



Revista de  
**Derecho**  
publico

## LAS LIMITACIONES DE LAS PALABRAS DE LOS JUECES

El intento fallido del Auto 092/808 de  
caracterizar la violencia sexual en contra de  
las mujeres como crimen de lesa humanidad en  
el conflicto armado colombiano

Lina M. Céspedes-Báez

# Contenido

INTRODUCCIÓN.....	3
AUTO 092/08 Y SUS ALCANCES EN MATERIA DE VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LAS MUJERES EN EL CONTEXTO DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO.....	4
CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD.....	6
EL SUSTENTO ARGUMENTATIVO Y PROBATORIO DEL AUTO 092/08 EN MATERIA DE VIOLENCIA SEXUAL.....	10
POST SCRIPTUM: ¿TENÍA OTRA ALTERNATIVA LA CORTE CONSTITUCIONAL?.....	14

# LAS LIMITACIONES DE LAS PALABRAS DE LOS JUECES

## El intento fallido del Auto 092/808 de caracterizar la violencia sexual en contra de las mujeres como crimen de lesa humanidad en el conflicto armado colombiano

Lina M. Céspedes-Báez<sup>1</sup>

### INTRODUCCIÓN

*"Muchos se quejan de que las palabras de los sabios son sólo metáforas, inaplicables a la vida diaria, y sólo tenemos ésta. Cuando el sabio dice: 'Ve hacia el otro lado', no pretende que se cruce la calle, lo que se podría hacer si mereciera la pena el camino, sino que más bien hace referencia a un más allá legendario, a algo que no conocemos y que él tampoco especifica, por lo que no nos puede ayudar nada en esta vida."*

*Franz Kafka, De las metáforas*

El presente artículo analiza el estudio que acometió la Corte Constitucional, en el Auto 092/08, del fenómeno de la violencia sexual en contra de las mujeres en el contexto del conflicto armado colombiano. Particularmente, el examen se centra en la consideración que hace la Corte respecto a que dicha conducta es "habitual, sistemática y extendida", aseveración que remite inmediatamente a los elementos del crimen de lesa humanidad. En este sentido, este texto no se ocupa de otras temáticas expuestas en dicha decisión judicial.

El análisis utilizado en el documento se ocupa de los elementos necesarios, según la doctrina

del derecho internacional, para establecer que una conducta es constitutiva de crimen de lesa humanidad y de las competencias propias de la Corte Constitucional, según el ordenamiento interno colombiano, respecto de dichas conductas. El resultado de este ejercicio es que la Corte Constitucional se extralimitó en sus funciones al caracterizar los eventos de violencia sexual en el contexto del conflicto armado colombiano como habituales, extendidos y sistemáticos, razón por la cual esa sección del Auto tan sólo goza de una eficacia simbólica, mas no instrumental.

<sup>1</sup> Abogada de la Universidad del Rosario, con especialización en Derecho Tributario de la misma institución, Maestría en Estudios de Género, Mujer y Desarrollo de la Universidad Nacional de Colombia y LL.M. en Derecho Internacional de *Cardozo School of Law*. Fue coordinadora del área de litigio y desplazamiento forzado de la Corporación Sisma Mujer y consultora en Género para el International *Center for Transitional Justice*. En el año 2007 asistió al diplomado y programa regional de derechos humanos dirigido por la Universidad de Lund y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Por intermedio de la Escuela de Género de la Universidad Nacional y de la Universidad Internacional de la Florida, participó en las discusiones alrededor del acceso a la justicia y la perspectiva de género en los operadores judiciales nacionales e internacionales. Actualmente se encuentra trabajando en temas de litigio internacional, obligaciones de derechos humanos de actores no estatales y violencia sexual en el marco del conflicto armado colombiano.

## AUTO 092/08 Y SUS ALCANCES EN MATERIA DE VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LAS MUJERES EN EL CONTEXTO DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO

En mayo 10 de 2007, la Corte Constitucional colombiana llevó a cabo una audiencia de seguimiento de la sentencia T-025/04, decisión en la que se había declarado el estado de cosas inconstitucional<sup>2</sup> en materia de desplazamiento forzado. Esta audiencia fue dedicada en su integridad al tema del impacto diferenciado del desplazamiento forzado causado por el conflicto armado interno en la vida de las mujeres. A la misma asistieron varias organizaciones no gubernamentales –ONG–, organizaciones de base y el Gobierno Nacional, representado primordialmente por Acción Social y la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer. En el transcurso de la audiencia, las ONG insistieron en el incumplimiento del Gobierno Nacional en la adopción de un enfoque diferencial para la atención, prevención y superación de la situación de desplazamiento forzado.

Demostraron la inexistencia de políticas públicas que asumieran el impacto diferenciado del desplazamiento en materia de salud, acceso a la tierra, educación, participación, entre otros. Asimismo, las organizaciones recalcaron que la violencia sexual en contra de las mujeres era una de las problemáticas más extendidas y menos reconocidas del conflicto armado colombiano. Para el efecto, presentaron informes que se nutrieron de testimonios y casos conocidos de primera mano, ya fuera porque las organizaciones los apoderaban o porque habían tenido conocimiento de los mismos por su trabajo, y de eventos recogidos de otros informes elaborados por ONG nacionales e internacionales<sup>3</sup>.

