

# IUSTITIA

UBI NON EST JUSTITIA, IBI NON POTEST ESSE JUS

---

Facultad de Derecho Número 20 - Enero - Diciembre de 2022 ISSN 1692-9403 ISSN DIGITAL 2539-4657

---

DOI: <https://doi.org/10.15332/iust>



# IUSTITIA

UBI NON EST JUSTITIA, IBI NON POTEST ESSE JUS

---

Facultad de Derecho • Número 20 • Enero - Diciembre de 2022 • ISSN: 1692-9403 • ISSN DIGITAL: 2539-4657

---

**Rector**

Fray Oscar Eduardo GUAYÁN PERDOMO, O.P.

**Vicerrector Académico**

Fray Mauricio GALEANO ROJAS, O.P.

**Vicerrector Administrativo y Financiero**

Fray Rubén Darío LÓPEZ GARCÍA, O.P.

**Decano de División de Ciencias Jurídicas y Políticas**

Fray Mauricio Antonio CORTÉS GALLEGU, O. P.

**Decano de la Facultad de Derecho**

Dr. Juan Pablo MONCADA FLÓREZ

**Secretaria de la División de Ciencias Jurídicas y Políticas**

Mg. Carolina BENAVIDES MENDOZA

**Coordinador de Investigaciones de la División de Ciencias Jurídicas y Políticas**

Mg. José Daniel FONSECA SANDOVAL

**Equipo editorial****Editores**

Mg. Fabián Díaz Hernández

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia

**Comité editorial**

José Antonio Moreno Molina

Universidad de Castilla-La Mancha

Alma Patricia Domínguez Alonso

Universidad de Castilla-La Mancha

Lina Fernanda Buchely Ibarra

Universidad de Wisconsin-Madison

Luis José Béjar Rivera

Universidad Panamericana, Campus México

Carolina Bravo Vesga

Universidad de Valladolid

Lina Constanza Díaz Boada

Universidad Nacional de La Plata

Rodolfo Cancino Gómez

Universidad Nacional Autónoma de México

**Apoyo de Soporte OJS**

Sergio Alejandro Idárraga Ortiz

CRAI- Seccional Bucaramanga

Jasmín Ballesteros Duarte

Departamento TIC

**Departamento de Publicaciones**

C. P. Freddy Luis Guerrero Patarroyo

**Diseño y diagramación****Centro de Diseño e Imagen Institucional - CEDII**

Dis. Gráf. Olga Lucía Solano Avellaneda

*Directora*

C.S. María Amalia García Núñez

*Corrección de Estilo*

Dis. Graf. Jhon Fredy Hoyos Pino

*Diseño y diagramación*

© **Universidad Santo Tomás**

ISSN DIGITAL: 2539-4657

DOI: <https://doi.org/10.15332/iust>

Seccional Bucaramanga (Col).

Octubre 2021.

Campus Bucaramanga: Carrera 18 No. 9 - 27

PBX: (+57) 607 698 58 58 Ext.: 6515

**Contenido**

EDITORIAL .....	5
INVESTIGACIÓN	
El perdón como necesidad de los sobrevivientes del conflicto armado colombiano: diálogos entre Hannah Arendt y las mujeres del documental “Desde diversas orillas” .....	9
<i>Forgiveness as a need of the survivors of the Colombian armed conflict: dialogues between Hannah Arendt and the women of the documentary “Desde diversas orillas”</i>	
Sara Yesenia Mateus Saavedra	
Víctima, resiliencia y verdad en el sistema penal. Constructo desde la Corte Constitucional colombiana .....	39
<i>Victim, Resilience and Truth in the penal system, construct from the Colombian Constitutional Court</i>	
María Elsa Archila Antolínez	
Las sanciones propias en la Justicia Especial para la Paz y el Estatuto de Roma .....	63
<i>Own sanctions in the Special Justice for Peace and the Rome Statute</i>	
Rubén Darío Escobar Cardona	
Retos en seguridad y salud en el trabajo: enfermos de síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (sida) y portadores del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) .....	81
<i>Defiances in Safety and Health at Work: patients with Acquired Immunodeficiency Syndrome (AIDS) and carriers of the Human Immunodeficiency Virus (HIV)</i>	
Acevedo Gómez Angélica Johanna	
Efectos socio-jurídicos de la pensión de vejez en personas transgénero en Colombia, periodo 2015-2020 .....	103
<i>Socio-legal effects of the old-age pension in transgender people in Colombia, period 2015-2020</i>	
Anayibe Ardila Báez, Daniela Tarazona Martínez	

Manifestaciones públicas de afecto por parte de personas del mismo sexo, análisis de casos concretos: Sentencias de la Corte Constitucional colombiana T-268 de 2000 y T-909 de 2011 .....	119
<i>Public manifestations of affection by people of the same sex, analysis of specific cases: judgments of the Colombian Constitutional Court T-268 of 2000 and T-909 of 2011</i>	
Leonardo Camilo Ramos Pallares	
TRADUCCIÓN	
Introduction to the study of public procurement in the USA .....	137
Gisette Carolina Benavides Mendoza, Miguel José Quintero O'meara	
GUÍA PARA AUTORES .....	149

---

## EDITORIAL

---

En mi condición de líder del grupo de investigación: Estado, Derecho y Políticas Públicas, adscrito a la División en Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, me complace presentar a la comunidad académica el número 20 de la *Revista Iustitia*, en aras de contribuir al diálogo teórico y práctico sobre problemas contemporáneos y esenciales para la ciencia del Derecho desde un enfoque jurídico y sociojurídico, a lo cual se suma la recepción de abordajes interdisciplinarios de la mano de la economía, la sociología, la antropología, la administración pública, las relaciones internacionales y la filosofía para una mejor comprensión de los fenómenos jurídicos como problemáticas humanas, sociales y éticas.

Es por ello que, en la edición correspondiente al año 2022, se incorpora una reflexión acerca del perdón como una necesidad de los sobrevivientes del conflicto armado, escrito por la abogada Sara Yesenia Mateus Saavedra, quien, tomando como referente teórico a Hannah Arendt, nos invita a dar otras miradas a la problemática centrada en el conflicto armado interno. Del mismo modo, se añade el artículo Víctima, Resiliencia y Verdad, en el que la abogada María Elsa Archila fundamenta sus argumentos con base en las sentencias proferidas por las Corte Constitucional colombiana, dando cuenta del alcance de cada uno de los conceptos señalados en el título de este. Y cerramos esta línea argumentativa con el aporte del abogado Rubén Darío Escobar Cardona, centrado en las sanciones propias en la Justicia Especial para la Paz - JEP y el Estatuto de Roma.

En el área de la seguridad social se incluye el aporte académico de la abogada Angélica Johanna Acevedo Gómez, acerca de los retos que se generan en materia de seguridad y salud en el trabajo frente a los enfermos de síndrome de inmunodeficiencia adquirida y los portadores del Virus de la Inmunodeficiencia Humana, observándoseles bajo la óptica de los derechos fundamentales de la igualdad y la no discriminación, partiendo del supuesto de la estabilidad laboral reforzada al considerárseles sujetos de especial protección constitucional por su condición de debilidad manifiesta. Y, por otra parte, las abogadas Anayibe Ardila Báez y Daniela Tarazona Martínez, plantean una reflexión crítica de los efectos sociojurídicos de la pensión de vejez en personas transgénero en Colombia período 2015 a 2020.

Los aportes académicos en derecho constitucional están de la mano del abogado Leonardo Camilo Ramos Pallares, quien interpreta dos sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional colombiana de los años 2000 y 2011 acerca de las manifestaciones públicas de afecto de parejas del mismo sexo.

Finalmente, en derecho administrativo la Ph.D. Gisette Carolina Benavides y el estudiante del programa de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Miguel José Quintero O'meara, presentan la traducción del capítulo del libro *Introduction to the study of public procurement in the USA*, de autoría de Ph.D. César Augusto Romero Molina, en el que se presenta como base para la contratación pública estadounidense los principios de eficiencia, mejor valor, uniformidad, transparencia, competencia e integridad, soportados en la ética y la transparencia.

Con esta entrega se confía en que el lector encuentre insumos para la reflexión en torno a los temas de interés nacional e internacional, los que a su vez son de continua reflexión en el interior del grupo de investigación Estado, Derecho y Políticas Públicas –categorizado en A de acuerdo con la última medición de Minciencias– en las seis líneas de investigación que a continuación se señalan:

- 1) Paz, víctimas y reconciliación.
- 2) Ciudadanía, transparencia, políticas públicas y buen gobierno.
- 3) Derechos fundamentales y principios constitucionales.
- 4) Autonomía privada, organización empresarial y derecho mercantil internacional.
- 5) Conflictos socioambientales.
- 6) Investigación e innovación sociojurídica aplicada.

César Augusto Romero Molina  
Líder del Grupo de investigación

# INVESTIGACIÓN

---



# El perdón como necesidad de los sobrevivientes del conflicto armado colombiano: diálogos entre Hannah Arendt y las mujeres del documental “Desde diversas orillas”

*Forgiveness as a need of the survivors of the Colombian armed conflict: dialogues between Hannah Arendt and the women of the documentary “Desde diversas orillas”*

DOI.: <https://doi.org/10.15332/iust.v0i20.2869>

*Sara Yesenia Mateus Saavedra<sup>1</sup>*

## Resumen

Este artículo analiza el perdón como una “necesidad” de las víctimas del conflicto armado colombiano, a partir de la voz de las mujeres contenida en el video documental “Desde diversas orillas” (2012). Adicionalmente, se tendrá en cuenta el pensamiento filosófico y político de Hannah Arendt (1906-1975), quien concibe el perdón como una “necesidad” propia de la interacción en comunidad, que posibilita el respeto y la confianza entre los seres humanos y que permite remediar los actos que causaron un daño. Este artículo utilizó variados textos académicos y relatos de las mujeres que aparecen en el documental referido. Este ejercicio investigativo tiene como paradigma y método la hermenéutica, buscando comprender el concepto de perdón desde diferentes enfoques y relaciones con términos análogos, tales como promesa, olvido, reconocimiento de la culpa, libertad, pensamiento y reconciliación. Este trabajo concluye advirtiendo que el perdón no se puede generalizar (no todas las víctimas del documental aceptan esta posibilidad), ni obviar en los procesos de justicia transicional, los debates académicos y las experiencias socio-políticas.

**Palabras claves:** Colombia, Hannah Arendt, justicia transicional, mujeres víctimas, perdón.

1 Abogada de la Universidad Cooperativa de Colombia (Bucaramanga), con tesis laureada NOMBRE DE LA TESIS?? Creación Centro de Orientación Interdisciplinario para formar en Competencias Ciudadanas desde la Escuela”, magíster en Reconciliación y Convivencia con énfasis en Derechos Humanos y Victimología por la Universidad Santo Tomás, Bucaramanga. Correo electrónico: saritamatus11@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-2421-2132>

## **Abstract**

This article analyzes forgiveness as a “need” of the victims of the Colombian armed conflict, based on the voice of women contained in the documentary video “From various shores” (2012). In addition, the philosophical and political thought of Hannah Arendt (1906-1975) will be considered, who conceives forgiveness as a “need” proper to interaction in community, which enables respect and trust between human beings and allows remedy the acts that caused harm. This article used academic texts and stories from the women that appear in the aforementioned documentary. This investigative exercise has hermeneutics as its paradigm and method, seeking to understand the concept of forgiveness from different approaches and relationships with analogous terms, such as promise, forgetfulness, recognition of guilt, freedom, thought and reconciliation. This paper concludes by noting that forgiveness cannot be generalized (not all victims of the documentary accept this possibility), nor can it be ignored in transitional justice processes, academic debates and socio-political experiences.

**Keywords:** Colombia, Hannah Arendt, transitional justice, female victims, forgiveness.

## **El perdón como necesidad de los sobrevivientes del conflicto armado colombiano: diálogos entre Hannah Arendt y las mujeres del documental “Desde diversas orillas”**

*Sara Yesenia Mateus Saavedra*

### **INTRODUCCIÓN**

Desde el pensamiento de Arendt, el perdón se entiende como una necesidad derivada de la interacción en comunidad, que posibilita el respeto y la confianza entre los seres humanos, y que permite remediar los actos que, en su momento, imposibilitaron avanzar en la vida. Desde la perspectiva de la autora judeo-alemana, el perdón también implica una capacidad humana que permite a los hombres deshacerse de los efectos que causaron en ellos las acciones pasadas, permitiéndoles vivir en un “mundo común”. Para Arendt, la posibilidad que tenemos los seres humanos de remediar nuestros actos es a través del perdón, que se fundamenta en el respeto a la persona, liberándonos del pasado y permitiéndonos restablecer las relaciones con otros. Esto propicia un nuevo comienzo en el mundo compartido. “El perdón es una muestra de la convicción arendtiana más profunda, a saber: que es necesario confiar en los seres humanos, confianza sin la cual no sería posible acción alguna” (Madrid, 2008, p. 149).

Sin embargo, existen situaciones que para algunas personas son imperdonables, toda vez que la acción del perdón no genera en ellas el olvido; no hace que cambien su sentir, ni su dolor frente a la crueldad del acontecimiento vivido. Esto se pudo evidenciar en algunos relatos del documental *Desde diversas orillas*, donde una víctima sobreviviente expresa:

Yo como he visto tantas cosas, yo sí he visto tantas cosas. He visto matar gente allá, como le va a perdonar uno a una persona que coja un muchacho lo amarre a una

camioneta y arranque la camioneta a correr por un potrero y lo descuarticen. Eso no lo perdona nadie, o sea, si la mamá estuviera allá, yo creo que no le perdonaría eso, una cosa es que uno diga perdón, bueno yo perdono, pero de dientes para afuera, yo soy como más honesta conmigo misma y yo sí digo la verdad, yo no los perdono o de pronto los perdonaría, pero no se olvida, eso no se olvida (Desde diversas orillas, 2012, Min 24:38).

Para algunas de las víctimas, ciertas acciones son irracionales e incomprensibles, imposibilitando el perdón, puesto que no se puede olvidar. Ahora bien, para el filósofo Jacques Derrida (1930-2004), el perdón solo encuentra su posibilidad cuando está llamado a hacer lo imposible, es decir, a perdonar aquello im-perdonable, que quebranta, ofende y daña. Para el autor francés, los crímenes imperdonables son aquellos que, en el lenguaje religioso, se conocen como “pecados mortales”. Cuando una víctima comprende los hechos y otorga el perdón se deriva la promesa entre desiguales: una parte es quien perdona y la otra quien reconoce su culpa. El resultado de esta acción es la reconciliación. Teniendo en cuenta lo anterior, este artículo aborda la siguiente cuestión investigativa: ¿En qué sentido, atendiendo al documental *Desde diversas orillas* y a los aportes de Hannah Arendt, aparece el perdón como una necesidad desde la voz de las mujeres-víctimas del conflicto armado colombiano?

## MÉTODO

Esta pregunta ha sido objeto de varias investigaciones. En Google académico, por ejemplo, se buscó a partir de esta estrategia de búsqueda: Hannah Arendt and perdón and justicia transicional and mujeres and Colombia, hallándose 463 resultados, de los cuales 30 textos son de sumo interés, atendiendo a la pregunta de investigación planteada. El material consultado se divide de la siguiente manera: 18 artículos, 6 tesis, 4 investigaciones, y 3 libros. Estas composiciones concluyen advirtiendo que el concepto perdón, desde el pensamiento arendtiano, puede ser otorgado por una persona que se convierte en víctima, a partir de cualquier circunstancia, sin importar si el error ha sido cometido por otro sujeto en particular, un miembro de un grupo armado al margen de la ley o con ocasión a la desprotección del Estado. La acción del perdón, que implica la comprensión del hecho, la promesa, el respeto y el reconocimiento, debe ser el objetivo principal de cualquier proceso de justicia encaminado hacia la reconciliación.

Este trabajo tiene como paradigma el hermenéutico basado en la necesidad de la comprensión y actuación sobre las prácticas, los problemas y las actitudes de los individuos en sociedad, teniendo en cuenta el dinamismo de la vida compartida. Este trabajo tiene una naturaleza interpretativa que busca sintetizar y analizar el significado de los hechos, a partir de las vivencias y las interpretaciones de las mujeres víctimas. Para la construcción de este artículo se usó el método hermenéutico, que nos permitió buscar, sistematizar e interpretar la información desde diferentes artículos, tesis, investigaciones y libros articulados con el tema objeto de estudio

y, por supuesto, con la voz de las mujeres en el video documental *Desde diversas orillas*.

Para esta investigación sobre el concepto del perdón, se utilizó como marco teórico el pensamiento de la filósofa judeo-alemana Arendt. Aunque la pensadora no desarrolla explícitamente el concepto en mención, este sí tiene gran relevancia en su filosofía política y moral, además de llevar la impronta de su propia vivencia personal ante el holocausto nazi. Actualmente, el perdón continúa siendo objeto de numerosos estudios, toda vez que la vigencia de las ideas arendtianas sigue generando preguntas y reflexiones sobre nuestra propia época. En efecto, la literatura académica da cuenta de numerosos estudios y publicaciones sobre ella: la filósofa formada en la fenomenología de Martin Heidegger (1899-1976) y el pensar existencial de Karl Jaspers (1883-1969). Todos buscamos en las páginas arendtianas la inspiración para crear y mantener un espacio público que garantice el “derecho a tener derechos”.

El marco conceptual de esta investigación está constituido por tres categorías básicas: i. El perdón que se entenderá como la necesidad que posibilita el respeto y la confianza entre los seres humanos, como única alternativa para remediar los actos que, en su momento, imposibilitaron avanzar en la vida. ii. La justicia transicional que se comprenderá como el cambio político y normativo, propio de la transición de la guerra a la democracia. La transición, que resulta en la aplicación de ambos mecanismos, donde en el primero se pasa de un Estado de conflicto a un Estado de posconflicto y, en el segundo, donde la normatividad debe adecuarse al cumplimiento de los Estándares Internacionales de Derechos Humanos en materia de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, constituye una categoría central en el documental *Desde diversas orillas*. iii. La reconciliación que se concebirá como el resultado de la acción del perdón por parte de la víctima del conflicto armado dentro de un proceso de justicia transicional o como acto de empoderamiento personal que permitirá liberarse del pasado.

Este artículo tiene tres partes. La primera titulada “El perdón desde Hannah Arendt” alude al pensamiento de la autora sobre dicha noción que, si bien, no resulta ampliamente abordado en su obra, sí puede decantarse a partir de su relación con conceptos como reconciliación, promesa, olvido, reconocimiento de la culpa, acciones políticas que involucran a los otros, libertad, pensamiento y comprensión. La segunda parte, “La justicia transicional en Colombia”, hace una breve reseña del conflicto en el país, destacando los ejes que lo ocasionan y los procesos de justicia transicional que se han implementado. La tercera parte, titulada “Las afectaciones del conflicto y la reconciliación” parte de la voz de las mujeres en el video documental *Desde diversas orillas*, advirtiendo los efectos que ha dejado la guerra en ellas. Asimismo, se evidencia cómo las mujeres víctimas manifiestan y expresan su sentido de violencia, perdón y reconciliación desde contextos diferentes en virtud de distintos factores asociados a la cultura, la educación, la experiencia vivida y el tipo de afectación.

- Este artículo es significativo por varias razones: i. Teóricamente tiene como propósito estudiar el perdón, a partir del pensamiento de Hannah Arendt, generando, a su vez, reflexiones y debates al contrastar estas ideas con las interpretaciones de las víctimas de la violencia. En palabras más precisas, pretendemos hacer un contraste entre el pensamiento de la autora y la vivencia de una víctima, estableciendo puntos de encuentro y de disonancia, a fin de generar soluciones respecto a los hechos violentos y avanzar en la vida. ii. Metodológicamente es relevante, ya que se realizó un análisis del concepto perdón en relación con otros conceptos constelares, como promesa, olvido, culpa, libertad, pensamiento y comprensión, desde Arendt y los relatos de mujeres que han vivido la guerra. Esta articulación nos permite insistir en la importancia del perdón dentro del proceso de justicia transicional, ya que constituye la base de la reparación y la reconciliación. iii. Socialmente es pertinente, pues todos los colombianos tenemos un deber de comprender los efectos que la guerra ha dejado en las víctimas, comprendiendo su sentir a partir de la empatía social. El conocimiento logra generar cambios que, con el tiempo, se convierten en acciones de perdón, reconciliación y reparación. Desde la academia, esto es posible a partir de la generación de conocimiento vivo, derivada de la investigación y de la difusión del saber, a través de sus vínculos con la sociedad.

## EL PERDÓN DESDE HANNAH ARENDT

Desde el pensamiento de Arendt, el perdón se entiende como una necesidad derivada de las acciones de interacción de las personas en comunidad; necesidad que posibilita el respeto y la confianza entre los seres humanos como única alternativa para remediar los actos que, en su momento, imposibilitaron avanzar en la vida: “El perdón es una muestra de la convicción arendtiana más profunda, a saber: que es necesario confiar en los seres humanos, confianza sin la cual no sería posible acción alguna” (Madrid, 2008, p. 149). Desde su perspectiva, el perdón es también una capacidad humana que permite a las personas comprender los efectos que causaron en ellos las acciones pasadas, con el propósito de seguir existiendo en un mundo común.

Sin ser perdonados, liberados de las consecuencias de lo que hemos hecho, nuestra capacidad para actuar quedaría, por decirlo así, confinada a un solo acto del que nunca podríamos recobrarlos; seríamos para siempre las víctimas de sus consecuencias, semejantes al aprendiz de brujo que carecía de la fórmula mágica para romper el hechizo (Arendt, 2009, p. 257).

Por eso, Arendt muestra el perdón como la única posibilidad que tienen los seres humanos de remediar sus actos, fundamentado en el respeto a la persona y a su liberación del pasado, propiciando así un nuevo comienzo. El perdón es, además, un llamado al diálogo, la interrelación, la construcción de un mundo común entendido

como fundamento del principio de una vida política, siendo imprescindible ser y sentirse parte del mundo compartido. En palabras más claras, “es a través del perdón que los seres humanos tenemos la posibilidad de hacer explícita nuestra co-responsabilidad respecto a los acontecimientos del mundo y a partir de ello, de hacernos partícipes del acontecer del mundo” (Madrid, 2008, p. 149).

Ahora, para hablar de la reconciliación con el mundo compartido es necesario entender su vínculo con el término comprensión, toda vez la reconciliación exige una aceptación de la realidad del hecho. Como lo explica Vargas:

Reconciliación significa en este contexto en primer lugar la aceptación que, cada sujeto, comunidad o nación hacen de su propia realidad, esto es, de las condiciones históricas, sociales, culturales y geográficas que determinan su existencia. “La aceptación de las cosas tal como son” significa entender que lo ya acaecido en la historia es irrevocable e invariable y que sería un vano esfuerzo de la voluntad pretender cambiarlos o al menos desear que hubieran sido de otro modo (Madrid, 2008, p. 114).

Sin embargo, la aceptación reconciliación no debe ser vista como una mera obediencia a la realidad, sino como una manera de confrontarla: “La reconciliación como forma de la comprensión es un enfrentamiento impremeditado, atento y resistente, con la realidad cual quiera que sea o pudiera haber sido esta” (Vargas, 2008, p. 114). Por esta razón, la reconciliación implica el retorno al pasado, comprendiendo los hechos que marcaron la vida, no con la intención de guardar recuerdos que llevan al resentimiento y la venganza, sino de generar cambios en el futuro, a través de la acción. Al respecto, Vargas dice:

La base para aceptar que pese a todos los sufrimientos y determinaciones siempre está a disposición la posibilidad de actuar, esto es, de iniciar algo nuevo. Gracias a la natalidad entendida como el segundo nacimiento de los seres humanos en la acción, resulta posible la reconciliación con el mundo, pues por su medio las nuevas generaciones pueden renovar las esferas objetiva y política que constituyen el mundo (Vargas, 2008, pp. 114-115).

La acción implica el perdón realizado entre personas que se encuentran en posiciones desiguales: por un lado, quien hace frente al reconocimiento del daño causado y, por otro lado, el otro, quien, a partir del perdón, acepta los hechos, liberándose de las consecuencias del pasado. En efecto:

la reconciliación funge al modo de un proceso de cicatrización, en el que el dolor ha pasado y el sitio de la herida puede palpase sin problema; en efecto, el recuerdo de la experiencia dolorosa o traumática permanece, pero la representación de lo sucedido no logra penetrar la intimidad, ni generar malestar. Por eso, si no hay reconciliación, surge el resentimiento, y permanece la disconformidad con la realidad; pero, como ya se dijo esto no tiene que ver con la abnegación, sino con la comprensión de que el mundo ofrece la posibilidad de un nuevo comienzo (Vargas, 2008, p. 116).

Para Arendt, el perdón y la promesa son posibilidades que resultan de la acción derivada de las relaciones humanas, o lo que es lo mismo, del hecho de que las personas viven en un mundo común, donde sus actos o palabras pueden representar la afirmación de sí y del otro y, como consecuencia, pueden generar nuevos comienzos.

El código deducido de las facultades de perdonar y de prometer, se basa en experiencias que nadie puede tener consigo mismo, sino que, por el contrario, se basan en la presencia de los demás (Arendt, 2009, p. 257).

- O donde los actos y las palabras pueden destruir el mundo compartido debido a su irreversibilidad e imprevisibilidad, pues, una vez hemos dicho o hecho algo, no existe posibilidad de volver el tiempo atrás: La posible redención del predicamento de irreversibilidad –de ser incapaz de deshacer lo hecho, aunque no se supiera, ni pudiera saberse, lo que se estaba haciendo– es la facultad de perdonar. El remedio de la imposibilidad de predecir, de la caótica inseguridad del futuro, se halla en la facultad de hacer y mantener las promesas (Arendt citada en López, 2011a, p. 270).

El recuerdo de los acontecimientos vividos permite al ser humano comprender la necesidad de avanzar desde el pasado hacia el futuro, anhelando una vida cualificada en el interior de la comunidad. En consecuencia, la acción del perdón y la promesa configura un hecho solo si es dado al otro como resultado a las erradas acciones en las relaciones humanas.

Alguien no puede perdonar ni ser perdonado, ni prometer ni esperar que se cumpla una promesa al interior de su propia existencia, porque en la medida en que sus actos fueron presenciados por otros, o cometidos en agravio de alguien más –en el ámbito de la fragilidad de las relaciones humanas– el perdón emana de fuera. Nadie puede perdonarse a sí mismo porque los hechos no le pertenecen absolutamente, y porque si lo hace se sitúa fuera del mundo (López, 2011, p. 276).

En conclusión, el perdón y la promesa construyen la confianza en el mundo y la humanidad, dada como una muestra de respeto que invita a los seres humanos a perseguir un bien absoluto.

Ahora, existen situaciones radicalmente crueles en donde es posible no recibir el perdón de quien cometió una mala conducta o, incluso, la de no ser perdonado por quien se le ha causado un daño. En este caso, se plantea el olvido como una opción personal donde es necesario una la decisión sobre qué acciones se tomarán para que este ocurra. Sin embargo, cualquiera que sea la estrategia, siempre será algo temporal. Respecto al olvido, Arendt plantea que:

Se almacenará en la forma de la conciencia o donde sea que ésta se encuentre, pero en lo venidero, una simple palabra, un guiño o la presencia de algo se vuelven suficientes para actualizar nuestro recuerdo y, con ello,

se actualizará la forma de la falta. El olvido no es la solución –ni es eficaz– (Benítez, 2020, p. 99).

El perdón no genera el olvido; la acción del perdón solo da la fuerza y la confianza necesaria para seguir actuando y manteniendo las relaciones humanas como parte del resultado en la resolución de un conflicto. De ser posible el olvido, solo serviría para evitar que los culpables se hagan responsables de sus faltas cometidas en la vida privada y pública. Contrario al olvido, que parece solo desvanecer las responsabilidades, está el recuerdo que no solo persigue al culpable, sino que también impulsa a la acción de perdón para dejar atrás momentos que impiden avanzar en la existencia.

Además de las categorías aludidas, Arendt plantea el mal para entender el perdón, el cual es visto desde dos puntos de vista: el primero, es el “mal radical” y, el segundo, el “mal banal”. Ante el primero, Arendt enfatiza en que este alude al poder de actuar con voluntariedad y deseo de causar daño. Para la pensadora judeo-alemana, cuando existe esta voluntad de generar sufrimiento en los otros, los hechos son imperdonables:

El mal radical queda perfilado como el que pretende lograr demostrar que los seres humanos son superfluos, desde un punto de vista subjetivo, del agente, es un «mal voluntariamente deseado». Este mal, según Arendt, nos desposee de todo poder y, por ello, también del poder de perdonar: es imperdonable. Para perdonar haría falta encontrar que el otro no sabe lo que hace. Cuando el criminal sabe lo que hace esto convierte sus crímenes en algo imperdonable y también incastigable, irreversible, irreparable, pues los remedios de la acción nada podrán hacer ante ellos (Ballesteros, 2019, p. 114).

La autora considera que el mal radical se antepone a lo humano, puesto que se trata de un mal aparentemente inexplicable, que radica en acciones humanas incomprensibles, terribles e inútiles. Con relación al mal banal, la filósofa manifiesta que es aquél cometido por individuos que han dejado de pensar y de reflexionar, y que este es tan imperdonable como el mal radical, toda vez que el pensamiento es la condición para el reconocimiento de la culpa, sin el cual no se puede dar el perdón.

El reconocimiento de la culpa, para Arendt, sería necesario para perdonar y este reconocimiento necesita del previo pensamiento, del diálogo con el yo. Para ser perdonado, según Arendt, es necesario que uno sepa lo que ha hecho, pues sin este conocimiento no puede reconocerse culpable, de modo que «el mayor mal que puede perpetrarse es el cometido por nadie, es decir, por seres humanos que se niegan a ser personas». Esos malhechores que se niegan a pensar por sí mismos y a arrepentirse «no han logrado constituirse en personas», se empecinan en «ser nadie». En síntesis, cabe decir que la razón para no perdonar el mal banal es diametralmente opuesta a la señalada en la condición humana: para ser perdonado no es necesario

ya no saber lo que uno hace, sino saberlo y reconocer la culpa (Ballesteros, 2019, p. 119).

Así que el mal banal y el mal radical pueden darse de manera conjunta: el primero, emana del sujeto que lo comete y, el segundo, del hecho cometido; ambos desposeen del poder de perdonar. Para Arendt, el perdón es, pues, es una acción que solo se puede dar en un mundo común en el que resulta imprescindible sentirse parte de este. Ser partícipes e involucrarse en sus problemas permite influir de manera positiva en el futuro de las otras personas. Ese reconocimiento de la persona y de la relación con ellas crea el espacio común y el ámbito político en el que tiene lugar los acontecimientos humanos, siendo el perdón el correctivo de las acciones.

Arendt hace alusión a un tipo de perdón totalmente político, que se distancia del perdón espiritual. Esto nos da luces del porqué se habla de un perdón que se presenta particularmente en una esfera pública, en la que las relaciones y la pluralidad son la base, con esto Arendt no pretende afirmar que el perdón como tal, el espiritual no se pueda dar en el ámbito privado. Solo que comprendiendo la esfera pública y sus aspectos políticos comprendemos porque el perdón político es importante en el campo de la pluralidad y el espacio público (Giraldo, 2017, p. 34).

Al vivir en comunidad existe siempre la posibilidad de presentarse circunstancias o consecuencias inesperadas frente a nuestros actos. Esto hace que nos veamos en la necesidad de remediarlos para continuar nuestra vida común de acuerdo con las expectativas comunes. Por esto, se hace necesario la acción del perdón como requisito para continuar con esas acciones políticas que involucran a los otros; es fundamental darnos cuenta de que tenemos la aceptación de los demás frente a la acción del perdón y así liberarnos del error del pasado para tener un nuevo comienzo, un renacer.

En este sentido, Arendt establece que actuar libremente configura la respuesta humana a la condición de la natalidad, hecho que da lugar a la pluralidad de la humanidad y que, a su vez, es el fundamento de la política y el factor que produce la esperanza en la misma con la llegada al mundo de nuevos seres humanos.

Un acontecimiento que pueda ser útil como rasgo definitorio del hombre, sobre todo para su dimensión práctica, sería el nacimiento. Aquí se concreta el comienzo o inicio que todo hombre es en sí mismo, dada su capacidad para iniciar acontecimientos nuevos, imprevisibles e inesperados, en la medida en que interrumpen un proceso automático. Es decir, con cada nacimiento, aparece alguien único, de ahí que los hombres deberían ser definidos no como mortales, a la manera de los griegos, sino como natales (Ramírez, 2009, p. 261).

Para la autora, la libertad es el atributo político más sobresaliente de la natalidad, la cual solo puede llevarse a cabo en presencia de otros hombres, porque surge de la pluralidad humana de compartir actos y de hablar juntos.

Sin la esfera pública, la identidad y la realidad devienen inciertas: los hombres no pueden actuar en soledad, necesitan la presencia de los otros como si de una audiencia se tratase, de tal forma que la acción es inconcebible como algo ajeno al ámbito de la pluralidad (Ramírez, 2009, p. 266).

Estos actos van encaminados al deseo de procurar el bienestar propio y del otro. Sin embargo, estos actos humanos son perecederos y frágiles, lo que hace necesario la conservación del mundo común. Por tal razón, para Arendt, la libertad tiene un carácter vinculante que se concreta en la oportunidad y capacidad de actuar: “Los hombres son libres, es decir, algo más que meros poseedores del don de la libertad, mientras actúan; ni antes ni después, porque ser libre y actuar son la misma cosa” (Ramírez, 2009, p. 271). No obstante, dentro del ejercicio de la libertad se presentan actos susceptibles de perdón donde siempre habrá alguien que se sienta ofendido y reclame el castigo, optando por no tener en cuenta la ofensa en el futuro.

Así las cosas, el pensamiento es indispensable en todo caso y circunstancia donde se presenten las actuaciones que constituyen la palabra y la acción en las relaciones humanas. Este debe ser el resultado de una reflexión previa que permita preguntar, actuar y en algunas ocasiones juzgar.

Nuestra capacidad de pensar no está en juego; somos lo que los hombres han sido siempre: seres pensantes. Con esto entiendo, simplemente, que los hombres tienen una inclinación, una necesidad quizá, de pensar más allá de los límites del saber, de ejercer esta capacidad para algo más que ser un mero instrumento para hacer y conocer (Comesaña y Cure, 2006, p. 17).

Para Arendt, la función principal del pensamiento es la de búsqueda de sentido y significado, su aspiración es la comprensión del significado o el otorgamiento de sentido en los actos del trabajar, hacer y hablar.

(...) la verdad se sitúa en la evidencia de los sentidos. Pero no ocurre ni mucho menos lo mismo con el significado y con la facultad de pensamiento que se dedica a buscarlo; ésta última no pregunta por lo que algo sea o si existe en absoluto -su existencia siempre se da por supuesta- sino qué significa el que ella exista (Comesaña y Cure, 2006, p. 17).

En este sentido es importante destacar que el pensar no puede separarse de la facultad de juzgar y de la comprensión, entendiendo esta última como:

Un complicado proceso que nunca produce resultados inequívocos. Es una actividad sin fin, siempre diversa y mutable, por la que aceptamos la realidad, nos reconciamos con ella, es decir, tratamos de sentirnos en armonía con el mundo. (...) La comprensión no tiene fin y por lo tanto no puede producir resultados definitivos; es el modo específicamente humano de vivir, ya que cada persona necesita reconciliarse con el mundo en que ha nacido como extranjero y en cuyo seno permanece siempre extraño a causa de su irreductible unicidad. La comprensión comienza con el nacimiento y finaliza con la muerte (Comesaña y Cure, 2006, p. 17).

El resultado de la comprensión es la reconciliación con aquello que hemos vivido; aceptar que no pudo ser de otro modo, sin que ello implique el perdón. El perdón es la transformación personal frente a un hecho que pudo ser doloroso y cruel, y que permite en algunos casos la acción del perdón con el fin de rehabilitar las relaciones humanas. La filosofía política de Arendt está dada en la cuestión de los seres singulares que ella designa con los términos *quién* y *alguien*. Ella no tiene una definición del hombre, ni busca cuál es la diferencia entre este y el animal o cual es el lugar que le corresponde al hombre entre los seres. En su obra *La condición humana*, la pensadora habla sobre cuál es la diferenciación interna de la condición humana, aduciendo lo siguiente: “Me limito, por un lado, al análisis de esas generales capacidades humanas que surgen de la condición del hombre y que son permanentes, es decir, que irremediamente no pueden perderse mientras no sea cambiada la condición humana” (Porcel, 2018, p. 130).

La explicación de Arendt sobre el *qué* y el *quién* es la siguiente: “En el momento en que queremos decir *quién* es *alguien*, nuestro mismo vocabulario nos induce a decir *qué* es ese *alguien*; quedamos enredados en una descripción de cualidades que necesariamente ese *alguien* comparte con otros como *él*” (Porcel, 2018, p. 6). Lo anterior indica que el *quién* está ligado al protagonismo en la esfera pública, en cambio, el *qué* se refiere a las cualidades, al rol o la función reconocida por los demás. Los seres humanos somos una estructura formada a través de lo biológico y lo cultural, bajo la experiencia social a la cual pertenecemos en los ámbitos de la educación, la posición económica y geografía y las creencias e influencias en las que crecemos y nos formamos a través del tiempo. Y es a partir del conocimiento que adquirimos, de toda esta influencia en el transcurso de la vida, cómo encontrar la manera de percibir la realidad.

Sin embargo, cuando aparecen acciones que surgen desde la fuerza, la tragedia, los ataques, la violencia, el desplazamiento, que tienen efectos en la existencia humana, la experiencia no suele ser narrada desde la herencia cultural sino desde el sentir del sujeto de acuerdo con su propio padecimiento y sufrimiento. Y es aquí donde la acción del perdón es concebida arendtíamente como una pluralidad humana. Si bien es cierto desde el contexto de la acción es algo que ofrecemos al otro que se libera del pasado y mejora las expectativas del futuro, el resultado sobre el sentir de la persona es totalmente subjetivo.

El perdón, al igual que la acción, tiene como condición de posibilidad a la pluralidad humana. La pluralidad humana, concebida en términos arendtianos, no remite a una determinada cantidad de personas, es decir, que no puede ser definida en términos cuantitativos. Por el contrario, con el concepto de “pluralidad humana”, Arendt pretende dar cuenta de la “diversidad humana” que caracteriza la Condición humana, esto es, pretende dar cuenta del hecho de que todos los seres humanos son diferentes entre sí, que cada uno es un ser singular, único e irrepetible y que, al mismo tiempo, todos son iguales, es decir, seres humanos. Y, en segundo

lugar, significa que el perdón no solo acontece al interior de la esfera de los asuntos humanos, sino que es originado por éstos. Ciertamente, el carácter irreversible del actuar humano que se deriva, de una u otra manera, de la pluralidad humana, y las consecuencias impredecibles que este trae consigo, hacen patente, al parecer de nuestra pensadora, la necesidad del perdón. El perdón se presenta entonces como algo necesario, ya que, a causa de la naturaleza del actuar humano y parafraseando la famosa frase del Evangelio: “no se sabía, ni se podía saber, lo que se estaba haciendo” (Vásquez y López, 2018, p. 71-72).

En conclusión, en Arendt, el perdón encuentra su límite de acción en el mal absoluto, contrario a Jacques Derrida, para quien el perdón se da solo en aquellos casos que se consideran imperdonables.

Arendt sostiene que el perdón se ve limitado ante el mal absoluto debido a que únicamente tiene injerencia en el marco de la acción humana, mientras que el mal totalitario, precisamente, tiene como una de sus notas distintivas la anulación de la posibilidad de la acción (Wagon, 2015, p. 76).

Sin embargo, para Derrida, el perdón no debe ser condicionado por ningún aspecto: es un acto que debe ser dado entre dos de una manera algo secreta que implica perdonar aquel ser quien se fue al momento de causar el mal, independientemente si esa persona ya es diferente o ha cambiado para bien en el presente. Derrida sostiene “el perdón condicional ya no perdonaría al culpable sino a una versión diferente y mejorada del mismo”. (Wagon, 2015, p.73)

Según Arendt, la acción del perdón tiene como propósito iniciar un nuevo comienzo, dejando atrás el pasado para seguir manteniendo la vida común. Y es ahí donde el perdón puede darse con tal de mantener los constantes cambios ante las relaciones humanas: Sin embargo, ante el mal absoluto no, toda vez que el mismo tiende a la anulación de la acción en el ser humano.

La teoría arendtiana de la acción se ve limitada en lo que respecta al mal absoluto en tanto le es imposible acceder a su ámbito de existencia y, en consecuencia, carece de la capacidad de transformarlo, de ponerle un fin. En el mundo en el que piensa Arendt el mal absoluto no debería haber ocurrido y sus perpetradores no deberían haber nacido. Pero, a su vez, ese mal ocurrió y sus perpetradores nacieron y se formaron hasta ser capaces de idearlo y llevarlo a cabo. (Wagon, 2015, p.78)

Para Derrida, el perdón absoluto y verdadero es aquel conferido a la persona que no ha cambiado ni está arrepentido frente al mal cometido, porque el perdón trata de un proceso y una vivencia personal e interna de la víctima. Para Arendt, el perdón es una relación estrecha entre víctima y victimario toda vez que el actuar del transgresor al cometer el acto es una acción tenida en cuenta por la víctima para otorgar el perdón.

En Arendt, además, el perdón funciona como el borrador del pasado para que emerjan o nazcan nuevas expectativas y realidades en la vida de las personas que han sufrido algún agravio; es un acto voluntario que da paso también a la reconciliación: “Arendt hace del perdón la circunstancia de posibilidad del futuro, es cierto, pero también remedio de la acción humana, condenada como está a no prever todas las consecuencias desprendidas de ella” (Giacomo, 2016, p. 151). Sin embargo, es importante tener claro que la promesa después del perdón es indispensable para que el nacimiento posterior al hecho que causó daño se produzca, toda vez que los seres humanos constantemente estamos cometiendo errores que afectan a los demás, y la promesa de no volver a cometer lo cometido es crucial para que se dé la confianza y la seguridad de la acción del perdón: “Dañar al otro parece así un evento inevitable de las consecuencias desconocidas de los actos. De allí que basta con vivir para lesionar, con existir para afligir, con ser para pecar (Giacomo, 2016, p.152)”

## LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA

Colombia es un país azotado por la violencia durante más de 50 años, donde diferentes actores han sido generadores de las causas que ha dado lugar al conflicto interno colombiano. Inicialmente en los años sesenta y setenta surgen los grupos (Fuerzas armadas revolucionarias de Colombia - FARC y el Ejército de Liberación Nacional - ELN) quienes en ese momento le exigían al Estado una participación democrática, donde se acabara la desigualdad social, promocionando una alternativa armada para el pueblo colombiano. Sin embargo, en la década de los ochenta, el contexto de la realidad colombiana cambia, así como la concepción inicial de estos grupos armados, debido al narcotráfico. A su vez, se da el surgimiento de los grupos paramilitares haciendo que la población civil se convirtiera en víctima del conflicto, debido a la violación de sus derechos humanos.

