



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVIII - N° 219

Bogotá, D. C., miércoles, 10 de abril de 2019

EDICIÓN DE 24 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariassenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PROYECTOS DE LEY

PROYECTO DE LEY NÚMERO 257 DE 2019 SENADO

por medio de la cual se promueve el respeto y la defensa de la dignidad y memoria de las víctimas de graves crímenes y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de la República

DECRETA:

Artículo 1°. *Objeto de la ley.* La presente ley tiene por objeto promover el respeto y la defensa de la dignidad y memoria de las víctimas de violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario, narcotráfico y actos terroristas, mediante la prohibición de conmemoraciones públicas a sus victimarios.

Artículo 2°. *Prohibición de actos públicos de conmemoración o exaltación.* Prohíbese la celebración de actos públicos, oficiales o no, conmemorativos o que exalten a personas sancionadas por comportamientos constitutivos de violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Infracciones al Derecho Internacional Humanitario, narcotráfico o terrorismo, así como a grupos de delincuencia organizada, grupos armados al margen de la ley, grupos terroristas nacionales o extranjeros, aún después de su desarticulación.

Parágrafo. A los efectos del presente artículo, se consideran actos conmemorativos o de exaltación los homenajes, exhibición pública de monumentos, placas, escudos, menciones honoríficas, premios, banderas, pancartas, pendones o cualquier otra pieza publicitaria, u otro similar que sea alusiva o que suponga un reconocimiento o distinción personal o colectiva, ya sea en vida o póstumamente.

Artículo 3°. Adiciónese el siguiente literal al numeral 2 del artículo 33 de la Ley 1801 de 2016:

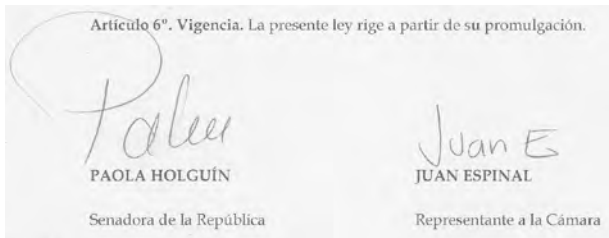
“f) Rendir homenaje, enarbolar banderas, pancartas, pendones o cualquier otra pieza gráfica alusiva o que suponga un reconocimiento o distinción personal o colectiva a personas sancionadas por comportamientos constitutivos de violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario, narcotráfico o terrorismo, así como a grupos de delincuencia organizada, grupos armados al margen de la ley, grupos terroristas nacionales o extranjeros, aún después de su desarticulación”.

Artículo 4°. Adiciónese el siguiente parágrafo al artículo 53 de la Ley 1801 de 2016:

“Parágrafo 3°. Ninguna autoridad administrativa podrá autorizar reuniones o manifestaciones públicas que busquen conmemorar o exaltar a personas sancionadas por comportamientos constitutivos de violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario, narcotráfico o terrorismo, así como a grupos de delincuencia organizada, grupos armados al margen de la ley, grupos terroristas nacionales o extranjeros, aún después de su desarticulación”.

Artículo 5°. *Responsabilidad disciplinaria.* Los servidores públicos y los particulares que ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria, que autoricen, promuevan, convoquen o de cualquier modo patrocinen, o participen en actos públicos prohibidos por la presente ley incurrirán en causal de mala conducta.

Artículo 6°. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su promulgación.



EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

PROYECTO DE LEY NÚMERO 257 DE 2018 SENADO

por medio de la cual se promueve el respeto y la defensa de la dignidad y memoria de las víctimas de graves crímenes y se dictan otras disposiciones.

1. INTRODUCCIÓN.

Uno de los postulados reconocido como principio básico sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, formulado y aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 60/147 del 16 de diciembre de 2005¹, dicta que,

Las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias. El Estado debe velar por que, en la medida de lo posible, su derecho interno disponga que las víctimas de violencia o traumas gocen de una consideración y atención especiales para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a un nuevo trauma².

Este principio sintetiza, al tiempo fundamenta, la obligación que les asiste a los Estados de asegurar las condiciones necesarias que les permitan a las víctimas de graves crímenes la superación de los hechos victimizantes, dejándolas a salvo de situaciones que vulneren sus derechos, pongan en riesgo su seguridad, afecten su intimidad o que supongan un tratamiento discriminatorio o lesivo a su dignidad.

Específicamente, el debido trato que ha de proporcionársele a las víctimas de delitos

comprende el aseguramiento de su bienestar físico y psicológico, lo que involucra, evidentemente, prevenir que se les confronte nuevamente con los crímenes sufridos; de este modo ha sido entendido por la Organización de Naciones Unidas,

Principio 37. Ámbitos incluidos en las garantías de no repetición.

El Estado debe tomar las medidas apropiadas a fin de que las víctimas no puedan ser de nuevo confrontadas a violaciones que afecten ser dignidad. (...)³.

Este compromiso internacional de los Estados frente a las víctimas, les significa la inaplazable obligación de adoptar medidas tendientes a prevenir o sancionar situaciones que conlleven un desconocimiento de la memoria colectiva, por representar una negación intrínseca de los crímenes y la correspondiente responsabilidad de sus perpetradores. Sin lugar a dudas, en el amplio catálogo de situaciones de esta naturaleza, la celebración de actos públicos de exaltación o conmemoración de los victimarios, así como de los grupos armados al margen de ley, ocupa un lugar privilegiado, por constituir una expresión apologética del crimen y un leve atentado a la dignidad de sus víctimas.

Ello ha motivado a diferentes Estados a adoptar, o procurar hacerlo, medidas legislativas que proscriben este tipo de expresiones, mediante el recurso a instrumentos jurídicos de corrección, esencialmente de carácter penal. Entre los casos más paradigmáticos se cuentan el italiano, el francés y el alemán, en relación con la prohibición de la apología del fascismo y del nazismo (prohibición de la ideología), y el español, que criminaliza la incitación al odio, discriminación o violencia, y la exaltación del terrorismo.

Así, el código penal italiano castiga con prisión y multa la *apología del fascismo*, conducta que se materializa en actos de enaltecimiento o propaganda con dicha finalidad (artículo 4° de la *Legge 20 giugno 1952*); el código penal francés, en el artículo R645-1, igualmente le reconoce la calidad de delito la “*muestra o exhibición de cualquier uniforme, insignia o emblema*” alusivas a organizaciones que hayan sido declaradas como ilegales con fundamento en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional – como el partido nazi⁴; en tanto que los artículos 86

¹ Idéntico mandato es encontrado en Resolución número 2005/35, de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, del 19 de abril 2005.

² En la misma Resolución, la Asamblea General precisó que, para efectos de la misma, se entendía como víctima “*toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario.*”

³ Aprobado por la Comisión de Derechos Humanos, *Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las minorías*, de la Organización de Naciones Unidas, como *Principios para la protección y promoción de los Derechos Humanos, para la lucha contra la impunidad.*

⁴ El artículo 9° de este Estatuto del Tribunal de Núremberg (1945) prescribía:

Artículo 9°

En el juicio de aquella persona o personas miembros de algún grupo u organización, el Tribunal podrá declarar (en relación con cualquier acto por el que dicha persona o personas puedan ser castigados) que el grupo u organización a la que pertenecía la citada persona o personas era una organización criminal.

y 86a del código penal alemán, castiga los actos de propaganda de organizaciones anticonstitucionales –como el partido nazi–, así como la exhibición de símbolos, alusivos a estas, tales como banderas o realizar públicamente el saludo nazi.

De otro lado, la legislación española, si bien no proscribiera expresamente el antisemitismo, el fascismo o nazismo, como prácticas o ideologías, castiga con penas de prisión y multa la promoción o incitación pública, directa o indirecta, al odio, hostilidad, discriminación o violencia. (Artículo 510 del Código Penal). Asimismo, en el artículo 61 de la Ley 29 del 22 de septiembre de 2011 sobre el *Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo*, relativo a la *defensa del honor y la dignidad de las víctimas*, el Estado español prohíbe la exhibición pública de monumentos, escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas, individual o colectivo del terrorismo, de los terroristas o de las organizaciones terroristas, así como la celebración pública de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de sus víctimas o de los familiares de estas.

En el caso colombiano, no existe disposición legal alguna que proscriba específicamente actos de esta naturaleza, aunque debe anotarse como precedente la tipificación de la *apología del genocidio*, que se hace en el artículo 102 de la ley 599 de 2000 –entendida como la difusión, por cualquier medio, *de ideas o doctrinas que propicien, promuevan, el genocidio o el antisemitismo o de alguna forma lo justifiquen o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas*–.

Ahora bien, lo previsto en los artículos 4° y 25 de la Ley 1448 de 2011, *por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*, puede ser tenido como base axiológica suficiente para proscribir manifestaciones públicas de exaltación o conmemoración de personas sancionadas por violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario, narcotráfico o terrorismo, así como a las organizaciones armadas al margen la ley, en la medida en que reconoce el derecho de las víctimas a ser tratadas *con consideración y respeto* a su integridad y honra⁵,

Una vez recibido el Escrito de Acusación, el Tribunal hará las notificaciones que estime convenientes si estima que la acusación pretende que el Tribunal haga tal declaración, y cualquier miembro de la organización tendrá derecho a solicitar al Tribunal permiso para ser oído por el mismo respecto de la cuestión de la naturaleza criminal de la organización.

