

VICTIMIZACIÓN DE LA COMUNIDAD LGTBI Y EL
POSTACUERDO COLOMBIANO.

TESIS PRESENTADA PARA CUMPLIR CON LOS
REQUISITOS FINALES PARA LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE MAGISTER EN DD.HH. Y DICA.

GINA PAOLA YAGUE MANRIQUE

ESCUELA SUPERIOR DE GUERRA “GENERAL
RAFAEL REYES PRIETO”

ABRIL DE 2023

Resumen

El presente estudio se centra en la victimización de la comunidad con orientación sexual y de género divergente (LGBTIQ+) en el contexto colombiano, específicamente en el período posterior al acuerdo de paz. La investigación se basa en un enfoque cualitativo que combina la exploración y la descripción de la problemática. Uno de los conceptos claves abordados es la "victimodogmática", que se refiere a la tendencia de ciertas personas o grupos a asumir sistemáticamente el papel de víctimas con fines estratégicos. En el marco teórico, se explora la importancia de los derechos humanos y la diversidad sexual, destacando la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Principios de Yogyakarta como marcos normativos esenciales. Se examina también la teoría de la discriminación y el estigma, destacando la obra de Goffman y Link y Phelan, que son fundamentales para comprender la victimización de la comunidad LGTBI. La investigación se plantea como una oportunidad para analizar y evaluar las políticas públicas y programas gubernamentales relacionados con la igualdad y no discriminación de las personas LGTBI en Colombia. Se enfoca en la exploración de estrategias que prevengan la victimización, así como en la identificación de posibles deficiencias y áreas de mejora. Además, se considera la importancia de la educación y la sensibilización como herramientas clave en la lucha contra la discriminación. En el ámbito internacional.

PALABRAS CLAVES: Víctimodogmática , Posacuerdo, Violencia, Gobierno, Estado, Violencia de Género, LGTBI.

Abstract

The present study focuses on the victimization of the community with divergent sexual orientation and gender (LGBTIQ+) in the Colombian context, specifically in the period after the peace agreement. The research is based on a qualitative approach that combines exploration and description of the problem. One of the key concepts addressed is "victimdogmatics," which refers to the tendency of certain people or groups to systematically assume the role of victims for strategic purposes. In the theoretical framework, the importance of human rights and sexual diversity is explored, highlighting the Universal Declaration of Human Rights and the Yogyakarta Principles as essential normative frameworks. The theory of discrimination and stigma is also examined, highlighting the work of Goffman and Link and Phelan, which are fundamental to understanding the victimization of the LGTBI community. The research is presented as an opportunity to analyze and evaluate public policies and government programs related to equality and non-discrimination of LGTBI people in Colombia. It focuses on exploring strategies that prevent victimization, as well as identifying potential deficiencies and areas for improvement. In addition, the importance of education and awareness is considered as key tools in the fight against discrimination. In the international arena.

KEYWORDS: Violence, Victim, LGTBI, Gender Violence, Government, Gender

Introducción

Esta investigación se centra en la búsqueda de soluciones para abordar la victimización persistente de la comunidad con orientación sexual y de género divergente (LGTBIQ+) en el contexto del postacuerdo colombiano. En palabras de Amnistía Internacional, "A pesar de los avances en la legislación y la jurisprudencia en materia de derechos humanos, las personas LGTBIQ+ en Colombia siguen siendo víctimas de discriminación, violencia y exclusión"(2022). Esta realidad pone de manifiesto la urgente necesidad de desarrollar estrategias efectivas que promuevan un entorno seguro y respetuoso para esta comunidad.

La lucha contra la victimización de la comunidad LGTBIQ+ en Colombia es una tarea esencial para garantizar la igualdad de derechos y la no discriminación. Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), "es fundamental que los Estados de la región promuevan el respeto y la igualdad para esta comunidad, implementando políticas públicas y promoviendo la educación de la sociedad en general"(P.2). Esto resalta la importancia de buscar soluciones que aborden no solo aspectos legales, sino también culturales y sociales.

Entre los años 80 y diciembre de 2016 han sido registradas cerca de 19 mil casos de personas con orientación sexual y de género divergente que sufrieron de delitos contra su libertad e integridad sexual en el marco del conflicto armado, según cifras de la Unidad Nacional de Víctimas. De ellas, el mayor porcentaje, es decir, el 89,7% han sido mujeres y niñas, seguidas de un 7,6% que corresponde a hombres. En la información registrada por el Estado colombiano, también se aprecia que el 0,6% corresponde a víctimas de la población

LGBTIQ+ y que aproximadamente el 2% de las víctimas no informa. Sin embargo los organismos de protección a los derechos humanos reconocen el subregistro que se presenta en estos casos, por miedo a las represalias. El informe “Retos Humanitarios en Colombia 2017”, destaca además que, de una muestra de 100 casos recopilados por el CICR en Colombia entre 2014 y 2016, se visibiliza que varias de las víctimas atendidas padecieron más de un episodio de violencia sexual en su vida. A esto se suma que en el 41% de los casos hubo más de un perpetrador y que fueron comunes las violaciones colectivas cometidas por entre tres y ocho personas. También se ha registrado una constante al verificar que las madres hermanas, hijas o abuelas de las víctimas, también han sufrido agresiones sexuales. Así mismo, se destaca que una de cada cinco víctimas de violencia sexual que atendió el CICR entre 2014 y 2016 registró un embarazo no deseado. Entre los departamentos con más registros de violencia sexual, están Antioquia con el 17,7% de los casos, seguido de Magdalena con el 11,8%; Nariño con el 6,8%; Bolívar tiene el 6,2% de los casos, y en último lugar están Putumayo y Cauca con el 5,2% y el 5% respectivamente

En este contexto, la pregunta de investigación planteada es ¿Cuáles son las estrategias viables para prevenir la victimización de la comunidad LGTBI en el contexto del postacuerdo colombiano?. Esta pregunta se enfoca en identificar y desarrollar estrategias viables que puedan contribuir a la prevención de la victimización de la comunidad LGTBIQ+ en Colombia, con el objetivo de avanzar hacia una sociedad más inclusiva y respetuosa de los derechos humanos de todas las personas.

Los objetivos específicos de esta investigación se dividen en dos áreas clave. En primer lugar, se busca analizar y evaluar las políticas y programas gubernamentales

implementados en Colombia con el propósito de prevenir la victimización de la comunidad LGTBIQ+ en el período posterior al acuerdo de paz. Esto incluye un examen detallado de las políticas de igualdad, educación y sensibilización, así como su impacto en la reducción de la discriminación y la violencia. Además, se pretende investigar las percepciones y experiencias de la comunidad LGTBIQ+ en relación con estas políticas para identificar posibles deficiencias y áreas de mejora.

En segundo lugar, se exploraran las perspectivas y prácticas internacionales en la promoción de los derechos de la comunidad LGTBIQ+, sin centrarse en un organismo en particular. Esto incluye investigar las estrategias exitosas empleadas en otros países para fomentar la igualdad y no discriminación de las personas LGTBIQ+, así como el papel de las organizaciones internacionales y la sociedad civil en la promoción de estos derechos a nivel global. Estos objetivos específicos se diseñan con el fin de proporcionar una visión integral de las soluciones que podrían aplicarse en el contexto colombiano para abordar la victimización de la comunidad LGTBIQ+ y avanzar hacia una sociedad más inclusiva y respetuosa de los derechos humanos

Marco teórico.

El marco teórico de esta investigación abarca diversas áreas de estudio que son fundamentales para comprender y abordar la victimización de la comunidad LGTBI en el contexto colombiano y su relación con el postacuerdo. Las teorías y conceptos claves que sustentan esta investigación incluyen: Derechos Humanos y Diversidad Sexual : Este enfoque se basa en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece que todos

los individuos tienen derecho a la igualdad, la no discriminación y la protección contra la violencia. En este contexto, se explorarán las normas internacionales de derechos humanos relacionadas con la igualdad de género y la orientación sexual, incluyendo los principios de Yogyakarta. Esta visión se contrastará con la teoría de la Discriminación y la Estigmatización; esta perspectiva analiza cómo las personas LGTBIQ+ son víctimas de prejuicios y estigmatización en diferentes contextos, lo que conduce a la discriminación y la victimización. La teoría del estigma de Erving Goffman y el modelo de reacción al estigma de Link y Phelan son relevantes para comprender este proceso.

La teoría expuesta se correlacionará con la victimo dogmática, que es un concepto que se ha desarrollado en el campo de la criminología y la sociología. Este término se refiere a la tendencia de algunas personas o grupos a adoptar una posición de víctimas de manera sistemática y dogmática, utilizando su supuesta victimización para obtener beneficios o ventajas, así como para justificar acciones o demandas. En el contexto de esta investigación sobre la victimización de la comunidad LGTBI en Colombia, se examinará la noción de victimodogmática como un elemento que puede influir en la percepción pública y las políticas relacionadas con esta comunidad. El análisis de este concepto contribuirá a una comprensión más completa de las dinámicas que rodean la victimización de la comunidad LGTBI y permitirá considerar posibles soluciones de manera más informada.

Así mismo, las Políticas Públicas y Derechos LGBT deben ser examinadas para describir el desarrollo y la implementación de políticas públicas destinadas a promover la igualdad y la no discriminación de las personas LGTBIQ+ en diferentes países. Esto incluye la revisión de estrategias, leyes antidiscriminación y programas de educación. En palabras de Harvey

Milk, "Todos los jóvenes, sin importar sus orígenes, merecen un ambiente en el que puedan ser respetados y aceptados tal como son"(P.23). Este enfoque, destacara la importancia de la educación y sensibilización. Se investigarán las iniciativas de educación y sensibilización que buscan cambiar las actitudes y percepciones hacia la diversidad sexual. La teoría del cambio de actitudes y la pedagogía crítica son herramientas relevantes para comprender cómo la educación puede desempeñar un papel fundamental en la prevención de la victimización.

La Participación Internacional y Derechos LGBT es de importancia para esta investigación y así entender el papel de organizaciones internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Organización de Estados Americanos (OEA) en la promoción de los derechos de las personas LGTBI. Esto incluye la revisión de resoluciones y convenios internacionales que abogan por la igualdad y la no discriminación. Para llegar a las experiencias de la Comunidad LGTBI en Colombia, aquí se recopilarán y analizarán testimonios y vivencias de la comunidad LGTBI en Colombia para comprender de manera profunda las dimensiones específicas de la victimización en este contexto. Esto permitirá una evaluación más precisa de las necesidades y desafíos que enfrenta esta comunidad.

Este marco teórico proporciona una base sólida para abordar la victimización de la comunidad LGTBIQ+ en el contexto colombiano y proponer soluciones efectivas. Al integrar teorías de derechos humanos, discriminación, políticas públicas, educación y participación internacional, esta investigación busca contribuir al avance de la igualdad y la no discriminación de las personas LGTBI en Colombia.

Métodos

Esta investigación se basa en un enfoque cualitativo de investigación. El enfoque cualitativo es especialmente adecuado para investigaciones que buscan comprender fenómenos sociales complejos y explorar las experiencias, percepciones y vivencias de las personas involucradas. En este caso, se utiliza para profundizar en la comprensión de la victimización de la comunidad LGTBI en el contexto colombiano después del acuerdo de paz.

La investigación realizada en este artículo se caracteriza por ser exploratoria y descriptiva. La naturaleza exploratoria implica que el estudio se enfoca en la búsqueda de respuestas a preguntas de investigación que no tienen una respuesta definitiva previamente establecida. En este sentido, se busca explorar y comprender la victimización de la comunidad LGTBIQ+ y las posibles soluciones en un contexto específico.

Por otro lado, la naturaleza descriptiva de la investigación se centra en la recopilación y presentación de datos detallados sobre las políticas, prácticas y experiencias de la comunidad LGTBI y otras partes interesadas en Colombia. Esto permitirá ofrecer una visión detallada de la situación y contribuir a una comprensión más completa de la victimización y las estrategias para prevenirla.

Para llevar a cabo esta investigación, se utilizarán métodos cualitativos, que incluyen la recopilación, grupos de discusión y análisis de documentos relacionados con políticas y legislación. Estos métodos cualitativos permitirán explorar las experiencias y

percepciones de las personas involucradas y proporcionarán una comprensión más rica y contextual de la problemática abordada en el estudio.

Además, se realizará un análisis documental exhaustivo que abarcará leyes, informes gubernamentales y documentos de organizaciones internacionales para contextualizar la investigación. La combinación de estos métodos cualitativos y el análisis documental contribuirá a una evaluación profunda de la victimización de la comunidad LGTBI y las posibles estrategias para prevenirla en el contexto del postacuerdo colombiano.

Resultados

Teoría de la vinculación al ordenamiento jurídico como marco general y la Descripción, desarrollo del tratado de la Comisión Interamericana Derechos Humanos, la participación vinculante de la OIT frente al aspecto laboral de la comunidad LGTBI.

En el marco de la globalización y la cada vez más ampliada relación y cooperación entre las naciones en el diseño de nuevos mercados y de políticas de seguridad, han traído como consecuencia fundamental que los sistemas jurídicos deban ponerse de acuerdo en la forma de entender su aplicación y de conformar relaciones cada vez más estrechas. Lo anterior es una complicación sin duda alguna, en virtud de las diferencias marcadas entre los diversos sistemas de derecho que existen en las todas las naciones por lo que se hace necesario que se diseñen modelos unificados o tipos que tengan aplicaciones en los planos internacionales con un cierto margen de acción al interior de los países que así lo suscriban.

Aquello es una clara descripción que nos muestra de lo que en el derecho constitucional se conoce como el **Bloque de Constitucionalidad**, claro está que, guardando las proporciones, ya que esta institución jurídica hace referencia a aquellos tratados que de manera vinculante ingresan a nuestro ordenamiento jurídico y son aprobados por el Congreso de la República, suscritos por el Ejecutivo del país y que tienen perfecta aplicabilidad constitucional al interior de Colombia, siempre y cuando los mismos versen sobre los derechos humanos; Es así como se evidencia que, en el plano internacional, existen unos parámetros y principios constitucionales de carácter fundamental que son transversales a todos los sistemas legales del mundo y que rigen la forma como debe aplicarse el derecho.

Esos esfuerzos por construir modelos tipos de aplicación y ejercicio de la ciencia jurídica a nivel internacional, tienen como presupuesto principal a la constitucionalizarían el derecho en virtud de la prevalencia que los principios y valores rectores y los derechos fundamentales tienen dentro de las constituciones de todas las democracias modernas y se constituyen en los límites del ejercicio legal y jurisdiccional. En la presente investigación, se analizarán esos elementos del constitucionalismo del derecho presentes en varias de sus ramas y en el derecho en general, además del por qué el fenómeno del neoconstitucionalismo se ha convertido en una de las más importantes de la ciencia jurídica, en virtud de su impacto en la forma de aplicar el procedimiento legal.