La guerra generalizada entre ejército, guerrilla y paramilitares en Colombia se desarrolla en medio de complejos y peculiares procesos de poblamiento y de repoblamiento del campo colombiano, de la expansión de actividades productivas marginales e ilícitas pero inscritas en la lógica de un mercado mundial con una gran demanda, así como de la ampliación de la pobreza en zonas en donde abundan los recursos y circula el capital. A esto se agrega la incidencia de la crisis política en el conflicto armado y el entorno propio que crea una guerra irregular y su derivado inmediato: la guerra sucia. Todos estos factores adquieren un valor real en el momento de una posible caracterización del conflicto armado y del fenómeno del terrorismo en el país, no sólo desde el punto de vista teórico sino, también, desde el punto de vista histórico (Riaza, 1998, p. 79).

El Estado colombiano a través de los años ha tenido gran responsabilidad en el surgimiento del conflicto armado en el territorio, toda vez que la presencia del Estado y su institucionalidad ha sido deficiente en una gran parte del territorio colombiano.

Esto ha permitido que los grupos armados al margen de la ley, no solo puedan, sino que también, se crean con el derecho de intervenir de manera abrupta en las poblaciones donde la presencia del Estado no existe o es ineficiente. En la actualidad, esto sigue pasando en gran parte del territorio, sobre todo en zonas estratégicas donde se desarrolla toda la cadena del narcotráfico, las fallidas negociaciones debido a la fluctuación que generan los gobiernos de turno solo han hecho del conflicto un instrumento de campañas presidenciales que no permiten en gran parte el desarrollo ni la continuidad de varios compromisos adquiridos por anteriores gobiernos para mitigar consecuencias de la guerra en el país.

Las últimas administraciones desde comienzos del siglo XXI, entre Andrés Pastrana Arango (1998-2002), Álvaro Uribe Vélez (2002-2010) y Juan Manuel Santos Calderón (2010-2018), construyeron metodologías y tratamientos divergentes a la hora de enfrentar el conflicto. No obstante, las tres sirvieron para dar cierta concordancia a las rimas de la historia colombiana. Por una parte, con Pastrana, aunque su fracaso en las negociaciones del Caguán marcó el legado político de la última administración conservadora hasta el momento, su mandato imprimió el punto de inflexión en la profesionalización de las Fuerzas Militares con el Plan Colombia y estrechó aún más las relaciones entre Bogotá y Washington en materia de lucha contra el narcotráfico. Por otra, el gobierno de Uribe Vélez tejió la internacionalización voluntaria del conflicto armado en sintonía con la lucha contra el terrorismo. Puso de manifiesto la negociación con los paramilitares y ubicó en el centro de gravedad las condiciones de seguridad como motores del desarrollo bajo la Política de Seguridad Democrática alimentada por su antecesor en los éxitos operacionales y estratégicos. Finalmente, Juan Manuel Santos, un exministro de Hacienda y de Defensa de las dos administraciones anteriores respectivamente, que trazó en su gobierno una metodología de negociación con las FARC que tuvo lugar en La Habana Cuba y que resultó con el mejor de los acuerdos posibles para terminar uno de los conflictos más largos del hemisferio (González, 2017, p. 329).

Como consecuencia esto ha quebrantado la confianza en los últimos acuerdos realizados entre el gobierno y los grupos armados al margen de la ley no solo de los actores de conflicto y las víctimas, sino también de la gran mayoría de la población en el país.

Ahora, con el tiempo se ha podido identificar cuáles son los ejes del conflicto armado en Colombia; la tierra es el principal móvil de guerra en este país, por eso, a través de los años se puede ver cómo la falta de igualdad en su distribución y el acceso se convierte en el generador más importante de violencia. Sumado a esto la ausencia de garantías de los partidos de la oposición política en Colombia ha generado el irrespeto pleno frente a su derecho de la participación ciudadana; a pesar de que Colombia es un país democrático, no ha podido garantizarles la posibilidad real,

igual y legal de la participación en las decisiones colectivas del país. El narcotráfico como eje del conflicto, si bien es cierto, no ha estado transversalizado en toda la historia de nuestro país, como sí lo ha estado la disputa por la tierra y el conflicto agrario, se puede decir que sí ha sido, el que mayor impacto ha causado debido a tres razones: la primera, por la capacidad de financiar a los actores armados; la segunda, porque fueron capaces de crear actores armados en contra, no solo de las guerrillas sino del mismo Estado; y, la tercera, porque generaron un cambio cultural en el país.

Por otro lado, está la presión internacional para Colombia en la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo que terminaron generando más conflicto; debido a que, en aras de demostrar resultados a la presión, se tomaron decisiones internas, con repercusiones poco favorables para la sociedad. Y sin duda la falta de presencia del Estado en todo el territorio nacional ha sido a través de la historia otro de los detonantes del conflicto en el país.

El conflicto armado ha sido parte integrante del diario vivir de la mayoría de la población, especialmente la de zonas rurales, es decir, la guerra ha pasado a ser otro componente de la identidad colombiana, gran parte de la migración interna, la cuestión agraria, las actuales dinámicas del narcotráfico, el desarrollo y abandono de grandes regiones, la elección de gobiernos locales y nacionales, las crisis fronterizas, las relaciones diplomáticas y la asignación del gasto presupuestal, han sido determinados por la guerra (Rosero, 2008, p. 82).

Debido a la imposibilidad de terminar con el conflicto armado a través de los mecanismos judiciales, constitucionales y jurídicos Colombia ha dado inicio a procesos de justicia transicional con el fin de terminar con las constantes violaciones a los derechos humanos causadas por la guerra interna en el país.

El proceso de incorporación de la justicia transicional en Colombia puede analizarse desde tres momentos muy marcados el primero, de la esquizofrenia a la razón, se refiere a la convulsa relación entre paramilitares y algunos sectores del establecimiento político y militar, lo que generó un estado esquizofrénico que quiso recuperar la razón con la adopción de normas de justicia transicional a partir de la Ley de Justicia y Paz; el segundo momento corresponde al reconocimiento de la existencia del conflicto armado interno por parte del legislador colombiano con la Ley 1448 de 2011, lo cual, a su vez, implicó una resignificación del rol de las víctimas; y el tercer momento se refiere a la constitucionalización de la justicia transicional con el Marco Jurídico para la Paz, en el que se eleva a categoría constitucional la utilización de criterios de priorización y selección como estrategia de juzgamiento y se introducen mecanismos extrajudiciales que pretenden satisfacer los estándares internacionales (Delgado, 2015, p. 72).

El establecimiento de la justicia transicional se debe dar a partir de dos mecanismos importantes para su implementación, uno político y otro normativo. La

transición que resulta en la aplicación de ambos mecanismos donde en el primero se pasa de un Estado de conflicto a un Estado de posconflicto, y, en el segundo, donde la normatividad debe adecuarse para el cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos en materia de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Todo esto como resultado de la negociación entre el Estado y los grupos armados al margen de la ley.

La justicia transicional, pretende buscar medidas de responsabilidad tendientes a resarcir la justicia, difundir la verdad, enjuiciar a los responsables y reformar las instituciones. Es así como la justicia transicional se convierte en una herramienta para engendrar conexión entre la justicia y la paz, para generar igualdad entre víctimas y victimarios, formando escenarios de resarcimiento y reconciliación social.

De este modo, la justicia transicional se refiere a una problemática antigua y de gran envergadura, tendiente a establecer lo que una sociedad está en el deber de hacer frente a un legado de crímenes de lesa humanidad cuando se termina un régimen autoritario, tirano y que vulnera derechos fundamentales (Jiménez, Torregoza y Manrique, 2015, p. 89).

En el caso de Colombia, la aplicabilidad de justicia transicional no ha superado en su totalidad los factores generadores de violencia, ni ha logrado dismantelar totalmente las estructuras de los grupos armados al margen de la ley, ni terminar con las violaciones a los derechos humanos.

La justicia transicional en el caso colombiano se presenta más como una figura de emergencia, que, de transición, pues en nuestro país no hay aún transición como tal de la guerra a la paz, dado que aún no termina el conflicto armado, y la justicia transicional se refiere a las labores que un Estado debe implementar cuando llega al posconflicto. Lo que la justicia transicional hace es descubrirnos caminos de cómo lograr esas soluciones definitivas (Jiménez, Torregoza y Manrique, 2015, p. 95).

Sin embargo, en Colombia en aras de resarcir los derechos de las víctimas se establecen los mecanismos de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición que surgen como soluciones integrales a través de la implementación de la justicia transicional.

La verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, dentro del proceso de justicia transicional en Colombia están dados de manera integral; es decir, están interconectados a través de relaciones de condicionalidad y de incentivos con el fin de lograr la mayor satisfacción de los derechos de la víctimas, asegurando la rendición de cuentas de lo ocurrido, garantizando la seguridad jurídica, la convivencia, la reconciliación, la no repetición del conflicto y la transición del conflicto a la paz.

La justicia transicional no puede traer sanciones similares a la justicia ordinaria, toda vez, que tiene por necesidad poner fin al conflicto armado y es en este sentido, que la noción de justicia que se maneja en la ordinaria

varia a la de transicional por tanto que aplican lo que inicialmente se llamó en este acápite como Justicia Retributiva, que contrario sensu con la Prospectiva, centra la justicia en las víctimas, la cual deja entre visto que la justicia retributiva no es el único camino para hablar de justicia transicional, además que al entrar analizar no es la únicamente de reparar daños cometidos por el infractor de la ley penal, que en el caso presente se quiere es la búsqueda de la verdad, la reparación integral a las víctimas y garantías de no repetición que en últimas es la esencia que dio vida a la jurisdicción especial para la paz y la superación del conflicto armado (Puello, 2019, p. 48).

Los mecanismos de reparación a las víctimas dentro de la justicia transicional conllevan dejar atrás la visibilización de las víctimas como individuos olvidados y abandonados para ser reconocidos por el gobierno y el Estado como personas a quienes se les debe crear estrategias que le devuelvan sus derechos y se les reparen los crímenes ocasionados en su contra. Así las víctimas cuentan con derechos iguales al resto de la ciudadanía, pero con derechos especiales de justicia por su condición.

El derecho a la verdad de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y crímenes está ampliamente protegido por el Derecho Internacional. El derecho a la verdad implica conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas, quiénes participaron en ellos y cuáles fueron sus motivaciones. En los casos de desaparición forzada, ejecuciones secretas y sepulturas clandestinas. El derecho a la verdad tiene también una dimensión especial: conocer la suerte y el paradero de la víctima. Asimismo, el derecho a la verdad tiene una dimensión colectiva toda vez que la sociedad como tal tiene también derecho a conocer la verdad acerca de las graves violaciones de derechos humanos en el país. La verdad en el marco de los procesos de justicia transicional se constituye en uno de los pilares en términos de una adecuada transición hacia la normalización de la vida social, económica y política de una nación y está dada a través de la denominada verdad real y verdad procesal.

El reconocimiento y la materialización del derecho a la verdad ocupa el primer puesto en el grado de importancia para el reconocimiento de los derechos de las víctimas, así como la necesidad de documentar los hechos violentos en la vida de una nación. La palabra verdad tiene varios contextos. El primero que se desarrolla es el que se denomina verdad real, la cual ha sido ligada al concepto de memoria, puesto que se ha entendido como Recordar y reivindicar la dignidad de las víctimas; de diseñar programas de reparación; de promover la justicia; de fortalecer el Estado de derecho y la futura protección de los derechos humanos, así como de tender puentes para la reconciliación entre diversos sectores históricamente antagónicos. Otra modalidad es la que se denomina como verdad procesal o judicial, entendida como aquella que, [...] busca y encuentra un juez en un procedimiento en que se enfrentan dos discursos contradictorios (o verdades rivales): a) la

del reclamante y, b) la del demandado. El primero afirma que el derecho lo autoriza a recibir del segundo un pago: dar, hacer, no hacer; mientras que el segundo se resiste, sosteniendo un argumento contrario: niega los hechos, el derecho, o la procedencia del mismo (Ruiz y García, 2019, p. 42).

El Derecho Internacional impone la obligación a los Estados de investigar las graves violaciones de derechos humanos, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra, así como de juzgar y sancionar a los autores y demás partícipes de estos crímenes por tribunales de la jurisdicción ordinaria. Los enjuiciamientos en los procesos de justicia transicional se constituyen en uno de los aspectos más relevantes al momento de desarrollar este tipo de políticas. Teniendo en cuenta que los Estados no pueden obviar el cumplir con sus deberes de enjuiciar, investigar y si es del caso sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos, en aras de satisfacer el derecho a la justicia de las víctimas. La justicia transicional a su vez abre la posibilidad a quienes han cometido crímenes, a someterse a la terminación del conflicto bajo condiciones favorables, consistentes en reducciones penales o amnistías e indultos.

Desde la perspectiva de los enjuiciamientos en el marco de la negociación de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - FARC EP, se formuló como modelo dentro de la justicia transicional la Jurisdicción Especial para la Paz (desde ahora JEP), la cual hace parte del componente judicial del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición acordado. La JEP está diseñada para administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, para lo cual contará con una serie de salas de justicia, entre las que se incluye una Sala de Amnistía e Indulto, y un Tribunal para la Paz, que se ocuparán exclusivamente y de manera transitoria de las conductas relacionadas directa e indirectamente con el conflicto armado, lo que implica la no sustitución de la jurisdicción ordinaria. Para ello se prevén medidas punitivas especiales, penas reducidas y sanciones alternativas para los hechos relacionados con ocasión del conflicto, así como conceder amnistías por delitos políticos y conexos (Trujillo, 2018, p. 18).

Es un principio general del Derecho Internacional que toda violación a una obligación internacional entraña el deber de proveer reparación. Esta obligación está consagrada en los tratados e instrumentos internacionales. Para el Derecho Internacional el otorgamiento de reparación a las víctimas no exonera al Estado de cumplir con sus obligaciones de investigar, juzgar y castigar, en un proceso de justicia transicional la reparación debe ser integral. Esto significa que se deben reparar todos los daños causados con la violación de derechos humanos o el crimen bajo el derecho internacional cometido, esto es, tanto el daño material como el moral. La reparación debe ser adecuada y proporcional, justa y pronta, y puede ser individual o colectiva, según la naturaleza del derecho violado y del conjunto humano afectado. Las

modalidades de reparación son diversas y abarcan: la restitución, la indemnización, la rehabilitación y la satisfacción, y están encaminadas al reconocimiento de las víctimas, primero como individuos, titulares de derechos y luego como ciudadanos.

La reparación desde el punto de vista político implica entenderla no en términos de compensación proporcional al daño -que sería en la mayoría de los casos imposible- sino como una contribución factible a la calidad de vida de los sobrevivientes, atendiendo al contexto propio del proceso transicional y con una perspectiva orientada hacia el futuro. Se cambia la forma tradicional de reparar, del enfoque judicial caso por caso hacia un enfoque político, que implica el diseño de programas administrativos de reparación masiva como parte de una política pública que tenga en cuenta los factores externos que propiciaron la vulneración de los derechos, las necesidades de las víctimas y de la sociedad en general, pero también las limitaciones y los recursos disponibles. En tal sentido, se amplían los objetivos orientadores de la reparación desde la esfera estrictamente personal del afectado y se concibe como herramienta que puede impactar positivamente al conjunto de la sociedad (Sanabria, 2017, p. 149).

La obligación del Estado de proveer garantías de no repetición por graves violaciones de derechos humanos y crímenes bajo el Derecho Internacional está directamente vinculada con la obligación de adecuar su aparato estatal, su legislación y sus prácticas para garantizar el pleno y efectivo goce de los derechos humanos y el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Las garantías de no repetición son la herramienta que tiene por función evitar que los hechos que dieron lugar a una violación de los derechos humanos no vuelvan a suceder, pero la aplicación de estas medidas es de carácter temporal, por ser propias de la justicia transicional, lo cual es problemático debido a que de no ser alcanzada la reconstrucción de la sociedad en posconflicto y no conseguir efectivamente garantizar la protección de los derechos humanos de las víctimas, el conflicto volverá a iniciar (Morales y Torres, 2015, p. 271).

Las garantías de no repetición deben ser permanentes y deben ser incluidas dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, para así conseguir restaurar las instituciones democráticas y la confianza en el Estado, lo cual es un presupuesto básico para un proceso de justicia transicional eficaz y legítimo. Son las encargadas de construir los lazos de reconciliación, evitar el surgimiento de nuevos actores armados y conseguir legitimar nuevamente el Estado social de derecho, las instituciones y la democracia, lo que a su vez es una obligación del Estado.

## **LAS AFECTACIONES DEL CONFLICTO Y LA RECONCILIACIÓN**

Las afectaciones que el conflicto armado ha dejado en las memorias de las víctimas de la violencia son inmedibles. Ellas manifiestan su sentido de la violencia desde contextos diferentes en virtud de factores como la cultura, la educación, la experiencia vivida y el tipo de afectación. Sin embargo, existen muchas investigaciones que han sido realizadas desde la academia y la institucionalidad que hoy nos permiten tener una visualización de las afectaciones generadas en algunos grupos poblacionales, como es el caso de los relatos recogidos dentro del video *Desde diversas orillas*. Aquí un grupo de mujeres habla del perdón, de la reconciliación, de la reparación y de las afectaciones del conflicto desde su condición de víctima, victimaria, activista o como mujeres que hacen parte de la institucionalidad. En este capítulo recogeremos algunos de esos testimonios donde ellas hablan del perdón. Adicionalmente, integraremos estas voces con el concepto de perdón en Arendt, tal como se expuso en el primer acápite de este texto.

En Colombia el conflicto armado se ha dado en medio de la lesión sistemática de los derechos y los bienes jurídicamente protegidos a la sociedad civil. Esto, a través de la materialización de delitos de lesa humanidad como la desaparición y el desplazamiento forzado, las masacres perpetradas, la violencia sexual y hasta afectaciones y restricciones de las libertades elementales, como la libertad de pensamiento, de expresión, de circulación, afectándose, a su vez, derechos como la educación, la salud y la propiedad. La transformación de todo el daño causado es dada a partir de cada uno de los mecanismos que, desde la institucionalidad, se crean, como en el caso de la reparación económica y las garantías de no repetición. Sin embargo, queda una gran carga en manos de las víctimas, tal como acontece con el perdón que, según Arendt, debe ser visto como la necesidad que posibilita el respeto y la confianza entre los seres humanos; única alternativa para remediar los actos que, en su momento, imposibilitaron avanzar en la vida.

En otras palabras, así lo expresa una mujer desmovilizada de la antigua insurgencia activista de Paz mujeres PAZíficas en el video *Desde diversas orillas*:

Cuando uno no perdona realmente, esta también dándole poder a otra para que siga haciéndole daño a su vida, entonces yo creo también que perdonar y reconciliarse es un acto de empoderamiento en decir pasó lo que pasó y hasta aquí llegó el daño que va a hacer en mi vida. Usted me ha hecho una herida profunda que no se me va a sanar tal vez, pero usted y yo podemos seguir en un mismo país. Entonces creo que no va a ser mi amigo, no me voy a tomar capuchino con usted no voy a vivir con usted, pero usted y yo podemos vivir, coexistir, podemos respirar el mismo aire y no pasa nada (*Desde diversas orillas*, 2012, min 25:55).

Teniendo en cuenta que en Colombia el conflicto armado no se ha podido dimensionar en su verdadera magnitud debido al inicio tardío de la recolección y el

procesamiento de la información y a la falta de voluntad política para reconocer la problemática y afrontarla, captar y registrar la información ha sido en parte posible gracias a los relatos de las víctimas en donde se puede ver y sentir la necesidad de la acción del perdón. En sus narrativas va inmersa esta necesidad, tal como puede leerse en lo dicho por una mujer desmovilizada de la antigua insurgencia y activista de “Paz mujeres PAZíficas.

La vida cotidiana de la gente es degradada, es adolorida, es sufrida por culpa de este conflicto y no vale la pena, ninguna causa vale la pena, el sufrimiento de las mujeres rogando siquiera pa que es entreguen los huesos, ya no rogamos ni siquiera pa que nos dejen criar, ni pa ver crecer los hijos, es pa que no los entreguen, pa que nos digan en qué fosa común quedaron. Entonces yo siento que es terrible lo que ha pasado aquí en este país, y es una herida que eso le pasarán generaciones para que nosotros logremos sanarla y construir nuevos pactos y nuevas humanidades (*Desde diversas orillas*, 2012, min 15:03).

El perdón es esa necesidad que Arendt muestra como la única posibilidad que tienen los seres humanos de remediar sus actos, fundamentado en el respeto a la persona y a su liberación del pasado, propiciando así un nuevo comienzo. El perdón es, además, un llamado al diálogo, la interrelación, la construcción de un mundo común entendido como fundamento del principio de una vida política, siendo imprescindible ser y sentirse parte del mundo compartido.

Para que se lleve a cabo la acción del perdón es importante la comprensión del hecho ocurrido, pues es en ese entendimiento en el que se logra dar aceptación de la realidad que como resultado lleva a la reconciliación. Por esta razón, la reconciliación implica el retorno al pasado, comprendiendo los hechos que marcaron la vida, no con la intención de guardar recuerdos que llevan al resentimiento y la venganza, sino de generar cambios en el futuro, a través de la acción.

Tomar conciencia de las condiciones que determinaron los hechos y de las personas que hicieron parte de ellos sin falsas convicciones o autoengaños, permite que surja la reconciliación dándose así la reivindicación del sujeto con el mundo, surgiendo de esta manera una restauración mínima que cada quien debe tener con los otros para convivir. La reconciliación en Colombia debe ser dada desde una toma de conciencia no solo de la víctima y el victimario, sino desde la institucionalidad con todos sus errores, pues es indispensable que el Estado asuma y se haga responsable para brindar las garantías necesarias en un trabajo conjunto que se debe hacer por igual. Así lo expresa una de las mujeres desmovilizadas de la antigua insurgencia en el video *Desde diversas orillas*.

La reconciliación no se va a dar porque sí, ¿nos vamos a reconciliar en aras de qué? ¿Nos vamos a reconciliar para qué? no es que nos vamos a reconciliar porque nos hemos dado muchos golpes, porque eso es una reconciliación religiosa, esa no es una reconciliación política, la reconciliación política

se va a dar sobre la base en un nuevo proyecto en el que todos seamos respetados y respetadas, reconocidos y reconocidas y donde también haya el porvenir que hemos buscado (*Desde diversas orillas*, 2012, Min 23:01).

La acción del perdón surge entre personas que se encuentran en posiciones desiguales, estando, por un lado, quien causa el daño y, por el otro, quien lo sufre y acepta el perdón, liberándose del pasado como un acto de reconciliación que lleva a la cicatrización del hecho en el que el dolor ha pasado y se puede palpar la herida sin sentirlo, aunque el recuerdo de la experiencia dolorosa o traumática permanece, pero ya no genera malestar. No se trata del olvido sino de la comprensión del hecho, las víctimas en su gran mayoría están dispuestas a perdonar, pero no a olvidar; el olvido no conviene como lo expresa la activista de paz de la Red Nacional de Mujeres Ruta Pacífica.

Yo pienso que el perdón es enormemente subjetivo, y que, pues cada persona puede encontrar caminos de perdón, pero me atrevería como a pensar que el olvido no conviene, no conviene por si queremos que no se repita hechos tan dramáticos y tan dolorosos para este país (*Desde diversas orillas*, 2012, min 25:29).

La acción del perdón y la promesa configura un hecho solo si es dado al otro como resultado a las erradas acciones de las relaciones humanas y, siempre se espera que del perdón surja la promesa de algún cambio que llegue a construir la confianza en el mundo y la humanidad, dada como una muestra de respeto que invita a los seres humanos a perseguir un bien absoluto. El perdón no genera el olvido; la acción del perdón solo da la fuerza y la confianza necesaria para seguir actuando y manteniendo las relaciones humanas como parte del resultado en la resolución de un conflicto. De ser posible el olvido, solo serviría para evitar que los culpables se hagan responsables de sus faltas cometidas en la vida privada y pública.

Arendt plantea el mal para entender el perdón, el cual es visto desde dos puntos de vista: el primero, es el “mal radical” y, el segundo, el “mal banal”. Ante el primero, Arendt enfatiza en que el mismo alude al poder de actuar con voluntariedad y deseo de causar daño. Para la pensadora judeo-alemana, cuando existe esta voluntad de generar sufrimiento en los otros, los hechos son imperdonables, muchos casos de víctimas en Colombia serían imperdonables. Para Arendt, los actos surgen de la voluntariedad de quienes no están actuando bajo una orden impuesta, sino de la voluntad del ser, de causar daño, dolor, tortura. Por eso son muchas personas las que no están dispuestas a perdonar; son muchas historias y relatos como el que vemos en el video donde una víctima sobreviviente cuenta algo que tuvo que presenciar y claramente expresa que para ella no es posible el perdón.

Yo como he visto tantas cosas, yo sí he visto tantas cosas. He visto matar gente allá, como le va perdonar uno a una persona que coja un muchacho lo amarre a una camioneta y arranque la camioneta a correr por un potrero y lo descuarticen... eso no lo perdona nadie, o sea, si la mamá estuviera

allá, yo creo que no le perdonaría eso, una cosa que uno diga perdón, bueno yo perdono, pero de dientes para fuera yo soy como más honesta conmigo misma y yo si digo la verdad yo no los perdono o de pronto los perdonaría, pero no se olvida eso no se olvida (*Desde diversas orillas*, 2012, Min 24:38).

Es la realidad de un mal radical en donde se actúa con plena intención de realizar actos atroces en contra del ser humano. La guerra en Colombia también es contada a través de historias de desangre y terror donde muchos no contemplarían la acción del perdón.

Para Arendt, el perdón es una acción imprescindible del mundo común para sentirse parte del mismo. Toda vez que ser partícipes e involucrarse en sus problemas permite influir de manera positiva en el futuro de las otras personas. Ese reconocimiento de la persona y de la relación con ellas, crea el espacio común y el ámbito político en el que tiene lugar los acontecimientos humanos, siendo el perdón el correctivo de las acciones que permiten reparar y garantizar que no se volverá a repetir lo sucedido. Al vivir en comunidad existe siempre la posibilidad de presentarse circunstancias o consecuencias inesperadas frente a nuestros actos. Esto hace que nos veamos en la necesidad de remediarlos para continuar nuestra vida común de acuerdo con las expectativas comunes que permiten continuar con las acciones políticas que involucren a los otros. Es fundamental darnos cuenta de que tenemos la aceptación de los demás frente a la acción del perdón y así liberarnos del error del pasado para tener un nuevo comienzo, un renacer.

Pero también es fundamental la acción institucional que lleva justicia a lo sucedido como parte de la promesa donde se comprende el hecho y se perdona para seguir adelante. Si bien es cierto, las víctimas están dispuestas al perdón, ellas también piden justicia eficaz como un acto de reconocimiento del Estado por su falta de presencia en su ejercicio político, en otras palabras lo expresa una víctima sobreviviente de la masacre del Naya:

Es que Dios castiga a todos conforme aigan (sic) sido en la vida, y Dios quien sabe que ira hacer con ellos, pero yo, ya no me meto ahí porque eso ya le compete a Dios, en la justicia ordinaria sí me meto, porque hay mucha injusticia, demasiada, como le decía, cómo van a creer que a mí me van a masacrar mi familia y el paraco me va a pagar a mí, no, a mí me paga el Estado, él es el que tiene el deber y la obligación de protegernos (*Desde diversas orillas*, 2012, Min 37:26).

Vivir en un mundo en común implica el uso de la libertad de quienes en él hacen parte. Para Arendt, la libertad tiene un carácter vinculante que se concreta en la oportunidad y capacidad de actuar. Estos actos van encaminados al deseo de procurar el bienestar propio y del otro. Sin embargo, estos actos humanos son percederos y frágiles lo que hace necesario la conservación del mundo común, pues en el ejercicio de la libertad se presentan actos susceptibles de perdón, donde siempre habrá alguien que se sienta ofendido y reclame el castigo, optando no volver a tener en cuenta la

ofensa en el futuro. Esa conservación del mundo común también va inmersa en el papel del Estado a través de las funciones que ejerce con el poder público y que garantizan su papel como parte del mundo común y debe ser el resultado de una reflexión previa que permita preguntar, actuar y, en algunas ocasiones, juzgar. No se puede seguir reparando víctimas de parte del Estado con honores y banderas. Se debe pensar más allá de los límites del saber y ejercer esta capacidad para algo más que ver una persona, como un mero instrumento para hacer y conocer. Ese es el clamor de las víctimas en Colombia: no ser tratadas como un instrumento de guerra, así lo expresa una mujer miembro de la Asociación Colombiana de Familiares de Miembros de la Fuerza Pública Retenidos y Liberados por Grupos Guerrilleros (ASFAMIPAZ).

Es que las banderas no devuelven vidas y a nosotros no nos importa ni nos interesa que no los devuelvan en una bandera y le rindan 100, 200 o 500 honores para decir que son héroes de la patria, que son mártires. No, eso no nos importa. A nosotros nos importa abrazarlos vivos y libres, que vengan cadavéricos, con muchas enfermedades, pero que nos los entreguen vivos y libres (*Desde diversas orillas*, 2012, Min 32:47).

En este sentido, es importante destacar que el pensar no puede separarse de la facultad de juzgar y de la comprensión. El resultado de la comprensión es la reconciliación con aquello que hemos vivido aceptando que no pudo ser de otro modo para todos quienes hacen aparte de un mundo en común.

Si bien es cierto, la acción del perdón es concebida arendtianamente como una pluralidad humana y, desde el contexto de la acción, es algo que ofrecemos al otro que se libera del pasado y mejora las expectativas del futuro. El resultado de esto sobre el sentir de la persona es totalmente subjetivo, pues los seres humanos somos una estructura formada a través de lo biológico y lo cultural, bajo la experiencia social a la cual pertenecemos en los ámbitos de la educación, la posición económica y geografía y las creencias e influencias en las que crecemos y nos formamos a través del tiempo. Y es a partir del conocimiento que adquirimos toda esta influencia en el trascurso de la vida, como también encontramos la manera de percibir la realidad. Es por eso por lo que cuando aparecen acciones que surgen desde la fuerza, la tragedia, los ataques, la violencia, el desplazamiento, que tienen efectos en la existencia humana, la experiencia no suele ser narrada desde la herencia cultural, sino desde el sentir del sujeto de acuerdo con su propio padecimiento y sufrimiento. Cada víctima narra los hechos de manera distinta, aunque los hechos ocurrieran en la misma comunidad. Así las cosas, el reconocimiento y la materialización del derecho a la verdad ocupa el primer puesto en el grado de importancia para el reconocimiento de los derechos de las víctimas:

La verdad para nosotras las mujeres es fundamental, porque es que la materia prima de la guerra está en nuestros vientres y en ese sentido también nuestros vientres necesitan saber la verdad (*Desde diversas orillas*, 2012, Min 26:57).

En Arendt, el perdón funciona como la comprensión del pasado para que emerjan o nazcan nuevas expectativas y realidades en la vida de las personas que han sufrido algún agravio. El perdón es un acto voluntario que da paso a la reconciliación. Sin embargo, es importante tener claro que la promesa después del perdón es indispensable para que el nacimiento posterior al hecho que causó daño se produzca, toda vez que los seres humanos constantemente estamos cometiendo errores que afectan a los demás, y la promesa de no volver a cometer lo cometido es crucial para que se dé la confianza y la seguridad de la acción del perdón. El perdón es, pues, una promesa convertida en reparación que debe ser adecuada, proporcional, justa y pronta, la cuál puede ser individual o colectiva según la naturaleza del derecho violado y del conjunto humano afectado, dada a través de la restitución, la indemnización, la rehabilitación, las garantías de no repetición y la verdad; una reparación que este encaminada al reconocimiento de las víctimas, como individuos, como titulares de derechos, y como ciudadanos, como una ofrenda de respeto de quien permitió o cometió el hecho ante quien tuvo que vivir lo sucedido, aunque existan hechos que incluso los victimarios saben que no hay manera de reparar. Así lo expresa una mujer desmovilizada de las autodefensas:

Mire que mucha gente usa estas palabras, vamos a reparar, vamos a reparar los daños, para mí que nunca es reparado, un daño es reparado siempre y cuando sea un carro o una moto, pero si perdimos un hijo, en eso no hay reparación, sí, para eso hay es remordimiento, tristeza y dolor, si tienen un corazón que en realidad Dios le toque el corazón, pero si tiene un corazón de piedra, eso nunca hay arrepentimiento, ni dolor, ni tristeza, ni nada, eso fue como echarlo al río y se fue (*Desde diversas orillas* 2012, Min 44:34).

## CONCLUSIONES

En este trabajo se pudo analizar el perdón como una necesidad que existe en las víctimas del conflicto armado colombiano, visto desde la voz de las mujeres en el video documental *Desde diversas orillas* y desde el pensamiento de Hannah Arendt. El perdón es la única posibilidad que tienen los seres humanos de remediar sus actos, fundamentado en el respeto a la persona y a su liberación del pasado, propiciando así un nuevo comienzo. El perdón es, además, un llamado al diálogo, la interrelación, la construcción de un mundo común entendido como fundamento del principio de una vida política, siendo imprescindible ser y sentirse parte del mundo. De ahí la enorme necesidad de su discusión y puesta en práctica.

Después de los hallazgos y los resultados de este trabajo de investigación y, a fin de multiplicar las reflexiones de este posgrado, podría trabajarse, en líneas futuras de investigaciones:

- i) sobre la diversidad que tiene el perdón, por ejemplo, en cómo abordar el perdón de acuerdo con la edad y al género de la víctima;

- ii) en la necesidad de perdonar y ser perdonado que tiene un victimario; o
- iii) en cómo podría ser el proceso para otorgar el perdón al Estado cuando una persona se convierte en víctima o victimario por su falta de presencia, de garantías y de protección a los individuos;
- iv) sobre la importancia del perdón en un proceso de justicia transicional, si bien es cierto dentro del proceso de justicia transicional existen elementos como la verdad, la reparación, las garantías de no repetición, esto en sí, no ayuda a dejar atrás los sentimientos de venganza, el resentimiento, los traumas, el dolor, factores que emergen desde la individualidad del ser y que al no ser comprendidos adecuadamente desde el respeto, la confianza, el reconocimiento de la culpa, el pensamiento y la libertad, influyen constantemente en el aumento y la persistencia de la violencia.

Es por eso por lo que se hace una invitación a la academia y a las instituciones públicas y privadas, socialmente responsables, a buscar los mecanismos a través de los cuales se pueda intervenir en los problemas, desde un enfoque personal, donde se tenga en cuenta la diversidad que existe en el ser humano desde la dimensión moral y emocional ante el daño, con procesos que consistan en la reconciliación, no solo con el victimario, sino consigo mismo. Esto es posible desde lo institucional, a través de la creación de políticas que surjan de la necesidad del individuo de perdonar y de reconciliarse, donde se conozca su entorno, su punto de vista, su cultura, su saber, su verdad y no generalizando el daño. La academia cumpliría un papel muy importante toda vez que es desde allí donde se crea el conocimiento a partir de las investigaciones que pueden llegar a ser captadas por la institucionalidad para ser adoptadas como una misión directa a la solución de la necesidad de perdón en las víctimas del conflicto armado colombiano, generando el efecto de disminuir la violencia en el país.

## REFERENCIAS

- Arendt, H. (2009). *La Condición Humana*. Paidós. <https://ezequielsingman.files.wordpress.com/2020/09/la-condicion-humana-hannah-arendt.pdf>
- Ballesteros, A. (2019). Mal y perdón en Hannah Arendt: un itinerario. *Revista Persona y Derecho*, 80. <https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/view/11590>.
- Bejarano, J. C. (2008). Reconciliación como perdón. Una aproximación a partir de Hannah Arendt. *Praxis Filosófica* (26), 111-129. <https://www.redalyc.org/pdf/2090/209014645006.pdf>
- Benítez, E. (2020). El perdón y el olvido en Hannah Arendt. Posibilidad y problema del comienzo. *Xipe Totek: Revista trimestral del Departamento Filosofía y Humanidades ITESO*, año 29, No. 113. <https://xipetotek.iteso.mx/wp-content/uploads/sites/91/2020/07/Xipetotek-113-El-perd%C2%A2n-y-el-olvido-Benitez.pdf>

- Comesaña, G., y Cure, M. (2006). El pensamiento como actividad según Hannah Arendt. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 11(35). [http://ve.scielo.org/scielo.php?pid=S1315-52162006000400002yscript=sci\\_arttext](http://ve.scielo.org/scielo.php?pid=S1315-52162006000400002yscript=sci_arttext)
- Delgado, C. F. (2015). Los momentos de la justicia transicional en Colombia. *Revista de Derecho* (43). <https://www.redalyc.org/pdf/851/85138494004.pdf>
- Desde Diversas Orillas. (9 de enero de 2012). Archivo de video: <https://vimeo.com/34804874>
- Giacomo, M. D. (2016). El perdón entendido como un nuevo nacimiento. *Apuntes Filosóficos*, 25(49). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5991126>
- Giraldo, S.A. (2017). Comprender el perdón en Hannah Arendt. Universidad de la Sabana. <https://intellectum.unisabana.edu.co/handle/10818/31196>.
- Gonzales, C. A. (2017). Breve historia del conflicto armado en Colombia. *Revista de Paz y Conflictos*, 10(1). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6103291>.
- Jiménez, R. T., Torregosa, N., y Manrique, C. (2015). Las tendencias de investigación en el campo de la justicia transicional en Colombia. *Revista Republicana* (18). <http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/209>
- López, M. (2011). La reversibilidad del tiempo, el perdón y la promesa en Hannah Arendt. *Extra-3*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4846527>
- Madrid, M. (2008). Sobre el concepto de perdón en el pensamiento de Hannah Arendt. *Praxis Filosófica*, 26. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3141267>.
- Morales, C. R., y Torres, L. (2015). Las garantías de no repetición como mecanismo permanente para la obtención de la paz. *Universitas Estudiantes* (12). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7435894>
- Porcel, B. (2018). Hannah Arendt: El “Quien”, una antropología para la filosofía política. *pensando-revista de filosofía*, 9(17). <https://revistas.ufpi.br/index.php/pensando/article/view/7377>.
- Puello, I. E. (2019). *El acuerdo final con la FARC; apuntes en perspectiva histórica para la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición*. Repositorio U de C. <https://repositorio.unicartagena.edu.co/handle/11227/10006>
- Ramírez, H. (2009). Humanidad, libertad y perdón en Hannah Arendt: Realidades Bascas para la razón práctica en el marco de la diversidad cultural. *REV - Persona y Derecho*, 61. <https://dadun.unav.edu/handle/10171/17721>.
- Riaza, W. R. (1998). Conflicto armado, terrorismo y violencia en Colombia. *Iustitia* (13). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5263688>
- Rosero, L. F. (2008). Negación del conflicto armado interno, como eje de la concepción constructivista del Estado colombiano en la construcción de la identidad nacional. *Revista Encrucijada Americana* 2(1). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7148440>
- Ruiz, L. G., y García, J. P. (2019). La verdad en la justicia transicional. *IUSTA* (50). <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/4886>

- Sanabria, C. M. (2017). La reparación integral a las víctimas del conflicto armado en Colombia en el marco de la justicia transicional. *Scielo Analytics*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=148748>
- Trujillo, C. C. (2018). Los enjuiciamientos en los procesos de justicia transicional en Colombia. *Revista Electrónica Iberoamericana*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6851838>
- Vargas, J. (2008). Reconciliación como perdón una aproximación a partir de Hannah Arendt. *Praxis filosófica*, 26. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3141266>
- Vásquez, J., y López, E. (2018). El perdón como reconstructor de subjetividades y contextos. *Revista Virtual Universidad Católica del Norte* (55). <https://revistavirtual.ucn.edu.co/index.php/RevistaUCN/article/view/997/1445#>
- Wagon, M. E. (2015). Los límites del perdón en el pensamiento de Hannah Arendt: un posible aporte desde la perspectiva derridiana. *Revista Agora Filosófica*. <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/47711>



# Víctima, resiliencia y verdad en el sistema penal. Constructo desde la Corte Constitucional colombiana

*Victim, Resilience and Truth in the penal system, construct from  
 the Colombian Constitutional Court*

DOI: <https://doi.org/10.15332/iust.v0i20.2869>

*María Elsa Archila Antolínez<sup>1</sup>*

## Resumen

La Constitución Política de Colombia lleva implícito el compromiso del Estado social y democrático de derecho, que impone respetar, proteger y garantizar los derechos de las víctimas; prevenir su vulneración; tutelar sus derechos de manera efectiva; garantizar la reparación y la verdad; investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los derechos humanos.

La investigación social documental, de tipo cualitativa; condensa los principales pronunciamientos de la Corte Constitucional, en un contexto de justicia transicional, que reconocen a las víctimas intervenir en el proceso penal; contar con una tutela judicial efectiva; recibir medidas de protección; conocer la verdad; que se haga justicia y la reparación del daño que le permita la resiliencia, en garantía hacia una paz duradera.

**Palabras clave:** Víctima, derecho a la verdad, justicia restaurativa, resiliencia.

## Abstract

The Political Constitution of Colombia implies the commitment of the social and democratic State of law, which imposes respect, protection and guarantee the rights of the victims; prevent its violation; protect your rights effectively; guarantee reparation and truth; investigate, prosecute and, where appropriate, punish serious violations of Human Rights.

Documentary social research, qualitative type; condenses the main pronouncements of the Constitutional Court, in a context of transitional justice, which recognize victims intervene in the criminal process; have effective judicial protection; receive protective measures; know the truth; that justice be done and the reparation of the damage allowed by resilience, guaranteeing a lasting peace.

**Keywords:** Victim, right to truth, restorative justice, resilience.

<sup>1</sup> Abogada, especialista en Derecho Procesal, Especialista en Derechos Humanos, Especialista en Derecho Público, Especialista en Derecho Penal, Magíster en Reconciliación y Convivencia con énfasis en Derechos Humanos y Victimología. Directora de la Maestría en Reconciliación y Convivencia, Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia. Correo electrónico: [maria.archila@ustabuca.edu.co](mailto:maria.archila@ustabuca.edu.co)  
 ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5223-0172>



## **Víctima, resiliencia y verdad en el sistema penal. Constructo desde la Corte Constitucional colombiana**

*María Elsa Archila Antolínez*

### **INTRODUCCIÓN**

La transición normativa y constitucional imperante en la Colombia actual, busca reconstruir los lazos de solidaridad y conciliación, dentro de un panorama con más de medio siglo de guerras internas, que han dejado a su paso desolación, dolor y un profundo duelo nacional. Ante el panorama sombrío, la justicia restaurativa aparece como una herramienta eficaz para afrontar los desafíos de rehacer el país.

