de *niñas ilícitamente reclutadas*. De la misma manera, la calificación jurídica como crimen de guerra o de lesa humanidad tampoco puede ponerse en entredicho por tal motivo, no solo porque el escenario intrafilas se encuentra inequívocamente vinculado al desarrollo del conflicto armado, sino porque dicha calidad no se encuentra necesariamente excluida del ámbito de protección del DIH, tal como la jurisprudencia penal internacional ya lo ha reconocido.

En el caso de Bosco Ntaganda, la CPI (Cámara de Apelaciones) adoptó esa postura al señalar que el DIH prohíbe la violación y otras formas de violencia sexual, e indicó que, si bien la mayoría de las prohibiciones expresas de la violación y la esclavitud sexual

59. Apartado elaborado a partir de los aportes suministrados por la organización Women's Link Worldwide.

bajo el DIH aparecen en contextos relativos a la protección de civiles y personas puestas fuera de combate por estar en poder de una parte en conflicto, estas protecciones explícitas no definen exhaustivamente o limitan el alcance de la protección contra tal conducta. Por consiguiente, estas conductas se entienden prohibidas en todo momento, tanto en tiempos de paz como durante los conflictos armados, y contra *todas las personas, independientemente de su condición jurídica*.⁶⁰

En el contexto de Justicia y Paz, en el caso de los postulados Olimpo de Jesús Sánchez y otros (exintegrantes del extinto Ejército Revolucionario Guevarista – ERG y del Frente “Ernesto Che Guevara” del Ejército de Liberación Nacional – ELN), en el que se reconoció que las mujeres combatientes en múltiples ocasiones son víctimas de violencia sexual, se sostuvo que las víctimas de aborto forzado, pese a ser militantes de un bando, no pierden su derecho a decidir de forma libre y autónoma sobre su cuerpo y su vida en los ámbitos de la sexualidad y la reproducción. La sentencia emitida por el Tribunal Superior de Medellín (Sala de Justicia y Paz)⁶¹ en este caso, confirmada por la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal),⁶² reconoció que las combatientes están expuestas a formas de violencia de género y sexual al interior de las organizaciones a las cuales pertenecen, en desarrollo del conflicto, y admite la posibilidad de

60. ICC, Cámara de Apelaciones, *Prosecutor vs. Bosco Ntaganda* (situación de República Democrática del Congo), decisión de 4 de enero de 2017, ICC-01/04-02/06, párr. 50 y ss. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_00011.PDF.

61. De 16 de diciembre de 2015, M.P. María Consuelo Rincón Jaramillo. Disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2016/09/2015-12-16-Olimpo-de-Jesus-Sanchez-y-otros.pdf>. Véase una síntesis de esta sentencia en: <https://www.womenslinkworldwide.org/observatorio/base-de-datos/postulado-olimpodejesus-sanchez-caroy-otros>.

62. De 11 de abril de 2018, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, SP1249-2018, Rad. No. 47638. Disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2018-04-11-Olimpo-de-Jesus-Sanchez.pdf>.

que tales conductas configuren crímenes de guerra.⁶³

El CNMH (2017, p. 160 y ss.), por su parte, ha analizado los repertorios de violencia sexual que han tenido lugar al interior de las filas de los diferentes grupos armados y propuso la siguiente tipología a partir de los casos documentados para la producción del informe temático de violencia sexual *La guerra inscrita en el cuerpo*.⁶⁴ (i) el *disciplinamiento*, que incluye la homogeneización de los cuerpos femeninos y masculinos y la regulación de la vida afectiva, de la sexualidad y de las posibilidades de establecer pareja, entre otras. (ii) Las *tensiones en la construcción de cuerpos disciplinados y guerreros con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres* que da lugar a la masculinización de los cuerpos de las mujeres y abre paso a formas de violencia sexual como la renuncia obligada a la maternidad (a través del aborto forzado), la regulación de los embarazos, de la vida sexual y de la planificación (a través de la anticoncepción forzada). (iii) La *disponibilidad de los cuerpos* que lleva a la emergencia de violencias como la violación, la esclavitud sexual, la cohabitación y la desnudez forzadas. Es importante notar que las diferentes modalidades adoptan variadas manifestaciones de acuerdo con el grupo armado de que se trate y la prohibición expresa de algunas de esas conductas en los estatutos de las organizaciones no obsta para que las violencias se cometan, se toleren e incluso se promuevan.

63. Al respecto vale citar el auto de 25 de febrero de 2019 de la Sala de Amnistía e Indulto (SAI) de la JEP, radicado interno SAI-LC-XBM-046, en el que se decidió la solicitud de libertad provisional de Héctor Arboleda Buitrago alias “El Enfermero” quien, entre los años 1998 y 2003, practicó abortos de manera forzada a integrantes de grupos armados ilegales (FARC-EP, ELN y ERG). En dicha decisión, no se puso en duda la relación de tales conductas con el conflicto armado, en cambio, la SAI se apartó de la calificación jurídica realizada por la Fiscalía, dentro del trámite previo seguido en la justicia penal ordinaria que consideró que las actividades realizadas por el procesado podían ser catalogadas como crimen de lesa humanidad o crimen de guerra.

64. Informe elaborado en cumplimiento de la Ley 1719 de 2014.

2.4 La violencia por prejuicio contra las personas LGBT es violencia de género⁶⁵

Existe consenso en que la violencia sexual (relacionada o no con el conflicto armado) se dirige y afecta principalmente a las mujeres y niñas, fundada en valores propios de un sistema patriarcal.⁶⁶ Lo anterior no debe ser causal para dejar de lado la violencia sexual ejercida *por prejuicio* contra las personas lesbianas, gais, bisexuales y trans. Por el contrario, es fundamental entender el mecanismo sobre el que opera la violencia basada en género para poder expandir su definición a la violencia ejercida contra las personas LGBT por motivo de su identidad de género u orientación sexual.

Como ya se ha dado a conocer a la JEP por las organizaciones expertas, las agresiones sexuales hasta ahora documentadas contra las personas LGBT dan cuenta de un vínculo estrecho entre la concepción binaria del género y la violencia impuesta sobre estas víctimas. La asignación de roles y obligaciones sociales de acuerdo con el género incluyen la heterosexualidad obligatoria, la asignación de labores públicas o privadas según el género determinado al nacer y demás características físicas, sexuales, identitarias y políticas que la matriz de inteligibilidad heterosexual impone. Cuando estos elementos hacen parte de la motivación del perpetrador para cometer delitos contra personas percibidas como LGBT se configura un escenario de violencia por prejuicio⁶⁷.

65. Apartado elaborado a partir de las contribuciones realizadas por Colombia Diversa.

66. Esto es, al sistema de organización social que resta valor, inferioriza, subordina y excluye lo considerado femenino y que habitualmente se asocia a las mujeres en cuanto otorga valor y afianza la posición de poder de lo considerado masculino y que habitualmente se asocia a los hombres.

67. Nota de prensa de 29 de marzo de 2019 sobre la entrega de los informes de violencia sexual contra personas LGBT por parte de Colombia Diversa y Caribe Afirmativo: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/Colombia-Diversa-y-Caribe-Afirmativo-entregaron-informes-sobre-violencia-sexual-a>

En el contexto del conflicto armado este tipo de violencia opera cuando un actor armado aprovecha la autoridad, la confianza o la violencia que su rol bélico le ha otorgado para poner orden en los cuerpos disponibles: los hombres fuertes, masculinos, deportistas y heterosexuales; las mujeres delicadas, domésticas, pudorosas y heterosexuales. A esto se refiere ampliamente María Mercedes Gómez y expone dos formas de tratar los cuerpos: mediante la violencia jerarquizante y mediante la violencia excluyente. La primera pretende corregir el mundo y heterosexualizar (y “cisgenerizar”) a los cuerpos. La segunda pretende eliminar por completo de la sociedad lo incorregible, lo que es absolutamente ilegible ante la mirada del perpetrador. Es por esto que la violencia por prejuicio (“aquella que se ejerce en contra de cuerpos por ser lo que son” (Gómez, 2008)) es un derivado más de la violencia basada en género: porque está intentando restablecer la normalidad en el sistema género-sexo-deseo.

Esto no puede explicarse sin atención al entorno social, político, económico y cultural en el que se gesta y sostiene el prejuicio y en el que opera el tipo de violencia ya expuesto. Ser “hombre” en Antioquia desde la mirada de los grupos paramilitares es muy distinto a ser “hombre” en el Pacífico nariñense bajo la mirada de las FARC. En consecuencia, la violencia necesaria para “enderezar” la masculinidad será distinta en ambos casos. El prejuicio y la correlativa violencia pueden referirse a diferentes categorías sociales, entre las cuales la orientación sexual y la identidad de género han sido especialmente invisibilizadas en la teoría y la práctica de la justicia de transición.⁶⁸

[la-JEP.aspx](#). Sobre el tema, es una referencia central el informe producido por el CNMH (2015) “Aniquilar la diferencia. Lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en el marco del conflicto armado colombiano”. Ver también: BUENO-HANSEN, Pascha, “*The Emerging LGBTI Rights Challenge to Transitional Justice in Latin America*”, en: *International Journal of Transitional Justice*, 2017, 0, p. 1-20.

68. Otras categorías sociales que pueden llevar a violencia por prejuicio son: la raza (o la racialización), la pertenencia étnica, la clase, la condición de discapacidad y la ideología política.

En ese contexto que impone jerarquías sobre lo femenino y lo masculino, muchos de esos cuerpos (especialmente los cuerpos de las personas LGBT) han sido tenidos por los actores armados como personas desviados que pueden ser *corregibles* o *higienizados* (CNMH, 2017, p. 131 – 157). Quiere decir que se trata de una violencia que se materializa y explica a partir de *contextos discriminatorios*. Esa constatación es esencial para develar el nexo entre la violencia sexual y el conflicto armado. Para ello, resulta necesario resaltar la importancia de identificar (i) la *intención prejuiciosa o discriminatoria* del perpetrador a partir de la revisión de los elementos contextuales que lo dotan de una mirada particular sobre las víctimas y (ii) el *contexto discriminatorio*, como un elemento de prueba en sí mismo, que implica atender a los factores sociales, culturales, políticos y económicos en los que se gesta y sustenta el prejuicio contra las personas que no se ajustan a las normas de género predominantes.

Al evaluar la intención prejuiciosa o discriminatoria es necesario tener presente que la violencia puede adoptar una modalidad *simbólica* o *instrumental*, lo que equivale a distinguir, respectivamente, el *fin prejuicioso de la victimización* y la *selección prejuiciosa de la víctima*. Esto es relevante porque permite advertir que la *animosidad u hostilidad* sentida por el agresor hacia alguna característica perceptible de la víctima (elemento presente en el primer tipo) no es indispensable para revelar que se trata de un crimen motivado en el prejuicio. El perpetrador puede no sentir animosidad, pero sí *adjudicar* a la víctima rasgos que para él son suficientes para cometer la agresión. El contexto discriminatorio es lo que puede ofrecer los hechos indicadores de la materialización de alguna de esas modalidades.

Todo esto cobra sentido al develar los graves impactos que la discriminación alcanza en el marco del conflicto armado, que tienen que ver con tres aspectos: (i) el objeto de la conducta violenta ultrapasa la individualidad o afirmación identitaria de la persona víctima puesto que involucra un atentado contra el grupo

social al cual ella pertenece (o al que el perpetrador presume que pertenece); (ii) el ataque comunica, como mensaje simbólico contundente, el rechazo social hacia las personas consideradas transgresoras del sistema de género binario y heteronormativo; (iii) frente a esta forma de violencia se instala como regla la impunidad social e institucional (especialmente en el ámbito judicial) y se reafirman los estereotipos perjudiciales de género que actúan como legitimadores de aquella.⁶⁹

Así pues, se plantea un desafío a la justicia transicional en dos niveles. Primero, para identificar cuáles imaginarios negativos, sobre cuáles cuerpos y con base en que rasgos identitarios se justificaron las violencias hacia esas personas. Segundo, una vez reconocidas las características de la violencia y su fuerte arraigo cultural, para acoger las demandas de esclarecimiento judicial de las víctimas y así promover una verdad judicial que apoye la no repetición de las conductas.

Finalmente, estas reflexiones no solo ofrecen herramientas para establecer la relación de la violencia por prejuicio contra personas LGBT con el conflicto armado, sino que, al identificarse la motivación que antecede los casos de violencia sexual contra las personas con orientaciones sexuales y/o identidades de género diversas (real o percibida), se posibilita el encuadramiento de esas conductas en la calificación jurídica concurrente del *crimen internacional de persecución* acerca del cual ya existe un vasto desarrollo en cuanto a su tipificación penal en el ámbito de los tribunales internacionales.⁷⁰

69. La CIDH ha llamado la atención sobre las investigaciones judiciales deficientes en casos de violencia por prejuicio. Ver “Informe sobre violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América”. OEA/Ser.L/V/II. Rev. 2. Doc. 36, 2015, párr. 44.