El Tribunal estará facultado para acceder a la petición o denegarla. En caso de acceder, el Tribunal podrá indicar la forma en que serán representados y oídos los solicitantes.

⁵ Artículo 4°. Dignidad. El fundamento axiológico de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, es el respeto a la integridad y a la honra de las víctimas. Las

y a ser reparadas integralmente, lo que involucra las garantías de no repetición, en sus dimensiones *individual, colectiva, material, moral y simbólica*⁶.

El presente proyecto, en consideración del deber de defensa y protección de la dignidad y honra de las víctimas de graves crímenes que le asiste al Estado colombiano, y especialmente al derecho de estas a no ser revictimizadas o expuestas a situaciones que entrañen la negación de los hechos victimizantes y de la responsabilidad de las personas sancionadas por los mismos, pretende prohibir en forma expresa la celebración pública de actos de conmemoración o exaltación de los victimarios o de las organizaciones armadas ilegales, aún después de su desestructuración.

El proyecto, como más adelante se explica con mayor rigor, igualmente parte por reconocer los actos proscritos como atentatorios o lesivos de la convivencia ciudadana y la moralidad pública, por lo que procura una modificación del Código Nacional de Policía y Convivencia vigente, Ley 1801 de 2016, en sentido de reconocerlas dicha calidad y habilitar la aplicación de los consecuentes correctivos policivos, sin perjuicio de que las mismas puedan adecuarse a descripciones típicas del Código Penal vigente.

2. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.

2.1. De las víctimas de graves crímenes en Colombia

En Colombia, las víctimas del terrorismo y otras violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario están amparadas por las siguientes normas: Ley 1448 de 2011, Convenio 169 de la OIT, la Ley 21 de 1991, Ley 387 de 1997, Ley 418 de 1997 (convivencia y justicia), Decreto 1290 de 2008 (reparación individual), y la Ley 975 de 2005 (justicia y paz), pero ninguna proscribiera las manifestaciones públicas de exaltación o conmemoración de personas sancionadas por

víctimas serán tratadas con consideración y respeto, participarán en las decisiones que las afecten, para lo cual contarán con información, asesoría y acompañamiento necesario y obtendrán la tutela efectiva de sus derechos en virtud del mandato constitucional, deber positivo y principio de la dignidad. El Estado se compromete a adelantar prioritariamente acciones encaminadas al fortalecimiento de la autonomía de las víctimas para que las medidas de atención, asistencia y reparación establecidas en la presente ley, contribuyan a recuperarlas como ciudadanos en ejercicio pleno de sus derechos y deberes.

⁶ Artículo 25. Derecho a la reparación integral. Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones de que trata el artículo 3° de la presente ley. La reparación comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima dependiendo de la vulneración en sus derechos y las características del hecho victimizante.

violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario, narcotráfico o terrorismo, así como a las organizaciones armadas al margen de la ley.

De acuerdo con cifras oficiales en Colombia entre 1958 y 2012 el conflicto armado ha ocasionado la muerte de por lo menos 220.000 personas. Así mismo al 31 de marzo del 2013 el Registro Único de Víctimas (RUV1) de la Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas reportó que 166.069 civiles fueron víctimas fatales del conflicto armado desde 1985 hasta esa fecha (2017).

Sin embargo, este balance es parcial debido a que el marco legal solo reconoce a las víctimas a partir del 1° de enero de 1985, lo que excluye a 11.238 víctimas documentadas en la base de datos del Grupo de Memoria Histórica entre 1958 y 1984. Así mismo, es importante señalar que en el RUV no están incluidos los combatientes muertos en las acciones bélicas.

Cifras del GMH, indican que entre 1958 y 2012, murieron 40.787 combatientes y de estas muertes el 81,5% corresponde a civiles y el 18,5% a combatientes; es decir que aproximadamente ocho de cada diez muertos han sido civiles, y que, por lo tanto, son ellos –personas no combatientes, según el Derecho Internacional Humanitario– los más afectados por la violencia.

Según el subregistro que, proyectado a la totalidad de casos documentados por el GMH entre 1985 y 2012 (36.674 civiles muertos), evidencia un total de, por lo menos, 31.500 casos que deberían ser verificados y validados para su inclusión en el RUV.

Al 31 de marzo del 2013, el RUV reportó 25.007 desaparecidos, 1.754 víctimas de violencia sexual, 6.421 niños, niñas y adolescentes reclutados por grupos armados, y 4.744.046 personas desplazadas.

De acuerdo con el GMH reporta 27.023 secuestros asociados con el conflicto armado entre 1970 y 2010.

De otra parte el Programa Presidencial de Atención Integral contra Minas Antipersonal (PAICMA) reporta 10.189 víctimas de minas antipersonal entre 1982 y 2012.

El fenómeno del desplazamiento según proyecciones de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (Codhes), indican que para el periodo 1985-1995 estiman que 819.510 personas fueron desplazadas como consecuencia del conflicto armado. La cifra de desplazados podría acercarse a las 5.700.000 personas, lo que equivaldría a un 15% del total de la población colombiana.

Los documentos de memoria histórica indican que de las 1.982 masacres 12 documentadas por el GMH entre 1980 y 2012, 13 los grupos

paramilitares perpetraron 1.166, es decir el 58,9% de ellas. Las guerrillas fueron responsables de 343 y la Fuerza Pública de 158, lo que equivale al 17,3% y 7,9% respectivamente. Por otra parte, 295 masacres, equivalentes al 14,8% del total, fueron cometidas por grupos armados cuya identidad no se pudo esclarecer, 14. Las veinte masacres restantes corresponden a acciones conjuntas de grupos paramilitares y miembros de la Fuerza Pública, o a acciones de otros grupos armados (agente extranjero¹⁵, o milicias populares). Esto significa que, aproximadamente, por cada masacre que perpetraron los grupos guerrilleros, los paramilitares efectuaron tres.

Sobre este fenómeno del secuestro, de los 27.023 secuestros reportados entre 1970 y 2010, 19 las guerrillas son autoras de 24.482, lo que equivale al 90,6%. Los paramilitares han realizado 2.541 secuestros, correspondientes al 9,4%.

El Registro Nacional de Desaparecidos reportó al mes de noviembre del 2011, 50.891 casos, de los cuales se presume que 16.907 corresponden a desapariciones forzadas, mientras que el RUV registra 25.007 personas desaparecidas forzosamente como producto del conflicto armado.

De acuerdo con la información provista por Cifras & Conceptos para el GMH, entre 1970 y 2010 se registraron en Colombia 27.02379 secuestros asociados con el conflicto armado. Otros 9.568 más perpetrados por la criminalidad organizada; 1962, por otros autores; y de otros 500 no se conoce a los responsables.

Fue entre los años de 1996 y el 2002, cuando el secuestro alcanzó los niveles más altos en la historia del conflicto armado en Colombia, pues se perpetraron 16 veces más secuestros que en los periodos anteriores. Las FARC se convirtieron en los principales perpetradores con 8.578 secuestros, seguidos por el ELN con 7.108 y otras guerrillas con 354.

Otro capítulo de la historia que ha dejado miles de víctimas son las minas antipersona; de 861 víctimas entre 1990 y 1999, se pasa a 5.113 entre 2000 y 2006, y 4.152 entre 2007 y 2012.

Según los registros oficiales, la letalidad de las minas antipersonal, por lo menos en el caso colombiano, es comparativamente menor respecto a otras modalidades de violencia: ha dejado 8.070 lesionados y 2.119 muertos. (Programa Presidencial de Acción Integral contra las Minas Antipersonal, consultado el 8 de junio del 2013).

El Grupo de Memoria Histórica documentó 95 atentados terroristas en el conflicto armado entre 1988 y el 2012, con un total de 223 víctimas fatales y 1.343 heridos. De los 95 casos, 77 fueron perpetrados por las guerrillas (principalmente las FARC, con 55, y el ELN, con 12), 16 por grupos armados no identificados y 2 por autodefensas ilegales⁷.

⁷ Cifras tomadas del Informe “Basta Ya” Colombia: Me-

2.2. Deber del Estado y derecho de las víctimas de graves delitos a la memoria histórica.

Pierre Nora, quizá el más sobresaliente precursor de la expresión “*memoria histórica*”, en cita de Eduardo Porras Mendoza, explica en forma excepcional la relación entre los dos términos que la componen (memoria e historia). Para Nora, la integración de términos en apariencia incompatibles, da por resultado una expresión que alude, tanto a la subjetividad de quien ha sido protagonista de determinadas vivencias, como al ejercicio intelectual de reconstrucción intersubjetiva de lo ocurrido en el pasado a partir del análisis, interrelación y comparación de los “rastros” disponibles.