Y en este camino, la víctima, resulta siendo un icono fundamental en la tarea de la justicia restaurativa, como modelo alternativo de enfrentamiento a la criminalidad, sustituyendo la idea tradicional de retribución o castigo, por una visión que resalta la importancia que tiene para la sociedad colombiana la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario.

En este punto, “la verdad” tiene un valor especial para las víctimas y es una condición necesaria de procesos mínimos de reconciliación nacional, como derecho individual en cada una de las víctimas de los delitos y un derecho colectivo de las comunidades vulneradas por los abusos masivos y como garantía de reconstrucción de su memoria colectiva e identidad. De manera que el derecho a la verdad es un derecho autónomo, destinado a garantizar otros derechos constitucionales, como la justicia y la reparación.

De ahí que las principales estrategias de resiliencia como poder intrínseco reparador y constructor de vidas hacen necesario la verdad sobre los hechos del injusto; lo que permite a la víctima su transformación, rehacer vínculos y el auto reconocimiento de capacidades y recursos propios para hacer frente a las situaciones de adversidad que fortalezcan su propósito de enfrentar la vida desde los sueños y

metas personales de reivindicación de su lugar en el mundo, de independencia y autosuficiencia, que además se refleja en la comprensión de los hechos victimizantes como experiencia de aprendizaje y arraigo a la vida, de los cuales la sociedad y el victimario juegan un papel preponderante, para asegurar las condiciones para una transición estable.

La sistematización de los pronunciamientos constitucionales sobre el tema, dentro de la investigación documental de tipo cualitativa exploratoria y deductiva permitió establecer que la víctima, en calidad de interviniente especial en el proceso penal acusatorio colombiano, goza de especial protección constitucional, que hace viable la resiliencia como proceso reconstructivo frente a los efectos del delito, con suficientes herramientas constitucionales y procedimentales para acceder a la justicia en igualdad de armas y afrontar en el contexto de transición una justicia restaurativa, que garantice la conciliación y la paz duradera.

## **OBJETIVOS**

### **Objetivo general**

Establecer los criterios jurisprudenciales de la Corte respecto a las garantías constitucionales de la víctima como interviniente especial dentro del proceso penal acusatorio colombiano; que hacen efectivos sus derechos a la justicia, la verdad y la reparación en igualdad de armas; dentro del contexto de justicia restaurativa, conciliación, resiliencia y paz duradera.

### **Objetivos específicos**

- Identificar los conceptos de justicia restaurativa contenidos en la Ley 906 de 2004 y concordantes, a través de los pronunciamientos emanados de la Corte Constitucional sobre el derecho a la justicia, la verdad y la justa reparación.
- Identificar los conceptos básicos que comprende la resiliencia como proceso reconstructivo que permite a la víctima reincorporarse a la sociedad.
- Aportar en el campo de la investigación jurídica sobre la justicia restaurativa instaurada en el procedimiento penal acusatorio colombiano, como medio eficaz para materializar el derecho de la víctima a la resiliencia.

## MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

### Acercamientos al concepto de víctima en el proceso penal

El 29 de noviembre de 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por consenso la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder; entendiendo a las víctimas como “las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daño, inclusive lesiones físicas o mentales, financiera a menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros” (Resolución 40/34 de 1985).

La Ley 906 de 2004 definió dentro del proceso penal acusatorio a la víctima como un interviniente, acreedor de medidas de protección, atención y con ciertas prerrogativas en el interior del trámite. A su turno, la Corte Constitucional colombiana advierte que los derechos de las víctimas no pueden reducirse al resarcimiento económico, por lo que en Sentencia C-228 de 2002 señaló que “gozan de una concepción amplia –no restringida exclusivamente a una reparación económica– fundada en los derechos a ser tratadas con dignidad, participar en las decisiones que las afecten y obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos”.

La Ley 1448 de 2011 conocida como la Ley de Víctimas, concebida como un instrumento de justicia transicional, expresa en su artículo tercero que son víctimas aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del primero de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno. Son víctimas el cónyuge, compañero o compañera permanente, parejas del mismo sexo y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida, a falta de estas, lo serán los que se encuentren en el segundo grado de consanguinidad ascendente. De la misma forma, se consideran víctimas las personas que hayan sufrido un daño al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

La normatividad contiene un trascendental estatuto a través del cual se procura articular un conjunto de disposiciones especiales adicionales, relativas a los derechos de las víctimas de determinados hechos punibles; cuyo propósito es asegurar la efectividad de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, así como la garantía de no repetición de los hechos victimizantes; como manifestación y reconocimiento de la dignidad humana que es inherente a aquellas.

**Protección a los derechos de las víctimas.** La Convención Americana sobre derechos humanos, en los artículos 8 y 25, consagra el derecho de todas las personas a acudir a los procesos judiciales para ser escuchadas con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, para la determinación de sus derechos y obligaciones.

Conforme lo establece el artículo 32 del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, del cual Colombia forma parte; se reconoce los derechos de las víctimas de manera expresa, a tono con la Sentencia C-225 de 1995 de la Alta Corporación, ya que “integran el bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico y, reconocen el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros”.

El Consejo de Europa, en la recomendación R (85) 11 de 1977, sobre la posición de la víctima en el procedimiento y en la ley penal, señaló que “las medidas en favor de las víctimas, al remover el sentimiento de injusticia en ellas, pueden contribuir a la realización de un sistema de justicia criminal eficaz, acorde con los principios de dignidad de la persona humana”.

En este sentido, es clara la alta corporación cuando expone en Sentencia C-979 de 2005 que, el desconocimiento de los derechos de las víctimas son una violación a la Constitución, desconociendo los referentes internacionales, en bloque de constitucionalidad (Artículo 93 CP); por lo que una actuación resulta contraria al deber constitucional de protección de los derechos de las víctimas, cuando se desconocen la dignidad humana y afectan condiciones básicas de convivencia social, necesarias para la vigencia de un orden; que comporta también un desconocimiento de los compromisos internacionales del Estado colombiano de colaborar con la vigencia de los derechos humanos y sancionarlas.

En Sentencia C-591 de 2005 la Corte expuso que el juez es guardián de los derechos fundamentales del indiciado, así como los de la víctima, “en especial, el derecho a la verdad, acceder a la justicia y obtener una reparación integral, acorde a la Carta y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad”.

Mediante la Sentencia C-454 de 2006 puntualizó que la evolución sobre protección de los derechos de las víctimas impone el derecho a un recurso judicial efectivo, como elemento fundamental de esa protección. Y con Sentencia C-233 de 2016 advirtió que la libertad del legislador se ve limitada “por la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, en cuanto éstas se encuentren acordes con las garantías constitucionales de forma que permitan la realización material de los derechos sustanciales”.

Por ello, enfatizó con jurisprudencia C – 473 de 2016, que la Constitución, el Código de Procedimiento Penal y la jurisprudencia constitucional “han reconocido los derechos de las víctimas y la obligación estatal de asegurar que alcancen verdad, justicia y reparación y, de garantizarles la posibilidad de acceso a la justicia”.

La manera en que la concepción constitucional de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por un delito no está circunscrita a la reparación material, es más amplia y comprende exigir de las autoridades el goce efectivo de los derechos, orientados a su restablecimiento integral y ello solo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos, el derecho a la protección de su vida e integridad física, así como el derecho a ser tratados dignamente y a que su intimidad sea protegida.

**La víctima como interviniente especial.** Los derechos de las víctimas son reconocidos de manera genérica en la Ley 906 de 2004, debiendo recibir información tendiente a la protección de sus intereses y, a conocer la verdad de los hechos. El mismo artículo 250 de la Carta dispuso que, en ejercicio de sus funciones, la Fiscalía General de la Nación deberá “velar por la protección de las víctimas”.

La Sentencia C- 275 de 1994, desde la Corte frente a la participación de la víctima en el proceso penal; expuso que los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales deben ser informados de la investigación y tendrán derecho a presentar otras pruebas. Igualmente, en Sentencia C-1149 de 2001, adujo frente al derecho de las víctimas y perjudicados, su interés particular y legítimo de obtener la reparación del daño.

Por ello, la Alta corporación con Sentencia C-591 de 2005 advirtió que “la especial consideración de la víctima y de sus intereses en el proceso, en una dimensión que supera las expectativas meramente económicas”. Y declaró, en Sentencia C-1154 de 2005, la constitucionalidad condicionada del artículo 79 del Código de Procedimiento Penal colombiano CPP., que autoriza al Fiscal a archivar las diligencias cuando constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito; decisión que “debe ser motivada y estar sujeta a su efectiva comunicación a las víctimas, para el ejercicio de sus derechos”. Iguales consideraciones le asistieron en Sentencia C-1177 de 2005, sobre el artículo 69 del CPP, declarando su constitucionalidad condicionada, exigiendo la motivación del acto respecto a la inadmisión de la denuncia y su comunicación al denunciante y al Ministerio Público. Con sentencias, la Corte señaló que la Fiscalía (C-260 de 2011), el Juez y el Ministerio Público (C-144 de 2010) deben avocarse a la protección y garantía de los derechos de las víctimas, cuando advirtió que el juez y el Ministerio Público también tienen la obligación de velar por la protección integral de los derechos fundamentales de las partes e intervinientes en todas las instancias del proceso.

La Corte advierte en Sentencia C-209 de 2007 que la Constitución no le otorgó a la víctima la condición de parte sino de interviniente especial, con potestades especiales para actuar y hacer valer de manera directa sus prerrogativas a la verdad, la justicia y la reparación integral. De ahí que mediante Sentencia C-516 de 2007 se declaró inexecutable la norma que condicionaba la asistencia de un abogado cuando “el interés de la justicia lo exigiere (artículo 11, ordinal h, del CPP), así como la que limitaba el derecho de postulación en caso de pluralidad de víctimas (artículo 137-4 CPP)”, por considerarlos una restricción desproporcionada de sus derechos y el equilibrio de armas.

Y al examinar la posibilidad de que la sentencia condenatoria como la absolutoria sean susceptibles del recurso de apelación, conforme el artículo 176 CPP; con Sentencia C-047 de 2006, afirmó que acorde a la garantía de la doble instancia, apelar la sentencia absolutoria constituye una garantía para las víctimas; ello por cuanto a víctima “ocupa un papel protagónico en el proceso, con derechos predeterminados por los preceptos constitucionales, las fuentes internacionales y la jurisprudencia constitucional” (Sentencia C-454 de 2006).

Al analizar la constitucionalidad del inciso tercero del artículo 443 de la Ley 906 de 2004, que omite facultar a la víctima para presentar réplicas a los alegatos de conclusión de la defensa, al final del juicio oral, y solo concede esta posibilidad a la Fiscalía, argumentando que “...no existe un mandato constitucional que exija que las víctimas tengan una intervención directa en todas las etapas del juicio oral... puede ser limitada cuando afecte la estructura del sistema acusatorio o alteren la igualdad de armas” (Sentencia C-616 de 2014).

En otra oportunidad, la Sala Plena examinó la constitucionalidad del artículo 90 del CPP, que no contemplaba a la víctima dentro de los sujetos legitimados para solicitar adición de la sentencia o de la decisión con efectos vinculantes, en aquellos eventos en que el juez omite pronunciarse de manera definitiva sobre los bienes afectados con fines de comiso, declarando ajustada a la Carta la norma demandada, en el entendido de que la víctima puede solicitar la adición de la sentencia o de la decisión con efectos equivalentes, que omita un pronunciamiento definitivo sobre los bienes afectados con fines de comiso”. (Sentencia C-782 de 2012).

Más tarde, la Corte advierte sobre las víctimas en calidad de intervinientes especiales dentro del proceso penal acusatorio, denominándolos como intervinientes especiales y al pronunciarse sobre la prueba de refutación; advirtió que “su uso recae solamente en el acusador y el acusado, como garantía del principio de igualdad de armas” (Sentencia C-473-2016).

Y continúa aseverando frente a los derechos y garantías procesales de la víctima interviniente que “solo son susceptibles de excepcionales restricciones, bajo estrictos criterios de necesidad y proporcionalidad, a la luz de la Constitución” (Sentencia C-473-2016).

### **Justicia restaurativa**

A efectos de generar un equilibrio en la relación procesal, este nuevo enfoque científico victimológico “ha servido para redimensionar la naturaleza de la reacción penal e incluir mecanismos de reparación del daño para las víctimas directas e indirectas” (Lima, 2012, p. 87), ocasionadas por la comisión de un delito. Pretendiendo que “así como se tiene en cuenta al procesado se tengan en cuenta los derechos y garantías de las víctimas del delito, permitiendo redefinir los roles que desarrollan las personas dentro del drama criminal y en el proceso de la investigación penal” (Gaviria, 2003, p. 93).

En palabras de Córdoba (2003, p. 77) el Estado “tiene que asumir ese nuevo papel para garantizar los derechos de las personas que han sido afectadas y de las cuales la Constitución lo hace garante”. Por ello resulta claro que los derechos de las víctimas cobren vital importancia en el proceso de transición, tema de interés en nuestra sociedad, que clama por un proceso de paz justo para todos los intervinientes del conflicto y en la forma como la Constitución prevé la justicia retributiva, mediante la configuración de un incidente principal, para que, al terminar el proceso penal

con sentencia condenatoria, se haga posible la reparación integral de la víctima y los afectados con el delito.

El término justicia restaurativa fue consagrado expresamente en la Constitución Política, con la aprobación del Acto Legislativo 03 de 2002, que reformó el artículo 250 superior, al disponer que la Fiscalía General de la Nación, en ejercicio de sus funciones debe “velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal.

Este tipo de justicia busca comprender el daño causado y proponer maneras de resarcirlo en el seno de la comunidad, por demás que las prácticas restaurativas pueden ser altamente humanistas y socioeducativos, en la que “las víctimas y los perjudicados adquieren con el nuevo sistema penal el status de protagonistas activos, acordes con los principios de protección y promoción de los derechos humanos y de la lucha contra la impunidad,” conforme lo advierte en la exposición de motivos del Congreso de la República, con ocasión del Proyecto de Ley Estatutaria (2003, p. 61). De ahí que es necesario establecer que la víctima y el delincuente son los sujetos más importantes del proceso penal y el Estado debe darles un trato similar a ambos, por lo que los protagonistas del proceso penal son tres: Estado, procesado, víctima (San Pedro, 2003, p. 78).

La pena “calma el clamor de venganza de la sociedad, pero no resuelve ese conflicto social” (Zúñiga, 2006, p. 17); así, la justicia negociada, en palabras de Beristáin (1998, p. 32), es “la expresión más extendida de la Justicia Restaurativa” y, constituye “la posibilidad de producir la reintegración social de los delincuentes y responder a las necesidades de las víctimas, en el marco de los valores de la comunidad” (Alonso, 2002, p. 245). En ausencia de justicia, las víctimas tienden a tomársela por sus propias manos de manera que la justicia restaurativa se erige como un verdadero instrumento de paz.

Advierte la Corte, en Sentencia T- 917 de 2006, que la justicia restaurativa es un “mecanismo alternativo de solución de conflictos que busca regenerar vínculos de víctima y agresor con su comunidad”. Y, entendió el concepto de Justicia Restaurativa como una institución jurídica que pretende integrar diversos esfuerzos que aplican las sociedades para enfrentar las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, sufridos en un conflicto, hacia una etapa constructiva de paz, respeto, reconciliación y consolidación de la democracia (Sentencia C-280 de 2015).

## **Víctima, justicia y reparación**

Las Naciones Unidas, en Asamblea del 29 de noviembre de 1985, aprobaron por consenso la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder” (2000), consagró el derecho a un recurso judicial efectivo y a un juez imparcial.

La Corte Constitucional, en Sentencia C- 412 de 1993, señaló que “el derecho de acceso a la justicia tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal”. Los derechos de las víctimas al proceso penal no son solo una manifestación de los derechos de justicia e igualdad, sino que se constituyen también en una expresión de los deberes constitucionales del Estado, conforme lo enuncia la Corte en Sentencia C- 277 de 1998.

Sobre el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo (Constitución Política CP, artículos 29 y 229), la Corte Constitucional estableció una doctrina que abandona la concepción reductora de los derechos de las víctimas, al reducirla al resarcimiento económico, para destacar que tienen un derecho efectivo al proceso y a participar en él, con el fin de reivindicar no solo intereses pecuniarios; también, hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. En efecto, al referirse al estudio de los artículos 107 y 321 del Código de Procedimiento Penal Militar, que regulan la titularidad de la acción indemnizatoria y los fines de la Constitución de la parte civil dentro del proceso penal militar, expuso que el derecho de las víctimas o perjudicados con el ilícito penal, comprende tres (3) derechos importantes y que deben ser garantizados por igual dentro del respectivo proceso penal, a saber: a) Derecho a saber la verdad de los hechos; b) Derecho a la justicia y; c) Derecho a la reparación del daño” (Sentencia C-1149 de 2001).

En sentencia de unificación SU-1184 de 2001, la Corte estudió una demanda de tutela interpuesta por la parte civil contra la decisión la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que dejó en manos de la justicia penal militar el juzgamiento de un general por los hechos ocurridos en Mapiripán, afirmando que el derecho a saber la verdad implica el derecho a que se determine la naturaleza, condiciones y modo en que ocurrieron los hechos y a que se determinen los responsables de tales conductas. En efecto, con Sentencia C- 228 de 2002, la Corte Constitucional estableció que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la sola reparación pecuniaria, exponiendo tres derechos relevantes; la verdad, la justicia y la reparación. En primer lugar, el derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. En segundo lugar, a que no haya impunidad. Por último, el derecho a la reparación del daño a través de una compensación económica.

La alta corporación adujo que, los instrumentos internos que utilicen los Estados para lograr la reconciliación deben garantizar a las víctimas y perjudicados de una conducta criminal, la posibilidad de acceder a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y obtener una protección judicial efectiva” (Sentencia C-578 de 2002); e instó, mediante Sentencia C-144 de 2010, al Congreso de abstenerse llevar a cabo limitaciones indebidas e injustificadas a los derechos que les asiste a las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Con Sentencia C-260 de 2011, le reconoce a las víctimas el derecho a un recurso judicial como instrumento imprescindible para hacer efectivo los mencionados

derechos a la verdad, justicia y reparación integral. Y en Sentencia C-771 de 2011 indicó la obligación de los operadores jurídicos que aplican el *ius puniendi* del Estado, “esclarecer la verdad en procura de la justicia material y la eficacia de los derechos fundamentales, para que todo concluya en una decisión justa...”. Así mismo, en Sentencia C-280 de 2013, afirma que la reparación ha trascendido lo patrimonial y ha abarcado medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y compensación, en el plano individual y colectivo de carácter moral y material.

Fue la Sentencia C-228 de 2002, la que recogió los primeros avances de los fallos en sede de tutela T-275 de 1994, T-443 de 1994, T-740 de 2001 y C-1184 de 2001, conforme a los cuales, los derechos de las víctimas fueron ampliados en su comprensión, de modo que se abandona la idea de reclamar un resarcimiento económico y se acoge la concepción de que tienen verdaderos derechos, además, a la justicia, la verdad y a que se garantice la no repetición.

Posteriormente, en Sentencia C-579 de 2013 afirmó que “los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición han sido reconocidos en los Actos Legislativos 01 de 2012 y 01 de 2017, en la jurisprudencia de tribunales regionales de derechos humanos, y en la doctrina de la Corte Constitucional. De manera que las víctimas gozan de una concepción amplia—no restringida exclusivamente a una reparación económica; doctrina que fue desarrollada en el ámbito de la justicia penal militar y la ordinaria, como lo ejemplifican las sentencias C-293 de 1995; C- 163 de 2000; C- 1149 de 2001; C-228 de 2002; C- 805 de 2002; C-916 de 2002, entre otras.

En línea jurisprudencial más reciente, la Corte enfatizó que las garantías procesales protegen a quien eventualmente se le sigan indagaciones y a las víctimas de los delitos, así expresó que, en virtud del principio de bilateralidad, les asiste los mismos derechos fundamentales que al procesado. Y enfatiza que el derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo, presenta una dimensión individual y una colectiva: “La integralidad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación” (Sentencia C- 473 de 2016). De ahí que la Corte expresara que “el derecho a la verdad se encuentra vinculado con el derecho a la reparación, por cuanto el conocimiento de lo sucedido para las víctimas y sus familiares constituye el motivo y fija el alcance de las reparaciones” (Sentencia T-130 de 2016).

## **Víctima y derecho a la verdad**

En el informe sobre el Proceso de Desmovilización en Colombia (2004), la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que las víctimas y las sociedades afectadas por la violencia tienen el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido; así como las razones y circunstancias en las que delitos aberrantes llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro. Tienen derecho a comprender los elementos de carácter objetivo y subjetivo que contribuyeron

a crear las condiciones y circunstancias dentro de las cuales las conductas atroces fueron perpetradas e identificar los factores de índole normativa y fáctica que dieron lugar a la aparición y el mantenimiento de las situaciones de impunidad; contar con elementos para establecer si los mecanismos estatales sirvieron de marco a la consumación de conductas punibles; identificar a las víctimas y sus grupos de pertenencia así como a quienes hayan participado de actos de victimización y comprender el impacto de la impunidad (2004).

El “Informe de Joinet”, publicado en 1997 expone estándares sobre DD.HH., denominados “Conjunto de principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos, para la lucha contra la impunidad” o “Principios de Joinet”, aprobado por la Comisión de DD.HH. de las Naciones Unidas en 2005. La estructura de los principios de Joinet se sintetizó sobre el alcance del derecho a la verdad como derecho de saber; derecho que también es colectivo que tiene su origen en la historia para evitar que en el futuro las violaciones se reproduzcan.

En palabras de Crocker (2011, p. 112) el derecho a la verdad debe constituirse en un contexto de justicia transicional, en pro de la salvaguarda a los procesos de paz y reconciliación y, enfatiza que “la importancia moral de la responsabilidad personal implica que los afectados tienen derecho a saber la identidad de los autores, los bienes morales y jurídicos menoscabados, cómo cuándo, dónde y por qué sucedieron las atrocidades” (p. 114).

Con especial esmero, el derecho a la verdad, como fundamento principal para alcanzar la resiliencia en la víctima, merece especial análisis, en un contexto de justicia transicional, en la que el Estado, las víctimas y victimarios aúnan sus esfuerzos por alcanzar la paz. De ahí que los parámetros de protección ceden al paso de la reconciliación, el perdón y la no repetición.

Así, en Sentencia T-275 de 1994, se tiene como el punto de partida del concepto sobre el valor de la verdad para las víctimas o perjudicados, no solo a lograr una reparación económica, con especial propósito de acercarse a la verdad; búsqueda conectada con el acceso a la justicia y el respeto a la dignidad humana”. Por ello, en sede de Tutela T- 443 de 1994, al referirse al derecho de acceder a la verdad, afirmó que “aparece íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima”. Posteriormente, con Sentencia C- 293 de 1995, advirtió que el derecho a la verdad “presenta una dimensión colectiva cuyo fin es preservar del olvido a la memoria colectiva, y una dimensión individual cuya efectividad se realiza fundamentalmente en el ámbito judicial, a través del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo”. Y cobra relevancia cuando se plantea en la Sentencia T-249 de 2003 que “... existe un interés en cabeza de la sociedad –verdad y justicia–, respecto de la desaparición forzada, que es un delito de lesa humanidad. Existe una relación entre la gravedad del hecho punible y la existencia de un interés de la sociedad en conocer la verdad y hacer justicia”.

Y sobre la verdad procesal y la verdad real, mediante Sentencia C-872 de 2003, aseveró la Corte que los afectados deben tener la posibilidad de buscar una

coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real y que les sea esclarecido lo sucedido. Se les debe revelar el contexto dentro del cual fueron cometidos los delitos, el alcance de las agresiones y las razones por las cuales permanecieron ocultas”.

Al referirse a la verdad judicial o procesal, afirmó en Sentencia T-655 de 2015 que la verdad judicial es aquella reconstrucción de los hechos obtenida y declarada en los procesos penales adelantados contra los autores de violaciones de DD.HH. e infracciones al DIH. El rasgo fundamental de la verdad judicial reside en que su producción se halla regulada por estándares jurídicos estrictos (normas sustantivas, procesales y probatorias) que determinan la capacidad demostrativa de los elementos de prueba para dar cuenta del pasado”.

En este sentido, frente a los desaparecidos, la Corte, en Sentencia C-370 de 2006, estableció que los familiares de las personas desaparecidas tienen el derecho a conocer su paradero; y como advierte, en Sentencia C-771 de 2011, que “conocer la verdad es un derecho que el Estado tiene la obligación de garantizar a toda víctima de un delito y, en especial, las personas que han sido objeto de violaciones de DD.HH.”

La Sentencia T-715 de 2012 puso de manifiesto para la sociedad que, ese derecho se encamina a la divulgación pública de los resultados de las investigaciones sobre graves violaciones de derechos humanos. En el mismo año, al referirse a la justicia transicional indicó que puede ser entendida como una institución jurídica para enfrentar las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos; sufridos en un conflicto, hacia una etapa constructiva de paz, respeto, reconciliación y consolidación de la democracia” (Sentencia C-052 de 2012). Al paso con la disposición, la Corte, en sala Plena, en Sentencia C-579 de 2013, afirmó que la justicia transicional busca solucionar las tensiones entre la justicia y la paz; es necesario conseguir un balance entre las hostilidades; prevenir la violencia (paz negativa) y consolidar la paz mediante reformas estructurales y políticas incluyentes (paz positiva). En la misma sentencia estableció que “...el derecho a la verdad encuentra su fundamento en el deber de memoria histórica y de recordar, en el derecho al buen nombre”.

Más adelante, la Corte expuso que, sobre el derecho a la verdad, implica que cada persona pueda saber qué ocurrió consigo misma en el momento en que se convirtió en objeto de agresión de otros, tener conciencia de los alcances y de las características del daño recibido, escuchar las explicaciones de por qué sucedió” (Sentencia C-099 de 2013).

Y en sede de tutela, respecto al acceso a la verdad, estableció que “aparece íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima”. En el mismo pronunciamiento, la Corte advirtió que “los impactos de la violencia y sus efectos devastadores para poblaciones cultural, religiosa o étnicamente diversas también hacen parte de la historia de los pueblos y deben ser incorporados en su memoria y retratados en la narración oficial sobre ese pasado” (T-655 de 2015).

Sobre la marcha, con Sentencia C-579 de 2013, haciendo referencia a la verdad extrajudicial, adujo la alta Corporación que debido a que el interés excede el problema de la sanción de los responsables de los crímenes, la verdad extrajudicial se edifica sobre dos ejes fundamentales: la centralidad de las víctimas y las necesidades de las colectividades. Por manera de que la verdad extrajudicial se erige para devolver la dignidad a las víctimas, mediante el esclarecimiento y, sobre todo, la explicación, en un sentido amplio, de las atrocidades cometidas.

Resulta relevante la sentencia reciente de la Alta Corporación, frente a la verdad extrajudicial en las comisiones, dentro del contexto transicional: “El valor que proporciona la verdad extrajudicial reside en especial, en aquellos necesarios para satisfacer a las víctimas de abusos a gran escala y sentar las bases de la pacificación” (Sentencia C- 017 de 2018).

### **Víctima y resiliencia**

En términos generales, la resiliencia es entendida como la capacidad de cualquier ser humano para reconocer y usar sus propios recursos y los que le provea el medio para hacer frente a una situación de adversidad, con lo cual, asegura la oportunidad de rehacer su vida. Así las cosas, la resiliencia es entendida como “un proceso social e intrapsíquico que posibilita tener una vida sana, viviendo en un medio insano” Rutter (2000). Para Osborn (1993), es un concepto genérico, referente “a una amplia gama de factores de riesgo y a los resultados de competencia. Puede ser producto de una conjunción entre los factores ambientales, el temperamento y un tipo de habilidad cognitiva.

Vanistendael, al referirse a la Resiliencia hace diferencias entre dos componentes: “...la resistencia frente a la destrucción, esto es, la capacidad de proteger la propia integridad bajo presión; por otra parte, más allá de la resistencia, la capacidad para construir un conductismo vital positivo pese a circunstancias difíciles. Según este autor, el concepto incluye la capacidad de una persona o sistema social de enfrentar adecuadamente las dificultades de una forma socialmente aceptable” (1994).

Autores como Werner (2001); Luthar y Zingler (2006); consideran la resiliencia como una historia de adaptaciones exitosas en el individuo que se ha visto expuesto a factores biológicos de riesgo; además, implica la expectativa de continuar con una baja susceptibilidad frente a futuros estresores.

En palabras de Cyrulnik, la resiliencia es entendida como:

La capacidad que tiene un ser humano (niño, adolescente, adulto), a pesar de sus dificultades personales (físicas, mentales y psíquicas), para intuir y crear, en circunstancias desfavorables o en un entorno destructor, respuestas que le hacen posible no dejarse atrapar por las circunstancias y dificultades personales ni por las condiciones del entorno sino por el contrario, proponer y realizar comportamientos que le permiten una vida con menos sufrimiento y encontrar un lugar en su medio ambiente, lo cual le permite desarrollar sus capacidades y anhelos (2006, p. 213).

Acertadas son las palabras de Britto cuando advierte que las mujeres son víctimas en tanto madres, esposas e hijas. Sus cuerpos han sido también campo de batalla; por ello, la preservación de la memoria se hace dolorosa, pero también una forma de conjurar el pasado trágico y redefinir un proyecto de vida. De este modo, asegura el autor, “la guerra produce desarraigos y malestares emocionales que se traducen en los lenguajes del cuerpo” (2009). En palabras de María del Carmen Castañeda (2011), la narración sobre los cuerpos puede revelar historias colectivas que constituyen prácticas del existir humano en tanto sus emocionalidades, comportamientos, creencias. En razón a ello, “desde la noción de guerra, vemos que el cuerpo también es un escenario” (Campero, 2011).

Por otra parte, Venegas y Gómez (2015) resaltan la importancia de la persistencia, confianza en sí mismo, solidaridad y compromiso y enfatizan la importancia de factores como las adecuadas relaciones familiares y redes de apoyo fuera del entorno familiar. Los autores establecen la importancia del sentido de vida como estrategia para sobreponerse a las situaciones difíciles, consideran que cada persona tiene una misión u objetivo que debe alcanzar y esa misión actúa como fuente de motivación para seguir adelante.

Albarracín y Contreras (2016) entienden que uno de los aspectos que favorece el fortalecimiento de la resiliencia es la ocupación, comprendida como aquellas actividades diarias que paulatinamente mejoran la calidad de vida y permiten el establecimiento del proyecto de vida, donde se incluyen actividades básicas orientadas al cuidado del propio cuerpo como dormir, comer y el cuidado de la resiliencia en víctimas del conflicto, salud, tareas que se desarrollan en pro de otros, el cuidado de los hijos o familiares y actividades de ocio de esparcimiento. De ahí que los autores subrayan la importancia de aquellas acciones que se desarrollan por iniciativa propia y propenden por el bienestar individual, la percepción en cuanto al apoyo por parte del Gobierno, la percepción del acceso a la justicia, y la espiritualidad hacen parte del proceso de construcción de la resiliencia.

Luego, las acciones del Estado y, particularmente los pronunciamientos de la Corte Constitucional, buscan dar trámite y atención a las situaciones de adversidad en el marco del conflicto armado; dotando de especiales derechos a las víctimas, buscando mejorar la percepción de justicia y en la mirada crítica frente a las acciones estatales. Un entrono jurídico, dotado con suficiencia y holgura, puede ser una influencia para la víctima, en el desarrollo o fortalecimiento de las estrategias de resiliencia; dotándola de herramientas que pueden facilitar el proceso, dentro de un contexto jurídico nutrido de protección y salvaguarda de sus derechos, que influya directamente en su proceso resiliente.

Con la holgura que el tema demanda, resulta claro que el entorno jurídico del que se encuentra revestida la víctima en el proceso penal acusatorio, en calidad de interviniente especial, le permite la resiliencia como proceso fundamental en el enfrentamiento de la causas que generaron su agobio y lo dota de suficientes herramientas legales y constitucionales para acceder a la justicia en igualdad de armas y afrontar en el contexto de transición, la justicia restaurativa, la conciliación y la paz duradera.

## MARCO LEGAL

Naciones Unidas. La Resolución 40/35 de 1985, que establece principios para la atención de víctimas de delitos y de abuso de poder.

Resolución 60/146 de 2005 sobre derechos y medidas de atención a las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos y la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, mediante Resolución 2000 del 27 de Julio de 2000.

Declaración de Naciones Unidas “sobre los principios fundamentales para las víctimas de delitos y del abuso de poder”.

Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

La Organización de Naciones Unidas, Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, sobre la Impunidad de Perpetradores de Violaciones a los Derechos Humanos (1993).

Convención Europea para la compensación de las víctimas de los crímenes violentos (1988).

Convención Europea. Resolución 27 sobre compensación de las víctimas de los crímenes (1977); Recomendación R (85) 11 sobre la posición de la víctima en el procedimiento y en la ley penal (1985); y, en 1987 la recomendación R (87) 21 sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de los procesos de victimización.

Constitución Política de Colombia, 1991.

Ley 522 de 1999. Ley 600/ 2000. Ley 742 de 2002. Ley 906 /2004. Ley 1424 de 2010. Ley 1448 de 2011 y Ley 1592 de 2012. Ley 1826 de 2017 (procedimiento abreviado y acusador privado).

Decreto 2700 de 1991 Artículo 43 a 55.

## MÉTODO

La presente investigación social, basada en documentos, se realizó dentro de una investigación de tipo cualitativa - descriptiva (Sampieri, 2006), utilizando fuentes bibliográficas y documentales producidas por la Corte Constitucional en sede de tutela o de constitucionalidad, sobre el fenómeno de la justicia restaurativa en el proceso penal acusatorio colombiano, que hacen efectivo el derecho de la víctima a la resiliencia. La investigación tuvo un enfoque cualitativo, de tipo documental y descriptivo, consistente primordialmente en la presentación selectiva de lo que expertos ya han dicho o escrito sobre el tema de la justicia restaurativa y el derecho de las víctimas en el proceso penal acusatorio colombiano. Para la realización de este trabajo, primordialmente, se hizo en primer lugar, una investigación de tipo exploratoria, entendida por (Sampieri, 2006) como “el diseño de investigación que tiene como objetivo primario facilitar una mayor penetración y comprensión del problema que enfrenta el investigador”, en razón a que fue necesario recopilar

con holgura los diversos documentos que sobre el tema de la justicia restaurativa y de los derechos de la víctima en el proceso penal acusatorio se han erigido a nivel nacional e internacional, además de las referencias explícitas que sobre la figura se ha pronunciado la Corte Constitucional, con énfasis en los pronunciamientos en sede de tutela y constitucionalidad realizados por la Corte Constitucional, a fin de entender la totalidad del contexto y darnos respuesta a nuestro planteamiento prolegómeno de investigación.

La recopilación se realizó a través de los buscadores disponibles en las páginas oficiales de la Corte Constitucional; haciendo uso de las palabras clave: Víctima; derecho a la verdad, justicia y reparación; Resiliencia, Justicia restaurativa, las que arrojaron los pronunciamientos delimitados de la tabla 1, y que fueron incluidas dentro del contexto y desarrollo de la parte teórica, en relación directa con los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional respecto a la justicia restaurativa en el proceso penal acusatorio colombiano, que hacen efectivo el derecho de la víctima a la resiliencia. En total, se identificaron un número de 131 jurisprudencias, 65 se encuentran relacionadas directamente con el desarrollo y fundamento de la tesis, las que fueran reseñadas de manera clara y transparente en desarrollo del marco teórico, por hallarse relación directa con el tema, las que se identifican a continuación:

**Tabla 1. Relación de sentencias seleccionadas, relacionadas y reseñadas en la investigación**

Año	Sentencias
1993	C- 412
1994	T- 275; T-443
1995	C-293; C-225
1996	T-917; T-349
1997	T-523
1998	C-277
2000	C-163; C-173
2001	C-1149; T1267; C-740; C-1184; T-740
2002	C-370; C-578; C-916; C-875; C-228; C-580; C- 805
2003	C-899; C-451; T-1126; C-775; C-873; C-570; C-871; C-004; C-872; T-249
2004	C-014; C-114
2005	C-979; C-592; C-591; C-1177; C-823; C-1154; T-453; C-822; C-979
2006	T- 917; C-1033; C-370; C-454; C-531; C-047; C-575; T-171; SV-319; SV-650; C-456; C-047
2007	C-209; C-210; T-188; T-821; C-080; T-1057; C-343; C-516; T-794; C-278
2008	T-1135; T-1020; SV-1199; C-666; C-060; C-489; T-576
2009	C-409; T-520A; T-967
2010	C-059; C-055; T-458; C-828; C-936; C-144

2011	C-771; T-2011; C-260; C-250; T-973; C-651; C-610
2012	C-370; C-715 C-782; T-002; T-704; C-1054; C-052; C-609; C-253A; C-250; C-540; T-653; T-715
2013	C-579; T-608; SU-254; C-581; T-452; C-911; C-839; T-347; C-099; C-438; T-312; C-465; C-753
2014	C-180; C-387; C-177; C-463; C-287; C-616; C-286
2015	C-280; C-694; T-418; T-655
2016	C-233; C-473; T-130
2018	C-017

## CONCLUSIONES

A partir de la abundante jurisprudencia constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la verdad ha sido identificada como un derecho individual y colectivo de los pueblos; como un derecho autónomo y, como garantía para la realización de otros derechos; con mecanismos judiciales y medios extrajudiciales para garantizar su realización.

El derecho a la verdad está relacionado con el deber del Estado de realizar investigaciones eficaces de las violaciones manifiestas de los derechos humanos y de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

La Corte Constitucional afirma de manera enfática que a las víctimas de un delito les asiste una pluralidad de derechos que trascienden la dimensión estrictamente económica o indemnizatoria, y se sitúan en el plano de los derechos a la verdad, justicia y reparación integral.

La verdad impone el esclarecimiento de la identidad de los autores, estructuras criminales, conexiones políticas, militares y sociales, intenciones y planes de los responsables, contextos, prácticas y patrones, hechos, causas y circunstancias relacionadas con estos, con el propósito de que las comunidades que han sufrido masivas violaciones de sus derechos puedan reconstruir ese pasado doloroso e incorporarlo a su memoria colectiva y a su identidad como pueblo.

Las víctimas tienen el carácter de intervinientes especiales dentro del proceso penal acusatorio colombiano, protegidos con la tutela judicial efectiva.

En las etapas de indagación y de investigación formal dentro del proceso penal acusatorio colombiano, a las víctimas en su calidad de intervinientes especiales, les asiste el derecho a recibir información y a intervenir activamente en todos los trámites sobre iniciación, continuación, terminación, suspensión, archivo y rumbo de las diligencias; mediante la participación en las audiencias y procedimientos preliminares, a través de la interposición de recursos, la solicitud y práctica de medios de prueba y la posibilidad de ser oídas e informadas, conforme a sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Sin lugar a duda en el desarrollo de la resiliencia, juega un papel decisivo la familia, la comunidad, la sociedad, como promotores de ebullición de los recursos con los que cuenta cada persona, y así posibilitar la autogestión del desarrollo personal y social, permitiendo la reconciliación y el perdón. Ningún factor por sí solo promueve la resiliencia; tienen que estar en su totalidad involucrados, para lograr un desarrollo sano y duradero.

En el contexto de la resiliencia, riesgo y protección permanecen en constante movimiento; es decir, por ser el riesgo inherente a la vida, si hay un contexto de seguridad que pone límites aparece la protección para contrarrestar los efectos del riesgo. Estos lineamientos de la resiliencia invitan a los actores a centrar las intervenciones en las posibilidades de las personas, pasando del concepto de víctima al de capacidad, para comprender en tanto, no es posible volver a la situación anterior o reparar lo irreparable, es posible abrir una nueva etapa en la vida que integre los dolores del pasado en una experiencia de aprendizaje.

Resulta claro de los antecedentes de investigación y la elaboración del marco teórico, que la Corte Constitucional ha formado parte activa en el constructo de derechos de las víctimas intervinientes en el proceso penal acusatorio colombiano, y cuando advierte una protección deficiente en las reglas sobre la participación directa de la víctima en el proceso penal, no ha vacilado en declarar su inexecutable o su exequibilidad condicionada con el fin de asegurar la protección efectiva de sus derechos constitucionales.

Por último, y como recomendación del escritor, una investigación sobre el impacto de la justicia restaurativa en nuestro país, ad-pertas de 20 años y su extinción en el 2020, daría luces atinentes a establecer si los mecanismos y herramientas con que contó la normatividad fueron efectivos. Lo anterior requiere de un análisis estadístico proveniente de la Rama judicial y de las comisiones de Verdad, para poder establecer si la normatividad protectora y garante de la víctima cobró vida, eficacia y efectividad.