70. Destacamos los siguientes documentos a los cuales remitimos: (i) Organización de las Naciones Unidas. *Agreement for the Persecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*. Londres, 8 de agosto de 1945. (ii) Estatuto para el TPIY (art. 5). (iii) TPIY, *Chamber of Judgement, Prosecutor vs. Dusko Tadic, Opinion and Judgement*, No. IT-94-I-T, Tr. Ch. II, 7 de mayo de 1997, párr. 697. (iv) TPIY, *Chamber of Appeals. Prosecutor vs. Dusko Tadic, Opinion*

3. El rol sustancial del conflicto armado en decisión, comisión, modo de comisión o finalidad para la que se cometió el delito sexual

Sobre la cuestión de discernir si el conflicto armado ha tenido influencia y cómo en la decisión, capacidad, motivación, modo de comisión u objetivo perseguido por el perpetrador al cometer el crimen, destacamos dos ámbitos de análisis que deberían necesariamente conjugarse al examen factual de la relación de causalidad directa o indirecta sugerida en la acción de influir o influenciar y a los que la aplicación del Artículo 23 del Acto Legislativo 01 de 2017 debería atender.

Por un lado está *la contextualización de la violencia sexual* con el fin de superar los enfoques que reducen el fenómeno complejo de la violencia sexual a la lectura simplista y apriorística que la explica siempre como oportunista (que interpretan erradamente como ligada solo al interés individual del agresor) o como mero daño colateral de la guerra (por ende, inevitable). Además, también está la *heterogeneidad de la violencia sexual* cuya observación hace parte de un proceso amplio de captación de datos fácticos (no solo cuantitativos) que, servido de las metodologías de las ciencias sociales, es la base para comprender y describir las conductas y el fenómeno al que ellas se refieren en su doble carácter: social y jurídico.

En la contextualización de la violencia sexual, los aspectos sociopolíticos y político-militares son cruciales para comprender los factores que facilitan o favorecen la ocurrencia de ese tipo de violaciones a los derechos humanos. Sobre la *dimensión sociopolítica*, 5 Claves, en recomendaciones dirigidas con anterioridad a la CEV (ver concepto de 26 de junio de 2018)⁷¹ subrayó la relevancia de comprender la violencia sexual “como una forma

and Judgement, No. IT-94-I-A, 15 de julio de 1999, párr. 305. (v) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (art. 7.1.h).

71. Páginas 4 a 6.

de discriminación, disciplinamiento y dominación” y como “una expresión de la masculinidad patriarcal”. Es importante ver que ese “disciplinamiento no solo se ejerce sobre las mujeres victimizadas, sino que se extiende hacia las otras mujeres, los otros hombres, la comunidad y el propio victimario, al punto que la violencia sexual se normaliza y se vuelve un ejercicio naturalizado mediante el cual se domina”. Para el análisis de esta dimensión, son elementos que requieren documentación: (i) las finalidades, que pueden estar referidas, entre otras, a dominar, regular, callar, obtener información, castigar, despojar, exterminar, recompensar o cohesionar; (ii) las circunstancias que rodearon el ataque sexual; (iii) las respuestas de la comunidad ante el mismo; (iii) el refuerzo o actualización en la comunidad de los ideales y estereotipos de género sobre lo femenino y lo masculino y (iv) la respuesta o ausencia de respuesta de las instancias estatales ante las denuncias de las mujeres.

En la *dimensión político-militar* es central comprender la *funcionalidad* (intencional o no, planeada o no) de la violencia sexual. Elementos posibles (no exhaustivos) para tal análisis, que 5 Claves ha revelado, son: (i) los *patrones fácticos de comisión de la violencia sexual* documentados y sistematizados por la jurisprudencia constitucional (y las lecturas correlacionadas de los mismos que la Corte Suprema de Justicia ha venido construyendo); (ii) los *avances y retrocesos perceptibles en el control territorial* por parte de los actores armados; (iii) los *cambios en el tiempo* que permitan mostrar *patrones de conducta similares o la discontinuidad* de los mismos con el fin de entender de manera histórica y antropológica las lógicas de la guerra y la victimización de las mujeres (incluidas las mujeres trans) y de hombres percibidos como femeninos por los perpetradores o feminizados mediante el ataque sexual; (iv) *finalidades explícitas de ventaja militar o política*; (v) *impactos y nuevas vulneraciones* de derechos humanos (abandono de tierras, bienes y cultivos, desplazamiento hacia otros lugares, renuncia a la lucha social o política, renuncia a la educación o a la salud); (vi) *recurrencia* del uso de violencia sexual por parte de los grupos

armados contra *mujeres enroladas en grupos armados declarados como enemigos*; (vii) *recurrencia* de la violencia sexual por parte de los hombres del grupo armado (sobre todo de quienes están en los rangos más altos de la jerarquía militar) hacia las *mujeres del propio grupo*.

Ahora bien, comprender que la violencia sexual, si bien es generalizada (puesto que la han cometido todos los actores del conflicto armado y las mujeres son sus principales víctimas) no puede ser analizada correctamente pasando por alto su heterogeneidad. Para ello, resulta necesario ahondar en los siguientes elementos: (i) *quiénes* son los perpetradores; (ii) *qué tipo de violencia sexual* se cometió y contra quién; (iii) *características de las víctimas* (edades, etnias, razas, orientaciones sexuales, identidades o expresiones de género, papel sociopolítico) con un enfoque interseccional, observando los *marcadores sociales de diferencia* y los contextos de *discriminación* que pudieron incrementar el riesgo o influir en la decisión de los perpetradores de cometer la violencia contra esas víctimas (entendiendo la relación entre violencia de género y discriminación y considerando también, por ende, las hipótesis de violencia por prejuicio contra personas LGBT); (iv) *particularidades* de comisión de la violencia sexual según el *territorio* y el *tiempo*; (v) *finalidades* de la violencia sexual y (vi) *contextos* en que la violencia sexual fue perpetrada (de ataque, control territorial, privación de la libertad o intrafilas).

Enfatizamos que ninguna violencia sexual, cuando hay presencia de actores armados en un territorio, puede ser leída automáticamente como oportunista. Dar cuenta del por qué se cometió y las circunstancias que la posibilitaron es fundamental para superar este enfoque, como lo hemos manifestado en anteriores oportunidades.⁷² De la misma manera, la diversidad

72. 5 Claves, “Recomendaciones para la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición sobre violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado”, concepto de 26 de junio de 2018, p. 6.

de contextos posibles en los que la violencia sexual es perpetrada lleva a afirmar que el nexo entre las conductas y el conflicto armado no depende de la demostración de que su ejecución se haya derivado de una política u objetivo militar explícito de la organización ni tampoco de su sistematicidad o de la constatación de un patrón de macro-criminalidad.

De acuerdo con la descripción del “Marco analítico conceptual de la violencia sexual en conflictos” de 2011,⁷³ la violencia sexual catalogada comúnmente como táctica de guerra “se refiere a actos de violencia sexual vinculados a objetivos militares/políticos, y que están al servicio (o procuran estar al servicio) de un objetivo estratégico relacionado con el conflicto”. No obstante, en el mismo documento se reconoce que la ligación con esos objetivos estratégicos suele no ser explícita, pues “raramente se reflejará en órdenes emitidas manifiestamente”. Así las cosas, el nexo podrá establecerse solo por inferencia a partir de otros datos indicadores, por ejemplo, como se menciona en el marco analítico, si se identifica que el grupo armado cuenta con una “cadena de mando en operación y está en condiciones de reprimir otras situaciones (como motines o desertiones), mientras que la violencia sexual no es objeto ni de condena ni de castigo por la jerarquía militar”, lo que daría cuenta de una práctica de tolerancia a la violencia sexual en la organización.

Los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales en torno a los contextos de ataque y de control territorial también iluminan el asunto para discernir la manera en la que el conflicto armado pudo haber influenciado la comisión de una conducta de violencia sexual.

Como se ha conceptualizado a partir del estudio de la jurisprudencia internacional, las conductas de violencia sexual ocurridas en el *contexto de ataque*, son aquellas “a partir de las cuales el actor armado busca mejorar, sostener o aprovechar

73. Citado anteriormente.

la posición militar que tiene hasta el momento” (Corporación Humanas, 2009, p. 23). Dos precisiones son relevantes sobre el alcance de este contexto de ejercicio de la violencia sexual: (i) un ataque “no se limita a las hostilidades”, como se definiera en el caso del municipio de Foca juzgado por el TPIY,⁷⁴ de manera que “también puede comprender situaciones donde malos tratos son infligidos a personas que no participan directamente en las hostilidades, personas detenidas, por ejemplo”.

Por otro lado, (ii) puede tratarse de un ataque *simple* o de uno *sistemático*. El ataque simple es “aquel en el que de la acción delictiva queda al menos una víctima de violencia sexual” (Corporación Humanas, 2009, p. 23), y “se caracteriza como simple en tanto las circunstancias, o el conocimiento de las mismas no permiten establecer algún tipo de patrón o la relación con otros hechos, otras violencias u otras acciones” (ibídem). No obstante, al ejecutarlo, el perpetrador (actor armado) se beneficia, sea porque refuerza su capacidad de dominio “frente a la víctima, allegados de la misma, compañeros de filas o la comunidad” (ibídem, p. 24), sea porque obtiene alguna “ventaja con respecto a sus opositores o enemigos” (ibídem) o porque logra transmitir un mensaje contundente de advertencia “sobre su capacidad de hacer daño” (ibídem). En contraposición, el ataque sistemático da cuenta de un patrón o de actos de violencia ejecutados de manera organizada, repetidos deliberada y regularmente como parte de una política (TPIY).⁷⁵ Para establecer la relación entre el hecho violento y el conflicto armado no es necesario acreditar la sistematicidad del ataque, pues un único hecho puede estar relacionado directamente.

Sobre el *control territorial* es necesario recordar que la existencia de reconocimiento legal de tal autoridad es un aspecto de mínima importancia para determinar que efectivamente está instalado. Así, es suficiente la percepción de las personas que viven en el

74. TPIY, caso del Fiscal contra Kunarac, decisión de 22 de febrero de 2001, párr. 416.

75. Ibídem, párr. 429.

territorio de que ese grupo armado “es el que manda” y que la desobediencia o acercamiento al bando enemigo o a personas señaladas como opositoras puede motivar agresiones o la misma muerte, en virtud de la capacidad del grupo “de ejercer violencia por medio de la fuerza, o la amenaza de usarla” (Corporación Humanas, 2009, p. 25).

En la Sentencia C-080 de 2018, citando a la Corte Suprema de Justicia, se hace referencia al criterio del control territorial como elemento que puede estar relacionado “con la realización de operaciones militares sostenidas y concertadas” y como indicador de la existencia de un conflicto armado.⁷⁶ No obstante, se deja claro que el combate entre las fuerzas armadas que protagonizan las hostilidades es apenas una manifestación posible de tales operaciones, pues estas pueden materializarse de diversas maneras que incluyen, por ejemplo, “labores de patrullaje y todas aquellas dirigidas a ejercer control sobre ciertos sectores de la población o la restricción de su movilización, entre otras, siendo a partir de la constatación de su presencia que puede predicarse precisamente la existencia de un control territorial”.⁷⁷

El contexto de control territorial, articulado al contexto de ataque, puede ayudar a elucidar el nexo con el conflicto armado y su eventual calificación como crimen de lesa humanidad de conductas que parecían fortuitas o aisladas, en atención a que la relación con la política de la organización aparece más evidente, ya que el hecho de “que un grupo armado tenga bajo su control un territorio estaría indicando que debió implementar una política para lograrlo y, eventualmente, para mantenerlo” (ibídem). Tales contextos, además, dan lugar a la existencia de entornos coercitivos que refuerzan la situación de indefensión de las víctimas de violencia sexual y que vuelven irrelevante la demonstración de la falta de consentimiento, como fuera descrito

76. Se cita la sentencia de 27 de enero de 2010, Rad. 29753, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, p. 26.