En abril 14 de 2008, la Corte Constitucional expidió el Auto 092, el cual recogió y analizó la información presentada en la audiencia de seguimiento de mayo 10 de 2007. Esta extensa decisión reconoció que el desplazamiento forzado tiene un impacto diferenciado en la vida de las mujeres, la inadecuación de las políticas públicas existentes para, por lo menos, mitigar esa situación y la urgencia de tomar medidas comprensivas con enfoque de género para avanzar en la superación del estado de cosas inconstitucional. La argumentación estuvo basada en que las mujeres son sujetos de protección constitucional reforzada<sup>4</sup>, de acuerdo con el derecho doméstico e internacional. De ahí que fuera posible para los magistrados identificar riesgos específicos que enfrentan las mujeres en contextos de conflicto, dentro de los cuales la Corporación destacó la violencia sexual<sup>5</sup>. En efecto, la Sala afirmó que las mujeres se encuentran más expuestas que los hombres a la violencia sexual por el sólo hecho de

2 “Cuando se constata la vulneración repetida y constante de derechos fundamentales, que afectan a multitud de personas, y cuya solución requiere la intervención de distintas entidades para atender problemas de orden estructural, esta Corporación ha declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucional y ha ordenado remedios que cobijen no sólo a quienes acuden a la acción de tutela para lograr la protección de sus derechos, sino también otras personas colocadas en la misma situación, pero que no han ejercido la acción de tutela.” T-025 de 2004, apartado 7. Se tuvieron en cuenta, entre otros, los siguientes informes:

3

-Amnistía Internacional. *Cuerpos Marcados, Crímenes Silenciados. Violencia Sexual Contra las Mujeres en el Marco del Conflicto Armado*. AMR 23/040/2004

-Relatoría para los Derechos de la Mujer. “Las Mujeres Frente a la Violencia y La Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, 18 octubre 2006.

-Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer de las Naciones Unidas de 2002, United Nations, E/CN.4/2002/83/Add.3, 11 March 2002

4 “La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido con toda claridad que las personas que son víctimas del desplazamiento forzado adquieren, por sus condiciones de especial vulnerabilidad y por la violación masiva de sus derechos constitucionales, el estatus de sujetos de especial protección constitucional, el cual impone a las autoridades competentes el deber perentorio de atender sus necesidades con un especial grado de diligencia y celeridad.” Sentencia T-597/08.

5 Ver Auto 092/08, acápite II.1

pertenecer a este grupo poblacional. En últimas, lo que la Corte quiso decir, acertadamente, es que la violencia sexual en contra de las mujeres en el contexto del conflicto armado colombiano es una práctica basada en el género o como se conoce en la literatura, una caso de *gender based violence* (GBV)<sup>6</sup>.

Las cuestiones fácticas que tuvieron en cuenta los magistrados para llegar a esta conclusión fueron los casos y testimonios presentados por las ONG presentes en la audiencia, con los cuales se conformó el llamado "Anexo Reservado del Auto 092/08", del cual se dio traslado a la Fiscalía General de la Nación<sup>7</sup>. A pesar de que la Corte reconoció no tener competencia para acometer la determinación fáctica ni la calificación jurídica de estos eventos, señaló que "[l]a violencia sexual contra la mujer es una práctica habitual, extendida, sistemática e invisible en el contexto del conflicto armado colombiano (...)" (negritas fuera del texto)<sup>8</sup>. Si bien la Sala nunca dijo explícitamente que la violencia sexual constituía un crimen de lesa humanidad en el marco del conflicto armado colombiano, sí consideró que los elementos del mismo estaban dados y que no requerían de prueba distinta a la valoración del juez constitucional de los 183 casos a los que tuvo acceso en la audiencia. En este orden de ideas, el alto tribunal, en una abierta contradicción con su propio dicho, aceptó no tener competencia para investigar los hechos y realizar la calificación de los mismos, para acto seguido reiterar que las prácticas de violencia sexual son sistemáticas y

generalizadas sin especificar en qué consisten estos elementos y cómo se manifiestan en el contexto colombiano.

Es evidente que el Auto 092/08 ha tenido un gran impacto en el mundo jurídico colombiano y en las estrategias de incidencia de las ONG y de las poblaciones en situación de desplazamiento. El efecto simbólico de la decisión ha sido muy significativo<sup>9</sup>, en la medida en que ha abierto espacios de interlocución entre la Rama Judicial y la sociedad civil. Adicionalmente, las palabras del juez, en su papel de público fuerte<sup>10</sup>, le han dado una legitimidad al tema del desplazamiento y su impacto desproporcionado en la vida de las mujeres. No obstante, desde el punto de vista netamente jurídico, el Auto parece haber caído en una trampa: en su afán de reconocer y darle visibilidad a una situación tremendamente dolorosa del conflicto armado colombiano, utilizó palabras que tienen significados específicos en la doctrina del derecho internacional, sin detenerse a verificar si el ámbito de sus funciones le permitían utilizarlas de manera categórica como una realidad dada sin tener la competencia para verificar los hechos.

Hay que tener en mente que el Derecho es un entramado de palabras de significado específico sujetas a reglas de interpretación especializada, es decir, es un sistema de procedimientos discursivos cuyo fin es la argumentación para

6 Se ha entendido que la violencia basada en el género "es cualquier daño perpetrado contra la voluntad de una persona que está enraizado en desigualdades de poder relacionadas con los roles de género. Incluye violencia física, sexual y psicológica, amenaza de violencia, coerción o privación arbitraria de la libertad." Ward, Jeanne y Brewer, Jessica. *Violencia basada en género en situaciones afectadas por conflictos: revisión general de un proyecto multinacional de investigación*. Forced Migration Review, No. 20, pág. 26.

