

El crimen sexual en Colombia, la corte penal internacional y el acuerdo de paz

Rosa Inés Salazar Solarte*

Resumen

En el presente artículo, desde una perspectiva analítica, se clarifica si un caso de violencia sexual en Colombia, con ocasión del conflicto armado, pueda ejercer competencia la CPI. Para esta reflexión se parte de la definición conceptual de bien jurídico y su importancia; luego nos ubicamos en el bien jurídico que tutela los delitos sexuales, no sólo en el contexto específico nacional, -de la libertad, integridad, formación sexual-, sino también en el Derecho Penal Internacional, que garantiza bienes jurídicos colectivos como la seguridad, la paz internacional, y otras más concretamente como la integridad física/psíquica, el honor y la autodeterminación personal (sexual) de la víctima (I). Se hace hincapié en los diferentes tipos de violencia consagrados en nuestro Código Penal y en el Derecho Penal Internacional, donde se relaciona lo que se entiende por violación (II). Adicionalmente, se analizan los argumentos jurisprudenciales que ha brindado la Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-458 de 2007 que se refiere al consentimiento en los delitos sexuales y en cuyo pronunciamiento específica que se adopta la regla No. 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma; lo que nos lleva al estudio del concepto de consentimiento en la CPI. Este alude a la presunción de no existencia de consentimiento en el crimen de la violación sexual (III). La exposición analizará de manera sistemática el test o examen de complementariedad de la CPI (IV). Y por último, se dará una reseña del Acuerdo de Paz suscrito entre el Gobierno y las FARC, así como del concepto de delito de lesa humanidad (V). En las conclusiones se resumen los resultados del estudio (VI).

Palabras claves: Bien jurídico, violencia sexual, consentimiento, crímenes de lesa humanidad, Corte Penal Internacional, Test o examen de complementariedad.

Abstract

This reflective article aims to clarify, from an analytical standpoint, if the International Criminal Court (ICC) can exercise jurisdiction over serious violent sexual crimes related to the armed conflict in Colombia. Therefore, the conceptual definition of "Legal Good" and its importance is our starting point, later we will locate within the "Legal Good" aspects that safeguard sex crime victims, not only in the Colombian context regarding freedom, integrity, sexual health education, but also in the International Crime Law and Justice (ICLJ), that protects collective legal goods such as security, international peace and more specifically the physical and psychological integrity, human dignity,

* Abogada, Exfiscal seccional, con especialización en Derecho Constitucional y Administrativo. (UNAM- México), Instituciones Jurídico Penales (U. Nacional), Derechos Humanos (ESAP) y Maestría en Derecho Penal (U.Libre).

and the victim's personal (sexual) self-determination (I). Some emphasis is placed on the types of violence enshrined in our penal code and in ICLJ where the concept of "rape" is stipulated. Additionally, legal arguments provided by the Constitutional Court in the judgement T-458 of 2007 are analyzed regarding consent in sexual abuse and in which it specifies that rule number seventy of procedure and evidence of the Rome Statute is adopted, which takes us to the study of the concept of "consent" according to the ICC where it is stated the existence of presumed non-consent in sexual crimes (III); the presentation will analyze systematically the Complementary Test of the ICC (IV). Finally a short review about the peace deal signed by the Colombian Government and Fuerzas Armadas Revolucionarias (FARC) concerning crimes against humanity (V). In the conclusions the results of the study are summarized.

Key words: Legal good, violent sexual, consent, crimes against humanity, International Criminal Court, the complementarity test.

1. Introducción

Colombia, mediante acto legislativo No. 2 de 2001 aprobó el Tratado de Roma, en virtud del cual se incorporó como "Estado parte" de la Corte Penal Internacional (CPI), con lo cual este organismo que se estableció formalmente el 11 de abril de 2002 y que hace parte de la estructura de la Organización de Naciones Unidas (ONU), adquirió competencia para investigar y juzgar los crímenes internacionales cometidos después del 1 de noviembre de 2002 en el territorio colombiano, con algunas salvedades.

De esta forma, la entrada en vigencia de la CPI, abre un nuevo capítulo en las estrategias para atacar las masivas violaciones de los derechos humanos, en tanto, no sólo se crea un tribunal permanente para la persecución y el juzgamiento de crímenes internacionales, sino que los países que lo adoptan, por una parte, expresan su rechazo frente a estos delitos graves,

y por otra, confirman su deber de perseguir y sancionar a los responsables de dichas conductas punibles en aras de prevenir la comisión de nuevas infracciones penales de esta naturaleza.

En ese marco, la competencia de la CPI se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional como los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión. En los de lesa humanidad se relaciona la violencia sexual, cometida como parte de un ataque generalizado o sistemático, dirigido contra cualquier población civil a causa de una política estatal u organizativa.

Ante una realidad histórica como la colombiana atravesada por un conflicto armado interno que ha afectado y desestructurado a la sociedad durante los últimos cincuenta años, se han producido innumerables atentados que tienen como componente

la violencia sexual, en especial contra ciertos grupos de población más vulnerable (niños, niñas, mujeres).

Tras el hecho histórico de la suscripción el 24 de noviembre de 2016 de un Acuerdo Final de Paz entre el presidente de la República, JUAN MANUEL SANTOS y el comandante de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército de Pueblo (FARC-EP) “Timoleón Jiménez, Timochenko”, RODRIGO LONDOÑO ECHEVERRI, que pone fin a la confrontación entre el Estado colombiano y este grupo insurgente, es preciso plantear la posibilidad de que la CPI pueda tener competencia en el juzgamiento de la comisión de conductas de violencia sexual.

Con base en lo anterior y como punto de partida para abordar el tema, es preciso formularnos la siguiente pregunta: *¿es posible que un caso ocurrido en Colombia sobre graves crímenes de violencia sexual con ocasión del conflicto armado, pueda ejercer competencia la Corte Penal Internacional, estando de por medio el Acuerdo Final de Paz?*

Para enfrentar esta cuestión y con el propósito de aportar elementos conceptuales sobre el tema respecto de la comprensión de lo que está en juego en el Acuerdo de Paz, es importante entender cómo el derecho conceptualiza y regula cada uno de los temas. Por ello inicialmente

abordamos el estudio de los delitos de violencia sexual, partiendo del bien jurídico que se protege en estas conductas punibles en Colombia y en el Derecho Penal Internacional, para lo cual nos adentramos al estudio de los diferentes tipos de violencia relacionados en nuestra normatividad penal, llegando a puntualizar lo que se entiende por violación en la CPI. Lo anterior se complementa con el concepto de consentimiento en los delitos sexuales, en tanto, nuestro país, adoptó las reglas de procedimiento y prueba del Estatuto de Roma, lo que nos lleva indefectiblemente a estudiar el concepto dentro del marco de la CPI.

Habiendo identificado estos temas y ante la necesidad de comprender cuándo asume la competencia la CPI, se adelanta un estudio sistemático del test o examen de complementariedad de este organismo, en tanto la naturaleza del tribunal internacional es subsidiaria en relación con la jurisdicción nacional.

Adicionalmente, a través de una reseña del Acuerdo de Paz y la definición de delito de lesa humanidad, encontramos la significancia del tema en cuanto a la posibilidad a que se expone el Estado colombiano de que su jurisdicción sea desplazada respecto de una situación o un caso particular. Desde nuestra óptica avizoramos la hipótesis de que **sí es factible que**

la CPI pueda ejercer competencia sobre los casos de graves crímenes de violencia sexual ocurridos en Colombia, con ocasión del conflicto armado, incluso en aquellos aspectos amparados por el Acuerdo de Paz, obviamente bajo el cumplimiento de ciertos presupuestos.

En este ensayo se aborda un tema delimitado y se utilizan procesos de razonamiento de análisis, síntesis, inducción y deducción, con un nivel descriptivo y de reflexión.