## REFERENCIAS

- Alonso, R.A. (2002). *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*. Tirant lo Blanch.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia.
- Britto, D. (2009). Mujeres: el cuerpo de la Memoria. Grupo de Memoria Histórica, Memorias en Tiempo de Guerra. *Repertorio de Iniciativas* (pp. 50- 65). Punto Aparte.
- Campero, R. (2011). Los cuerpos de la violencia. *Revista Pánico en Crisis*, 3, 16-22. <http://contrapsicologia.blogspot.com.co/2011/05/revista-pánico-en-crisis-n3-genero.html>

- Cartañeda, M. (2011). El cuerpo grita lo que la boca calla. *Razón y Palabra*, vol. 77. [http://www.razonypalabra.org.mx/varia/77%205a%20parte/61\\_Castaneda\\_V77.pdf](http://www.razonypalabra.org.mx/varia/77%205a%20parte/61_Castaneda_V77.pdf)
- Congreso de la República de Colombia. (2003, julio 23). *Gaceta del Congreso N° 339*, Proyecto de Ley Estatutaria 1/2003 Cámara. Exposición de motivos, p. 61.
- Congreso de la República de Colombia. (2004). *Ley 906 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. DO. 45.658
- Congreso de la República de Colombia. (2011). *Ley 1448. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*. DO. 48.096
- Congreso de la República de Colombia. (2012). *Acto Legislativo 01. Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*. DO. 48.508
- Congreso de la República de Colombia. (2017). *Acto Legislativo 01. Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones*. DO. 50.196
- Consejo de Europa. (1977). Recomendación R (85) 11.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José. (1969).
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (1994). Sentencia C-278 MP. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional colombiana. (1994). Sentencia T-275. MP. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional colombiana. (1994). Sentencia T-443 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (1995). Sentencia C-225 MP. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (1995). Sentencia C-293 MP. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (1998). Sentencia C-277 MP. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2000). Sentencia C-163 MP. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2001). Sentencia C-1149 MP. Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2001). Sentencia SU-1184 MP. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional colombiana. (2001). Sentencia T-740 MP. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (2002). Sentencia C-228 MP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

- Corte Constitucional, Sala Plena. (2002). Sentencia C-578 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2002). Sentencia C-805 MP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2002). Sentencia C-916 MP. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2003). Sentencia C-249 MP. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2003). Sentencia C-872 MP. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2005). Sentencia C-979 MP. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2005). Sentencia C-591 MP. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2005). Sentencia C-1154 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2005). Sentencia C-1177 MP. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2006). Sentencia C-047 MP. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2006). Sentencia C-370 MP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2006). Sentencia C-454 MP. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional colombiana, (2006). Sentencia T-917 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2007). Sentencia C-209 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2007). Sentencia C-516 MP. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2010). Sentencia C-144 MP. Juan Carlos Henao Pérez.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2011). Sentencia C-260 MP. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2011). Sentencia C-771MP. Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2012). Sentencia C-052 MP. Nilson Pinilla Pinilla
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2012). Sentencia C-782 MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

- Corte Constitucional colombiana, (2012). Sentencia T-715 MP. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2013). Sentencia C-280 MP. Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2013). Sentencia C-099 MP. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2013). Sentencia C-579 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2014). Sentencia C-616 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2015). Sentencia C-280.
- Corte Constitucional colombiana, (2015). Sentencia T-655 MP. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2016). Sentencia C-233 MP. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2016). Sentencia C-473 MP. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional colombiana. (2016). Sentencia T-130 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional colombiana, Sala Plena. (2018). Sentencia C-017 MP. Diana Fajardo Rivera.
- Córdoba, A.M. (2003). Protección de la víctima en el nuevo sistema procesal colombiano. *Derecho penal y criminología*, 14(74), 77 y ss. Universidad Externado de Colombia.
- Cyrułnik, B. (2001). *La maravilla del dolor*. Granica.
- Cyrułnik, B. (2006). *La resiliencia: des victimizar la víctima*. Editora Feriva.
- García, M., y Domínguez, E. (2013). Desarrollo teórico de la resiliencia y su aplicación en situaciones adversas: Una revisión analítica. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 11(1), 63-77.
- Gaviria, L.V. (2003). La víctima en el sistema acusatorio del nuevo Código de Procedimiento Penal. *Revista Derecho Penal y Criminología*, XXIV(74), 93 y ss. Universidad Externado de Colombia.
- López, M. (2006). *Interpretación Constitucional*. Legis.
- López, M. (2006). (2015). *El derecho de los jueces*. Legis.
- Luthar, S. (2006). Resiliencia en el desarrollo: Una síntesis de la investigación a lo largo de cinco décadas. *Psicopatología del desarrollo*, 3, 739-795.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito – UNODC. (2004). *Ponencia: Hacia un nuevo paradigma: miradas interdisciplinarias sobre modelos y metodologías*, *Foro sobre el menor infractor*. Medellín.

- Organización de las Naciones Unidas. (1985). *Resolución 40/34 Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*.
- Osborn, A. (1993). *¿Cuál es el valor del concepto de resiliencia para la política y la intervención?* Niño Católico Internacional Burea.
- Protocolo Adicional I (1977).
- Rutter, M. (2000). Resiliencia reconsiderada: Consideraciones conceptuales. *Manual de intervención en la primera infancia*. Cambridge University Press.
- San Pedro, A. J. (2003). Las víctimas y la reparación en el derecho penal. Foro sobre la reforma constitucional a la justicia penal. Bogotá: Legis.
- San Pedro, A. J. (2002). La humanización del proceso penal. Legis.
- Vanistendael, S. (2003). *Cómo crecer superando los percances*. Gedisa.
- Vanistendael, S., y Lecomte, J. (2002). *La felicidad es posible. Despertar en niños maltratados la confianza en sí mismos: construir la resiliencia*. Gedisa.
- Venegas, B., y Gómez, C. (2015). *La resiliencia en la construcción de los proyectos de vida: una perspectiva de la mujer víctima de desplazamiento forzado*. Trabajo de grado de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia UNAD, Popayán, Colombia.



# Las sanciones propias en la Justicia Especial para la Paz y el Estatuto de Roma

## *Own sanctions in the Special Justice for Peace and the Rome Statute*

DOI.: <https://doi.org/10.15332/iust.v0i20.2871>

**Rubén Darío Escobar Cardona<sup>1</sup>**

### Resumen

Como objetivo general del artículo se compararán las sanciones propias señaladas en la Justicia Especial para la Paz con las del Estatuto de Roma, para los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra y su posible compatibilidad, a fin de evitar el ejercicio de la jurisdicción internacional.

La investigación inicia atendiendo a algunos aspectos preliminares de contextualización del tema y la primera parte atiende a los puntos 1. Las penas en la legislación colombiana. 2. Las penas en el Estatuto de Roma y 3. Las sanciones en la Justicia Especial para la Paz. Contrastando los instrumentos para los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra.

En la segunda parte tenemos el punto 4. Enfoque de las sanciones. Donde se abordan las penas de los diferentes textos legales y los enfoques de estas, que pertenecen a diferentes perspectivas; las unas de carácter retributivo y las otras con una visión de carácter restaurativo.

Finalmente, se examina sobre la compatibilidad de unos y otros instrumentos legales, en el punto 5. Penas propias e impunidad. Para concluir que las penas propias son las únicas que podrían presentar dificultad, dado el difícil reto de la supervisión visto en el punto 6. Régimen de control de la restricción de la libertad. De la efectividad de su implementación y verificación depende su carácter genuino o una burla a las víctimas.

**Palabras clave:** Penas, sanciones propias, justicia restaurativa, justicia retributiva, justicia transicional.

### Abstract

The general objective of the article is to compare the self-imposed sanctions indicated in the Special Jurisdiction for Peace with those of the Rome Statute for the crimes of Human Rights Violations and War Crimes, and their compatibility in order to avoid the exercise of international jurisdiction.

<sup>1</sup> Abogado, especialista en Casación Penal, especialista en Pedagogía y Semiótica de la Lengua Materna, magíster en Reconciliación y Convivencia con énfasis en Derechos Humanos y Victimología, docente de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia. Correo electrónico: [ruben.escobar@ustabuca.edu.co](mailto:ruben.escobar@ustabuca.edu.co) ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-9971-9232>

The investigation begins by addressing some preliminary aspects of contextualization of the topic, and the first part focuses on the following points: 1. Penalties in Colombian legislation; 2. Penalties in the Rome Statute; and 3. Sanctions in the Special Jurisdiction for Peace. Contrasting the instruments for crimes of human rights violations and war crimes.

The second part examines point 4. Approaches to sanctions, addressing the penalties in the different legal texts and their perspectives, which belong to different frameworks: some with a retributive nature and others with a restorative vision.

Finally, point 5 explores the compatibility of both legal instruments in relation to self-imposed penalties and impunity. The conclusion is that self-imposed penalties are the only ones that could present difficulties, given the challenging task of supervision, as discussed in point 6. Control regime of liberty restrictions. The genuineness or mockery of the victims depends on the effectiveness of its implementation and verification.”

**Keywords:** Penalties, own sanctions, restorative, retributive, transitional justice.

## **Las sanciones propias en la Justicia Especial para la Paz y el Estatuto de Roma**

**Rubén Darío Escobar Cardona**

### **INTRODUCCIÓN**

A partir de la institucionalización de la Justicia Especial para la Paz (JEP) como parte esencial del componente del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, pactado en los acuerdos para la terminación de la confrontación violenta y armada del grupo terrorista FARC (EP) y el gobierno del régimen del mandatario Juan Manuel Santos, en Colombia; se establecieron sanciones o penas de carácter diferente a la reclusión en establecimiento penitenciario, y se adoptaron otras bajo una perspectiva de carácter restaurativo.

Con el cambio de paradigma sancionatorio es frecuente que las víctimas y algunos sectores de opinión tengan una percepción según la cual, las penas propias establecidas en la JEP tal y como están propuestas conducen a la impunidad; pues ellas, pueden no ser reconocidas como genuinas a la luz del Estatuto de Roma. Dicho tratado de carácter vinculante para el Estado colombiano forma parte del llamado Bloque de Constitucionalidad y, por ende, de la legislación interna. En este sentido diversos autores han señalado que las sanciones propias pueden resultar siendo laxas y generar impunidad.

“Consideramos que la imposición de condenas meramente restaurativas y sumamente atenuadas por la comisión de crímenes internacionales por parte de los mayores responsables, independientemente de su reconocimiento de verdad y responsabilidad, no es sino un mero cálculo de oportunidad política que podría no respetar el Derecho Internacional” (Loyo, 2017, p. 49).

El estatuto de Roma señala que las penas para tales crímenes de Lesa Humanidad y de Guerra deben ser genuinas y no aparentes. De las sanciones establecidas en la JEP, catalogadas como Propias, Alternativas y Ordinarias, solamente las primeras que no son privativas de la libertad y se concretan a través de actividades de tipo

reparador; son las que ofrecen motivo e inquietud y son materia para la presente reflexión. Considerando lo anterior emerge válidamente la pregunta:

¿Las penas señaladas en la JEP para los responsables de los delitos de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra son compatibles con las penas establecidas en el Estatuto de Roma para esta misma clase de delitos?

En desarrollo del objetivo general del presente documento, fue necesario comparar las sanciones penales señaladas en la Justicia Especial para la Paz con las del Código Penal y el Estatuto de Roma, para los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra. En los objetivos de carácter específico se buscó: 1) Establecer las diferencias entre las penas de uno y otro estatuto. 2) Contrastar la naturaleza jurídica de la sanción para cada modelo punitivo. 3) Determinar la hipotética compatibilidad entre las diferentes formas de penalidad y 4) Vislumbrar la validez de la purga de la pena o la posible impunidad.

Obligatorio, por lo tanto, el examen de los elementos constitutivos de dichas sanciones para verificar si pueden armonizarse y por lo tanto ser compatibles con la legislación internacional; lo anterior para disipar la natural prevención que le asiste a toda víctima y a la sociedad en general, que es la de considerar tales penas propias como un remedo de sanción, y ser en realidad, simplemente, un mecanismo encubridor y por ende fuente de injusticia por su aparente castigo.

Con el señalado propósito, se avocaron los documentos en que se plasman las diferentes formas de sanción, vistos a través de su naturaleza y función; logrando establecer que los mismos permiten considerar la compatibilidad y armonización entre ellos, de cara a los fines perseguidos por uno y otro instrumento, siempre bajo la perspectiva de protección a la víctima y evitando la impunidad. Quedando a salvo su verificación para su eficacia.

## METODOLOGÍA

Con la intención de responder a los objetivos propuestos en el presente texto, se aborda la investigación desde el enfoque cualitativo, con un método hermenéutico, utilizando para ello un diseño de análisis documental como son el contraste de los instrumentos que institucionalizaron la llamada justicia para el régimen de transición o Justicia Especial para la Paz (JEP), versus el Código Penal y el tratado internacional mediante el cual se adoptó en Colombia el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) como parte de la legislación interna.

El primer aspecto del análisis se hará yuxtaponiendo los textos específicos relacionados con el tipo de penas aplicables para los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, contrastándolos entre uno y otro instrumento documental; a fin de encontrar sus diferencias y concordancias.

Para el segundo aspecto, se busca a la luz de la doctrina y de la teoría, el significado conceptual y los alcances de los términos señalados como esenciales e inherentes a la problemática planteada.

Finalmente, con los anteriores insumos se aborda la discusión sobre si entre las penas en uno y otro instrumento puede existir algún grado de compatibilidad o son totalmente contradictorias; encontrando que solamente a través de los mecanismos de implementación de las sanciones propias, de su control, seguimiento y verificación, se puede cumplir o no con su propósito o activar la jurisdicción internacional.

## **Aspectos preliminares**

Con la suscripción de los documentos que integran los pactos y compromisos contenidos en el instrumento titulado Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, como ya se mencionó, suscrito entre gobierno del mandatario Santos y el cabecilla del grupo armado ilegal FARC (EP); se dio inicio a una nueva era en materia de tratamiento legal, no solamente para aquellos miembros de esta organización criminal, sino también para los miembros de la Fuerza Pública que en desarrollo del considerado Conflicto Armado Interno hubiesen incurrido en graves conductas criminales. Cubre el pacto también a aquellos terceros y otros agentes del Estado que de manera voluntaria acudan ante esta jurisdicción.

Los innumerables actos de violencia perpetrados contra los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, durante un lapso aproximado a cincuenta (50) años, en que incurrieron los combatientes, son sometidos al tratamiento del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SVJRN). Uno de sus componentes esenciales es conocido como la Justicia Especial para la Paz (JEP), institución de carácter transicional, habida cuenta que la llamada Justicia Ordinaria no tiene la capacidad logística, ni instrumental para investigar uno a uno todos los casos en los que hubo ruptura de las leyes nacionales e internacionales, que se rige por otros parámetros y enfoques sancionatorios.

Característica propia de la Justicia Transicional, frente a la descomunal tarea de juzgar la enorme criminalidad o la masificación de las acciones oprobiosas y violentas contra la legalidad, es la de seleccionar grupos de casos, en el entendido de la incapacidad de atender como ya se dijo al juzgamiento de autores individuales y uno a uno todos los hechos. Se hace necesario entonces establecer criterios de selección y priorización. La Justicia Especial para la Paz (JEP) debe escoger aquellos más graves y representativos, de los cuales hasta el momento se han abierto varios casos, entre ellos: Caso 001 abierto el 6 de julio del 2018. Retención ilegal de personas por parte de las Farc (EP). Caso 002 abierto el 10 de julio de 2018, que prioriza la grave situación de derechos humanos padecida por la población de los municipios de Tumaco, Ricaurte y Barbacoas (Nariño). El Caso 003 abierto el 17 de julio de 2018, trata sobre las muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado. Caso 004 abierto el 11 de septiembre de 2018, que atiende de manera prioritaria la situación humanitaria de los municipios de Turbo, Apartadó, Carepa, Chigorodó, Mutatá, Dabeiba (Antioquia) y El Carmen del Darién, Riosucio, Unguía y Acandí (Chocó). Caso 005 abierto el 8 de noviembre de 2018,

prioriza la situación humanitaria de los municipios de Santander de Quilichao, Suárez, Buenos Aires, Morales, Caloto, Corinto, Toribio y Caldon (Cauca). Caso 006 denominado Victimización de miembros de la Unión Patriótica (UP) y el Caso 007 Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado colombiano. El Caso 008 Crímenes cometidos por la fuerza pública y paramilitares; anunciado el 30 de agosto de 2022. Caso 009 Crímenes cometidos contra pueblos y territorios étnicos en el conflicto armado. Abierto el 13 de septiembre de 2022. Caso 010 Crímenes no amniables cometidos por las Farc-EP en el marco del conflicto armado colombiano. Apertura del 15 de julio de 2022. Sobre crímenes cometidos por las Farc-EP durante el conflicto armado. Entre estos están graves infracciones al derecho penal internacional como homicidios de personas protegidas por el derecho internacional humanitario, desapariciones forzadas, desplazamiento forzado, violencia sexual, y el uso de medios y métodos ilícitos de guerra.

Como se puede apreciar, la selección y priorización de los casos más emblemáticos, por parte de la JEP, en aquellos sectores en que la intensidad del sufrimiento fue mayúscula, es apenas una tarea que comienza, pero tan solo con uno de los mismos, se abre la posibilidad del conocimiento de la verdad plena sobre lo acontecido, sus partícipes, sus motivaciones, sus réditos y en fin, todas aquellas circunstancias que de alguna manera fueron extrínsecas e intrínsecas a la perpetración de tan execrables delitos.

Con la aspiración de haber conocido lo más ajustado a los hechos, los partícipes, las causas, las motivaciones y, en fin, todo el contexto o circunstancias de tiempo, modo y lugar de una realidad con verdad plena, se sigue inexorablemente la de las sanciones. Frente a la clase de delitos contra la humanidad y de aquellos cometidos que quebraron los mínimos de guerra, se tienen unas sanciones en la legislación ordinaria y otras por vía del llamado bloque de constitucionalidad, que forma parte del régimen interno y que es de carácter supletorio, en caso de no aplicarse la legislación ordinaria.

Es necesario brevemente considerar la armonía o posibles contradicciones, entre aquellos y la novedosa propuesta de la Justicia Especial para la Paz.

### ***1. Las penas en la Legislación colombiana***

El régimen penal colombiano conocido también como la justicia ordinaria, en su Código Penal ha establecido el Título II los Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.

Conforme al artículo 135 de nuestro estatuto penal, la persona protegida es el eje central de los bienes protegidos como el homicidio, las lesiones, la tortura, el acceso carnal violento, la esterilización, el embarazo, la desnudez, el aborto, la prostitución, –estos cinco últimos en condición de forzados– la esclavitud sexual y trata de personas con fines de explotación sexual.

En cuanto a los medios y las maneras de ejecución de las acciones armadas, se establecieron como tipos penales: Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, la perfidia, actos de terrorismo, actos de barbarie, los tratos inhumanos y degradantes

y experimentos biológicos en persona protegida, actos de discriminación racial, toma de rehenes, la detención ilegal y privación del debido proceso, el constreñimiento a apoyo bélico, despojo en el campo de batalla, la obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias. Lo anterior de conformidad al Título II del Código Penal Colombiano.

En relación con los bienes, la destrucción y apropiación de bienes protegidos, destrucción o utilización de bienes culturales y lugares de culto. El ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, las represalias, la deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. Los atentados a la subsistencia y devastación, la omisión de medidas de protección a la población civil, el reclutamiento ilícito, la exacción o contribuciones arbitrarias, y aquellos actos que conlleven la destrucción del medio ambiente.

Ahora bien, todas y cada una de las sanciones para los anteriores delitos son para las treinta y seis (36) disposiciones establecidas en el título, tienen como penas principales la prisión, además la multa y en once (11) de ellas se añade la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Lo anterior en consonancia con el artículo 35 del mismo estatuto define como penas principales aquellas privativas de la libertad con cumplimiento en prisión, también las de carácter económico o multa y todas aquellas otras que cercenan otros derechos.

Establecido que las sanciones son de prisión, recabamos en el concepto que de prisión se tiene dentro de la dogmática del derecho penal, considerado así:

Esta sanción supone la reclusión del condenado en un establecimiento penitenciario, en el que debe permanecer privado de la libertad y ser sometido a un régimen específico de vida. Sin embargo, lo anterior no significa que solo se le prive del derecho a la libertad de locomoción, puesto que, por ser inherente a la misma sanción, también se le imponen limitantes, en el plano de la libertad de expresión, de asociación, de reunión y de manifestación, amén de restricciones el goce de la libertad sexual, de otros derechos civiles o de prerrogativas de índole económica y familiar. Se trata de una pena que ha estado presente en todas las etapas del desarrollo del género humano y, para poner un ejemplo, ya existía la prisión por deudas en el derecho romano; es evidente que ella ha tenido importancia mayúscula a lo largo de los últimos dos siglos, como lo prueba el hecho de su previsión generalizada en diversas legislaciones, aunque en los últimos decenios ha entrado en crisis y ha dado cabida a las penas pecuniarias y a otros sustitutivos (Velásquez, 2009, p. 1040).

No es difícil descubrir que en todos los tipos penales relacionados con el Derecho Internacional Humanitario establecen penas privativas de la libertad como pena principal. De los cuales solo 19 tipos penales de ellos tienen penas menores a los ocho (8) años y que hipotéticamente serían susceptibles en la justicia ordinaria, de ser exclusivas, de tener vocación para la prisión domiciliaria.

La perspectiva de la imposición de la pena tiene además un carácter retributivo, esto es, que frente al comportamiento punible la política criminal del Estado retribuye al ofensor con la pena, es así como lo señala el artículo cuarto del Código

Penal colombiano (Ley 599 de 2000): “Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa...”.

Desde esta perspectiva, el enjuiciamiento de los perpetradores de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad debe ser individualizado, identificado, juzgado y condenado uno por uno, a fin de cumplir con las expectativas de la sociedad en materia de satisfacción. La prisión así se erige como la protagonista y garante de la no impunidad y genera en consecuencia esa sensación de complacencia para las víctimas y ofendidos directos, como ofrece tranquilidad y seguridad colectiva. No obstante, el volumen de delitos hace inviable tal alternativa, pues su número, diversidad, modalidades de participación y su extensión en lo temporal, sobrepasa la capacidad del aparato judicial institucional actual.

Pero la legislación penal interna por vía de la constitucionalización del derecho debe atender –siguiendo a Kelsen– un sistema jurídico jerarquizado, no solo a la punición de la violación los derechos constitucionales fundamentales, sino también a todas las contenidas en los tratados que en materia de derechos humanos forman parte del llamado “bloque de constitucionalidad” y por esta vía de convencionalidad respetar los estándares de la Corte Penal Internacional (CPI).

Luego, el reconocimiento de los principios en el sistema jurídico como estándares significa que de estos pueden derivarse obligaciones jurídicas, bien porque aquellos han quedado encuadrados e incorporados como normas tradicionales, o porque su vinculación deviene de la afirmación de máximas de justicia y dignidad universales, como en las que se expresan los diferentes estándares convencionales a los que debe sujetarse el Acuerdo Final, sin desconocer el ordenamiento jurídico positivo, sino integrándolo para lograr el mayor alcance en la protección de los derechos humanos de los ciudadanos y regular razonadamente las decisiones de los casos en que se presentan violaciones, vulneraciones y tensiones entre derechos e intereses dentro de una sociedad democrática que, como la colombiana, busca reconstruirse para lograr la convivencia, la tolerancia y la paz (Santofimio, 2018, p. 288).

Todo lo anterior en el entendido que, si las disposiciones de nivel interno tienen como eje la persona humana y las supranacionales también; tal confluencia solo redundaría en amalgamar tanto el derecho nacional como el supranacional de una manera articulada, armónica y sistemática, conformando un solo ordenamiento jurídico. Sendero cuyo final debe ser el mismo a pesar de las tensiones entre estos.

## ***2. Las penas en el Estatuto de Roma***

Colombia en lo relativo a la regulación de la guerra y las hostilidades, ha adoptado muchos de los tratados internacionales, entre ellos los Convenios de Ginebra mediante la Ley 5 de 1960, Ley 17 de 1930 sobre Derechos y Deberes de los Estados en confrontaciones de carácter civil, también a renunciar a la guerra como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas y a buscar tan solo por medios pacíficos el arreglo o solución de cualquiera diferencia que pueda surgir entre ellos, mediante Ley 29 de 1930, rechaza el empleo en la guerra de gases asfixiante,

tóxicos y similares o bacteriológicos en guerra mediante la Ley 10 de 1980, en 1992 suscribió el Protocolo I de los Convenios de Ginebra y con la Ley 171 de 1994 el Protocolo II. La Ley 742 del 5 de junio de 2002 aprobó el Estatuto de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998.

Tal y como lo hemos señalado en otras oportunidades, este conjunto de normas ingresó al llamado “bloque de constitucionalidad”, y hace parte de la llamada “globalización de la justicia o globalización de la persecución a los macro atentados a nivel internacional”.

Así pues, compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano con la firma o suscripción y posterior ratificación de tales instrumentos otorgan el carácter obligatorio a su cumplimiento por vía del bloque de constitucionalidad, el cual actúa en señalamientos mínimos y genéricos con respecto a las diferentes circunstancias que regula: en el marco de los derechos humanos, como barrera de contención del Estado, y en el marco del DIH, como mínimos regulativos del conflicto internacional y del conflicto no internacional. Empero, ambos son protección a la persona humana y, por ella, a los bienes que producen el concepto de protección (Guzmán, 2001, p. 657).

El Protocolo II de los Convenios de Ginebra es un documento que obedece a una serie de esfuerzos para lograr el consenso de la comunidad internacional para el establecimiento de un organismo de carácter transnacional, que protegiera de manera efectiva de los crímenes contra la humanidad. El primero de julio de 2002 entra en vigor el Estatuto de la Corte Penal Internacional, como resultado de la ratificación de más de sesenta Estados.

La Corte Penal Internacional fue concebida como un instrumento para combatir la impunidad y lograr el respeto y la efectividad de los derechos humanos básicos, de las leyes de la guerra y del derecho internacional humanitario, incluso dentro de las fronteras de un Estado. Complementa los sistemas penales nacionales en la sanción de los responsables, en la reparación a las víctimas y en el restablecimiento de los derechos, al buscar que quienes sean responsables de cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o el crimen de agresión, y no hayan sido o no hayan podido ser juzgados en el ámbito nacional, sean juzgados por una Corte Penal Internacional con vocación de universalidad (Corte Constitucional colombiana, 2002).

Es que todo el esfuerzo legal, se erige en contra de la impunidad de cara a los delitos que atentan contra la dignidad humana, a los actos de barbarie, ferocidad y salvajismo. Abarca todas aquellas acciones que, al atacar la conciencia de la humanidad por su gravedad, afecta todas las naciones. Se conoce como el “*core delicta iuris Gentium*” y cuya sanción incumbe a todos los pueblos por formar parte de ese cuerpo esencial de los crímenes que afectan a toda la humanidad y ofende la conciencia y el derecho de todas las naciones, pues son de la esencia misma de la persona humana, inmarcesibles e inalienables.

El Estatuto de Roma, al ser reconocido en el orden interno por vía del artículo 93 de nuestra Carta Política, por ser un Tratado Internacional en materia de derechos humanos DD.HH., reconoce la competencia de la Corte Penal Internacional, sin que

ello equivalga a la renuncia de la jurisdicción por parte de nuestro país en tratándose de juzgamiento para los delitos de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o el crimen de agresión. Todo apunta al conocimiento, procesamiento y la sanción para los responsables y a evitar la impunidad. Es una jurisdicción complementaria en el caso de que los Estados no puedan o no quieran hacerlo. Por otra parte, en ejercicio de su soberanía los Estados pueden establecer las sanciones y procedimientos penales con referencia a los delitos arriba mencionados y "...deberá hacerse de tal forma que resulte compatible con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y con los fines de lucha contra la impunidad que resalta el Estatuto de Roma" (Corte Constitucional colombiana, 2002). Quiere esto decir que, en materia de sanciones, las mismas tienen que ser compatibles con el Estatuto, pues de otra forma la Corte Penal Internacional (CPI) podría ejercer su jurisdicción bajo el entendido que el propósito del tribunal "Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte" (Estatuto de Roma artículo 20 numeral 3 literal a) o de considerarse que la situación decidida se realizó "...de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia" (Estatuto de Roma, artículo 20 numeral 3 literal b).

Ahora bien, en tratándose de las sanciones, el artículo 77 del Estatuto de Roma establece para los delitos de su competencia, esto es, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y el de agresión, la pérdida de la libertad mediante la reclusión.

DE LAS PENAS Artículo 77. Penas aplicables. 1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes:

a) "La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30; o La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado" (Estatuto de Roma, artículo 77).

Es necesario recalcar que el carácter complementario y supletivo del instrumento internacional, dentro del marco de la justicia ordinaria, no tiene discusión y no es el propósito de este escrito abordarlo; en cambio la tensión surge, cuando es en el marco de la justicia de transición o de la especial para la paz y su directa relación con las sanciones que se deban aplicar a quienes quebrantaron las normas contenidas en el derecho internacional humanitario – DIH y Lesa humanidad.

### ***3. Las sanciones en la Justicia Especial para la Paz***

La finalidad de las sanciones dentro del contexto de la JEP está centrada en la reparación a las víctimas y a la búsqueda de la paz, buscan reparar y restaurar el daño que fue causado en el accionar de la contienda.

Las penas aplicables para los delitos que con ocasión o causa y que tengan relación directa o indirecta con el conflicto armado interno y que posean las connotaciones de ser crímenes de guerra, de lesa humanidad, se han dispuesto en el marco de los acuerdos, en las siguientes categorías, dependiendo del aporte de reconocimiento y de verdad sea en una etapa inicial o temprana, tardía o de una negación frente a los mismos.

**Sanciones Propias:** Este tipo de sanciones no llevan privación de la libertad, como tampoco medidas de aseguramiento. Si la participación del compareciente no fue determinante en los hechos, se sancionará con una pena que va de 2 a 8 años de restricción de la libertad, mas no de pérdida de la libertad. En los demás casos el factor temporal se amplía de 5 a 8 años.

En la página de la web oficial de la JEP (2018) se señala al respecto:

Sanciones propias. Consisten en obras y trabajos de reparación del daño causado e implican una restricción efectiva de la libertad de 5 a 8 años en establecimientos no carcelarios. Esta sanción se impondrá a aquellos que aporten verdad y reconozcan responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de Hechos y Conductas...

Como condición para acceder a este tipo de sanciones se requiere que el compareciente desde un primer momento contribuya a la verdad plena y se encuentre dispuesto a la reparación simbólica (no pecuniaria).

Las llamadas Sanciones Alternativas se han dispuesto para aquellos comparecientes que hacen un reconocimiento tardío de su participación en los hechos e implica la privación de la libertad, procediendo también la medida de aseguramiento. Establece una pena de 2 a 5 años en el caso que la participación del compareciente no hubiese sido de carácter determinante, de lo contrario el monto punitivo va de 5 a 8 años. Cabe aclarar que el concepto de reconocimiento tardío se establece entre el momento en que la Unidad de Investigación y Acusación se hace cargo de las actividades investigativas de la participación del compareciente en el caso hasta antes de dictarse sentencia. Sobra advertir que los otros requisitos de aporte a la verdad y la reparación se dan por descontados (artículo 129, LEAJEP).

En cuanto a las sanciones ordinarias, hay que decir que se constituye en la más severa de las sanciones y conlleva una pérdida de la libertad durante un tiempo que va desde los 15 a los 20 años. Se hacen acreedores de ella los comparecientes que no acepten responsabilidad, no aporten a la verdad y sean declarados culpables por el Tribunal de Paz. Hay que señalar que son aplicables las redenciones, subrogados y rebajas de pena por trabajo, estudio o capacitación.

Todos los anteriores beneficios legales para conceder la redención de las penas, los subrogados y mercedes por actividades del reo en pro de su mejoramiento personal y como muestra de vocación de resocialización, solo podrán aplicarse a las penas ordinarias.

Como se puede apreciar a simple vista, la dificultad o tensión de las sanciones en la justicia especial para la paz y las establecidas en el Estatuto de Roma son en principio incompatibles, pues mientras que las establecidas en la legislación interna, incluidas las contenidas en los compromisos internacionales, la libertad se pierde por purgamiento intramural, en la justicia de transición se abre la probabilidad –al menos en las sanciones propias– de permanecer en libertad con ciertas restricciones. He aquí el quid del asunto.

### **Enfoque de las sanciones**

Es claro que las sanciones establecidas en el Código Penal, como también en el Estatuto de Roma tienen un marcado acento en lo retributivo. Las penas usualmente y a través de la historia por esta clase de crímenes, llevan directamente a las prisiones muchas veces en muy malas condiciones locativas. Mantener tras las rejas a los perpetradores de crímenes atroces, de barbarie y ferocidad inaudita, parece que es el pago equivalente que la sociedad pretende darle a los autores de tan execrables conductas. Hacerle pagar en carne propia al autor de los sufrimientos infligidos a la sociedad, para que en medio de la serenidad de la prisión reflexione sobre sus conductas, recapacite y acepte su comportamiento como dañino para la población. La pérdida de la capacidad de circulación, el confinamiento y la neutralización de su capacidad para repetir las macabras prácticas, son en sí la razón de ser de la pena intramural destinada al autor y sus colaboradores.

Jean Hampton (2007) considera que “el castigo debe ser previsto como una vía para enseñarle al criminal que la acción que realizó es prohibida porque ella es moralmente mala, y no debe ser hecha por esta razón” (p. 143). En este sentido, el uso del castigo debe orientarse a que el delincuente, por medio de la comunicación, adopte una actitud reflexiva sobre sus acciones indebidas, las reconozca como actos contrarios a la ley y al derecho de los demás, y se comprometa con acciones de reparación (Cortés, 2018, p. 75).

Para las víctimas de los crímenes, por lo menos es un alivio considerar que el criminal ya no puede continuar con su accionar delictivo, ya no puede causar más daño y sufrimiento, menos solazarse jactancioso de su proceder inaceptable. La prisión asegura a la sociedad que quien tiene la capacidad destructiva ya no puede desplazarse para realizar otras conductas y su retención permite conforme a las políticas criminales o bien recuperar su sentido social para volver a la misma o si es a perpetuidad, servir de escarmiento y disuasión para quienes pretendan emprender una aventura similar, pues la ley y, el aparato judicial y punitivo se encuentran vigentes y actuantes.

El confinamiento se centra en la protección social, en la prevención del daño posible, en el castigo y a través del dolor que pretende enderezar el comportamiento dentro de las normativas sociales y adecuado en la comunidad.

Un nuevo enfoque se presenta con la mirada puesta en la víctima, pero que también considera de manera diferente al autor de los actos criminales.

Toda la Justicia para la Paz se ha centrado en la víctima, que usualmente en todos los sistemas penales se ha visto relegada a un papel secundario en la medida que era la majestad del Estado y la sociedad mediante la ley, quienes reclamaban en primer lugar el *ius puniendi*, dejando olvidada o relegada en segundo plano al ofendido.

Desde otra perspectiva, en cuanto al autor, y considerando que las causas de los crímenes se deben a una especie de disfuncionalidad ajustable y esa irregularidad del comportamiento de un miembro de la sociedad puede ser ajustada, reorientada o reorganizada. Se examina al delincuente y se propone un método fundamentado en lo reparativo, se busca recuperar la funcionalidad armónica de la sociedad por medio de esquemas de participación, de cooperación y de reinserción a la sociedad, por medio de la acción y la participación. Se hace énfasis en el aporte de reparación por el daño por medio de acciones a favor de la *polis*, que van desde reconocer su actuación, contar la verdad de lo sucedido, sus motivaciones, los beneficios que obtuvo, el daño que causó; el reconocimiento que tales acciones son delictuales y vergonzosas, el pedir perdón a las víctimas directas y a la sociedad, además de manifestar el propósito de enmienda para que tales conductas no se vuelvan a presentar. Por su parte, el Estado al faltar a su deber de garantizar la seguridad deberá hacerse cargo de las indemnizaciones de carácter pecuniario a las víctimas.

“Con esto se resume una idea central de la justificación del fin de la pena en la justicia transicional. No se debe castigar de forma pasional, vengativa, retributiva, sino de forma reflexiva en función del mejoramiento del autor mediante la resocialización o en función del aseguramiento de los otros. Sobre esto Platón afirma: ‘El que castiga de forma racional castiga, no por lo injusto ya cometido, porque ya no es posible que lo ya haya sucedido deje de suceder, sino o las faltas que puedan sobrevenir, para que no reincida el propio autor ni los otros que observan cómo es castigado’ (Cortés, 2018, p. 74).

Los dos enfoques señalados se ponen en tensión, al considerarse, por una parte, que el castigo debe ser traducido en la reclusión del autor en establecimiento carcelario y, por la otra, que la sanción propia, canjea la verdad y la reparación a cambio de una restricción de la libertad.

En la justicia transicional se da una profunda tensión entre la justicia y la paz, entre el derecho y la política, entre una justicia retributiva que mira hacia el pasado y una justicia restaurativa que mira hacia el futuro. Pero la justicia transicional debe ser comprendida como justicia porque surge en determinados momentos políticos de crisis o de transición, y tiene que resolver la difícil tarea de encontrar un punto de equilibrio entre quienes reclaman desde la justicia retributiva castigar a todos los criminales y, quienes reclaman impunidad absoluta y pretenden que no haya ningún tipo de castigo (Ambos, Cortés y Zuluaga, 2018, p. 26).

Es este nuevo panorama que con relación a la sanción ha puesto sobre la discusión las penas en la Justicia Especial para la Paz - JEP.

#### **4. Penas propias e impunidad**

Visto lo anterior y a la luz de los compromisos en el orden internacional y del orden nacional y dado que como ya se ha señalado, los tratados internacionales en materia de derechos humanos forman parte del orden interno por mandato constitucional, no queda sino examinar si el desconocer las penas de prisión contenida para esta clase de delitos graves y reemplazarlas por las llamadas sanciones propias en el marco de los acuerdos para dar finalización al conflicto, son una especie sofisticada y artificiosa forma de impunidad.

A propósito de este aspecto, la Organización Internacional Observadora de Human Rights Watch, a través de su vocero José Miguel Vivanco con relación a las sanciones manifestó el 21 de diciembre de 2015:

El acuerdo, anunciado por los negociadores del gobierno y las FARC en La Habana el 15 de diciembre de 2015, establece que un nuevo Tribunal para la Paz se ocuparía de juzgar a responsables de graves delitos cometidos durante el conflicto armado. Los responsables de delitos de lesa humanidad y graves crímenes de guerra que cooperen con el nuevo sistema judicial y confiesen estos actos recibirían una pena máxima de ocho años en ‘condiciones especiales’ que supondrían la ‘restricción efectiva de la libertad’.

“El acuerdo contiene numerosas alusiones a la justicia, la rendición de cuentas e incluso a restricciones efectivas de la libertad”, señaló José Miguel Vivanco, director para las Américas de Human Rights Watch. Sin embargo, un análisis minucioso del texto revela numerosas ambigüedades, omisiones y lagunas que convierten a tales referencias, en el mejor de los casos, en promesas vacías.

El gobierno y las FARC anunciaron en septiembre que las sanciones bajo “condiciones especiales” no supondrían penas de prisión. El acuerdo del 15 de diciembre asegura que “en ningún caso” estas condiciones consistirán en “cárcel o prisión” ni en “medidas de aseguramiento equivalentes”, y limita todas las restricciones a la libertad a aquellas que sean “necesarias” para ejecutar proyectos de “reparación y restauración”.

Ningún tribunal internacional ha permitido que aquellos que han sido condenados por crímenes de guerra puedan evitar la prisión por crímenes tan graves”, observó Vivanco. “Este nuevo acuerdo va incluso más allá y garantiza que no enfrentarán un castigo ni siquiera remotamente serio” (Vivanco, 2015).

No punir o no imponer pena o imponer una de tal clase que no se sienta como pena o aflicción, es burlar el sentido de retribución al delito y bajo esta forma claramente existe impunidad. No obstante, si es precisamente el objetivo de la pena recuperar al individuo perdido para hacerlo útil a la sociedad, ese no es el único camino. Sin la función de la pena solamente el castigo, no habría forma de modularla, pero si la función finalmente tiene como propósito la resocialización, el camino puede ser diferente, porque se trata de buscar retribuir, resarcir de algún modo y por este medio resocializar, convergiendo los dos sistemas de pena al mismo punto.

En consecuencia, ese latente y oculto sentido de venganza, del viejo “ojo por ojo”, la delectación de quien se regocija con el sufrimiento del salvaje dañador no hace sino rebajarse a su mismo nivel. Precisamente el elevamiento de la condición moral estriba en superar la animalidad para ascender a la racionalidad o si se quiere a la mística de una proyección espiritual. Superar el viejo concepto de retaliación, de retribución por el de resarcimiento reparador, nos permite avanzar en un sentido humanitario y de perfección.

Vale la pena considerar que:

Respecto de los anteriores puntos la Corte Penal Internacional ya se ha pronunciado a través del vicesfiscal, admitiendo que los Estados tienen autonomía para implantar “las sanciones alternativas penales” con las que se debe castigar a los actores de la confrontación armada interna. No obstante, existen parámetros que deben seguirse debido a los compromisos adquiridos a nivel internacional. Igualmente, el Estado colombiano tiene la discrecionalidad para elaborar el modelo de justicia transicional más conveniente en la búsqueda de su objetivo de paz.

Las penas alternativas diferentes a la prisión también son compatibles con los parámetros internacionales en materia de delitos de lesa humanidad, pues, como ya está claro el propio Estatuto de Roma deja un margen de discrecionalidad a los países para establecer penas alternativas serias, que sean diferentes a la privación de la libertad cuando las circunstancias lo ameriten, el Estatuto tampoco prescribe un determinado tipo de pena o duración específica de las mismas que los Estados deban imponer.

Los deberes internacionales de persecución y sanción de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional no llevan necesariamente la aplicación de penas de prisión como tampoco lo hace el Estatuto de Roma, la determinación de la sanción y su gravedad pertenecen al margen de apreciación del legislador, limitados por el principio de proporcionalidad de la pena y el cumplimiento de los fines a esta en el Estatuto de Roma” (Aranguren, 2016, p. 196).

No obstante, el constante reconocimiento social de señalamiento para quienes ejercen tareas de reparación es de por sí un continuo reproche y recordatorio de sus actividades criminales; lo que constituye un repudio social, un estigma permanente e indeleble que marcará la vida del condenado. Solo el comportamiento nuevo en los procedimientos reparatorios ganará la confianza y restituirá el tejido social lesionado.

### ***5. Régimen de control de la restricción de la libertad***

Es en torno al aspecto de la reglamentación y régimen de la restricción de la libertad, que radica el aspecto fundamental sobre la credibilidad de las sanciones propias. Tal y como lo menciona la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas Resolución de Conclusiones No. 03 de 2022 Bogotá D.C., 7 de diciembre de 2022, tales sanciones encuentran su fundamento en el Acto Legislativo 01 de 2017 (artículo transitorio 13),

la Ley Estatutaria de Administración de Justicia de la JEP (artículo 126) y la Ley 1922 de 2018.

672. El artículo 127 de la LEAJEP establece en cabeza de la JEP la función de determinar las “condiciones de restricción efectiva de la libertad que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la sanción, condiciones que en ningún caso se entenderán como cárcel o prisión ni adopción de medidas de aseguramiento equivalentes”. Además, la norma en comento señala un listado de criterios que deberán adoptar magistrados y magistradas de la Sección de Primera Instancia del Tribunal para la Paz para casos con Reconocimiento al momento de determinar las condiciones de restricción efectiva de libertad. Entre estos, se dispone en el numeral d) del artículo 127 que “[e]n la sentencia se determinará el lugar de residencia de la persona que ejecutará la sanción durante el período de su ejecución”; y en el numeral e) que “el Tribunal ira determinando en cada caso los distintos lugares de residencia del sancionado” en caso de establecerse la realización de diferentes proyectos durante el periodo de cumplimiento de la sanción propia.

He aquí el verdadero meollo del asunto en cuestión, pues de la organización y control en el desarrollo de esta alternativa, depende el reconocimiento como pena. Si se trata de un confinamiento a un territorio o área específica, con el propósito de cumplir tareas de satisfacción a la comunidad, en calidad de reparación o resarcimiento, dicha tarea deberá contar con los protocolos necesarios para la observancia de los fines propuestos. La delimitación de la zona de trabajo, las actividades de reparación, la duración de esta, la trazabilidad entendida como ese número de acciones, procedimientos, actuaciones, y todas aquellas medidas que, al registrarse, permiten conocer la historia de un resultado.

677. Sobre la restricción no carcelaria de libertades y derechos esta Sala en la Resolución de Conclusiones 02 de 2022, destacó que esta “se materializa en la concreción del lugar de residencia, los horarios de realización de los trabajos, los lugares donde se realizará el componente restaurativo, y quién y de qué modo realizará seguimiento, según lo dispuesto en el artículo 127 de la Ley Estatutaria (JEP, 2022).