*Memoria e historia funcionan en dos registros radicalmente diferentes, aun cuando es evidente que ambas tienen relaciones estrechas y que la historia se apoya, nace de la memoria. La memoria es el recuerdo de un pasado vivido o imaginado. Por esa razón, la memoria siempre es portada por grupos de seres vivos que experimentaron los hechos o creen haberlo hecho. La memoria, por naturaleza, es afectiva, emotiva, abierta a todas las transformaciones, inconsciente de sus sucesivas transformaciones, vulnerable a toda manipulación, susceptible de permanecer latente durante largos períodos y de bruscos despertares. La memoria es siempre un fenómeno colectivo, aunque sea psicológicamente vivida como individual. Por el contrario, la historia es una construcción siempre problemática e incompleta de aquello que ha dejado de existir, pero que dejó rastros. A partir de esos rastros, controlados, entrecruzados, comparados, el historiador trata de reconstituir lo que pudo pasar y, sobre todo, integrar esos hechos en un conjunto explicativo. La memoria depende en gran parte de lo mágico y sólo acepta las informaciones que le convienen. La historia, por el contrario, es una operación puramente intelectual, laica, que exige un análisis y un discurso críticos. La historia permanece; la memoria va demasiado rápido. La historia reúne; la memoria divide*⁸.

En tal sentido, *Memoria e historia* se acoplan para aludir a los esfuerzos que las sociedades humanas llevan a cabo con el propósito de rehacer, registrar y socializar con las siguientes generaciones su pasado. La preservación y transferencia intergeneracional de específicas vivencias deviene en factor individualizador y cohesionador de las sociedades.

Ahora bien, las atrocidades ocurridas durante la Segunda Guerra Mundial y, concretamente, la necesidad colectiva de asegurar que en el futuro no se repitieran, así como conmemorar perennemente

a sus víctimas, explican los ingentes esfuerzos llevados a cabo para registrarlos una vez cesada la conflagración. De otro lado, alrededor del mundo, diversos Estados, de tradiciones jurídicas disímiles, han incorporado a sus ordenamientos normativos disposiciones que proscriben la evocación y exaltación de los regímenes represivos que los patrocinaron y a sus perpetradores, al tiempo que reconocen la dimensión de los crímenes y procuran su no repetición.

La generación de conciencia colectiva en torno a situaciones que desestabilizan la convivencia de las naciones y representan una amenaza a la comunidad humana, como especie, ha evolucionado hasta nuestros días en un deber de los Estados democráticos de llevar a cabo acciones por preservar y transferir la información sobre este tipo de situaciones; de ahí que, en la actualidad, se tienda a asociar exclusivamente dicho término con un pasado de atrocidades.

En Colombia, el artículo 143 de la Ley 1448 de 2011 alude al **Deber de Memoria del Estado**, que se traduce “*en propiciar las garantías y condiciones necesarias para que la sociedad, a través de sus diferentes expresiones..., puedan avanzar en ejercicios de reconstrucción de memoria como aporte a la realización del derecho a la verdad del que son titulares las víctimas y la sociedad en su conjunto.*”–Sic– En estos términos, el Estado colombiano está en la obligación de llevar a cabo e incentivar acciones sociales que tengan estos fines, con un doble propósito: (i) Servir de tributo o reconocimiento a las víctimas de los graves crímenes, y (ii) hacer las veces de garantía de no repetición.

Ahora bien, la memoria histórica, en relación con contextos de violencia generalizada y sistemática, tiene una dimensión adicional: constituye un *derecho de las víctimas a ser reconocidas como tales y dignificadas* a través del registro de los crímenes sufridos.

La Corte Constitucional, en Sentencia T-653 de 2012, afirmó en este sentido que,

El derecho a la memoria ha sido estudiado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aclarando su alcance. En su jurisprudencia –como en el caso de los 19 Comerciantes– ha ordenado a los Estados adoptar medidas para la preservación de la memoria de las víctimas como parte de la reparación y también ha ordenado medidas para la preservación de la memoria histórica. La Corte Interamericana ha distinguido esas dos dimensiones del derecho: por un lado, aquella cuya finalidad es contribuir a resarcir a los individuos afectados con la violación de los derechos humanos y, por otro, la que busca la no repetición de tales violaciones. Hay, entonces, un aspecto individual y otro colectivo de este derecho. Esta diferencia quedó establecida claramente, por ejemplo, en el caso Anzualdo Castro vs. Perú, en el que consideró que la construcción del Museo de la Memoria, si bien era significativa en la edificación de la memoria histórica y como medida

morias de Guerra y Dignidad.

⁸ Porras Mendoza, Eduardo. *La odisea de la Historia en tiempos de memoria: entre los cantos de sirenas y el manto de Penélope*. Revista Historia y Memoria. Julio-diciembre, año 2014, Tunja, Colombia. Páginas 21-56. Página 27.

de no repetición, no lo era como medida individual de satisfacción y se ordenaron otras de carácter individual. En su dimensión colectiva, el ejercicio de la confrontación con el pasado debe estar llamado a superar memorias generales irracionales que justifican actos contrarios a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Debe contribuir a salvar tópicos como “algo habrán hecho” o “fue legítimo en medio de esta guerra”, en los cuales las víctimas terminan siendo culpables de su propia desgracia o, en el mejor de los casos, efectos colaterales que se justifican en el contexto del conflicto. Por otro lado, la memoria de la víctima debe servir para evitar, parafraseando a Theodor Adorno, que los muertos hayan de ser también timados en lo único que nuestra inconciencia les puede regalar: la memoria. Ante los graves hechos generados por la violación de derechos humanos, una parte de la reparación debe consistir en que a las víctimas se les reconozca como tal; en su individualidad no deben pasar a la posteridad como perpetradores sino como receptores de graves ofensas, personas inocentes que perdieron su vida, sus familias, sus tierras o sus proyectos de vida por cuenta del injusto trato de otros.

La memoria histórica, bajo este entendido bidimensional, entraña para el Estado obligaciones de hacer a favor de la promoción y protección de la dignidad de las víctimas, entre las que se cuentan, evidentemente, las que tengan por finalidad prevenir manifestaciones apologeticas como las que se buscan proscribir con el presente proyecto de ley, teniendo por sabido que las mismas conllevan la negación de los crímenes y la consecuente invisibilización de los afectados. En este punto surge evidente la tensión entre el derecho de las víctimas –y el correlativo deber del Estado de protección– con la libertad de expresión de quienes llevan a cabo estas reprochables acciones, la que debe resolverse en favor de las primeras, como pasa a explicarse.

2.3. Derechos de las Víctimas de graves crímenes.

El Derecho Internacional y el doméstico, así como la jurisprudencia y pronunciamientos de organismos de protección de los Derechos Humanos y de tribunales nacionales, han desarrollado un robusto y bien definido marco regulatorio de los derechos de las víctimas de crímenes, en relación con la *verdad, la justicia, la reparación y la no repetición*.

En el Sistema Universal de Derechos Humanos, en desarrollo de la Carta de Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los distintos Pactos y Protocolos sobre la misma materia, se han aprobado diferentes instrumentos jurídicos que afirman la importancia de las víctimas en el seno de la comunidad de naciones y propenden por la defensa y promoción de sus derechos, como compromiso de los Estados.

En primer lugar, la ya comentada Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas, es clara en afincar los principios que desarrolla –como herramientas para que los Estados cumplan de mejor manera sus obligaciones frente a las víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario– en el deber de la comunidad internacional en procurar el respeto de la dignidad de este grupo poblacional.

al hacer valer el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones, la comunidad internacional hace honor a su palabra respecto del sufrimiento de las víctimas, los supervivientes y las generaciones futuras y reafirma el derecho internacional en la materia,
(...)

Recordando las disposiciones que reconocen el derecho a un recurso a las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos, disposiciones que figuran en numerosos instrumentos internacionales, en particular el artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos 1, el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 2, el artículo 6° de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el artículo 14 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y el artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como a las víctimas de violaciones del Derecho Internacional Humanitario, disposiciones que figuran en el artículo 3° de la Convención de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 18 de octubre de 1907 (Convención IV), en el artículo 91 del Protocolo adicional de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), del 8 de junio de 1977, y en los artículos 68 y 75 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁹.

La resolución da cuenta del conjunto de instrumentos internacionales que contienen y desarrollan el compromiso de protección que les compete a los Estados. De esta manera, empieza por describir el alcance de lo que denomina *Obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario*:

1. *La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el*

⁹ Naciones Unidas, Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, sobre *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*.

derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos dimana de:

- a) Los tratados en los que un Estado sea parte;
 - b) El derecho internacional consuetudinario;
 - c) El derecho interno de cada Estado.
2. Si no lo han hecho ya, los Estados se asegurarán, según requiere el derecho internacional, de que su derecho interno sea compatible con sus obligaciones jurídicas internacionales del modo siguiente:
- a) Incorporando las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario a su derecho interno o aplicándolas de otro modo en su ordenamiento jurídico interno;
 - b) Adoptando procedimientos legislativos y administrativos apropiados y eficaces y otras medidas apropiadas que den un acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia;
 - c) Disponiendo para las víctimas los recursos suficientes, eficaces, rápidos y apropiados que se definen más abajo, incluida la reparación; (Subrayado fuera de texto).
 - d) Asegurando que su derecho interno proporcione como mínimo el mismo grado de protección a las víctimas que el que imponen sus obligaciones internacionales.