2. Bien jurídico tutelado en los delitos sexuales en el derecho nacional

La doctrina y las diferentes corrientes o escuelas del derecho penal en cada época, se han encargado de definir y delimitar el concepto de bien jurídico, se han ensayado varias construcciones para explicar ésta categoría penal. Sobre ésta temática, podemos resumir que el concepto de bien jurídico en su evolución histórica, inicialmente estuvo asociado a una lesión catalogada, como de un derecho subjetivo (Feuerbach) o de bienes (Birnbaum); considerado el bien jurídico como creación del legislador (Karl Binding); entendido como interés jurídicamente protegido (Franz Von Liszt), el cual viene a tutelar valores sociales (Honig), bienes culturales y sociales

(Erik Wolf), valores (Edmund Mezger) y bienes vitales de la comunidad (Hans Welzel), ubicados en un contexto histórico cultural (W. Hassemer) y necesarios para el libre desarrollo del individuo (C. Roxin), (Velásquez Velásquez, 2009, pp. 109-122).

Lo expuesto en precedencia, explica que el bien jurídico, se lo entiende como intereses que reflejan la necesidad estricta de la tutela jurídico penal y es el legislador quien selecciona los valores sociales que considera deben protegerse, con base en una política criminal que haya trazado el Estado a través de la ley penal, al elevar a la categoría de conductas punibles aquellos comportamientos que considera mayormente lesivos o que ponen en peligro un bien jurídico. De ahí, que todo tipo penal describa conductas que a juicio del legislador, son merecedoras de ser protegidas bajo el concepto de bienes jurídicos, tales como la vida e integridad, bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, patrimonio económico, etc.

Como fuere, lo cierto es que todos los operadores judiciales, ya sea como jueces, fiscales, defensores y apoderados de víctimas, deben rescatar el concepto de bien jurídico y volverlo operativo en todo el sistema, bajo un objetivo garantista y del derecho penal mínimo, propio de nuestro Estado Social y de Derecho.

Así, a nivel del tema de la violencia sexual, la ley 599 de 2000 Código Penal Colombiano, consagra en el libro II parte especial de los delitos en particular, en el Título IV las conductas punibles que protegen fundamentalmente tres bienes jurídicos: “LA LIBERTAD SEXUAL, LA INTEGRIDAD SEXUAL Y LA FORMACIÓN SEXUAL.” (CODIGO PENAL, 2015, p. 140) Valores éstos que han sido descritos de la siguiente manera:

Las conductas punibles regladas bajo este acápite [Título IV] buscan preservar que los seres humanos no se conviertan en un elemento de sometimiento y desigualdad en el campo sexual, sin desconocerse que la actividad sexual es un derecho humano, derecho indiscutible de la personalidad y, por lo mismo, inalienable (Corte Suprema de Justicia, 2005).

Y en relación con la libertad sexual, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, la ha descrito como:

“La facultad y el derecho que tiene toda persona humana para elegir, rechazar, aceptar y autodeterminar el comportamiento sexual, cuyos límites serán los postulados éticos en que se funda la comunidad y el respeto de los derechos ajenos correlativos. En otras palabras, la libertad sexual es la facultad que tiene la persona para autodeterminar y autorregular su

vida sexual” (Corte Suprema de Justicia, 2005).

En ese marco, la actividad sexual de las personas ha sido considerada como un derecho humano, que implica, entre otras cosas, el respeto por la dignidad humana, derecho inherente e inalienable de todos los seres humanos. Y con respecto a la libertad sexual, ésta no puede ser relativa de acuerdo al contexto sociocultural en el que habita la víctima, reiterando que no importan las condiciones sexuales, morales, culturales o políticas, entre otras, para que cualquier persona pueda ser sujeto pasivo de un delito sexual.

De esta forma, nuestra normatividad penal protege tres bienes jurídicos, la libertad, integridad y formación sexual. Si el legislador habla de la libertad sexual, lo que se quiere proteger son los derechos de los mayores de 14 años. Para proteger los derechos de los menores de 14 años, se hace referencia a los bienes jurídicos de la integridad y formación sexual, puesto que cuando las víctimas de delitos sexuales son menores de esta edad, no se entra a discutir sobre la voluntad o la libertad de ellos con respecto a mantener prácticas sexuales, ni si éstas se dieron o no con su consentimiento, porque aunque exista consentimiento o voluntad las prácticas sexuales con menores de catorce años, se presume de derecho, que no tienen la capacidad completa de

autodeterminarse en su sexualidad, ya que están aún en etapa de formación, se hallan en circunstancias de inferioridad (Velazquez Gomez, 2016, p. 43)¹.

3. Bien jurídico protegido en los crímenes sexuales en el derecho penal internacional

Sobre esta temática del Derecho Penal Internacional, recordemos que la Corte Penal Internacional fue creada por la ONU el 17 de julio de 1998, mediante el ESTATUTO DE ROMA y su jurisdicción entró en vigencia el 1 de julio de 2002 (Robertson, 2008, p. 401)². En este marco, en las ne-

gociaciones que llevaron al Estatuto de la Corte Penal Internacional en un principio los delitos sexuales en conflictos armados fueron equiparados a los delitos contra el honor personal, apenas en diciembre de 1997 la Comisión Preparatoria reconoció su criminalización autónoma como delito sexual (Ambos, 2012, p. 8). Actualmente la violencia sexual se castiga explícitamente en el marco de los crímenes de lesa humanidad.

En este contexto, el Tribunal de la Haya “fue el primer tribunal en reconocer la violación como un crimen que puede estar instigado por motivos políticos, momento en que puede convertirse en un crimen contra la humanidad.” (Robertson G. , 2008, p. 414) . Posteriormente lo fue por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios para el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional (Corte Penal Internacional), quedando en el Estatuto de Roma en el artículo séptimo numeral g), donde se relaciona la violación,

una tortuosa conferencia diplomática de cinco semanas por el que se creaba el Tribunal Penal Internacional (también llamado Corte Penal Internacional). Se abstuvieron 21 naciones, pero solo se opusieron 7- aunque entre ellas estuvieran Estados Unidos, China, Israel e India, representantes de una gigantesca concentración de personas y poder-. El estatuto de Rosma es un documento largo y pormenorizado, que contiene 128 artículos: fue ratificado finalmente por los 60 estados requeridos (incluyendo al Reino Unido, Francia y Rusia) el 11 de abril de 2002 y su jurisdicción entró en vigor el 1 de julio de 2002”.

¹ Al respecto, en auto del 30 de noviembre del 2016, radicado AP8451-2016,49121 M.P. Eyder Patiño Cabrera. La Corte Suprema de Justicia de Colombia, sobre la presunción de derecho en esta clase de delitos, expresa: *“Reitera la Sala la fuerza de dicha presunción y su condición de incontrovertible, por manera que cualquier esfuerzo para demostrar que el joven menor de 14 años estuvo de acuerdo con sostener contacto sexual con otra persona que ya contaba con la capacidad de autodeterminarse en este aspecto, en orden a ser desligarlo de toda responsabilidad penal, resulta inocuo, al igual que aquel dirigido a acreditar que el menor no sufrió ningún tipo de afectación a su libertad, formación e integridad sexual, pues dada la presunción de derecho que lo protege, toda interferencia libidinosa con un joven o niño menor de 14 años, va dirigido a inducirlo u obligarlo a realizar conductas determinantes para el desarrollo de un ser humano, que aún no está en capacidad de comprender”.*

² Al respecto señala el autor: *“el 17 de julio DE 1998, en Roma, 120 naciones votaron a favor de la adopción de un estatuto-culminación de*

a la lado de la esclavitud sexual, la prostitución forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, como crímenes de lesa humanidad. (Eduardo S. S., 2013, p.101)

Sobre esta temática, de acuerdo con la “orientación individual-colectiva de los crímenes internacionales, los delitos sexuales de derecho penal internacional protegen, por un lado, bienes jurídicos colectivos como la seguridad y la paz internacional, por otro, y más concretamente, también la integridad física/psíquica, el honor y la autodeterminación personal (sexual) de la víctima” (Ambos, 2012, p. 10,11).