Ese procedimiento de reparación inmaterial debidamente planificado, controlado y supervisado, debe contar igualmente con los medios idóneos facilitados por el gobierno a través de los entes encargados de realizar las tareas de reparación, en la medida que en el documento de condena se hayan establecido las expectativas de las víctimas frente a este tema.

La restricción efectiva de la libertad condicionada en el artículo 127 de la LEAJEP señala los criterios de control, entre otros:

- a) Fijarán de forma concreta los espacios territoriales donde se ubicarán los sancionados durante los periodos horarios de ejecución y cumplimiento de las sanciones propias del Sistema, que tendrán un tamaño máximo

- equivalente al de las Zonas Veredales Transitorias de Normalización.
- b) Fijarán los horarios de cumplimiento de las sanciones restaurativas.
  - c) Durante los periodos horarios de ejecución de la sanción, cualquier desplazamiento del sancionado para atender actuaciones diferentes al cumplimiento de la sanción, deberá ser autorizado por la Sección de Primera Instancia del Tribunal para la Paz.
  - d) En la sentencia se determinará el lugar de residencia de la persona que ejecutará la sanción acordada, durante el periodo de su ejecución.

El control de la movilidad del condenado puede ofrecer algún tipo de prevención, pues en territorios rurales, tal tarea se hace prácticamente imposible dada la incapacidad tecnológica o de personal de control. Los brazaletes electrónicos pueden ofrecer algún tipo de seguridad en ese tipo de vigilancia de la movilidad, con las anomalías, las intermitencias y las limitantes tecnológicas.

Por tanto, sin la coordinación de las diferentes entidades encargadas de dar cumplimiento a los mínimos requisitos que pretenden cumplir con el cometido de la reparación por parte del condenado, podría considerarse tal situación como el incumplimiento por parte del Estado de una sanción genuina y por ende las consecuencias ya pronosticadas.

Así las cosas, está planteada la posibilidad de la intervención de la Corte Penal Internacional en la medida en que el Estado debe ofrecer los medios de implementación y verificación del cumplimiento de las condenas, para corroborar el pleno acatamiento a las sanciones propias.

## REFERENCIAS

- Ambos, K., Cortés, F. y Zuluaga, J. (2018). Prólogo. *Justicia transicional y derecho penal internacional* Editora Géminis S.A.S.
- Aranguren, A. M. (2016). *Los acuerdos de paz en Colombia de cara a los estándares internacionales y al Estatuto de Roma*. Justicia Especial para la Paz. Defensoría del Pueblo. Imprenta Nacional de Colombia.
- Congreso de la República. (2012). *Título II. Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario*. Ley 599 de 2000 por el cual se expide el Código Penal. Título II. Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. Sigma Editores Ltda.
- Congreso de la República. (2017). *Acto Legislativo 01. Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones*. DO. 50.196
- Congreso de la República. (2019). *Ley 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz*. DO. 50.976

- Corte Constitucional de Colombia. (2015). Constitución Política de Colombia. Imprenta Nacional. <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>
- Corte Constitucional. Sentencia C-578 (30 de julio de 2002). Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-578-02.htm>
- Corte Penal Internacional. (2003). Estatuto de la Corte Penal Internacional. Compilación de Derecho Penal Internacional El Estatuto de Roma y otros instrumentos de la Corte Penal Internacional. Panamericana Formas e Impresos S.A.
- Cortés, F. (2018). *El fin de la pena en la justicia transicional. Justicia transicional y derecho penal internacional*. Editora Géminis S.A.S.
- Gobierno de Colombia - FARC-EP. (2016). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>
- Ibáñez, A. J. (2011). Delitos contra las “personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario” (a propósito de la configuración de los delitos “contra la humanidad”). *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- JEP. (2018). *Preguntas frecuentes sobre la JEP*. <https://www.jep.gov.co/Paginas/Servicio-al-Ciudadano/preguntas.aspx>
- JEP Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas. *Resolución de conclusiones No. 03* (7 de diciembre de 2022) MG. Belkys Florentina Izquierdo Torres (M. presidente). <https://www.jep.gov.co/Notificaciones/ESTADO No. 1527 SRVR CASO 03 R. 03 - 2022.pdf>
- Loyo, J. (2017). La justicia transicional en Colombia: ¿Un instrumento creado para erradicar la impunidad? *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal –ANIDIP*. (p. 49). <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/La%20justicia%20transicional%20en%20Colombia.pdf>
- Santofimio, J. O. (2018). *El concepto de convencionalidad vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de los derechos humanos ideas fuerza rectoras*. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal*. Panamericana Formas e impresos S.A., pág. 1040.
- Vivanco, J. M. (2015). *Colombia: un acuerdo de impunidad. El pacto entre el gobierno y las FARC sacrifica el derecho de las víctimas a la justicia*. Human Rights Watch. <https://www.hrw.org/es/news/2015/12/22/colombia-un-acuerdo-de-impunidad>

## Retos en seguridad y salud en el trabajo: enfermos de síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (sida) y portadores del virus de inmunodeficiencia humana (VIH)

*Defiances in Safety and Health at Work: patients with Acquired Immunodeficiency Syndrome (AIDS) and carriers of the Human Immunodeficiency Virus (HIV)*

DOI.: <https://doi.org/10.15332/iust.v0i20.2872>

*Acevedo Gómez, Angélica Johanna<sup>1</sup>*

### Resumen

El presente artículo expone la protección especial que se ha brindado a las personas portadoras de VIH y enfermos de SIDA en la normativa vigente y de forma especial en el recorrido a lo largo de los años en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual genera en los responsables del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo bastantes retos por superar para realizar una gestión preventiva adecuada sin vulnerar otros derechos fundamentales de estas personas. Así pues, para el desarrollo de esta temática se encontrarán los siguientes apartados, primero “Diferente tratamiento médico, igual tratamiento laboral” donde se expone someramente lo relacionado con la diferenciación en el tratamiento de una persona infectada con VIH y aquellas que son diagnosticadas con SIDA, posteriormente, la “Evolución de la protección de los trabajadores infectados con VIH/Enfermos de SIDA en la jurisprudencia de la Corte Constitucional con su incidencia en la gestión preventiva en Seguridad y Salud en el Trabajo” con el fin de comprender el estado jurisprudencial para el tratamiento de las personas que se encuentren en dichas situación, se prosigue con la “Vigilancia de la salud” como obligación del empleador, aspecto que, da lugar al siguiente apartado “Procesos de rehabilitación y reincorporación laboral” para así, finalmente exponer las obligaciones desde el “riesgo psicosocial y prevención del acoso laboral”.

1 Abogada Cum Laude, Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga. Especialista en Salud Ocupacional, Universidad Manuela Beltrán, Seccional Bucaramanga; magister en Prevención de Riesgos Laborales, Universidad Internacional de la Rioja, Logroño, España; miembro del Colegio de Abogados Especializados en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia; docente de pregrado de la Universidad Santo Tomás, Seccional Bucaramanga. Correo electrónico: [angelica.acevedo@ustabuca.edu.co](mailto:angelica.acevedo@ustabuca.edu.co) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9601-8541>

**Palabras clave:** SIDA, VIH, seguridad y salud en el trabajo en Colombia, estabilidad laboral reforzada.

**Abstract**

This article sets out the special protection that has been provided to people living with HIV and AIDS patients in current regulations and especially in the course of the years in the jurisprudence of the Constitutional Court, which generates In those responsible for the Occupational Health and Safety Management System, there are enough challenges to overcome in order to carry out adequate preventive management, without violating other fundamental rights of these people. Thus, for the development of this topic, the following sections will be found, first “ Different medical treatment, equal work treatment ” where it is briefly exposed what is related to the differentiation in the treatment of a person infected with HIV and those who are diagnosed with AIDS, later the “ Evolution of the protection of workers infected with HIV / AIDS patients in the jurisprudence of the Constitutional Court with its incidence in preventive management in Safety and Health at Work ” in order to understand the jurisprudential status for the treatment of people who are in these situations, the “Health Surveillance” is continued as an obligation of the employer, an aspect that gives rise to the following section “processes of rehabilitation and reincorporation to work” in order to finally expose the obligations from the “psychosocial risk and prevention of workplace harassment.”

**Keywords:** AIDS, HIV, occupational safety and health (Colombia), enhanced work stability.

## **Retos en seguridad y salud en el trabajo: enfermos de síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (sida) y portadores del virus de inmunodeficiencia humana (VIH)**

*Acevedo Gómez Angélica Johanna*

### **INTRODUCCIÓN**

La garantía de la estabilidad laboral reforzada reconocida a las personas que por su situación de salud se encuentran en “*debilidad manifiesta*” creada inicialmente con la Ley 361 de 1997 y desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha extendido a las personas enfermas de SIDA y portadores de VIH, teniendo en cuenta las características especiales del virus.

No siendo objeto de discusión la protección especial que tienen estas personas se hace necesario realizar un recorrido por todas las sentencias de la Corte Constitucional sobre este tema, esto, con el fin de identificar la evolución que tuvo esta especial protección y todos los aspectos que el empleador debe tener en cuenta en la gestión preventiva que lleve a cabo en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo con esta población y los trabajadores que comparten su lugar de trabajo con ellas.

Lo anterior, porque en uno de los mecanismos dentro del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo que permite al empleador “Procurar el cuidado integral de la salud de los trabajadores<sup>2</sup>” es la realización de la “vigilancia epidemiológica<sup>3</sup>” como un proceso de recolección sistemática de datos de la salud de la población trabajadora para analizarla e interpretarla en aras de planificar,

---

2 Obligación del empleador en materia de riesgos laborales, artículo 21, Decreto 1295 de 1994.

3 Concepto generado a partir de la vigencia de la Resolución 1016 de 1989, artículo 10, como parte del programa de medicina preventiva. Actualmente se encuentra en el Decreto 1443 de 2014, artículo 24, parágrafo 3, desarrollado a partir de las Guías técnicas (Resoluciones 2844 de 2007 y 1013 de 2008).

implementar y evaluar estrategias para prevenir el diagnóstico de enfermedades laborales o que enfermedades comunes se vean agravadas por el trabajo.

Estrategias como la anterior, resultan imposibles de aplicar en los casos de trabajadores infectados con VIH o enfermos de SIDA, porque estos no están en la obligación de informar su condición de salud, dada la protección existente de su intimidad frente a temas de discriminación<sup>4</sup>.

Estas particularidades obligan a los empleadores a desarrollar estrategias que les permitan cumplir con los mandatos constitucionales que rigen el Estado Social de Derecho y al mismo tiempo realizar una gestión preventiva en Seguridad y Salud en el Trabajo que sea eficaz.

## **DIFERENTE TRATAMIENTO MÉDICO, IGUAL TRATAMIENTO LABORAL**

Con la vigencia del Decreto 1543 de 1997 que derogó las disposiciones del 559 de 1997 se reglamentó el “manejo de la infección del virus de inmunodeficiencia humana (VIH), síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (SIDA) y otras enfermedades de transmisión sexual (ETS)” y se estableció una diferencia conceptual ya aclarada en el campo de la medicina<sup>5</sup>, esto, por cuanto en la materia es claro que no tendría un igual tratamiento una persona infectada, otra asintomática y una sintomática.

A partir de lo anterior, se puede concluir que así una persona esté infectada con el VIH puede no haber desarrollado necesariamente el SIDA o así este se haya desarrollado, es posible que la persona no presente algún síntoma que sea visible, percibido por el mismo o las personas que están a su alrededor.

Como podrá observarse a continuación, la Corte Constitucional colombiana no tiene en cuenta en ningún momento este tipo de diferencias conceptuales en el campo de la medicina dentro del recorrido jurisprudencial para graduar en mayor o menor medida la garantía de la estabilidad laboral reforzada a estas personas, aspecto que entra en una ligera contradicción con la descripción establecida en la Sentencia de Unificación 049 de 2017 que unificó la jurisprudencia sobre la estabilidad laboral reforzada a las personas que se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta.

### **Evolución de la protección de los trabajadores infectados con VIH/ enfermos de SIDA en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana con su incidencia en la gestión preventiva en seguridad y salud en el trabajo**

4 Esta se encontraba en el artículo 19 del Decreto 559 de 1991 y se mantuvo con el artículo 35 del Decreto 1543 de 1997.

5 Estas definiciones se encuentran en el artículo 2 del Decreto 1543 de 1997.

La primera sentencia de la Corte Constitucional en la cual se materializó la protección a un trabajador que era portador asintomático del VIH a través de la acción de tutela fue la SU-256/1996. En ese momento no se había desarrollado el concepto de estabilidad laboral reforzada o el de “debilidad manifiesta<sup>6</sup>”, por lo tanto, la corporación protegió los derechos fundamentales del accionante y en consecuencia ordenó a su empleador al pago de una indemnización por daño emergente y el pago de aportes al Sistema de la Seguridad Social.

En esa jurisprudencia podemos destacar la referencia al derecho a la igualdad y no discriminación de la persona que porta el VIH o está enferma de SIDA, junto con el deber de solidaridad del empleador en el Estado Social de Derecho para fundamentar la protección, sin embargo, después de esa sentencia se evidencian decisiones de tutela en las que la Corte Constitucional se abstiene de conocer la posible vulneración de derechos fundamentales de trabajadores del sector privado en esta condición por la terminación de sus relaciones laborales, porque no se demuestra una conexidad entre su condición especial frente al VIH/SIDA y la finalización del vínculo.

En la Sentencia T-136 del año 2000 se hace el primer reintegro por esta situación, ordenando el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, estableciendo también restricciones laborales para tener en cuenta en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo frente al tutelante del caso<sup>7</sup>.

A partir de 2004, con la Sentencia T-469 con ponencia de Rodrigo Escobar Gil se incluye al trabajador infectado de VIH, sintomático o no y enfermo de SIDA como persona sujeto de “estabilidad laboral reforzada”, ordenando un reintegro transitorio mientras un juez laboral definía el conflicto entre las partes.

Con posterioridad cuando se expide la Sentencia T-934 de 2005, se condiciona la estabilidad laboral reforzada de estas personas al conocimiento del empleador y la existencia de situaciones objetivas:

Resulta necesario advertir, sin embargo, que esta estabilidad reforzada reconocida a las personas infectadas con el virus de inmunodeficiencia humana como consecuencia de considerarlas parte de una población en situación de debilidad manifiesta no es absoluta. *En efecto, no hay lugar a considerar amenazados o vulnerados los derechos fundamentales de la persona infectada si se prueba que el empleador no tenía conocimiento de la enfermedad del trabajador al terminar la relación laboral o que la motivación que originó la desvinculación no guarda relación con su padecimiento sino con otras circunstancias objetivas que legitiman el proceder del empleador [énfasis agregado].*

6 Este concepto inició con la Sentencia C-531 del año 2000.

7 La Corte Constitucional ordenó al empleador: “mantener, a la señora Steffens Fernández en su cargo, y permitirle que cumpla con él en un puesto de promoción de apuestas en el que no se vea precisada a caminar durante toda la jornada, cuando su estado de salud no le permita hacerlo”.

La Corte Constitucional mantuvo esta postura hasta el proferimiento de la Sentencia T-238 de 2008 en la que conoció por primera vez el caso de un trabajador en misión de una empresa de servicios temporales a quien se le terminó el contrato por la finalización de la obra y/o labor contratada señalando que en estas modalidades como las de vinculación a término fijo debe realizarse la renovación de la contratación so pena que se realice una presunción de despido discriminatorio, caso en el cual el empleador debe probar una causal más objetiva que el simple cumplimiento de la condición o plazo.

Ese mismo año, con la expedición de la Sentencia T-948 se estudió un caso de un practicante de auxiliar de enfermería portador de VIH seropositivo a quien no se le permitió realizar sus prácticas en servicio en general y del servicio de gineco-obstetricia, en este caso la Corte Constitucional garantizó los derechos fundamentales del estudiante señalando la obligación al hospital de permitir la realización de las prácticas, adicional a ello, dio una orden en materia de gestión preventiva en Seguridad y Salud en el Trabajo que puede extenderse a todas las empresas del sector de la salud al decir lo siguiente:

la entidad como institución prestadora de servicios de salud está en la obligación de proveer medidas generales de bioseguridad y garantizar la disponibilidad de los medios de protección para todo el personal a través del programa de salud ocupacional. De la misma forma, existen protocolos de prevención del riesgo biológico que al ser conocidos y aplicados, reducen de manera ostensible los riesgos de contagio de parte y parte<sup>8</sup>.

Las siguientes sentencias siguieron concediendo la protección basándose en la presunción de despido discriminatorio, pero en el año 2010 de forma especial, con la Sentencia T-554 la Corte Constitucional, por primera vez, equiparó el efecto de la protección del trabajador portador del VIH o enfermo de SIDA con la de trabajador en debilidad manifiesta; además de ordenar el reintegro y el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir reconoció la indemnización de 180 días de salario establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 e incluyó varias pautas por tener en cuenta para la reubicación de este tipo de trabajadores.

En las siguientes sentencias se siguió dando este mismo esquema de protección, pero un antecedente importante se presenta en el año 2012 con la Sentencia T-986: Un empleador que no conocía la condición del trabajador y después de finalizada la relación laboral el extrabajador lo comunica.

En este caso, la Corte Constitucional en Sentencia T-986 de 2009 deja claro lo siguiente frente al conocimiento del empleador:

La ausencia de aviso por parte del empleado sobre su condición de infectado no genera la improcedencia del amparo, toda vez que, su condición de vulnerabilidad

8 En esta sentencia, la Corte Constitucional exalta la actividad realizada por el accionante para que la empresa tomará las medidas preventivas tanto para su protección como la de los pacientes que tengan contacto con él, a fin de no promover la propagación del virus.

no depende de una comunicación. Así mismo, resultaría desproporcionado y contradictorio sancionar al trabajador por dicha omisión, cuando no se puede exigir la prueba del padecimiento de la enfermedad para acceder o permanecer en el cargo. Por tanto, la falta de notificación al empleador de la patología referida sólo puede entenderse como un indicio de que el patrono no despidió al empleado como consecuencia del virus VIH/SIDA.

Ahora, como fundamento al deber de solidaridad en el Estado Social de Derecho que debe cumplir el empleador, la Corte Constitucional ordenó dar trámite al amparo de los derechos fundamentales del extrabajador porque había hecho la comunicación en un “término razonable, contado a partir del despido”<sup>9</sup>. Teniendo en cuenta que “la empresa demandada tenía la obligación de reconsiderar su decisión de haber despedido al tutelante, luego de conocer la enfermedad que lo aquejaba a través del derecho de petición”<sup>10</sup>. En este caso, solo se ordena el reintegro sin las demás sanciones.

En los años siguientes, la Corte Constitucional mantuvo la protección de los trabajadores bajo la presunción de despido discriminatorio.

En el año 2015 se expide la Sentencia T-690 en donde además de estudiarse este tema, se abordó la referencia del “uso de celular como justa causa de terminación del contrato”, sobre este tema en particular, vale la pena citar el acápite de la sentencia que pone de presente cierta incidencia que tuvo este alto tribunal en la libertad de configuración del empleador de las justas causas:

De forma que aunque el numeral sexto del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo estipule como justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato incurrir en una falta grave -como se catalogó al uso del celular en el puesto de trabajo -, esta Corte considera que la conducta cometida no afectó los intereses de la empresa para haber sido objeto de esta sanción; o al menos no fue acreditada en el trámite de la presente tutela.

En este caso, la Corte al considerar la situación especial del accionante como infectado por VIH y ciertas circunstancias propias del caso: el que el señor no tenía antecedentes disciplinarios en la empresa, la situación familiar que atravesaba que lo obligó a usar el celular y la falta de perjuicios que esto trajo para su empleador, ordenó el reintegro y pago de salarios dejados de percibir sin la indemnización de la Ley 361 de 1997.

Estos criterios se mantuvieron de forma uniforme, pero en la Sentencia T-426/17, se hizo referencia a varios aspectos referentes a la forma de manejar la potencial condición de un trabajador, bien sea como portador del VIH como enfermo de SIDA señalado los criterios por seguir por el empleador para el manejo de casos en circunstancia de debilidad manifiesta de los cuales vale la pena destacar los referentes a Seguridad y Salud en el Trabajo: “(i) La solicitud de el examen médico

---

9 Corte Constitucional Sentencia T-986 de 2009.

10 Corte Constitucional Sentencia T-986 de 2009.

que se realice debe ser consistente con las necesidades de la profesión u oficio que habrá de desempeñar el trabajador”.

Este pronunciamiento es congruente con lo dispuesto en la Resolución 2346 de 2007<sup>11</sup> en sus artículos dos y cuatro, donde se establece que las evaluaciones médicas ocupacionales de *todos los trabajadores* deben responder a los requerimientos del perfil del cargo<sup>12</sup> que debe remitirse de forma previa a la Institución Prestadora de Servicios de Salud o médico con licencia en Salud ocupacional que los realice.

De otra parte, la Corte Constitucional incluyó la obligatoriedad de determinar la compatibilidad entre la posible condición de salud con el cargo al que se aspira, situación que ya se encontraba establecida en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo con la identificación de peligros, evaluación y valoración de riesgos que se establece en el artículo 15 del Decreto 1443 de 2014, compilado por el Decreto 1072 de 2015, en esta sentencia lo establece así:

(iv) La carga de determinar si el empleo resulta incompatible con la enfermedad o condición de discapacidad que se presenta, no puede recaer en el trabajador. Por esa razón, resulta fundamental que en aquellos casos en los cuales la empresa considera que la presencia de alguna enfermedad y/o situación de discapacidad es incompatible con el cargo que se pretende desempeñar, debe fundamentar y consignar por escrito este hecho, y comunicárselo en igual forma a los aspirantes, quienes, en tales condiciones, inmediatamente tienen la obligación de manifestar si se encuentran o no en la circunstancia descrita<sup>13</sup>.

En el año 2019 la Corte Constitucional a través de Sentencia T-620 consideró que el requisito de procedencia del estado de debilidad manifiesta relacionado con la dificultad física para desempeñar sus funciones en el caso de VIH, podría entenderse de acuerdo con las dificultades que representará en la labor a desempeñar, como sucedió en el caso concreto al tratarse de las labores de un auxiliar de enfermería.

Para el caso concreto: con relación al primer supuesto, la Sala encuentra que, al momento de la presentación de la tutela, el estado de salud del actor, si bien no le generaba una dificultad física para desempeñar sus funciones -pues como se indicó por un médico tratante, en la historia clínica que reposa en el expediente, se trata de un paciente “con evolución inmunovirología satisfactoria con buena adherencia y tolerancia al TAR actual (...)” (Sic) [27] y que el VIH, es una enfermedad progresiva, por lo que la incapacidad física no sobreviene de manera inmediata con su diagnóstico-, lo cierto es que sí constituye una dificultad para la prestación del servicio de auxiliar

11 Resolución 2346 de 2007 Ministerio de la Protección Social, por la cual se regula la práctica de evaluaciones médicas ocupacionales y el manejo y contenido de las historias clínicas ocupacionales.

12 De acuerdo con la Resolución 2346 de 2007, artículo 2: “Perfil del Cargo: Conjunto de demandas físicas, mentales y condiciones específicas, determinadas por el empleador como requisitos para que una persona pueda realizar determinadas funciones o tareas”.

13 Corte Constitucional Sentencia T-426 de 2017.

de enfermería pues, en el desempeño de sus actividades en la unidad de cuidados intensivos, fácilmente está expuesto a situaciones de riesgo de contagio de bacterias o, al contrario, de transmisión del virus, como también lo advirtió el hospital demandado.

Posteriormente en el 2020, a través de Sentencia T-267, la Corte Constitucional volvió a enfatizar lo relacionado con el principio de solidaridad que si bien ante el despido de una persona con SIDA o VIH no corresponde necesariamente a un acto de discriminación cuando a la fecha del despido no se conocía su diagnóstico, en virtud, de este principio estará el empleador en obligación de su reintegro:

Así, la Sala determinó que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación en torno al derecho a la estabilidad laboral reforzada, ante un despido a todas luces injustificado surge un deber en cabeza de las empresas, consistente en garantizarles a los actores la permanencia en sus empleos, con fundamento en el principio superior de solidaridad. Esto, teniendo en cuenta que el desconocimiento del empleador acerca de la afección de salud del trabajador no condiciona la procedencia de la protección constitucional, sino que orienta las medidas que puede adoptar el juez para salvaguardar los derechos de quien se halla objetivamente en un estado de debilidad manifiesta.

Finalmente, la sentencia más actual respecto a este tema es la T-121/2021 en la que se realizó a manera de resumen los aspectos que se deben tener en cuenta a la hora de determinar la estabilidad laboral reforzada a favor de personas con SIDA o VIH:

por expreso mandato constitucional y de acuerdo con los principios de igualdad y solidaridad: i) las personas portadoras de VIH son sujetos de especial protección constitucional por la gravedad de su enfermedad y la condición de debilidad manifiesta en que se encuentran; ii) tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada, esto es, a permanecer en sus trabajos, sin importar el tipo de relación laboral que tengan, pues se presume que el empleador conoce su condición; iii) le corresponde al empleador demostrar que el despido tiene una causa objetiva, es decir, que no obedeció a un trato discriminatorio basado en la enfermedad; y iv) se requiere la previa autorización del Ministerio de Trabajo para proceder a la terminación del contrato.

Como puede observarse, a partir de la interpretación que ha hecho la jurisprudencia de la Corte Constitucional de la protección de trabajadores portadores de VIH y enfermos de SIDA, los empleadores del sector privado se encuentran con las siguientes realidades:

1. No existe una diferencia de tratamiento entre un portador de VIH y un enfermo de SIDA, ambos deben ser considerados como “trabajadores en circunstancia de debilidad manifiesta” tengan o no síntomas.
2. No se permite solicitar la información de los trabajadores relativa al estado de salud de los trabajadores, ni en el caso del portador del VIH o enfermo de SIDA.

3. La condición de portador de VIH o enfermo de SIDA no resulta en principio incompatible para el ejercicio de cualquier trabajo. En las empresas del sector salud, es obligación del empleador tomar las medidas correctas de Bioseguridad para evitar el contagio por parte y parte.
4. La garantía de estabilidad laboral reforzada del portador de VIH o enfermo de SIDA puede ser exigible inclusive si después de terminada la relación laboral se tiene conocimiento de esta situación, con fundamento en el deber de solidaridad del Estado Social de Derecho, siempre y cuando el extrabajador lo informe a su ex empleador en un término “razonable”.

## VIGILANCIA DE LA SALUD

En el artículo segundo, numeral 36 del Decreto 1443 de 2014, compilado en el Decreto 1072 de 2015, una de las herramientas que tiene el empleador para la *prevención y promoción de la salud de los trabajadores* es la vigilancia epidemiológica, esta consiste en la recopilación de información referente a la salud de los mismos que permita crear estrategias que impacten a las condiciones particulares de la población trabajadora y que además sean eficaces para mejorar el bienestar en general.

Sobre esta situación, metodológicamente resultaría imposible la recopilación de información completa de los datos necesarios de los trabajadores sobre su situación de salud, teniendo en cuenta las garantías con las que cuentan los trabajadores de no informar su condición de infectado con VIH<sup>14</sup>, lo anterior, porque dentro de los SVE siempre debe realizarse un proceso denominado Caracterización básica<sup>15</sup> en el que en sus etapas se encuentra la necesidad de conseguir información sobre la fuerza de trabajo<sup>16</sup>.

Un ejemplo de lo anterior podemos hacerlo en el caso de los trastornos músculo esqueléticos. Por el contenido de la Resolución 2844 de 2007 es de obligatoria referencia para los empleadores la Guía de Atención Integral de Salud Ocupacional Basada en la Evidencia para Desórdenes Músculo Esqueléticos (DME), relacionados con movimientos repetitivos de miembros superiores (Síndrome de Túnel Carpiano, Epicondilitis y Enfermedad de Quervain).

14 Esta se encontraba en el artículo 19 del Decreto 559 de 1991 y se mantuvo con el artículo 35 del Decreto 1543 de 1997.

15 Consecución de información suficiente para caracterizar el ambiente de trabajo, la fuerza laboral y los agentes o sustancias de riesgo.

16 Es importante precisar que en los ejercicios de vigilancia de la salud, el empleador que pretenda recopilar esta información de los trabajadores debe dar cumplimiento a lo señalado por la Ley 1751 de 2015, artículo 10, literal k, sobre el derecho a la intimidad en materia de salud y la Ley 1581 de 2012 sobre la protección de datos personales sensibles, por lo tanto, cualquier suministro de información debe estar precedido de una autorización expresa, señalando que la misma se refiere a datos sensibles donde el trabajador entienda que no está obligado a suministrarlos. La diferencia de este tema con el VIH/SIDA es que en otros casos de salud no hay una norma expresa que prohíba preguntar al trabajador esta situación.

En esta guía de los DME, al dar las recomendaciones que permiten identificar si en el puesto de trabajo se encuentra este factor de riesgo ocupacional, plantea como estrategia previa la realización de “encuestas de morbilidad sentida”.

En esta misma guía se define: “Las encuestas de morbilidad sentida son herramientas epidemiológicas que permiten obtener información de la morbilidad no diagnosticada o percibida por parte de la población”, es decir, estas encuestas apoyan en la identificación de las causas de las enfermedades de las personas y las condiciones individuales de las mismas que podrían aumentar las posibilidades de sufrir una que otra patología.

En el caso particular de estos trabajadores, no puede incluirse una pregunta referente a la condición de portador de VIH o enfermo de SIDA para identificar riesgos o ajustar la identificación de los peligros o la valoración de los riesgos existentes<sup>17</sup>.

Para solucionar este obstáculo, el empleador debería en ejercicio de su deber de capacitación a todos sus trabajadores de conformidad con lo señalado en el artículo 11 del Decreto 1443 de 2014, poner de presente una valoración paralela de los peligros a los cuales se expondría un trabajador si este resultare infectado con VIH o medidas preventivas adicionales que debían adoptarse en ciertos sectores especiales, por ejemplo: en los trabajadores del sector salud que también ayudarían eventualmente a prevenir el contagio.

De todo lo anterior, se dejaría salvedad en los ejercicios de formación que debe recibir el trabajador desde la inducción, en donde entienda la afectación que podría tener su salud por ser portador de VIH, de forma diferente a los demás trabajadores, así, se indican las medidas especiales que deberían tomarse en ese caso, pero se deja la posibilidad que el trabajador de forma voluntaria decida comunicar su condición de salud, para realizar de esta forma un mejor control y fundamentándose en el deber que tienen estas personas de no infectar a otras<sup>18</sup>.

## **Procesos de rehabilitación y reincorporación ocupacional**

En el evento en que un trabajador de forma voluntaria decida comunicar a la empresa su condición de portador de VIH o enfermo de SIDA, el Decreto 1543 de 1997 establece una garantía para el trabajador y un deber para el empleador<sup>19</sup>: “este deberá brindar las oportunidades y garantías laborales de acuerdo con su capacidad para reubicarles en caso de ser necesario, conservando su condición laboral”.

---

17 De acuerdo con el párrafo del artículo 15 del Decreto 1443 de 2014 compilado por el Decreto 1072 de 2015 la identificación de peligros se debe actualizar: “cada vez que ocurra un accidente de trabajo mortal o un evento catastrófico en la empresa o cuando se presenten cambios en los procesos, en las instalaciones en la maquinaria o en los equipos”.

18 Decreto 1543 de 1997, artículo 41.

19 Decreto 1543 de 1997, artículo 35, párrafo 1.

Siguiendo las directrices que también fueron brindadas por la Corte Constitucional en la Sentencia T-554 de 2010<sup>20</sup> y lo dispuesto por el Manual de procedimientos para la rehabilitación y reincorporación ocupacional de los trabajadores en el Sistema General de Riesgos Profesionales, los pasos a seguir por el empleador para garantizar los derechos fundamentales de estas personas que voluntariamente informarían su condición de salud, son los siguientes:

1. Realizar un examen médico ocupacional periódico con el fin de identificar si el cargo que ocupa la persona podría representar algún riesgo para su condición de salud actual o la de sus compañeros de trabajo<sup>21</sup>.
2. Si como resultado del examen se generan recomendaciones o restricciones la empresa debe modificar las condiciones de trabajo con el fin de darles cumplimiento. De esto se debe informar al Comité Paritario de Seguridad y Salud en el Trabajo (COPASST), quien debe hacer el seguimiento correspondiente<sup>22</sup>. Si no se genera ninguna, el proceso termina y el trabajador puede seguir realizando sus funciones con normalidad.
3. Teniendo en cuenta las modificaciones que se realizarían al cargo, el trabajador debe recibir una reinducción, en donde se le capacite en estos cambios que se realizaron a sus funciones, la identificación de peligros y la nueva valoración de riesgos que tendrían sus actividades junto con las medidas preventivas correspondientes que tendrán vigencia. Para cumplir esta obligación de forma integral, el empleador podría valerse de la realización de un análisis de puesto de trabajo<sup>23</sup>.

20 Los criterios son los siguientes: “(i) Gozar de todos los beneficios que se desprenden de la ejecución de su trabajo; (ii) Permanecer en su cargo mientras no se configure una causal objetiva que justifique su desvinculación; (iii) Desempeñar trabajos y funciones acordes con sus condiciones de salud que le permitan acceder a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia; (iv) Obtener su reubicación laboral en un trabajo que tenga los mismos o mayores beneficios laborales al cargo que ocupaba antes, es decir, de ninguna manera el nuevo cargo podrá derivar en la violación de su dignidad o en la afectación de su derecho fundamental al mínimo vital; (v) Recibir la capacitación necesaria para el adecuado desempeño de las nuevas funciones; (vi) Obtener de su empleador la información necesaria en caso de que su reubicación no sea posible, a fin de que pueda formularle las soluciones que estime convenientes”.

21 Inciso final del artículo 3 de la resolución 2346 de 2007: “El empleador deberá ordenar la realización de otro tipo de evaluaciones médicas ocupacionales, tales como pos-incapacidad o por reintegro, para identificar condiciones de salud que puedan verse agravadas o que puedan interferir en la labor o afectar a terceros, en razón de situaciones particulares”.

22 Artículo 11 de la resolución 2013 de 1986: “d. Vigilar el desarrollo de las actividades que en materia de medicina, higiene y seguridad industrial debe realizar la empresa de acuerdo con el Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial y las normas vigentes; promover su divulgación y observancia”.

23 “El análisis de puestos permite a la organización tomar decisiones acertadas de selección, capacitación, promoción, compensación y desarrollo, al otorgar elementos concretos y medibles acerca de lo que se espera de sus ocupantes. Estos elementos que se registran en el estudio van desde las funciones, los conocimientos, la experiencia y las características requeridas, hasta las competencias esperadas. La idea de este análisis es hacer coincidir, de manera acertada, las características personales del candidato con los requerimientos del puesto, disminuyendo la brecha entre el perfil ideal y el real” (Álvarez, 2018).

4. Por último, es recomendable que se realice una “Prueba de trabajo”<sup>24</sup> que se repita periódicamente de conformidad con el seguimiento que se efectúe con el COPASST, en donde se evalúen los siguientes puntos:
  - a) Percepción de confort en el puesto de trabajo.
  - b) Percepción de seguridad en el puesto de trabajo.
  - c) Percepción de eficiencia en el puesto de trabajo.
  - d) Relaciones sociales dentro de la empresa.
  - e) Confort en los términos de percepción subjetiva del trabajador y los aspectos ergonómicos que prevengan el incremento de su discapacidad (Ministerio del Trabajo, 2010).

Dentro del Manual antes mencionado, se hace referencia a cada uno de estos aspectos junto con la lista de chequeo correspondiente, sobre ese tema la normatividad vigente establece la obligatoriedad de la ARL de brindar la correspondiente asesoría y acompañamiento al empleador<sup>25</sup>.

Otro aspecto que resulta imprescindible es la medición de la productividad del trabajador reubicado, que permitirá realizar un mejor control del cumplimiento de sus obligaciones y además apoyará en la determinación de faltas y el correspondiente control disciplinario que pueda realizarse en el futuro.

De forma específica, este aspecto podría ser eventualmente medible en la evaluación inicial del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo de conformidad con el anexo 1 de la Resolución 1111 de 2017 en el estándar 3.1.2 que hace referencia al cumplimiento de este tipo de procesos.

En ese sentido, en el evento en que la empresa habiendo agotado este procedimiento de rehabilitación y reincorporación laboral decida dar por terminado el contrato se deberá acudir ante el Ministerio del Trabajo para solicitar la autorización de la terminación de su contrato, como se explica en la Circular 049 del 01 de agosto de 2019.

#### *Ante la existencia de una justa causa de terminación del contrato*

En este escenario la mencionada circular establece como objetivo primordial del Inspector de Trabajo el determinar si el empleador que alega la justa causa de terminación garantizó efectivamente el debido proceso y el derecho de defensa y contradicción al trabajador en condición de discapacidad; independientemente de si

24 De acuerdo con el Manual de Rehabilitación y reincorporación ocupacional: “hace parte del seguimiento a la estrategia de reincorporación al trabajo definido, y permite verificar el desempeño del trabajador en el puesto seleccionado mediante la observación directa, la verificación de los estándares propios del puesto y la percepción del trabajador”.

25 Esta obligación se desprende del artículo 11, literales a, c y d de la Ley 1562 de 2012.

la situación de debilidad manifiesta por razones de salud es previa o sobreviniente a la realización de la relación laboral o contractual y de si esta es de origen profesional o común.

Por lo anterior, se plantean los siguientes aspectos:

- Posibilidad otorgada al trabajador de controvertir las pruebas y los motivos por los cuales se solicita la autorización de despido por justa causa; de tal suerte que la causal que se comunicó al trabajador sea la alegada efectivamente ante el Ministerio.
- Inmediatez y razonabilidad del tiempo transcurrido desde el momento en el cual el empleador tuvo conocimiento de los hechos constitutivos de la causal y la decisión de solicitar la autorización del despido por justa causa.
- Relacionar específicamente la justa causa de despido, que deberá corresponder a alguna de las causales establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo.
- Si es el caso que el empleador previo a la solicitud de autorización de despido haya agotado el procedimiento incorporado en la convención colectiva, en el reglamento interno de trabajo o en el contrato individual.
- Cuando la justa causa invocada sea el bajo rendimiento o el rendimiento deficiente, deberá demostrar también la previa realización de ajustes razonables en el puesto de trabajo a favor del trabajador.

#### *Ante la existencia de una causal objetiva de terminación del contrato*

Por otra parte, cuando el empleador alegue una causal objetiva, se especifica en la mencionada circular la verificación de los siguientes aspectos por parte del Inspector de Trabajo:

- De tratarse de causales de expiración del plazo o de terminación de la obra o labor contratada y se trate de un trabajador que haya adquirido su afectación a la salud durante la vigencia de la relación laboral, el empleador debe acreditar que se ha realizado el proceso de rehabilitación.
- Entre tanto no se haya dado el alta médica dentro del proceso de rehabilitación la solicitud de autorización de despido tramitará bajo lo indicado en el literal c.
- En la solicitud de autorización se deben allegar los documentos que permitan establecer con claridad la existencia de la causal objetiva.

#### *Ante la condición de discapacidad o situación de salud del trabajador cuando sea incompatible e insuperable con el cargo que desempeña*

Finalmente, ante este supuesto se expuso la necesidad de analizar los siguientes aspectos:

- La implementación en el interior de la empresa del Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo.

- Se debe oficiar a la ARL para que informe sobre la participación del trabajador en los programas terapéuticos y en los tratamientos médicos necesarios para su recuperación y rehabilitación funcional y ocupacional.
- El acatamiento por parte del empleador de las recomendaciones médicas prescritas en favor del trabajador.
- Se debe oficiar a la ARL para que se informe sobre la existencia de un proceso de rehabilitación laboral, en el que se determinen los recursos y las acciones adelantadas por la empresa con la finalidad de equiparar las capacidades y aptitudes del trabajador en situación de discapacidad con las exigencias de desempeño en el ambiente laboral.
- La discriminación de cargos en la empresa junto a la presentación del organigrama correspondiente.
- La existencia de estudios de puestos de trabajo y las actividades de reinducción y de reentrenamiento en los procesos de la empresa, según las aptitudes físicas, psicológicas y técnicas con las que debe contar el trabajador en ese cargo o en otros posibles.
- La adaptación del puesto de trabajo y los cambios administrativos y organizacionales que se desarrollaron para compensar las capacidades y aptitudes del trabajador, así como las acciones llevadas a cabo para garantizar la reincorporación o reubicación en condiciones de desempeño eficiente, seguro y confort.
- Razones de fondo debidamente motivadas, expuestas por el empleador para manifestar que, con posterioridad al proceso de rehabilitación y reincorporación, el desarrollo de las actividades y funciones asignadas al trabajador resultó efectivamente **incompatible e insuperable** en el correspondiente cargo o en otro existente en la empresa.

De conformidad con el Manual del Inspector del Trabajo, adoptado por la Resolución 1309 de 2013, el “procedimiento administrativo común y principal del CPACA regulará el trámite de autorización” (Ministerio del Trabajo, 2013).

### *Riesgo psicosocial y prevención del acoso laboral*

Si bien con la expedición de la Ley 1010 de 2006, el legislador estableció mecanismos para “prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo”, desde la Corte Constitucional se reconoce que uno de los aspectos que justifica la especial protección de las personas portadores de VIH o enfermos de SIDA es la discriminación que esta población ha tenido a través de los años, por este motivo, el empleador con el fin de cumplir su obligación de prevenir el acoso laboral, debe evitar que se genere maltrato, discriminación o desprotección laboral de estas personas, dada su especial condición.

Adicional a lo anterior, estas situaciones también pueden incidir en la puntuación que se hace al momento de analizar los factores de riesgo psicosocial, de forma

particular los factores intralaborales en su dimensión: “Liderazgo y relaciones sociales”<sup>26</sup>. Esto se fundamenta en las consideraciones realizadas en el siguiente artículo científico que hace referencia al conocimiento del SIDA:

El estigma y el prejuicio producido por la falta de conocimiento sobre el VIH/Sida son considerados fenómenos universales y son producidos por una multiplicidad de factores, entre los cuales se encuentran la falta de conocimiento acerca de la enfermedad, los mitos y tabús sobre los modos de transmisión del VIH, los prejuicios, el hecho de la enfermedad ser incurable, los miedos propagados en la sociedad sobre la sexualidad, el proceso de la enfermedad y la muerte, entre otros factores (Costa, 2018).

Con el fin de evitar que por cualquier sospecha de existencia de VIH/SIDA entre los trabajadores se genere discriminación que en el futuro pueda materializarse en acoso laboral, resulta importante que el empleador al momento de establecer las estrategias de prevención de este tipo de conductas<sup>27</sup> y atender lo señalado en el numeral 1.3 del artículo 14 de la Resolución 2646 de 2008<sup>28</sup> tenga en cuenta que todos los trabajadores son potenciales portadores del VIH/enfermos de SIDA y es posible que cuente con trabajadores en esta condición que decidan voluntariamente no comunicarlo.