II. Alcance de la obligación

3. La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de:
- a) Adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones;
 - (...)
 - d) Proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación, como se describe más adelante.

Concretamente, en lo que respecta al tratamiento debido a las víctimas de estos crímenes, esta resolución es clara en afirmar como base de ello la *humanidad y respeto de su dignidad*. Esto representa para los Estados obligaciones protección de amplio espectro, que abarquen el ámbito multidimensional de desarrollo y de vida de las víctimas.

VI. Tratamiento de las víctimas

10. Las víctimas deben ser tratadas con *humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos*, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias. El Estado debe velar por que, en la medida de lo posible, su derecho interno disponga que las víctimas de violencia o traumas gocen de una consideración y atención especiales

para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a un nuevo trauma.

Como bien es sabido, uno de los derechos de las víctimas corresponde al de recibir una *reparación integral*, en virtud del cual, según este mismo instrumento, pueden demandar, entre otros aspectos, de sus Estados la *satisfacción*, que enmarca:

22. La satisfacción ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes:

- a) Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones;
- b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones;
- c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad;
- d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella;
- e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades;
- f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones;
- g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas;
- h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles. (Subrayado fuera de texto).

Lo anterior, viene a servir de fundamento conceptual y jurídico al aludido deber de *memoria* que le corresponde al Estado, como mecanismo de reparación y garantía de no repetición de los crímenes, de lo que ya se comentó en el punto anterior. En el entendido de la resolución trascrita, el Estado está en la obligación de llevar a cabo actos de conmemoración y honores a las personas que estén en tal condición; luego, como contracara de este deber específico, a sus autoridades les corresponderá abstenerse y adoptar medidas de distinta naturaleza para prevenir y sancionar acciones que desconozcan los hechos, justifiquen

a sus victimarios o contengan mensajes, explícitos o implícitos, de apología al crimen o atenten contra la dignidad de las víctimas.

En Sentencia C-344/17, la Corte Constitucional insistió en su propia jurisprudencia y en la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el alcance de los derechos de las víctimas, y concretamente de la reparación integral. Para el Tribunal constitucional, las víctimas tienen derecho, entre múltiples compensaciones, a la *satisfacción*, materializada en medidas *simbólicas reivindicatorias de su memoria y su dignidad*. Por supuesto, ello no se limita a pedidos de perdón y a actos de reconocimiento público, sino además al deber del Estado de preservar y defender su buen nombre y honra; en términos de la Corte:

Ha sostenido la Corte que la reparación involucra distintos componentes: “Tales medidas han de incluir cinco componentes básicos: (1) la restitución plena, que hace referencia al restablecimiento de la víctima a la situación anterior al hecho de la violación, entendida esta como una situación de garantía de sus derechos fundamentales, y dentro de estas medidas se incluye la restitución de las tierras usurpadas o despojadas a las víctimas. De no ser posible tal restablecimiento pleno, es procedente (2) la compensación a través de medidas como la indemnización pecuniaria por el daño causado. Pero además de estas, la reparación integral incluye otras medidas como (3) la rehabilitación por el daño causado, mediante la atención médica y psicológica, así como la prestación de otros servicios sociales necesarios para esos fines; (4) la satisfacción, a través de medidas simbólicas destinadas a la reivindicación de la memoria y de la dignidad de las víctimas; al igual que (5) garantías de no repetición, para asegurar que las organizaciones que perpetraron los crímenes investigados sean desmontadas y las estructuras que permitieron su comisión removidas, a fin de evitar que las vulneraciones continuas, masivas y sistemáticas de derechos se repitan”.

Como ya se ha dicho, este proyecto parte por considerar como afectaciones, graves e injustificadas, a la memoria y la dignidad de las víctimas, las conmemoraciones y exaltaciones públicas a favor de sus victimarios, por lo que concibe como un deber inaplazable del legislativo la incorporación al ordenamiento jurídico de disposiciones que tengan por finalidad la prohibición de este tipo de actos.

2.4. La libertad de Expresión: Contenido y alcance.

La libertad de expresión constituye una prerrogativa fundamental, imprescriptible e inalienable que constituye pilar básico de los modelos de Estado democráticos, cuyo contenido y alcance ha sido objeto de regulaciones en el ámbito internacional y nacional, siendo objeto de recurrentes pronunciamientos por organismos de protección, universal y regionales.

El artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, prescribe que *Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión*. Dicho mandato, guarda estrecha relación con el contenido en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero en el que se precisa que dicha libertad no tiene contenido absoluto ni alcance ilimitado, dado que *entraña deberes y responsabilidades especiales*:

1. *Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.*
2. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
3. *El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2° de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:*
 - a) *Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;*
 - b) *La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

De esta manera, este derecho implica una libertad relativizada por aspectos asociados a la reputación de las personas y a valores asociados a convivencia ciudadana, sin que ello, *per se*, habilite la imposición de restricciones que no respondan a criterios de *necesidad, proporcionalidad y razonabilidad*.

Estas mismas previsiones han sido retomadas en instrumentos regionales, como la Convención Europea de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El primero de estos tratados, alindera el espectro de esta libertad a partir de valores como *la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral*, así como de *la reputación o derechos ajenos*; en similares términos a los empleados por el pacto, esta convención precisa que la libertad de expresión constituye un derecho que entraña deberes y responsabilidades correlativas.

Artículo 10. Libertad de expresión

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El*

presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. (Subrayado fuera de texto).

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁰ en su artículo 11 reafirma el derecho a la libertad de expresión e información, anunciaba las medidas para asegurar la garantía de los derechos enunciados previamente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; es así como en el artículo 10 del Título Primero sobre derechos y libertades, proclama el mencionado derecho a la libre expresión¹¹ pero en su artículo 10.1 señala las restricciones de las que puede ser objeto este derecho “incidiendo, eso sí, en que las medidas –previstas por la ley– que limiten la libertad de expresión deberán resultar necesarias, en una sociedad democrática”¹².

Sobre el tema, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado sobre los límites al derecho a la libertad de expresión, expresando que no se trata de un derecho absoluto, por lo que tiene restricciones en casos de protección de derechos a terceros como en “*Garaudi V. France*” del 24 de junio de 2003, donde se discutía la negación del Holocausto en un libro, lo que violaba preceptos enmarcados en la convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

El TEDH ha admitido la restricción a la libertad de expresión en cuanto a conductas calificadas

¹⁰ Recoge en la legislación de la Unión Europea (UE) un conjunto de derechos personales, civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos y residentes de la UE: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3AI33501>.

¹¹ Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/libertad-de-expresion/>

¹² La libertad de expresión y la delimitación de sus contornos en la lucha contra el terrorismo. Por: Enara Garro Carrera- Investigadora Juan de la Cierva, Universidad del País Vasco.

como de apología y exaltación al terrorismo como ocurrió en el caso “*Hogefeld V. Germany*”¹³.

Por su parte, el artículo 13 de la Convención Americana prevé la posibilidad de restricciones de naturaleza legal, siempre que sean necesarias para asegurar: (i) *el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o (ii) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas*. Esta disposición internacional, mucho más explícita que las ya referidas, hace especial énfasis en la prohibición de la apología a la violencia o actos de odio.

Artículo 13. Libertad de pensamiento y de expresión

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
2. *El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:*
 - a) *el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o*
 - b) *la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*
3. *No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.*
4. *Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2°.*
5. *Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha proferido numerosos fallos en los que ha delimitado el espectro práctico de este derecho, estableciendo correlativos límites al poder

¹³ Se secuestró algunas entrevistas a un miembro de la RAF (Rote Arme Fraktion) como medida para evitar el reclutamiento de miembros y seguidores de estos grupos.

regulatorio de los Estados; entre las más importantes de estas providencias en los siguientes casos: (i) *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, 2001*; (ii) *Ivcher Bronstein Vs. Perú, 2001*; (iii) *Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2004*; (iv) *Ricardo Canese vs. Paraguay, 2004*; (v) *Palamara Iribarne vs. Chile, 2005*; (vi) *Claude Reyes y otros vs. Chile, 2006*; (vii) *Kimel vs Argentina, 2008*; (viii) *Tristán Donoso vs. Panamá, 2009*; (ix) *Ríos y otros vs. Venezuela, 2009*; (x) *Perozo y otros vs. Venezuela, 2009*.

La configuración y alcance de la libertad de expresión ha dado lugar a que en diferentes ordenamientos jurídicos, esencialmente penales, se hayan incorporados cláusulas restrictivas que sancionan actos públicos de apología.

En España, la Ley Orgánica 10 de 1995 del Código Penal y de la Ley Orgánica 5 de 2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, incorporó en el Código Penal el delito de enaltecimiento, en el artículo 578 que dice: “*El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años*”.

Señalando de esta manera una efectiva defensa a las víctimas que verían vulnerados sus derechos ante la apología u homenajes a sus victimarios.