Las nuevas tendencias de aplicación del derecho en las diferentes democracias modernas van encaminadas y la constitucionalizarían en el derecho en todas sus ramas, en especial en lo relacionado con los elementos procedimentales.

Todo lo anterior, con el marcado fin de impedir que tanto el administrador de justicia como el legislador desconozcan los derechos humanos dentro de sus decisiones judiciales o leyes, respectivamente. Es entonces al fenómeno de la constitucionalización del derecho, al que la doctrina ha definido como “neoconstitucionalismo”, al que deben entenderse dos aspectos fundamentales:

- Toda la estructura del sistema jurídico está definida con base en la Constitución
- El funcionamiento del sistema jurídico, es decir, lo procedimental, se inicia a partir de los parámetros constitucionales, esto es, los principios y valores en la Constitución consignados.

Puede afirmarse entonces que la consecuencia más clara y evidente de todo lo anterior es de tal “validez del sistema y de las aplicaciones puntuales de las normas legales de cualquier rama del Derecho depende de su conformidad con la Constitución” (2013, pág. 44). El problema de la validez tanto de las normas jurídicas como de las aplicaciones y materializaciones de las mismas viene a depender, entonces, del grado de sujeción que tengan con la Constitución, siendo completamente inválida aquella que no esté ajustada a la norma superior. Lo anterior es evidente si se hace una evaluación sencilla de las mismas normas constitucionales que regulan la creación de las leyes, las cuales ante el incumplimiento doloso del legislador de aquellas pues se verá en curso una nulidad de la ley misma en virtud de la falta del trámite formal. Por su parte, el doctrinante Peter Rieb (2005, pág. 127) afirma que se ha venido desarrollando una teoría del derecho procesal moderna, en la que la inclusión de los derechos y las garantías constitucionales es imperativa al interior del diseño de la

legislación, por lo que el reconocimiento de la Dignidad Humana como límite de la aplicación del Derecho y el contenido especial de los derechos humanos es obligatoria a la hora de aplicar la norma sustantiva.

De ahí, que el mismo Rieb (2005) entienda que la dignidad humana y el contenido esencial de los derechos humanos son parte de los elementos fundantes de la constitucionalización del derecho en la medida que tanto la primera como el segundo son la base de construcción del neoconstitucionalismo y esto se justifica en el hecho de que todo el ordenamiento jurídico tiene una sujeción taxativa al respeto por aquellos elementos sustanciales del derecho. Es así, como se evidencia que en los diferentes códigos tanto sustantivos como procedimentales, están expresados los límites de actuación y aplicación de las propias normas que los componen, límites que se basan justamente en la dignidad y los derechos humanos. Lo anterior se refuerza con los principios establecidos por la Sentencia C-329 del 2003, en donde la Corte expresó, con respecto a los límites con los que el legislador se enfrenta a la hora de establecer penas dentro del ordenamiento punitivo del Estado:

Cuando el legislador hace uso de su potestad para configurar las penas que deben imponerse a quienes cometen algún delito, se encuentra limitado por los principios constitucionales de la dignidad de las personas y el respeto a los derechos humanos, la aplicación de criterios de razonabilidad y proporcionalidad y las obligaciones internacionales contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad (República de Colombia; Corte Constitucional., 2003)

Así mismo también lo ha manifestado la misma Corte Constitucional de Colombia al afirmar en su Sentencia T-525 de 1992, que existen marcadas diferencias en la forma de defender los derechos fundamentales en un sistema bajo el paradigma de la legalidad, como el Estado de Derecho, frente al mismo aspecto en un sistema bajo el paradigma

constitucionalista, como en el Estado Social de Derecho moderno. Esto lo pone de manifiesto en la mencionada sentencia al afirmar que:

...mientras el tema de los derechos fundamentales no sea interpretado bajo una perspectiva constitucional, la acción de tutela se reducirá a un mecanismo adicional e insuficiente de protección y dejará de cumplir por lo menos uno de sus propósitos esenciales: el de constitucionalizar todo el ordenamiento jurídico colombiano y, de esta manera, hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales de las personas (República de Colombia; Corte Constitucional, 1992)

Es lícito inteligenciar en este punto, que la tutela se convierte desde la perspectiva jurisdiccional, en el campo de la aplicación del derecho y la protección de los derechos fundamentales, en la herramienta idónea que permite la constitucionalización de las instituciones jurídicas. Confirmándose así el segundo aspecto fundante del neoconstitucionalismo expresado por Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett (2013), en la medida que la tutela entendida como una herramienta del procedimiento jurisdiccional que permite la defensa de las prerrogativas fundamentales, viene a proveer los parámetros constitucionales al ejercicio de todas las funciones del Estado. Es evidente, siguiendo con lo mencionado, que ante la falta de efectividad y eficiencia estatal para proporcionar a sus asociados los servicios públicos a los que está obligado como Estado, la tutela se convierte en el proceso más expedito para hacer valer los parámetros constitucionales consignados por el Constituyente del 91.

Se evidencia en este punto, por consiguiente, que el derecho como ciencia, como materia de estudio, entendido desde su dimensión de aplicación, tiene como materia fundamental incluso desde la perspectiva procedimental, a los derechos humanos y a la dignidad humana. Pero no solamente como materias fundamentales, sino también como

límites impasables del accionar legal. Cabe resaltar en este punto, que aquello también ha sido materia de estudio por parte de la Corte Constitucional, al afirmar con suficiencia en la Sentencia C-879, refiriéndose sobre los derechos fundamentales consignados en la Carta Política, además de los principios y garantías constitucionales, que estos constituyen un límite impasable de la acción de la jurisdicción y de todas las entidades y organismos del Estado:

El Texto Superior constituye un sistema normativo. No se trata de una simple aglomeración de prescripciones emanadas del constituyente. En él se advierte una teleología definida; una afirmación de valores, principios y derechos que parten del reconocimiento del hombre como un ser digno y de la asunción de la democracia pluralista como un mecanismo de realización de esa dignidad (República de Colombia. Corte Constitucional., 2003)

Es evidente que la Corte Constitucional deja en este punto claridades acerca del papel vinculante de los principios, garantías, valores y derechos consignados por el Constituyente en la Carta Política de 1991, en la medida que todos los anteriores sirven de sustento jurídico para que el juez, quien en este nuevo modelo de Estado y del derecho se convierte necesariamente en la primera y última fila de defensa de los derechos fundamentales que están en litigio dentro de una controversia jurídica ante el muy frecuente vacío que deja el legislador en la concepción de la ley, tome sus decisiones en cumplimiento de su deber legal. Esto se debe a que los principios constitucionales que sirven como sustento de la neoconstitucionalización sin elementos que usa el juez como un medio de interpretación de la norma que ha de positivizar e individualizar en la resolución de los casos, es decir, la Constitución y sus principios son el arma fundamental con la cual el juez interpreta la norma e incluso el caso en concreto.

Los derechos humanos como fundamento y esencia de la constitucionalización del derecho

El ordenamiento jurídico tiene una manera de componerse, es decir, tiene suscritas unas formalidades que deben cumplirse para que la norma que haya de ser promulgada sea válida desde el punto de vista formal. Aquello no es más que la promulgación de una nueva ley debe cumplir con los requerimientos y procedimientos que la Constitución ha determinado para tal fin. Pero, además de lo anterior, es necesario que la ley cumpla con unas imposiciones materiales que tienen que ver con el cumplimiento de los contenidos axiológicos de la Constitución, es decir, que no conculque, viole o transgreda normas constitucionales o derechos fundamentales (República de Colombia, Corte Constitucional , 1993). Lo primero hace referencia a la validez formal, lo segundo a la validez material; ambos constituyen los elementos característicos del neoconstitucionalismo al interior del ordenamiento jurídico (Bernal Cuellar & Montealegre Lynett, 2013). Se evidencia entonces, como existen dos maneras de ejercer el control de constitucionalidad al accionar del legislador. Por un lado, se establece el cumplimiento taxativo de todos los requerimientos formales sin los cuales una ley no podrá ser sancionada o promulgada por lo que se conoce como vicios de forma, en otras palabras, no se llevaron a cabo cada uno de los pasos que se requieren para el diseño de la ley. Por otro lado, está la vigilancia de la validez material, esto es que la nueva ley que entra al ordenamiento jurídico no solamente debe estar subordinada a la norma superior, sino que, además, no puede ir en contravía con los principios y valores que aquella consigna, mejor dicho, no podrá vulnerar derechos fundamentales a la hora de aplicarse.

Dado el caso que se produzca la promulgación de una nueva ley que violente flagrantemente a la Constitución a pesar de las vigilancias y controles formales y materiales que se establecen en la misma norma superior, aquella es susceptible de desaparecer del mundo jurídico mediante las acciones de constitucionalidad o de nulidad o bien es posible que sea inaplicable durante el contexto de un proceso jurídico. Se entra en este punto, al plano de la excepción de constitucionalidad, la cual la ejerce el juez cuando al interior de un proceso, entiende que una norma va en contravía con lo expresado por la Constitución y decide inaplicarla, sin que esto signifique que se declare inconstitucional, simplemente quiere decir que para el caso concreto esa ley no puede aplicarse pues viola preceptos fundamentales de la Carta Política. Cuestión esta que está soportada por lo afirmado por García de Enterría al decir que: “La Constitución vincula al juez más fuertemente que las leyes, las cuales sólo pueden ser aplicadas si son conformes a la Constitución” (García de Enterría & Fernández, 1988)

Es muy sencillo inteligenciar así, que el núcleo rector de toda actividad estatal y jurisdiccional proviene de los derechos fundamentales consignados en la Constitución. Pero en lo que respecta a la actividad de la jurisdicción, en virtud que es esta la responsable de administrar justicia (entendida esta desde todos sus niveles) y de resolver las cuestiones problemáticas de contenido jurídico que se presenten en el seno de la sociedad, los límites impuestos por los derechos fundamentales y la dignidad humana se revisten de mucha mayor importancia en tanto que la misma Corte Constitucional, ha venido a decir en la sentencia T-406 de 1992 que existe una nueva relación a partir de la Constitución de 1991 entre los jueces y los derechos fundamentales al punto que el logro de la eficacia de tales prerrogativas viene

a cumplirse cuando se le otorgan de manera prioritaria al juez los procedimientos jurisdiccionales para que les den la eficacia mencionada y no ya tanto al legislador o a la administración. Se le da así una mayor responsabilidad al juez lo que se configura como una diferencia sustancial con respecto a la Constitución de 1886 (República de Colombia; Corte Constitucional, 1992).

Es alrededor, siguiendo la línea anteriormente expuesta, de los derechos fundamentales y de la dignidad humana que se instalan todas las demás manifestaciones del derecho tanto sustancial como procedimental, puesto que ninguna de ellas tiene la posibilidad, desde una perspectiva constitucional, de transgredir los valores, principios y derechos fundamentales expresados en la Constitución de 1991, es así como estos se convierten en la principal herramienta de la Constitucionalización del Derecho o el neoconstitucionalismo.

Sin embargo, resulta imperioso que recordemos los requisitos que para la Corte deben tener los derechos para que se consideren como fundamentales, pues al igual que la ciencia jurídica este concepto de fundamentales ha venido evolucionando al punto que la división por generaciones ya no responde suficientemente a las necesidades de entender a todo el plexo de derechos precisamente como fundamentales, en la medida de la conexidad directa que los mismos tienen con la dignidad humana; es decir, todos los derechos consignados en la norma superior, a pesar de no estar cobijados por el título de fundamentales pueden llegar incluso a ser protegidos por la acción de amparo en la medida de la conexidad que tienen con la dignidad humana. Pareciera entonces que la constitucionalización del derecho es el reconocimiento de la dignidad como el marco de referencia de la actuación de la ciencia

jurídica, en especial del derecho penal y que este fenómeno modernísimo se configura bajo la exigencia de que el Estado logre el máximo de desarrollo de la dignidad humana de todos sus asociados. Marco Gerardo Monroy Cabra (2010) parafrasea aquellos requisitos que para la Corte deben ser:

Conexión directa con los principios constitucionales

Eficacia directa sin que sea necesaria una intermediación normativa

La enumeración que aparece en la propia Carta Política en su Art. 85 no puede ser entendida como taxativa y excluyente

El contenido esencial del derecho es “el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas”

Los derechos sociales, económicos y culturales de contenido difuso, cuya aplicación está encomendada al legislador para que fije el sentido del texto constitucional, no pueden ser considerados como fundamentales, salvo aquellas situaciones en las cuales en un caso específico, sea evidente su conexidad con un principio o con un derecho fundamental

Los criterios de distinción son analíticos y fácticos. En cuanto a los analíticos, enumera los siguientes: la consagración expresa, la conexión directa con los derechos expresamente consagrados, el carácter de derecho inherente a la persona. Respecto a los fácticos, enumera: la importancia del hecho y su carácter histórico

Los derechos constitucionales fundamentales según la Corte no pueden ser analizados aisladamente, sino a través de todo el sistema de derechos que tiene como sujeto a la persona, por cuanto la razón y fin de la Constitución es la persona humana.” (Monroy Cabra, 2010)

Debe aclararse en este punto, ya que están entendidas las consideraciones de la Corte Constitucional referentes a los requisitos que deben cumplir los derechos (aunque considera el autor que aquellos parecen más requisitos que deban cumplir los ordenamientos mismos), la diferencia, aunque se haya mencionado antes, que existe en la actualidad frente a los derechos de primera, segunda y tercera generación. La clasificación de los derechos en generaciones ya no es lo suficientemente efectiva y no responde a las necesidades del neoconstitucionalismo, pues pareciera que cuando se habla de derechos de primera

generación se establece un grado de importancia, lo cual la Corte desvirtuó al afirmar que todos los derechos pueden llegar a ser considerados como fundamentales. Esa clasificación simplemente obedece al momento histórico en el que fueron concebidos o positivados en los códigos o constituciones a nivel universal, pero no a una clasificación de importancia o una estratificación en la que los de primera generación se revisten de mayor importancia que los de segunda o tercera. Tanto es así, que la Corte, como se ha evidenciado, reconoce que los derechos que no son de primera generación, tales como los colectivos, los de medio ambiente, los sociales, económicos y culturales, al tener una importante conexidad con la dignidad y la vida podrían llegar a ser exigibles mediante la acción de amparo o la tutela consagrada en el Art. 86 de la Constitución de 1991. Incluso, deja de ser importante el hecho, o al menos así lo entiende el autor, el hecho que los derechos fundamentales sean de aplicación inmediata y los demás de aplicación programática, pues esta simple diferenciación no es óbice para que los derechos de segunda y tercera generación alcancen un desarrollo integral en sede de todos los asociados, cuestión que es obligatoria en el Estado Constitucional.