7 El Anexo está conformado por 183 casos ocurridos en el periodo comprendido entre 1993 y 2008.

8 Auto 092/08, acápite III.1.1.1.

9 Es evidente que el auto ha logrado un diálogo legitimador entre algunas instancias del Estado y la sociedad civil. Ver, García Villegas, Mauricio. *La Eficacia Simbólica del Derecho. Examen de situaciones colombianas*. Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá.

10 Nancy Fraser plantea que el público fuerte es aquel cuya práctica deliberativa forma algo más que una opinión, por cuanto sus pronunciamientos tienen el poder de la toma de decisiones vinculantes que afectan a los individuos y el desenvolvimiento del Estado. Fraser, Nancy. *Pensando de nuevo la esfera pública. Una contribución a la crítica de las democracias existentes*. En: *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*. Pág. 128 a 131.

aplicar y contextualizar los derechos<sup>11</sup>. En este orden de ideas, las palabras del Derecho tienen contenidos puntuales e instancias determinadas para producir la argumentación que finalizará con la adjudicación judicial de los derechos. En esta lógica, la ciudadanía no está en la obligación de conocer y manejar esos conceptos, de ahí que el *ius postulandi*<sup>12</sup> sea restringido y que las acciones que pueden ser ejercidas sin la asistencia de un abogado estén caracterizadas por las facultades amplias del juez para interpretar y encuadrar las pretensiones de las partes en el lenguaje del Derecho. No obstante, los operadores judiciales sí están en la obligación de manejar los sentidos especializados de las palabras jurídicas y de ubicarlas en su debido contexto, todo ello en aras de producir argumentaciones efectivas que sobrepasen la eficacia simbólica que radica en la autoridad de su dicho. La eficacia instrumental es la única que evita la impunidad pues conduce a la punibilidad fáctica<sup>13</sup>; la eficacia simbólica únicamente llena el vacío normativo a través de la legitimación de un tema por medio de una sentencia o de una ley, por ejemplo, y establece el diálogo, mas no asegura la aplicación. En el caso del Auto 092/08, al asegurarse que la violencia sexual en contra de las mujeres en el marco del conflicto armado interno reunía los elementos propios de un crimen de lesa humanidad, la Corte Constitucional emitió una decisión con un alto contenido simbólico, pero con una eficacia instrumental muy baja o casi nula. Para poder entender la magnitud de este fenómeno, es esencial analizar qué son los crímenes de lesa humanidad y cuáles son sus elementos.

11 Ver Atienza, Manuel, Argumentación jurídica, en Garzón Valdés, Ernesto, Laporta, Francisco J., El derecho y la justicia, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 231-238.

12 El *ius postulandi* se encuentra regulado en el Artículo 63 del Código de Procedimiento Civil de la siguiente manera: “Las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado inscrito, excepto en los casos en que la ley permite su intervención directa.”

13 Ver Ambos, Kai. *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*. Marcial Pons, 2006, pp. 20 y 21.

## CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Los crímenes de lesa humanidad, como la mayoría de las normas de derecho internacional que proscriben violaciones masivas de derechos humanos, encuentran su fuente originaria en la costumbre internacional. El primer intento de establecer responsabilidad penal internacional por este tipo de conductas tuvo lugar después de la Primera Guerra Mundial; sin embargo, el mismo no prosperó en la medida en que no todos los países vencedores, en especial Estados Unidos, no estaban de acuerdo con que la comunidad internacional tuviera competencia para juzgarlas. Sin embargo, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, dado el nivel de atrocidades cometidas, los aliados consagraron dicho concepto en el artículo 6(c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional<sup>14</sup>, mas para su configuración exigieron la existencia de una conexión con los demás crímenes del estatuto, es decir, con los crímenes en contra de la paz y los crímenes de guerra<sup>15</sup>. La pretensión detrás de la definición establecida en el artículo 6(c) fue la de atender las persecuciones y atrocidades dirigidas en contra de la población civil que no encajaban en el concepto de crímenes de guerra<sup>16</sup>.

14 “CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos **en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos**, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.” (negrilla fuera del texto)

15 Ratner, Steven R. Et al. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*. Oxford University Press, Third Edition, pp. 48 – 51.

16 Robinson, Darryl. Defining “Crimes Against Humanity” at the Rome Conference. The American Journal of International Law, Vol. 93, No. 1 (Jan., 1999), pp. 43-57

En los años que siguieron al Estatuto del Tribunal Militar Internacional, hubo pocos avances sustanciales en su definición. Sólo hasta la redacción, por parte del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de los estatutos para los tribunales penales internacionales de la ex Yugoslavia y Ruanda, la definición de crimen de lesa humanidad fue objeto de desarrollos significativos. Si bien las definiciones tienen algunas diferencias<sup>17</sup>, es importante destacar que dichos estatutos contienen una lista de actos inhumanos y establecen las circunstancias que provocan que determinada conducta sea considerada un crimen de lesa humanidad (*elemento internacional*).

Los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, como su jurisprudencia, fueron material determinante en la redacción del artículo 7 del Estatuto de Roma. Como era de esperarse, al ser éste una regulación general, que no estaba dirigida a un conflicto armado específico, la configuración de un concepto de crimen de lesa humanidad planteaba la necesidad de ciertos cambios que atendieran esta particularidad y los avances en su entendimiento. De ahí que en el artículo 7 desaparecieran la conexidad con un conflicto armado y el elemento de discriminación. Asimismo, los redactores del Estatuto de Roma, luego de intensos debates, llegaron a la conclusión de que no era necesario que la conducta fuera sistemática y generalizada, sino que bastaba que se presentara una de esas características para que se entendiera crimen de lesa humanidad, siempre y cuando estuviera dirigida "contra una población civil". Este último elemento buscó excluir de la definición todas aquellas conductas que si bien

se dan de manera generalizada en un contexto particular, no evidencian un nexo causal entre ellas, así, países con altos niveles de violencia común que culminan en asesinatos por motivos como robo y pandillaje no podrían alegar que esas conductas delictivas constituyen crímenes de lesa humanidad<sup>18</sup>.