77. Ibídem.

por el Tribunal Internacional Penal para Ruanda (TPIR) en el caso Akayesu⁷⁸ y por la Corte Penal Internacional.⁷⁹

En el ámbito nacional, un precedente es la sentencia de 5 de diciembre de 2018⁸⁰ de la SP-CSJ que se ocupó de las violaciones a los derechos humanos cometidas por el Bloque Pacífico-Héroes del Chocó y Frente Suroeste de las Autodefensas, incluyendo cargos por violencia sexual que inicialmente no habían sido legalizados por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín. A ella nos referimos anteriormente, en el punto II.B.1. En esa sentencia el análisis no se limitó a las normas explícitas de la organización y fue más allá para enfocar los datos de la realidad que daban cuenta de cómo, de hecho, el control territorial venía siendo ejercido por las AUC en esa región específica. Concluyó así que las violaciones a derechos humanos, que incluyeron conductas de violencia sexual como forma de “sometimiento de las mujeres negras a los hombres [del grupo armado] blancos y mestizos” (p. 69-73), estaban relacionadas no con una política contrainsurgente (objetivo militar) sino con una estrategia (no explícita y no referida a la obtención de ventaja militar) “de dominación y control de la población, sus territorios y sus recursos, con el fin de proteger los intereses de los sectores económicos de la región” (p. 62).

De la misma manera, en Sentencia SP15901-2014 de la SP-CSJ, la consideración al entorno coercitivo o de coacción, asociado al poder derivado de la pertenencia a un grupo armado y al control territorial que este ejercía en la región, así como la posición dominante que la membresía al grupo les otorgaba a los agresores, llevó a la CSJ a dar razón a la parte demandante para constatar el nexo con el conflicto armado y desvirtuar la postura

78. TPIR. Sala de primera instancia. ICTR-96-4-T. El fiscal vs. Akayesu. Sentencia de juicio de 2 de septiembre de 1998.

79. CPI. Sala de primera instancia. ICC-01/05-01/08. El fiscal vs. Bemba. Sentencia de juicio de 21 de marzo de 2016.

80. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP5333-2018, Rad. 50236, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

inicialmente adoptada en la sentencia, según la cual “todo se trató de desavenencias familiares y la pasión enfermiza y lascivia de un individuo” (p. 37). Según la SP-CSJ: el conflicto armado y la militancia de los procesados en el grupo irregular generó un clima de coacción que fue relevante a la hora de someter a la víctima, pues sabido era que esa pertenencia garantizaba la impunidad de las conductas, la omisión de las autoridades y el silencio de todo el que pudiera tener la intención de denunciar la conducta (p. 37).

III. Abordaje de la violencia sexual en la JEP y aspectos problemáticos

La jurisprudencia que ha empezado a construirse en la JEP, en materia de violencia sexual y lo que toca a su vínculo con el conflicto armado, pone en evidencia que concepciones discriminatorias y de resistencia a la aplicación de los estándares normativos continúan primando en la administración de justicia (ahora también en el orden transicional), con serias repercusiones en la garantía de acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual y alargando la extensa cadena de impunidad que para este tipo de crimen se ha instalado en Colombia y en el mundo.

La jurisprudencia de la JEP, como lo introdujéramos al inicio de este documento, se compone de momento por dos conjuntos de decisiones:

De una parte, la jurisprudencia del TP-SA, órgano de cierre de la JEP y con función unificadora, que en este asunto aún es incipiente ya que solo se ha pronunciado de forma inicial en el Auto 171 de 8 de mayo de 2019 para introducir una doctrina propia sobre la competencia material en los casos de violencia sexual. En ese sentido, puede decirse que aún no existe una línea jurisprudencial nítidamente construida por ese tribunal, apenas

un esbozo interpretativo que desemboca en una propuesta de categorización de los supuestos fácticos de violencia sexual admisibles en la competencia material de la JEP. Por otro lado, está el conjunto de decisiones producidas por las salas de justicia, atendiendo a sus propias órbitas funcionales o de reparto interno de la JEP. Se trata específicamente de las primeras decisiones emitidas, todas ellas con anterioridad al pronunciamiento del TP-SA (tres de la SDSJ y una de la SAI), en las que se aborda el estudio de la competencia material rechazando o admitiendo el conocimiento de casos que involucran crímenes sexuales.

A continuación, presentamos un análisis crítico de ambos conjuntos de decisiones, comenzando por los problemas que identificamos en la categorización fijada por el TP-SA, dada su trascendencia para las decisiones futuras del mismo TP y de las salas de justicia de la JEP, en virtud de la función unificadora que la Sección de Apelación ejerce.

A. Problemas en la categorización fijada por el Tribunal para la Paz – Sección de Apelación

La abstracción de las hipótesis fácticas de ocurrencia de la violencia sexual para estructurar tipologías o categorías clasificatorias de acuerdo con las circunstancias de comisión de las conductas y según los factores que pueden llevar a establecer que el conflicto armado influyó efectivamente en su materialización es un esfuerzo visible en la academia y en la jurisprudencia.

El antecedente más relevante en la jurisprudencia nacional es la relación de patrones fácticos de la violencia sexual introducida en el Auto 092 de 2008 y complementada en el Auto 009 de 2015 de la Corte Constitucional en una lista no exhaustiva de nueve hipótesis.⁸¹

81. Estos patrones fueron recogidos y sintetizados en el Auto 009 de 2015 así: “[...] (i) la ejecución de actos de violencia sexual como parte integrante de las operaciones violentas de mayor envergadura; (ii) acciones ejecutadas individualmente por los miembros de todos los grupos armados con diversos

En el campo de la ciencia política, una formulación que ya había sido invocada por magistradas y magistrados de las Salas de Justicia de la JEP,⁸² es la de Elisabeth Jean Wood (2016) quien plantea tres categorías descriptivas para abstraer las modalidades de la violencia sexual asociada al conflicto armado: violencia *estratégica*, violencia *oportunistista* y violencia como *práctica*. Para la autora, todas ellas dan cuenta de conductas que se relacionan con el conflicto armado, inclusive en la modalidad oportunista. Su propuesta es introducir una categoría intermedia (violencia como *práctica*) para superar la lectura dicotómica (estrategia/oportunismo) en la que no caben todos los supuestos resultantes de las investigaciones recientes sistematizados por la autora. Así, entre la violencia sexual que se relaciona directa y explícitamente con los objetivos estratégicos de la organización armada y la que se comete por razones individuales del agresor que se aprovecha fines, tales como: amedrentamiento de la población, retaliaciones y venganzas, estrategia de avance y control territorial, obtención de información o de simple ferocidad; (iii) violencia sexual contra mujeres señaladas de tener relaciones familiares o afectivas con un miembro o colaborador de alguno de los actores legales e ilegales; (iv) la comisión de diversos crímenes de índole sexual en el marco del reclutamiento forzado de niñas y mujeres; (v) violaciones y abusos sexuales por parte de los miembros de los grupos armados para obtener su propio placer sexual o contra las mujeres que se niegan a tener relaciones sexuales o se niegan a su explotación; (vi) actos de violencia sexual, tortura, mutilaciones sexuales, desnudez pública forzosa o humillación sexual de las mujeres civiles que quebrantan con su comportamiento público o privado los códigos sociales de conducta impuestos de facto por los grupos armados al margen de la ley; (vii) actos de violencia sexual contra mujeres que forman parte de las organizaciones sociales, comunitarias o políticas o que se desempeñan como líderes o promotoras de derechos humanos, o contra mujeres miembros de sus familias, en tanto forma de retaliación, represión o silenciamiento de sus actividades por parte de los actores armados; (viii) prostitución forzada y esclavización sexual de mujeres civiles perpetradas por miembros de los grupos armados ilegales al margen de la ley, principalmente los paramilitares y las guerrillas; y (ix) la coacción de trabajadoras sexuales de distintas partes del país para realizar actos sexuales con miembros de las guerrillas o los grupos paramilitares”.

82. Así en el salvamento de voto del Magistrado Mauricio García a la Resolución 973 de 2018 (SDSJ) y en la Resolución SAI-LC-D-XBM-002-2019 (Magistrada Xiomara Cecilia Balanta).

del ambiente del conflicto para cometer el crimen –sin relación evidente con razones organizacionales–, la autora plantea la necesidad de caracterizar la violencia “que no ha sido ordenada (ni siquiera implícitamente) ni institucionalizada, pero es tolerada por varias razones [por los comandantes]” (Wood, 2016, p. 19).

Más recientemente, el TP-SA, en Auto 171 de 2019, optó por una categorización propia, a partir de la lectura de lo que refiere como “doctrina más autorizada en la materia” –sin detallar cuáles referencias componen ese marco doctrinario–:

De acuerdo con la jurisprudencia internacional, tal como ha sido recogida por la doctrina más autorizada en la materia y que la SA considera relevante para interpretar el orden transicional, las agresiones sexuales vinculadas al conflicto armado pueden ser *constitutivas* o *circunstanciales* respecto de la confrontación” (párr. 10).

Con esas dos categorías, la SA busca describir y distinguir los eventos que pueden encuadrarse en los diferentes grados de conexidad fijados en la ley para definir el ámbito de competencia material de la JEP: con ocasión, por causa y en relación directa o indirecta.

Las agresiones sexuales *constitutivas*, de acuerdo con la formulación del TP-SA, hacen relación a los grados más nítidos de conexidad: “por causa” y con “relación directa o indirecta” y recogen dos conjuntos de eventos: violencia sexual ejecutada como (i) “arma de guerra” y (ii) como “mecanismo de control social o del territorio”.

Las *circunstanciales*, por su parte, en la clasificación del TP-SA, se refieren a los supuestos que caben en la expresión “con ocasión” y que recogen aquellas hipótesis “que dan cuenta de una suerte de violencia *oportunista* o *habitual*”, donde “el factor decisivo es el interés personal”.⁸³ Para visualizar mejor la

propuesta clasificatoria del TP-SA, organizamos sus enunciados en la siguiente tabla:

Categorías TP-SA / supuestos normativos	Factores decisivos y no decisivos	Hipótesis ilustrativas
<p>Violencia sexual constitutiva: “por causa” y en “relación directa o indirecta”</p>	<p>Decisivo:</p> <p>“[...] La agresión sexual responde a un interés colectivo y es expresión del conflicto porque es perpetrada como elemento integrante de operaciones o planes violentos de mayor envergadura” (negrilla fuera de texto; párr. 12; cita: Corte Constitucional, Auto 92 de 2008, fundamento III.1.1.2 y ss.).</p> <p>No decisivos:</p> <p>“[...] La planeación concertada del acto es indicativa de la incidencia que este pretende sobre la concertación armada, pero la conducta punible puede cometerse sin que medie acuerdo previo ni orden expresa del superior. Las agresiones sexuales tienen la virtualidad de nutrir el repertorio de ofensas disponible a quienes integran agrupaciones armadas —estatales o al margen de la ley—, y ser puestas en práctica sin mayor deliberación, en la consecución de los fines de la organización” (negrilla fuera de texto; párr. 12).</p>	<p>Como arma de guerra:</p> <p>“[...] empleada como táctica de terror en el marco de una estrategia militar de amedrentamiento, intimidación, acallamiento, castigo, dominación espacial, usurpación, adoctrinamiento, humillación o coacción contra el enemigo, sus familiares o quienes, en la óptica del agresor, conforman sus redes de apoyo” (párr. 12).</p>

83. Así, el TP-SA no necesariamente sigue las categorías de Elisabeth Wood. Su objetivo no es acoger o apartarse explícitamente de la teorización que esa autora ofrece (a la que en cambio sí han aludido en pronunciamientos específicos algunos magistrados de las salas de justicia). La preocupación principal de la SA es distinguir la diversidad de eventos posibles y encuadrarlos en los diferentes grados de conexidad que la fuente normativa nacional establece (con ocasión, por causa y en relación directa o indirecta).