Dentro de la ciencia jurídica en general, se empiezan a vislumbrar aquellos aspectos de la constitucionalización del derecho, de nuevo, en términos generales, pues cada una de las ramas de la misma existen aspectos particulares de esta revolución (Priori Posada, 2014) científica de carácter jurídico:

Los derechos constitucionales han venido en un proceso de constitucionalización a la par de los principios y los valores constitucionales

En la dignidad del ser humano reside la esencia de los derechos humanos

Los derechos fundamentales son de aplicación directa; el legislador debe respetar el núcleo esencial de cada uno de los derechos; la interpretación de los derechos y su alcance deben hacerse de acuerdo con la Constitución; en el momento en que existan conflictos entre los derechos debe acudir al método de

la ponderación para solucionarlos; puede ser que los derechos no considerados como fundamentales se conviertan en tales por conexión con otro derecho, este sí, fundamental; la protección de los derechos se hace mediante la acción de amparo o de tutela.

Todos y cada uno de los poderes públicos y cada una de las funciones estatales están sujetos a cumplir los derechos humanos

Existe la llamada reserva de ley, en la que lo referente a los derechos humanos solo podrá regularse mediante leyes estatutarias que requieren de un control mucho mayor y de especial control constitucional

La Corte Constitucional, en su jurisprudencia, ha aceptado la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, al punto que han permeado todo el accionar de las jurisdicciones como límites al alcance de su función.

Los derechos fundamentales tienen eficacia directa, sin que esto pueda significar: “autosuficiencia del derecho para alcanzar su eficacia propia, sino preexistencia del derecho mismo a la intervención, casi sin excepción inexcusable del legislador”, como lo expresa el tratadista Javier Jiménez Campo. Al tener eficacia directa, se imponen al legislador.

Prevalece sobre el orden jurídico interno del país, todos los tratados internacionales pertenecientes al Bloque de Constitucionalidad que versen sobre derechos humanos y de conformidad con este es que se deben interpretar los derechos y los deberes constitucionales.

Existen derechos que, aunque no estén positivados dentro de la Constitución o el ordenamiento jurídico deben ser respetados por la legislación y la jurisdicción nacionales.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los llamados DESC (derechos económicos, sociales y culturales) pueden ser exigibles mediante la acción de amparo o tutele siempre y cuando esté demostrada la conexidad con un derecho fundamental.

No es lo mismo el concepto de derechos humanos al de derechos fundamentales. Estos últimos son consignados en la Carta Política como tal, mientras que los derechos humanos son lo que están soportados en los tratados internacionales y cuentan con la total protección de los organismos internacionales (Monroy Cabra, 2010).

Dadas estas especificidades, se puede afirmar que se constituyen en los elementos o características esenciales por las que se habla en la actualidad de la constitucionalización del derecho. Se evidencia la caracterización de la estructura del derecho como rama del conocimiento, la cual se soporta en el reconocimiento de los derechos humanos como núcleo central de todo el accionar del Estado, esencialmente de su actividad jurisdiccional.

El futuro del Estado moderno: del Estado Social de Derecho al Estado Constitucional como resultado de la revolución científica de la ciencia jurídica

El concepto de Estado viene formándose desde la antigua Grecia, cuando los pensadores clásicos establecieron los principios de la ciudad-estado con una rígida formación y organización. Pero solamente fue hasta la Revolución Francesa que se vino a consolidar, gracias al trabajo de los contractualistas y de los teóricos de la talla de Montesquieu, el concepto de Estado; el cual vino a perfilarse de la manera como hoy lo conocemos. Sin embargo, ese paradigma de Estado está en un proceso de transición no solamente conceptual sino también estructural.

La Revolución Francesa, por consiguiente, significó el cambio de paradigma a nivel continental del absolutismo al Estado de Derecho. En este paradigma, la ley es la medida de todas las cosas y es el mecanismo de control por antonomasia del poder mismo. El Estado, frente a tal paradigma, se somete al imperio de la ley, la cual se convierte en el elemento principal de actuación de los entes del Estado, viene a constituirse como el escudo de protección de los derechos del hombre y como la protectora de la libertad, es el marco de referencia y el faro guía de todo lo que debía o no hacer el Estado y sus agentes. Así las cosas, el estudio del derecho se concentraba al estudio de la ley y sus aplicaciones, al estudio de los preceptos contenidos en los Códigos, pues estos se configuraban como la única fuente del derecho, por lo que estudiar derecho no era otra cosa que centrarse en el estudio de la ley como tal y el procedimiento jurídico era el estudio del ámbito de validez y aplicación de las normas que están establecidas en los Códigos sustantivos (Priori Posada, 2014).

Con el paso del tiempo, los diferentes doctrinantes entendieron que el Estado de Derecho se quedaba corto en la protección y alcance a todos los asociados en la medida que su bajo intervencionismo, pues solo se concentraba en la aplicación de la ley y el control del orden público, traía nefastas consecuencias frente a las necesidades inconclusas de la población. Es así como nace el paradigma del Estado Social de Derecho, el cual viene a establecer la manera como el Estado mismo tendrá fuertes incidencias en los diferentes aspectos de la vida en comunidad en aras de establecer parámetros comunes que beneficien a toda la población y garantizar, de esta manera, los derechos de los asociados. Por estas razones, el Estado interviene en la economía y en el comercio estableciendo salarios mínimos para la mano de obra, asume la responsabilidad de prestar servicios de carácter público como la educación y la salud, su intervención ya no solo tiene que ver con la aplicación de la ley en exclusividad, sino que el Estado tiene presencia fundamental en todas las relaciones, incluso en las privadas, que sostienen todos los asociados. Cabe aclarar que, en las relaciones privadas, el Estado Social de Derecho permite una amplia independencia en las mismas, por la llamada autonomía de la voluntad, pero se reserva la facultad de regularlas cuando lo considere necesario. En el Estado Social de Derecho, el Estado es vinculado al mundo Jurídico, no solo como administrador o regente, sino como cobijado por aquel.

Con el nacimiento del Estado Social de Derecho, cambian las preocupaciones del Estado, pues ya no puede preocuparse solamente por la aplicación de la ley y la protección del orden público, sino que está obligado a velar por el cumplimiento de todos los demás servicios que el Estado está en responsabilidad de brindar: los servicios públicos.

El nuevo paradigma socio-jurídico, viene a establecer que el Estado Constitucional es la nueva forma de entender al Estado, el cual ha venido a reemplazar la concepción del Estado Social de Derecho. Para el tratadista peruano Giovanni Priori Posada (2014), el Estado Constitucional se erige no solo como el Estado:

...en el que todos los actos de poder se encuentran sujetos a la Constitución, sino además, el Estado en el que se respetan ciertos valores y principios, sin los cuales a pesar de tener una Constitución sería imposible sostener que nos encontramos ante un Estado Constitucional: dignidad de la persona humana, separación de poderes, protección de los derechos fundamentales, independencia de los órganos jurisdiccionales, control entre los órganos y soberanía popular... (Priori Posada, 2014, pág. 913)

Este Estado Constitucional, que viene a reemplazar al Estado Social de Derecho, tiene como características principales las siguientes:

1. Todos los actos de poder se encuentran sujetos a la Constitución
2. El Estado está en la obligación de respetar valores y principios sin los cuales, a pesar de la existencia de la Constitución, no se podría hablar de un Estado Constitucional.
3. Todas las disposiciones legales y reglamentarias, tanto del derecho positivo, adjetivo como procedimental, deben respetar el principio de la Dignidad Humana
4. El principio de la separación de poderes, entendido desde una perspectiva actual, es una característica fundante de este nuevo Estado. Sin embargo, debe aclararse en este punto, que ese principio no puede entenderse tal como Montesquieu lo consagrara en su obra máxima. Ahora, debe entenderse como la función que independientemente deben cumplir cada una de las ramas del poder público en armonía con todas ellas. Lo anterior se da, porque la misma Constitución establece momentos específicos en los que el Ejecutivo, por ejemplo, tiene la potestad de legislar, como sucede bajo los estados de excepción consignados en la

Constitución Política de Colombia en los artículos 212, 213, 214 y 215. Esa perfecta armonía, implica que las ramas tengan diferentes opciones para ejercer funciones de las otras ramas, sin que esto signifique una extralimitación de la función.

5. La protección de los derechos humanos. Esta cuestión es fundante en el nuevo Estado Constitucional. Así como sucede con la dignidad humana, todos los códigos y disposiciones legales y reglamentarias que promulgue el Estado, deberán tener como límites imperiosos a los derechos humanos.

6. Independencia de los órganos jurisdiccionales. Esta es una de sus características principales del Estado Constitucional. Esta independencia tiene que ver con que la jurisdicción es una función exclusiva del Estado que no puede ser atendida por ninguna otra entidad. Además, debe ser entendida como la libertad que tienen los operadores de justicia a la hora de dictar una sentencia. Lo anterior irreductiblemente se traduce en que el juez no puede someterse a las presiones externas que provengan de las diferentes ramas del poder si lo que quiere es desarrollar una labor conforme a los principios generales de la equidad y la justicia. Nadie podrá influenciar el trabajo del juez constitucional.

7. Control entre los órganos. Debe entenderse como el sistema de pesos y contrapesos hasta cierta medida. El accionar de una rama del poder público no es excluyente del control de las demás, es así como vemos que el Congreso de la República tiene la potestad, otorgada por la Constitución, de juzgar al Presidente, quien es la máxima autoridad del ejecutivo, en los casos que así lo considere. Es así como la Cámara de Representantes funciona como ente fiscalizador y acusador y el Senado como juez. Además, existen dentro de la estructura del

Estado, órganos independientes encargados de controlar el accionar de las entidades públicas, tales como la Procuraduría, la Contraloría, las Personerías, entre otras.

8. Soberanía popular. Es un concepto básico incluso en el Estado de Derecho pero que se conserva en el Estado Constitucional. La soberanía reside completamente en el pueblo y este se convierte en el constituyente primario, pues es el que refrenda, por medio del voto popular, a los representantes que van a diseñar y promulgar las leyes que regirán al país (Haberle, 2003, pág. 3).

Es evidente cómo se configura de esta manera la estructura y la organización del Estado Constitucional y se evidencian dos maneras de entenderlo: una desde el punto de vista formal y otra desde el sentido material. Por la primera debe entenderse como aquel Estado que tiene por norma superior a la Constitución, en ella están consignados sus poderes, se instituyen sus límites y se establecen las prerrogativas que sirven como razón de ser del Estado. Por la segunda, debe entenderse que el Estado Constitucional asume unos principios que deben estar consignados en la Constitución pues de lo contrario, a pesar de la existencia de la misma, no es posible hablar materialmente de la existencia de un Estado Constitucional; en otras palabras, es necesario que los principios y prerrogativas estén consignados al interior de la Constitución a manera de positivización en aras de hablar de una verdadera norma de normas y de un real Estado Constitucional, sin embargo, para el caso de Colombia, vemos como se reconocen algunos derechos que deben ser protegidos y que pueden no estar taxativos al interior de la Carta Magna; esta excepción es soportada por el Art. 94 de la norma superior, que viene a reglamentar que el Estado debe reconocer, salvaguardar, proteger, restituir y reparar aquellos derechos que no estén taxativos en la Constitución.

Por otro lado, algunos tratadistas agregan un tercer elemento, que para nosotros tiene un carácter fundamental en la concepción del Estado Constitucional: esos valores y principios constitucionales tienen que contar con una amplia materialización y práctica en la vida real, esto es, que los jueces al momento de dictar una sentencia se valgan de ellos y se evidencien en las relaciones jurídicas que se establezcan tanto en el derecho público como en el privado (Aguilo, 2004). Lo anterior es fácilmente reconocible en la aplicación del derecho penal, en la medida que la autoridad encargada de condenar o absolver, materia explícita del derecho punitivo, ha de basarse en estos principios para la toma de sus decisiones, por lo que la materialización es más que evidente y más adelante se explicarán cuáles son esos principios que al interior del derecho penal demuestran su altísimo grado de constitucionalización.

Sin embargo, hasta este punto se ha visto la enorme importancia que tiene la constitucionalización en la forma de entender el derecho moderno y hasta las características del Estado Constitucional y la tutela como herramienta para el desarrollo del proceso constitucionalista en todas las instituciones jurídicas, pero no se han evidenciado las maneras como aquello sucede en la realidad. Este último punto, es vital si lo que se quiere es ver materializada la Constitución en la sociedad, por lo que muchos doctrinantes aseguran que este es uno de los aspectos fundamentales del Estado Constitucional, pues esos principios y valores consignados en la Carta Política deben tener un fuerte impacto en la sociedad. La no materialización de los principios de la Constitución, haría tangible el peligro de que esta se convierta, tal como lo diría Giovanni Priori (2014) en: “un elenco de buenas intenciones, careciendo de fuerza normativa”. Es completamente lícito pensar que ante la inexistencia de

alguno de los elementos anteriormente mencionados, no puede hablarse de una verdadera aplicación de la Constitución, es más, si esas prerrogativas y garantías constitucionales que tanto han sido mencionadas no cuentan con una materialización evidente en la realidad, la Constitución se convertiría en un saludo a la bandera de un Constituyente descontextualizado de la realidad, careciendo entonces, de fuerza normativa y poder vinculante. Por lo anterior, el Estado Constitucional, en aras de cumplir con sus aspectos fundamentales, debe encontrar en los derechos humanos los verdaderos y auténticos límites, además de su razón de ser. Es así como las instituciones del Estado y el ordenamiento jurídico son expresiones del neoconstitucionalismo.

Todo lo anterior lleva a un solo punto: la vigencia y validez de los principios constitucionales, las cuales deben alcanzar la: “máxima optimización de los valores y principios constitucionales” (Priori Posada, 2014) lo que significa que toda la principalística de la Carta Política debe encontrar un máximo desarrollo en la sociedad y un máximo grado de contenido. Siguiendo esta línea, Zagrebelsky (1995, pág. 16) afirma: “si cada principio o valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros juntos a ellos. Es el tema de conflicto de valores, que querríamos resolver dando la victoria a todos, aun cuando no ignoremos su tendencial inconciabilidad”. Este importante doctrinante, afirma que la vigencia y la validez de todos los principios son posibles aun cuando se entienda que la coexistencia de unos con otros dentro de un conflicto jurídico puede llegar a ser inconcebible. Es así como nace para la ciencia jurídica la teoría de la Ductibilidad¹ del derecho, la cual viene a afirmar que, en el Estado Constitucional, el juez es el encargado de establecer, por

¹ Concepto propio del autor Gustavo Zagrebelsky.

medio de un ejercicio de ponderación, la compatibilidad de los principios que los lleve a un progreso conjunto y no a una erosión conjunta. Así las cosas, el autor afirma:

El imperativo teórico de no contradicción –válido para la *scientia iuris*– no debería obstaculizar la labor, propia de la jurisprudencia, de intentar realizar positivamente la concordancia práctica de las diversidades e incluso de las contradicciones que, aun siendo tales en teoría, no por ello dejan de ser deseables en la práctica. Positivamente: no, por tanto, mediante la simple imputación de potencialidades constitucionales, sino principalmente mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias, que conduzcan a los principios constitucionales a un desarrollo conjunto y no a un declive conjunto (Zagrabelsky, 1995).