Otro antecedente determinante en el entendimiento de este tipo de crímenes es la Regulación 15 de 2000 expedida por la Administración Transicional de Naciones Unidas en Timor del Este (UNTAET por sus siglas en inglés), cuyas partes sustantivas fueron incorporadas de manera casi idéntica en el Estatuto de Roma<sup>19</sup>. De ahí que se diga que la jurisprudencia del Panel de Crímenes Graves servirá de guía para la aplicación del estatuto de la Corte Penal Internacional.

De acuerdo con la definición del artículo 7, el crimen de lesa humanidad precisa de (i) un ataque (ii) generalizado o sistemático, (iii) en contra de una población civil (iv) en que el perpetrador actúe con conocimiento de dicho ataque. Estos elementos constituyen lo que la doctrina ha llamado el contexto, es decir, aquellas características que trazan la línea entre lo que es un delito común y uno de lesa humanidad<sup>20</sup>. De la misma manera, se dice que el contexto es propiamente el *elemento internacional* del crimen, en otras palabras, lo que transforma una conducta cometida en cierta jurisdicción en un asunto de interés de la comunidad internacional. En esta lógica, esta característica permite diferenciar actos aleatorios de violencia de los crímenes de lesa humanidad y, además, reconoce la vulnerabilidad aumentada

17 El Estatuto para el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia parece requerir un nexo con un conflicto armado, quizá porque la regulación sólo estaba dirigida a la comisión de crímenes internacionales en el conflicto de los Balcanes. Por su lado, el Estatuto para el Tribunal Penal Internacional para Ruanda habla de la necesidad de un elemento discriminador.

18 Op. Cit. Robinson, Darryl, pp. 47 – 48.

19 Regulación 15/2000 de la UNTAET, sección 5.1. "Para los propósitos de la presente regulación, "crímenes contra la humanidad" significa cualquiera de los siguientes actos cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático y dirigido en contra de cualquier población civil, teniéndose conocimiento del ataque."

20 Ambos, Kai. Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo. Marcial Pons, 2006, pp. 168 y 169.

de la víctima y la gravedad de la conducta. En efecto, una persona que es atacada en un ámbito de violencia generalizada y/o sistemática tiene a la mano menos medios de defensa que aquella que es víctima de un ataque aleatorio en un medio en el que la violencia no tiene estas notas específicas. Asimismo, el victimario plantea una amenaza mayor por cuanto en aquellos escenarios los correctivos jurídicos y sociales se encuentran generalmente desarticulados y desposeídos de efectividad. Más aún, se ha dicho que un crimen de lesa humanidad propicia o asegura el ambiente para los crímenes de otros<sup>21</sup>.

Ahora bien, se entiende por ataque la comisión múltiple de actos de maltrato a la población civil<sup>22</sup>. En este punto es importante aclarar que el ataque para ser tal no precisa de violencia, tal y como sucede con el *apartheid*<sup>23</sup>. Mucho menos se necesita que sea desplegado por un colectivo, que el victimario actúe varias veces en momentos diferentes o que se repitan los mismos crímenes en un solo ataque<sup>24</sup>.

En lo que atañe a la *generalización* del ataque, el factor determinante es cuantitativo, en la medida en que éste se exprese a una gran escala en el número de víctimas. Por su parte, la *sistematicidad* hace referencia al aspecto cualitativo, en el que predomina la naturaleza organizada de los actos de violencia, de manera tal que tras los actos individuales pueda discernirse un patrón<sup>25</sup>. De esta forma, se ha concluido que la sistematicidad se evidencia en el plan preconcebido<sup>26</sup>, en otras

palabras, en el fin común que se persigue con el ataque, ya sea destruir, perseguir o debilitar una comunidad. Así, basta que un solo acto<sup>27</sup> sea cometido en el contexto adecuado para que se considere crimen de lesa humanidad<sup>28</sup>, porque la conducta no es el ataque, sino parte del mismo. Esa política o plan pueden provenir del Estado o de cualquier otro grupo u organización de particulares.

Ahora, el ataque ha de ser dirigido contra la población civil, es decir, contra aquellas personas que no toman parte en las hostilidades, de acuerdo con el artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra<sup>29</sup>. Si bien el concepto de las convenciones parece claro, existen situaciones en las que determinar quién es civil no ha sido una tarea

27 “Prosecutor v. Kunarac”, parag. 417.

28 “For example, the act of denouncing a Jewish neighbour to the Nazi authorities – if committed against a background of widespread persecution – has been regarded as amounting to a crime against humanity. An isolated act, however, - i.e. an atrocity which did not occur within such a context – cannot.” “Prosecutor v. Kunarac”, parag. 431.

29 Artículo 3 - Conflictos no internacionales

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

21 Ibidem, pp.182.

22 “Prosecutor v. Kunarac”, caso IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, febrero 22 de 2001, parag. 416.

23 Chesterman, Simon. *An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes Against Humanity*. Duke J. Comp. Int’l L., núm. 10, 2000, pp. 314 1 315.