De acuerdo con lo anterior, resulta pertinente que el empleador además de realizar campañas para la prevención de enfermedades de transmisión sexual (que pueden hacer parte del programa de estilos de vida y trabajo saludable<sup>29</sup>), concientice a la población trabajadora de las características que tiene el VIH, el SIDA, las formas de contagio y sensibilice sobre situación de salud física y mental que pueden llegar a sufrir estas personas y la forma como ello podría impactar el clima laboral si existe un ambiente donde reine la discriminación.

## ANÁLISIS CRÍTICO

El análisis teórico previamente expuesto permite evidenciar los siguientes aspectos que pueden significar un obstáculo para el empleador del sector privado

- 26 En la Bateria de instrumentos para la evaluación de factores de riesgo psicosocial se define de la siguiente forma: “El concepto de relaciones sociales en el trabajo indica la interacción que se establece con otras personas en el contexto laboral y abarca aspectos como la posibilidad de contactos, las características de las interacciones, los aspectos funcionales de las interacciones como la retroalimentación del desempeño, el trabajo en equipo y el apoyo social, y los aspectos emocionales, como la cohesión”.
- 27 De conformidad con el artículo 9, inciso 1 de la Ley 1010 de 2006 el empleador debe: “prever mecanismos de prevención de las conductas de acoso laboral”.
- 28 La norma señala: “1.3 Realizar actividades de sensibilización sobre acoso laboral y sus consecuencias, dirigidos al nivel directivo y a los trabajadores, con el fin de que se rechacen estas prácticas y se respalde la dignidad e integridad de las personas en el trabajo”.
- 29 El fundamento de esta obligación se encuentra en los artículos: Ley 949 de 2005, Capítulo I, Art. 1; Decreto 1295 del 22 de junio de 1994 artículos 2, 21 y 22.

ante el adecuado tratamiento desde el Sistema General de Seguridad y Salud en el Trabajo y los eventuales escenarios de estabilidad laboral reforzada:

- a. La forma de equiparar al trabajador en las condiciones anteriores no es congruente con la definición de “circunstancia de debilidad manifiesta” a la cual pudo aproximarse la Corte Constitucional con la Sentencia SU 049 de 2017 al señalar que los trabajadores que se encontraban en estas condiciones eran aquellos que tenían una: “situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares”, de acuerdo con esto, un trabajador que sea resultado seropositivo como portador de VIH asintomático no tendría la garantía de estabilidad laboral reforzada, porque su situación no se ve materializada de forma perceptible, sin embargo, como pudo evidenciarse en el recorrido jurisprudencial, la Corte Constitucional no lo ha considerado así.
- b. La obligación de “Procurar el cuidado integral de la salud de los trabajadores” que tiene el empleador en el Sistema de Riesgos Laborales se dificulta en la medida en que no tendría y tampoco podría solicitar la información relativa a su estado de salud que no solo garantice unas condiciones de trabajo adecuadas del portador del VIH o enfermo de SIDA, sino también que evite eventualmente el contagio del virus a los otros trabajadores<sup>30</sup>.
- c. La exigibilidad de garantía de estabilidad laboral reforzada del portador de VIH o enfermo de SIDA inclusive si después de terminada la relación laboral se tiene conocimiento de esta situación, con fundamento en el deber de solidaridad del Estado Social de Derecho.

Ante este escenario de inseguridad jurídica, se considera de suma importancia por parte del empleador el implementar una adecuada identificación de peligros, evaluación y valoración de riesgos anticipada de la susceptibilidad individual que podría tener un trabajador en estas condiciones y el peligro que podrían correr sus compañeros de trabajo.

De esta manera, si bien no se conocen las condiciones de salud puntuales del personal, al implementar estas medidas preventivas como si así los hubiese permitiría demostrar mayor grado de diligencia por parte del empleador de cara a su obligación de “procurar el cuidado integral de la salud de los trabajadores”.

Finalmente, se considera que la Corte Constitucional debería brindar un tratamiento diferenciado entre portador de VIH y enfermo de SIDA sintomático o asintomático que sea congruente con la Sentencia SU-049 de 2017, ya que, en principio no resulta incompatible para el ejercicio de cualquier trabajo.

---

30 Lo anterior, teniendo claro que las tres maneras de contagio de VIH son: “intercambio de jeringas, de la madre embarazada a su hijo y las, relaciones sexuales sin protección” (Barros et al., 2001, p. 5).

## CONCLUSIÓN

La Corte Constitucional a través de su jurisprudencia incrementó gradualmente la protección a los trabajadores portadores de VIH y enfermos de SIDA, iniciando con la referencia a los derechos fundamentales de la igualdad y no discriminación y, terminando con la inclusión de estas personas como sujetos de estabilidad laboral reforzada por encontrarse en circunstancia de debilidad manifiesta.

Mientras no se genere una sentencia de Unificación Jurisprudencial que permita identificar una diferencia de tratamiento entre portador de VIH y enfermo de SIDA sintomático o asintomático que sea congruente con la Sentencia SU-049 de 2017, existirá inseguridad jurídica para los empleadores del sector privado, teniendo en cuenta que no pueden solicitar a los trabajadores información sobre estas condiciones especiales de salud y ellos tampoco están obligados a suministrarla.

Independientemente de la existencia comprobada de casos de VIH/SIDA en las empresas, los responsables del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo deben tener en cuenta que es posible que tales situaciones se presenten y ellos no las conozcan, debiendo anticiparse a ellas por medio de una adecuada identificación de peligros, evaluación y valoración de riesgos anticipada de la susceptibilidad individual que podría tener un trabajador en estas condiciones y el peligro que podrían correr sus compañeros de trabajo.

El empleador no puede vulnerar el derecho a guardar silencio sobre el estado de salud que tienen los trabajadores que puedan ser un caso positivo de VIH/SIDA para realizar una adecuada gestión preventiva en Seguridad y Salud en el trabajo, antes bien, debe idearse estrategias que permitan contrarrestar los efectos que estas situaciones podrían tener en materia de peligros de Seguridad, higiene industrial e inclusive de riesgo psicosocial de forma anticipada.

Las estrategias pedagógicas de formación deben realizarse con mucho cuidado en la población trabajadora, porque todos deben conocer la susceptibilidad que podrían tener en la exposición a los peligros de su trabajo en el evento en que llegarán a contraer el VIH, así mismo, como podrían afectar a terceras personas con el fin de que sea el trabajador quien voluntariamente tome la decisión de informar su condición especial de salud y la empresa tome las medidas correspondientes.

Finalmente, resulta importante de cara a la administración del talento humano que la persona encargada de estos temas en las empresas también tenga formación frente al manejo de los casos de VIH/SIDA y eventualmente tenga establecido un protocolo de actuación frente al manejo y la forma de dirigirse a estas personas, bien sea, que de forma verbal o por escrito le comunica tal situación, en la que se valoren todas las consideraciones que ha tenido la Corte Constitucional en su jurisprudencia, con el fin de evitar que se vulneren los derechos fundamentales y la dignidad humana de estas personas.

## REFERENCIAS

- Álvarez, L.F. (2010). Recomendaciones para el análisis del puesto de trabajo. *Revista Pensando Psicología, volumen 6*, 123-132. <https://revistas.ucc.edu.co/index.php/pe/article/download/372/376>
- Barros, T., Barreto, D., Pérez, F., Santander, R., Yépez, E., Abad-Franch, F., y Aguilar, M. (2001). *Un modelo de prevención primaria de las enfermedades de transmisión sexual y del VIH/sida en adolescentes*. <https://www.scielosp.org/pdf/rpsp/v10n2/5861.pdf>
- Circular 049 de 2019 [Ministerio del Trabajo]. Criterios para autorizar la terminación de la relación laboral de trabajadores que se encuentran en condición de discapacidad o de debilidad manifiesta por razones de salud. 01 de agosto de 2019.
- Concepto 003440 de 2011 [Ministerio del Trabajo]. Rehabilitación y fuero de discapacidad. 06 de enero de 2011.
- Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. (17 de febrero de 2000). Sentencia T-136 del año 2000. [M.P. Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. (24 de noviembre de 2005). Sentencia T-1218/2005. [M.P. Jaime Córdoba Triviño].
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (02 de octubre de 2008). Sentencia T-948/2008. [M.P. Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (03 de abril de 2008). Sentencia T-295/2008. [M.P. Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (21 de enero de 2011). Sentencia T-020/2011. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva].
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (22 de julio de 2015). Sentencia T-461/2015. [M.P. Myriam Ávila Roldán].
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (23 de noviembre 2012). Sentencia T-986/2012. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva].
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (28 de julio de 2020). Sentencia T-267/2020. [M.P. Alberto Rojas Ríos].
- Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión (13 de abril de 2009). Sentencia T-273/2009. [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (02 de febrero de 2017). Sentencia SU-049/2017. [M.P. María Victoria Calle Correa].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (10 de mayo del 2000). Sentencia C-531/2000. [M.P. Álvaro Tafur Galvis].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (20 de agosto de 2014). Sentencia C-593/2014. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (30 de mayo de 1996). Sentencia SU-256/1996 [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa].

- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (03 de mayo de 2021). Sentencia T-121/2021. [M.P. Diana Fajardo Rivera].
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (11 de agosto de 2015). Sentencia T-513/2015. [M.P. María Victoria Calle Correa].
- Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. (17 de mayo de 2004). Sentencia T-469 del año 2004. [M.P. Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. (19 de diciembre de 2019). Sentencia T-620/2019. [M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo].
- Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. (21 de octubre de 1999). Sentencia T-826/1999. [M.P. José Gregorio Hernández Galindo].
- Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. (7 de julio de 2010). Sentencia T-554/2010. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio].
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (07 de febrero 2014). Sentencia T-077/2014. [M.P. Mauricio González Cuervo].
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (08 de septiembre de 2005). Sentencia T-934/2005. [M.P. Alfredo Beltrán Sierra].
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (21 de noviembre de 2007). Sentencia T-992/2007. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa].
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (27 de enero de 2000). Sentencia T-066 del año 2000. [M.P. Alfredo Beltrán Sierra].
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (31 de julio de 2003). Sentencia T-635 del año 2003. [M.P. Alfredo Beltrán Sierra].
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (06 de julio de 2017). Sentencia T-426/2017. [M.P. Cristina Pardo Schlesinger].
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (16 de junio de 2010). Sentencia T-490/2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (11 de noviembre de 2015). Sentencia T-690 del 2015. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio].
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (15 de mayo de 2017). Sentencia T-327/2017. [M.P. Iván Humberto Escruería Mayolo].
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (4 de marzo de 2008). Sentencia T-238/2009, [M.P. Mauricio González Cuervo].
- Costa R., Padilha M.I., Vieira M., Alves, I. y Bastiani J. (2009). *La contribución de la Enfermería brasileña para la producción de conocimiento sobre el SIDA*. [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1132-12962009000100018&lng=es&tlng=es](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1132-12962009000100018&lng=es&tlng=es)
- Decreto 1072 de 2015 [Ministerio del Trabajo]. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo. 26 de mayo de 2015.
- Decreto 1295 de 1994 [Ministerio del Trabajo y Seguridad Social]. Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales. 24 de junio de 1994.

- Decreto 1443 de 2014 [Ministerio del Trabajo]. Por el cual se dictan disposiciones para la implementación del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST). 31 de julio de 2014.
- Decreto 1543 de 1997 [Ministerio de la Protección Social]. Por el cual se reglamenta el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS). 12 de junio de 1997.
- Decreto 559 de 1991 [Presidencia de la República]. Por el cual se reglamenta parcialmente las leyes 09 de 1979 y 10 de 1990, en cuanto a la prevención, control y vigilancia de las enfermedades transmisibles, especialmente lo relacionado con la infección por el virus de inmunodeficiencia humana, HIV, y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, sida, y se dictan otras disposiciones sobre la materia. 10 de febrero de 1991.
- González, G., Valencia, M.L., Agudelo, N.A., Acevedo, L., Vallejo, I.C. (2005-2006). *Morbilidad sentida de las urgencias médicas y la utilización de los servicios de salud en Medellín, Colombia*. <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:2RIBkYUSABUJ:www.scielo.org.co/pdf/bio/v27n2/v27n2a05.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co>
- Ley 1010 de 2006. Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo. 23 de enero de 2006. D.O. 46.160.
- Ley 1562 de 2012. Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional. 11 de julio de 2012. D.O. 48.488.
- Ley 1581 de 2012. Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. 18 de octubre de 2012. D.O. 48.587.
- Ley 1751 de 2015. Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. 16 de febrero de 2015. D.O. 49427.
- Ley 361 de 1997. Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones. 11 de febrero de 1997. D.O. 42.978.
- Ley 949 de 2005. Por la cual se dictan normas para el ejercicio de la profesión de terapia ocupacional en Colombia, y se establece el Código de Ética Profesional y el Régimen Disciplinario correspondiente. 17 de marzo de 2005. D.O. 45.853.
- Ministerio de la Protección Social. (2006). *Guía de atención integral basada en la evidencia para desórdenes musculoesqueléticos (DME) relacionados con movimientos repetitivos de miembros superiores (síndrome de túnel carpiano, epicondilitis y enfermedad de Quervain)*. (GATI- DME). [https://www.epssura.com/guias/guias\\_mmss.pdf](https://www.epssura.com/guias/guias_mmss.pdf)
- Ministerio del Trabajo (2010). *Manual de procedimientos para la rehabilitación y reincorporación ocupacional de los trabajadores en el sistema general de riesgos profesionales*. <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s>

&source=web&cd=&ved=2ahUKewjt2MHd-oj0AhWGSTABHduHAccQFn  
oECAMQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.libertycolombia.com.co%2Fsite  
s%2Fdefault%2Ffiles%2F2019-07%2FManual%2520para%2520rehabilitaci  
on%25202012.pdf&usg=AOvVaw341Nkw0iKSihqCQCnznIv

Ministerio del Trabajo. (2013). *Manual del Inspector de Trabajo y Seguridad Social*.  
[http://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/51963/manual\\_del\\_inspector.pdf/b032aaad-3151-0a2b-a8d6-9cf75eb51d4a](http://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/51963/manual_del_inspector.pdf/b032aaad-3151-0a2b-a8d6-9cf75eb51d4a)

Resolución 1013 de 2008 [Ministerio de la Protección Social]. Por la cual se adoptan las Guías de Atención Integral de Salud Ocupacional Basadas en la Evidencia para asma ocupacional, trabajadores expuestos a benceno, plaguicidas inhibidores de la colinesterasa, dermatitis de contacto y cáncer pulmonar relacionados con el trabajo, 28 de marzo de 2008.

Resolución 1016 de 1989 [Ministerio de Trabajo y Seguridad Social]. Por la cual se reglamenta la organización, funcionamiento y forma de los Programas de Salud Ocupacional que deben desarrollar los patronos o empleadores en el país. 31 de marzo de 1989.

Resolución 1111 de 2017. Por la cual se definen los Estándares Mínimos del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo para empleadores y contratantes. 27 de marzo de 2017.

Resolución 1309 de 2013 [Ministerio del Trabajo]. Por la cual se adopta el Manual del Inspector del Trabajo y de la Seguridad Social. 02 de mayo de 2013.

Resolución 2013 de 1986 [Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y Salud]. Por la cual se reglamenta la organización y funcionamiento de los Comités de Medicina, Higiene y Seguridad Industrial en los lugares de trabajo. 06 de junio de 1986.

Resolución 2013 de 1986. Por la cual se reglamenta la organización y funcionamiento de los Comités de Medicina, Higiene y Seguridad Industrial en los lugares de trabajo. 06 de junio de 1986.

Resolución 2346 de 2007. Por la cual se regula la práctica de evaluaciones médicas ocupacionales y el manejo y contenido de las historias clínicas ocupacionales. 16 de julio de 2007.

Resolución 2404 de 2019 [Ministerio del Trabajo]. Por la cual se adopta la batería de instrumentos para la evaluación de factores de riesgo psicosocial, la guía técnica general para la promoción, prevención e intervención de los factores psicosociales y sus efectos en la población trabajadora y sus protocolos específicos y se dictan otras disposiciones. 22 de julio de 2019.

Resolución 2844 de 2007. Por la cual se adoptan las Guías de Atención Integral de Salud Ocupacional Basadas en la Evidencia. 22 de agosto de 2007.

# Efectos socio-jurídicos de la pensión de vejez en personas transgénero en Colombia, periodo 2015-2020

## *Socio-legal effects of the old-age pension in transgender people in Colombia, period 2015-2020*

DOI.: <https://doi.org/10.15332/iust.v0i20.2873>

*Anayibe Ardila Búez*<sup>1</sup>  
*Daniela Tarazona Martínez*<sup>2</sup>

### Resumen

La investigación tiene como objetivo analizar las consecuencias sociales y jurídicas que se generan por el cambio de sexo de quienes aspiran a acceder a la pensión de vejez. Para ello, se revisó la normativa nacional y algunas normas internacionales a fin de formular alternativas que ayuden a facilitar el otorgamiento de la pensión de vejez a las personas transgénero en Colombia. De esta manera, buscamos aportar un análisis del derecho pensional y plantear una posición jurídica basada en el ordenamiento jurídico, derecho comparado y convenciones internacionales ratificadas por Colombia.

De acuerdo con lo anterior, se espera que el conocimiento de los efectos socio-jurídicos de la pensión de vejez en personas transgénero contribuya con recomendaciones que garanticen realmente la pensión de vejez a esta población. Así pues, al momento de solicitar el reconocimiento de este derecho, una persona trans debería ser tratada bajo su identidad de género y no bajo aquella que le fue asignada socialmente. Para lograr los objetivos planteados, se implementó un enfoque cualitativo en el cual se analizaron las fuentes secundarias, tomando legislaciones nacionales e internacionales para comprender la situación que viven las personas transgénero al solicitar la pensión de vejez.

En los resultados, al revisar la normativa colombiana se evidenció que carece de un enfoque de género. En cuanto a la jurisprudencia, se encontró un caso reciente que agrupaba el tema de interés, como lo es la pensión de vejez en una persona transgénero en Colombia, como es el caso de la accionante Helena Herrán Vargas a quien inicialmente se le vulneró el derecho pensional, pese a que finalmente por vía judicial se le reconoció en la Sentencia del 10 de septiembre de 2020 del Tribunal Superior de Bogotá, la cual fue revisada por la Corte Constitucional en Sentencia SU-440 de 2021. Por otra parte, cuando se compararon aspectos normativos y sociales en Argentina, Reino Unido y Colombia, se encontró que Colombia tiene los requisitos menos restrictivos para el cambio del componente sexo. Finalmente, una vez realizada la fórmula de liquidación de la mesada pensional se plantean recomendaciones para proteger los derechos y la dignidad humana, donde se sugiere emplear el control constitucional en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y dos figuras jurídicas: la revisión periódica y la revocatoria de la pensión.

- 1 Egresada programa de Derecho Universidad Santo Tomás de Bucaramanga. Correo electrónico: [anayibe.ardila@ustabuca.edu.co](mailto:anayibe.ardila@ustabuca.edu.co)
- 2 Egresada programa de Derecho Universidad Santo Tomás de Bucaramanga. Correo electrónico: [daniela.tarazona01@ustabuca.edu.co](mailto:daniela.tarazona01@ustabuca.edu.co)

**Palabras clave:** Pensión de vejez, personas transgénero, discriminación, cambio del componente sexo, igualdad, régimen de prima media.

## **Abstract**

The objective of this research is to analyze the social and legal consequences generated by the change of sex of those who aspire to access the old age pension. For this purpose, the national and some international regulations were reviewed to formulate alternatives that help to facilitate the granting of old age pension to transgender persons in Colombia.

In this way, we seek to provide an analysis of pension law and to put forward a legal position based on the legal system, comparative law and international conventions ratified by Colombia.

In accordance with the above, it is expected that knowledge of the socio-legal effects of the old-age pension on transgender of old-age pensions for transgender people is expected to contribute with recommendations that will guarantee the old-age pension for this population. Thus, at the time of applying for the recognition of this right, a trans person should be treated under his or her gender identity and not under the one socially assigned to him or her. To achieve the stated objectives, a qualitative approach was implemented in which secondary sources were analyzed, taking national and international legislation to understand the situation experienced by transgender people when applying for old-age pensions.

In the results, when reviewing the Colombian regulations, it was evidenced that it lacks a gender approach. Regarding the jurisprudence, a recent case was found that grouped the topic of interest, such as the old-age pension and a transgender person in Colombia, as is the case of the plaintiff Helena Herrán Vargas, whose right was initially violated. pension, despite the fact that it was finally recognized by judicial means in the Judgment of September 10, 2020 of the Superior Court of Bogotá, which was reviewed by the Constitutional Court in Judgment SU-440 of 2021. On the other hand, when comparing regulatory and social aspects in Argentina, the United Kingdom and Colombia, it was found that Colombia has the least restrictive requirements for the change of the sex component. Finally, once the liquidation formula of the pension allowance has been made, recommendations are made to protect human rights and dignity, where it is suggested to use constitutional control in article 33 of Law 100 of 1993 and two legal figures: the periodic review and the revocation of the pension.

**Keywords:** Retirement, transgender people, discrimination, change of sex component, equality, medium premium regime.

## *Efectos socio-jurídicos de la pensión de vejez en personas transgénero en Colombia, periodo 2015-2020*

---

*Anayibe Ardila Báez  
Daniela Tarazona Martínez*

### **INTRODUCCIÓN**

En Colombia con la expedición del Decreto 1227 de 2015 que permite corregir el cambio componente sexo en el Registro del Estado Civil, se presenta un problema con la edad de pensión de vejez, dependiendo de si quien tenía adjudicado el rol de hombre pasa al rol de mujer o viceversa. Ya que uno de los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez es la edad, señalándose una distancia de cinco (5) años entre un sexo y el otro. Además, pudieran argumentarse intereses fraudulentos, por causa del cambio de género por el beneficio de pensionarse rápido, lo que en efecto sería un inconveniente para la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

Actualmente, se presenta un vacío jurídico, que es el trámite para adquirir la pensión de vejez en las personas transgénero. Por esto mismo, se realiza una búsqueda en diferentes bases de datos, relatorías, revistas científicas, entre otras, que mostraron pocas investigaciones respecto al tema estudiado, que brinden criterios competentes o que prevean futuros problemas que generaría el trámite del cambio del componente sexo, obstaculizando el reconocimiento de la pensión de la vejez una vez cumplidos los requisitos de ley según el componente sexo. Entre los artículos encontrados está *Impacto del cambio de sexo en la seguridad social y en el sector asegurador* (Moreno, 2019), el cual hace una valoración del problema económico que acarrearía a los fondos pensionales la expedición del Decreto 1227 de 2015, como se enuncia a continuación:

(..) Esta discusión en el contexto pensional no se limita a la edad en la que una persona pueda acceder a una pensión. Recordemos que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), dos de las variables más importantes para determinar el valor de la mesada pensional son la edad y el género del causante y de sus beneficiarios, ya que con estos datos se estima la probabilidad de vida de cada persona y así se establece el capital necesario para garantizar el pago de manera vitalicia (Moreno, 2019, párr. 3).

No obstante, en materia internacional existen diversos pactos referentes a la protección de derechos humanos, no discriminatorios e inclusivos socialmente. Sin embargo, se siguen presentando inconvenientes y continuas vulneraciones a los derechos de las personas transgénero en el ámbito laboral y social. En relación con la normatividad internacional, es propicio destacar los principios de Yogyakarta, que se componen de 29 principios, con un preámbulo y unas recomendaciones adicionales. Estos principios versan primordialmente sobre cuestiones de orientación sexual e identidad de género y con ellos se van formando precedentes para lograr una igualdad de derechos y condiciones laborales dignas para la comunidad LGBTIQ+ (lesbiana, gay, bisexual, transgénero, transexual, travesti, intersexual y queer. Al final se agrega + para incluir todos los colectivos que no están representados en las siglas anteriores).

Los antecedentes se enfocan en dos aspectos: pensión de vejez y población transgénero. La primera es regulada por la Ley 100 expedida el 23 de diciembre de 1993, por medio de la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral. Precisamente permitió que los afiliados eligieran entre dos regímenes: Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) o Régimen de Prima Media (RPM). Posteriormente, con la Ley 797 de 2003 se reforman parámetros del Sistema General de Pensión, entre los cambios que nos atañe está el cambio de la edad y semanas de cotización. La edad queda conformada por 57 años en el caso de las mujeres y 62 años para los hombres, requiriendo 1.300 semanas cotizadas. En la norma atrás transcrita no se hace mención de género, solo se hizo referencia al sexo entendido el sexo femenino y masculino como la designación biológica asignada al nacer.

En el Régimen de Prima Media (RPM) cada afiliado realiza aportes individuales que son ubicados en un fondo común que luego será distribuido para hacer el pago de la pensión. En cambio, en el RAIS los aportes se ubican en una cuenta individual y está sujeta al capital que ha acumulado durante su vida laboral. Se valoran los siguientes aspectos: frecuencia, cantidad de aportes y la rentabilidad. Dicho lo anterior, el régimen en el que se centra el presente escrito es el Régimen de Prima Media (RPM), debido a que es un régimen público que maneja un fondo común.

## **HISTORIA**

La historia en cuanto al progreso en el reconocimiento de derechos que ha tenido en numerosos aspectos la población LGBTIQ+ en Colombia, data de 1971 cuando se publicaron textos sobre la homosexualidad por un psicólogo y sexólogo de Manizales. En el año 1975 Gonzalo Echeverry y Humberto Quevedo contaron públicamente mediante el periódico de Cali que conformaban una pareja. Para 1976 se creó el primer grupo en defensa de derechos de las personas LGBTIQ+. En el año 1980 se eliminó la homosexualidad como delito del Código Penal. En el año 1982, las comunidades con orientación sexual diversa se unieron para crear la primera marcha del orgullo LGBTIQ+ en el país. Para el año 1990, la Organización Mundial de la Salud (OMS) eliminó la homosexualidad como enfermedad mental. En el año 1991, la Constitución Política de Colombia reconoce el derecho a la igualdad y la libertad de todas las personas y prohíbe la discriminación, entre otras, con base en la orientación sexual. En este mismo año se interpuso la primera acción de tutela solicitando el cambio de nombre. En el año 1992 por primera vez se presenta a las elecciones locales de Villavicencio una mujer transgénero. En el año 1998 la Corte Constitucional colombiana señaló que la orientación sexual de un estudiante no es motivo para negarle el derecho a la educación.

En el 2004 se creó Colombia Diversa, organización que lucha en pro de los derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgénero del país. Para el año 2011 la Corte Constitucional colombiana señaló que las demostraciones de afecto entre parejas del mismo sexo no deben ser prohibidas [T-909 de 2011]. En el 2013 se aprobó el procedimiento quirúrgico para modificaciones corporales en personas transgénero. En el año 2016 el Acuerdo de Paz entre el Gobierno colombiano y las fuerzas armadas revolucionarias de Colombia (FARC-EP) es el primero a nivel mundial en reconocer a víctimas LGBTIQ+ del conflicto armado, entre otros sucesos que han marcado la lucha de la población LGBTIQ+, especialmente para los transgéneros (Colombia Diversa, s.f., línea cronológica). De lo anterior, se pueden extraer diferentes problemas de los sucesos más relevantes históricamente para la población LGBTIQ+, como lo son: el orden social, familiar y las arbitrariedades contra los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, identidad sexual, intimidad, personalidad jurídica e igualdad.

No obstante, hasta el año 2015, se empezó a regular el tema frente a las personas transgénero. Con la Sentencia T-099 de 2015 protagonizada por Gina Hoyos, mujer trans, y la expedición del Decreto 1227 de 2015 que permite corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil, cuyo propósito principal es disminuir los obstáculos que se presentan y la diferenciación entre los géneros binarios (masculino-femenino). También, es un instrumento con menor lesividad para los derechos fundamentales de las personas que quieren el cambio de sexo según su identificación de género. Los requisitos para acceder al trámite del Decreto 1227 de 2015 son los siguientes:

1. Acudir ante Notario para solicitar la corrección.
2. Se debe llevar una copia del documento de identidad y del registro civil, junto con la declaración juramentada.

Una vez radicada la solicitud, el notario, en un plazo de 5 días, expedirá la escritura pública que irá anexada a los documentos del solicitante. En su última instancia, se traslada a la registraduría para que finalice con el trámite.

Sin embargo, en el decreto ya mencionado se establece que una vez transcurridos 10 años de la corrección del componente sexo, se puede realizar por segunda vez, frente a lo cual estos investigadores se preguntan si ¿se pueden generar fraudes al sistema, en escenarios como el que un hombre quiera cambiar de sexo por el beneficio de pensionarse cinco años antes de la edad establecida para el sexo masculino?

Lo anterior, tiene como fin proponer posibles soluciones ante el conflicto que generaría al momento de acceder a la pensión de vejez una persona transgénero, sin sufrir de discriminación y dilación al reconocimiento de su mesada. Así mismo, determinar si el cambio del componente sexo ocasionaría un desequilibrio financiero a los fondos pensionales en el Régimen de Prima Media.

## METODOLOGÍA

El proceso propuesto para el desarrollo de esta investigación tiene enfoque cualitativo-jurídico con alcance analítico, partiendo inicialmente de una revisión documental. En cuanto a las fuentes secundarias que servirán de base para el análisis, es importante destacar la revisión normativa, jurisprudencial e investigativa a nivel nacional e internacional, para fundamentar el desarrollo de los objetivos y proponer recomendaciones que ayuden a resolver la inclusión de las personas transgénero a la hora del reconocimiento de la pensión de vejez.

## RESULTADOS

El desarrollo de los factores jurídicos y sociales del cambio del componente sexo se realizó mediante la legislación, jurisprudencia y trabajo de campo. Se tomaron dos factores jurídicos, la normativa y la jurisprudencia. En cuanto a la normativa vigente se analizó el artículo 48 de la Carta Política de 1991; la Ley 100 de 1993 que hace referencia a la Seguridad Social Integral y el Decreto 1227 de 2015 que regula todo lo concerniente a la corrección del componente sexo en el Registro del Estado Civil.

El artículo 48 de la Carta Política de 1991 establece como rango constitucional la Seguridad Social de carácter obligatorio, en subordinación a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Dichos principios se encuentran plasmados en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993. En atención al principio de universalidad que destaca la Seguridad Social como garantía para todas las personas sin discriminación alguna, se debe tener en cuenta que este principio aplica para toda la

comunidad, incluyendo, naturalmente, a las personas transgénero. Por ende, este se ve reflejado en la transición de las personas transgénero al momento en que tramitan el reconocimiento de la pensión de vejez.

La Ley 100 de 1993 regula las pensiones a nivel general, especialmente la pensión de vejez en el artículo 33, modificado por la Ley 797 de 2003, determinando que, para tener el derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir los siguientes requisitos: a) haber cumplido cincuenta y siete (57) años para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre y, b) haber cotizado 1.300 semanas.

En cuanto al Decreto 1227 de 2015 por el cual se adiciona el capítulo doce de la sección cuarta del Decreto 1069 de 2015, “Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”, se destaca que dicho decreto fue expedido con el propósito de reducir obstáculos y exclusiones, eliminar la diferencia de trato con las personas cisgénero (son personas que guardan su relación su identidad de género con el sexo asignado al nacer) y facilitar un medio menos lesivo para los derechos fundamentales de las personas transgénero al momento de corregir el componente sexo a través de un trámite notarial, disminuyendo la discriminación que se presentaba frente a la población trans al someterse a un proceso judicial extenso y cuantioso, a diferencia de las personas cisgénero a quienes se les permitía hacer el trámite por vía notarial. Así mismo, la corrección a través de escritura pública es un mecanismo que, paralelo a la jurisdicción ordinaria, goza de idoneidad, legalidad e inmediatez.

En cuanto a los aspectos relevantes de dicho decreto, está: primero, el alcance de la corrección podrá consistir en la inscripción del sexo masculino o femenino. Segundo, en cuanto a los requisitos de la solicitud se debe presentar por escrito y contener tanto la designación del notario a quien se dirige, como su nombre y cédula. Entre otros documentos que son necesarios para completar el trámite, está: la declaración realizada bajo la gravedad de juramento, la cual hace referencia a la construcción sociocultural que la persona tiene de su identidad. Tercero, dentro de la corrección hay algunos límites como lo es: una vez realizada la corrección, no podrá solicitarla de nuevo dentro de los diez años siguientes a la expedición de la escritura pública y solo se podrá corregir el sexo hasta dos veces.

Ahora bien, cierto es que la ley es fuente normativa primaria, no obstante, cuando no existe regulación específica –como es el caso de las personas transgénero en materia de pensión de vejez–, se hace necesario acudir a la jurisprudencia como fuente del derecho para suplir el vacío. Así pues, la Sentencia del 10 de septiembre de 2020 del Tribunal Superior de Bogotá es relevante, porque la accionante Helena Herrán Vargas fue la primera mujer trans en Colombia que ha podido gozar de su derecho a la pensión de vejez. Esto, después de un trámite discriminatorio y de dilación por parte del fondo pensional. Finalmente, esta sentencia marcó un precedente judicial con efectos que trascienden la expedición del fallo favorable.

Por otro lado, para entender el trámite del cambio de componente “sexo” en una persona transgénero y para comprender el trato recibido por parte de las instituciones encargadas de dicho trámite, se entrevistó virtualmente a Brigitte Baptiste mujer

trans, en el año 2020, activista de derechos de dicha población, quien relató su historia de vida. En particular, su testimonio permitió analizar el panorama real y jurídico de una persona transgénero en Colombia a la hora de realizar el cambio del componente sexo y estar próxima al reconocimiento de la pensión de vejez.

En el relato de su historia de vida, narró que fue una de las primeras personas que realizó el cambio de registro. Su procedimiento en la notaría fue amigable y expedito, se contó con un espacio inclusivo donde los notarios fueron solidarios ante el trámite, por lo que se mostraron gentiles y cordiales. En lo que respecta a su opinión frente al trámite pensional para acceder a su pensión de vejez, debido a que se encontraba pronta a pensionarse, expresa que no encuentra ningún tipo de inconveniente que retrase el reconocimiento pensional, ya que cuenta con todos los requisitos de ley y su identidad ha sido reconocida por el Estado mediante un acto público.

Así mismo, se realizó una búsqueda de normativa internacional frente al reconocimiento de los derechos de la pensión de vejez en personas transgénero en la legislación del Reino Unido y de Argentina de cara a los hallazgos en la normativa colombiana, con el propósito de conocer el procedimiento en cada uno de los países en cuanto a la temática. En el análisis se seleccionaron tres (3) aspectos fundamentales, que se estudiaron en cada país: el origen de la identidad de género, la legislación de seguridad social y legislación de identidad de género. A partir de su estudio es posible entender a profundidad el tratamiento legal que se le otorga a la población LGBTIQ+, a continuación, se describe la información recolectada, bajo los tres aspectos mencionados:

1. La seguridad social: Se pudo evidenciar que en Argentina la edad legal para obtener la pensión de vejez varía entre hombres y mujeres. Por el contrario, en el Reino Unido, no se diferencia por edad entre uno y otro sexo; en efecto, con esta distinción se elimina la posibilidad de incurrir en fraude, de acuerdo con el objeto de investigación del presente estudio.
2. En los tres países que se compararon, se protege el cambio de nombre y sexo en los documentos de identidad mediante diferentes requisitos, unos amplios y otros restrictivos. En el caso de Argentina, para solicitar el cambio se debe acudir al Registro Nacional de Personas; por otra parte, en Reino Unido se acude al Panel de Reconocimiento de Género o al Tribunal; y en el caso de Colombia, se hace mediante trámite notarial.
3. En cuanto a los requisitos, Reino Unido resulta ser el país más prohibitivo para expedir el Certificado completo de Reconocimiento de Género. Esto se debe, a que la norma requiere que el solicitante haya vivido dos (2) años acorde con el género solicitado, tener un diagnóstico de disforia de género, tener la intención de vivir con dicho género hasta su deceso y haber declarado legalmente su estado civil de soltero.
4. Tanto Colombia como Argentina contempla el derecho de cambio de sexo o nombre en menores de edad con el acompañamiento de su representante legal. Por el contrario, en Reino Unido, la Ley de Reconocimiento de Género

de 2004 no otorga el reconocimiento a menores de edad.

Como parte de los resultados, se llegó a la conclusión que en Reino Unido los requisitos para realizar el cambio de sexo son prohibitivos, pues no dan lugar al fraude para acceder a la pensión; allí no se permite una corrección a menos que se trate de un error justificado o gramatical, el cual deberá ser valorado por el Panel o por el Tribunal. No obstante, en Argentina la norma permite por autorización judicial, modificar el sexo una única vez. Mientras que, en el caso colombiano se puede hacer la rectificación del cambio de sexo de nuevo, luego de haber pasado 10 años de la expedición de la escritura pública.

En este punto es necesario destacar que, de las legislaciones revisadas de Reino Unido, Argentina y Colombia solo la de Reino Unido en la Ley de Reconocimiento de Género que aprobó el parlamento británico en el año 2004, estipula que las personas trans, quienes hagan su cambio de sexo para efectos de la seguridad social, serán entendidas con su sexo adquirido y no con el nacido. Por el contrario, en los países latinoamericanos no se contempla este aspecto.

Al revisar el ámbito internacional se encontró que el cuadernillo número 19 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) fue dedicado a los derechos de las personas LGBTIQ+. Este documento recoge “las resoluciones que abordan aspectos relacionados con el contenido y el alcance de sus derechos, las obligaciones del Estado y la relación con algunos derechos convencionales”. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) estableció que:

Los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (Artículo 1.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

Las condiciones mencionadas no conforman un listado rígido, sino que aluden a “otra condición social”; por tanto, está abierto a otros criterios, como es la “Identidad de género” que señala la Corte, como categoría protegida por la Convención.

Por otro lado, en la opinión consultiva que Costa Rica solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte manifestó que el reconocimiento de la identidad de género “implica necesariamente el derecho a que los datos de los registros y los documentos de identidad correspondan a la identidad sexual y de género asumida por las personas transgénero” (CIDH, 2017, párr. 96). Para ello, la Corte se basó en los Principios de Yogyakarta, documento elaborado en el año 2007 por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas junto con varios expertos y activistas del derecho internacional de los derechos humanos, los cuales orientan la interpretación y aplicación de las normas del derecho internacional para proteger y salvaguardar a la población LGBTIQ+.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos recalca la necesidad de asegurar los derechos a la seguridad social y de amparar a toda población tal como lo ordena el derecho internacional. Aquí, se hizo énfasis en la discriminación que esta población sufre por motivos de su identidad de género. Lo cual, se contempla en el Principio 13 del Estatuto de Yogyakarta (2006): “Todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género” (p. 20).

Para finalizar, desde todo lo analizado anteriormente, se plantean dos recomendaciones para hacer efectivo el acceso a la pensión de vejez de las personas transgénero en Colombia. Para antes de exponer las recomendaciones, se desarrolla el principio de equilibrio financiero.

El cual está ligado al principio de sostenibilidad establecido en la Ley 100 de 1993 e incluido con la reforma constitucional al artículo segundo, mediante el Acto Legislativo 01 de 2005. Dicho principio se refiere a que cada régimen pensional deberá mantener su subsistencia y sostenibilidad. Dada la situación social asociada al desempleo, se ha evidenciado que hay personas que no aportan al sistema de seguridad social, principalmente en materia pensional. Frente a los aportes es necesario mencionar que la carga está dividida en porcentajes que realiza el empleador y otro porcentaje que realiza el trabajador, para que el restante (en caso de haberlo) sea aportado por el Estado mediante el sistema de solidaridad pensional. El principio es netamente económico, por lo que se busca garantizar el acceso a todas las personas que empiezan a cotizar, con el fin de recibir su mesada pensional después de un largo trayecto laboral.

Así, dentro de los requisitos es importante enfatizar que el trabajador haya cotizado al sistema 1.300 semanas, durante un período mínimo de veinticinco (25) años. En lo concerniente al procedimiento para obtener la mesada pensional en el régimen de prima media (RPM). Se calcula inicialmente, el ingreso Base de Liquidación (IBL) que corresponde al promedio de los últimos diez (10) años cotizados y se le saca el sesenta y cinco por ciento (65%) del promedio de los últimos años. En el caso de que se presenten vacíos, es decir, no se cotizó consecutivamente y sea insuficiente, se tiene en cuenta todo el tiempo cotizado. Lo anterior, se encuentra fundamentado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Para entender la fórmula presentada se planteará un ejemplo a continuación, donde se puede evidenciar el monto de la mesada pensional de un hombre y una mujer con un (1) salario mínimo mensual legal vigente (SMLMV), según el Régimen de Prima Media (RPM) (tabla 1).

**Tabla 1.** Ejemplo de Liquidación de la mesada pensional en el Régimen de Prima Media

Cantidad	Año	SMLV
1	2012	\$ 566.700
2	2013	\$ 589.500
3	2014	\$ 616.000
4	2015	\$ 644.350
5	2016	\$ 689.455
6	2017	\$ 737.717
7	2018	\$ 781.242
8	2019	\$ 828.116
9	2020	\$ 877.803
10	2021	\$ 908.526
Total:		\$ 7.239.409
Promedio de smlmv		$7.239.409 / 10 = 723.940$
		$723.940 \times 65\% = 470.561$
IBL		470.561
Último smlmv - IBL		$908.526 - 470.561 = 437.965$
Aporte del Fondo de Solidaridad Pensional		437.965
IBL + Aporte del Fondo de Solidaridad Pensional		$470.561 + 437.965 = 908.526$
Mesada pensional (RPM) en hombres y mujeres		908.526

Fuente. Elaborado por las autoras.

En cuanto a la pensión de vejez a las personas transgénero se plantean dos propuestas: la primera, ejecutar el control de constitucionalidad en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En esta norma se debería adicionar la frase *sin distinción por razones de orientación sexual o identidad de género* en correspondencia con la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política, lo dispuesto en los principios de Yogyakarta y el cuadernillo número 19 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dedicado a los derechos de las personas LGBTIQ+. De ahí que, la propuesta para el artículo 33 numeral primero de la Ley de Seguridad Social Integral, debería estar escrita de la siguiente manera:

A partir del primero de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre, sin distinción por razones de orientación sexual o identidad de género”.

El control de constitucionalidad tiene el propósito de hacer efectivo el reconocimiento de la pensión de vejez para las personas transgénero, porque si bien

existen otros mecanismos legales, estos procedimientos se tornan discriminatorios respecto al tiempo de ejecución.