Se reconoce que esta teoría es de suma importancia al tener en cuenta los diferentes casos concretos en los que los jueces deben hacer ejercicios de ponderación de valores y principios constitucionales, es decir, por el enorme impacto que la misma tiene en la realidad. Todo lo anterior cumple una función importantísima para el juez: sirven como herramientas para la interpretación de la norma que han de aplicar para la resolución de los conflictos jurídicos, además de servir como métodos de interpretación constitucional. Es imperativo entonces, que, al momento de hacer interpretaciones con los principios para aplicarlos a las normas sustantivas, estas deben hacerse en función de unos con otros, por lo que es imposible que se hagan interpretaciones o aplicaciones de la ley en las que un principio sea completamente protegido y otro completamente conculcado dentro de una controversia jurídica.

Lo anterior ocurre en la medida que es función fundante del Estado Constitucional que todos los principios constitucionales tengan un máximo desarrollo entendiendo las prioridades y las capacidades del propio Estado, sin que esto signifique que la inoperancia del ente estatal sea una excusa suficiente para el desarrollo de los principios constitucionales. En otras palabras, cuando un juez determina que un caso concreto deba resolverse mediante

la vulneración de un principio constitucional en beneficio de otro, aquello solamente puede suceder mediante el ejercicio de la ponderación, pasando por los filtros de necesidad, proporcionalidad e idoneidad. El Estado Constitucional, como consecuencia de todo lo que se ha venido afirmando, incide en el modo de entender el derecho y su ejercicio, desde el punto de vista de ciencia como tal hasta desde la perspectiva de cada una de sus ramas, lo que en determinadas cuentas habla del fenómeno de vinculación al ordenamiento jurídico.

TRATADO DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

El planteamiento del reconocimiento de los derechos de las personas pertenecientes a la comunidad **LGTBI**, en las Américas queda en firme el 7 de diciembre del 2018, en el capítulo tercero, hacia una protección integral se considera como derecho fundamental para alcanzar la igualdad.

En opinión de la CIDH, la falta de efectividad de muchas medidas adoptadas por los Estados tiene que ver, principalmente, con deficiencias en su diseño, elaboración e implementación, así como con la ausencia de mecanismos eficaces de evaluación de las mismas. Lo anterior, en gran parte, ocurre debido a que los Estados no disponen de información cuali cuantitativa confiable que refleje la verdadera dimensión de la discriminación sufrida por las personas LGBTI en el hemisferio. Es importante subrayar que, pese a los avances, la situación en las Américas es muy dispar y los mecanismos de recolección de datos en los países de la OEA aún son muy limitados.

En este entendido lo relevante a la recolección de datos sobre las personas LGBTI y la recopilación de estadísticas oficiales sobre la violencia a que están sometidas son

instrumentos esenciales para visibilizar los desafíos que estas personas enfrentan y garantizar una respuesta efectiva de los Estados frente al reconocimiento de sus derechos. En este sentido, la CIDH resalta que no es viable tomar decisiones políticas destinadas a enfrentar el problema de la discriminación contra las personas LGBTI sin datos confiables, los cuales, además, permitirían visibilizar su situación y significarían una forma de reconocimiento frente a las demás personas.

Asimismo, en el ámbito de la ONU, el primer informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género estableció recientemente que, respecto de las causas fundamentales de la violencia y discriminación contra las personas LGBT, “es preciso realizar más investigaciones empíricas sobre la cuestión”, y que su propia labor “es una oportunidad para generar información y datos, posiblemente desglosados, que generen certeza y de esta manera se pueda establecer una estadística con datos confiables, esto conlleva a establecer una población cuantitativa para la formulación de políticas para que los gobiernos y otros agentes generen datos e información de forma desglosada con miras a facilitar la planificación y la asignación de recursos en el futuro.

Por lo tanto, la Comisión reitera que los Estados deben realizar esfuerzos y asignar recursos suficientes para recolectar y analizar datos estadísticos desagregados de manera sistemática respecto de la prevalencia y naturaleza de la violencia y la discriminación por prejuicio contra las personas LGBTI.

En este contexto, en su Informe sobre Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América (2015), la CIDH observó que algunos Estados Miembros de la

OEA, como Estados Unidos, Brasil, Guatemala y Colombia, establecieron mecanismos de recolección de datos para responder a estas deficiencias.

Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que, si bien es cierto que algunas sociedades suelen ser intolerantes con respecto a la orientación sexual o identidad de género de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios, sino, por el contrario, deben enfrentar las expresiones intolerantes y discriminatorias con la finalidad de prevenir la exclusión y, conforme estableció la CIDH, “lograr una mayor comprensión y respeto hacia las orientaciones sexuales, identidades de género y cuerpos diversos tendrá como consecuencia la a CIDH lanzó, en diciembre de 2014 y mayo de 2015, dos campañas en redes sociales, asimismo, en el ámbito de la ONU, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos también lanzó, el julio de 2013, una campaña global de educación para combatir la violencia y la discriminación contra las personas LGBTI.

De la misma forma y en el mismo sentido, la estigmatización del concepto “género” afecta a las personas que poseen orientaciones sexuales, identidades de género reales o percibidas, y características sexuales diversas de las comprendidas por la sociedad. Así, la Comisión Interamericana destaca que la enseñanza de género es una importante herramienta para la educación de niñas, niños y adolescentes, toda vez que genera un ambiente propicio al respeto y a la aceptación de la diversidad, y contribuye en la construcción de una sociedad basada en la igualdad y no discriminación, libre de todas las formas de violencia e intolerancia.

Pero respecto a todo lo anterior podemos establecer que el pronunciamiento de la Corte Constitucional Colombiana, el concepto de familia no puede limitarse solamente a los estereotipos basados en los conceptos binarios de género hombre y mujer, ni en orientaciones sexuales heteronormativas, el concepto de familia debe ser comprendido en su más amplio espectro para garantizar el reconocimiento de los vínculos afectivos diversos y respetar la orientación sexual y la identidad de género de las personas, así como la protección de los niñas y niños pertenecientes a estas familias.

En este contexto, la Comisión Interamericana observa que los retos actuales para concretar el necesario cambio cultural en las sociedades del continente americano no son insignificantes. Sin embargo, también se observan experiencias importantes hacia la sensibilización de las sociedades de América respecto del combate a la discriminación contra las personas con orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género diversas o no normativas, o cuyos cuerpos varían del estándar corporal femenino y masculino. En su Informe sobre Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América (2015), la Comisión mencionó, a modo de ejemplo, varias de estas experiencias, en países como Argentina, Brasil, Colombia, Cuba, El Salvador, Guatemala, México y Nicaragua, entre otros⁹⁴. La CIDH reitera que un punto esencial con miras a la erradicación del estigma social y de la discriminación cultural contra las personas LGBTI existentes en los países de América, consiste en las declaraciones públicas positivas por parte de altas autoridades de los Estados, “en tanto el Estado juega un rol crucial al momento de guiar el cambio social necesario para combatir la discriminación y los prejuicios sociales.

ENFOQUE Y PRONUNCIAMIENTO DE LA (OIT) FRENTE AL ASPECTO LABORAL DE LA COMUNIDAD LGBTI.

- **PROYECTO PRIDE.**

En el 2012 queda en firme el pronunciamiento de la OIT, donde se deja claro el aspecto principal por el cual la CIDH, busca la igualdad de género, La OIT está dispuesta a desempeñar su función en la lucha contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. En palabras del director general: “La OIT reafirma su compromiso de promover el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, independientemente de su orientación sexual o su identidad de género. El trabajo decente solo puede existir en condiciones de libertad y dignidad e implica fomentar la inclusión y la diversidad. Nos obliga a luchar contra toda forma de estigmatización y discriminación sobre el pérfido papel que desempeñan la homofobia y la transfobia en el fomento de la discriminación.

Cuál sería la victimización de la comunidad LGTBI de acuerdo a la Victimodogmática y Victimología: orígenes, tipologías y principios.

La victimización de la comunidad **LGTBI** en los escenarios del posconflicto colombiano, debe ser analizada a través del crisol de los principios y las tipologías de la victimodogmática y la victimología, pues estas teorías aportan las herramientas necesarias para entender la forma como fue victimizada la comunidad **LGTBI** en el posconflicto colombiano.

La humanidad, desde sus inicios, cuando empezó a organizarse en pequeños núcleos, que posteriormente les dieron paso a las comunidades primigenias, ha buscado la forma de organizarse en todas sus esferas, en aras de garantizar su supervivencia. Una de esas formas de organización, evidentemente, tiene que ver con el desarrollo de la ciencia jurídica como una expresión del poder institucional, que venía a ordenar la vida en comunidad y a establecer un conjunto de acuerdos comunes que debían cumplirse.

Las primeras expresiones, sin duda, de ese derecho ancestral, tiene que ver con la regulación de las formas de comportamiento social de los miembros de la comunidad, por lo que se conecta con el derecho penal. Las primeras instituciones encontraron que era absolutamente necesario que se establecieran reglas que permitieran la convivencia en estados de paz duraderos y que, ante el incumplimiento de esos acuerdos y reglas, pues concurrían una serie de consecuencias que eran determinadas por los líderes de esas comunidades primigenias. Es así, como el derecho penal nace como una de las primeras expresiones de la ciencia jurídica y con aquel, también nacen las nociones de autor, quien es aquel que realiza la conducta punible, y víctima, quien es aquel que la padece. En los tiempos modernos, es justamente esta última, la víctima, la que ha obtenido muchísima importancia dentro de los procesos penales, por lo que se desarrollado la disciplina de la Victimología en un intento por caracterizar todo lo significa la víctima y su importancia tanto en la comisión del delito, como en el proceso penal. En el presente ensayo se recorrerá por la historia de esta ciencia en particular, por sus orígenes, sus conceptos fundamentales y los principios que la fundamentan, para que forme parte esencial del derecho penal y de las herramientas con las

que cuentan los administradores de justicia para tomar las decisiones acerca de los casos de su conocimiento.

Conceptualización de Victimodogmática y Victimología.

Desde esta orilla argumentativa, debe entenderse que la victimología es el estudio del fenómeno del delito. Ella permite estudiar las causas determinadas por las cuales una persona o grupo de personas, se constituye en víctima de un determinado delito y de cómo el estilo de vida conlleva una mayor o menor probabilidad de que una determinada persona sea víctima del mismo.

La misión de la victimología es poner el conocimiento científico en funcionamiento del derecho penal y de las autoridades que lo materializan, para la búsqueda de las estrategias preventivas y de las herramientas de tipo social, que ayuden a los procesos de desvictimización, logrando superar el hecho victimizante, la reinserción y readaptación social de las víctimas.

Por su parte, la victimodogmática es una de las teorías que se han derivado de los estudios victimales. Esta ciencia, ha determinado que existen ciertos comportamientos de las víctimas que ayudan a que el delito se consuma, por lo que tal actuación de la víctima, debe ser servir como atenuante de la pena o como eximente de responsabilidad al autor de la conducta punible, posición que desde este escrito se rechaza, pues debe analizarse cada caso concreto, para determinar si la actuación de la víctima fue voluntaria o provocada por el delincuente.

Un aspecto clave de la victimodogmática, tiene que ver con la forma como es analizado el comportamiento de la víctima. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, esta posición se rechaza desde este escrito, toda vez que el comportamiento de la víctima, en muchas

ocasiones, es inducido por el autor de la conducta punible. De esta forma, el autor del delito de estafa, como se verá más adelante, con la ayuda de la víctima la induce al error, materializándose el delito; en este caso, es preclaro que la víctima no tiene un comportamiento voluntario o decidido, sino que es inducido por el autor material de la estafa, haciendo imposible que aquel comportamiento pueda ser oponible a la víctima misma y ocasionen subrogados penales al victimario. Luego, las tesis de la victimodogmática, en este caso en concreto, no pueden ser tenidas en cuenta desde la óptica de la responsabilidad de la víctima.

Por otra parte, muy distinto es que la víctima, mediante un comportamiento voluntario, ocasione la acción del autor material del delito. Evalúese, por ejemplo, que una persona decida ingresar a un sistema de transporte colectivo sin pagar las tarifas para ello, de modo que decide acceder atravesando la vía por donde transita el medio de transporte masivo. Cuando emprende tal acción, es atropellado por aquel medio, ocasionándole la muerte. En este caso concreto, hay responsabilidad exclusiva de la víctima, cuestión que se analiza desde la victimodogmática, pues su actuación completamente voluntaria trae como consecuencia la acción fatal del actor.

Principios de la victimodogmática

Como toda ciencia, la victimodogmática contiene unos principios que la sustentan y la fundamentan:

1. Principio de auto-responsabilidad: el principio de autorresponsabilidad lleva a pensar que la víctima ha de tomar todas las precauciones que sean del caso para evitar que su comportamiento sea el que produzca el delito

2. Principio de Intervención Mínima o de Extrema Ratio: el Estado Constitucional es responsable de establecer medidas de prevención y represión que no impliquen explícitamente el uso del derecho penal, es decir, este debe ser considerado como la última ratio del accionar del poder del Estado en virtud de la necesidad de que se establezcan mecanismos alternativos de sanción, bien sean civiles o administrativos, que ayuden a la autorregulación de las circunstancias problemáticas. Es así como se evidencia que este Estado moderno, el constitucional, está obligado a implementar mecanismos de prevención criminal por fuera de la órbita del derecho penal en aras de preservar la paz y el orden colectivo. Este principio de la constitucionalización del derecho penal implica límites racionales a la actividad del legislador, el cual sólo podrá tipificar aquellas conductas que de verdad representen lesividad a la comunidad en general y afecten la convivencia pacífica, pues no es posible tipificar cualquier conducta, que aunque resultare antijurídica, pueden ser resueltas por medio de otras competencias de la misma jurisdicción, aquello es el carácter fragmentario del derecho penal y se constituye como una garantía más para los asociados. La Corte Constitucional ha manifestado respecto de este principio en su Sentencia C-356 de 2003:

La Corte considera oportuno en primer lugar advertir que no es cierto lo que plantea el actor en el sentido de que todas las actividades deben penalizarse, ya que en virtud del principio de intervención mínima la actuación punitiva del Estado, que restringe el campo de la libertad y que mediante la pena priva de derechos fundamentales o condiciona su ejercicio, por una parte, debe ser el último de los recursos (ultima ratio) de los que el mismo tiene a su disposición para tutelar los bienes jurídicos y, por otra parte, debe ser lo menos gravoso posible para los derechos individuales, mientras resulte adecuado para alcanzar los fines de protección que se persiguen. Ello significa que: i) El Derecho Penal sólo es aplicable cuando para la protección de los bienes jurídicos se han puesto en práctica otras medidas no represivas, que pueden ser, por ejemplo, de carácter laboral, administrativo o mercantil, y ellas han resultado insuficientes; por tanto, sería desproporcionado e inadecuado comenzar con una protección a través del Derecho Penal (CORTE CONSTITUCIONAL, 2003).