24 Ambos, Kai. Op. cit. pp. 184 y 185.

25 Schomburg, Wolfgang y Peterson, Ines. *Genuine Consent to Sexual Violence under International Criminal Law*. The American Journal of International Law, Vol. 101, No. 1 (Jan., 2007), pp.129

26 “Prosecutor v. Bagilishema”, ICTR-95-1A-T, parag. 77 y 78.



fácil, en la medida en que existen estatus que no encuadran específicamente en la diada combatiente/civil. Es el caso de los miembros de la resistencia<sup>30</sup> o los jefes de hogar que defienden a su familia con pistola en mano. Este detalle ha impuesto a la doctrina internacional la tarea de determinar qué se entiende por civiles y qué función cumplen los crímenes de lesa humanidad frente a las protecciones del derecho internacional humanitario en tiempos de guerra y de los derechos humanos en tiempos de paz.

Se sabe que la necesidad de que sean civiles los que sucumban frente a los ataques proviene directamente de las definiciones esbozadas en la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, se acepta que no sólo los civiles pueden ser víctimas de violaciones atroces de sus derechos humanos, razón por la cual ciertos tribunales, como el de la ex Yugoslavia han propendido por interpretaciones extensas del término<sup>31</sup>. En este sentido, debe entenderse que la existencia de un conflicto armado no implica la suspensión de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos<sup>32</sup>. Por esta razón, en tiempos de guerra los crímenes de lesa humanidad cubren a todos los civiles y combatientes que ya no estén haciendo parte de las hostilidades, esto incluye a los miembros de la resistencia que hayan dejado las armas o que por sus heridas se consideren fuera de combate<sup>33</sup>. En tiempos de paz, precisamente como el derecho internacional humanitario no tiene aplicación, se ha propendido por una interpretación más extensa del término,

de ahí que el análisis legal no debe limitarse a comprobar el estatus formal de un individuo, sino debe ahondar en establecer su posicionamiento dentro del contexto determinado<sup>34</sup>.

Todo lo anterior está estrechamente relacionado con el principio de distinción propio del derecho internacional humanitario. Este principio, consagrado en el artículo 48 y 4 de los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949, respectivamente, pretende la protección de la población civil en conflictos internacionales e internos a través del establecimiento de la obligación a cargo de las partes en conflicto de distinguir entre combatientes y civiles, para el caso de los conflictos internacionales; personas que participen directamente en las hostilidades<sup>35</sup> y civiles, cuando se trata de conflictos internos; y objetivos militares y bienes de carácter civil.<sup>36</sup> respecto hay que anotar que no es claro en el ámbito del derecho internacional qué se entiende por "participar directamente en las hostilidades", de ahí que aún estén sin resolver muchas preguntas acerca del estatus de personas que simplemente son colaboradoras de los grupos

34 "Prosecutor v. Bagilishema", parag. 79.

35 Cfr. Abresch, William. *A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya*. *European Journal of International Law* 2005 16(4):741-767

36 Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977  
Artículo 48 - Norma fundamental  
A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares.

Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)  
Artículo 4: Garantías fundamentales  
Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes. (...)

30 Cfr. Ambos, Kai. Op. Cit. Pp.192. Dentro de estas situaciones que se encuentran en una zona gris, se cuenta el caso de Klaus Barbie ante la Corte de Casación Francesa y las situaciones analizadas por la Comisión de Expertos en el caso de la ex Yugoslavia.

31 "Prosecutor v. Kupreskic", IT-95-16-T, parag. 547 a 549.

32 Cfr. International Court of Justice, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, parag. 102 a 113.

33 "Prosecutor v. Blaskic", IT-95-14-T, parag. 214.

armados enfrentados en un conflicto interno. No obstante lo anterior, el artículo 50 del Protocolo Adicional I y la costumbre internacional indican que en caso de duda siempre se privilegiará la condición de civil.

Por último, se ha de analizar el conocimiento que debe tener el perpetrador del ataque. Este elemento se refiere entonces al estado mental necesario para que el perpetrador sea responsable de este crimen internacional. Lo primero que hay que enfatizar es que no basta la simple negligencia para que se configure este requisito subjetivo. En segundo lugar, el conocimiento requerido no es más que estar al tanto de los hechos que conforman el ataque, de manera que basta que se tenga conciencia del riesgo de que aquél exista, aunque no esté al tanto de los detalles o la política que lo sustentan. En tercer lugar, el autor ha de tener conocimiento objetivo de que su conducta corre el riesgo de ser parte de ese ataque. Por último, debe existir la conciencia del riesgo de que su conducta es más peligrosa por el hecho de presentarse dentro del contexto del ataque o que su conducta fomenta la comisión de otros crímenes<sup>37</sup>.

De lo expuesto, fácilmente se deduce que para establecer la ocurrencia de un crimen de lesa humanidad, la actividad probatoria va más allá de la verificación de la existencia de una conducta, su tipificación y el estado mental del sujeto activo, en la medida en que la prueba del contexto constituye en sí misma la esencia de este crimen internacional. Sin que se pueda establecer el patrón y/o la generalización, la conducta podrá ser encuadrada como crimen de guerra<sup>38</sup>, y si no se llenan los requisitos de esta figura, como delito regido por las normas domésticas.

37 Ambos, Kai. Op. Cit. Pp.212 a 213.

38 En el caso de Colombia, en la medida en que el Gobierno Nacional hizo uso del artículo 124 del Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional no podrá conocer de los crímenes de guerra cometidos entre noviembre 1 de 2002 y noviembre 1 de 2009.

En el caso que nos ocupa, es pertinente estudiar qué llevó a la Corte Constitucional a afirmar que la violencia sexual era un crimen y que éste era habitual y sistemático en el contexto del conflicto armado colombiano.