En este punto, como lo plantea KAI AMBOS, todos los crímenes de derecho penal internacional tienen un elemento de contexto, es decir, en momento histórico por el que pasa un país, y la conducta típica debe referirse o estar conectada con este elemento, debe darse contra un grupo protegido y en un conflicto armado (internacional o no-internacional). Entonces, un solo acto de violencia sexual puede ser suficiente si existe un nexo entre este hecho aislado y el elemento de contexto. (Ambos, 2012, pp. 12,13).

De esta forma, se entiende que en los crímenes de violencia sexual ocurridos en un conflicto armado, se tutela no solo bienes jurídicos personales sino también colectivos. La protección

es dentro de un marco más amplio, de cobertura mayor. Como lo anota Murillo Torres:

“Si el derecho penal nacional sirve a la convivencia pacífica de las personas dentro de un Estado, el derecho penal internacional persigue esa misma finalidad más allá de las fronteras estatales y sólo en casos de graves violaciones de derecho humanos, así como de masivos ataques a la paz y seguridad de la humanidad. En similar sentido, Roxin reconoce que el Derecho Penal Internacional, en últimas, ha de contribuir al antiguo anhelo humano de una paz eterna” (Murillo Torres, 2016, p. 77).

En consecuencia, lo que busca el bien jurídico a nivel del Derecho Penal Internacional, es tutelar valores universales tendientes a proteger la comunidad internacional y la seguridad mundial.

4. Concepto de violencia en los delitos sexuales en Colombia

Sobre ésta temática, la Ley No. 1719 de 2014, por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000 Código Penal Colombiano CPC y 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal, adopta medidas para garantizar el acceso a la justicia

de las víctimas de violencia sexual, dictando el artículo 212 A de la ley 599 de 2000 CPC, articulado que refiere el concepto de violencia, disposición acorde con los estándares internacionales, así:

Artículo 212 A. Violencia. Para todos los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por violencia: el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica, como la causada por temor a la violencia, la intimidación; la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso del poder; la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento (CÓDIGO PENAL, 2015, p. 144).

De esta forma, nuestra normatividad penal ha consagrado en la citada disposición, las diferentes tipologías de violencia, las cuales podrían explicarse así:

VIOLENCIA FÍSICA: Es la que recae sobre el cuerpo de la víctima. Se presenta “cuando la restricción de la libertad sexual de una persona se realiza mediante el despliegue de energía del agente sobre la víctima, para quebrantar su oposición o resistencia al acceso carnal” (Escobar, 2013, p. 207).

AMENAZA DEL USO DE LA FUERZA: Es la violencia moral, hago un anuncio de un mal futuro, este consiste en el

empleo de la violencia, esta puede anteceder o concomitante, puede ser en contra de la víctima o un tercero, por una relación afectiva o sentimientos de solidaridad con la víctima, esta se habrá de plegar a la exigencia del violador. Esta debe ser idónea. (Escobar, 2013, p. 213).

COACCIÓN: Es el poder que se emplea para doblegar, por ejemplo, cuando ingresa a una casa portando armas. Miedo que le asiste a la víctima que se emplee la fuerza, por lo que culmina plegándose a las peticiones.

INTIMIDACIÓN: Es el poder de infundir miedo a la víctima o a terceros con aquella.

DETENCIÓN ILEGAL: De quien tiene privada de libertad. Ej. Del captor sobre el secuestrado, tal poder va dirigido a vencer cualquier actitud defensiva (Botero Bernal, 2014, p. 33).

OPRESIÓN PSICOLÓGICA: Es el poder que deviene de la dominación mental.

ABUSO DE PODER: El Victimario que “tiene un poder lícito sobre la víctima”, con promesas de un trato mejor y garantías. (Botero Bernal, 2014, p. 37).

APROVECHARSE DE UNA SITUACIÓN. El Victimario se vale del am-

biente para obtener la satisfacción de sus deseos.

Así, a nivel de nuestra normatividad penal colombiana, se puede afirmar que es innegable que existen diferentes modalidades de violencia y fácticamente son susceptibles de adaptarse a los diferentes tipos de variantes referidas.

5. Concepto de violación en los crímenes sexuales en el estatuto de Roma

En relación con los tipos o clases de violencia, en el Derecho Penal Internacional no se consagra categóricamente que se entenderá por violencia. En el Estatuto de Roma y específicamente en los Elementos de los crímenes³ no se enumeran los

tipos de violencia, pero sí se consagra lo que se define como crimen de lesa humanidad de violación y describe los elementos de la siguiente forma:

“1. Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo. 2. Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento. 3. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil. 4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo” (SISMA, 2011, p. 22).

³ Sobre el particular, explica ÁVILA ROLDÁN que: “Los elementos de los Crímenes (EC) constituyen también un instrumento que desarrolla el Estatuto de Roma, y por esa razón igualmente sometida a este tratado en todas sus partes, Su función es servir a la interpretación de los artículos 6, 7, y 8 del ECPI, en los que se contienen los crímenes de competencia de la Corte. En ese contexto, se limita a especificar los componentes normativos de cada una de las modalidades delictivas de conocimiento de la Corte, determinando los elementos materiales constitutivos de las diversas especies que conforman las tres grandes categorías: delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra; definiendo, en su orden, la conducta, las consecuencias

y las circunstancias correspondientes a cada crimen” (Avila Roldan, 2015, p. 387).

De esta manera, para analizar si se presentó o no un crimen de violación, deben concurrir elementos objetivos tales como una invasión en alguna parte del cuerpo de la víctima, esa invasión es un concepto amplio para que resulte neutro en cuanto al género (femenina o masculina) y subjetivos que recaen sobre la voluntad contraria de la víctima, que pueden constituir violencia o coacción. Además “se entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si adolece de una incapacidad natural, inducida o debida a la edad” (Eduardo S. S., 2013, p. 173). Encierra cualquier tipo de penetración, (penetración del pene en la vagina) o de otra forma (introducción del órgano sexual del autor en otros orificios corporales) —penetración oral o anal— o introducción de otras partes del cuerpo del autor u objetos en la vagina. Lo anterior, consecuente con los bienes jurídicos que recordemos se busca proteger, tales como la integridad sexual y autodeterminación de la víctima.

En ese marco, la Corte Penal Internacional y bajo una mayor interpretación de lo que puede constituir violencia sexual, aclaró las características objetivas de una violación y las amplió precisando que pueden adecuarse al tipo penal de violación, por ejemplo las conductas en donde la penetración sexual fue leve, las realizadas con cualquier objeto usado por el autor y a través de la fuerza o la amenaza

contra la víctima o una tercera persona (Ambos, 2012)⁴.

En este ámbito, el Derecho Penal Internacional también refiere otras formas de violencia sexual, así:

“1. Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento. 2. Que esa conducta haya tenido una gravedad comparable a la de los demás crímenes del artículo

⁴ Sobre la posición amplia de la CPI, cita a Brouwer (supra n. 21), p. 130, que atribuye la definición sobre todo al TPIY (Trial Chamber), sentencia del 10 de diciembre de 1998, IT-95-17/1-T (Prosecutor v. Furundzija) (Furundzija Trial Judgment) [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Furundzija], párr. 185, donde las características objetivas de una violación fueron definidas de la siguiente manera: “(i) penetración sexual, aunque sea leve: (a) de la vagina o del ano de la víctima con el pene del autor o cualquier otro objeto usado por el autor; o (b) de la boca de la víctima con el pene del autor; (ii) mediante coerción o fuerza o amenaza de fuerza contra la víctima o una tercera persona.

71) g) del Estatuto” (Ambos, 2012, p. 23).

En este punto, esta disposición ha consagrado con mayor claridad, que la lista de la violencia sexual, no es taxativa ni concluyente, en tanto pueden presentarse otros casos, en los cuales los califica de—gravedad comparable—. Articulado que ha sido cuestionado por su amplitud, contrario al principio de legalidad estricta, el cual requiere la existencia de la ley escrita, previa y cierta para las imputaciones penales.