3. Principio subsidiariedad: dispone que un asunto debe ser resuelto por la otra autoridad. Por ejemplo, procesos penales culposos resueltos pero la responsabilidad extracontractual es un proceso civil.

4. Principio de Proporcionalidad: hace referencia a las circunstancias de tiempo, modo, lugar, estado de salud, contexto familiar, contextos fácticos que enmarcan la conducta, los cuales deben ser evaluados con suficiencia por parte del administrador de justicia en aras de proferir sentencias acordes a la necesidad de las mismas y no desproporcionadas e injustas. Para la Corte Constitucional aquello está discutido con suficiencia, aunque al interior de las jurisprudencias no se haga referencia alguna al Estado Constitucional de manera expresa, pero que su contenido lo establece tangencialmente y así se deja ver en la Sentencia C-285 de 1997:

En un Estado de Derecho el poder punitivo tiene unos límites dados por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual la graduación, en abstracto y en concreto, de la sanción, debe hacerse de acuerdo con la gravedad del injusto, y el grado de culpabilidad. Según el primer criterio, la intervención del derecho penal se dirige a sancionar las conductas lesivas de los bienes jurídicos que se estiman más valiosos, teniendo en cuenta que el hecho punible, además de lesionar bienes jurídicos particulares, atenta contra los valores ético-sociales predominantes en una sociedad determinada. El grado de culpabilidad, por su parte, involucra consideraciones acerca de la intencionalidad del hecho, esto es, de la conciencia y voluntad presentes en su realización, en virtud de los cuales se considera que la persona habría podido actuar de otra manera (CORTE CONSTITUCIONAL, 1997).

Historia de la Victimología.

Evidentemente, la historia de la Victimología debe estar estrechamente vinculada a la importancia que las víctimas han venido obteniendo dentro de los procesos penales y las investigaciones criminológicas, dado que son ellas los referentes más próximos a los delinquentes o a los actores de las conductas punibles. Las víctimas, en muchas ocasiones,

juegan un papel importantísimo dentro de la comisión del delito, en la medida que el criminal actúa bajo el influjo mismo de aquellas, sin decir con ello que sean las que propician el acto criminal. No han sido pocas las ocasiones en las que los victimarios han sido descubiertos a partir de las características fenotípicas de las víctimas, pues estas tienen algo en común, identificándose, así, parte del *modus operandi*, de la forma de pensar, de las animosidades que alientan al delincuente. Todos esos factores, además de la importancia de la concurrencia al proceso de la víctima, son las que han llevado a que la Victimología, en los últimos años haya tenido un desarrollo importantísimo.

Las primeras aproximaciones teóricas acerca de la Victimología, las desarrolló Hans von Hentig quien, desde la Universidad de Yale, desarrolló un texto llamado “El criminal y sus víctimas” en el cual expuso las primeras caracterizaciones de las víctimas en relación con la forma como los criminales las escogían y las imaginaban. De ahí, este autor desarrolló un estudio en el año 1957, en el cual describió detalladamente las dinámicas que se producen en la relación entre la víctima y el criminal en el delito de estafa, pues este tipo penal requiere un amplio compromiso de aquella para que se lleve a cabo. En la estafa, el delincuente conduce a su víctima a un estado de indefensión sin que aquella se dé cuenta, la lleva al error que finalmente produce la concreción del delito. Von Hentig (1960: 25), en su obra *La Estafa*, describe esa relación de la siguiente manera: “...el individuo débil en el reino animal y entre hombres es aquel que posiblemente será la víctima de un ataque. Algunos, como los menores y los ancianos, son débiles de cuerpo; algunos pertenecen al sexo débil, otros son débiles de espíritu. La debilidad puede consistir también en la fuerza excesiva de una impulsión vital, lo que entorpece los mecanismos ordinarios de precaución y prevención”.

Una de las primeras clasificaciones de las víctimas que ofrece el autor mencionado, es aquellas que las ubica según por su juventud, su sexo, su edad, por posibles deficiencias físicas o mentales observables a simple vista, entre otros factores. Tiempo después, ofrece una clasificación mucho más amplia, en la que estableció parámetros tales como:

- Deprimidas
- Adquisitivas
- Desenfrenadas
- Libertinas
- Solitarias
- Acongojadas
- Atormentadas
- Bloqueadas
- Luchadoras

Estas características, son observadas por el delincuente en el afán de procurarse la concreción del acto punible que se plantea y terminan siendo determinantes en el éxito de aquel, toda vez que se convierten en elementos causales del delito y son puntos decisivos para la acción del delincuente (VON HENTIG, 1960). De todos modos, debe reconocerse que esta amplia clasificación primera hecha por el autor americano, no son ni las únicas ni tampoco persisten en la actualidad, pues algunas de ellas se han agrupada en aras de convertir el espectro de las víctimas en estructuras mucho más concretas.

No obstante, ante la imperiosa necesidad de la naciente Victimología, de crear categorías mucho más específicas acerca de las características de las víctimas, el propio Von Hentig (1960), en tratándose del delito de estafa, consideró dos tipologías: las resistentes y las cooperadoras. Como se evidencia, la ciencia objeto de estudio en este escrito, tiene sus orígenes en la búsqueda concreta de tipologías o clasificaciones de las víctimas, pues su fin último es el establecimiento de las relaciones entre las probabilidades de que una persona sea objeto de un delito y su estilo de vida.

Todo ello lleva a la imperiosa necesidad de descubrir el significado de victimología, el cual hace referencia al estudio de las causas por las que determinadas personas son víctimas de un delito y de cómo el estilo de vida conlleva una mayor o menor probabilidad de que una determinada persona sea víctima de determinados delitos. En últimas, no todas las personas pueden ser víctimas del mismo delito, bien sea por sus características físicas, mentales, psicológicas, sus condiciones sociales y económicas, o cualquier otro factor que influya en el proceso de escogencia de la víctima que hace el delincuente.

Sin embargo, el concepto de victimología, tal como se conoce en la actualidad, se le atribuye por primera vez a Benjamín Mendelshon (1940), quien estableció que existe una correlación de culpabilidad entre víctima y el infractor. Ha sido de los pocos teóricos que ha relacionado al delito y a la pena obtenida por la comisión de aquel, con la actitud de la persona sobre la que ha recaído la acción criminal. Sostiene que hay una relación inversa entre la culpabilidad del agresor y la del ofendido, a mayor culpabilidad del uno menor la culpabilidad del otro. Es así como el autor E. Neuman (1984: 29, 30) afirma, sobre los estudios de Mendelshon, que:

Pero el pensamiento de Mendelshon va mucho más allá que el del criminólogo alemán. En efecto, habla de toda víctima y de todos los factores que provocan su existencia. Su pensamiento se ha ido perfeccionando en el tiempo y con el aporte, que él reconoce, de otros autores y de las jornadas victimológicas a que luego aludiré. Pero desde un principio el investigador israelí definía a la victimología como “la ciencia sobre víctimas y victimidad... Entendemos el término «victimidad» como un concepto general, un fenómeno específico común que caracteriza todas las categorías víctimas cualquiera que sea la causa de su situación. De esa manera, la victimología satisface por completo las necesidades de la sociedad, y su definición como ciencia de las víctimas resulta ser la más adecuada; por eso deberá tomar en consideración todos los fenómenos que provocan la existencia de víctimas, en la medida en que tienen alguna relación con la sociedad... Si limitamos la Victimología únicamente a un factor -el delictivo- la denominación «victimología», o sea, la ciencia sobre las víctimas, ya no corresponderá al concepto de víctimas en general.

No obstante, no fue sino hasta el año 1956 cuando puede afirmarse que la victimología se consideró como ciencia e inició sus caminos hacia la consolidación de sus métodos, sus objetos, protocolos y prácticas. Es en ese mismo año, que Mendelshon estableció el ámbito de la victimología y empieza a empotrarla como ciencia que coadyuvará en la aplicación del derecho. A partir de este año, en una serie de seminarios y conferencias en Buenos Aires, Argentina, Mendelshon logró acaparar la atención del mundo jurídico y de la academia.

Tipologías de las víctimas.

En aras de lograr una adecuada sujeción a las tipologías de las víctimas que se han diseñado hasta ahora, se exponen a continuación distintos modelos tipo dentro de las teorías de los más importantes exponente de esta ciencia:

Tipología según Mendelshon:

Las primeras tipologías que se documentan con valor teórico, tienen una estrecha relación con los fundamentos existentes entre la culpabilidad de la víctima y el delincuente

mismo. Para Mendelshon (1981), la hipótesis que subyace, es la existencia de una correlación inversamente proporcionalidad entre la víctima y el delincuente, según la cual, mientras más culpa tenga el uno, menos será la del otro. Por otro lado, otra perspectiva de la hipótesis es que las relaciones entre criminal y víctima tienen siempre un origen biopsicosocial en la personalidad de la víctima cuestión que se comparte desde este escenario. La clasificación que elabora este autor es la siguiente:

1. Víctima ideal o completamente inocente: esta víctima se caracteriza por no haber participado en el ámbito volitivo del criminal, no ha hecho nada para desencadenar la situación. Esta víctima, siguiendo las especificaciones del autor mencionado, es aquella que estando en un sitio público cae como víctima de una bala perdida o de una explosión.

2. Víctima de culpabilidad menor o por ignorancia: en esta categoría, se presenta una situación que no es voluntaria al delito. La víctima en un acto de irresponsabilidad de falta de atención o de previsión, se convierte en objeto de la acción criminal. Para el autor (Mendelshon, 1960), es aquella víctima que, acabando de realizar una transacción bancaria, cuenta el dinero retirado a la salida del banco y ante los ojos de las demás personas.

3. Víctima tan culpable como el delincuente o víctima voluntaria: esta tipología encierra todos aquellos casos en los que la víctima y el victimario son copartícipes de la acción criminal en la que resultan violentados los derechos de la primera. El caso que mejor ilustra esta tipología de Mendelshon (1960), tiene que ver con el homicidio por piedad, en la que tanto el autor como la víctima, tienen una colaboración mutua en la concreción del delito.

4. Víctima más culpable: es aquella persona que, por imprudencia, provoca la comisión de los hechos punibles. Piénsese en el caso, por ejemplo, en el que una persona deja olvidadas las llaves de su vehículo al interior del mismo, mientras lo dejaba parqueado en zonas de alta peligrosidad o de riesgo.

5. Víctima más culpable o únicamente culpable: es aquella persona que, buscando hacer daño a otra o cometer un ilícito, resulta agredida o violentada por la persona atacada originariamente, convirtiéndose así en víctima. Piénsese, por ejemplo, que una persona recibe un impacto de bala cuando intentaba hurtar.

Para Mendelshon (1960) esta clasificación se reviste de suma importancia porque le otorga herramientas al administrador de justicia para determinar la cantidad de pena a imponer, el grado de vinculación de la víctima con el acto punible, valorar la cantidad de daño infringido y la forma como este ha de cuantificarse para las posteriores reparaciones. Este autor está afirmando así, que ese grado de compromiso de la víctima tanto con el resultado como con el acto criminal en sí, determinan, en principio, si el autor tiene mayor o menor responsabilidad penal.

Para Márquez (2011) estas clasificaciones tienen algunas falencias que desde este escenario se comparten, pues el grado de sujeción de la víctima, su imprudencia o el ejercicio de la legítima defensa, no pueden ser objeto de discusión para la disminución de la responsabilidad del autor del delito. Es decir, independientemente del comportamiento de la víctima, aquel no puede ser considerado como un atenuante de las responsabilidades de la persona que decide transgredir la norma penal. Frente a esas críticas, Márquez afirma (2011): “Esta clasificación, se critica porque solo hace referencia a categorías legales, y que el punto

de partida es el de culpabilidad, manejado no como fenómeno psicológico sino como ente jurídico. Además, la culpabilidad no es previamente definida, y en ocasiones se usa indistintamente el término «imputabilidad»; de ésta se desprende el grado de responsabilidad del delincuente, pues nos indicará qué tan culpable puede ser la víctima en la comisión del delito, restando ésta a la responsabilidad del infractor”.

Tipología según Von Hentig.

Por su parte, Von Hentig (1979), se aleja de los criterios legales, proponiendo cinco categorías generales de víctimas y seis tipos psicológicos. De esta forma propone las categorías:

1. Niños o jóvenes: debido a la inexperiencia y a la inmadurez para enfrentar al mundo y los procesos de tomas de decisiones, son los más propensos para ser víctimas de la comisión de un delito.

2. Mujeres: para el teórico, hasta la ley reconoce cierto grado de debilidad en ellas, aunque desde el punto de vista humano o social aquello esté devaluado. En este sentido, el autor trata de ubicar a la mujer con un factor mayor de vulnerabilidad dada su condición femenina, sus características físicas y fenotípicas, más que por su rol social.

3. Ancianos: asume el autor mencionado, que este tipo de personas cuentan con una debilidad manifiesta desde la perspectiva física, hasta la mental, que los hace más propensos a la comisión de delitos.

4. Discapacitados y enfermos: el autor no cataloga con este nombre propiamente dicho, sino que es la descripción que más se adecua a las características de las personas que

aquel ubica dentro de esta categoría general, pues aquí están los enfermos mentales, discapacitados, drogadictos, alcohólicos. Estas personas no tienen control de la realidad mientras están bajo el influjo de los efectos o bien de medicamentos o bien de sustancias psicoactivas, por tal motivo, son fáciles víctimas del actor criminal.