Como segunda propuesta en relación con el fraude, se propone el uso de dos figuras jurídicas: la revisión periódica y la revocatoria de la pensión, que aplicando analogía se pueden adaptar al presente contexto. Por un lado, se puede aplicar la revocatoria directa de la pensión cuando la misma fue solicitada de mala fe y con el único propósito de defraudar el sistema de pensiones, afectando el patrimonio del fondo público. Este mecanismo se aplicará cuando se verifique la sustitución de la identidad personal, esto es cuando el sujeto, presente documentos de un sexo u otro para obtener un beneficio económico mensual sin corresponder con la verdadera identidad y/o asignación de género, cabe señalar que esta acción tendrá una multa la cual está tipificada en el artículo 296 del Código Penal colombiano, que regula la

**FALSEDAD PERSONAL.** El que con el fin de obtener un provecho para sí o para otro, o causar daño, sustituya o suplante a una persona o se atribuya nombre, edad, estado civil, o calidad que pueda tener efectos jurídicos, incurrirá en multa, siempre que la conducta no constituya otro delito (Ley 599 de 2000, art. 296).

Por otro lado, se propone la revisión periódica que es un mecanismo de verificación transcurridos los tres (3) años posteriores al reconocimiento de la pensión de vejez, una vez efectuado la corrección del componente sexo con el cual se sentía identificado. Este mecanismo de revisión periódica está reglamentado para la pensión de invalidez, no obstante, por analogía se propone su adaptación a la pensión de vejez.

## REFLEXIÓN

De los resultados obtenidos en esta investigación se infiere que la aplicabilidad del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 debe ser de forma equitativa e inclusiva, esto no quiere decir que sea necesario una nueva regulación de pensión de vejez para las personas transgénero, porque generaría un efecto adverso al que se pretende. En cambio, se debe optar por una aplicación sistemática que deseche la interpretación convencional de clasificación binaria, por una, donde el género se entienda como la construcción progresiva de cada individuo.

Entonces, el trámite para acceder a la pensión de vejez, una vez realizado el cambio de componente sexo por medio del Decreto 1227 de 2015, se procede a acudir al fondo que la persona transgénero desee; si es RAIS será privado o si es RPM será público, sin importar el régimen en el que haya cotizado a lo largo de su vida. Si cumple con los requisitos solicitados en cada fondo, podrá obtener el reconocimiento de pensión que le servirá ante las contingencias que se puedan presentar en la vejez.

Es necesario dilucidar sobre un aspecto que obstaculiza el reconocimiento de la pensión de vejez en personas trans. Como se mencionó en los resultados, el régimen

que se tuvo en cuenta en la presente investigación es el Régimen de Prima Media que corresponde al fondo público, por ello las cotizaciones realizadas independientemente del sexo, deben homologarse, esto en virtud de que las semanas cotizadas con el sexo anterior sean tenidas en cuenta y en caso de que falten semanas para completar las 1.300 se permita la cotización con el nuevo sexo.

## **CONCLUSIONES**

Del desarrollo de cada uno de los aspectos planteados se puede concluir lo siguiente:

Primero, se observó que la Ley 100 de 1993 se aplica para toda la población colombiana, incluyendo a las personas trans; sin evidenciar en ella alguna distinción o norma especial para determinado sujeto. Empero, el artículo 33 solo hace referencia a dos sexos: Femenino (F) y Masculino (M). Por ende, al no incluir una diferenciación expresa cuando el género no corresponde con su sexo asignado al nacer, se exterioriza la violación al derecho de la libre expresión, dignidad humana y demás derechos civiles e irrenunciables de la persona. Por ese motivo, es relevante ejecutar el Control de Constitucionalidad, donde se adicione “sin distinción por razones de orientación sexual o identidad de género” en correspondencia con la interpretación de artículo 13 Superior o en caso de no ser así, la Corte declare exequible condicionalmente el artículo y se finalice la interpretación sin discriminación por identidad de género.

En cuanto al Decreto 1227 de 2015, este abre paso a la inclusión social y la protección de los derechos: a la libre expresión, dignidad humana y derechos civiles. Cabe anotar que antes del año 2015, se hacía el cambio de componente sexo por la jurisdicción ordinaria, proceso innecesario y gravoso para los derechos, sin mencionar el trato discriminatorio en relación con las personas cisgénero.

Por otro lado, a partir del relato de la historia de vida de una mujer trans, se encontró que, en el contexto colombiano, los factores jurídicos y sociales que se derivan del cambio del componente sexo son la presunción de igualdad por parte de la persona trans y la carencia de especificidad en la ley. De ahí que, su historia de vida mostró que hasta ese momento asumía la aplicabilidad de la normativa vigente en materia pensional y sus requisitos como transgénero en igualdad de condiciones con la población cisgénero y que el cambio del componente sexo, no se realiza con la finalidad de defraudar el sistema, porque el género es una construcción que se manifiesta a lo largo de la vida y no una decisión espontánea.

Segundo, a partir del derecho comparado. Se encontró que el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con las bases necesarias para asegurar la equidad en las personas cisgénero y transgénero. También, que el Decreto 1227 de 2015 cuenta con los requisitos más amplios que aseguran la protección de los derechos fundamentales de las personas transgénero, creando un entorno de inclusión y evitando la discriminación en el procedimiento ante la jurisdicción ordinaria.

No obstante, en el ámbito de seguridad social el Reino Unido en su legislación contempla taxativamente que las personas trans, quienes hagan su cambio de sexo para efectos de la seguridad social, serán entendidas con su sexo adquirido y no con el nacido. Situación que no se encuentra plasmada de manera explícita en la legislación laboral y de seguridad social colombiana, por tal motivo, se vulneran los derechos pensionales y fundamentales y genera discriminación a la población transgénero.

Por otro lado, al examinar el cuaderno número 19 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dedicado a los derechos de las personas LGBTIQ+ y la opinión consultiva que Costa Rica solicitó a la CIDH, se extrae que: a) la identidad de género es una categoría protegida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) que refiere a “otra condición social” y b) el reconocimiento de la identidad de género “implica necesariamente el derecho a que los datos de los registros y los documentos de identidad correspondan a la identidad sexual y de género asumida por las personas transgénero” (CIDH, 2017, párr. 96). Para ello, la Corte se basó en los Principios de Yogyakarta, los cuales orientan la interpretación y aplicación de las normas del derecho internacional para proteger y salvaguardar a la población LGBTIQ+. Aunque los principios no tienen fuerza vinculante, estos reúnen distintas leyes y tratados internacionales.

Tercero, en relación con el ejemplo de liquidación de la mesada pensional de ambos sexos se pudo concluir que tomando como ingreso base de liquidación un salario mínimo mensual legal vigente (SMMLV); es decir, que durante sus últimos 10 años su remuneración salarial correspondió a un (1) SMLMV, y su último año de remuneración fue de \$908.526 pesos colombianos. Del resultado se infiere que, no se causa un desequilibrio financiero del sistema pensional, en razón a que se obtuvo el mismo monto para ambos sexos. Además, se tiene en cuenta que la naturaleza del régimen de prima media corresponde a un fondo común donde todos sus afiliados aportan. Y finalmente, se sugieren dos posibles propuestas para garantizar el reconocimiento de la pensión de vejez en personas transgénero sin discriminación, como es; el Control Constitucional y las figuras jurídicas de protección en material pensional con sanción penal: La revisión periódica (artículo 44 Ley 100 de 1993) y la Revocatoria directa de la pensión (artículo 19 Ley 797 de 2003).

## REFERENCIAS

- Constitución Política de Colombia. (1991). Artículo 13. *Igualdad*. Artículo 16. *Libre desarrollo de la personalidad*. Artículo 01. *De los principios fundamentales*. Artículo 02. *Fines esenciales del Estado*. Artículo 48. *La seguridad social*. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991).
- Corte Constitucional de Colombia. (2011, 01 de diciembre). Sentencia T-909 de 2011 Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez.

- Corte Constitucional de Colombia. (2021, 09 de diciembre). Sentencia SU-440 de 2021. *Las mujeres trans tienen derecho a acceder a la pensión de vejez a la misma edad de las mujeres cisgénero*. Corte Constitucional de Colombia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017, 24 de noviembre). Opinión Consultiva OC-24/17. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. [https://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=opinionesConsultivas/OC\\_24.htm#\\_Toc501550889](https://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=opinionesConsultivas/OC_24.htm#_Toc501550889)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008, 4 de febrero). Observación General # 19. *El derecho a la seguridad social* (artículo 9). Corte Interamericana de Derechos Humanos. [https://www.bjdh.org.mx/universal/doc?ficha=CESCR\\_GC\\_19\\_PARR15](https://www.bjdh.org.mx/universal/doc?ficha=CESCR_GC_19_PARR15)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 19: Derechos de las personas LGTBI*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. ISBN digital 978-9977-36-240-3
- Comisión Europea. (2012, 2 de julio) *Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión; La Seguridad Social en el Reino Unido*. [https://ec.europa.eu/employment\\_social/empl\\_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20UK\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20UK_es.pdf)
- Constitución de la Nación Argentina. (1994). 2da Ed. Elegis. <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf>
- Colombia Diversa. (s.f.). *Los 50 sucesos que marcaron la historia de personas LGBT en Colombia*. <https://colombiadiversa.org/blogs/los-50-sucesos-que-marcaron-la-historia-de-personas-lgbt-en-colombia/>
- Congreso de la República de Colombia. (2013, 23 de diciembre). Ley 100 de 1993. *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0100\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html)
- Duque, N., y Duque, S. (2016). El derecho fundamental a una pensión y el principio de sostenibilidad financiera: un análisis desde el régimen de prima media con prestación definida en Colombia. *Justicia Juris*, 12(1), 40-55. [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1692-85712016000100004](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-85712016000100004)
- Gobierno del Reino. (2021, 26 de marzo). *Government of United Kingdom*. <https://www.gov.uk/>
- Hernández, R., Fernández, C., y Baptista, P. (s.f.). *Metodología de la investigación*. 4 ed. <https://seminariodemetodologiadelainvestigacion.files.wordpress.com/2012/03/metodologic3ada-de-la-investigacic3b3n-roberto-hernc3a1ndez-sampieri.pdf>
- Hernández, R., Fernández, C., y Baptista, P. (s.f.). *Metodología de la investigación*. 5 ed. <https://es.slideshare.net/salvadmartinez61/metodologia-de-la-investigacin-5ta-edicin-sampieri>

- Moreno, M. J. (2019). Impacto en el cambio de sexo en la seguridad social y en el sector asegurador. *Revista Fasecolda* (174), 56-60. <https://revista.fasecolda.com/index.php/revfasecolda/article/view/537>
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (2015. 04 de junio). Decreto 1227 de 2015. *Por el cual se adiciona una sección al Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, relacionada con el trámite para corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil*. <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/14028>
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (2015. 26 de mayo). Decreto 1069 de 2015. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=74174>
- Narváez, J.E. (2008). *Régimen Pensional y Seguros Privados*. Segunda ed. Librería Ediciones del profesional LTD.
- Llano, J. (2017). Realidad y perspectivas del sistema pensional. *Revista Empresarial y Laboral*, Párr. 2. <https://revistaempresarial.com/gestion-humana/seguridad-social/pensiones/realidad-perspectivas-sistema-pensional/>
- Principios de Yogyakarta. (2007). Disponible en el sitio web de la fuente, URL. <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>
- Scottish government. (2017) *Revisión de la ley de reconocimiento de género de 2004*. <https://consult.gov.scot/family-law/review-of-the-gender-recognition-act-2004/>
- Senado y Cámara de Diputados de la Nación de Argentina. (2012. 23 de mayo). Ley 26.743 de 2012. *Identidad de Género*. [https://www.tgeu.org/sites/default/files/ley\\_26743.pdf](https://www.tgeu.org/sites/default/files/ley_26743.pdf)
- Tribunal Superior de Bogotá. (2020, 10 de septiembre). *Se tutela el derecho a la pensión de vejez de una mujer trans*.
- Tribunal Supremo del Reino Unido. (2017, 5 de diciembre) *C-451. Pensión de vejez transgénero*. <http://vlex.com/vid/698355785>
- Zorrilla, S., y Torres, M. (1992). *Guía para elaborar la Tesis*. (Ed. 1). <https://es.slideshare.net/FranklinRamos2/gua-para-elaborar-la-tesis>

## Manifestaciones públicas de afecto por parte de personas del mismo sexo, análisis de casos concretos: Sentencias de la Corte Constitucional colombiana T-268 de 2000 y T-909 de 2011

*Public manifestations of affection by people of the same sex, analysis of specific cases: judgments of the Colombian Constitutional Court T-268 of 2000 and T-909 of 2011*

DOI.: <https://doi.org/10.15332/iust.v0i20.2873>

*Leonardo Camilo Ramos Pallares<sup>1</sup>*

### Resumen

La Constitución Política de Colombia consagra la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual y la igualdad, como derechos fundamentales, permitiendo a todos los colombianos y en especial a las minorías, desarrollarse libremente y materializar su plan de vida. Lo anterior cobra una importancia significativa, ya que permite la concreción de planes vitales que difieren de las posturas mayoritarias, garantizando así, restricciones mínimas con un máximo de libertades. Para la elaboración de este escrito y la fundamentación teórica de las expresiones públicas de afectos de personas homosexuales (entendiendo las demostraciones de afecto y cariño como inherentes a la condición humana), se estudió la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con el tema, en especial las sentencias T-268 de 2000 y T-909 de 2011, llegando a concluir, que la homosexualidad y las derivaciones que atienden a esta opción de vida, están protegidas desde la Constitución y constituyen una opción legítima dentro del ordenamiento jurídico colombiano en razón a su nexos inescindible con los derechos fundamentales contemplados en la Carta Constitucional que en el comienzo de este acápite se refieren.

**Palabras clave:** Derechos fundamentales, homosexualidad, libertad individual, libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana, igualdad.

### Abstract

The Constitution of Colombia enshrines human dignity, the free development of personality, individual freedom and equality, as fundamental rights, allowing all Colombians and especially minorities, to develop freely and materialize their life plan. The foregoing is important since it allows the realization of vital plans that differ from the majority positions, thus guaranteeing minimum restrictions with a maximum of freedoms. For the preparation of this writing and the theoretical foundation of the public expressions of affections of homosexual people (understanding the demonstrations of affection and affection as inherent to the human

<sup>1</sup> Abogado, especialista en Derecho Constitucional. Asesor jurídico. Correo electrónico: [lcramospallares@gmail.com](mailto:lcramospallares@gmail.com)

condition), the jurisprudence of the Constitutional Court related to the subject was studied, especially judgments T-268 of 2000 and T-909 of 2011, concluding that homosexuality and the derivations that address this life option are protected from the Constitution and constitute a legitimate option within the Colombian legal system due to its inextricable link with the fundamental rights contemplated in the Constitutional Charter referred to at the beginning of this section.

**Keywords:** Fundamental rights, same-gender relationships, individual freedom, free development of personality, human dignity, equality.

*Manifestaciones públicas de afecto por parte de  
personas del mismo sexo, análisis de casos concretos:  
Sentencias de la Corte Constitucional colombiana  
T-268 de 2000 y T-909 de 2011*

---

*Leonardo Camilo Ramos Pallares*

## **INTRODUCCIÓN**

Las sentencias T-268 de 2000 y T-909 de 2011 expedidas por la honorable Corte Constitucional de Colombia tienen una importancia significativa, debido a que, abren el debate en torno a la homosexualidad como conducta exteriorizable, revelando una opción de vida históricamente relegada al ámbito más personal, sacándola de la oscuridad y legitimando a los individuos con una orientación sexual distinta a expresar de forma libre su elección vital, otorgándoles la posibilidad de mostrarse ante la sociedad tal cual son.

La consagración de derechos constitucionales como la libertad individual, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad han permitido a todos los colombianos desarrollar sus planes vitales ajustados a sus propias necesidades e intereses; para las minorías estos derechos cobran especial relevancia, ya que les otorga la oportunidad de exteriorizar modelos de conducta anteriormente estigmatizados; gracias a las acciones constitucionales, en especial a la acción de tutela, se ha permitido a las minorías empoderarse de sus derechos, luchando contra prejuicios, que si bien han sido difíciles de romper, no constituyen un obstáculo jurídico que impida el desarrollo de su plan de vida. Teniendo presente los derechos que se enuncian y la lucha históricamente librada por la comunidad LGTBI; para la reivindicación de sus derechos surge la siguiente pregunta problema, ¿Constituyen las manifestaciones públicas de afecto de parejas del mismo sexo, la concreción de uno o más derechos fundamentales en el marco de la Constitución política de Colombia?

Con el planteamiento del problema de investigación que da origen a este escrito, pretende señalar los derechos fundamentales que se relacionan de forma inescindible con la posibilidad de exteriorizar manifestaciones de afecto en público por parte de parejas del mismo sexo, dando un breve vistazo a los pronunciamientos de la Corte Constitucional que se han encargado de visibilizar los derechos de los homosexuales, elevando esta disertación a la esfera jurídica, visibilizando así a una población históricamente estigmatizada.

Así las cosas, y una vez definido el problema de investigación, el principal objetivo de este artículo será estudiar las sentencias T-268 de 2000 y T-909 de 2011 en torno a la legitimidad de la exteriorización de la homosexualidad y las manifestaciones afectivas por parte de personas del mismo sexo, al igual que otros pronunciamientos que abordan la protección de derechos de individuos con una orientación sexual distinta; de igual manera se identificarán los derechos fundamentales que se relacionan de forma directa e inescindible con las manifestaciones públicas de afecto por parte de parejas del mismo sexo. Para abordar los objetivos propuestos se comenzará con una aproximación al concepto de derecho fundamental con el ánimo de ubicar al lector respecto al significado y alcance de este tipo de derechos en Colombia, para seguidamente entrar a estudiar las sentencias constitucionales que fundamentan el presente artículo.

## **APROXIMACIÓN A LA DEFINICIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL**

Los derechos fundamentales son aquellos que se instituyen en cabeza de los individuos y cuentan con mecanismos jurídicos especiales que permiten velar por su protección frente a abusos de poder por parte del Estado y de los particulares. El concepto de derechos fundamentales puede ser entendido de dos modos complementarios, en primer lugar y, ante todo, como límites de lo que los poderes públicos pueden hacer; lo cual vinculan a dichos poderes hasta el punto de que ni siquiera por ley puede impedirse su ejercicio. En segundo lugar, los derechos fundamentales, pueden entenderse como una guía, la cual delimita el accionar de los poderes públicos ciñéndolos a los lineamientos establecidos por estos; en igual sentido, los derechos fundamentales vinculan los poderes públicos prescribiendo objetivos de obligatorio cumplimiento, señalando un límite claro e inquebrantable al poder del Estado y los particulares.

Para Ferrajoli, son “derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo”, cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica” (Ferrajoli, 2010), de esta afirmación se deduce, que una de las características propias de todo derecho fundamental es el de ser un derecho subjetivo en cabeza de una persona, quien tiene

la facultad expresa por consagración dentro del ordenamiento jurídico, de exigir ante las autoridades del Estado su observancia y cumplimiento, para garantizar la protección de los derechos que creen lesionados o en peligro de serlo; bajo esta óptica podríamos entonces establecer que está en cabeza de los individuos velar por el cumplimiento de todos sus derechos fundamentales y defender estos ante cualquier tipo de vulneración que provenga del Estado o de cualquier ente particular, así las cosas, los individuos son los llamados a ejercitar sus derechos y velar por su completa materialización y defensa.

Llamamos derechos fundamentales a los que garantiza la Constitución sustrayéndolos a la libertad del legislador, por esto, son derechos especiales y de aplicación inmediata, no requiriendo un desarrollo legislativo previo para su aplicación; los derechos fundamentales son reconocidos por las constituciones de cada Estado de derecho, como aquellos que merecen una especial protección y atención por parte de las instituciones estatales, por ende podríamos considerar que estos son derechos básicos e importantísimos, por cuanto son la base y fundamento de la integración jurídica y personal del individuo en la sociedad (Rodríguez-Muñiz, 2000), posicionando por este motivo a los derechos fundamentales en la cúspide de la pirámide jurídica de cualquier Estado de derecho en tanto son derechos subjetivos (Pinto, 2000). De las anteriores afirmaciones podríamos entonces concluir que los derechos fundamentales son derechos básicos, por cuanto permiten al individuo acoplar su individualidad a una sociedad que si bien puede no comprenderla debe aceptarla, respetarla y ante todo protegerla como opción legítima.

Ahora bien, en el sistema jurídico colombiano, se podría entender aplicando una interpretación exegética, que los derechos fundamentales son aquellos únicamente consagrados en el título II de la Constitución, no obstante, la Corte Constitucional colombiana ha expresado en sus sentencias que los derechos fundamentales son todos aquellos derechos, que: 1) tengan una conexión directa con los principios constitucionales, entendidos como la base axiológica sobre la cual se sustenta y emana todo el ordenamiento jurídico<sup>2</sup>; 2) sean de eficacia directa, bajo el entendido, que el carácter de fundamental de un derecho se deriva de la aplicación directa de los preceptos constitucionales, bajo este entendido, un juez constitucional en los casos en los cuales una prestación del Estado consagrada como derecho económico, social o cultural, o la falta de ella, ponga en peligro de manera directa y evidente un principio constitucional o uno o varios derechos fundamentales, este debe propender por la protección del derecho en peligro o en riesgo de estarlo, a este respecto, la Corte Constitucional colombiana ha sostenido que los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que si bien no aparecen contemplados en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución Política de Colombia, están estrechamente relacionados con otros derechos fundamentales de tal forma

---

2 “Los derechos fundamentales son, como todas las normas constitucionales, emanación de los valores y principios constitucionales, pero su vinculación con estos es más directa, más inmediata, se aprecia con mayor evidencia” sentencia T-406 de 1992

que de no ser protegidos en forma inmediata se ocasionara una grave vulneración o amenaza a uno o varios derechos fundamentales (Sentencia T-491 de 1992), la conexidad cobra una especial importancia en nuestro Estado de derecho, en razón a que amplía de manera considerable el catálogo de derechos contemplados como fundamentales establecidos en el título II de la Carta Constitucional, y 3) contenido esencial, en el respecto de ser el núcleo básico y fundamental del derecho el que lo relacione directamente con el principio constitucional protegido, que no permita el error y que su protección garantice la protección del individuo (Sentencia *ibídem*).

En Colombia la Corte Constitucional ha sostenido que todo derecho fundamental está estrechamente relacionado con un derecho subjetivo, esto bajo el entendido, de que todo derecho fundamental para hacerse exigible debe estar contenido en la Constitución o relacionado de manera estrecha con otro derecho subjetivo (Sierra, 2011). Por su parte, en la Sentencia T-227 de 2003 la Corte Constitucional colombiana establece un concepto de derecho fundamental que ha sido utilizado en reiteradas ocasiones:

Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica) (Sentencia T-227 de 2003).

De lo anterior podemos resaltar cómo la Corte Constitucional ha sostenido la relación inescindible entre los derechos fundamentales y los derechos subjetivos, reconociendo como fundamentales no solamente los contemplados en el Título II Capítulo I de la Constitución Política, si no todos aquellos que estén estrechamente relacionados con estos, lo que abre un abanico de posibilidades para la inclusión de nuevos derechos en la lista de derechos fundamentales.

## **Homosexualidad en espacios públicos, sentencias de la Corte Constitucional estudio de casos concretos**

### *Sentencia T-268 del 2000*

Mediante la Sentencia T- 268 del 7 de marzo de 2000 con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, la Corte Constitucional colombiana analiza la acción de tutela impetrada en septiembre de 1999 por el señor Carlos Julio Puentes, en contra de la Alcaldía de la ciudad de Neiva por considerar violados los derechos constitucionales de la comunidad “gay” a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

En la revisión de la tutela la Corte Constitucional encuentra que existe un conflicto entre la iniciativa de adelantar el desfile de la comunidad gay y las potestades de la Administración para conservar el orden público y garantizar los derechos de terceros<sup>3</sup>.

Para la Corte Constitucional es claro que entre las múltiples manifestaciones de la diversidad amparadas en la Constitución Política de Colombia, se encuentra sin lugar a dudas la diversidad sexual, en tal sentido la Constitución al elevar a la condición de derecho fundamental la libertad en materia de opciones vitales, permite la expresión de la homosexualidad como alternativa o como inclinación sexual diversa, tutelándose dentro del ordenamiento jurídico sin que se justifique un tratamiento desigual (Sentencia *ibídem* argumento No. 2), cabe precisar que dentro del ámbito de la autonomía personal, la homosexualidad entendida como una manifestación de la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución, bajo el entendido de que esta pretende ser el marco jurídico que permita la coexistencia de un sin número de modelos y planes de vida escogidos por los individuos.

La orientación sexual se encuentra dentro de la esfera más íntima y personal, perteneciendo al campo de su libertad individual y de su libre desarrollo de la personalidad (Constitución Política, artículo 16), en razón a lo anterior no le esta permito al Estado ni a los particulares intervenir en la vida íntima de los individuos, correspondiendo a estos optar por un plan de vida y desarrollar su personalidad, atendiendo a sus propios intereses y convicciones (Sentencia C-309 de 1997), sin más limitaciones que el orden público y los derechos de terceros.

En aras de proteger el derecho a desarrollarse libremente y la autonomía personal, el Estado como garante del ejercicio de los derechos debe tomar una posición neutral frente a manifestaciones sexuales diferentes a las aceptadas por la mayoría, no obstante lo anterior, la injerencia del Estado en temas que corresponden a la esfera íntima de la persona, son legítimas cuando las manifestaciones de la diversidad atenten de manera indiscutible contra la convivencia, el orden público o lesionen derechos de terceros.

Para el análisis del caso concreto, como se trata de homosexuales, la diferenciación de trato que el Estado les dé en relación a otros grupos sociales, requiere una fundamentación que permita desvirtuar los llamados “criterios sospechosos”; es decir, aquellos que han permitido la estigmatización y persecución de ciertos individuos en virtud de su simple orientación sexual (Sentencia *ibídem* argumento No. 5) contrariando con esto el mandato de igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta Constitucional, así las cosas, la Corte ha señalado que existen contextos donde el análisis de la igualdad debe ser más riguroso, en especial en aquellos casos en que las medidas tomadas por el legislador o las autoridades se funden en criterios como la raza, el sexo, el origen familiar, o afectan de manera desfavorable

---

3 Argumentado la Alcaldía de Neiva, en la sentencia objeto de estudio, que la negativa a la solicitud de realizar el desfile por parte de la comunidad gay se soportaba en la protección de los derechos de los niños y niñas.

a minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta; es por esto que la Corte ha sostenido: Para que la medida impuesta sea considerada legítima de manera general, es necesario (i) “no sólo que la medida estatal pretenda satisfacer un interés legítimo, sino que es menester que se trate de una necesidad social imperiosa. Además, (ii) el trato diferente debe ser no sólo adecuado para alcanzar ese objetivo trascendental sino que debe ser estrictamente necesario, esto es, no debe existir ninguna otra medida alternativa fundada en otros criterios de diferenciación; y (iii) finalmente, debido a que se trata de un escrutinio estricto, la Corte debe evaluar con severidad la proporcionalidad misma de la medida, esto es, debe aparecer de manera manifiesta que el trato diferente permite una realización sustantiva de la necesidad que se pretende satisfacer sin afectar intensamente a la población afectada por la medida de diferenciación (Sentencia, *ibidem* citando la sentencia C-481 de 1998).

La Corte considera dentro de la sentencia en estudio que, la condición de homosexual en sus distintas manifestaciones no obsta a establecer mecanismos de discriminación e impedir con ello la expresión pública de la orientación sexual. Si bien es cierto, la Corte en distintas ocasiones ha reconocido que la diversidad sexual y la libre opción sexual se encuentra dentro de la esfera más interna de la persona, esto no implica de ningún modo que las expresiones públicas de homosexualidad deban ser prohibidas, en este sentido dentro de la sentencia se señala lo siguiente:

Una posición semejante, indica claramente una discriminación directa a una de las facetas de la condición homosexual, ya que la pretensión de evitar su trascendencia social implica una inferencia automática de que tal condición o sus conductas, son contrarias de por sí a la sociedad, o atentatorias de los intereses colectivos (Sentencia *ibidem* argumento No. 6).

En cuanto al uso del espacio público, la Corte Constitucional colombiana manifiesta que estos están destinados al uso común, por ende el Estado de forma neutral debe garantizar el goce y disfrute de estos, facilitando su uso a todos los individuos sin distinciones; solo propendiendo por la utilización adecuada, “reconoce la Corte que en estos espacios se deben asegurar las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad que se deben consolidar en el seno de la comunidad para garantizar el normal desarrollo de la vida en sociedad” (Sentencia *ibidem*), por ende, cualquier exigencia en este sentido debe ser dirigida a todos los ciudadanos sin importar su condición sexual, y no presuponer a priori la alteración del orden social por parte de un grupo específico de ciudadanos, por el mero hecho de suponer en abstracto la lesión de los derechos de los niños y niñas por la manifestación pública de la homosexualidad.

En relación con los comportamientos que deben ser evitados por la administración en los lugares públicos, la sentencia objeto de estudio señaló:

las calles son foros públicos por excelencia, ámbitos en los que la expresión ciudadana es evidente y manifiestamente auténtica, en atención al pluralismo que forma parte de nuestro engranaje social. Por consiguiente, sólo los comportamientos abusivos, exagerados y acosadores de los ciudadanos, son los que pueden llegar a acarrear esa posible vulneración y por consiguiente es ese el comportamiento que se encuentra proscrito y el que debe reprimir la Administración (sentencia *ibídem* argumento No. 7)

Este argumento cobra vital importancia ya que permite la exteriorización de una determinada condición sexual sin ningún otro límite que el ejercicio y goce de los derechos de terceros, equiparando así la opción de vida de personas homosexuales con otras opciones ampliamente aceptadas dentro de nuestra sociedad.

Si bien es cierto al resolver el caso, la Corte Constitucional no accede a las pretensiones del accionante tendientes a la protección de los derechos fundamentales a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de la comunidad gay de Neiva, dentro de este proveído, se deja establecido que la expresión de la homosexualidad es una conducta legítima que goza de especial protección por parte del Estado, por lo tanto la exteriorización de la misma en desarrollo del derecho a libre desarrollo de la personalidad no puede ser coartada bajo el entendido de que esta por sí misma lesiona los derechos de terceros. Por último, es necesario destacar que esta sentencia es de gran importancia, ya que abre el debate acerca de los derechos de minorías sexuales, y juega un papel importantísimo ya que permitió en su momento a la comunidad “gay” de Neiva levantar la voz en contra de un acto de la administración que consideró vulneratorio de su derecho fundamental a exteriorizar su condición sexual.

### *Sentencia T-909/11*

Mediante la Sentencia T-909 del primero de diciembre de 2011 con ponencia del magistrado Juan Carlos Henao Pérez, se decide la acción de tutela interpuesta por el señor Andrés Santamaría Garrido contra el centro comercial COSMOCENTRO ubicado en la ciudad de Cali. Los hechos transcritos en la sentencia señalan que el señor Jimmy Moreno y el señor Robbie Pérez, se encontraban en el centro comercial COSMOCENTRO el día 19 de enero de 2011, mientras uno de los amigos del señor Jimmy Moreno retiraba dinero de un cajero electrónico, él y su pareja “se abrazaron y realizaron manifestaciones de afecto” (Sentencia *ibídem*, hecho 1.1.2.), acto seguido se acercaron cinco guardias de seguridad del establecimiento, para manifestarles lo siguiente: “Yo respeto su forma de pensar, pero ustedes tienen que comportarse o sino tienen que retirarse del Centro Comercial, porque aquí hay familias y niños” (Sentencia *ibídem*, hecho 1.1.3), a lo cual uno de los guardias concluyó que si no se retiraban se vería obligado a usar la fuerza.

Ahora bien, respecto del caso concreto, la Corte clarifica que la Constitución de 1991 consagró para el Estado colombiano el derecho de respeto y protección de la autonomía de la voluntad y libertad de elección individual, para los asuntos que determinan la identidad personal, por esto la Carta hace referencia a los derechos a

la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual y la igualdad, como los que enmarcan las garantías constitucionales fundamentales de la autonomía y la libre elección individual, permitiéndose optar por determinada orientación sexual, legitimándose así esta elección desde la propia constitución.

Referente a la dignidad humana la Corte expresa, que esta es un fundamento que justifica la existencia del Estado, la dignidad humana entendida como una expresión de autonomía individual y capacidad de autodeterminación, expresión de ciertas condiciones materiales de existencia o manifestación de la intangibilidad física y moral<sup>4</sup>. El núcleo esencial de la dignidad humana supone que la persona sea tratada conforme a su naturaleza humana, propendiendo el Estado dentro de sus fines esenciales preservar la libertad, la autonomía, la integridad física y moral (Sentencia T-804 de 2014), prohibiendo cualquier tipo de trato degradante que atente contra la dignidad de la persona, en este orden de ideas la dignidad humana, lleva intrínseca la premisa de que cada individuo debe ser aceptado tal cual es y no como la sociedad quiere que este sea.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 constitucional, consiste en la posibilidad que tiene toda persona para elegir el plan de vida y desarrollar su personalidad de manera libre conforme a sus propios intereses, deseos y convicciones (Argumento 4.4. Sentencia T-562 de 2013). Este derecho es entendido como la no injerencia por parte del Estado en materias subjetivas de los individuos que no atenten contra la convivencia y el orden social, este derecho es la protección que la Constitución reconoce a las personas para autodeterminarse y darse sus propias normas según su propio plan de vida, siempre y cuando no afecten el ordenamiento jurídico ni derechos de terceros<sup>5</sup>.

El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad propende por la defensa de la autonomía personal y el respeto por las decisiones del individuo orientadas a materializar su plan de vida, es el individuo quien define, sin interferencias externas provenientes de terceros, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuye a la vida y al universo, pues tales determinaciones constituyen la base misma de lo que significa ser una persona humana (Sentencia T-067 de 1998).

Así las cosas, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, permite a cada persona fijarse sus propias metas de acuerdo con sus propias convicciones, en este sentido, este derecho consiste en la facultad discrecional que tiene todo individuo

4 Al respecto la Sentencia T-881 de 2002 M.P Dr. Eduardo Montealegre Lynett, establece lo siguiente: “tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”.

5 Al respecto ver sentencias T-097 de 1994, C-481 de 1998 y la T-268 de 2000.

de autodeterminarse, de escoger sus opciones vitales sin ningún tipo de intromisión o interferencia, de desplegar su propio plan de vida y darse sus propias normas con respeto de los parámetros constitucionales. En ejercicio de esta garantía constitucional cada persona es autónoma para adoptar un modelo de vida de acuerdo con sus valores, creencias, convicciones e intereses (Sentencia T-918 de 2012), garantizando el Estado el ambiente propicio para que los individuos puedan llevar a cabo el desarrollo de planes de vitales con un mínimo de intromisiones y un máximo de libertades.

En torno a la garantía de la autonomía y la libre elección individual, concerniente a la esfera más interna del individuo que no represente una lesión a un derecho ajeno o un riesgo para la sociedad, se protege con la consagración del derecho a la intimidad<sup>6</sup>. La Corte en sus proveídos ha entendido el derecho a la intimidad como el espacio de la vida privada de una persona, no susceptible de la interferencia arbitraria de terceros o del mismo Estado, se concreta en el derecho de la persona de actuar libremente en su esfera más privada; en el ejercicio de la libertad personal y familiar. La intimidad le permite al individuo exigir de los demás el respeto del modelo de vida escogido para sí, y en el cual no caben intromisiones externas:

El núcleo esencial del derecho a la intimidad supone la existencia y goce de una órbita reservada para cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural (Sentencia T-889 de 2009).

Así las cosas, el derecho a la intimidad permite al individuo salvaguardar para sí sus creencias, convicciones y pensamientos, de las intromisiones abusivas e irrespetuosas de terceros o del Estado<sup>7</sup>.

Si bien es cierto la libertad individual es un derecho, esta no presupone un derecho absoluto, a lo cual la Corte Constitucional colombiana ha sostenido que esta puede ser limitada o restringida conforme a los siguientes supuestos: i) debe tener fundamento en bienes constitucionales, ii) contar con autorización en la ley, iii) su configuración concreta deberá ser razonable y proporcional, iv) y en ningún caso tales limitaciones pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal, con el pretexto de proteger los intereses generales (Sentencia C-542 de 1993), por ende según lo anterior toda limitación a la libertad individual debe tener un sustento constitucional fuerte y legítimo, a lo cual debe resaltarse que en ningún caso la limitación puede trasgredir la posibilidad del individuo de autodeterminarse según sus propias convicciones.

---

6 Contemplado en el artículo 15 de la Constitución el cual en su inciso primero reza lo siguiente: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar”.

7 Las sentencias T-696 de 1996, T-169 de 2000 y T-1233 de 2001 han indicado las formas en que se vulnera el derecho a la intimidad de una persona.

Una vez analizada la autonomía de la voluntad y libertad de elección individual, para los asuntos que determinan la identidad personal como fundamento constitucional de la elección del individuo de determinada orientación sexual, la Corte entra a estudiar el derecho a la igualdad y la no discriminación, como fundamentos adicionales que permiten a las personas homosexuales expresar públicamente su afecto, al respecto debemos precisar que todos somos libres e iguales constitucionalmente frente a los demás, lo que lleva inmerso la posibilidad de actuar y sentir de una manera distinta a la de la mayoría (Sentencia T 124 de 1998).

Referente a la igualdad, podemos afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico, esta es reconocida como principio, derecho fundamental y garantía: “la jurisprudencia constitucional ha visto en la igualdad y la no discriminación una pieza básica del entendimiento del Derecho y de los derechos” (Sentencia T-909 de 2011), dejando en claro que en Colombia está prohibida la discriminación, en el entendido que está lleva inmersa un trato distinto e ilegítimo, que busca perjudicar, anular, dominar y marginar a una persona o un grupo de personas, basándose en prejuicios y estereotipos infundados por la sociedad y que han sido perpetuados de forma cultural.

### **La homosexualidad como opción legítima y constitucionalmente protegida**

Históricamente los homosexuales han sido un grupo segregado por la cultura mayoritaria, razón por la cual se han visto obligados a vivir al margen de la sociedad so pena de sufrir rechazo y ser sujetos de escarnio, debiendo soportar injustamente una fuerte estigmatización social, por parte de una cultura conservadora que se niega aceptar la diferencia y el rompimiento de paradigmas religiosos.

En Colombia el principio del pluralismo y la prohibición expresa de la discriminación, dan soporte y cabida a las orientaciones sexuales distintas, entendiendo la sexualidad como un componente del resorte más íntimo e interno de la personalidad de un individuo, por lo cual su goce y expresión se encuentran amparados por el derecho de libertad individual.

Es así como, en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional ha sostenido, la no existencia de un sustento normativo que permita discriminar a una persona por su orientación sexual, por ende, cualquier tipo de discriminación en contra de los homosexuales se torna ilegítima, debido a que no existe ninguna justificación que torne legítimo el sometimiento de las parejas del mismo sexo a un régimen incompatible como su plan de vida (Sentencia C-811 de 2007). Un Estado constitucional y respetuoso de la dignidad y las libertades individuales debe propender por garantizar las mismas condiciones a todos los ciudadanos sin hacer distinciones basadas en criterios de discriminación sospechosos, en este respecto la Corte en Sentencia T-301 de 2004 en torno al papel del Estado recalcó que este es:

garante del ejercicio plural de los derechos en la sociedad, tiene el deber de permanecer neutral frente a las opciones sexuales de los individuos

que no vulnere derechos de terceros. Es más, se activa su deber tutelar de los derechos fundamentales frente a las decisiones administrativas que segreguen a un sujeto o grupo de ellos con ocasión de la opción sexual por ellos elegida (Sentencia T-301 de 2004).

Así las cosas, la elección de un individuo de determinada opción sexual, constituye una elección esencial de la autoconstrucción de un proyecto de vida, protegido por el derecho que tiene toda persona de autodeterminarse según sus propias convicciones y de vivir según su plan de vida.

La escogencia de determinada orientación sexual encuentra sustento en la Sentencia T-435 de 2002 donde se establece la prohibición del Estado y la sociedad de “obstruir el libre proceso de formación de una específica identidad sexual, pues ello conduciría a aceptar como válido el extrañamiento y la negación de las personas respecto de ellas mismas por razones asociadas a una política estatal contingente” (Sentencia T-435 de 2002); cabe resaltar que en distintas ocasiones la Corte Constitucional ha determinado mediante su jurisprudencia que la orientación sexual se enmarca como una categoría sospechosa de discriminación, por cuanto todo tratamiento diferencial fundado en ese criterio se presume como discriminatorio, a menos que pueda justificarse con la aplicación de un test estricto de proporcionalidad (Sentencia T-291 de 2016).

Dentro de la Sentencia T-909 de 2011, la Corte establece la homosexualidad como una expresión diversa de la sexualidad, propia del individuo y garantizada por medio de la Constitución desde tres perspectivas:

i) como contenido que ampara la libre disposición, artículos primero, es decir, ingrediente de la dignidad humana como fundamento del Estado social de derecho, quinto, derecho inalienable de la persona, quince, derecho fundamental de la esfera más íntima del sujeto, dieciséis, marca nuclear del libre desarrollo de la personalidad; ii) como contenido igualitario y no discriminatorio, artículos quinto y trece, para un reconocimiento de tales derechos y un trato igual ante una diversidad personalísima que no amerita regulación diferenciada y que en caso de hacerlo se encamine hacia una protección especial por ser sujetos sometidos a condiciones de debilidad manifiesta; iii) como obligaciones reflejas, el mandato de acción negativa o de no interferencia y el mandato de acción positiva de especial protección, artículos segundo, quinto y sexto, en cuanto parte de los fines esenciales del Estado, de su razón de ser y fundamento de sus reglas (Sentencia T-909 de 2011).

En múltiples ocasiones la Corte Constitucional vía jurisprudencia se ha pronunciado sobre los derechos fundamentales de los homosexuales, sentando precedentes que permiten a los operadores jurídicos hacer aproximaciones al tema y conocer la realidad jurídica de una población, visibilizada y empoderada de derechos con la Constitución de 1991.

La homosexualidad es una condición del individuo que implica la elección de un plan de vida tan respetable y válido como cualquiera, en la cual el sujeto que lo adopta es titular, como cualquier persona, de intereses que se encuentran jurídicamente protegidos, y que no pueden ser objeto de restricción por el hecho de que otras personas no compartan su específico estilo de vida (Sentencia T-101 de 1998). Los homosexuales son titulares de todos los derechos fundamentales de la persona humana, por lo que cualquier tipo de conducta tendiente a marginarles por razones de sexo atenta de forma grave contra los postulados de igualdad consagrados en el artículo 13 de la Constitución<sup>8</sup>.

La orientación sexual de la persona pertenece a su esfera más íntima, solo concierne a esta y no se encuentra relacionada con las capacidades que el individuo debe tener para adelantar un trabajo o cumplir una determinada función, es por esto que en un Estado social y democrático como el colombiano, respetuoso de la dignidad humana y de la autonomía personal, se prohíbe cualquier tipo de discriminación que se funde en la orientación sexual, estando prohibida las discriminaciones a los homosexuales por ir en contra del principio de igualdad y respeto a todas las personas, es por ello que el “homosexualismo, en sí mismo, representa una manera de ser o una opción individual e íntima no sancionable”<sup>9</sup>.