	<p>“Igualmente, no es requisito que la violencia sexual se despliegue en la conducción de hostilidades. [...] el conflicto colombiano es un fenómeno complejo que debe ser definido de manera amplia. En consecuencia, es posible que un hecho delictivo concreto, acontecido al margen de los enfrentamientos, resulte ligado al conflicto”. (Negrilla añadida; párr. 12; cita: Corte Constitucional, C-781 de 2012, consideraciones 5.2 y ss., y JEP, auto TP-SA 19 de 2018, consideraciones 11.3 y ss.).</p>	<p>Como mecanismo de control social o territorial:</p> <p>“[...] la violencia sexual también es descargada contra la población civil que habita los lugares de influencia o en disputa, en circunstancias en las que la dominación social favorece los planes de consolidación o expansión del aparato militar”.</p>
<p>Violencia sexual circunstancial: “con ocasión”</p>	<p>Decisivo:</p> <p>“[...] Es el interés personal, sin perjuicio de circunstancias excepcionales en las que la violencia habitual sea producto de estrategias grupales y de clara connotación militar” (negrilla añadida; párr. 13).</p> <p>Ese interés personal no se materializa de forma inconexa del contexto de desequilibrio de fuerza que el conflicto armado provoca ni de las condiciones de desigualdad estructural que este exacerbaba. En palabras de la SA-TP:</p> <p>“La contienda crea escenarios para la transgresión de la libertad, integridad y formación sexuales, debido al poder que las armas y, en general, la atmósfera coactiva y la reconfiguración cultural en torno a nuevas masculinidades, les confieren a quienes reciben o emplean el material destructivo de guerra. La mera existencia de un conflicto posibilita abusos a los derechos humanos porque da cabida a marcados desequilibrios de fuerza entre las personas. Asimismo, esta genera el riesgo de exacerbar condiciones de desigualdad estructural, favoreciendo la</p>	<p>Violencia oportunista:</p> <p>“Cuando las agresiones se presentan de forma esporádica, se les considera. Se circunscriben a situaciones particulares, en las que el agresor abusa del cuerpo del otro por virtud de la autoridad, intimidación o coacción que significa andar armado” (párr. 13).</p> <p>Agresión habitual:</p> <p>“[...] Cuando las ofensas son sistemáticas y reiteradas, como aquellas perpetradas dentro de una organización bélica y en detrimento de civiles secuestrados o, incluso, de los propios integrantes o colaboradores del grupo –algunos reclutados por la fuerza–, la violencia adquiere, además, la connotación de habitual. Es claro que, en circunstancias como esas, el delito responde a actitudes de explotación, derivadas de prácticas generalizadas de abuso de la autoridad, tolerancia e impunidad” (párr. 13).</p>

	<p>discriminación y la violencia contra individuos en situación de indefensión y vulnerabilidad, pero, especialmente, contra niñas y mujeres, integrantes de comunidades étnicas, personas de bajos recursos y sin educación, entre otros. Los delitos sexuales <i>circunstanciales</i> acontecen, precisamente, cuando uno de los actores obtiene provecho personal de esa asimetría de fuerzas para reducir la autonomía ajena". (Negrilla añadida; párr. 13; cita: Corte Constitucional, auto 092 de 2008, fundamento III.1.1.3 y ss.).</p> <p>“[...] la existencia de un conflicto armado es criterio necesario, pero insuficiente para el surgimiento de la violencia sexual circunstancial a la que se refiere la competencia material de la JEP. Se requiere, además, de una ligazón entre el hecho y la contienda militar, la cual puede acreditarse en la comunicación verbal o corporal que sostiene el agresor con la persona lesionada antes, durante o después del crimen, o mediante otros elementos equivalentes. Solo cuando el conflicto armado y su rol dentro del mismo ha investido de poder al victimario y este se vale de la exhibición o ejercicio de tal fuerza o imagen para realizar un acto sexual bajo la amenaza de cometer un acto adicional de irrespeto hacia la vida, integridad o bienestar de la víctima o sus seres queridos, puede afirmarse que existe violencia circunstancial vinculada al conflicto. Pero la relación de indefensión, aunque puede estar acompañada de acciones coactivas explícitas, no requiere necesariamente de ellas” (negrillas fuera de texto; párr. 14. Cita: Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 8.2, literal e), numeral VI; TPIR, Sala</p>	<p>Frontera entre habitual (con ocasión) y constitutiva (relación indirecta):</p> <p>“[...] Cuando la violencia habitual está orientada hacia un fin colectivo, orquestado por los dirigentes del grupo, y cuyo objetivo es proveer por el bienestar o la motivación de la tropa, la relación con el CANI [conflicto armado no internacional] podría calificarse como indirecta, y no con ocasión, pues es su intención contribuir al esfuerzo general de guerra”.</p>
--	--	---

	de primera instancia, ICTR-96-4-T, El fiscal Vs. Akayesu, Sentencia de juicio del 2 de septiembre de 1998, párr. 688; CPI, Sala de primera instancia, ICC-01/05-01/08, El fiscal vs. Bemba, sentencia de juicio del 21 de marzo de 2016, Párr. 104).	
--	--	--

Es importante destacar que el TP-SA enfatiza que “al examinar si un acto de violencia sexual tiene relación con el conflicto, la JEP debe tener en cuenta que esta clase de comportamientos pueden cumplir diferentes fines, y la competencia material se puede fundar, al menos parcialmente, en cualquiera de ellos” (ibídem). Para sustentar esa afirmación, invoca la jurisprudencia del TPIR (caso Akayesu) y los fines posibles de la violencia sexual mencionados allí: “[A] semejanza de la tortura, la violación es utilizada con fines de intimidación, de degradación, de humillación, de discriminación, de sanción, de control o de destrucción de una persona”.

La categorización que el TP-SA ha hecho está llena de aspectos problemáticos con impacto negativo en los derechos de las víctimas de violencia sexual que intenten acceder a la JEP. A continuación, enunciamos los problemas que identificamos en la decisión del TP-SA, en calidad de órgano de cierre, que en últimas reflejan la distancia ostensible de los parámetros normativos reseñados en el apartado II de este documento:

- Se trata de una categorización nueva que desconoce el conjunto de precedentes internacionales y nacionales sobre los criterios de aplicación del DIH y el DIDH sobre la naturaleza y contenido del nexo cercano con el conflicto y sobre su aplicación en materia de violencia sexual. En suma, ignora toda la construcción jurídica elaborada hasta el momento sobre violencia sexual y conflicto armado. El TP-SA parece estar más preocupado con fijar, desde una postura “doctrinal” una clasificación propia para

delimitar las expresiones “por causa”, “en relación directa o indirecta” y “con ocasión”, sin fundamentar de dónde surgen las nuevas categorías creadas o cómo las deduce de los parámetros normativos y precedentes jurisprudenciales a los que sus decisiones deberían subordinarse. En la medida en que las categorías creadas exceden el marco normativo vigente, cabe cuestionar al TP-SA sobre los efectos jurídicos de esa clasificación de cara a la satisfacción del derecho a la verdad y la justicia de las víctimas de violencia sexual.

- El TP-SA ignora y omite cualquier alusión al Auto 009 de 2015 de la Corte Constitucional en lo que toca a las hipótesis fácticas de la violencia sexual allí documentadas (de manera complementaria al Auto 092 de 2008). Más grave todavía es el hecho de que desconoce la aplicabilidad de la presunción de relación cercana y suficiente de la violencia sexual con el conflicto armado a pesar de que es lógico inferir que los elementos indicadores que el TP-SA menciona para configurar la llamada “violencia circunstancial” no son evidentes ni de fácil comprobación. De la misma manera, desconsidera los factores contextuales objetivos y subjetivos que fundamentan la presunción fijada en el Auto 009 de 2015, así como los obstáculos que en materia probatoria enfrentan las víctimas para acceder a la justicia.
- Preocupa, además, que la nueva categorización esté ocultando en lo “circunstancial” un entendimiento equívoco y un mal uso de la llamada “violencia oportunista”, abriendo paso a la prevalencia de lecturas reduccionistas y cargadas de prejuicios y estereotipos que consideran la violencia sexual, por vía de regla, como un asunto privado, como si fuese una conducta desviada que se explica apenas por el deseo sexual y la conducta deliberada del agresor. Es latente el riesgo de que acabe por desconocerse que la violencia sexual oportunista –correctamente entendida a la luz de los parámetros normativos y precedentes jurisprudenciales– sí

tiene un nexo cercano con el conflicto armado y en cambio se la deslignie de manera automática del conflicto armado. La lectura *a priori* de que la violencia obedeció apenas a la satisfacción del deseo sexual individual del agresor terminaría negando la relación directa de la violencia sexual con el conflicto armado y desvinculando de plano los hechos del contexto e influencia del conflicto armado. Por el contrario, para la Corte Suprema de Justicia, el placer sexual del agresor es intrascendente jurídicamente para valoración de los hechos.⁸⁴ Asimismo, a nivel internacional se ha diferenciado entre la motivación personal y la intención, -que para el caso de violencia sexual es discriminatoria- siendo solo relevante la última para efectos de juzgamiento.⁸⁵ Por esto, centrarse en la motivación personal o el deseo sexual del agresor para la calificación de los hechos es errado.

- La categorización así fijada bajo el sello de la “doctrina más autorizada” esconde prejuicios y estereotipos que pueden resultar en la exclusión automática de casos que no se ajusten a esos criterios (restringidos) de violencia sexual asociada al conflicto.
- La abstracción en categorías o tipologías clasificatorias podría resultar útil para agrupar, describir y comprender los diferentes supuestos de comisión de la violencia sexual en

84. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 30 de julio de 2014 Rad. 38668. Ver también Sentencia de 24 de febrero de 2010. Rad. 32872.

85. Ver Human Rights Watch, Kunarac, Kovac y Vokovic, (Sala de Apelaciones), 12 de junio de 2002, párr. 153, Genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, compendio temático sobre jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Universidad Iberoamericana, 2010, pp 76. Ver también caso Kvočka et al., (Sala de Apelaciones), 28 de febrero de 2005, párr. 367, 369-370, Genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, compendio temático sobre jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Universidad Iberoamericana, 2010 pp 310.

la función jurisdiccional y en la teorización académica. No obstante, la evaluación de cada caso no debe partir de las categorías clasificatorias generales (modo deductivo) sino, al contrario, de lo que dicen los hechos en su heterogeneidad y complejidad buscando aprehender y comprender cómo se da la violencia sexual en la práctica o, en otras palabras, cuáles prácticas de la violencia sexual están siendo desplegadas por actores concretos y en contextos sociales localizados (modo inductivo). Este método inductivo es el que se adecúa al cumplimiento de la obligación de debida diligencia en la investigación y judicialización de la violencia sexual. La sentencia de la SP-CSJ de 5 de diciembre de 2018 es ilustrativa en ese sentido. Por ello, concluimos que el esquema formulado por el TP-SA, al partir de categorías generales —que exceden el marco normativo vigente—, y al imponer a las salas de justicia de la JEP ese raciocinio, marca una distancia con la obligación de debida diligencia.

B. Problemas en las resoluciones previas emitidas por las Salas de Justicia (SDSJ y SAI) de la JEP

Algunas resoluciones de las salas de justicia de la JEP, aunque anteriores al Auto 171 del TP-SA, reflejan la tendencia aludida en el acápite anterior: en algunos casos niegan de plano la relación con el conflicto armado, con base en estereotipos perjudiciales de género y se abstienen de llevar a cabo un examen juicioso de los criterios normativos y de las circunstancias del caso concreto que podrían llevar a sustentar que el conflicto armado tuvo incidencia en la decisión de cometer el delito sexual, en la capacidad o habilidad para cometerlo, en el modo de comisión o en la finalidad para el que se cometió. En otros, aunque aceptan el vínculo con el conflicto armado, eligen el grado menos claro de conexidad, optando por no comprometerse (sin sustento suficiente) con el reconocimiento de una relación directa.

Enseguida nos referiremos a esos y otros aspectos problemáticos

identificados en las cuatro resoluciones conocidas. Para situar la lectura, a la luz de los antecedentes fácticos y procesales, organizamos previamente la información básica de cada caso en

Resolución / Sala de Justicia JEP / Compareciente / Sentido de la decisión	Antecedentes procesales	Hechos
<p>965 de 2018, SDSJ, Juan Pablo Sierra Daza (sargento segundo en retiro del ejército nacional).</p> <p>Concedió tratamiento penal especial (con base en la Ley 1820 de 2016). Además, agrupó dos sentencias condenatorias y un proceso con medida de aseguramiento vigente de la justicia penal ordinaria.</p>	<p>Primera condena (288 meses de prisión sin beneficio de excarcelación): sentencia de 17 de noviembre de 2015, Juzgado Segundo Promiscuo de Puerto Asís – Putumayo (radicado 86568-31-89-002-2015-00313-00, NI 21430), por el delito de homicidio en persona protegida.</p> <p>Segunda condena (280 meses de prisión): sentencia de 6 de marzo de 2017, Juzgado Penal del Circuito de Puerto Asís – Putumayo (radicado 86568-31-07-001-2005-00080-00, NI 15028), por los delitos de homicidio simple, concierto para delinquir y detención arbitraria.</p> <p>Medida de detención preventiva: proceso penal adelantado por la Fiscalía 70 Especializada de DH y DIH de Santiago de Cali, Valle del Cauca (radicado 9094-70), por la presunta comisión de los delitos de tortura en persona protegida, acceso carnal violento en persona protegida, acto sexual violento en persona protegida y privación ilegal de la libertad.</p>	<p>Hechos que fundamentaron la primera condena:</p> <p>“El día 16 de julio de 2004 en el sector del Cruce, coordenadas 00 31 05LN - 77 03 15 LW, jurisdicción del municipio de Orito Putumayo, en desarrollo de la operación “Resplandor 9-1”, bajo el mando del sargento segundo Juan Pablo Sierra Daza, comandante del pelotón Croacia 4 del Ejército Nacional de Colombia, en aparente combate resultaron muertos Silvio Hernán Morales Argoty y el ciudadano ecuatoriano NN Almirar, quienes residían en la vereda Los Llanos” (resumidos así en la misma resolución).</p> <p>Hechos que fundamentaron la segunda condena:</p> <p>“El 25 de octubre de 2004 en el caserío de la vereda El Picudo, municipio de Puerto Caicedo, Putumayo, el señor Juan Pablo Sierra Daza, sargento segundo del ejército nacional de Colombia reunió a los habitantes para solicitar apoyo a las Autodefensas Unidas de Colombia, posteriormente en compañía de paramilitares sacó de sus viviendas al menor Juan Guillermo Gutiérrez Sánchez y a la señora Rosalía Benavidez Franco, a quienes mató con un machete y fueron arrojados a un aljibe” (resumidos así en la respectiva resolución).</p>