5. Minorías: en esta categoría general, Von Hentig (1979) ubica a los inmigrantes, las minorías, los tontos (recuérdese que esta descripción fue realizada en los inicios de la victimología, por lo que la categoría estaba bien descrita), pues estas poblaciones tenían claras desventajas con respecto a los demás.

Como se evidencia, las tipologías que usa en esta primera categorización el autor, tienen que ver con las edades y las condiciones propias de cada una de las personas, discriminando, por ejemplo, por condiciones de sexo, edad y condición social. No obstante, desde esta mirada analítica, han de acogerse los argumentos del crítico del trabajo de Von Hentig, el también tratadista Bertolino (1985), quien afirma con certeza que esa primera categorización, solamente es útil desde la perspectiva ilustrativa, pero no para los procesos penales modernos o para descubrir las características de las víctimas de acuerdo a los tipos penales; tampoco serviría para construir perfiles de los delincuentes a partir de las características de las víctimas, pues varios tipos penales pueden ocurrir en varias de las categorías generales que establece el autor. Piénsese por un instante en el delito de la estafa, para usar aquel que el propio autor usó dentro de sus investigaciones primigenias, un experto estafador, bien puede hacerlo con un inmigrante, con un joven, con un anciano o con una mujer, luego la caracterización de las víctimas dentro de ese tipo penal, no serviría de mucho si se siguen los esquemas planteados en ese punto.

Por otra parte, Von Hentig (1979) define unos tipos psicológicos de las personas que los hacen más propensos a ser víctimas de delitos, tipos que pueden mezclar indistintamente a jóvenes, niños, mujeres, hombres, ancianos, inmigrantes, pero que, al compartir una característica común, pueden verse propensos a la actividad delincencial:

1. Depresión
2. Ambición
3. Lascividad
4. Soledad
5. atormentador
6. El bloqueado, el excluido y el agresivo

Es evidente que, dentro de estos tipos psicológicos, cabe un número plural de personas que no necesariamente tienen que pertenecer al mismo nicho poblacional, por lo que se enmarca en este estándar, es el tipo pena, lográndose descubrir un patrón en la escogencia de las víctimas. Por ejemplo, un violador heterosexual, es probable que busque mujeres con los mismos rasgos fenotípicos y que tengan alguno de los tipos psicológicos descritos por Von Hentig, como la soledad, no solo en el momento del ataque, sino que cumpla con la característica de ser una persona solitaria y afectada por aquella situación, o deprimida, lo que la hace mucho más vulnerable.

No obstante, el trabajo de Von Hentig (1993) no se agotó con la descripción de las cinco categorías y de los cinco tipos psicológicos. También, diseñó todo un sistema de

criterios según los cuales divide a las víctimas y que marcan la pauta de la vulnerabilidad de las personas, pudiendo resultar bastante problemático. Estos criterios son los siguientes, con sus respectivas subdivisiones:

1. Situación de la víctima:

a. Víctima Aislada: esta persona no tiene o no forma relaciones interpersonales de manera normal. Más bien, prefiere alejarse de esas relaciones, tornándose solitaria. Estas personas suelen ser bastante vulnerables y son objeto de persecución criminal constante, pues están alejadas de la natural y obvia protección que trae consigo la compañía o la comunidad.

b. Víctima por proximidad: tiene que ver con las esferas de relaciones de las personas. Hentig (1993) distingue la proximidad familiar, en la que ocurren conductas punibles como incestos, violaciones, parricidios. Expone, además, la proximidad profesional, en la que ocurren hurtos, estafas, homicidios, entre otros.

2. Impulsos y eliminaciones de inhibiciones de la víctima.

a. Víctima con ánimo de lucro: esta persona se convierte en una víctima muy fácil para un experto estafador. La persona desea conseguir dinero fácil, rápido, enriquecerse sin costo. Por tal motivo, los delincuentes, aprovechándose de ese deseo, envuelven en el engaño a la persona y la hacen cometer el error que lleva a la materialización del delito. Por ejemplo, el llamado paquete chileno es uno de los *modus operandi*, que pueden ser identificados en esta tipología. La víctima, desea ganarse un dinero extra y termina confiando en un desconocido, que le ofrece, de la nada y sin ningún tipo de contraprestación, salvo el de hacer

una simple espera dentro de un banco, un alta suma de dinero, lo que termina siendo un engaño para que la víctima entregue sus objetos de valor o su dinero.

b. Víctima de ansias de vivir: es una persona que, por circunstancias de la vida, no ha podido vivir ciertas experiencias que la mayoría ya ha tenido la oportunidad de vivir. Tratando de recuperar el tiempo perdido, esta persona se ve avocada a tomar decisiones a la ligera, sin meditaciones ni asegurarse de la pertinencia de la misma, por lo que se hace vulnerable de la comisión de delitos.

c. Víctima agresiva: es una persona que de muchas maneras ha venido siendo victimario de otras personas. Es decir, es aquella persona que abusa de su situación de poder o de dominación, con la que violenta a las personas de sus círculos cercanos. Estas personas, que han sido víctimas, por mecanismos de saturación y de defensa propia, se convierten en victimarios al propinar una lesión o daño antijurídico al antiguo victimario.

d. Víctima sin valor: es muy común observar que la sociedad valore de una determinada forma a las personas que hacen parte de ella y lo hace de acuerdo al aporte o el estatus que cada una de las personas tienen dentro de la comunidad. Por tanto, las personas sin hogar o habitantes de la calle, son considerados como sin valor social o humano, por lo que su condición de vulnerabilidad es altísima y la probabilidad de ser objeto de crímenes aumenta ostensiblemente. Por ejemplo, no es extraño escuchar que estas personas han sido objeto de asesinatos en escenarios de entrenamientos para homicidas.

3. Víctima con resistencia reducida

a. Víctima por estados emocionales: las víctimas también lo son de sus propias emociones. En este tipo de eventualidades, las víctimas, como parte del estudio de la victimología, al enfrentarse a una situación de riesgo, a una situación problemática por el accionar de un criminal, puede manifestar emociones fuertes que nublan sus funciones psíquicas, motoras, cognitivas. Estas personas, pierden la capacidad de reacción y la capacidad de conservar la calma para el proceso de toma de decisiones. Por otro lado, el victimario sabe cómo usar esas emociones a su favor, por lo que la víctima se ve en estado reducido.

b. Víctima por transiciones normales en el curso de la vida: condiciones como la niñez, el estado de embarazo, la vejez, la confianza, la ingenuidad, propias de cada persona dependiendo del estado de la vida en el que se encuentre, puede hacerlo propenso o vulnerable a la comisión de delitos, desde la victimología comprendida a través de los estudios de Von Hentig (1993)

c. Víctima perversa: para el autor precitado, existen personas cuyas condiciones psiquiátricas los hacen vulnerables con respecto a la comisión de injustos penales. Obsérvese, por ejemplo, que una persona con una esquizofrenia avanzada y que esté presentando un estado de crisis, puede ser usado por otro para la comisión de un delito. Esa persona enferma, además de cometer una conducta punible sin saberlo siquiera, está siendo víctima de un delito atroz.

d. Víctima bebedora: las personas en estado de alcoholismo, pueden ser objeto fácil de la comisión de delitos debido a su incapacidad momentánea para autodeterminarse. Así

las cosas, una persona embriagada, es un blanco fácil de los delincuentes, pues su condición les impide controlar su entorno, tener percepciones objetivas de la realidad y determinarse.

e. Víctima voluntaria: es aquella persona que no toma decisiones algunas frente al hecho victimizante, simplemente permite que ocurra sin que ofrezca resistencia de ninguna clase.

4. Víctima propensa

a. Víctima indefensa: es aquella víctima, desde la perspectiva de Von Hentig, que prefiere soportar la lesión que se le ocasiona, a denunciarla pues la persecución judicial que podría sufrir, podría resultarle mucho más dolorosa que la lesión misma. Sin embargo, aquello es una mera percepción, equivocada por demás, de las víctimas, quienes, en muchos casos concretos, temen en que no sean efectivas las instancias judiciales en lo que respecta a la tutela judicial.

b. Víctima falsa: dentro de los esquemas del derecho penal, en aras de buscar reparaciones a los daños causados, la victimología ha logrado identificar personas que se autovictimizan desde lo físico hasta lo psicológico. Logran con ello obtener beneficios, cobrar seguros o encubrir otras conductas punibles.

c. Víctima que se convierte en autor: se han evidenciado casos graves en los que la víctima se convierte en autor, presentando manifestaciones positivas de violencia.

Tipología según Jiménez de Asúa.

El tratadista Jiménez de Asúa (1961), también propuso una clasificación de víctimas, pero lo hace de una manera simplista, es decir, establece criterios de dos variantes:

indiferentes y determinadas. Es así, como establece que las primeras de ellas, no son escogidas por características específicas, sino que son elegidas al azar. Por otra parte, la segunda clasificación de víctimas, las determinadas, son aquellas que se escogen específicamente, dadas las características específicas que estas tienen. El criminal que escoge sus víctimas, solamente está motivado por las características de esa persona en particular, lo que implica que no victimice a cualquier tipo de personas.

Por otra parte, afirma que existen víctimas resistentes, las cuales se dividen en reales o presuntas, las primeras de ellas logran ejercer su defensa de manera efectiva ante el ataque inminente del posible agresor; la segunda de ellas, el criminal ya sabe cómo se va a defender, está prevenido, por lo que es victimizada de forma particular.

De igual forma, tanto Jiménez de Asúa como Carnelutti (1961), han coincidido en afirmar que también existen víctimas coadyuvantes, que son aquellas que colaboran directamente con la materialización del delito, tal como sucede con la estafa. Frente a estas clasificaciones, el tratadista Mir Puig (1996: 324) afirma: “La clasificación del maestro español tiene una gran coherencia al tomar un criterio general; sólo haremos la observación de que en la víctima indiferente o indefinida puede encontrarse también la resistente y la coadyuvante, aunque se suponga que la víctima siempre ha de defenderse, en la realidad esto no sucede con la frecuencia esperada”.

Visión de Roxin y Jakobs en la imputación objetiva.

Estos dos teóricos, han analizado profundamente el tema de la imputación objetiva y se reconocen, desde la doctrina, sendas diferencias en sus postulados, los cuales son expresados por JORGE REYES- VELIZ (2014)

a) La construcción de la teoría de la imputación objetiva en Jakobs se relaciona con su sistema que intenta explicar el Derecho positivo desde una perspectiva funcional y teleológica, al igual que Roxin y su “escuela de la política criminal”. Su sistema, a diferencia de Roxin, se orienta según la concreta función de la pena: la prevención general positiva, la que se constituye en una verdadera columna vertebral del sistema.

b) El dolo y la imprudencia se diferencian solo en su aspecto subjetivo: conocer o poder conocer el tipo objetivo. Por ello, en la línea de Frisch y de Roxin, la “imputación objetiva” cobra una gran riqueza, tanto en el delito doloso como en el delito imprudente. Se trata de una teoría de todo el tipo objetivo. Y este es, desde luego, mucho más que una mera relación de causalidad.

c) Jakobs ha desarrollado una serie de ideas interesantes para determinar el alcance del tipo objetivo en los delitos de resultado. La idea de la “imputación objetiva” como el quebrantamiento de un rol es una idea rectora que ha ido adquiriendo gradualmente mayor concreción por medio de una serie de institutos. A diferencia de Roxin, este autor no ha buscado casos concretos a los que aplicar soluciones ad hoc, sino que ha buscado soluciones a problemas generales... Para Jakobs la desautorización de la norma penal solo se ve completada en estos tipos cuando aparece el resultado. Pero no vale cualquier resultado, sino que este debe poder explicarse a partir de la conducta defectuosa del autor. Su idea inicial del “peligro-modelo” no es muy diferente a la de la idea de la adecuación: el resultado debe poder explicarse de acuerdo con leyes científicas o empíricas a partir de ese “peligro-modelo”. Si el resultado no se explica a partir de ese riesgo desaprobado por la norma penal, sino de un riesgo general de la vida o un riesgo permitido, no se podrá imputar el resultado. Si el autor se comporta en forma inadecuada, pero el riesgo no permitido creado por el no es el que nos permite explicar el resultado, no habrá un delito consumado. Si se comprueba la consumación, el problema de la delimitación entre dolo e imprudencia es un problema posterior. Poco a poco el aspecto objetivo del tipo ha cobrado mayor relevancia en la obra de Jakobs. Este ha resaltado los dos grandes problemas que encierra el tipo objetivo: a) la definición de un comportamiento como socialmente adecuado de acuerdo a un esquema objetivo de interpretación y b) el problema de la realización del riesgo en caso de concurrencia de riesgos, como un problema privativo de los delitos de resultado. Por tanto, en todos los delitos se da la primera problemática pero no la segunda. En principio Jakobs se preocupó del instituto del riesgo permitido y del principio de confianza, como tradicionales límites objetivos del tipo, al menos del imprudente. Para fundamentar la existencia de estos filtros normativos acudió a la primera formulación de la “teoría de la adecuación social” de Welzel, que supuso la primera construcción de un tipo con un contenido valorativo más rico que la pura causalidad (REYES- VELIZ, 2014)

Se evidencia, entonces, las profundas diferencias entre los autores mencionados. No obstante, frente a la imputación objetiva, Reyes-Veliz hace un desarrollo investigativo de las teorías de Jakobs, afirmando sobre este que:

La concepción de Jakobs se relaciona con una visión funcionalista del derecho penal. Va más allá del tipo objetivo y se manifiesta en todas las categorías del delito.

Para Jakobs la Teoría de la Imputación Objetiva se divide en dos niveles: 1) Por una lado la imputación objetiva del comportamiento como típico y 2) por otro la constatación en el ámbito de los delitos de resultado de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputado (Imputación objetiva del resultado).

En el primer nivel de la imputación objetiva (Imputación del comportamiento), Jakobs a través de cuatro instituciones dogmáticas concreta el juicio de tipicidad: 1) El riesgo permitido; 2) Principio de confianza; 3) Prohibición de regreso y 4) Actuación a propio riesgo de la víctima (REYES-VELIZ, 2014).

De todos modos, la influencia en el desarrollo teórico de Jakobs, se debió principalmente a Welzel (REYES- VELIZ, 2014), quien, desde sus ideas de la imputación objetiva basada en la victimodogmática, influyó el pensamiento penal de Jakob.