En otras naciones como Alemania la legislación interna no permite las consignas nazis ni la exhibición de sus símbolos y, menos, afirmaciones favorables a Hitler o al nazismo en medios de comunicación. En otros términos como lo veremos, la apología del genocidio y su negación también están castigadas por ley.

A propósito, el Código Penal alemán, en su artículo 86 establece la prohibición de exaltación, propaganda o divulgación de organizaciones contrarias a derecho, de la siguiente manera:

“*Quien distribuya en el interior medios de propaganda [de organizaciones anticonstitucionales o asociaciones que se dirijan “contra los principios del entendimiento de los pueblos”] o los produzca para su divulgación en el país o en el exterior; los tenga disponibles, los introduzca o los exporte, o los haga accesibles públicamente en archivos de datos electrónicos (...) será castigado con pena privativa de la libertad hasta por tres años o con multa*”.

En Italia el Código Penal castiga “*la denominada propaganda referida al régimen fascista y nazi*” y “*la simbología y gestualidad del partido fascista y del partido nacionalsocialista alemán y sus relativas ideologías*”, con hasta dos años de cárcel; haciendo una clara defensa a

la memoria de las víctimas de los regímenes que tantas muertes causaron.¹⁴

En Colombia, de acuerdo con lo dicho en la introducción de esta exposición motiva, el artículo 102 del Código Penal vigente sanciona la apología al genocidio, aunado a la tipificación de conductas lesivas a la honra y buen nombre de las personas, como la *injuria* y la *calumnia*. Este marco normativo, ha dado lugar a abundante jurisprudencia constitucional, que en sede de tutela –fundamentalmente– ha dejado claro que el ejercicio de esta libertad está limitado por valores democráticos específicos, entre los que se puede contar la dignidad y memoria de las víctimas de graves crímenes.

2.5. Los derechos de las víctimas como factor limitador de la libre expresión.

Aunque la Constitución Política protege el derecho fundamental de la persona a la libertad de expresión y pensamiento en el artículo 20, igualmente es explícita en destacar el contenido social de este derecho, lo que supone en sí misma una autorización para establecer límites que sean necesarios, y resulten ser proporcionales y razonables en función del fin perseguido.

Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social”.

La configuración de esta disposición constitucional resulta compatible con la normatividad internacional referida en el punto anterior, y es en virtud de estos que debe ser entendida y aplicada.

La Corte Constitucional ha expresado, a propósito, “*Por su parte, de la libertad de expresión se exige que diferencie hechos de opiniones, y en la medida en que incluya supuestos fácticos equivocados o falsos, puede ser sometida a rectificación. También se encuentran prohibidas las apologías al racismo, al odio, a la guerra, y la pornografía infantil. Con todo, ambas libertades deben ejercerse responsablemente, pues no pueden irrespetar los derechos de los demás*”¹⁵.

Esta misma Corte ha reconocido que la libertad de expresión pudiera verse limitada con “*las causales que, de conformidad con los tratados internacionales que obligan a Colombia, podrían eventualmente justificar limitar la libertad de expresión en casos concretos, a saber: la*

¹⁴ Hasta la inclusión del artículo 293 bis en el Código Penal, que endureció en 2017 las penas para los transgresores de las normas y recoge ahora castigos de hasta cuatro años de prisión para los delitos de “apología del fascismo” y “reconstrucción del partido fascista”: https://www.huffingtonpost.es/2018/07/26/la-excepcion-franquista-por-que-lo-impensable-en-alemania-e-italia-todavia-es-posible-en-espana_a_23490351/

¹⁵ Sentencia T-243/2018 Corte Constitucional: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-243-18.htm>

preservación de la seguridad, el orden público, la salud o la moral públicas y los derechos de los demás. Estos componentes del interés público, sin embargo, están sujetos a una interpretación no expansiva sino altamente restrictiva. Ello implica que el interés público ha de materializarse en un interés puntualmente definido para evitar que categorías de interés público demasiado amplias terminen por erosionar la libertad de expresión”¹⁶.

En reiteradas providencias, de constitucionalidad y de tutela, la Corte ha desvirtuado la presunción de cobertura Constitucional de la libertad de expresión en cuatro casos: (i) la propaganda en favor de la guerra; (ii) la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo (modo de expresión que cubre las categorías conocidas comúnmente como discurso del odio, discurso discriminatorio, apología del delito y apología de la violencia); (iii) la pornografía infantil; y (iv) la incitación directa y pública a cometer genocidio.

Lo anterior evidencia que constitucionalmente si es posible limitar el derecho a la libre expresión en defensa a las víctimas, que no tendrían por qué ser objeto de revictimización con manifestaciones públicas de exaltación o conmemoración de personas sancionadas por violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario, narcotráfico o terrorismo, así como a las organizaciones armadas al margen la ley.

Como lo señaló la Corte en la Sentencia T-391 de 2007, considerada como hito en la jurisprudencia: *“La libertad de expresión, a semejanza de los demás derechos, no es un derecho absoluto, en ninguna de sus manifestaciones específicas (libertad de expresión stricto sensu, libertad de información o libertad de prensa); puede eventualmente estar sujeta a limitaciones, adoptadas legalmente para preservar otros derechos, valores e intereses constitucionalmente protegidos con los cuales puede llegar a entrar en conflicto. Sin embargo, como se ha enfatizado en los apartes precedentes, el carácter privilegiado de la libertad de expresión tiene como efecto directo la generación de una serie de presunciones constitucionales –la presunción de cobertura de toda expresión por el ámbito de protección constitucional, la sospecha de inconstitucionalidad de toda limitación de la libertad de expresión, la presunción de primacía de la libertad de expresión sobre otros derechos, valores o intereses constitucionales con los cuales pueda llegar a entrar en conflicto y la presunción de que los controles al contenido de las expresiones constituyen censura”*.

De conformidad con dicho precedente, una de las justificaciones más obvias para limitar la libertad de expresión, se da ante la posibilidad de que ese

derecho pueda llegar a entrar en conflicto con los derechos constitucionales de terceras personas, que son objeto de protección constitucional.

En términos de la misma providencia,

*“El conflicto que se puede suscitar entre el ejercicio de la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones y la preservación del orden público ha dado lugar a importantes líneas jurisprudenciales en el derecho comparado, que son pertinentes en tanto herramientas para la delimitación de las posibles circunstancias en que se puede invocar una necesidad de orden público para limitar la libertad de expresión. A modo de ejemplo, se pueden citar las categorías jurisprudenciales de “incitación”, “palabras agresivas” y “audiencias hostiles”, y los casos –particularmente estudiados por la Corte Europea de Derechos Humanos– de limitaciones de la libertad de expresión ante amenazas presentes y claras o actos de terrorismo.”*¹⁷

Ahora bien, en criterio del Tribunal Constitucional las medidas restrictivas de derechos fundamentales, como la que pretende incorporarse al ordenamiento jurídico nacional por vía de esta iniciativa legislativa, necesariamente deben satisfacer criterios de proporcionalidad, además de ser necesarias y razonables en relación con el fin propuesto (la defensa y respeto de la dignidad de las víctimas de graves crímenes).

*El juicio de proporcionalidad consta de distintas etapas, cuya aplicación en cada caso depende de la intensidad, habiendo sido señalado por la Corte que el juicio puede ser leve, intermedio o estricto, de acuerdo con la materia de que se trate, y que el grado de severidad del juicio determina cuáles etapas del mismo deben ser examinadas. Ha dicho la Corte que cuando la aplicación del juicio es leve es suficiente con establecer que el fin propuesto por la norma se ajusta a la Constitución y es apto para lograr el fin propuesto. También ha indicado que el test intermedio es más exigente, por cuanto en este caso debe corroborarse que la medida, además de ser legítima y apta, es efectivamente conducente para lograr el fin propuesto. Finalmente, la jurisprudencia ha determinado que cuando el juicio es estricto, también se debe estudiar si la norma es necesaria y estrictamente proporcional. En cuanto a los pasos, la Corte ha establecido que se debe establecer: (i) si el fin perseguido por la norma o medida que se analiza es legítimo desde la perspectiva constitucional; (ii) si la norma o medida es adecuada para el logro del fin perseguido; (iii) si la norma es necesaria, es decir, si no existen medios menos onerosos para lograr el objetivo buscado; y (iv) si la norma es estrictamente proporcional, con lo cual se indaga si los beneficios que se derivan de su adopción superan las restricciones que ella conlleva sobre otros derechos y principios constitucionales –en una relación de costo–beneficio.*¹⁸

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-391-07.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-417/09.

¹⁶ Sentencia /T-391-07.