		<p>Hechos que sustentaron la medida de detención preventiva:</p> <p>“El 28 de octubre de 2004 en las veredas Arizona y La Independencia, municipio de Puerto Caicedo, Putumayo, el sargento segundo Juan Pablo Sierra Daza, comandante del Pelotón Austria del Ejército Nacional, detuvo a Nubia Esther González Sánchez, Elvira Marroquín, Gloria Nancy Sánchez Zuluaga, Flor Eccide Cortez y al señor Carlos Ortega, en el momento que se desplazaban desde sus veredas de origen hasta las localidades de Arizona y La Independencia para conseguir sus remesas o mercados, quien los condujo hasta un hotel acusando a las antes nombradas de pertenecer o ser colaboradoras de la guerrilla y bajo este pretexto las privó ilegalmente de su libertad, las amenazó y torturó, sometió a actos sexuales a Gloria y acceso carnal violento a Flor y Nubia, después fueron conducidas a la base militar y finalmente dejadas en libertad” (negritas añadidas; circunstancias fácticas resumidas en la resolución de la SDSJ a partir de la lectura que hizo del expediente remitido por la Fiscalía y de los antecedentes presentados a la JEP por el Ministerio de Defensa).</p>
<p>972 de 2018, SDSJ, Geimy Alexander Jaimes Carreño (ex miembro del ejército nacional). Negó tratamiento penal especial (con base en la Ley 1820 de 2016).</p>	<p>Sentencia condenatoria derivada de un preacuerdo celebrado con la Fiscalía. En virtud de ese preacuerdo se varió la calificación jurídica considerada en la imputación. El procesado aceptó su responsabilidad penal a título de autor del delito de acoso sexual agravado, calificación jurídica que difería de la contemplada en la imputación realizada en el momento de la legalización de la captura ante el juez con función de control de garantías, que correspondía al delito de acceso</p>	<p>Antecedentes fácticos considerados por el juez ordinario penal en la sentencia condenatoria:</p> <p>“[...] Los hechos que dieron origen a estas diligencias se contraen a los encuentros sexuales suscitados en el año 2008 entre el Señor GEIMY ALEXANDER JAIMES CARREÑO de treinta y un (31) años de edad -para la época de los hechos- con la menor I.C.R.G. de doce (12) años de edad, los cuales se produjeron ante las turbulen</p>

	<p>carnal abusivo con menor de catorce años y por la cual se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.</p>	<p>cias que al interior de la familia de la menor se concitaban, y en virtud de ello se produjo la huida de la misma en varias oportunidades de su casa, eventos en los que se quedaba en establecimientos pagos por el procesado, y en los cuales sostenían relaciones sexuales. En una última oportunidad fue encontrada en las instalaciones del fuerte de Tolémaida, situación que provocó que el señor Janner Riaño, padre de la menor, interpusiera denuncia.</p> <p>[...] Es claro para el despacho que lo aquí suscitado es una relación de pareja a través del tiempo y no un hecho aislado de abuso sexual. La Fiscalía como titular de la acción penal realizó este preacuerdo acorde con los lineamientos expuestos por la Corte Suprema de Justicia en recientes pronunciamientos [...]”. (Subrayas y negrilla añadidas por la SDSJ); en la resolución de la SDSJ se transcribe este resumen de los hechos contenido en la sentencia condenatoria así como algunas apreciaciones al respecto realizadas por el juez penal ordinario en el fallo).</p>
<p>973 de 2018, SDSJ, Orlando Guerrero Ortega (soldado regular). Negó tratamiento penal especial (con base en la Ley 1820 de 2016).</p>	<p>Sentencia condenatoria (sentencia anticipada, 102 meses de prisión): declarado autor del delito de acceso carnal violento agravado, en virtud de la aceptación de responsabilidad realizada por el procesado en la diligencia de indagatoria y que motivó la sentencia anticipada proferida el 23 de noviembre de 2016 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cúcuta.</p>	<p>Hechos que motivaron la sentencia en la justicia penal ordinaria:</p> <p>“En la madrugada del 2 de septiembre de 2005 algunos de los habitantes de la vereda Pueblitos, ubicada en el municipio de Zulia (Norte de Santander), se vieron sorprendidos por tres hombres vestidos de camuflado que portaban armas largas, armas blancas y pañoletas a la altura del rostro, quienes ingresaron a sus viviendas de manera abrupta para hurtarles sus pertenencias y violar a dos mujeres quienes, posteriormente, fueron identificadas como Martha Yaneth Mora Luque y María Amparo Amaya Cárdenas.</p>

		<p>Luego de realizar las investigaciones de rigor se logró determinar que los tres sujetos eran militares pertenecientes al Batallón de Ingenieros No. 5 “Francisco José de Caldas”, quienes para la fecha de los hechos estaban acantonados en el sector de “La Y de astilleros” de la mencionada vereda, cumpliendo misiones de “control del área”.</p> <p>Uno de los involucrados fue el soldado regular Orlando Guerrero Ortega, reconocido por la señora María Amparo Amaya Cárdenas como uno de sus agresores”. (Negritillas añadidas; hechos extraídos por la SDSJ de la sentencia condenatoria).</p> <p>“[...] El día de los hechos nos reunieron y a mi escuadra que era la segunda nos mandaron hacia la vía que va hacia Ocaña, allá estuvimos como hasta las nueve de la noche aproximadamente, regresamos al punto donde nos estábamos quedando, de ahí, los soldados IBÁÑEZ Y JAIMES CAICEDO me propusieron salir del lugar, yo ya había consumido la marihuana... ya saliendo del lugar ellos me dijeron que íbamos a conseguir plata, de ahí, caminamos dirigiéndonos hasta el punto, yo inicialmente no sabía cuál era el punto donde íbamos a ir, a estando allá comenzaron a ocurrir los hechos. Lo inicial era a conseguir plata que ellos me dijeron, allí se produjeron los robos que se señalan y los accesos carnales [...]”. (Negritillas añadidas; extracto de la confesión citado por la SDSJ).</p>
--	--	--

<p>SAI-LC-D-XBM-002-2019 de 2019, SAI, Oscar Enrique De Lima Contreras (ex-miembro y desertor de las FARC-EP, Frente 59). Concedió libertad condicional.</p>	<p>El compareciente estaba siendo procesado por los delitos de acceso carnal violento en persona protegida y reclutamiento ilícito ante el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Riohacha (delitos que motivaron su captura tras desertar de las FARC-EP) y se encontraba recluido en el Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de Valledupar “La Tramacúa” (departamento del Cesar).</p>	<p>“El 12 de marzo de 2015, la Fiscalía General de la Nación realizó entrevista a MGU, en la cual la joven relató “que para el 20 de marzo de 2014 ella vivía con su familia en la finca ‘Soledad’ ubicada en Barbaacoas jurisdicción del municipio de Riohacha”. Agregó que para esa fecha eran como las 3:00 pm cuando ella se estaba bañando en un jagüey de la finca, y de repente llegaron cuatro hombres y uno de ellos la agarró por el cuello y no la dejaba gritar, la encañonaron con un arma de fuego, le taparon la boca, la amarraron con una cabuya y se le llevaron caminando. Comentó que en ese momento sus hermanos le estaban gritando y los cuatro hombres la tiraron al suelo para que sus hermanos no la vieran, que siguieron caminando y llegaron a una finca que era de un señor llamado Victorito y allí pidieron comida, que siempre la mantuvieron escondida y del cuidado de ella en ese momento se encargó alias Pablo y alias Jaime. Relató la adolescente MGU que los otros dos hombres respondían al nombre de alias Germán y alias Henry. Manifestó que “en la noche, alias Germán le dio de tomar gaseosa Coca Cola y empezó a sentirse mal, con sueño y se durmió. Al día siguiente alias Germán le dijo que la había violado para que fuera su mujer, a lo que ella expresó que no, que él le daba asco, que ella era virgen, que nunca había estado con un hombre”.</p> <p>“Según la acusación de la Fiscalía, estos hechos se concretaron el día 20 de marzo de 2014, cuando Oscar Enrique De Lima Contreras, conocido con el alias Germán, hombre de la estructura del Frente 59 de las FARC, quien en compañía de otro hombre se llevó a MGU de</p>
---	--	--

		<p>años, quien pertenece a la etnia wayúu. A MGU se la habrían llevado con el ánimo de ingresarla a las filas de la organización subversiva, por lo que habría sido entregada a alias Silfredo, quien para la época era el segundo cabecilla de dicho frente. De igual manera, en dicho informe de campo se señalaría que durante el traslado desde su casa hasta el campamento de las FARC-EP, MGU fue agredida sexualmente por Oscar Enrique De Lima Contreras. De igual manera, se hizo referencia a que años atrás, el 2 agosto de 2010, el compareciente había reclutado a un hermano de MGU de nombre JGU” (negrillas añadidas; resumen de hechos realizado por la Magistrada Xiomara Cecilia Balanta Moreno tras analizar las piezas probatorias obrantes en el expediente de voluminosa foliatura remitido por la Fiscalía, en particular, el escrito de acusación de la Fiscalía, basado preponderantemente en un informe de investigación de campo de la policía judicial, y las declaraciones que consideró más relevantes: la de la adolescente víctima —de 17 años de edad a la fecha de los hechos, perteneciente a la etnia wayúu, Ranchería de Juruaiipa, y designada en la resolución con la sigla “MGU”, para proteger su identidad—, la de su padre —quien confesara haber sido colaborador de las FARC-EP al tiempo en que su hija fue reclutada y violentada sexualmente- y la de su madre —reconocida como víctima indirecta en el proceso penal-</p>
--	--	--

La lectura de la parte motiva de las resoluciones referidas permite observar que:

- **El recurso al apoyo técnico de la Comisión de Género es apenas parcial y funcional a una preconcepción de cómo decidir el caso bajo estudio:** en todas las resoluciones las Salas de Justicia citan el concepto emitido por la Comisión de Género de la JEP como manera de avalar la conclusión de conexidad o no con el conflicto armado a la cual se desemboca al estudiar el caso concreto. Sin embargo, es perceptible que ninguna de las resoluciones toma el conjunto del concepto ni destaca las fuentes específicas usadas por la Comisión de Género para sustentar su opinión sino que, de acuerdo con el énfasis elegido por las particularidades del caso, se selecciona y extrae la parte del concepto que se considera más funcional a la postura adoptada.
- **Se hacen remisiones sin contexto y a conveniencia a la jurisprudencia internacional:** en las cuatro resoluciones se hace alusión a la jurisprudencia internacional de los tribunales penales *ad hoc* (especialmente el TPIY y el TPIR). No obstante, llama la atención que las citas traídas corresponden a fragmentos puntuales, sin consideración al contexto local de los conflictos armados que dieron origen a tales instancias de criminalización. Particularmente, en la Resolución No. 973 los extractos de jurisprudencia citados parecen haber sido seleccionados a conveniencia, sacados del contexto original y aplicados como si se tratase de una norma abstracta y universal. Es lo que advertimos que ocurrió con el uso de la categoría de “delito puramente doméstico” en oposición a “crimen de guerra”, tomada del TPIR.⁸⁶ Esa referencia automática, sin guardar las proporciones de las realidades locales, deja de lado debates que cobran vigencia, como el propuesto por Chile Eboe-Osuji (2012, p. 261 y ss.) sobre la aplicabilidad de la teoría circunstancial o indirecta