VICTIMODOGMÁTICA	
CRÍTICAS	ARGUMENTOS FAVORABLES

<ul style="list-style-type: none">• La autorresponsabilidad de la víctima que conlleva a afirmar que éstas son corresponsables por haber contribuido a él, con actos dolosos e imprudentes y en este sentido valorar una atenuación e incluso, eximente de la responsabilidad del autor.• Enjuiciar la conducta de la víctima, de ahí que muchos autores entiendan que la Victimodogmática invierte los papeles en el hecho criminal y se aparta por tanto de los postulados de la moderna Victimología, denominándola antivictimología.• La mayoría de los autores son partidarios de una responsabilidad compartida entre delincuente y víctima cuando el comportamiento de ésta última ha resultado coadyuvante para la comisión del delito.	<ul style="list-style-type: none">• Ayuda a determinar el punto de partida: Víctima o ilícito penal.• Ponderación del actuar de la víctima y el resultado ilícito.• Culpa exclusiva de la víctima que conlleva al esclarecimiento de los hechos.• Ayuda a ver la realidad desde otra perspectiva: El autor genera un riesgo jurídico-penalmente relevante. Existe un nivel razonable de previsibilidad, pero la víctima crea, en forma paralela, un riesgo para sus propios bienes jurídicos.• Introducción de políticas criminales en la resolución de los problemas penales.• La teoría es válida tanto para el delito imprudente como para el doloso.• Tanto en los códigos penales como en la jurisprudencia, han tenido en
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<ul style="list-style-type: none"> • Reduce la Intervención del derecho penal. • Genera una concepción político-criminal liberal que generaría un clima de inseguridad jurídica. • Imposibilidad de delimitar el grado de autoprotección que ha de exigirse a estas víctimas para poder responsabilizarlas con la afectación recibida. • La víctima puede pasar a ser victimario y disminuir la responsabilidad del delincuente. • Debilitamiento del principio de legalidad. 	<p>cuenta el comportamiento de la víctima a los efectos de eximir o atenuar la pena del autor, generado así conceptos fundamentales como la legítima defensa, teoría jurisprudencial de la imputación objetiva, concurrencia de culpas y la autopuesta en peligro en los delitos imprudentes, el engaño suficiente en la estafa entre otros.</p>
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Con ocasión de la aprobación del Acto Legislativo 03 de 2002, modificadorio del artículo 250 de la Constitución Nacional, que prevé las funciones de la Fiscalía General de la Nación, se pone de presente en Colombia, y de una manera explícita y normativamente hablando, la aparición de un modelo diferente de entender la justicia, que no es otro que el de la *justicia restaurativa*.

A partir del pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional colombiana C-228 de 2002, se amplían los derechos de la víctima en el proceso penal, en aras de la obtención de una garantía de sus derechos de la verdad, la justicia y la reparación. Este pronunciamiento se realiza estando en vigencia el Código de Procedimiento Penal —Ley 600 de 2000, estatuto anterior a la reforma de la Fiscalía General de la Nación colombiana (19 de diciembre de 2002), lo que permite abrir un espacio de aplicación a un modelo de protección de víctimas, que se va fortalecido con la instauración, hasta ahora normativa, del modelo de justicia restaurativa, posibilitado a través del Acto Legislativo 03 de 2002, donde se evidencia un nuevo escenario de tratamiento de las víctimas en materia penal, en la búsqueda de una recuperación del protagonismo y del rol de la víctima en el conflicto penal.

El numeral 1 del reformado artículo 250 de la Constitución Política colombiana busca, entre otras cosas, facultar a la Fiscalía General de la Nación, para solicitar al juez que se ejerzan las funciones de control de garantías y adoptar las medidas necesarias para asegurar la protección de la comunidad y en especial de las víctimas. El numeral 6 del mismo artículo establece, por su parte, solicitar al juez las medidas necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito. Por si fuera poco, el numeral 7 de la misma norma establece como función de la Fiscalía General de la Nación, velar por la protección de las víctimas, por lo cual la ley fijará los términos en que podrán éstas, intervenir, así como los mecanismos de justicia restaurativa.

En la actualidad estamos viviendo en nuestro país, la restauración, en ese orden de ideas, permite mejorar las relaciones entre los actores del conflicto comunitario —víctima(s)

y ofensor(es), y donde la comunidad asume los papeles de garante, facilitador, reincorporador y recomponedor de las partes.

Estamos entonces ante una política pública orientada sobre las víctimas con medidas protectoras y de precaución, esta política y este proceso que está viviendo actualmente el país como es el caso del proceso de paz, deja de un lado la perspectiva victimodogmática y los eventos de autorresponsabilidad, pues la posición del Estado es ser garantista frente al cumplimiento de unos principios rectores y derechos fundamentales que les asiste a las víctimas en este proceso.

De otra parte. desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, en la legislación colombiana, no se adopta plenamente la teoría de la victimodogmática, pero ha aportado un cambio de perspectiva en la concepción del delito, que supera la imagen de la víctima sobre la que se proyecta el comportamiento del autor, haciendo ver a la víctima como una persona que puede contribuir a la configuración del delito y que, incluso, puede ser responsable del mismo.

Lo cierto es que la pretensión de encontrar en el comportamiento de la víctima una categoría dogmática, no constituye una novedad absoluta, pues ha estado presente en distintas instituciones del derecho penal; así, por ejemplo, en la teoría de la legítima defensa, teoría de la imputación objetiva, la agresión injusta e inminente por parte de la víctima, lo podría aludir la responsabilidad penal del agresor.

En cuanto al contenido dogmático de esta institución, entiendo que se deben cumplir con ciertos requisitos esenciales que corresponden ser observados para que se configure la

“imputación a la víctima”, los cuales son la contribución mutua entre el autor y la víctima y la responsabilidad preferente de la víctima enmarcada en la violación del “principio de autorresponsabilidad”.

En definitiva, son los derechos fundamentales, sus alcances, sus ámbitos y sus interpretaciones, cuestiones desarrolladas por las altas Cortes colombianas y en general por la legislación internacional, los que ponen las talanqueras al Estado para llevar a cabo su poder punitivo. Fue gracias al reconocimiento de estos derechos, principios, prerrogativas constitucionales que el derecho penal logró un avance significativo en lo que respecta a las nefastas prácticas de la edad oscura y de la inquisición, en las que no le eran reconocidos ningún tipo de derechos a los imputados y estos eran sometidos a bárbaras pruebas en aras de obtener confesiones amañadas que, irreductiblemente, los llevarían a condenas inhumanas. Tanto es así, que el mismo Cesare Beccaria, a quien el autor reconoce como el padre de la constitucionalización del derecho aunque esta haya ocurrido siglos después, relata en su obra máxima la forma como un imputado fue sometido a los peores vejámenes y torturas, de manera pública, al momento de ser sentenciado por crímenes cometidos.

Los gritos de dolor y de súplica de todas las víctimas de esos sistemas inquisidores (víctimas porque muchos pudieron ser inocentes y víctimas porque aunque culpables aquellos castigos respondían más a las ansias de venganza amparadas en el pobre argumento de que el dolor purga y limpia el alma) aún resuenan en los libros de doctrina penal en aras de que aquellas perversidades jamás tengan eco dentro de las generaciones futuras sino meramente como historias nefastas y crueles, más no como posibles penas aplicables. Es por esto que la constitucionalización del derecho penal y el del derecho procesal penal, es un

proceso de vital importancia en la lucha por la justicia, la justicia de verdad que tanto desean las víctimas de los delitos y sus familias, pero que también claman los imputados y condenados y las familias de estos. Así las cosas, para quien escribe, el derecho penal ya no es la última ratio del derecho, son los derechos humanos, fundamentales o no, la primera y última razón de ser de la ciencia jurídica.

El pronunciamiento de la JEP jurisdicción especial para la paz, respecto y con estadísticas comprobables podemos establecer que, en la decisión, el Alto Tribunal explicó que “la discriminación contra la comunidad LGBTI por motivos de orientación sexual, identidad o expresión de género constituye una grave violación a los derechos humanos. La diversidad sexual no puede ser un motivo de agresión ni de violencia en un Estado Social de Derecho que respete la dignidad humana y la democracia.”

Victimización de la comunidad LGTBI

A pesar de los esfuerzos sublimes por parte del Estado para erradicar la violencia, discriminación y maltrato en contra de esta esta colectividad, recientemente se conoció de la inclusión de la incorporación del enfoque de género en los acuerdos de paz entre el gobierno nacional y las FARC-EP, situación que genera desconfianza entre quienes consideran que el gobierno nacional adelantó de manera apresurada sus objetivos de paz sin antes haber sensibilizado al pueblo del respeto hacia los LGTBI.

Los altos índices de maltrato y discriminación que anuncian que el 98 % de los LGTBI han sufrido o sufren de algún tipo de maltrato o/u agresión física o verbal, desde los programas gubernamentales aún no se consigue que el resto de la ciudadanía los trate con equivalencia y respeto aun cuando el ministerio de educación nacional informa de millonarias

inversiones en educación y cultura para los jóvenes de todas las generaciones, como incursionó desde el proceso de paz a las filas de una guerrilla machista y autoritaria con pensamientos ideológicos de más de 50 años, cultura de respeto e igualdad por homosexuales, bisexuales, lesbianas y transexuales.

Pero la discriminación no solo se encuentra, el grupo guerrillero más antiguo de América, sino en la calle o en lugares públicos y en el ámbito laboral, donde miembros de esta comunidad son víctimas de bulling que en muchos casos, se han visto obligados a no regresar a sus empleos, interrumpiendo de manera abrupta el curso de sus vidas, concluyendo el fenómeno de discriminación de género.

De los logros tan importantes obtenidos por parte de la comunidad LGTBI en la mesa de negociación de la Habana – Cuba en el gobierno Colombiano y la guerrilla de las FARC y la aplicación de estos en el pos conflicto, sus representantes lograron La incorporación de un enfoque de género en los acuerdos alcanzados gira alrededor de ocho ejes temáticos, documento que al parecer fue elaborado por la sub comisión de genero liderado por María Paulina Rivieros y que versan ocho ejes temáticos, tales como:

1. Acceso y formalización de la propiedad rural en igualdad de condiciones.
2. Garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres, y las personas con identidad sexual diversa del sector rural.
3. Promoción de la participación de las mujeres en espacios de representación, toma de decisiones y resolución de conflictos.

4. Medidas de prevención y protección que atiendan los riesgos específicos de las mujeres.

5. Acceso a la verdad, la justicia y las garantías de no repetición.

6. Reconocimiento público, no estigmatización y difusión de la labor realizada por mujeres como sujetos políticos.

7. Gestión institucional para el fortalecimiento de las organizaciones de mujeres y movimientos LGTBI en su participación política y social.

8. Sistemas de información desagregados.

Se integró el acuerdo final para la Paz, con relación a la igualdad de género, llamado “Pacto Político Nacional” donde se estableció la creación de una comisión especial que garantías de seguridad que tendrá como unos de sus fines, Diseñar y construir las estrategias de su competencia para identificar las fuentes de financiación y los patrones de actividad criminal de las organizaciones y conductas objeto de este acuerdo; entre dichos patrones se tendrán en cuenta aquellos que afectan de manera particular a las mujeres, niñas, niños, adolescentes y población LGTBI” así como también, mediante la creación de una unidad especial.

En ese orden de ideas, el 24 de Noviembre del 2016, cuando es firmado y entra en estricto cumplimiento “El Acuerdo Final para La Paz” entre la guerrilla de las FARC – EP y el Gobierno de Colombia, se fija con este, la creación de una comisión nacional de garantías de seguridad para el desmantelamiento de las organizaciones y conductas criminales responsables de homicidios y masacres, que atentan contra defensores/as de los derechos

humano, movimientos sociales o movimientos políticos o que amenacen o atenten contra las personas que participen en la implementación de los acuerdos y la construcción de la paz, incluyendo las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo y sus redes de apoyo, en adelante la Comisión Nacional de Garantía de Seguridad. (Acuerdo Final para la Paz Pag 80).

Dicha comisión además de ser la encargada de construir estrategias de su competencia para identificar las fuentes de financiación y los patrones de actividad criminal de las organizaciones y conductas objeto del acuerdo, patrones que afecten de manera particular a las mujeres, niñas, niños, adolescentes y población LGTBI, contara con una unidad especial de investigación para el desmantelamiento de conductas criminales responsables de homicidios y masacres, que atenten contra los defensores de los derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos o que amenacen o atenten contra las personas que participen en la implementación de los acuerdos y la construcción de la paz, incluyendo las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo y sus redes de apoyo, unidad que quedara dentro de la jurisdicción ordinaria y hará parte integral de la Fiscalía General de la Nación y que tendrá como competencia especial, la implementación de los planes metodológicos de investigación especializados respecto a los más graves hechos de victimización que las organizaciones y conductas objeto de dicho acuerdo ejecuten contra mujeres, niñas, niños, adolescentes y población LGTBI.

Desde entonces, la Fiscalía General de la Nación, encargada del cumplimiento al respeto de los derechos de las distintas poblaciones victimizadas como el caso de la comunidad LGTBI, opto por la implementación dentro de su módulo de modernización la

priorización de las investigaciones por delitos ocurridos en personas víctimas de los mismos, por su orientación sexual.

Por ello, en entrevista realizada al Ex Vice Fiscal de la Nación: Jorge Perdomo, este sostuvo: “La violencia sexual, el crimen generado por razones de discriminación, de odio y de desprecio hacia otros seres humanos, es uno de esos hechos que retan a la razón humana y a las instituciones encargadas de enfrentar tan reprochables hechos y conductas”, el Ex Funcionario El funcionario reiteró que la Fiscalía ha desarrollado un proceso de reestructuración en el que se creó la Dirección Nacional de Políticas Públicas y planeación, para proponer las estrategias de aplicación transversal con enfoque diferencial, así como la creación de un observatorio de derechos humanos, la elaboración de una política nacional LGBTI, la creación de módulos de formación de funcionarios de la Institución Universitaria Conocimiento e Innovación para la Justicia (CIJ), la consolidación de un protocolo para la atención a víctimas LGTBI, así como la implementación de criterios, dentro de la política de priorización, de delitos cometidos contra esta comunidad, entre otros.

Es por eso que, desde entonces, se ha atacado con severidad la comisión de delitos ocurridos en personas con orientación sexual distinta o LGTBI, ello lo demuestra las investigaciones con éxito que desde entonces se han visto reflejadas al interior de la Fiscalía General de la Nación como lo son los casos de:

Freyman Arturo Molina Quiñónez, cuyo cuerpo hallaron las autoridades el 5 de noviembre último en el barrio Brisas de Mayo, Siloé, en la capital vallecaucana. Al parecer, el hombre habría sido atacado con arma de fuego por un sujeto encapuchado, cuando transitaba por el lugar en compañía de un menor de 16 años de edad.

La Fiscalía 93 Seccional adscrita a la Unidad de Reacción Inmediata (URI), de esta ciudad, coordina los actos urgentes por el homicidio del integrante de la comunidad LGBTI.