## EL SUSTENTO ARGUMENTATIVO Y PROBATORIO DEL AUTO 092/08 EN MATERIA DE VIOLENCIA SEXUAL

La Corte Constitucional citó a una audiencia de seguimiento en el marco de la sentencia T-025/04, la cual tenía como objetivo analizar el impacto diferenciado del desplazamiento forzado en la vida de las mujeres. Tanto el Gobierno Nacional, como la sociedad civil, participaron a través de intervenciones, testimonios y entrega de memoriales e informes. La Corte no emitió juicio alguno en el transcurso de la audiencia y se limitó a dirigir las intervenciones y a formular preguntas. Durante los 11 meses siguientes, la Corporación revisó básicamente literatura de segundo grado<sup>39</sup>, es decir, textos que hablaban de los hechos, que los analizaban y que emitían valoraciones al respecto, mas no acometió ninguna actividad probatoria directa que le permitiera cumplir con el principio de inmediación<sup>40</sup>. Ahora bien, dicha omisión de la

39 El término “literatura de segundo grado” fue acuñado por Gerard Genette, quien en su libro *Palimpsestos: la literatura en segundo grado*, indicó que existen relaciones entre los textos a través de la interpretación, la imitación o la negación, entre otras prácticas. De la misma manera, existe una relación entre el relato de los hechos, su vertimiento en el texto y su interpretación posterior para escribir otro texto. En el caso que nos ocupa, la Corte se lo limitó a leer los textos que recogían la información de otros textos y otros relatos, mas no buscó el texto o el relato de primer grado por cuanto no contaba con la competencia para ello. Ver Gerard, Gennette, *Palimpsestos: la literatura en segundo grado*. Editorial Taurus, 2002.

40 “Entre los principios que inspiran la estructuración y la interpretación de las normas jurídicas procesales se encuentra el de la inmediación, en virtud del cual el juez debe tener una relación directa y sin intermediarios con el proceso, tanto con los demás sujetos del mismo, es decir, las partes y los intervinientes, como con su contenido o materia, de principio a fin.” Sentencia C-830/02

Corte no es reprobable, en la medida en que las limitaciones de su competencia no le permitían reemplazar a la Fiscalía General de la Nación en la verificación de las conductas y su calificación jurídica. Sin embargo, lo que sí es contrario a toda técnica jurídica es que haya afirmado que aquellas conductas, que no podía verificar y calificar, eran habituales y sistemáticas.

Es cierto, en la revisión oficiosa de las sentencias de tutela, el fin principal perseguido es el de que la Corte Constitucional tenga acceso a la totalidad de los fallos emitidos en este ámbito, con el ánimo de que como garante de la supremacía e integridad de la Constitución pueda cerrar el círculo de la interpretación y aplicación de los derechos constitucionales y, además, acometa la labor de unificación de su entendimiento<sup>41</sup>. Si bien la Corte Constitucional conoce de situaciones fácticas en este evento, por cuanto la acción de tutela se refiere a un caso, los límites de la competencia de la jurisdicción constitucional sólo le permiten establecer el acaecimiento de hechos que constituyan violaciones a los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política y ordenar la protección y restablecimiento de los mismos. En otras palabras, la Corte no puede entrar a determinar, por ejemplo, si determinada violación de derechos fundamentales constituye un delito o una contravención o falta disciplinaria. Por esto, es importante tener en mente que la revisión no es un recurso ordinario y, por tal, la Corte no es una tercera instancia. De esto se deriva el que la misma Corte haya manifestado en algunas ocasiones que la práctica de pruebas que se refieran directamente a la verificación de los hechos es excepcional en sede de revisión<sup>42</sup>.

Por su parte, los autos de seguimiento de las sentencias de tutela han sido una herramienta desarrollada por la Corte Constitucional con base en los artículos 3, 23 y 27 del Decreto 2591 de

1991. En ese sentido, se dice que en general la responsabilidad de garantizar el cumplimiento del fallo está en cabeza del juez de primera instancia y sólo excepcionalmente la Corte Constitucional puede asumir esa responsabilidad<sup>43</sup>. De acuerdo con el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, el juez de tutela mantendrá la competencia hasta que el derecho se encuentre completamente restablecido o la amenaza del mismo haya cesado. En la medida en que la Corte Constitucional asume competencia a través de la revisión de la tutela, la Corporación mantiene la misma para garantizar el cumplimiento de su fallo, ejercicio que puede llevar a cabo por medio de autos de seguimiento.

En el caso de la declaración del estado de cosas inconstitucional, la competencia de la Corte es aún más amplia y excepcional, dado que los efectos del fallo se van a hacer extensibles a personas que no participaron en la acción de tutela y, generalmente, implican el diseño de políticas públicas integrales por parte del Estado. Además, la expedición de estos autos puede estar precedida por la práctica de pruebas y audiencia de recepción de información y rendición de cuentas por parte de los responsables de la superación de dicha inconstitucionalidad. De esta forma, la actividad de la Corte en esta etapa se limita a una función de verificación de las acciones emprendidas en este sentido y a sopesar si los derechos fundamentales comprometidos ya no están siendo violados y/o el peligro de su vulneración ha cesado.

41 Sentencia SU - 1219/01

42 Sentencia T-552/1994

43 El Auto 279/09 de la Corte Constitucional señaló que ese seguimiento sólo es procedente cuando se dan los siguientes presupuestos :

- “(i) Cuando se trata del incumplimiento de una sentencia emitida por la Corte Constitucional en virtud de la cual concede el amparo solicitado;
- (ii) Cuando el juez a quien le compete pronunciarse sobre el cumplimiento de la sentencia no ha adoptado las medidas pertinentes, o cuando a pesar de haber ejercido su competencia la desobediencia persiste;
- (iii) Cuando la intervención de la Corte sea indispensable para la protección efectiva de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados;
- (iv) Cuando resulte imperioso salvaguardar la supremacía e integridad del ordenamiento constitucional.”