La homosexualidad no puede ser considerada como una enfermedad, ni una anomalía patológica, que deba ser tratada o combatida, si no que esta constituye una opción sexual legítima, estableciéndose como un elemento esencial e íntimo de la identidad de la persona, por ende goza, como ya se dijo, de una especial protección constitucional en virtud de la fuerza normativa de la igualdad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, ambos contemplados como fundamentales dentro de la Carta (Sentencia C-481 de 1998), así las cosas en una sociedad respetuosa de la dignidad y la autonomía de la persona, la homosexualidad es una conducta que si bien no es mayoritaria, es legítima, merecedora de respeto y protección por parte del Estado.

El principio democrático de la voluntad de las mayorías no puede dar pie al desconocimiento de los derechos de los homosexuales, propiciando la marginación e invisibilización de esta población. El principio de igualdad se opone de manera tajante a la utilización de mecanismos jurídicos normativos que permitan o intenten subyugar a una minoría que no comparte los gustos e inclinaciones heterosexuales, es así como desde la Carta Constitucional se impide el desarrollo de iniciativas tendientes a discriminar a la población homosexual. Si bien es cierto de manera expresa en la Constitución no se contemplan los derechos de los homosexuales, esto no significa que esta población deba ser desconocida ni da pie para que se sigan perpetuando en el tiempo prácticas discriminadoras ni tampoco significa que estos puedan ser desconocidos o invisibilizados por las instituciones estatales, dado que,

8 Respecto del derecho fundamental a la igualdad véase artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, artículo 2 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y artículo 1 Declaración Universal de Derechos Humanos.

9 Sentencias T-301 de 2004, T-097 de 1994 y C-481 de 1998.

dentro del ámbito de la autonomía personal, la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución, precisamente porque la Carta, sin duda alguna, aspira a ser un marco jurídico en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida humana (Sentencia C-336 de 2008).

Cabe señalar que una determinada orientación sexual constituye un asunto que pertenece a la esfera más interna de la autonomía personal, es por ello que en desarrollo del principio de igualdad, libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana, puede un individuo optar por la orientación sexual de su escogencia, sin encontrar limitante más que en el orden público y los derechos de los demás, a este respecto la Corte en Sentencia C-481 de 1998 estableció:

La preferencia sexual y la asunción de una determinada identidad sexual – entre ellas la homosexual– hacen parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, la Corte ha afirmado que la específica orientación sexual de un individuo constituye un asunto que se inscribe dentro del ámbito de autonomía individual que le permite adoptar, sin coacciones ajenas, los proyectos de vida que considere pertinentes, siempre y cuando, con ellos, no vulnere el orden jurídico y los derechos de los demás. Así, la doctrina constitucional ha señalado que la Carta eleva a derecho fundamental “la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales”, lo cual implica “la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social. Es evidente que la homosexualidad entra en este ámbito de protección y, en tal sentido, ella no puede significar un factor de discriminación social”. Toda diferencia de trato de una persona debido a sus orientaciones sexuales equivale en el fondo a una posible discriminación por razón del sexo, y se encuentra sometida a un idéntico control judicial, esto es a un escrutinio estricto (Sentencia C-481 de 1998).

El ejercicio del libre desarrollo de la personalidad conlleva en sí mismo, el despliegue de la capacidad del individuo de autodeterminarse, optando por la opción de vida que considere más adecuada a sus intereses, es así como el Estado debe brindar las condiciones para su ejercicio disponiendo tratamientos jurídicos similares para todas las personas independientemente de la orientación sexual que ostenten, ya que la diferencia de trato ante la ley basada exclusivamente en razón de la orientación sexual de las personas –como lo ha señalado la Corte–, implica la negación de la validez de su opción de vida y la sanción por el ejercicio de una alternativa legítima, que se deriva directamente de su derecho de autodeterminación y de su dignidad humana (Sentencia C-336 de 2008). El libre desarrollo de la personalidad se refiere entonces a aquellas decisiones que un individuo toma durante su existencia y que son consustanciales a la determinación autónoma de un modelo de vida acorde a sus necesidades y de una visión de su dignidad como persona.

## **Prohibición a los particulares de censurar expresiones homosexuales en lugares públicos**

En los hechos que dan origen a la Sentencia T-909 de 2011 objeto de estudio, se debe recalcar que la conducta reprochada por los guardias de seguridad del centro comercial, la cual consistía según los hechos que originan la acción de tutela, en besos efectuados por una pareja de hombres, no es un acto que este proscrito en el ordenamiento jurídico, el cual es ejecutado dentro del margen de la libertad y la garantía de no intervención, por ende la prohibición de la conducta en comento, se traduce en una vulneración de la dignidad humana, cuando se trasgrede el vivir como se quiere<sup>10</sup>, edificando barreras alrededor de la libertad individual.

Es necesario mencionar que los besos románticos en lugares públicos no están tipificados como delito en el Código Penal colombiano, de igual forma el Código Nacional de Policía no establece contravención en contra de los besos románticos en público, besarse de modo romántico con la pareja, sea o no homosexual, hace parte de los espacios de libertad individual que toda persona natural posee a la luz de su dignidad para vivir como se quiere, para su libre desarrollo personal y para el derecho a no ser molestado en esa elección específica que sólo a él o ella interesa (Sentencia *ibídem*).

Teniendo de presente todo lo anterior, la Corte Constitucional en este proveído, concluye a que a los impetrantes les fue restringido de manera ilegítima, por el personal de seguridad del centro comercial, el derecho a expresar libremente sus opciones vitales derivadas de su dignidad, intimidad y libre desarrollo de la personalidad, porque si bien, el beso entre dos personas del mismo sexo es una conducta poco usual, esta no pone en riesgo los derechos de los demás, los derechos de los niños ni contraviene el ordenamiento jurídico, ya que no es más que expresión de su orientación sexual en un lugar público. Es por esto por lo que los guardias de seguridad y los particulares no pueden impedir a una pareja homosexual manifestar su afecto en público apelando a prejuicios, que trasgreden los derechos de estas parejas; vulnerado con esto el derecho a la igualdad y configurando una clara violación a los principios de libertad y autonomía individual, dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad.

## **CONCLUSIÓN**

Las personas sin importar su condición sexual pueden manifestar de manera libre y pública su afecto hacia otro individuo, indistinto de si pertenece o no a su mismo sexo, exteriorizando su orientación sexual, teniendo el Estado el deber de garantizar y proteger estas expresiones de la personalidad de la arbitrariedad de los particulares. Esta potestad se concreta en un derecho innominado a las manifestaciones públicas

<sup>10</sup> Sentencia T-881 de 2002 .

de afecto de las personas del mismo sexo por fuera de espacios cerrados, estando vinculado, este derecho de manera estrecha con la dignidad, libre desarrollo de la personalidad, y la libertad individual.

Es nutrida la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que se encarga de reconocer a las minorías sus derechos, pero el camino que debemos recorrer para la construcción de una sociedad más igualitaria es largo y lleno de prejuicios que solo por medio de la educación e implementación de políticas públicas se podrán romper, por ello, teniendo presente que la academia y la educación son la principal arma contra la ignorancia y los prejuicios, este tipo de trabajos de investigación cobran especial importancia, debido a que visibilizan poblaciones otrora relegadas a la clandestinidad y al olvido, dejando en el lector la pequeña semilla que sin importar las diferencias, todos los seres humanos somos iguales.

## REFERENCIAS

- Sierra, D., y Gómez, M. C. (2011). Ideas básicas del concepto: derechos subjetivos, derechos fundamentales y derechos sociales, en el constitucionalismo colombiano. *Estudios de derecho*, 68(152).
- Ferrajoli, L. (2010). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta, S.A.
- Pinto, J. I. (2000). *La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy*. Universidad Complutense de Madrid.
- Rodríguez Joaquín, T. M. (2000). *Principios, fines y derechos fundamentales*. Dykinson.
- Corte Constitucional. Sentencia T-491 de 1992 Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992 Magistrado Ponente. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional. Sentencia T-542 de 1993 Magistrado Ponente. Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional. Sentencia T-309 de 1997 Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia T-067 de 1998 Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-101 de 1998 Magistrado Ponente. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-101 de 1998 Magistrado Ponente. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-124 de 1998 Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia T-268 de 2000 Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

- Corte Constitucional. Sentencia T-435 de 2002 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. Sentencia T-227 de 2003 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. Sentencia T-301 de 2004 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. Sentencia T-336 de 2008 Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia T-889 de 2011 Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. Sentencia T-909 de 2011 Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez.
- Corte Constitucional. Sentencia T-918 de 2012 Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. Sentencia T-562 de 2013 Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional. Sentencia T-804 de 2014 Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. Sentencia T-291 de 2016 Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos.

## Introduction to the study of public procurement in the USA<sup>1</sup>

*Gisette Carolina Benavides Mendoza<sup>2</sup>  
Miguel José Quintero O'meara<sup>3</sup>*

SUMMARY: I. Introduction.  
 II. Historical review of public procurement in the United States. III.  
 Generalities of Public Procurement in the U.S.A.  
 3.1. The selection of the contractor.  
 3.2. Execution of contract and modifications.  
 IV. The ethics in the public contracting.  
 V. Ethics as a principle in public procurement in the United States America

### 1. INTRODUCTION

Public procurement in most democratic countries that obey a state constitutional, is governed by principles and norms for its correct execution and consummation.

It should be noted that the principles and norms have different objectives, because while first raise a demand for justice and equity that must be part of the reasoning that seeks such an end through the rules, which tend to be canons that apply to a certain situation or not. Understood in this way, the principles constitute the guide for the obligatory reasoning that must be done to apply a norm<sup>4</sup>.

1 Traducción al inglés del texto: Introducción al estudio de la contratación pública en Estados Unidos, de autoría de Ph.D César Augusto Romero Molina.

2 Ph.D en Derecho, magíster en Derecho, abogada. correo electrónico: gisette.benavides@ustabuca.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8587-0053>

3 Estudiante de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Bucaramanga. Correo electrónico: migueljose.quintero@ustabuca.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8587-0053>

4 Dworkin addresses the issue of principles by observing that lawyers argue not only from rules, but

- Consequently, through this writing, what is intended is to look at some of those principles guiding public procurement by the United States government North America, either Federal or State, considered the largest public consumer of the world<sup>5</sup>, emphasizing those related to ethics, transparency and integrity, without exclude the importance of others such as efficiency, best value, uniformity, transparency, competition, integrity.

## 2. HISTORICAL REVIEW OF PUBLIC CONTRACTING IN THE UNITED STATES

Government contracting in the United States dates back to 1795. At that time In history, Congress passed the Purveyors of Public Supplies Act. of Public Supplies), where the Navy and the Army were empowered to sign contracts with individuals, in order to supply their supplies. Later and starting the 19th century, Different laws were approved that shaped some of the current parameters. In In the same century, around the year 1861, the Civil Sundry Appropriations Act was approved.

- Civil Acquisition of Diverse Objects), where the principles referring to the publicity of the recruitment were retained until after the end of World War II. From those beginnings, the congress through laws focused on the publicity of the contracting, with in order to prevent acts of corruption from taking place. During World War II, the tendency to make the contract public was abandoned for emergency reasons based in the approach to the war, but once it was over, the practice of respecting the advertising as a principle in public procurement<sup>6</sup>.
- After the war, the Administration in the United States began to establish regulations and norms referring to public procurement, with the purpose of unifying the laws that they existed. In the civil sphere, the General Services Administration approved in 1959 the Federal Procurement Regulations (FPR). Furthermore, the Department of Defense enacted the Armed Services Procurement Regulation (ASPR) to regulate acquisitions of the Armed Forces, which in the second half of the 20th century came to be identified as the Regulation of Defense Acquisitions (Defense Acquisition Regulation - DAR). In 1984, the Federal Procurement Regulations (FPR) became the

also from other types of standards that are definitely not standards. Among these other types of standards, Dworkin points out two (although he lets see that there may be others): principles and policies. here are interested only the first ones, which Dworkin loosely defines as follows: << I call a 'principle' a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality>>.

5 Cf. M, Worthington., F, Alsto., L, Golsdman. Contracting with the Federal Government. 4 Edition. 1998. P.33.

6 Cf. A.B. Bianchi. 'Theory of administrative contracts. Some critical reflections on dangerousness or uselessness of a general theory of the administrative contract (A perspective from administrative law of the United States) Second Part', El Derecho Magazine, 185-714, 1999.

Federal Acquisition Regulation (FAR) where the FPR, the DAR and the regulations that regulate NASA acquisitions were unified.

- The FAR is currently incorporated as Chapter 1 of the Code of Federal Regulations and are divided into 52 parts, are published in the Federal Register, which gives them legal force. Therefore, it can be affirmed that the regulations indicated in the subject of public procurement in the United States are the Federal Acquisition Regulations (FAR), Despite the existence of numerous norms that differ from the legislative unification pursued by the FAR, whose body in charge of executing them is the Procurement Policy Office Federal (Office of Federal Procurement Policy - OFPP)<sup>7</sup>.
- On the other hand, there is also the Contracting Officer (CO)<sup>8</sup>, representing the Government before the individuals who sign the contract. There are times when you lean on a technical representative (Contracting Officer's Technical Representative). Every time he contract is complex, the Contracting Officer fulfills three different functions: (a) the Procuring Contracting Officer, who is mainly in charge of awarding the contract; (b) the Administrative Contracting Officer (ACO), who exercises the administration of the contract, which includes the negotiation of the modifications that are introduced during the execution and (c) the Termination Contracting Officer (TCO), whose function consists of: (i) revoke the contract for reasons of public interest (convenience) and (ii) terminate for default<sup>9</sup>.

### **3. GENERALITIES OF PUBLIC PROCUREMENT IN THE USA**

In most cases, countries enact procurement laws to regulate the acquisition of goods and services, for which the United States is not the exception, since it is an activity directly related to the existence of a country. The federal government of The United States is the largest consumer of goods and services in the world, spending trillions of dollars in that activity a year. Among those who spend the most is the Department of Defense, NASA, the Department of Homeland Security, and among the goods and services most purchased by the Government are office supplies and accessories, that constitute an important business market, as well as professional services of management and support, scientific research for development, construction contracts (construction), vehicles, aircraft and their components and, for this, it must always be counted with a good business record, working capital, presenting proposals,

---

7 Cf. A.B. Bianchi. 'Theory of administrative contracts. Some critical reflections on dangerousness or uselessness of a general theory of the administrative contract (A perspective from administrative law of the United States) Second Part', *El Derecho Magazine*, 185-714, 1999.

8 It is an official who is part of the administration, suitable within the contracting process and who also is empowered through the government agency to which it belongs.

9 Cf. A.B. Bianchi. 'Theory of administrative contracts. Some critical reflections on dangerousness or uselessness of a general theory of the administrative contract (A perspective from administrative law of the United States) Second Part', *El Derecho Magazine*, 185-714, 1999.

investments, management and compliance by the FAR (Federal Acquisition Regulation) which is the Regulation Federal Acquisitions. This contemplates a purchasing process with the Federal Government, which is available on web pages such as:

- <https://www.acquisition.gov/far/loadmainer.html><sup>10</sup>.
- <https://www.acquisition.gov/agencyssuppregs.asp><sup>11</sup>.

There is a difference between government contracts and commercial contracts, for example, for the completion of a contract, payment, contract specifications, audit etc In the web pages of the FAR and that were previously stated, contain indications on labor and ethical standards, intended for contractors government, for example equal opportunity, hours and wages, eligibility labor, code of business ethics<sup>12</sup>.

- Several aspects must be pointed out that clearly differentiate public procurement from private, among which are<sup>13</sup>:
  1. Procedures that promote publication, ensuring transparency in the contracting, in such a way that those who participate in the adjudication process have equal opportunities.
  2. Accounting regulations that are responsible for setting prices and payment.
  3. Procedures that facilitate the modification by the government, unilaterally of the contract during its execution.
  4. Techniques that allow the administrative supervision of the contract in the course of its execution, in order to ensure the reasonableness of products and their prices.
  5. Contractual regulations that provide tools that allow the termination of the contract in advance when the public interest requires it.
  6. Contractual regulations that establish parameters different from those used in the law private, regarding payment.
  7. Objectives of a social nature, which allow contracts to be awarded to small companies or with disadvantage and national companies, giving priority to constitutional principles that make part of a democratic state.
- It is important to mention that the main difference is in keeping the public interest about the individual<sup>14</sup>. There is no reason for the contractor's interests to be above the general welfare, because the public interest prevails. The public contract cannot be a source of unfair enrichment of the co-contractor.

<sup>10</sup> Last access November 2016.

<sup>11</sup> Last access November 2016.

<sup>12</sup> Cf. H. A. Mairal, 'The theory of the Administrative Contract and North American Law'. EDA, 01/00-525.

<sup>13</sup> Cf. A.B, Bianchi. 'Theory of administrative contracts. Some critical reflections on dangerousness or uselessness of a general theory of the administrative contract (A perspective from administrative law of the United States) First Part', El Derecho Magazine, 184-900, 1999.

<sup>14</sup> Cf. Pacific Architects and Engineers Inc v. United States, 203 Court of Claims 449;491 Federal Reporter, 2nd Series 734 (1974).

### **3.1. Contractor Selection**

The Competition in Contracting Act (CICA) governs the processes related to the selection of contractor. Determine two competitive methods, this is sealed bidding and competitive proposal or competitive negotiation, through which it seeks to promote competition full and open. The first deals with the presentation of the offer through envelope closed (sealed) and the second is a system of agreement between those who sign the contract by negotiation with the future co-contractor<sup>15</sup>. The most used is the sealed bidding<sup>16</sup> in those occasions in which four factors are given, which are:

1. That there is sufficient time to execute the procedure;
  2. That the adjudication has been made on factors related to the price;
  3. That it is not necessary to advance negotiations
- If any of the requirements has not been met, it is established that the second system. The main difference is that in the first the adjudication is made without need for negotiation, taking into account only the price offered and factors that relate to this. As for the second system, a negotiation begins between the bidders and the government, in order to reach a good price.
  - On the other hand, the Competition in Contracting Act (CICA)<sup>17</sup> establishes other exceptions to the employ procedures that can guarantee full and open competition between the which are the following<sup>18</sup>:
    1. That it be proven that there is only one provider of the required good or service;
    2. That there is urgency;
    3. Only awarded to a provider for the purpose of: (a) retaining their services or products in the event of a national emergency, (b) retain a broad content of specialized research or development to go to the support of an educational institution, or nonprofit, or federally funded research center, and (c) request the services of an expert within a dispute (judicial or administrative) or in a solution alternative of conflicts in which the Federal Government is part;

---

15 Cf. M.M. Kate. 'Competition in Federal Contracting: An Overview of the Legal Requirements', Congressional Research Service. 2011. P. 3-4.

16 Cf. P. McAfee, 'Auctions and Bidding'. *Journal of Economic Literature*, Vol. 25, 1987, P.699-738.

17 Definition of Competition in Contracting Act (CICA): A policy established in 1984 to encourage competition for government contracts. The idea behind the policy is that the increased competition will result in improved savings to the government through more competitive pricing. The Act applies to all solicitations for bids issued after April 1, 1985. <http://www.investopedia.com/terms/c/competition-in-contracting-act.asp>

18 Competition in Contracting Act. United States Department of Labor. Office of the Assistant Secretary for Administration and Management. <https://www.dol.gov/oasam/regs/statutes/253.htm>.

4. That through an international treaty or agreement the use of a procedure is required not competitive;
  5. That by means of legislation, public contracting be with another government agency, with a certain supplier or with a certain brand;
  6. That national security is involved; When negotiating with the government, you should always inquire into the classification system of industry, which is used to categorize goods and services through a NAICS code (North American Industry Classifications Number) which is available on the website: <http://www.census.gov/cos/www/naics/><sup>19</sup>
- As far as federal regulation is concerned, the federalist system of government of the United States allows each State to issue its own regulation, independent of this, they can establish that each of the 50 states has its own internal contracting regulation, so then there are at least 50 different regimes and a federal code that governs the entire country <<Code of Federal Regulations>><sup>20</sup> which covers federal public procurement that is included in the FAR to which reference was made above, a document whose issuance is in charge of the Secretary of Defense in conjunction with the GSA <<General Service Administration>><sup>21</sup>, the administrator of NASA and as mentioned, the FAR

19 Last access November 2016

20 The CFR annual edition is the codification of the general and permanent rules published by the Office of the Federal Register (part of the National Archives and Records Administration) and the Government Publishing Office. Browse Code of Federal Regulations (Annual Edition). FDsys. US Government Publishing Office Federal Digital System.

21 The GSA is an entity of the executive branch whose function is to contract the goods, services and works required and commonly used by entities. The GSA purchases (1) common use goods and services through direct contracts or through the <<Federal Supply Schedule (FSS)>> [Federal Supply Schedules];(2) telecommunications services; and (3) offices. (Cf. Nash, Schooner and O'Brien 1998: 270-271)

The government procurement regime of the United States mainly provides for two types of modalities of selection: the <<Sealed Bid>> [Sealed Envelope] and the <<Negotiated Contract>> [Procedure Negotiated].

a) Sealed Envelope: In this type of process, they presented the proposals, these are open in public. The correct pro is awarded to the proposal that results in the most benefits to the organizing entity, considering the price as one of the evaluate on factors. Before the Publication of the <<Procurement Competition Law (CICA)>> [Procurement Competition Law], this type of process was the procurement methodology preferred Under the CICA, the Sealed Envelope is now one of the contracting modalities. (Cf. Nash, Goleta and O'Brien 1998: 460-461).

b) Negotiated Procedure: In this type of process, they presented the proposals, these are open in secret, so that no bidder can know the price or the other conditions proposed by the other participants From this moment on, the organizing entity first evaluates the technical capacity of each bidder, the technical merits of his proposal and all other evaluation factors to choose who will pass to the negotiation stage. For this reason, bidders who do not meet the requirements of the bases. This implies that the organizing entity asks those who have been pre-selected to improve of their proposals, beginning the negotiations that are manifested in oral and written discussions. this phase is called <<competitive range>> [competitive range]. Once this stage has been passed, the organizing entity requires submitting new proposals. These will be improved in any of the elements that integrate it. And so successively, the procedure continues until the organizing entity selects the one it considers better (Cf. Dromi 1999: 131-132).

is part of the CFR and it can be said that it is the main regulation of federal public contracting and, is executed by a body called the Office of Federal Procurement Policy (OFPP), office federal contracting policy.

- The people involved in contracting are key to its execution and act on behalf of delegation of the agencies to which they belong, for example: the Contracting Officer (CO), who is who represents the government before private contractors. The Contracting Officer is in charge of awarding the contract, as well as the Administrative Contracting Officer which includes tasks such as the negotiation of modifications in the execution of the contract, the Termination Contracting Officer whose function is to revoke the contract for non-compliance (default) and in this way protect the purposes of the contracting and the government interest in fulfilling its purposes and the principles of public procurement, which are the source that inspires the different regulations on public contracts.

### 3.2. Execution of the contract and modifications

During the execution of a contract, there may be several modifications when the price is fixed, where the goals to be achieved by the contractor are increased or decreased. Is called *ius variandi*. During the negotiation with the government, the latter may change opinion, this being a right that you have, as well as the right to examine the job you want and even suspend it. This right originates from the fact that it is necessary to satisfy the new demands that are presented, and the government takes the risk of paying the price increase (equitable adjustments)<sup>22</sup> that produce the changes made. It is for this reason that the Most contracts contain so-called Change clauses that allow the government to unilaterally introduce changes in the conditions contractual, and it has also been allowed to request the services of another contractor to execute new works if the price offered by the latter was more convenient than that of the first contractor.

- In a general way and as a way of grouping the different change clauses regularly available in the contracts, the administrative regulation organized through the Federal Acquisition Regulations, has determined some model clauses that are the ones that are constantly used. Thus, two clauses have been elaborated, one for contracts of supply and another for construction contracts that determine both the manner in which be taken in exchange to implement the reforms as the limits of these. According to Cibinic Nash<sup>23</sup>, these reforms

---

22 Cf. J.F. Shea Co. V. United States, 10 Cl. Ct. 620 (1986). Where a contract was bid in a lump sum, the equitable adjustment for substitution of work is computed by the following formula: (1) Adjusted contract price; (2) Less projected cost without changed conditions; (3) Plus actual cost under changed conditions; (4) Plus reasonable profit/overhead computed in accordance with governing regulations on difference between 2 and 3.

23 The Nash & Cibinic Report is the only monthly periodical that brings you the personal insights of some of the most experienced and knowledgeable individuals in government contracting. Features include: • Thought-provoking analysis of critical, current, and controversial federal procurement issues • An invitation to attend the Nash and Cibinic Report Roundtable Conference • An invitation to attend the Government Contracts Year-In-Review Conference.

promote four purposes: (i) offer flexibility to the contract performer such that it allows you to adapt to technological advances; (ii) approve the contractor a more efficient execution of the work; (iii) allow the contracting officer<sup>24</sup> to decide on additional work without having to sign a new contract and (iv) provide the contractor with the necessary legal means to address their claims.

- Regarding the way to establish the changes, generally the contracting officer carried out unilaterally, likewise, the new price will be agreed before the execution work, unless it was not possible due to urgency, where it must be determined a minimum price. It is not usual for contracts to determine clauses that only authorize those changes agreed bilaterally by the parties, but if the government exists it can impose such changes unilaterally.

Regarding whether it is possible to include modifications not expressly specified, Cibinic Nash, state that this is authorized only in the construction contract, since that these are permitted reforms. Really more than specific changes, they are qualities very extensive unforeseen changes that the contracting officer is empowered to order, so that despite not being able to make changes that exceed these qualities, the truth is that the discretion of that official seems to be important.

- The reforms in the contract conceive precisely adjustments in prices. originates then the so-called equitable adjustment of economic terms, which was determined by the Court of Claims as the corrective measures used to keep the contractor intact (whole) whenever the government modifies the contract. Likewise, the Armed Services Board of Contract Appeals (ASBCA)<sup>25</sup> specified the calculation of the equitable adjustment indicating that the measure of equitable adjustment is the difference that presented between the reasonable cost of execution without modifications or reforms and the Reasonable cost of execution with the modifications.

24 Career Development, Contracting Authority, and Responsibilities. 1.602-1 Authority. (a) Contracting officers have authority to enter into, administer, or terminate contracts and make related determinations and findings.

Contracting officers may bind the Government only to the extent of the authority delegated to them. Contracting officers shall receive from the appointing authority (see 1.603-1) clear instructions in writing regarding the limits of their authority. Information on the limits of the contracting officers' authority shall be readily available to the public and agency personnel.

(b) No contract shall be entered into unless the contracting officer ensures that all requirements of law, executive orders, regulations, and all other applicable procedures, including clearances and approvals, have been met. [https://www.acquisition.gov/far/current/html/Subpart%201\\_6.html](https://www.acquisition.gov/far/current/html/Subpart%201_6.html) (ultimo acceso: noviembre 216)

25 Cf. The Armed Services Board of Contract Appeals (ASBCA) is a neutral, independent forum whose primary function is to hear and decide post-award contract disputes between government contractors and the Department of Defense and other government agencies with whom the ASBCA has entered into agreements to provide services. Armed Services Board of Contract Appeals. <http://www.wingovernmentcontracts.com/armedservices-board-of-contract-appeals.htm>

#### 4. ETHICS IN PUBLIC PROCUREMENT

In the different legal systems, the application of general principles of Law, in such a way that, they are principles every time that they compose the origins or bases of all ordering; are general by virtue of the fact that they <<transcend a concrete precept and do not are confused with singular or particular appreciations>>, and are rules of Law, since that configure provisions of a legal nature, in such a way that they are not <<simple criteria morals, good intentions or vague directives>><sup>26</sup>, and within the most relevant principles there is that of ethics.

- Ethics is part of one of the branches of philosophy that is responsible for studying the rules and treatises on human conduct. On the other hand, morality is defined as Belonging or relative to the actions of people, from the point of view of their acting in relation to the good or evil and depending on their individual and, above all, collective life<sup>27</sup>. Therefore, the Ethics and morals are terms that are apparently different, but that are related to each other, so it is essential to refer to both. For the treaty at hand, with respect to ethics in public contracting, Rodríguez Arana defines it as the <<science of performance of officials oriented to public service, to the service of citizens>>, and indicates that “in a word, the Ethics of the public function is the science of public service<sup>28</sup>. Those who work for the State are called in different ways, depending on the legal regimes that exist worldwide, in some cases as <<officials>>, <<employees>>, <<agents>> and even public <<servers>>, in such a way that it is done It is necessary to underline that this last term has achieved great reach in current times, since it emphasizes the notion of the service that is provided, and not so much in the development of the functions. That is why they are people who are committed exclusively by reason of the service of the public interest, being necessary to demonstrate a behavior of accordance with the grounds required to defend said interest, which is evidenced in the compliance with the general principles of law, priority in any legal system<sup>29</sup>.
- Those who are public servants have the duty not to lose sight of conduct in their act that is honest in the functions that have been entrusted to it, prioritizing the interest public over any other class of private interest. In this way, also externalize the appearance that you are acting honestly, evidencing integrity in his act. Indeed, the provision can now be provided to include in the legal system of conduct in the public function, the assumption referred to that will

---

26 Cf. C.E. Delpiazzo, Derecho Administrativo Uruguayo, 1ª Edición, Ed. Porrúa, México, 2005, Pág. 12.

27 Real academia española. Consultado en: <http://lema.rae.es/drae/?val=moral>. (Consultado el 23/02/17)

28 Cf. J. Rodríguez, ‘Sobre ética pública en la Administración Pública’, Anuario de Derecho Administrativo, Tomo IX, 2002, P.59.

29 Cf. J. Rodríguez, J.A. Moreno, E. Jinesta, K. Navarro, Derecho Internacional de las contrataciones administrativas, 1ª Edición, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2011, P. 29 y ss.

cause the violation of the normative precepts not only directly breaking the themselves, but also before any action in the exercise of public function that exteriorizes the appearance of violating current regulatory provisions, which requires that public servants evade the demonstration of a conduct that grants the image of be configuring an unethical act.

## 5. ETHICS AS A PRINCIPLE IN PUBLIC PROCUREMENT IN THE UNITED STATES OF AMERICA

One of the main challenges facing public procurement in many countries including the USA, is the fight against corruption in the adjudication and execution of public contracts. It is common that in exchange for a long list of gifts ranging from the delivery of money to sexual favors violates the principle of ethics. That's where it is principle, which should be implicit in said activity, must begin to be instituted as main and regulatory mechanism of contractual relations.

- In the United States, the Federal Bureau of Investigation (FBI) has cataloged the fight against public corruption as a matter of maximum priority (Top Criminal Priority) since it office has powers to investigate matters of public corruption, both at the federal level as a local, in the different branches of public power.

In today's life, there are many factors that influence people to stumble in their ethics and incur in corruption as far as public procurement is concerned, this is how the oscillating movements of the economies of the countries, the decline in the offer and remuneration jobs, which affect personal and family finances. They are certainly some of those factors<sup>30</sup>

- The majority of public servants who work in localities or states and the rest federal levels of government, are honest and dedicated, and try to get things done well on a daily basis, in their actions for the community and the State in general. Unfortunately, there is a small group of public servants who only deal with their private benefit. This type of corruption is what hits democracy hard, what What is the FBI's investigative priority? Regarding public procurement investigations, there are faults in the principle of ethics in various senses, since from the various phases provided by said contracting, can be derived acts of

30 An excerpt representative of FBI's Activities with respect to public corruption at the Federal State and local levels is provided below (U.S. Federal Bureau of Investigation). The U.S. Government Accountability Office (GAO) is an autonomous public entity that reports to Congress from United States. It is in charge of supervising the expenditure of public resources. Among the functions GAO are: conducting audits of federal government entities to determine if government spending public resources is efficient and effective; investigate when reports of illegal activities are made and illegal; report on the level of compliance with the objectives of government programs and policies; present for congressional consideration an analysis of the policies; issue decisions and opinions on the internal regulation of federal entities, as well as the challenges filed against the grants of good pro; etc.

corruption, so then from the planning stages (planning), requests for proposals, preparation of contractors' proposals, negotiations, awarding of the contract, execution of the contract, breaches of ethics, are an unfortunate reality.

## BIBLIOGRAPHY

- Bianchi, A.B., 'Theory of administrative contracts. Some critical thoughts on the dangerousness or uselessness of a general theory of the administrative contract (A perspective from the administrative law of the United States) First Part', *Revista El Derecho*, 184-900, 1999.
- Bianchi, A.B., 'Theory of administrative contracts. Some critical thoughts on the dangerousness or uselessness of a general theory of the administrative contract (A perspective from the administrative law of the United States) Second Part', *Revista El Derecho*, 185-714, 1999.
- US Government Publishing Office Federal Digital System., Browse Code of Federal Regulations (Annual Edition). FDsys.
- Government Contracting. A Public Solutions handbook. Edited by Robert A. Shick.
- Kate, M.M., 'Competition in Federal Contracting: An Overview of the Legal Requirements', Congressional Research Service. 2011, pp. 3-4.
- J.F. Shea Co. V. United States, 10 Cl. Ct. 620 (1986).
- McAfee, P., 'Auctions and Bidding'. *Journal of Economic Literature*, Vol. 25, 1987, pp. 699- 738.
- Mairal, H.A., 'The theory of the Administrative Contract and North American Law'. eda, 00/01-525.
- Rodríguez, J., Moreno, J.A., Jinesta, E., Navarro, K., International Law of administrative contracts, 1st Edition, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p. 29 et seq.
- Rodríguez, J., 'On public ethics in Public Administration', *Law Yearbook Administrative*, Volume IX, 2002, p. 59.

### Webgrafía

- Armed Services Board of Contract Appeals. <http://www.wingovernmentcontracts.com/armed-services-board-of-contractappeals.htm>
- Competition in Contracting Act. United States Department of Labor. Office of the Assistant Secretary for Administration and Management. <https://www.dol.gov/oasam/regs/statutes/253.htm> .
- Definition of Competition in Contracting Act (CICA): A policy established in 1984 to encourage competition for government contracts. The idea behind the policy is that their creased competition will result in improved savings to the government through more competitive pricing. The Act applies to all solicitations for bids issued after April 1, 1985. <http://www.investopedia.com/terms/c/competition-in->

contracting-act.asp No contract shall be entered into unless the contracting officer ensures that all requirements of law, executive orders, regulations, and all other applicable procedures, including clearances and approvals, have been met.

[https://www.acquisition.gov/far/current/html/Subpart%201\\_6.html](https://www.acquisition.gov/far/current/html/Subpart%201_6.html)

Real Academia Española. Consultado en: <http://lema.rae.es/drae/?val=moral>

## GUÍA PARA AUTORES

---

Los manuscritos para publicar en la Revista *IUSTITIA* deberán presentarse en formato Word, en medio digital, con una extensión de mínimo 15 páginas y máximo 25 páginas (sin contar el listado final de referencias), con letra Times New Roman 12, espacio y medio; contendrá un resumen y 5 palabras clave en español y en inglés, aunado a lo anterior las citaciones de cada artículo deberán realizarse en formato APA séptima edición, lo anterior operará tanto para las citas como para las referencias.

Los símbolos y abreviaturas, verbo y gracia: **CSJC** (Corte Suprema de Justicia Colombiana) deberán definirse la primera vez que se mencionen a través de pie de página. Las tablas y figuras deben llevar enumeración continua, empezando por el número 1 (ej.: Figura 1); el título debe ir en minúscula y cursiva, ubicado en la parte superior de la figura o tabla y en letra Arial 10. Finalmente, las figuras y las tablas deberán ser referenciadas en letra Arial 8.

### TIPOLOGÍAS DE ARTÍCULOS PARA PUBLICACIÓN

Los documentos para eventual publicación deberán enmarcarse en las siguientes tipologías:

#### 1. Artículo de investigación

Documentos científicos que reflejan resultados de investigación parciales o definitivos. Por tanto, son originales en la medida que presentan hallazgos novedosos y propicios en el campo de conocimiento especializado, derivados de proyectos de investigación debidamente formulados y ejecutados. Siguen la estructura básica de IMRyD: Introducción, Metodología, Resultados y Discusión.

## 2. Artículo de reflexión

Documento original que presenta resultados de investigación desde una perspectiva analítica, interpretativa y crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales. Funciona bajo los parámetros de un ensayo crítico, que pretende analizar los resultados de una investigación propia o ajena y dar un punto de vista del impacto de esos hallazgos sobre la realidad social o el ámbito académico. De igual manera, se recomienda su construcción como meta-análisis acerca de los debates comunes y coyunturales en el ámbito de conocimiento especializado, en el cual el autor dé cuenta de una tesis propia a partir de las ideas dominantes, alternativas y críticas del campo.

## 3. Artículo de revisión

Documento resultado de investigación donde se organiza, analiza y se integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Son aquellos que hacen un análisis de la literatura, las teorías y las obras existentes en relación con una temática de un campo de conocimiento especializado. Son artículos exigentes en la documentación y referenciación teórica, pues requieren de una gran fundamentación para demostrar la solidez en el conocimiento, la actualidad de las reflexiones y la capacidad analítica para presentarlos en un documento breve. Debe contener un mínimo de 40 referencias bibliográficas.

4. **Reseñas:** Consisten en un análisis específico de una obra, libro, artículo o conferencia internacional que tiene un impacto significativo en el área de conocimiento de la publicación; se encarga de identificar los argumentos principales, debilidades y fortalezas de la propuesta teórica de la obra reseñada, al igual que plantear un análisis propio sobre la pertinencia, relevancia y trascendencia de la tesis en el ámbito del saber en el que está inscrita.

## ESTRUCTURACIÓN

### 1. Artículos de investigación

La estructura de los artículos de investigación deberá contener los siguientes elementos:

1. **Título:**  
Debe ser corto no superior a 13 palabras, no uso excesivo de preposiciones y artículos. Claro, preciso, fácil de entender. No utilizar abreviaturas.
2. **Autor/es:**  
Pueden provenir de personas naturales o de personas jurídicas, en esta parte lo importantes es poner el nombre completo del autor, igualmente modelar el perfil académico y la filiación institucional que se tenga o no con la Universidad. Se incluye autoría solo de quien escribe el texto, no el acompañamiento de asesores o directores.  
Para la presente convocatoria, se recibirán documentos elaborados por un máximo de cuatro (4) personas en coautoría.
3. **Resumen:**  
Este apartado orienta al lector sobre la estructura y contenido principal del artículo. El párrafo correspondiente al resumen debe tener un mínimo de 150 palabras y un máximo de 250 palabras. Debe estar compuesto por las siguientes partes: 1. El objetivo o posible hipótesis a demostrar, 2. Las secciones del documento (títulos, subtítulos), 3. Aproximación a los resultados o conclusiones (según el artículo sea de revisión, reflexión, e investigación).
4. **Palabras clave:**  
Las palabras clave o keywords, son términos compuestos por una o más palabras, que tienen un carácter auto-explicativo y orientador. Son descriptores que deben dar a entender qué temáticas quiere presentar el texto. Claras y precisas.  
Se exigirá un número de cinco (5) palabras clave, las cuales a su vez deberán transcribirse al idioma inglés.
5. **Introducción:**  
Incluye el propósito u objetivo de la investigación, y el resumen del estado del arte, antecedentes históricos, y utilidad de los resultados (estos dos últimos de forma resumida, propositiva).
6. **Metodología:**  
En este apartado es menester que el/la autor/a o lxs autorxs describan el enfoque metodológico elegido y las correspondientes técnicas de investigación utilizadas en el transcurso de la pesquisa.
7. **Resultados:**  
Cortos, claros y precisos. Deben corresponder con los objetivos planteados en la propuesta investigativa. Deben dar razón de los objetivos, ya sean resultados positivos o negativos derivados del ejercicio académico de investigación.

8. **Conclusión:**

Equivale a la interpretación de los resultados frente al marco de referencia, teórico conceptual, legal y/o jurisprudencial. Es el momento para que el autor establezca unas conclusiones generales del proceso investigativo y refiera algunas vías de continuidad de una indagación futura.

## 2. Artículos de reflexión y artículos de revisión

Para estas dos tipologías textuales, en comparación con el artículo de original o científico, se considerará la siguiente estructura:

1. **Título:**

Debe ser corto no superior a 13 palabras, no uso excesivo de preposiciones y artículos. Claro, preciso, fácil de entender. No utilizar abreviaturas.

2. **Autor/es:**

Pueden provenir de personas naturales o de personas jurídicas, en esta parte lo importante es poner el nombre completo del autor, igualmente modelar el perfil académico y la filiación institucional que se tenga o no con la Universidad. Se incluye autoría solo de quien escribe el texto, no el acompañamiento de asesores o directores.

Para la presente convocatoria, se recibirán documentos elaborados por un máximo de cuatro (4) personas en coautoría.

3. **Resumen:**

Este apartado orienta al lector sobre la estructura y contenido principal del artículo. El párrafo correspondiente al resumen debe tener un mínimo de 150 palabras y un máximo de 250 palabras. Debe estar compuesto por las siguientes partes: 1. El objetivo del artículo, 2. Las secciones del documento (títulos, subtítulos), 3. Aproximación a los resultados o conclusiones (según el artículo sea de revisión, reflexión, e investigación).

4. **Palabras clave:**

Las palabras clave o keywords son términos compuestos por una o más palabras, que tienen un carácter auto-explicativo y orientador. Son descriptores que deben dar a entender qué temáticas quiere presentar el texto. Claras y precisas.

Se exigirán un número de cinco (5) palabras clave, las cuales a su vez deberán transcribirse al idioma inglés.

5. **Introducción:**

Incluye el propósito u objetivo de la investigación, y el resumen del estado del arte, antecedentes históricos, y utilidad de los resultados (estos dos últimos de forma resumida, propositiva).

6. Contenido:

Para el caso del artículo de reflexión presentará el análisis teórico o práctico que propondrá como tesis derivada de su ejercicio académico.

Respecto al artículo de revisión, contendrá el resultado de la exploración analítica de las teorías y las obras existentes en relación con una temática de un campo de conocimiento especializado.

7. Análisis crítico o resultados:

Para el caso del Artículo de reflexión, debe incluir la discusión con antítesis o alternativas teóricas a las que se debe enfrentar la tesis planteada.

Para el caso del artículo de revisión deberá presentar los resultados del recuento teórico realizado, para establecer la categorización del impacto o importancia de cada perspectiva en el campo de conocimiento especializado y fijar una decisión teórica como autor.

8. Conclusiones:

Equivale a la interpretación de los resultados frente al marco de referencia, teórico conceptual, legal y/o jurisprudencial. Es el momento para que el autor establezca unas conclusiones generales del proceso de reflexión o revisión y refiera algunas vías de continuidad de una indagación futura.

## **Revista IUSTITIA**

revista.iustitia@ustabuca.edu.co;

coord.investigaciones@ustabuca.edu.co

Cra 18 No. 9 - 27. Bucaramanga - Santander - Colombia.

PBX: (+57) 607 698 58 58