Roty Armando Martínez Otero, miembro de la comunidad LGBTI en Riohacha (La Guajira), conocida como Oriana Nicol Martínez Otero.

La víctima, de 32 años de edad, quien era líder de derechos humanos y mujer trans, fue encontrada en una de las habitaciones de un hotel ubicado en la calle 14 con carrera 25 barrio Manantial de la capital de La Guajira, con varias heridas causadas con un objeto cortopunzante, el pasado 17 de agosto del presente año.

En consecuencia, se han realizado análisis sustanciales que han permitido establecer los delitos que más afectan a la comunidad LGTBI, desde las unidades de alertas tempranas del ente acusador y que señalan los obstáculos en el acceso a la justicia y la ausencia de medidas para la defensa de sus derechos fundamentales, los siguientes son los estereotipos más frecuentes de los funcionarios judiciales en el momento de abordar víctimas de dicha comunidad:

- Las personas LGBTI pueden cambiar su forma de ser, pero no quieren.
- Los homosexuales (hombres) son abusadores de niños.
- Las personas LGBTI no pueden ser funcionarios públicos.
- Las personas homosexuales pueden ser detenidas por la policía si tienen expresiones de afecto en espacios públicos.
- Las travestis no deberían estar en espacios públicos y mucho menos ingresar a lugares abiertos al público.
- Las parejas homosexuales no constituyen familias.

Los análisis realizados, identifican las violencias que afectan a la población LGBTI, como homicidio, violencia intrafamiliar, violencia en espacios públicos y en espacios de estudio, violencia por parte de la Fuerza Pública, por agentes de seguridad privados, amenazas por grupos armados al margen de la ley, violencia específica contra defensores de los derechos de la población LGBTI y violencia específica contra las mujeres transexuales son los delitos más frecuentes cometidos contra sus miembros.

Durante el desarrollo de los diálogos en la Habana entre la guerrilla de las FARC – EP y el Gobierno de Colombia, la población LGTBI, obtuvo logros muy importantes, inesperados con afectación trascendental dentro de la sociedad colombiana, que generó todo tipo de reproches y negaciones. Sus logros se deben a la lucha constante de unos pocos que añoran el respeto y el espacio dentro de un país libre sin importar su orientación sexual.

Durante el primer semestre del año 2015 se logró Aprobación de adopción consentida por parejas del mismo sexo cuando sea el hijo/a biológico/a, decisión que fue estipulada por la corte mediante Sentencia C-071/15.

Este mismo año, se logra la aprobación del Derecho a la corrección del sexo en el Registro Civil y demás documentos de identidad de las personas trans Sentencia T-063/15; Las mujeres trans no son destinatarias de la ley de servicio militar obligatorio (ley 48 de 1993). Se exhorta al Congreso a que promulgue una ley de identidad de género que proteja los derechos fundamentales de las mujeres y hombres trans, Sentencia T-099/15; Prohibición a las instituciones de educación superior a realizar actos discriminatorios por razones de raza, orientación sexual e identidad de género. Orden al Ministerio de Educación a ajustar y a adoptar la política pública de Educación Superior Inclusiva Sentencia T-141/15; Prohibición

de negar la residencia en Colombia por motivo de la orientación sexual del peticionario, Sentencia T-371/15; Prohibición de discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género en instituciones educativas, Sentencia T-478/15; Parejas del mismo sexo pueden aplicar a proceso de adopción, Sentencia C- 683/15; Registro de niños Sentencia SU-696/ 15.

Pero la más reprochada de todas las decisiones fue la lograda a finales del 2016 cuando la corte constitucional mediante sentencia SU-214/16 dio su aprobación para la realización del matrimonio igualitario, decisión que genero pudor entre los miembros de la iglesia católica, al rechazar de manera tajante el fallo, alegando que desde nuestra Constitución Nacional, se contempla que la familia es conformada por un hombre y una mujer, estando además en contra de los designios de Dios.

Sin embargo los logros no se quedan allí, la Fiscalía general de la Nación ha venido haciendo su aporte por lograr el reconocimiento de los derechos de las comunidades vulnerables como la población LGTBI y este ha sido un tema tratar en varias agendas durante reuniones diplomáticas con representantes del Gobierno Estadounidense, quienes dieron su apoyo en temas de capacitación para el fomento y el avance en investigación de delitos ocurridos con más frecuencia y que acogen dicha comunidad.

Por otro lado, durante la administración de Eduardo Montealegre, como fiscal general de la Nación, se radico un proyecto de ley con miras a lograr la modificación de algunos apuntes del código penal colombiano, que permitiera la implementación de agravantes punitivos en delitos gravosos cometidos en contra de miembros de la comunidad LGTBI.

La propuesta presentada por Montealegre contempla que en los casos de comisión de delitos como el Homicidio en miembro reconocido de la comunidad LGTBI, se pudiese contemplar la agravación punitiva que permitiría el aumento considerable de la posible al infractor y entraría a contrarrestar el actuar delictivos de estos, aumentando la protección y el respeto por quienes dicen ser, gays, lesbianas, trans, bisexuales entre otros.

Para entonces, Montealegre sostuvo: “Presenté una demanda para que la Corte Constitucional extienda la protección a personas que son víctimas en razón de su identidad de género, es decir, que queremos que se aumente la protección a los transexuales, travestis, transformistas, ya que la Fiscalía considera que existe un déficit de protección, que es un acto discriminatorio del código penal que no se haya incluido esta categoría”

Finalmente y como inclusión al Post – conflicto, la creación de la comisión nacional de garantías de seguridad para el desmantelamiento de las organizaciones y conductas criminales responsables de homicidios y masacres, que atentan contra defensores/as de los derechos humano, movimientos sociales o movimientos políticos o que amenacen o atenten contra las personas que participen en la implementación de los acuerdos y la construcción de la paz, incluyendo las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo y sus redes de apoyo, se vio reflejada en el Decreto 898 del 29 de Mayo del 2017, mediante el cual se da cumplimiento por parte de la Fiscalía General de la Nación con la creación de la unidad investigativa de competencia especial y creada para el mismo el mismo, donde se señala como uno de sus principios orientadores el “Fortalecimiento de la Administración de Justicia sin Discriminación” que alude a garantizar el acceso ciudadano a una justicia independiente, oportuna, efectiva en condiciones de

igualdad, respetando y promoviendo los mecanismos alternativos de solución de conflictos en los territorios, de manera que se garanticen los derechos fundamentales, la imparcialidad, impedir cualquier forma de justicia privada y hacer frente a las conductas y organizaciones a que se refiere el acápite 3.4.4 del acuerdo final del 24/11/2016.

Según el decreto, estas medidas deben garantizar una justicia efectiva en los casos de violencia de género, libre de estereotipos sobre las personas LGTBI que daría aplicabilidad a sanciones proporcionales a la gravedad del hecho.

Las determinaciones que se tomaron con anterioridad en materia jurisprudencial y penal, serán determinantes en el post – conflictos, una vez entre en rigor la Justicia Especial para la Paz - JEP – si se tiene en cuenta que con esta no solo se buscara la verdad y la reparación, sino que se reforzara la investigación y con ella la penalización de los delitos en personas con orientación sexual diferente o comunidad LGTBI.

Si se logra un amplio reconocimiento de los derechos de la población LGTBI y la inclusión de estos como se tiene previsto efectuar durante la etapa de post – conflicto, el impacto será memorable para este pequeño conglomerado social, puesto que se buscara la protección de la integridad de cada uno de estos salvaguardando su dignidad, en los diferentes campos sociales donde desarrollen su diario vivir.

https://www.unap.cl/prontus_unap/site/docs/20150505/20150505105202/como_elaborar_una_introduccion_1.pdf

Conclusiones

Tras analizar documentos oficiales, en el entendido de esta investigación, así como los reportes de organizaciones sociales desde las posibilidades y limitaciones de la incorporación una noción de víctima más progresista e integral propuesta por cada modelo, se analizó el examen sobre las interpretaciones y diagnósticos de las victimizaciones y violencias en contra de las personas que por su condición sexual y de los marcos de sentido sobre las estructuras, materiales y simbólicas de la cis-heteronormatividad. Con el ejercicio realizado se entendió que los avances y cambios en la noción de víctima, en una lectura cronológica, evidencian el proceso de aprendizaje de la institucionalidad, del Estado y de la sociedad, los cierres y aperturas que dieron paso a construir mecanismos más participativos y a introducir (por lo menos en la formalidad) enfoques diferenciales y territoriales en sentido interseccional y transversal.

Por eso en esta investigación hacemos un enfoque de la victimización de personas que, por su condición sexual, se convierten en foco de vulneración de sus derechos fundamentales, las primeras aproximaciones al enfoque de género asumieron una lectura heterocentrada y binaria, que impidió reconocer otras formas de violencia a esta comunidad, además la noción de violencia sexual excluyó tipos de violencia como la desnudez, la esterilización o el aborto forzado, que evidencia los vacíos de protección y de tipificación de estos como delitos en el código penal, exigiendo así una amplia carga probatoria a sus sobrevivientes.

En esta investigación, se exceptuó la posibilidad de considerar los elementos estructurales y simbólicos como parte de violencias y se limitó el camino de reconocimiento de la condición de víctimas.

Esto mismo tiene consecuencias a la hora de reconocer la existencia de una medida en que los combatientes utilizaron la violencia, los avances de la implementación trajeron consigo aprendizajes y aperturas simbólicas e interpretativas, movilizadas por las organizaciones sociales, que permitieron ampliar el entendimiento y la aplicación del enfoque de género dentro del componente de justicia y memoria.

En estos aprendizajes se reconoce explícitamente a las personas LGBTI como víctimas no solo de violencia sexual, sino también de otro tipo de hechos victimizantes como amenazas, persecuciones, torturas, desapariciones forzadas, desplazamiento y homicidios, perpetrados en función de sus identidades de género y orientaciones sexuales.

También se señala por primera vez la motivación homofóbica tras los crímenes cometidos, el carácter planificado, el objetivo de exterminio social y de desaparición de estas identidades disidentes del espacio público y la imposición de la heterosexualidad como régimen a partir de la normativización moral sobre las poblaciones que tenían bajo control.

Finalmente, en la actual implementación del sistema acusatorio, se incluyó y visibilizó de manera explícita a los colectivos históricamente excluidos desde un enunciado con enfoque interseccional, se asume una postura que entiende cómo la guerra afecta de manera diferencial y a distintas escalas según las posiciones sociales que se ocupan, resultando igualmente novedoso en el plano institucional la inclusión de un enfoque territorial, que tiene las potencialidades de rescatar lo local y la heterogeneidad de la diversidad identitaria y sexual.

No obstante, aún quedan varios desafíos pendientes, que guardan relación con las dificultades para llevar a cabo la implementación de la justicia, la aplicación efectiva de los enfoques interseccionales y las garantías a la participación en el seguimiento de los acuerdos

y los puntos previstos, en un contexto en que aún persiste la inseguridad en los territorios y hacia personas LGBTI

Referencias

Acosta, J., y Bravo, D. (2008) El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: énfasis en la experiencia colombiana. En: International Law.

BERTOLINO, P. (1985). El funcionamiento del derecho procesal penal. Buenos Aires, Argentina: Depalma.

CARNELUTTI, F. (1961). Cuestiones sobre el proceso penal. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-America.

CARRILLO, A. (2006) Justice in Context: The Relevance of Inter-American Human Rights Law and Practice to Repairing to Past. En: DE GREIFF, P. (Ed), The handbook of reparation, Oxford, International Center of Transitional Justice, 2006, pp. 504538

Corte Constitucional, Sentencia C-239 del 20 de mayo de 1997. M.P: Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional, Sentencia T-556 del 6 de octubre de 1998. M.P: Dr. José Gregorio Hernández Galindo

Amnistía Internacional. (2019). Colombia 2019. Amnistía Internacional.
<https://www.amnesty.org/es/paises/americas/colombia/report-colombia/>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2018). Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América. OEA. <https://www.o>

Goffman, E. (1963). Estigma: Apuntes sobre la gestión de la identidad estropeada. Prentice Hall.

Leche, H. (1978). El discurso de la esperanza. <https://www.americanrhetoric.com/speeches/harveymilkhope.htm>

Organización de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. <https://www.un.org/es/declaracion-universal-derechos-humanos/>

Organización de los Estados Americanos (OEA). (2013). Principios <http://www.o>

OIT (Organización Internacional del Trabajo). (2015). Discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual y https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--declaration

ONU (Organización de las Naciones Unidas). (2021). Manual sobre derechos humanos https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/UN_Fact_Sheets_Diversity.pdf

Corte Constitucional, Sentencia C-392 de 2000. M.P: Antonio Barrera Carbonell

FALK, R. (2006) Reparations, International Law, and Global Justice: a New Frontier. En: DE GREIFF, P. (Ed), The handbook of reparation, Oxford, International Center of Transitional Justice, Oxford, pp. 479-503.

JIMÉNEZ DE ASUA, L. (1961). La llamada victimología. En Estudios de derecho Penal y Criminología, I. Buenos Aires, Argentina: Bibliográfica Omeba

López, J., y Acosta, J. (2006) Asistencia estatal a los desplazados y reparaciones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En: International Law.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, A. (2011). LA VICTIMOLOGÍA COMO ESTUDIO. REDESCUBRIMIENTO DE LA VÍCTIMA PARA EL PROCESO PENAL. Revista Prolegómenos - Derechos y Valores - pp. 27 - 42, 2011 - I

MENDELSON, B. (1981, 4 de abril). La victimología y las tendencias de la sociedad Contemporánea. Revista Ilanud, al día. San Jose, Costa Rica, año 4, Abr.

MENDELSON, B. (1993). La Victimologie, Science Actuelle. En: Reveu de Droit Penal et de Criminologie, Bruselas, 1959., 7, pp. 619 y ss. Nieves, M. La Víctima. Bogotá, Colombia: Editorial Presencia

MIR PUIG, S. (1996). Derecho Penal, Parte General. (4ª Ed.). Barcelona, España.

NEUMAN, E. (1984). Victimología, Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad Organización de las Naciones Unidas. Resolución 60/147 del 2005.

NÚÑEZ MARÍN, Raúl Fernando. ZULUAGA JARAMILLO, Lady Nancy. (2012) Estándares internacionales de reparación de violaciones de derechos humanos: principios de implementación en el derecho colombiano. REVISTA ANÁLISIS INTERNACIONAL. 2012, número 6, p. 211

VON HENTIG, H. (1960). La estafa. En Estudios de psicología criminal. (Vol III.). Madrid, España: Espasa-Calpe.

VON HENTIG, H. (1979). The Criminal and his Victim. Hamdem, EE.UU.: Ed. Archon Books. Citando, (GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 1993, p. 56).