Específicamente, la sentencia T-025 de 2004 concluyó que la población en situación de desplazamiento se encontraba en condiciones de vulnerabilidad extrema y que la respuesta del Estado a la misma había sido insuficiente, tanto que el núcleo esencial de sus derechos fundamentales había sido y seguía siendo vulnerado. De esto se derivó la declaración del estado de cosas inconstitucional, por medio del cual la Corte garantizó una competencia continua sobre esta cuestión. En consecuencia, el seguimiento del cumplimiento de la sentencia por parte del Gobierno Nacional se justifica en la medida en que la Corte asumió la competencia por ser el juez de revisión de tutela y, adicionalmente, porque la superación del estado de cosas inconstitucional es progresivo y depende de la creación e implementación de políticas públicas que extiendan sus efectos en el tiempo.

En este contexto, la Corte ha realizado varias audiencias y una cantidad considerable de autos de seguimiento. El auto 092 de 2008, dedicado totalmente al tema del impacto diferenciado del desplazamiento forzado en la vida de las mujeres identificó diez (10) riesgos de género o factores de vulnerabilidad que afectan desproporcionadamente a las mujeres por el hecho de serlo, dentro de los cuales se encuentra la violencia sexual. La determinación de estos riesgos se hizo con base en la información obtenida en la audiencia de seguimiento, realizada en mayo 10 de 2007, a través de las autoridades estatales que conforman el SNAIPD, los entes de control y las ONG, organizaciones de base y representantes de la población desplazada<sup>44</sup>. La idea tras la especificación de estos riesgos era, por un lado, concretar cuáles eran los puntos en que el desplazamiento tiene un efecto disímil en la vida de las mujeres y, por el otro, justificar la necesidad de adoptar enfoques diferenciales para atender esta situación de manera efectiva, todo ello dentro del marco del estado de cosas inconstitucional, es decir, de violación y amenaza de los derechos fundamentales.

44 Auto 092/08, acápite I.8

En materia de violencia sexual, se sabe que la Corte tuvo noticia en la audiencia de mayo 10 de 2007 de 183 hechos específicos, ocurridos entre los años 1993 y 2008, especialmente a través de los informes presentados por las organizaciones de la sociedad civil, muchas de las cuales apoderan los casos o tiene contacto con las víctimas en razón de su trabajo. También se tuvieron en cuenta otras fuentes como el informe "Cuerpos Marcados, Crímenes Silenciados", elaborado por Amnistía Internacional en 2004, el informe "Las Mujeres Frente a la Violencia y La Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia", elaborado por la Relatora sobre los Derechos de la Mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Susana Villarán, en 2006, el Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia del año 2005 de la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos en Colombia, el Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer de las Naciones Unidas de 2002 y medios impresos de comunicación, como la revista Semana, entre otras. Era obvio que el análisis de esta información permitiera aseverar a la Corte que los derechos fundamentales de las mujeres estaban siendo violados, por cuanto existían pruebas de que las mismas estaban siendo objeto de prácticas de violencia sexual en el conflicto armado colombiano, no obstante, derivar de este acervo documental la generalización y sistematicidad de la conducta era más que arriesgado, sobre todo si la Corte ya había reconocido su incompetencia para verificar y calificar las conductas de las cuales había tenido conocimiento<sup>45</sup>.

45 Basta leer el siguiente apartado para darse una idea de la argumentación de la Corte Constitucional: "Numerosas fuentes nacionales e internacionales han informado a la Corte Constitucional, mediante relatos consistentes, coherentes y reiterados, sobre la ocurrencia reciente de cientos de actos atroces de contenido sexual contra niñas, adolescentes, mujeres y adultas mayores a todo lo ancho del territorio nacional y en distintos escenarios del conflicto armado, que en sí mismos constituyen crímenes graves bajo la legislación nacional y el Derecho Internacional Humanitario, y que en su conjunto presentan ante esta Corporación un panorama fáctico de violencia, crueldad y barbarie sobre el cual se ha tendido un manto casi total de invisibilidad, silencio e impunidad a nivel

En efecto, la Corte Constitucional, en sede de revisión y seguimiento del cumplimiento de tutelas, cuenta únicamente con competencia para determinar hechos que constituyen violación de derechos fundamentales. Si bien es cierto que en algunas ocasiones un solo hecho puede acarrear diversas formas de responsabilidad, como puede ser el caso de la violencia intrafamiliar, que no sólo es una violación de derechos fundamentales, sino que está tipificada como delito, cada jurisdicción únicamente puede establecer lo de su competencia, tal y como sucedía cuando no existía el procedimiento de la Ley 294 de 1996 (Ley de para Prevenir, Remediar y Sancionar la Violencia Intrafamiliar) y la Corte Constitucional tutelaba los derechos de la víctima sin entrar a hacer consideraciones penales<sup>46</sup>. Así, frente un posible ilícito basado en la misma conducta, el juez de tutela y de revisión sólo tiene la obligación de compulsar copias a la jurisdicción a cargo. Cualquier actuación que sobrepase este límite, por ejemplo, que pretenda establecer la tipificación penal, no es más que una usurpación de competencias y una violación al debido proceso, por cuanto en el proceso de revisión de tutelas no hay escenarios adecuados para la presentación, valoración y contradicción de las pruebas relativas a un ilícito y su encuadramiento en los tipos.