Aun aplicando el *test o juicio estricto* de proporcionalidad a fin de determinar la constitucionalidad de la iniciativa, se obtienen resultados favorables a la misma en cuanto que: (i) el fin que persigue resulta legítimo desde el punto de vista constitucional, en razón a que pretende la defensa de la dignidad y los derechos de las víctimas de graves crímenes (artículo 4° C. P.), reafirmar el deber de memoria del Estado, a partir de la reconocida primacía de los derechos de las víctimas¹⁹ y el marco de obligaciones internacionales que condicionan la actividad estatal; (ii) la proscripción legal y el establecimiento de correctivos de carácter administrativo de actos públicos de conmemoración o exaltación de personas judicialmente declaradas como responsables de los crímenes a los que alude el artículo 1° y 2° del proyecto, resulta adecuada al fin que se propone dada su compatibilidad con la normatividad internacional y nacional, y sus desarrollos jurisprudenciales, que regulan el deber y el derecho a la memoria y a la necesidad de la sociedad de desincentivar actos apologéticos que afectan la dignidad de las víctimas de graves crímenes y, en último término, la convivencia y la reconciliación nacional; (iii) del espectro amplio de mecanismos de corrección o control social de que dispone el Estado, la iniciativa recurre a medidas administrativas de naturaleza policiva, por considerar que el empleo del derecho penal en las situaciones o contextos a los que alude resultarían excesivas o demasiado lesivas a otros derechos; y finalmente, (iv) la restricción de la libertad de expresión en los casos de que trata el proyecto, se justifica en el cumplimiento deberes estatales de rango convencional y constitucional, la supremacía de los derechos de las víctimas de este tipo de crímenes y al propósito social de preservar la memoria histórica de un país flagelado por décadas de violencia y subculturas de ilegalidad que merecen el reproche intergeneracional. Bajo estas específicas condiciones de tensión de derechos, la restricción de ciertas libertades resulta ser menos onerosa en relación con los fines propuestos y el contenido de los demás derechos fundamentales que pretende preservar y promocionar.

3. ALCANCE Y JUSTIFICACIÓN DEL PROYECTO.

Conforme lo previsto en el artículo 1° del presente proyecto de ley, esta iniciativa tiene por objeto promover el respeto y defensa de la dignidad y la memoria de las víctimas al Derecho Internacional de los Derechos Humanitario, narcotráfico y actos terroristas, mediante la prohibición de conmemoraciones públicas a sus victimarios. El proyecto refiere, de esta manera, a las víctimas de los delitos más graves, sin que ello enerve el derecho de quienes han sufrido cualquier otra clase de delitos, a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

El proyecto consta de seis (6) artículos, incluido el relativo a la vigencia de la norma,

mediante los cuales se adoptan medidas para prevenir y sancionar administrativamente los actos o conmemoraciones públicas a favor de organizaciones armadas al margen de la ley, aún después de su desestructuración, y a las personas sancionadas por los mencionados delitos.

Apoyando en el deber del Estado de promover y proteger la memoria histórica y de llevar a cabo acciones tendientes a la defensa de la dignidad de las víctimas de estos delitos, como parte de compromisos internacionales reconocidos mediante la ratificación de Tratados como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la iniciativa busca incorporar al ordenamiento nacional una prohibición expresa a la celebración de tales actos, por considerarlos atentatorios de la honra de este grupo poblacional de especial protección, de la convivencia ciudadana y la moralidad pública.

Como fue ampliamente expuesto en precedencia, el Estado y sus autoridades tienen la obligación de adoptar mecanismos de prevención y sanción de conductas que entrañen una negación de los crímenes cometidos o la conmemoración de sus perpetradores, comoquiera que suponen un acto de invisibilización y desconocimiento de la dignidad de las víctimas.

Situaciones como la apertura al público de una *casamuseo* para conmemorar la memoria del narcotraficante de Pablo Escobar²⁰ en la ciudad de Medellín, o los homenajes públicos a condenados por violaciones a los derechos humanos y de infracciones al derecho internacional humanitario, como Pedro Antonio Marín (alias Tiro Fijo), Guillermo León Sáenz Vargas (Alias Alfonso Cano)²¹ o a Víctor Julio Suárez Rojas (alias Mono Jojoy)²², al igual que la realización de actos proselitistas o apologéticos como la exhibición de emblemas alusivos a grupos armados al margen de la ley, merecen un especial reproche por el ordenamiento jurídico y la sociedad nacional. El paso del tiempo no puede terminar desdibujando las responsabilidades de quienes han sido declarados judicialmente como responsables de crímenes que afectan gravemente la estabilidad y el orden público interno, ni mucho menos constituir un acto de desprecio implícito a sus inocentes víctimas.

La necesidad de preservar la memoria del país, de sus tragedias y sus logros, debe convocar los esfuerzos de la sociedad civil y de las autoridades públicas para actuar con firmeza y determinación frente a actos que deshonoran la memoria de los afectados, de modo que se inviertan los valores

²⁰ <https://www.semana.com/nacion/articulo/museo-de-pablo-escobar-en-medellin-fue-cerrado-por-inclumplir-normas-turisticas/583735>

²¹ <https://www.elspectador.com/noticias/paz/con-salsa-y-un-documental-se-prepara-homenaje-alfonso-cano-exje-fe-de-las-farc-articulo-721298>

²² http://caracol.com.co/radio/2017/09/22/politica/1506110533_795974.html

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencias T-595/13 y C-180/14.

sociales y las responsabilidades históricas por la tragedia de la violencia que ha vivido el país durante varias décadas.

Concretamente, la etapa de transición seguida a la firma del acuerdo entre el Gobierno nacional (2010-2018), y la necesidad de reconciliación no es suficiente razón para desconocer la realidad de nuestra tragedia como nación; la reconstrucción del tejido social raído por la multiplicidad y atrocidad de los actores armados extintos o que hoy buscan incorporarse a la legalidad, demanda la preservación de la memoria y la dignificación de los afectados, por lo que en nada contribuye a este propósito la exaltación y evocación nostálgica de los criminales. En todo caso, lo previsto en esta iniciativa no tiene por propósito desconocer los derechos jurídicos obtenidos por quienes se acogieron a dicho pacto político, sino establecer límites racionales, razonables y proporcionales a ciertas expresiones públicas, por lacerar la dignidad de sus víctimas y suponer un ejercicio de revisionismo histórico con el que se pretende invertir responsabilidades y justificar lo injustificable desde lo moral y lo jurídico.

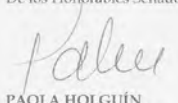
Estas y las próximas generaciones de colombianos tienen la obligación de mantener vivo su pasado y las consecuencias de subculturas ilícitas que han afectado su identidad y su reputación como sociedad, con el fin de que el olvido no dé cabida a la reinvencción de la criminalidad o el reencauche de prácticas criminales de las que, por lo menos en la actualidad, aún se tiene conciencia.

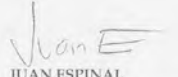
El conocimiento por un pueblo de la historia de su represión, pertenece a su patrimonio y, como tal, debe ser preservado por medidas apropiadas en el nombre del deber a la memoria que le incumbe al Estado. Esas medidas tienen por objeto la finalidad de preservar del olvido la memoria colectiva, principalmente para prevenir el desarrollo de tesis revisionistas y negacionistas.

(Principio No. 2, del *Derecho a Saber*. Consejo Económico y Social de la ONU, Distr. General E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev. 12 octubre de 1997)

De los honorables Senadores,


De los Honorables Senadores,


PAOLA HOLGUÍN
Senadora de la República


JUAN ESPINAL
Representante a la Cámara

SENADO DE LA REPÚBLICA
Secretaría General (Art. 139 y ss Ley 5ª de 1.992)

El día _____ del mes _____ del año _____
se radicó en este despacho el proyecto de ley
Nº _____ Acto Legislativo Nº _____ con todos y
cada uno de los requisitos constitucionales y legales
por: _____


SECRETARIO GENERAL

SENADO DE LA REPÚBLICA
SECRETARIA GENERAL

Tramitación Leyes

Bogotá, D. C., 9 de abril de 2019

Señor Presidente:

Con el fin de repartir el Proyecto de ley número 257 de 2019 Senado, *por medio de la cual se promueve el respeto y la defensa de la dignidad y memoria de las víctimas de graves crímenes y se dictan otras disposiciones*, me permito remitir a su Despacho el expediente de la mencionada iniciativa, presentada el día de hoy ante la Secretaría General del Senado de la República por la honorable Senadora *Paola Andrea Holguín Moreno*; honorable Representante *Juan Fernando Espinal Ramírez*. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Primera. Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones Constitucionales y Legales.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 9 de abril de 2019

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el precitado proyecto de ley a la Comisión Primera Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional para que sea publicado en la *Gaceta del Congreso*.

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Ernesto Macías Tovar.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

* * *

PROYECTO DE LEY NÚMERO 258 DE 2019
SENADO

por la cual se establece el fuero de paternidad, se amplía el periodo de presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia, y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Ampliación del periodo de presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia.* Modifíquese el numeral 2 del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo dentro de los seis (6) meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

Artículo 2°. *Protección integral del que está por nacer.* El Código Sustantivo del Trabajo tendrá un nuevo artículo 240A, el cual quedará así:

Artículo 240A. Fuero de Paternidad. El fuero de paternidad es una institución que busca garantizar el desarrollo armónico e integral de los niños, desde que son concebidos hasta los primeros meses de vida. Para tal efecto, se establecen las siguientes medidas:

1. Se prohíbe el despido de todo trabajador cuya cónyuge, pareja o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo y no tenga un empleo formal. Esta prohibición se activará con la notificación formal al empleador del estado de embarazo de la cónyuge, pareja o compañera permanente, y una declaración, que se entiende presentada bajo la gravedad del juramento, de que ella carece de un empleo formal. la notificación podrá hacerse verbalmente o por escrito.