Entonces, existe por parte de la CPI el interés de incluir disposiciones que permitieran la judicialización de hechos, en tanto, son producto del reconocimiento en Tribunales anteriores, de la ocurrencia de diferentes tipos de violencia contra las mujeres. Así mismo, en el Estatuto de Roma, se ha desarrollado otro instrumento como el de las Reglas de Procedimiento y Prueba en casos de violencia sexual, como lo explicaremos en el acápite siguiente.

6. Concepto de consentimiento en violencia sexual en Colombia

Sobre esta temática, en nuestra normatividad para la tipificación de los tipos penales de acceso carnal violento y de acto sexual violento, se requiere

para su configuración de tres elementos, la violencia,—la ausencia de consentimiento por parte de la víctima—, conforme a las circunstancias en que se encuentre y un nexo de causalidad entre las dos.

En relación con el elemento de la ausencia de consentimiento, en nuestro país tiene aplicación las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI., las cuales consisten en un instrumento que desarrolla el Estatuto de Roma, y por ende está sometido al mismo en todas sus partes. Estas Reglas de Procedimiento y Prueba tienen como objetivo “*el de contribuir a la aplicación e interpretación de las disposiciones del Estatuto, y el de conferir a la CPI las herramientas que requiere para la materialización de las funciones judiciales que le fueron atribuidas como órgano de justicia, complementario de las jurisdicciones nacionales*” (Ávila Roldán, 2015, p. 387).

En ese marco, es dable puntualizar que la Asamblea General de los Estados partes del Estatuto de Roma, previeron principios de valoración probatoria en casos de violencia sexual, como la regla No. 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma. A su vez, Colombia por intermedio del Congreso de la República profirió la ley 1268 del 31 de diciembre de 2008, por medio de la cual se aprueban las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI

(Ávila Roldán, 2015, p. 387). Adicionalmente, luego de un examen de constitucionalidad de la citada ley por parte de la Corte Constitucional, en sentencia C-801 del 10 de Noviembre de 2009 es declarada exequible. Por tanto, en nuestro país tiene aplicación la regla No. 70 de procedimiento y prueba de la CPI.

En este orden de ideas, inicialmente la Corte Constitucional Colombiana en su sentencia T-458 de 2007, refiriéndose al concepto de consentimiento en los delitos sexuales, cita la regla No. 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma y precisa sobre los actos respecto de los cuales no es viable inferir el consentimiento de la víctima en casos de violencia sexual, refiriéndose, así:

“a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre; b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre; c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual” (Velásquez Gomez, 2015, p. 248).

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia Colombiana, teniendo como fundamento los principios de la regla No. 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma, realiza su aplicación en casos de violencia sexual⁵. Por ende, se puede afirmar que las Altas Cortes en nuestro país, reconocen el instrumento complementario de la Corte Penal Internacional, como el citado y lo aplican en el sistema jurídico estatal.

7. Concepto de consentimiento en violencia sexual en la Corte Penal Internacional

En este ámbito, recapitemos el acápite anterior, en el que señalábamos

⁵ Sobre este tema del consentimiento en los delitos sexuales, se pronunció la Corte, en tanto, la víctima de violencia sexual no reaccionó frente a la agresión sexual, guardó silencio y tuvo una reacción de parálisis. Afirmó categóricamente que por estas circunstancias, es errado, deducir que exista consentimiento y concluye que, si bien la falta de consentimiento puede expresarse a través del rechazo, oposición, defensa, etc., el hecho de que no se presenten tales acciones no puede implicar, por sí misma, la voluntariedad del acto. La falta de resistencia física de la víctima no desvirtúa la violencia, advirtiendo que un ataque violento no siempre genera una reacción expresada en actos materiales de defensa, ya que también puede producir un estado de conmoción, que paralice a la víctima, menos puede ser asumido que haya dado su consentimiento. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal. Sentencia del 6 de mayo de 2015, radicado SP 5395-2015,43880, M.P. María del Rosario González Muñoz.

-el consentimiento de la víctima -como elemento esencial en los delitos de violencia sexual. Además recordemos que en los bienes jurídicos concretos que protege el crimen de la violación, está la autodeterminación sexual. Sin embargo, en un contexto de conflicto armado esto no vale, pues según la opinión dominante en la jurisprudencia, el clima de coacción y violencia que allí impera imposibilita a limine un consentimiento verdadero” (Ambos, 2012, p. 19).

En ese contexto, la preexistencia de un conflicto revela un clima de coacción y violencia general, que en muchos de los casos descarta la eventualidad de una formación libre de la voluntad por parte de la víctima y con ello su verdadero consentimiento. Los conflictos tienen efecto debilitador en casi todas las facetas de la vida cotidiana. Lo general es que hay una presunción por falta de consentimiento en relación sexual.

Este panorama, hace que se presenta una discrepancia entre delitos sexuales durante conflictos armados y en tiempos de paz y, con ello, entre el derecho internacional y el derecho nacional. En éste último el consentimiento de la víctima puede resultar en la exclusión del tipo o en una causa de justificación, contrario a lo que ocurre en un conflicto armado.

Desde otro punto de vista, como lo es el nivel de coacción requerido para excluir el consentimiento, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI, adoptó una posición bastante amplia, en el caso adelantado en contra de Jean Pierre Bemba Gombo⁶. Al examinar el concepto coacción, la Sala observa que no requiere fuerza física y explica que puede constituir coacción: “amenazas, intimidación, extorsión y otras formas de coerción que se basan en el temor o la desesperación, y la coacción en ciertas circunstancias puede ser inherente, como en los conflictos armados o en caso de presencia militar” (Ambos, 2012, p. 22).

Así, a nivel de la Corte Penal Internacional, se puede referir que hay una presunción de no existencia de consentimiento, con lo cual éste se transforma en una “defensa afirmativa” que debe ser presentada por la defensa y que sólo es admisible

⁶ Sobre la posición amplia del concepto de consentimiento en los crímenes de violencia sexual, en conflicto armado, KAI AMBOS cita el caso de la CPI (Pre-Trial Chamber II), Decision Pursuant to article 61(7)(a) and (b) on the Charges against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 de junio de 2009, ICC 01/05-01/08 (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo) (Bemba Confirmation of Charges) [en adelante: confirmación de cargos en el caso Bemba], párr. 162 (p. 57). Para una interpretación similar, véase: TPIR, sentencia de primera instancia en el caso Akayesu (supra n. 61), párr. 688.

bajo eventualidades extraordinarias. Adicionalmente, en el derecho penal internacional, el consentimiento carece de efecto, cuando la víctima no tiene capacidad para proporcionar su consentimiento o cuando éste se obtuvo por error o engaño.

En efecto, el Estatuto de Roma incluyó como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra algunos referidos a la violencia sexual: la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable. Adicionalmente, la Asamblea de los Estados Partes del Estatuto de Roma, en materia de violencia sexual, consagró lo estudiado en el acápite anterior, sobre la Regla 70, sobre Principios de Prueba en casos de violencia sexual, instrumento de gran importancia en la protección de los derechos de las víctimas y la judicialización de las violaciones a los mismos, que ayuda a fortalecer el Estado de derecho, por la capacidad de respuesta de la justicia estatal y a mejorar el acceso a la justicia por parte de las víctimas.

8. Test o examen de complementariedad de la CPI

En este punto, debemos reiterar que el Estado colombiano suscribió el

Estatuto de Roma, el 10 de diciembre de 1998 y lo ratificó el 5 de agosto de 2002, previo trámite en el Congreso del acto legislativo A.L. No. 2 de 2001. Con base en lo anterior, se reformó el artículo 93 de la Constitución Nacional colombiana y a través de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 se aprobó el tratado sobre la CPI (Murillo Torres, 2016, p. 17)⁷. Por ende, la Corte Penal Internacional puede asumir competencia en relación con la jurisdicción nacional colombiana, bajo el principio de complementariedad.