86. Caso Rutaganda, decisión de 26 de mayo de 2003.

del nexo con el conflicto.⁸⁷

- **Solo dos resoluciones realizan un examen integral de los criterios normativos aplicables para establecer la relación con el conflicto armado:** de las cuatro resoluciones, solo la No. 965 (SDSJ) y la SAI-LC-D-XBM-002-2019 (que afirman la existencia del nexo con el conflicto) presentan una estructura argumentativa que explicita el examen, en concreto, de todos y cada uno de los criterios normativos aplicables (con base en el artículo 23 transitorio, en la jurisprudencia internacional, la jurisprudencia constitucional y los conceptos de la Comisión de Género). La 965 (SDSJ) sigue este raciocinio: analiza (i) el contexto en el que ocurrieron los hechos (para lo cual moviliza los elementos objetivos referidos a las características temporal, espacial y material del conflicto armado en el departamento de Putumayo —escenario de los hechos—); (ii) la calidad del autor de los delitos; (iii) la calidad de las víctimas y (iv) el móvil del autor para cometer los delitos (en donde razona cómo se valoran para el caso concreto los criterios del artículo transitorio 23, literal b —influencia del conflicto en decisión, capacidad o habilidad, modo de comisión y/o selección del objetivo—).
- La Resolución SAI-LC-D-XBM-002-2019, por su parte, empieza con una sección genérica de exposición de los elementos normativos que se consideran centrales, a la luz de la interpretación dada por algunos tribunales internacionales. Así, da énfasis al criterio de influencia del conflicto en la decisión de cometer la conducta, la capacidad o habilidad para cometerla, el modo de comisión y/o la selección del objetivo, enriqueciendo su exposición con una presentación general del fenómeno del reclutamiento ilícito de NNA y de la violencia sexual en el conflicto armado colombiano que robustece con los datos suministrados por un concepto

87. Teoría circunstancial que no necesariamente se equipara a la categoría de violencia circunstancial creada por el TP-SA en Auto 171 de 2019.

nuevo solicitado a la Comisión de Género⁸⁸ y citando la jurisprudencia constitucional.⁸⁹ Con base en el concepto adicional de la Comisión de Género, resalta la noción de “entornos coercitivos” desarrollada por la CPI. Enseguida, sin pasar por un análisis del contexto del conflicto armado en el lugar de los hechos, alude a los conceptos de violencia sexual *estratégica, oportunista y como práctica* -de los que toma noticia por el salvamento de voto del Magistrado Mauricio García de la SDSJ-.⁹⁰ Finalmente, con apoyo en las piezas probatorias constantes en el expediente remitido por la Fiscalía, analiza para el caso concreto, uno a uno, los elementos normativos invocados, y concluye que sí existe conexidad entre las conductas y el conflicto armado, considerando que la violencia sexual ocurrida se encuadra, por lo menos, en el tipo de violencia oportunista.

- Contrastan las resoluciones No. 972 y 973 de 2018 de la SDSJ, que niegan la existencia del nexo con el conflicto armado, sin siquiera explicitar los elementos del raciocinio. La No. 972 pasa directamente de la expresión normativa *por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado* a la negación categórica de su materialización en el caso concreto, sin presentar argumentos que descarten los diferentes criterios normativos que delimitan esa expresión. La negación apenas se sustenta en la citación de apreciaciones previas ya presentadas por el juez penal ordinario en la sentencia derivada de un preacuerdo.

88. Emitido el 6 de marzo de 2019 y disponible en:

<https://www.jep.gov.co/Relatoria/Comisi%C3%B3n%20de%20G%C3%A9nero/Concepto%2006%20de%20marzo%20de%202018%20Caso%20Mujer%20adolescente%20indigena.pdf>.

89. Aunque sobre la violencia sexual solo refiere al Auto 092 de 2008 sin hacer mención del Auto 009 de 2015.

90. Salvamento de voto del Magistrado Mauricio García a la Resolución 973 de 2018 (SDSJ) en la que se cita el desarrollo conceptual propuesto por la autora Elisabeth J. Wood.

- Por su lado, la No. 973 únicamente considera el criterio temporal de existencia del conflicto armado, sin hacer referencia a los aspectos geográfico y material que también cabía valorar. Se menciona el “control territorial” que el autor ejercía como miembro de la fuerza pública, pero se echa de menos la justificación para decidir no otorgarle peso alguno a ese dato objetivo. Además, pasa directamente a la negación de la influencia del conflicto, usando como únicos referentes la categoría de “delito doméstico” (en oposición a la categoría de crimen internacional), traída a colación bajo la presuposición de que el móvil del delito se reducía a la “satisfacción personal”, todo ello, atenido a la descripción de los hechos ofrecida por el compareciente en su confesión ante la justicia penal ordinaria (versión de la que se derivara la respectiva sentencia anticipada).
- **Solo dos resoluciones siguen la interpretación amplia de la Corte Constitucional para fijar el alcance de la expresión “con ocasión del conflicto armado” y ninguna hace referencia a la presunción constitucional establecida en el Auto 009 de 2015 de la misma Corte:** las Resoluciones No. 965 (SDSJ) y SAI-LC-D-XBM-002-2019 acogen la interpretación amplia desarrollada por la jurisprudencia constitucional (de la que son hitos las sentencias C-253A y C-781 de 2012), mientras se omite cualquier consideración a ese parámetro en las otras dos decisiones. Ahora bien, ninguna de las resoluciones menciona la presunción constitucional de relación cercana y suficiente con el conflicto fijada en el Auto 009 de 2015. Apenas la resolución SAI-LC-D-XBM-002-2019 toma como referencia el Auto 092 de 2008.

Cabe precisar que en la Resolución No. 965, siguiendo la línea de la Corte Constitucional, la SDSJ afirmó que no se trató de un obrar que tuviera como causa directa el conflicto armado, pero sí *en el contexto del conflicto*. Ahora bien, para descartar el nexo directo

consideró que la conducta criminal no materializaba un objetivo estratégico relacionado directamente con la confrontación, como sería el de “debilitar la estructura armada contraria” o la “obtención de ventaja militar” y argumentó que la ausencia de causalidad no obsta para considerar que las conductas desplegadas sí encajan en la noción amplia que está contenida en la expresión “con ocasión del conflicto armado”. En ese orden de ideas, afirmó que puede establecerse una *relación indirecta* con otros “objetivos macro”, como los de “replegar al enemigo, ejercer poder de disuasión sobre las víctimas de tener cualquier tipo de relación con la guerrilla, el control de las víctimas y de la población o en su defecto causar desplazamientos forzados en pro de asegurar el control territorial”. Se advierte, sin embargo, un manejo ambiguo de las nociones de ventaja militar y de objetivo estratégico, al introducir la expresión “objetivos macro” sin razonar por qué los ejemplos dados no podrían encuadrarse en la idea de fin estratégico o de ventaja militar, a la luz de los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios internacionales y nacionales, para establecer una relación causal directa con el conflicto.

Debido a que la lectura amplia del conflicto armado colombiano delimitada por la Corte Constitucional está ausente en las resoluciones No. 972 y 973, no se analiza el contexto como material probatorio, ni se tienen en cuenta los criterios ya mencionados para evaluar la conexidad de los hechos con el conflicto armado.

Esta omisión es preocupante, pues invisibiliza el fenómeno de la violencia sexual y sus especificidades en determinadas regiones del país acerca de las cuales abundan ejercicios previos de documentación de la violencia sexual como práctica extendida asociada al conflicto armado, desde la sociedad civil, desde el ámbito judicial de la Ley 975 de 2005 y desde otros escenarios oficiales como el del CNMH, por citar algunas fuentes relevantes. Esto se deriva de la Resolución 973, en donde la SDSJ, al analizar

hechos de violencia sexual que tuvieron lugar en el municipio de Zulia, hizo caso omiso (sin justificarlo) de la violencia sexual ya documentada ampliamente en la región del Catatumbo, Norte de Santander (Corporación Humanas, 2015; Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, 2014; Corte suprema de Justicia, 2015; CNMH, 2017).

Solo la Resolución No. 965 trae el contexto como un componente específico de valoración en su estructura argumentativa, usando los elementos probatorios disponibles y pertinentes con el fin de situar y comprender cómo se desarrolló el conflicto armado en el lugar de los hechos, para destacar la violencia sexual en un contexto de control territorial.

Revisados los antecedentes judiciales del compareciente, la SDSJ observa que las diferentes conductas cometidas por él (entre ellas la violencia sexual) se enmarcan en la dinámica del conflicto armado en el departamento del Putumayo, “en donde actores como la guerrilla de las FARC-EP, las Autodefensas Unidas de Colombia y la fuerza regular del Estado se disputaron el control territorial” y concluye que, en ese contexto, “el compareciente ocupó una posición militar regular e irregular [...] que le permitió obtener ventaja para cometer los vejámenes por los cuales fue sentenciado y es procesado en la actualidad”. En relación con la calidad del compareciente, consideró que el hecho de ser miembro de la fuerza pública “fue determinante para que concretara sus delitos, por cuanto al representar al Estado en el uso legítimo de la fuerza generó sobre sus víctimas una posición ventajosa que le permitió someterlas y hacerlas objeto de sus agresiones”. La SDSJ hizo una lectura cruzada de ambos factores —el contexto y la calidad del perpetrador— para afirmar que de allí el compareciente derivó la capacidad para “valerse del lenguaje del conflicto”, estigmatizar a sus víctimas como colaboradoras o integrantes de la guerrilla y “reducir la voluntad” de las mismas, “a quienes ejecutó y a otras violentó sexualmente”.

Aunque la Resolución SAI-LC-D-XBM-002-2019 no dedica un apartado específico al análisis contextual, a lo largo de su argumentación entrelaza elementos de contexto desde la lectura del Auto 092 de 2008 y datos suministrados por las comisiones expertas al interior de la JEP (género y étnica). Se destaca la relevancia dada al *contexto discriminatorio* que redundo en la creación de riesgo de violencia sexual para las mujeres de las comunidades wayúu de la Guajira (tomado del concepto emitido por la Comisión Étnica).⁹¹

- **El silencio sobre los elementos de contexto en algunas resoluciones va en contravía del estándar de debida diligencia:** esta omisión preocupa si recordamos que el contexto es en sí mismo un medio de prueba y su recaudo y valoración integral hacen parte del cumplimiento de la debida diligencia en la investigación. Como se deriva de los estándares internacionales y nacionales, el análisis contextual de las violaciones a los derechos humanos, y específicamente de la violencia sexual, es de acogida obligatoria en el programa metodológico de investigación penal, tanto para comprender el nexo de las conductas con el conflicto armado, como para fijar su tipicidad (calificarlo como crimen internacional, por ejemplo) y para definir la aplicabilidad de un determinado modelo de atribución de responsabilidad penal.

El análisis contextual permite establecer las características y vulnerabilidades de las víctimas; los factores de discriminación que actúan en la producción y manutención de las violencias en un territorio específico; los factores de riesgo y el conocimiento (exigible) del Estado sobre ellos; las medidas estatales adoptadas para la prevención y la protección; las prácticas, repertorios y patrones de violencias de las organizaciones armadas en una localidad determinada; las motivaciones (no explícitas) de los perpetradores; la interrelación del modo como se ejercen

91. No localizado en la página web de la JEP para la fecha de elaboración de este documento.

las violencias con las dinámicas sociales, políticas, culturales y económicas; y las conexiones entre los hechos de violencia sexual y los otros repertorios de violencia en el marco del conflicto armado.⁹²

Este análisis contextual cumpliría simultáneamente con el estándar internacional de debida diligencia y con el correlativo derecho de las víctimas a que el contexto en el que ocurrieron los hechos sea valorado plenamente y sin prejuicios contra ellas.⁹³ Esta construcción del contexto(s) constituye un medio probatorio que puede ser satisfecho en amplia libertad probatoria.⁹⁴ Sin embargo, la documentación del contexto no se agota en la fase de examen de competencia sino que se extiende a lo largo del proceso conforme a un programa metodológico orientado a ello. En ningún momento el Estado (en este caso la JEP) puede eximirse de la debida diligencia en materia probatoria al judicializar las conductas de violencia sexual. Que las conductas punibles puedan ser conocidas por diferentes fuentes hace necesario un estándar probatorio que no se traduzca en cargas desproporcionadas (y discriminatorias) para las víctimas.⁹⁵

92. Sobre la finalidad del análisis contextual, ver: Sisma Mujer, “Lineamientos de política criminal para la protección del derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia sexual”, Bogotá, 2013, p. 25; Flacso, “Violaciones, derechos humanos y contexto: herramientas propuestas para documentar e investigar”, México D.F., 2017, disponible en: <https://www.flacso.edu.mx/sites/default/files/violaciones-ddhh-y-contexto-herramientas-propuestas-para-documentar-investigar.pdf>; Fiscalía General de la Nación, “Protocolo de investigación de violencia sexual”, adoptado mediante Resolución 1774 de 14 de junio de 2016, párrafos 56 a 62.

93. Derecho ya consagrado en la legislación colombiana (Ley 1719 de 2014, Art. 13, num. 8).

94. Para entender esa implicación procesal y la relación directa con la debida diligencia en la investigación, remitimos, en el ámbito interamericano, a la Corte IDH, casos de Campo Algodonero y Rosendo Cantú. En la legislación colombiana, además, su incorporación obligatoria en el programa metodológico de investigación penal fue reconocida en la Ley 1719 de 2014, Art. 14.