En ambos casos el trabajador tendrá hasta un (1) mes para adjuntar la prueba que acredite el estado de embarazo de su cónyuge o compañera permanente. Para tal efecto, serán válidos los certificados médicos o los resultados de exámenes realizados en laboratorios clínicos avalados y vigilados por las autoridades competentes.

2. La medida de prohibición de despido cobijará al padre trabajador durante el embarazo de su cónyuge, pareja o compañera permanente y dentro de los seis (6) meses posteriores al parto.
3. Para poder despedir a un trabajador cobijado con el fuero de paternidad, el empleador requerirá la autorización del inspector del trabajo, o del alcalde municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario.

Esta autorización solo podrá concederse con fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír al trabajador y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes.

4. Los trabajadores de que trata el numeral uno (1) de este artículo que sean despedidos sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.

Artículo 3°. *Vigencia y derogatorias.* La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.



DIDIER LOBO CHINCHILLA
Senador de la República

ANTECEDENTES

ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD

El ciudadano **Wadys Tejada Flórez** en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en el artículo 241 de la Constitución Política, “*solicita a la Corte Constitucional que declare la constitucionalidad condicionada del numeral 1 del artículo 239 y del numeral 1 del artículo 240 del Decreto-ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo)*”¹.

“*El demandante basa su inconformidad en que el numeral 1 del artículo 239 y el numeral 1 del artículo 240 del Decreto-ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo) vulneran los artículos 11, 13, 42, 43, 44, 48 y 53 de la Constitución Política y el numeral 2 del artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW)*”.

Expresa que “*las disposiciones acusadas no protegen a las mujeres no trabajadoras que dependen económicamente de su cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a) –lo que afectaría el sustento y acceso a la seguridad social de la mujer embarazada y del menor por nacer, o de la mujer lactante y de su hijo-; razón por la que (iv) la protección debe hacerse extensiva a la mujer embarazada no trabajadora que dependa económicamente de su cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a)*”².

La Corte resume las pretensiones y fundamentos del demandante en el siguiente párrafo:

“*En efecto, de manera sencilla, pero suficiente, el demandante plantea una contradicción entre el contenido normativo acusado que regula la estabilidad laboral reforzada de la trabajadora gestante o lactante, y los mandatos de la Constitución que imponen al Estado un deber de asistencia y protección a la mujer durante el embarazo y después del parto, así como al recién nacido. La contradicción surge, para el actor, del hecho de que la protección constitucional no distingue entre mujeres trabajadoras y no trabajadoras que se encontraran en dichas circunstancias, pero el legislador sí lo hace, reservando la protección únicamente para aquellas.*”³ Para sustentar la censura el demandante, además de mencionar la normatividad superior que considera infringida (artículos 11, 13, 42, 43, 44, 48 y 53 C. P.) refiere a los fundamentos que conforme a la jurisprudencia de esta Corte justifican el fuero de maternidad y estima que esta garantía debe ser extendida a la mujer no trabajadora que depende económicamente de su pareja, comoquiera que más allá de la discriminación que en el campo laboral pueda generar su estado, hay otros intereses, valores y

¹ C-005-2017.

² El subrayado es nuestro.

³ El subrayado es nuestro.

derechos que subyacen en esa protección y que son comunes a la mujer gestante trabajadora o no.”

OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA Y EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA DEL NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO 239 Y DEL NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO 240 DEL DECRETO-LEY 2663 DE 1950 (CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO) C-005-17

El Fallo **005-17** establece **que existe una omisión legislativa** relativa en relación con estas dos normas del CST;

“La omisión que acusa el demandante en efecto tiene el carácter de relativa comoquiera que recae sobre los enunciados normativos que regulan:

(i) la prohibición de despedir a una trabajadora por motivo de embarazo o lactancia (Numeral 1 del artículo 239 C.S.T.);

(ii) el requerimiento de autorización del Inspector del Trabajo, o en su defecto del Alcalde Municipal para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto (Numeral 1 del artículo 240 C.S.T.).”

La Corte Constitucional en el precitado fallo resuelve declarar la exequibilidad condicionada del numeral 1 del artículo 239 y del numeral 1 del artículo 240 del Decreto-ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la).

PROYECTO DE LEY NÚMERO 238 DE 2013

El entonces Senador de la República Félix José Valera Ibáñez el 17 de abril de 2013 presentó ante el Senado de la República el Proyecto de ley número 238⁴ de 2013 por la cual se establece el fuero de paternidad, se amplía el periodo de presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia, y se dictan otras disposiciones.

Fue publicado en la *Gaceta del Congreso* número 213 de abril de 2013, se tramitó por la Comisión Séptima de Senado, se publicó ponencia en la *Gaceta del Congreso* número 364 de 2013 de Senado y la *Gaceta del Congreso* número 197 de 2014 de Cámara, plenaria de Senado, *Gaceta del Congreso* número 436 de 2013, archivado⁵ finalmente por vencimiento de términos.

Este proyecto se fundamentaba en la especial protección que nuestra Constitución brinda a la mujer embarazada y a los niños considerados como sujetos de especial protección en artículos como el 13, 43, 44,50 y 53.

Agradecemos la colaboración de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC),

⁴ En la Cámara Proyecto de ley número 182 de 2013.

⁵ Artículo 190 de la Ley 5ª de 1992.

por intermedio de su docente Carmen Graciela Flórez Peña en la redacción de este proyecto.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

INTRODUCCIÓN

Sea lo primero advertir que de ninguna manera esta iniciativa se contrae o reduce a proteger derechos del varón trabajador haciendo extensivo el fuero de maternidad, puesto que claramente trasciende su finalidad a la protección de la familia, pero en especial a los niños y niñas de este país que gozaran de esta garantía.

Durante mucho tiempo en nuestra sociedad se ha discriminado a las minorías, al negarles el reconocimiento y disfrute de muchos de sus derechos, con lo cual ahogan su voz y estrangulan sus posibilidades con la conocida regla de las mayorías, sin embargo existe entre nosotros una mayoría que comparte este desigual tratamiento; sometida a la instrumentalización sexual durante milenios, negándole la lúdica, la educación, los mínimos derechos políticos a pesar de haberlos ganado con su participación en cruentas revoluciones, menospreciada y denostada por igual por pensadores políticos y religiosos, al acumular durante todos estos años tal experiencia de exclusión, marginación y discriminación que hoy exige que no se le incluya en la palabra o concepto hombre, sino que se le llame por su nombre de mujeres.

Se han dado grandes avances en el reconocimiento de los derechos de las minorías, como también de las mujeres en general, tanto por la vía legislativa como producto del activismo judicial con reglas jurisprudenciales claramente imposibles en el ámbito de predominancia de la regla de las mayorías.

Nuestra sociedad cada día con mayor velocidad navega en dirección de adoptar mayores espacios de igualdad entre todos, como lo evidencia la historia de evoluciones que muestran todo el terreno ganado por sujetos anteriormente sometidos a mayores cargas y por fuera de la posibilidad de disfrutar sus derechos de manera plena e integral o por lo menos como el resto de las personas.

En este sentido hemos querido contribuir con un paso más en la conquista de la igualdad de los derechos entre hombres y mujeres, esta vez en el marco de las relaciones laborales y familiares en las que desde tiempos del derecho romano imperaba un feroz patriarcado que incluso despersonalizaba a las mujeres, asignando incluso en la actualidad en la que la mujer ya participa en las actividades laborales, el rol de cuidado asistencia de los hijos y familiares, como una función naturalmente femenina de la que se excluía de responsabilidades a los varones.

El trato diferenciado que contienen implícitamente las normas que se pretenden modificar con este proyecto, están en un contexto de asignación de roles tradicionales a hombres y mujeres que ha llevado a aumentar la inequidad de género, *al entender que el embarazo y la lactancia es un asunto que solo*

concierna a la mujer portadora de dicha condición. Esta visión excluye injustamente a su pareja de una participación activa, directa y autónoma en esta situación familiar que, se insiste, demanda particulares apoyos emocionales y de estabilidad, que provee el empleo⁶.

Sin embargo, nuestro Derecho laboral y jurisprudencia constitucional como normas internacionales que nos vinculan desde hace tiempo han planteado igualdad progresiva hasta el punto de regular no solo aspectos laborales sino también familiares, planteando una verdadera igualdad entre hombres y mujeres.

El presente proyecto de ley se basa en muy buena parte en los considerandos de la Sentencia C-005 de 2017 y toma la decisión del referido fallo como un motivo o causa para introducir la adición propuesta al CST.

En el fallo intervienen dos bloques, divididos entre quienes piden la exequibilidad simple y la exequibilidad condicionada; estas dos posiciones serán tratadas en este proyecto

La Sentencia de Unificación SU-070-13 declara que la mujer en estado de embarazo, es protegida de manera preferencial por la Constitución, **como gestadora de vida** y por ser *completa* incluye la protección a la maternidad y la lactancia.