De lo anterior se desprende que la afirmación de la Corte en cuanto a que la violencia sexual a la que son sometidas las mujeres en el conflicto armado colombiano es habitual (*generalizada*) y sistemática está desprovista de fundamento jurídico y fáctico, por cuanto desconoció que para haber concluido que dichas palabras podían ser predicadas de las conductas en cuestión, era necesario establecer el contexto o lo que comúnmente se conoce como el elemento internacional del crimen. Si se asume, en gracia de discusión, que la Corporación hizo uso de dichas palabras para demostrar la gravedad de la situación en la realidad colombiana a través de su encuadramiento en la figura de crimen de lesa humanidad, la impropiedad en la utilización de los términos jurídicos no es excusable cuando se trata de operadores judiciales y, mucho menos, de una alta corte. Cualquiera haya sido la razón para que la Sala incurriera en dicha contradicción, el resultado final es que el Auto 092/08, en materia de violencia sexual en contra de las mujeres y su encuadramiento en los elementos del crimen de lesa humanidad, goza de únicamente de eficacia simbólica, mas no instrumental. Lo anterior significa que la providencia citada no podrá ser utilizada como una herramienta que combata directamente la impunidad de esta conducta, sino como el comienzo de un diálogo con las instituciones, especialmente con la Fiscalía, para que asuman la investigación en debida forma de estos hechos. Esto quiere decir que sólo será posible hablar de un crimen de lesa humanidad en el caso de la violencia sexual en el marco del conflicto armado hasta que los abogados litigantes, los expertos y la Fiscalía logren establecer fácticamente el elemento internacional de la conducta. De ahí que sea absolutamente necesario emprender estudios e investigaciones concienzudas que levanten el contexto y caractericen el escenario en el que este evento viene sucediendo.

---

oficial y extraoficial. Las numerosas fuentes de esta información han señalado reiteradamente que la abrumadora mayoría de los casos han sido atribuidos a miembros de grupos armados ilegales que participan en el conflicto armado colombiano.

La Corte Constitucional no es la entidad judicial competente para realizar, desde el punto de vista penal, la determinación fáctica ni la valoración y calificación jurídica de estos eventos que se han relatado ante la Sala a través de diversos medios. No obstante, dada la gravedad de los hechos relatados y el carácter reiterado, coherente y consistente de las informaciones presentadas a la Corte, es un deber constitucional imperativo de esta Corporación y de los Magistrados que integran la Sala Segunda de Revisión, como garantes de la integridad de la Constitución Política y en especial de los derechos fundamentales de los asociados, el correr traslado inmediato de los relatos recibidos al señor Fiscal General de la Nación (...)” Auto 092/08, acápite III.1.1.

46 Cfr: Sentencias T-487/94 y T-181/95, entre otros.

## POST SCRIPTUM: ¿TENÍA OTRA ALTERNATIVA LA CORTE CONSTITUCIONAL?

Mientras leía una y otra vez el Auto 092/08, siempre me quedaba la sensación de que, ante la situación tan compleja y atroz que viven las mujeres en el conflicto armado colombiano, la Corte no tenía otra alternativa que la de señalar dichas conductas con los apelativos más fuertes y con consecuencias jurídicas más graves en el ordenamiento jurídico internacional: "habitual, extendida, sistemática e invisible". Es usual que mi formación de abogada entre en franca lucha con mi identidad de defensora de derechos humanos. Por esa razón no he dejado de preguntarme qué otra salida tenía la Corte. Hoy en día, cuando la felicidad que nos provocó el que una instancia judicial acometiera un estudio juicioso de esta realidad ha ido cediendo, porque ya nos hemos enfrentado a las dificultades de la implementación de una decisión de alto nivel, pienso que la Corte hubiera podido ser igual de contundente frente a este fenómeno con el establecimiento de una presunción en materia de violencia sexual y conflicto armado.

Me explico. En el mismo Auto 092, la Corte al estudiar la ausencia de programas específicos que atendieran el impacto diferenciado del desplazamiento forzado en la vida de las mujeres, consagró dos presunciones constitucionales para asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales a estos sujetos de especial protección. La primera, la presunción de vulnerabilidad acentuada de las mujeres para efectos de su acceso a los componentes del Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada –SNAIPD–. La segunda, la presunción de prórroga automática de la ayuda humanitaria de emergencia a favor de las mujeres desplazadas, hasta que se pueda probar su autosuficiencia integral en condiciones de dignidad<sup>47</sup>. Pues bien, si bien en materia de violencia sexual era imposible

para la Corte establecer que la conducta reunía los elementos del crimen de lesa humanidad, tal vez no lo era el establecer una presunción a favor de los casos de violencia sexual en contra de las mujeres en el ámbito del conflicto armado. Esta figura habría podido consistir en una inversión en la carga de la prueba en materia de investigación y judicialización de la conducta, en la que se asumiera que eventos de violencia sexual ocurridos en contexto de conflicto gozarían de una presunción de hacer parte de un contexto de generalización y/o sistematicidad previamente determinado por la Fiscalía General de la Nación. Así, la Corte Constitucional habría podido dar una orden específica a la Fiscalía para (i) determinar el posible *elemento internacional* del crimen de lesa humanidad para los casos de violencia sexual en el marco del conflicto armado y; (ii) ordenar que los eventos de violencia sexual en contra de mujeres en el marco del conflicto armado se presumirían sistemáticos y/o generalizados a menos que el imputado pudiera demostrar lo contrario.

44 Auto 092/08, acápite V.A.8.