9. Principio de complementariedad

En este ámbito, la CPI es concebida como una institución que actúa de manera excepcional y subsidiaria, puesto que la persecución al interior del estado goza de primacía y aquella constituye una jurisdicción de última ratio. Este principio de la complementariedad se encuentra plasmado en

⁷ En relación con este tema, ha descrito el autor Murillo Torres: *"En Colombia la Corte Penal Internacional es competente para la persecución – investigación y juzgamiento de crímenes internacionales cometidos después del 1 de Noviembre de 2002 en el territorio de Colombia o por un nacional colombiano. Sin embargo, en relación con crímenes de guerra, de acuerdo con la declaración provisional de no aceptación de competencia (art. 124 ER), la Corte solo es competente para conocer de los delitos cometidos con posterioridad al 1 de noviembre de 2009"* (Murillo Torres, 2016, p. 17).

el preámbulo del Estatuto de la CPI y los artículos 1.º, 17, 18, 19 y 20, son las disposiciones que lo desarrollan. (Eduardo S. S., 2013, pp. 99, 111-114)

Sobre esta temática, la tratadista Miriam Ávila Roldán expone sobre el principio de la complementariedad:

“Esta parte de la premisa de que los Estados, al convertirse en Parte del Estatuto, no renuncian a su propia jurisdicción sobre los delitos en él tipificados, tienen jurisdicción preferente sobre los mismos, y para ejercerla se comprometen a adoptar medidas en el plano nacional y a intensificar la cooperación, con el fin de garantizar que los crímenes internacionales, previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional ECPI, sean sometidos a la acción de la justicia. Pero además aceptan la eventual intervención de la CPI, cuando quiera que concurran los presupuestos de admisibilidad que se derivan del artículo 17 del C.P.I.” (Ávila Roldán, 2015, p. 44).

Así, dada la trascendencia, este principio de la complementariedad no sólo reconoce el carácter preferente de la jurisdicción nacional sino que promueve la actuación prioritaria de justicia, que orienta al Estatuto, por lo que se le atribuye a la CPI una “función de supervisión y de garantía, de un correcto ejercicio del poder

punitivo por parte de los Estados” (Ávila Roldán, 2015, p. 48).

De esta forma, el principio de la complementariedad incide en que los sistemas judiciales penales intraestatales, pueden ser supervisados y monitoreados por la CPI de forma permanente, por tanto, en la jurisdicción nacional siempre está latente la posibilidad de ser desplazada por la jurisdicción del Tribunal Internacional.

Desde otra perspectiva, el principio de la complementariedad, como lo plantea la autora Ávila Roldán cumple cuatro funciones, en primer lugar de armonización del derecho penal internacional y el nacional; en segundo lugar, de promover el desarrollo de las legislaciones nacionales mediante las exigencias inherentes a la implementación, en la dimensión sustancial y procesal; en tercer lugar, la de regular las relaciones entre la CPI y los sistemas nacionales de justicia; en cuarto lugar, de la salvaguardia de la soberanía de los Estados y por último incorporar límites de carácter formal y material, al ejercicio de la CPI (Ávila Roldán, 2015, pp. 53-63, 98)⁸.

⁸ La autora sobre las funciones del principio de complementariedad, explica: “actúa como mecanismo de armonización del derecho penal internacional que se aplica en el ámbito internacional y por los tribunales nacionales y esta se lleva a cabo con la implementación del

En relación con la función que regula las relaciones entre la CPI y los sistemas nacionales de justicia, cabe destacar lo establecido sobre la cosa juzgada y el non bis in idem (prohibición del doble procesamiento por los mismo hechos), ya que no está permitido que ningún tribunal

tratado en los sistemas normativos de los Estados que hacen parte. Luego tenemos, la función de promover “el desarrollo de las legislaciones nacionales mediante las exigencias inherentes a la implementación”. Esta labor, Avila Roldán la clasifica en la dimensión sustancial y procesal; la primera en aspectos tales como “la configuración de tipos penales que permitan la persecución nacional de los crímenes que conforman la competencia material de la Corte”, entre otros, ya que cita también “la eventual incorporación de principios como la imprescriptibilidad y la jurisdicción universal” y “el establecimiento de un sistema de penas que responda a la gravedad de los crímenes” y el segundo “el procesal, que surge de los deberes generales de cooperación de los Estados Parte con la CPI.” tanto en el proceso de activación de la jurisdicción abstracta de la CPI o durante el ejercicio de la jurisdicción penal internacional propiamente dicha (jurisdicción concreta) en las etapas de investigación, enjuiciamiento y ejecución de penas. Y en relación con la expresión jurisdicción concreta “Esta obligación de cooperación no se agota en lo referente a la investigación y el enjuiciamiento, sino que se extenderá sobre las actuaciones anteriores y posteriores del proceso, que tengan lugar durante la fase preliminar y tras la conclusión del proceso penal”. En tercer lugar se habla de la función de “regular las relaciones entre la CPI y los sistemas nacionales de justicia”, con lo cual se precisa “una pretensión de equilibrio entre el interés de la comunidad internacional por erradicar la impunidad respecto de la criminalidad extrema que atenta contra la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad y la soberanía de los Estados”.

nacional pueda procesar de nuevo a una persona ya juzgada por la Corte, esta sí puede disponer un nuevo procesamiento de aquellas personas que han sido juzgadas por un tribunal nacional, cuando estime que el juzgamiento por los órganos judiciales estatales se ha producido en contravención de los principios contenidos en el Tribunal Internacional.

En ese marco, la función de salvaguardia de la soberanía de los Estados, la cual se desarrolla con la “configuración de un sistema de admisibilidad regido por estándares exigentes y con la “inclusión de mecanismos procesales para la preservación de la jurisdicción por parte de los Estados” (Ávila Roldán, 2015, p. 111). Se habla de estándares altos, pues para valorar la disposición o falta de capacidad de los Estados para investigar o enjuiciar, se requiere de una verificación seria y sujeta a valoración, ya sea de colapso, inoperancia, prácticas contrarias a los requerimientos de independencia e imparcialidad de la administración y sistema intraestatal de justicia.

Y por último, la función de incorporar un marco y unos límites, tanto materiales como formales, al ejercicio de la jurisdicción internacional atribuida a la CPI. Se habla de unos límites materiales, como los establecidos en los arts. 5, 6, 7 y 8 de Estatuto de Roma, que hacen referencia a los crímenes

de competencia de la Corte, como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y con un grado de gravedad, de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto (Eduardo S. S., 2013, p. 101-103). Y los formales, respecto a que “el organismo internacional solo ejercerá su jurisdicción respecto de los crímenes ocurridos en el territorio, o cometidos por un nacional de un Estado parte, independientemente del lugar de la comisión” (Ávila Roldán, 2015, p. 133).

10. Test de admisibilidad

En este ámbito, para que la Corte Penal Internacional adquiriera competencia para adelantar una investigación por un crimen de trascendencia para la comunidad internacional, el Fiscal de la CPI debe examinar si la causa es o sería admisible. Este test de admisibilidad “se compone de dos niveles de análisis claramente diferenciables a saber, el ámbito de la complementariedad (art. 17-1 lit.a-c) y la valoración sobre la gravedad del crimen (art. 17-1 lit.d)” (Murillo Torres, 2016, p. 53).

Sobre este tema, se describe al test de admisibilidad como “un proceso en curso y permanente” (Ambos, 2012, p. 330) por parte de la CPI. Se afirma que es “continuo en toda la fase previa al juicio, el resultado de

la revisión depende de la evolución del escenario de los hechos relevantes. Dicho de otro modo, el Estatuto en su conjunto conserva la idea de que un cambio en las circunstancias permite (o incluso en algunos escenarios, obliga) a la Corte a determinar nuevamente la admisibilidad” (Ávila Roldán, 2015, p. 44).