95. Ejemplos de fuentes de información serían: en ciertos casos, la solicitud de un beneficio penal o la solicitud expresa de sometimiento de un compareciente

Como han sostenido la Alianza 5 Claves, varias plataformas de mujeres y la Corte Constitucional, las víctimas de violencia sexual enfrentan mayores limitaciones y obstáculos en materia probatoria.⁹⁶ Esto ha motivado el establecimiento de estándares de prueba que priorizan el respeto a la dignidad de las víctimas y la remoción de estereotipos perjudiciales de género tanto en la investigación como en el juzgamiento de la violencia sexual (en general, y en contextos de conflictos armados en particular). La creación de instancias de género para la investigación de la violencia sexual al interior de la JEP es un avance que la Alianza 5 Claves ha admirado ya que responde a la preocupación por implementar medidas efectivas de superación de los obstáculos mencionados. Esas medidas deben adecuarse a los estándares especiales aplicables a la materia (como mínimos en los que no se puede retroceder)

Ahora bien, en sede de examen de competencia queda claro que sería un estándar desproporcionado –y dañoso para las víctimas de violencia sexual– exigir la demostración exhaustiva de los elementos necesarios para verificar la conexidad de los hechos con el conflicto armado. Esta carga es, además, innecesaria con ocasión de la obligación estatal de debida diligencia en contextos de conflicto armado y violencia sexual ya ampliamente reseñada. Adicionalmente, en atención a que en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Penal Internacional el testimonio de la víctima y la prueba circunstancial son centrales (CORPORACIÓN HUMANAS, 2009, p. 103 y ss.), es coherente afirmar que en sede de examen de competencia no puede desecharse la conexión con el conflicto armado hasta tanto no se haya garantizado la participación de la víctima para

(forzoso o voluntario según su calidad) y, en otros, los informes presentados por las organizaciones de derechos humanos y de víctimas.

96. El Auto 009 de 2015 recapitula esos obstáculos. Véanse también los informes periódicos de la Mesa de Seguimiento al Auto 092 de 2008 - anexo reservado.

escuchar su testimonio -con pleno respeto a su dignidad y garantizando su no revictimización (Sisma Mujer, 2013, p. 120 y ss.)-.

- **En algunos casos se hace uso equívoco del oportunismo basado en estereotipos perjudiciales de género que presuponen que la violencia sexual es siempre un hecho privado, individual, apenas incidental o colateral:** en las resoluciones No. 972 y 973 la valoración de los hechos usa una concepción de la violencia sexual como hecho privado, limitado a la esfera individual del perpetrador (de deseo/impulso sexual o de satisfacción personal) o como un acontecimiento que tiene lugar de manera apenas incidental o colateral, al punto de considerarla, *a priori*, separable del ambiente del conflicto armado.

Es preocupante que se construyan fundamentaciones en estereotipos perjudiciales de género y se pierdan de vista las finalidades que podrían concurrir en la comisión del crimen sexual, visto el conjunto de circunstancias y elementos de contexto. En la Resolución No. 972, por ejemplo, la SDSJ se atuvo y dio por cierta la afirmación hecha por el juez penal ordinario en la sentencia condenatoria derivada del preacuerdo que descartó el abuso sexual y consideró que se trataba de una “relación de pareja” que se tejió espontáneamente entre una adolescente menor de catorce años y un militar, en medio de “encuentros sexuales” que tenían lugar de manera consentida en los períodos en que la víctima huía de su hogar “turbulento”. Esta postura alimenta la impunidad social e institucional al referirse a los “involucramientos afectivos” o “enamoramientos” de los actores armados con las niñas y adolescentes en contextos de militarización y, de paso, banaliza el abuso de poder y el aprovechamiento de las condiciones de vulnerabilidad de las adolescentes presentes.

En la Resolución No. 965 esa hipótesis del deseo o satisfacción personal es mencionada para afirmar que, a pesar de estar presente ese impulso individual deliberado (aunque sin razonar con base en qué, en cuáles hechos probados), era posible concluir a favor de un nexo *indirecto* con el conflicto armado.⁹⁷

Es visible, en contrapartida, el esfuerzo realizado en la Resolución SAI-LC-D-XBM-002-2019 por distinguir las nociones de violencia sexual *estratégica*, *oportunist*a y como *práctica*, como un ejercicio teórico que demuestra preocupación por la consistencia con los estándares normativos consolidados. Así, al aludir a la posibilidad de que concurra un interés de satisfacción personal (que podría o no tener una connotación de “placer sexual”⁹⁸) no lo hace de manera reduccionista o estereotipada, sino que lo hace para referirse a una tipología acuñada en la ciencia política sobre las diversas formas en las que puede manifestarse la violencia sexual asociada a los conflictos armados, cuidando siempre de razonar los elementos contextuales tenidos en cuenta en el caso concreto (en especial, el entorno coercitivo que el reclutamiento gestaba).

97. Afirmó textualmente: “Los móviles que tuvo el compareciente para realizar sus conductas no tienen como propósito un objetivo estratégico y directo en relación con el conflicto armado, como debilitar la estructura militar u otro que le genere ventajas en el ambiente de combate, tampoco son ajenos al deseo de satisfacción personal que le dio su obrar, como afirma la Procuraduría en su intervención; sin embargo, esto es así porque los delitos no fueron cometidos con ocasión directa del conflicto armado, sino que suceden en su contexto”.

98. Nótese que, en todo caso, existen posturas de disenso en las ciencias sociales sobre el deseo de placer sexual como móvil del perpetrador de la violación sexual. Una de ellas es la de Rita Laura Segato (2003), quien defiende que “se trata más de la exhibición de la sexualidad como capacidad viril y violenta que de la búsqueda de placer sexual”, esto es, la violación operaría “como una demostración de fuerza y virilidad ante una comunidad de *pares*, con el objetivo de garantizar o preservar un lugar entre ellos probándoles que uno tiene competencia sexual y fuerza física” (p. 33). Ese elemento, para la autora, es visible no solo en las violaciones grupales. También lo es en las individuales o solitarias.

También solicitó a la Comisión de Género un concepto específico, vistos los factores cruzados de edad, género y pertenencia étnica presentes en el caso particular. De dicho concepto, la SAI cita:

La violencia sexual por parte de actores armados del conflicto no solo tiene una finalidad de obtener placer, también es una forma de mostrar poder, dominio, y una manifestación clara de lo que constituye el abuso de poder, sobre todo, en contextos de coerción, como lo es el conflicto armado y advierte que, según la Comisión de Género, “la violencia sexual en el conflicto armado puede tener, por lo menos, nueve finalidades: dominar, regular, callar, obtener información, castigar, expropiar, exterminar, recompensar, y cohesionar”.⁹⁹ Con fundamento en lo anterior, la SAI (Despacho de la Magistrada Balanta) concluyó:

122. [...] Se puede inferir que el contexto del conflicto armado posibilitó o generó la oportunidad para la comisión de estas conductas por parte del compareciente. [...]

123. En lo que respecta a la agresión sexual, si bien este despacho no cuenta con suficientes elementos de información para considerar que el tipo de violencia sexual a la que habría sido sometida MGU es estratégica o como práctica, este despacho encuentra que la violencia sexual alegadamente padecida por la adolescente MGU encuadra, por lo menos, en el tipo de **violencia oportunista**. [...]

124. De igual manera, el 20 de marzo de 2014, de acuerdo con la información proporcionada, al momento de llevarse a MGU como recluta de las FARC, el compareciente parecería que hizo uso del respaldo que gozaba por parte de dicha organización en su calidad de combatiente. [...] Fue en este contexto de reclutamiento que, aparentemente, el compareciente aprovechó para agredir sexualmente a MGU mientras la llevaba al campamento de las FARC-EP, de donde ella escapó tres días después.

99. Se trata de las finalidades estudiadas por Corporación Humanas (2009).

125. Así, este despacho considera que la información contenida en el expediente daría cuenta de que el compareciente haciendo uso de su posición de combatiente, persona armada, con conocimiento del entorno étnico y familiar de la víctima y la situación de indefensión en que la misma se encontraba mientras se le reclutaba, aprovechó dicho contexto coercitivo, posibilitado por el conflicto armado, para acceder carnalmente a MGU” (negrillas del texto original).

No obstante, llama la atención que se haya optado por la definición de un nexo apenas indirecto con el conflicto, a pesar de admitir que la violencia sexual en circunstancias de reclutamiento ilícito de niñas, niños y adolescentes es una práctica habitual desplegada por los miembros de las organizaciones armadas, tolerada internamente y ligada directamente al contexto coercitivo.

- **Adopción de decisiones que prima facie se basan en estereotipos y prejuicios:** aunque en la JEP se ha venido incorporando el entendimiento de que las decisiones adoptadas para admitir o rechazar una solicitud o caso en la etapa de examen de competencia es un primer filtro procesal en donde el análisis sobre el nexo con el conflicto armado tendría solo un carácter *prima facie*, es decir “a primera vista”, con los elementos probatorios al alcance —que en esa etapa suelen ser escasos—, esto significa también que el estudio sobre el vínculo o relación con el conflicto puede variar posteriormente con el recaudo de información contextual, acervo probatorio, testimonios de víctimas, reconocimiento de hechos y demás aportes a la verdad por parte de los comparecientes. Este entendimiento ya ha empezado a incorporarse explícitamente en algunas decisiones de las Salas de Justicia y de la SA-TP de la JEP¹⁰⁰ y, en principio, guardaría

100. Algunas decisiones adoptadas por las Salas de Justicia y por la SA-TP de la JEP incorporan ese entendimiento en el examen de competencia por factor material. Ver, por ejemplo: de la SRVRDHC, la Resolución No. 001 de 25 de octubre de 2018 (en el Caso 003, sobre “Muertes ilegítimamente presentadas

coherencia con la línea jurisprudencial constitucional referida anteriormente que advierte la improcedencia de la exclusión *a priori*, especialmente en casos de duda o de situaciones límite, en concordancia con el principio *pro persona*, que es de obligatoria aplicación en tales eventos y que para la violencia sexual se materializa en la presunción constitucional de relación cercana y suficiente con el conflicto armado (Auto 009 de 2015 de la Corte Constitucional).

- Otra consecuencia del carácter *prima facie*, visto de esa manera, sería que la construcción de un patrón de violencia, de victimización o de macrocriminalidad no es prerrequisito para establecer el nexo con el conflicto armado en la etapa de examen de competencia material para admitir el trámite de una solicitud o para avocar el conocimiento de los hechos pues la construcción de esos patrones (cualquiera que sea la denominación que se estime adecuada) es un proceso que integra el análisis contextual a través de un método inductivo que se incorpora al plan investigativo y solo se culmina en la decisión de fondo del respectivo juzgamiento.

como bajas en combate por agentes del Estado” –conocidas como *falsos positivos*–) en la que esa sala observó que “la competencia material [...] para conocer las conductas cometidas por una persona se analiza a profundidad cuando se conocen plenamente los hechos”, y que la etapa inicial de decisión sobre una solicitud de sometimiento voluntario corresponde a un “momento inicial y preliminar del proceso”. Por lo tanto, la definición de la relación de las conductas con el conflicto armado se hace en ese primer momento “de manera general e inicial”. En la misma decisión, la SRVRDHC aclaró que “cualquier consideración *prima facie* sobre la relación con el conflicto armado se presenta sin perjuicio de que, en una fase posterior de análisis, la sala, teniendo en cuenta elementos adicionales de contrastación, evalúe en cada caso concreto esta relación y pueda concluir de manera distinta”. Por otro lado, la SA-TP, en Auto TP-SA 19 de 2018 (en el caso del tercero David Char Navas, cuya solicitud de sometimiento voluntario *no integral* fuera rechazada), afirmó que las solicitudes de sometimiento a la JEP no pueden llevar a fijar “de manera pétrea la competencia material”, haciendo perder a los procesos que se desarrollan en esta jurisdicción “su naturaleza dinámica y evolutiva”. El carácter *prima facie* del examen de competencia material también fue invocado en la Resolución No. 965 de 2018 de la SDSJ en un caso que involucró hechos de violencia sexual.

Adicionalmente, la recurrencia de las conductas, su repetición, sistematicidad o generalidad no son características esenciales para identificar su nexo con el conflicto. Dicho de otro modo, no solo las conductas repetitivas o recurrentes, que afectan a múltiples víctimas, tienen relación con el conflicto armado.¹⁰¹

No obstante, en su práctica judicial la SDSJ está adoptando decisiones que, *prima facie*, se basan en estereotipos y lecturas prejuiciosas contra las mujeres, desembocando en el rechazo de plano de las solicitudes por inexistencia de conexidad con el conflicto —incompetencia por el factor material—, como ocurriera en las resoluciones No. 972 y 973 de 2018 ya reseñadas. En las decisiones donde se admite el vínculo con el conflicto se argumenta el carácter *prima facie* de la resolución para dejar abierta la posibilidad de cuestionar el nexo con el conflicto en una etapa posterior, con el riesgo latente de que visiones estereotipadas orienten esa definición, como ocurre en la Resolución No. 965, donde se acepta una relación apenas indirecta con el conflicto y solo con carácter *prima facie*.