En ese marco, esta fase de la complementariedad dentro del test de admisibilidad, es examinada en las investigaciones preliminares y si una situación se considera admisible, ya puede el Fiscal decidir si abre una investigación formal. Entonces, la complementariedad en sentido estricto, es trascendente si el caso es lo suficientemente grave. El estudio del estándar mínimo de gravedad y los parámetros para su valoración, fueron fijados por la Sala de Cuestiones Preliminares I de la C.P.I. de la siguiente manera: “a) la comisión sistemática o a gran escala de la conducta, b) la alarma social y c) la maximización del efecto disuasivo inherente a la pena internacional, mediante la consideración de la posición del implicado en la comisión de la conducta” (Murillo Torres, 2016, p. 70).

Adicionalmente, el art. 29 No. 2 del reglamento de la Oficina del Fiscal, se refiere a la evaluación de la gravedad de las situaciones, incluyendo factores como su magnitud, naturaleza, modo

de comisión e impacto (Ambos, 2012, p. 341). En relación con la magnitud se analiza el número de víctimas, sumado al espacio geográfico y temporal; sobre la naturaleza se puede afirmar que la violación y lo de menores son más relevantes; el modo de comisión “se refiere a aspectos de particular crueldad, crímenes contra víctimas particularmente vulnerables que impliquen discriminación, abuso de poder de jure o de facto y, bajo ciertas circunstancias” (Ambos, 2012, p. 343). Y respecto a la gravedad, ésta puede ser jurídica y relativa⁹.

Ahora bien, la competencia se podría activar, en primer lugar, por la falta de disposición estatal para adelantar con seriedad la persecución penal y el Estatuto de Roma consagra los criterios a partir de los cuales se puede aseverar que un Estado no tiene la voluntad de investigar con seriedad, referidos textualmente así: “a) el propósito de protección; b) la injustificada dilación de los procedimientos y c) la ausencia de independencia o imparcialidad de

las autoridades judiciales” (Murillo Torres, 2016, p. 63). Por tanto, entrarían eventualmente los casos cuando no se avizora el propósito de hacer comparecer al investigado, menos a proferir las respectivas condenas de una declaratoria de responsabilidad penal. Es donde se advierte el deseo del Estado de proteger al responsable, para lo cual se debe recurrir a indicios de los cuales se pueda inferir el propósito de mala fé (Ambos, 2012, p. 365). Además, el análisis de una demora injustificada se hace con la revisión de las reglas del debido proceso de los instrumentos sobre derechos humanos, con fundamento en la trascendencia del caso, la conducta y la duración de los procesos penales en el Estado investigado.

En segundo lugar, por la incapacidad estatal para investigar o enjuiciar adecuadamente, reglamentado por el art. 17 numeral tercero del Estatuto de Roma que reza así: “La Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella” (Eduardo C. P., 2016, p. 568).

El colapso es total, cuando deja de actuar el sistema de justicia, hay una absoluta inactividad jurisdiccional, el Estado pierde el control efectivo sobre el territorio, por la carencia de un mecanismo efectivo de imposición

⁹ En este contexto, Kai Ambos, explica: “*gravedad jurídica (no discrecional) de acuerdo con el art. 53(l)(b), 17(l)(d) y gravedad relativa (discrecional) de acuerdo con el art. 53(l)(c). Como elementos de gravedad jurídica se consideran- como factores cuantitativos- la magnitud, naturaleza y modo de comisión. Al contrario, la gravedad relativa abarca- como factores cuantitativos y subjetivos- las circunstancias individuales que se refieren al autor en concreto y su rol en el crimen, como también el criterio de impacto*” (Ambos, 2012).

de la ley, o a la decisión interna de hacer desaparecer la administración de justicia (Ambos, 2010, p. 38). El sustancial hace referencia a “falencias estructurales que impactan seriamente la funcionalidad del sistema de justicia” (Murillo Torres, 2016, p. 65) ; se aclara que no se trata de inactividad fáctica, sino a situaciones en las cuales la inactividad se debe a obstáculos normativos (procesales), en particular amnistías absolutas (que son generalmente inadmisibles) (Ambos, 2012, p. 380). Se hace referencia a la no posibilidad de cumplir con actividades básicas como la imposibilidad de hacer comparecer al acusado, no contar con las pruebas y los testimonios necesarios o no ésta por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

En este marco, se incluye cuando en el desarrollo de la persecución penal, no hay condiciones de autonomía e independencia en las autoridades judiciales y a esas situaciones se adjunta el propósito de eximir al investigado de la persecución penal. La falta de independencia se determina por la forma de designación de los miembros del tribunal y sus períodos y la imparcialidad del personal de un tribunal.

En consecuencia, se parte de que la jurisdicción nacional tiene inicialmente la prelación para investigar o enjuiciar, a menos que como vimos

anteriormente no cuente con la capacidad suficiente, no pueda realmente hacerlo o no exteriorice la voluntad para tramitar la investigación o enjuiciamiento de un crimen internacional. Aspectos éstos anteriormente revisados bajo los conceptos de falta de disposición o falta de capacidad de los sistemas judiciales.

Como fuere, lo cierto es que de presentarse alguna de las circunstancias antes relacionadas, tales como la pasividad del Estado Colombiano o la ausencia de capacidad para adelantar la investigación, o se protege a una persona de una específica responsabilidad penal internacional, o no existe un sistema físicamente o se encuentra colapsado o no disponible, la competencia bajo el principio de la complementariedad de la CPI, puede activarse ante, en tanto, se cumpliría con los presupuestos del Test de Admisibilidad para ser sujeto de Juzgamiento Internacional.

11. Reseña del acuerdo final para la terminación del conflicto armado en Colombia

En Colombia aproximadamente hace unos años cinco años atrás, surgen formalmente las negociaciones entre el Gobierno nacional con el grupo guerrillero, Fuerzas

Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército de Pueblo FARC, éstos diálogos llevaron a que se expidiera el acto legislativo A. L. No. 1 de 2012 o Marco Jurídico para la paz. En dicho acto se recogieron los lineamientos de las partes en conflicto armado, se constituía el cuadro normativo previo, que definía tanto los procesos de desmovilización, desarme y reintegración, como también la investigación y judicialización de los integrantes de grupos armados organizados al margen de la ley en nuestro país.

En este ámbito, se introducía un régimen de justicia transicional, a fin de posibilitar de manera más eficaz la desmovilización de grupos armados ilegales, conocer la verdad en favor de las víctimas y la terminación del conflicto armado interno. Como consecuencia de esta perspectiva se hablaba de que el Congreso, a iniciativa del gobierno nacional, determinará mediante ley los criterios de selección, los cuales permitirían centralizar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la calidad de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.

En este contexto, el A.L 1 del 2012 introducía a la Carta Política de Colombia, los artículos transitorios 66 y

67, en cuyos articulados consagraban condiciones legales básicas para el desarrollo de las conversaciones entre el gobierno colombiano y las FARC, orientadas a la determinación de un acuerdo de paz. Ante la publicación del acto legislativo 1 del 2012, se presentaron demandas, intervenciones y opiniones, que llevaron a la Corte Constitucional Colombiana a realizar el control constitucional del acto y a través de la sentencia C-579 de 2013, el máximo Tribunal Constitucional de Colombia, decidió declarar la constitucionalidad del Marco Jurídico para la paz y se pronunció sobre la exequibilidad de las expresiones demandadas.

Por otra parte, el proceso de negociación entre el gobierno y las FARC había iniciado con una fase exploratoria, que culminó con la suscripción de un acuerdo marco entre el Gobierno y el movimiento guerrillero, titulado Acuerdo General para la terminación del conflicto-, como un capítulo más que condujera a la terminación final del conflicto armado. En el documento se incluyeron muchos temas como el desarrollo rural, participación política, narcotráfico, víctimas y finalización del conflicto, mismos que fueron desarrollados durante las negociaciones. Además se acordaron iniciar las conversaciones directas e ininterrumpidas con el propósito de alcanzar un acuerdo final para la terminación del conflicto.