Las decisiones con carácter *prima facie* que en realidad se basan en estereotipos prejudiciales de género no deben surgir en la fase inicial al examinar la competencia material. Yendo más allá, y superando una visión meramente procedimental, esos estereotipos deben eliminarse de la práctica y decisiones en todas las etapas del proceso.

- **Las apreciaciones previas del juez ordinario penal se anteponen y son determinantes en dos de las resoluciones:** en las No. 972 y 973 el análisis de los hechos se limita a las apreciaciones que sobre ellos el juez penal ordinario ya había realizado o a la versión previa del compareciente (vía de confesión en la indagatoria o vía de preacuerdo). Se echa de menos el nuevo examen del conjunto de las circunstancias que sería consecuente con los fines de

101. Remitimos al concepto de ataque simple referido en líneas anteriores.

la JEP. La Resolución No. 972 analiza los hechos que fueron debatidos en un proceso penal ordinario que desembocó en una sentencia condenatoria derivada de un preacuerdo, esto es, se trató de una verdad judicial que resultó de la negociación entre el procesado y la Fiscalía, lo que dio paso a la variación de la calificación jurídica de la conducta pasando de una imputación inicial de acceso carnal abusivo con menor de catorce años a la de acoso sexual agravado. Dicho preacuerdo llevó a una sentencia condenatoria cuya parte motiva consiste en un discurso funcional a la calificación jurídica adoptada, esto es, descartando los elementos del tipo de acceso carnal abusivo, y utilizando expresiones más laxas y favorables para el procesado, como la que califica los encuentros sexuales sostenidos entre el militar y la menor de catorce años como una “relación de pareja” o como la referencia a la “turbulencia familiar” de la víctima para explicar sus fugas de la casa y sus encuentros sexuales con el militar. Usar estos acuerdos propios de la justicia ordinaria como único insumo para el análisis fáctico es abiertamente insatisfactorio para los propósitos de la JEP. Es visible, entonces, que la verdad judicial fijada de manera limitada y restricta a los fines de la motivación que debía darse al sentido condenatorio de la sentencia derivada de un preacuerdo fue la única referencia tenida en cuenta por la SDSJ para analizar el nexo de la conducta con el conflicto armado.

Situación similar se observa en la Resolución No. 973 en la que se consideró únicamente la descripción de los hechos contenida en la versión del procesado cuando optó por aceptar los cargos y acceder a los beneficios de una sentencia anticipada. En su versión, el procesado (ahora compareciente) no ofreció ningún detalle sobre el contexto del conflicto armado en el lugar donde estaba ubicado el batallón al que pertenecía, a su calidad de soldado regular, a las tareas a las que estaba asignado y al uso de las armas de dotación oficial. Se refirió a la conducta de violencia sexual como un suceso apenas incidental, influenciada tan solo

por el consumo de una sustancia psicoactiva y sin guardar relación con un posible aprovechamiento de la calidad de soldado regular. La SDSJ, al atenerse a la visión limitada sobre los hechos propia de las figuras procesales referidas (sentencia anticipada y preacuerdo), estuvo lejos de analizar comprensivamente las piezas de los procesos penales ordinarios y no abordó el conjunto completo de las pruebas recaudadas por la Fiscalía.

Solo las resoluciones 965 y SAI-LC-D-XBM-002-2019 no se atienen, sin más, a las decisiones previas y asumen una conducta proactiva en busca de elementos probatorios adecuados a esa etapa procedimental, con una lectura diligente de las piezas probatorias ya recaudadas y trasladadas por la justicia ordinaria (no apenas de las decisiones proferidas previamente) y con la consulta, en fuentes secundarias, de información adicional útil y pertinente para apurar el análisis del contexto.

Parece haber un contraste entre resoluciones que exigen un alto estándar de prueba (en el sentido de más apurado, exhaustivo y/o diligente) y resoluciones que tienen como suficiente la verdad judicial sentada en los procesos ordinarios previos sin dar lugar a una revisión nueva y autónoma del acervo probatorio trasladado por las autoridades ordinarias. Es llamativo que el segundo tipo coincide con resoluciones que niegan la conexidad de las conductas con el conflicto armado.

Por consiguiente, advertimos que, en materia de violencia sexual, las salas de justicia de la JEP no se están alineando al estándar de debida diligencia. El análisis de las piezas procesales y del acervo probatorio relativo a los aspectos fácticos debatidos en los procesos ordinarios precedentes debe responder a la finalidad en materia de verdad de la justicia transicional. Gana toda relevancia la manifestación del TP-SA referida al uso de las pruebas practicadas en los procesos penales ordinarios de los comparecientes, pues lleva a fijar apenas un umbral a partir del cual se empezará a valorar la contribución a la verdad por parte

de los comparecientes, con la expectativa de que se supere la verdad judicial y construya una verdad integral y colectiva con participación de las víctimas.¹⁰² Esa finalidad cobra especial significado para los delitos y autores que históricamente han constituido patrones de impunidad y de insatisfacción del estándar de verdad, como es el caso de la violencia sexual cometida y tolerada por los agentes estatales.

- **Omisión de las características diferenciales de las víctimas y del análisis interseccional en dos de las resoluciones:** en las resoluciones No. 972 y 973 se omite el análisis sobre la calidad de las víctimas y el contexto de discriminación. En la No. 973, el hecho de tratarse de una adolescente menor de catorce años no incidió para realizar un examen con enfoque diferencial. Esto es profundamente diferente a la argumentación de la SAI-LC-D-XBM-002-2019 donde la caracterización como mujer, adolescente e indígena de la víctima directa y el análisis interseccional, servido de la información obtenida proactivamente de las dos comisiones expertas de la JEP (de género y étnica), pesaron visiblemente para situar la aplicación en concreto de los parámetros normativos.

IV. Recomendaciones

A partir de la sistematización de los criterios normativos consolidados para establecer la relación de las conductas de violencia sexual con el conflicto armado y con las reflexiones que nos suscita la lectura crítica de cuatro resoluciones ya emitidas por la SDSJ y la SAI en esa materia, recomendamos a las Salas de Justicia y al Tribunal para la Paz de la JEP:

- a) Observar plenamente el conjunto de criterios normativos y jurisprudenciales ya consolidados para establecer la

102. Auto TP-SA 019 de 2018, Capítulo VIII.

conexidad entre la violencia sexual y el conflicto armado, sin admitir retrocesos y sin sujetar el asunto (que en realidad es un debate superado) a nuevas falsas controversias que se explican solamente por la aplicación de estereotipos de discriminación. En ese sentido, tanto las salas como el tribunal para la paz deben superar la interpretación y uso de las categorías de violencia sexual oportunista y circunstancial como no relacionadas con el conflicto. En el caso de la última, además, no debe acogerse en tanto implica una carga probatoria desproporcionada para las víctimas e innecesaria dada la existencia de la presunción de relación cercana y suficiente con el conflicto de los hechos de violencia sexual.

- b) Observar plenamente los parámetros fijados en el Auto 009 de 2015 relativos a la integración de los factores de orden contextual y de orden subjetivo para la comprensión de las hipótesis fácticas de la violencia sexual y su nexo con el conflicto armado. Conforme lo desarrolla ese Auto, para discernir la relación cercana y suficiente de la violencia sexual con el conflicto armado, como desarrollo de la noción amplia del conflicto armado y del principio pro-persona, en situaciones límite o de duda, la Corte Constitucional fijó la presunción constitucional de la existencia de esa ligación. Cabe a las instancias de la JEP integrar en su metodología y motivación los supuestos contenidos en esa presunción constitucional.
- c) Adoptar pautas de interpretación normativa para la definición de violencia sexual en el conflicto armado que consideren la calidad de la víctima, el contexto en que ocurrieron los hechos y la intención discriminatoria de las agresiones y no la motivación personal en tanto aspecto jurídicamente irrelevante.

- d) Prevenir la calificación generalizada de la relación de los hechos de violencia sexual con el conflicto armado como indirecta ya que, aunque es una opción jurídicamente viable, su uso desproporcionado podría estar basado en una visión estereotipada de este tipo de hechos y podría restringir criterios que permitan inscribirlos en las diferentes posibilidades previstas en el Acto Legislativo 01 de 2017. También recomendamos superar las visiones estereotipadas y reduccionistas que tienden a clasificar los actos de violencia sexual como hechos privados, incidentales e inconexos del ambiente del conflicto con base en estereotipos perjudiciales de género. Esto implica remover de sus prácticas y decisiones cualquier lectura estereotipada y discriminatoria contra las mujeres y tener presente que prejuicios basados en el género no pueden sustentar decisiones *prima facie* de rechazo ni admisión del nexo entre las conductas de violencia sexual y el conflicto armado.
- e) Adecuar las prácticas y decisiones de la JEP al estándar de debida diligencia. Esto implica considerar que los elementos de contexto son en sí mismos medios probatorios de obligatorio recaudo y valoración. Su valoración, a la luz del principio pro-verdad y del enfoque restaurativo del nuevo escenario de justicia transicional (JEP), debe ser proactiva y no atendida a la verdad judicial previamente construida (de manera limitada) en procesos penales ordinarios que tienen una visión restringida sobre el conflicto armado. Implica también que no pueden imponerse cargas probatorias excesivas a las víctimas o no apropiadas para cada etapa procesal. Se deben considerar los obstáculos que, para el acceso a la justicia, y en especial en materia probatoria, han enfrentado históricamente las víctimas de violencia sexual.

- f) Entender que la violencia basada en género incluye también los actos de violencia sexual perpetrados con base en prejuicios simbólicos e instrumentales contra personas lesbianas, gay, bisexuales y trans, de suerte que los estándares consolidados sobre debida diligencia para asegurar la efectiva investigación, juzgamiento y sanción de la violencia sexual deben ser incorporados a cabalidad en los casos en los que se verifiquen las condiciones establecidas por la Corte Constitucional para determinar la relación cercana y suficiente de este crimen con el conflicto armado y cuando este grave crimen se haya cometido contra personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas.
- g) Reconocer que, como todo acto de violencia basada en género, la violencia por prejuicio contra personas LGBT ocurre en un contexto de discriminación estructural que no solo facilita la realización de las conductas sino que, además, genera impactos desproporcionados en las vidas de las víctimas y limita su posibilidad de acceso a la justicia. En esa medida, corresponde a la JEP atender al llamado que el propio acuerdo hace para la superación de dichas formas de discriminación histórica, valiéndose del contexto para establecer la gravedad de la violencia sexual persecutoria contra personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas.
- h) Considerar que el contexto de discriminación que explica la violencia sexual por prejuicio contra personas LGBT y otros sujetos de especial protección (por edad, pertenencia étnico-racial, por condición de discapacidad, etc.), así como el contexto intrafilas en el cual pueden gestarse las violencias sexuales hacia las mujeres combatientes y niñas reclutadas ilícitamente son componentes que no pueden pasarse por alto en la comprensión del vínculo entre el conflicto armado y la violencia sexual, desde un mirada diferencial e interseccional.

- i) Adecuar las prácticas y decisiones de la JEP a los estándares internacionales que protegen a las mujeres combatientes y niñas reclutadas ilícitamente de prácticas que configuran violencia reproductiva, como forma de violencia sexual, al interior de los grupos armados que se encuentra prohibida en todo momento y contra cualquier persona. En estas prácticas que configuran violencia sexual en contextos de conflicto armado se incluyen conductas violatorias de derechos reproductivos como el embarazo, el aborto, y la esterilización y la anticoncepción forzadas. En ese sentido, el escenario intrafilas como contexto en el que mujeres y niñas se ven expuestas a hechos que configuran violencia sexual debe ser tenido en cuenta como un elemento determinante en la comprensión del vínculo entre el conflicto armado y la violencia sexual. En consecuencia, los diferentes órganos y salas de la JEP deberán tomar en consideración la reciente decisión de la CPI en la que condenó a Bosco Ntaganda – ex líder de las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC) - por la comisión de crímenes de lesa humanidad y de guerra, incluyendo hechos de violación y esclavitud sexual al interior de las filas del FPLC, así como el uso de niños y niñas soldados, en tanto es el primer precedente a nivel internacional que condena hechos de violencia sexual al interior de las filas de un grupo armado cometidas por la misma tropa.

Diciembre de 2019

5

claves