En ese marco, en noviembre 24 de 2016, y después de más de medio siglo de conflicto armado en Colombia y tras el cierre de cuatro años de negociaciones se firmó el Acuerdo Final de Paz, en cuya introducción se asentó su significancia y la fase de transición del país. El Acuerdo Final de Paz fue refrendado por el Congreso. Este acuerdo contiene seis puntos: reforma rural integral, la participación política, el cese al fuego de hostilidades bilaterales y definitivas y la dejación de las armas, solución al problema de las drogas ilícitas, las víctimas y la implementación, verificación y refrendación.

En relación con el tema de las víctimas, se crea el sistema integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición SVJRNR y éste a su vez está compuesto, entre otros, por la Jurisdicción Especial para la Paz JEP. Este órgano ejerce funciones judiciales de manera autónoma y preferente sobre asuntos de su competencia, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos. Son conductas punibles perpetradas por causa con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, o sea, en donde la existencia del conflicto armado, haya sido la causa de su perpetración o haya jugado un papel sustancial. Por tanto, el Estado Co-

lombiano tiene el deber de perseguir, investigar, esclarecer y sancionar a los responsables de los delitos sobre graves violaciones a los derechos humanos, cometidos con ocasión del conflicto armado. (ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA, 2016, p. 188).

Sobre este punto, la JEP se aplicará únicamente a conductas cometidas con anterioridad a su entrada en vigor, es decir, al 1 de diciembre de 2016 y sólo a quienes suscriban el acuerdo de paz con el gobierno nacional. Este componente estará integrado por órganos tales como la Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y determinación de los hechos y conductas, el Tribunal para la Paz, la Sala de amnistía o indulto, la Sala definición de situaciones jurídica y, la Unidad de investigación y Acusación. Además, el Tribunal para la paz, tendrá varias secciones como la de revisión de sentencias y la de apelación.

En este contexto, en relación con las amnistías, en el Acuerdo Final para la Paz, se dispone en el artículo 25 lo siguiente: "Hay delitos que no son amnistiables ni indultables de conformidad con los numerales 40 y 41 de este documento. No se permite amnistiar los crímenes de lesa humanidad, ni

otros crímenes definidos en el Estatuto de Roma”. (NUEVO ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA, 2017, p. 192).

A su vez, en el artículo 40 del Acuerdo Final para la Paz se consagra:

“No serán objeto de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma” (ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA, 2016, p. 196).

Por ende, de lo expuesto antes se infiere que frente a graves crímenes de lesa humanidad, incluidos los casos de violencia sexual, no serán objeto de amnistía ni se los puede conexas con los delitos políticos.

Aparte de lo expuesto, el Marco Jurídico para la Paz, concedió facultades presidenciales dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, quedando facultado el gobierno para expedir los decretos con fuerza de ley cuyo contenido tendrá por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del acuerdo. En este punto, se expidió la ley 1820 de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales. Cuyo objeto es regular las amnistías e indultos por los delitos políticos y los delitos conexos con éstos, así como adoptar tratamientos penales especiales diferenciados, en especial para agentes del Estado que hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Adicionalmente, se expidió el decreto 277 de 2017 por medio del cual se establece el procedimiento para la efectiva implementación de la ley 1820 citada y regular la amnistía iure, para las personas privadas de la libertad por delitos políticos y delitos conexos. Se dispuso que ésta procede por delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y seducción, usurpación y retención ilegal de mando y los delitos que con son estos conexos. Posteriormente,

se expide por parte del Presidente de la república de Colombia, el decreto 0700 de 2017 por el cual se precisa la posibilidad de interponer la acción de habeas corpus en casos de prolongación indebida de la privación de la libertad derivados de la no aplicación oportuna de la ley 1820 de 2016.

Además, el Congreso aprobó en virtud del procedimiento legislativo especial para la paz el A.L 1 de 2017, mediante el cual se decreta un nuevo título transitorio de normas y se crea el Sistema Integral, compuesto por la Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición; la Unidad para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado y la jurisdicción especial para la paz JEP, pilar del sistema de justicia transicional en el que serán juzgados los guerrilleros, uniformados y terceros, de acuerdo a lo pactado en el proceso de paz con las FARC. Actualmente se ha dado inicio al estudio de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional Colombiana del acto legislativo 1 de abril 4 de 2017.

Aparte de lo expuesto, y como se precisó en el capítulo anterior, la competencia bajo el principio de la complementariedad de la CPI, puede activarse ante la pasividad del Estado Colombiano o la ausencia de

capacidad para adelantar la investigación, o se protege a una persona de una específica responsabilidad penal internacional, o no existe un sistema físicamente o se encuentra colapsado o no disponible. La CPI podrá ejercer su competencia, pensemos a manera de ejemplo que un máximo responsable de las FARC-EP postulado ante la Jurisdicción Especial para la Paz por crímenes sistemáticos de contenido sexual y la JEP resultase no operativa para juzgarlo. Bajo dicho panorama, resulta obvio, y por demás necesario la intervención de la Corte Penal Internacional para su Juzgamiento.

12. Crimen de lesa humanidad

En relación con el tema anunciado, de conformidad con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en el art. 7 se consagra los crímenes de lesa humanidad, entendido como los actos cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. “a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud (...)g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y otros abusos sexuales de gravedad comparable...” (Carranza Piña, 2016, p. 554) y el artículo 7,2 consagra “ A los efectos del párrafo 1: a) Por “ataque contra una población civil” se

entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política” (Carranza Piña, 2016, p. 556).

En ese contexto, el crimen de lesa humanidad se distingue de otros, en razón a que no puede tratarse de un acto aislado o esporádico de violencia, sino que debe hacer parte de un ataque generalizado, lo que quiere decir que está dirigido contra una multitud de personas; es sistemático, porque se inscribe en una plan criminal cuidadosamente orquestado, que pone en marcha medios tanto públicos como privados, sin que, necesariamente, se trate de la ejecución de una política de Estado) las conductas debe implicar la comisión de actos inhumanos, de acuerdo con la lista que provee el mismo Estatuto); el ataque debe ser dirigido exclusivamente contra la población civil y, el acto debe tener un móvil discriminatorio, bien que se trate de motivos políticos, ideológicos, religiosos, étnicos o nacionales (Carranza Piña, 2016, p. 541).

Sobre ésta temática, el ataque contra la población civil, que se requiere “pone de manifiesto el carácter colectivo del crimen, excluyendo los actos de violencia aislados o los ataques

individuales, los cuales caen bajo la jurisdicción de los sistemas nacionales” (Ávila Roldán, 2015, p. 127).

En ese marco, se ha dicho de la población civil que son las personas que no forman parte del poder organizado del que deriva la violencia. El denominador —generalizado— hace relación a un gran número de víctimas” es decir de su carácter masivo, aun cuando se trate de un solo acto; o también de la extensión sobre un ámbito geográfico amplio” (Ávila Roldán, 2015, p. 130) ; el calificativo de —sistemático— es sobre el nivel de organización de los actos de violencia, y a la exclusión de expresiones de violencia espontáneas y aisladas. Exige el enlace de los actos individuales con un propósito previo o una política anticipada. Y,—con conocimiento del ataque. Adicionalmente,—de conformidad con la política de un Estado— se predica por el presupuesto de “una planificación, dirección u organización en la comisión del hecho, sin que el elemento político a que alude la norma requiera de la existencia de una propuesta programática formalizada” (Ávila Roldán, 2015, p. 128).

Así, el Estatuto de Roma, al incluir los crímenes de violencia sexual como delito de lesa humanidad, incorpora un progreso y lo cristaliza como un crimen contra la humanidad, que los países están obligados a castigar,

diferenciándolo de otros crímenes, lo sitúa en una óptica distinta al de la criminalidad común, razón por la cual, la responsabilidad individual y la jurisdicción universal debe adoptar medidas especiales de disuasión y brindar herramientas para vigilar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados.

13. Conclusiones

Se intentó informarnos inicialmente sobre los fundamentos en los delitos de violencia sexual, de los conceptos de bien jurídico, violación, consentimiento, capítulos que fueron los puntos de partida del ensayo y que nos llevaron al estudio de los sistemas legales penales subyacentes en particular el caso de Colombia y el Tribunal internacional. Lo anterior, nos ubica en la posición jurídica del Estado Colombiano frente a la Corte Penal Internacional, al haber incorporado el Tratado de Roma a la jurisdicción nacional, mediante la reforma a la Carta Política y la ley aprobatoria del Estatuto.

El Estado Colombiano, al aprobar el Estatuto de Roma, reconoce la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en los términos previstos en el Tratado, con un ámbito en el cual se limita únicamente al ejercicio de la naturaleza subsidiaria de la

Corte, pues ésta es concebida como una institución que actúa de manera excepcional y complementaria, ya que la facultad de adelantar la persecución penal intraestatal goza de primacía, es decir, en principio es del Estado Colombiano y aquella constituye una jurisdicción de última ratio.

Entonces, reviste particular relevancia histórica, política y jurídica que Colombia allanara el camino jurídico para su adhesión al Tratado de Roma y de la adquisición de unas obligaciones en su condición de Estado parte del Estatuto. Se reitera la justicia de la Corte Penal Internacional no es que reemplace a la justicia nacional sino que complementará los esfuerzos de los órganos judiciales internos de hacer comparecer y judicializar a los responsables de los crímenes del derecho internacional. El Principio de complementariedad, plantea una estrategia de armonización e integración de la jurisdicción del Estado Colombiano y la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

En materia de derechos humanos, el Estado tiene la obligación de utilizar todos los medios legales a su disposición para adelantar de una manera efectiva y sería una investigación, que nos lleve a esclarecer la identificación y castigo del responsable de crímenes internacionales, que conllevan graves violaciones a los

derechos humanos. Pero si en un sistema judicial la investigación al interior del estado es aparente, existe falta de disposición o la ausencia de capacidad para adelantar la investigación, o se protege a una persona de una específica responsabilidad penal internacional, o no existe un sistema físicamente o se encuentra colapsado o no disponible, la CPI podrá ejercer su competencia.

Así mismo, si en el sistema judicial nacional en un enjuiciamiento de un delito de lesa humanidad, su tramitación indica la absolucióndel acusado, o presenta una punición insignificante, o el Estado es políticamente manipulado para generar impunidad o el juzgamiento por los órganos judiciales estatales se ha producido en contravención de los principios contenidos en la CPI o existe una demora injustificada o falta de independencia e imparcialidad en las autoridades nacionales, la CPI puede intervenir, pues se encuentra frente a delitos más graves de trascendencia para la comunidad internacional y frente a la amenaza de la impunidad.

nes de derechos humanos cometidas dentro de un conflicto armado y sobre la necesidad de que la justicia colombiana se centre en su persecución y que el Estado está obligado a reunir todos los esfuerzos en la investigación penal de los delitos de crímenes de lesa humanidad cometidos de manera sistemática.

Ese recorrido conceptual permitió confirmar la hipótesis planteada inicialmente que de presentarse graves crímenes de violencia sexual bajo la denominación de—crímenes de lesa humanidad—, en el conflicto armado interno en Colombia y de superar el test de admisibilidad o examen de complementariedad por la Corte Penal Internacional, ésta podrá ejercer su competencia. Lo anterior, bajo el principio de complementariedad que constituye la base de la jurisdicción establecida en dicho acuerdo. Se pretende la defensa de los intereses de la comunidad internacional, a través de la prevención y castigo de crímenes internacionales, mejorar el acceso a la justicia por parte de las víctimas, así como la prevención de nuevos crímenes.

La Corte Penal Internacional podrá ejercer su competencia, si un máximo responsable de las FARC-EP postulado ante la Jurisdicción Especial para la Paz por crímenes sistemáticos de contenido sexual y la JEP resultase

no operativa para juzgarlo. Bajo dicho panorama, resulta obvio, y por demás necesario la intervención de la Corte Penal Internacional para su Juzgamiento, pues se cumpliría con los presupuestos del Test de Admisibilidad para ser sujeto de Juzgamiento Internacional.

Este ensayo no pretende dar ninguna respuesta definitiva a las cuestiones legales discutidas, sino que la intención fue la de plantear el cuestionamiento. Se inició precisando los conceptos, se identificó los estándares nacionales y de la jurisdicción internacional en la materia. Lo anterior con el fin de crear un necesario de estado de alerta sobre el Derecho Penal Internacional, inherente a un sistema legal, justo y liberal y de la posibilidad a que se expone el Estado de que su jurisdicción sea desplazada por la CPI respecto de una situación o un caso particular.

Bibliografía

Ambos, K. (28 de Abril de 2010). *EL Test de complementariedad de la Corte Penal Internacional. Un análisis sistemático de la compleja relación entre jurisdicciones nacionales y la Corte Penal Internacional*. Recuperado el 21 de Marzo de 2017, de www.indret.com.

Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y

duradera (28 de Diciembre de 2016). Recuperado el 9 de Marzo de 2017, de <https://www.mesadeconversaciones.com.co>

Alviar García, H. y. (2016). *Prespectivas para la paz*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Ambos, K. (octubre de 2012). "Violencia sexual en conflicto armado y derecho penal internacional". Recuperado el 3 de marzo de 2017, de Cuadernos de política criminal: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130208_03.pdf

Ambos, K. (2012). *Ensayos actuales sobre Derecho Penal Internacional y Europeo*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibañez.

Arteaga, A. R. (2011). *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*. Bogotá: Uniandes.

Arrubla, C. M. (1997). *Principios rectores de la ley penal colombiana*. Medellín: DIKE.

Ávila Roldán, M. (2015). *La adecuación del derecho interno al Estatuto de la Corte Penal Internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Botero Bernal, J. F. (18 de Junio de 2014). *Noción de violencia para los delitos sexuales contenido en la ley 1719 de 2014*. Recuperado el 22 de Abril de 2017, de perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140808_02.pdf

- Eduardo, C. P. (2016). *Infracciones graves al derecho internacional humanitario y crímenes de lesa humanidad en el Código Penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Eduardo, S. S. (2013). *Código de Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Colección de Textos de jurisprudencia.
- Escobar, L. E. (2013). *Los delitos sexuales*. Bogotá: Leyer.
- Carranza Piña, J. E. (2016). *Infracciones graves al derecho internacional humanitario y crímenes de lesa humanidad en el Código Penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Código Penal*. (2015). Medellín: Librería Jurídica Sánchez.
- Corporacion Sisma Mujer. (2011). *Crímenes de lesa humanidad, violencia sexual y justicia de género en Colombia*. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal 7 de Septiembre de 2005. Radicado 18455 (delito sexual).
- Fernández, G. D. (2004). *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: B de F.
- Murillo Torres, H. L. (2016). *Punición alternativa y derecho penal internacional*. Bogotá: Leyer.
- Nuevo acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. (2017). Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Proceso de Paz. Los temores de los Generales. (2017). *Semana*, 28.
- Robertson, G. (2008). *Crímenes contra la humanidad. la lucha por una justicia global*. Madrid: Siglo XXI.
- SEMANA. (2017). Uribistas a la JEP. *Semana*, 24.
- SISMA, C. (Abril de 2011). *Crímenes de lesa humanidad, violencia sexual y justicia de género en Colombia*. Recuperado el 23 de Marzo de 2017, de Corporación Sisma Mujer: www.sismamujer.org./.../35-Crime-nes-de-lesa-Humanidad-Violencia-sexual-y-Justicia
- Velásquez Gomez, I. (2015). *Jurisprudencia Penal. Extractos. Primer Semestre*. Medellín: Sánchez R. Ltda.
- Velásquez Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General*. Medellín: Comilibros.
- Ley 1820 del 30 de Diciembre de 2016*. (30 de Diciembre de 2016). Recuperado el 27 de Marzo de 2017, de: es.presidencia.gov.co/