En palabras de la Corte:

“Un tercer fundamento de la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional, especialmente el preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia⁷. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es”.

El Estado colombiano, sin exigir requisito alguno, debe proporcionar asistencia y protección a la mujer en estado de embarazo y durante la lactancia, incluyendo dentro de esta cobertura a las mujeres embarazadas trabajadoras como también a las no trabajadoras con vinculación o dependencia económica de su cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a)”.

Al recoger pronunciamientos sobre el tema, las Universidades del Rosario, Ibagué, Antioquia y la Universidad Industrial de Santander (UIS), expresan que el legislador debe darle asistencia y protección a la mujer embarazada o lactante que depende económicamente de su pareja trabajadora, en el entendido de que se trata del niño o niña lactante o que está por nacer, introducir igualdad entre hombres y mujeres en los ámbitos familiar y laboral, que permitan que los primeros puedan acceder a garantías familiares y laborales

autónomas por su condición de padre y no derivadas de las que posee la mujer.

El artículo 43 de la Constitución refiriéndose a la asistencia y protección de que debe gozar la mujer durante el embarazo y después del parto, no hace distinción alguna entre mujeres trabajadora y no trabajadoras.

Artículo 43. *La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades.* La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado colombiano tiene la obligación internacional de garantizar los derechos de las mujeres durante el periodo de gestación y lactancia, dicho por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-070-13 *“Existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado. Es decir, se trata de una protección no solo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, de todas las mujeres⁸.”*

Se trata en interés de la vida y de los niños proteger a la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo con el fuero de maternidad, con el fin de que no sea desvinculada por causa u ocasión del embarazo o la lactancia.

OBJETO DEL PROYECTO

Tal como lo contemplaba el Proyecto de ley número 238 de 2013 con el que se pretendió introducir esta figura (fuero de paternidad), este nuevo proyecto con la fuerza jurídica de la exequibilidad condicionada⁹ del numeral 1 del artículo 239 y del numeral 1 del artículo 240 del Decreto-ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo) tiene como objeto; *“robustecer las garantías constitucionales consagradas a favor de los niños, incluidos los que están por nacer, por medio de la introducción de una institución como el Fuero de Paternidad, la cual deberá extenderse por toda la legislación colombiana, y especialmente aquella relativa a los trabajadores. Para lograr ese cometido, proponemos adicionar un nuevo artículo al Código Sustantivo del Trabajo, que contemple situaciones como: i) prohibición de despido del trabajador cuya cónyuge o compañera permanente se encuentre embarazada y no tenga empleo formal; ii) deber de notificar formalmente al empleador para activar la medida de prohibición de despido comprendida en el fuero de paternidad; iii) declaración del padre trabajador, que se entiende presentada bajo*

⁸ El subrayado es nuestro.

⁹ En el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al (la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel (la).

⁶ C-005-17.

⁷ SU-070-13.

la gravedad del juramento donde se afirme que la cónyuge o compañera permanente carece de empleo formal; iv) necesidad de autorización del Inspector de Trabajo para poder despedir a un trabajador con fuero de paternidad, etc.

Adicionalmente, y en aras de ampliar ese marco de asistencia y protección para los niños, el proyecto de ley modifica el término establecido en el numeral 2 del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, y lo amplía de tres (3) a seis (6) meses, en concordancia con el término previsto en el mismo código para los descansos remunerados durante la lactancia.

DERECHO COMPARADO

En el derecho comparado latinoamericano también podemos encontrar antecedentes de la institución del Fuero de Paternidad o Fuero Paternal. En Chile y Venezuela se han presentado a consideración de los órganos legislativos iniciativas encaminadas a reforzar la protección de los niños, mediante la adopción de distintas medidas, entre las cuales se incluye la inamovilidad laboral de los padres, cobijando por igual a mujeres y hombres.¹⁰

PROTECCIÓN INTERNACIONAL

Igualmente, el Estado colombiano se ha obligado internacionalmente a garantizar los derechos de las mujeres durante el periodo de gestación y de lactancia.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25 señala que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”, mientras que el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, señala que “se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”. Por su parte, el artículo 12.2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), señala que “los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario”.

Apartir de estos referentes la jurisprudencia de esta Corte reconoció que “existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado. Es decir, se trata de una protección no sólo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, de todas las mujeres”.

FUNDAMENTOS PARA PROTEGER LA MUJER GESTANTE O LACTANTE NO TRABAJADORA QUE DEPENDE

ECONÓMICAMENTE DE SU PAREJA TRABAJADORA

De la lectura atenta de nuestro artículo 43 Constitucional, se concluye que la mujer gestante o lactante recibe una protección amplia y objetiva, que claramente no distingue diferencias entre la mujer embarazada o lactante trabajadora de la no trabajadora.

Artículo 43. *La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación.*

Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

Así mismo, como se expresó en el acápite anterior, en las mismas condiciones, este sujeto portador de derechos es objeto de una protección internacional, de parte de varias regulaciones internacionales de las que Colombia hace parte; como la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25;

Artículo 25.

1.
2. *La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.*

El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) en su artículo 10 numeral 2;

Artículo 10

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. ...
2. *Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.*

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su artículo 12 numeral 2;

Artículo 12

1. ...
2. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.*

¹⁰ Tomado del archivado Proyecto de ley número 238 de 2013 con plena vigencia y actualidad.

En plena armonía con los preceptos anteriores la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en una sentencia de unificación¹¹, en su Fundamento número 11, recoge el sentido indiferenciado de la protección a la mujer embarazada y lactante;

11. En el mismo sentido, el Estado colombiano se ha obligado internacionalmente a garantizar los derechos de las mujeres durante el periodo de gestación y lactancia. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25 señala que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”, mientras que el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, señala que “se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto”. Por su parte, el artículo 12.2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw, por sus siglas en inglés), señala que “los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el periodo posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario”.

De las anteriores disposiciones se sigue que existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado. Es decir, se trata de una protección no sólo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, de todas las mujeres.

MUJER EMBARAZADA O LACTANTE GESTADORA DE VIDA

En la historia¹² durante años, la mujer embarazada se discrimina por el embarazo, la lactancia y los cuidados de los hijos, situación que en el siglo XXI en el que estamos ha cambiado, en clave de protección e igualdad, comenzando por el cambio de roles de la maternidad y paternidad.

La mujer es portadora y dadora de vida y merece protección prevalente desde que comienza a gestar vida y por esa razón toda protección de sus derechos se extiende al hijo que espera.

Nuestro tribunal en múltiples jurisprudencias¹³ ha insistido en proteger a la mujer embarazada de manera preferencial, por producir o gestar vida, qué sería incompleta si no abarcara la maternidad, la protección de los niños y la familia.

¹¹ SU-070-13

¹² Ya la Corte había dicho en la Sentencia T-179 de 1993 (Magistrado Ponente, doctor Alejandro Martínez Caballero): “La necesidad de proteger a las mujeres en estado de embarazo radica en la protección como “gestadora de la vida”. Esta condición que por siglos la colocó en una situación de inferioridad, sirve ahora para enaltecerla.”

¹³ T-179-93, T-694-96.

Un tercer fundamento de la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es.

La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es. Ahora bien, la protección reforzada de la mujer embarazada, estaría incompleta si no abarcara también la protección de la maternidad, es decir, la protección a la mujer que ya ha culminado el periodo de gestación y ha dado a luz. En esa medida, dicho mandato guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia. En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, buscando entre otros, “garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos”¹⁴.

PROTECCIÓN A LA FAMILIA

La familia tiene una particular importancia en nuestra Constitución considerada como la institución básica de la sociedad, protegida por la sociedad y el Estado;

Se trata de un deber de protección que vincula a todas las autoridades públicas, debe abarcar todos los ámbitos de la vida social, y aunque adquiere una particular relevancia en el ámbito laboral (fuero de maternidad) comoquiera que, debido a la maternidad, la mujer ha sido y sigue siendo objeto de graves discriminaciones en las relaciones de trabajo, involucra también otros ámbitos como la preservación del valor de la vida, la protección de la familia, la asistencia y la seguridad social y el interés superior del menor¹⁵.

Es dentro de este marco Constitucional que se debe proteger la maternidad, la mujer gestante y lactante.

“si la mujer que va a tener un hijo, o la madre que acaba de tenerlo, no recibieran un apoyo específico, los lazos familiares podrían verse gravemente afectados.”¹⁶.

LA CONCILIACIÓN ENTRE VIDA FAMILIAR, PERSONAL Y LABORAL

¹⁴ SU-070-13.

¹⁵ C-05-17.

¹⁶ Sentencia C-470 de 1997.

La sentencia en comento, la C-05 de 2017 expresa que en el estado actual del derecho laboral, trabajo y vida familiar no tienen por qué ser incompatibles si se quiere igualdad de trato, de no discriminación y efectiva igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo, para que las mujeres no accedan y permanezcan en los empleos.

Los roles de hombres y mujeres hoy son otros, para obtener plena igualdad entre ambos y dejar de cargarle el peso de las responsabilidades familiares solo a la mujer:

Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) declara que los Estados Partes^L reconocen que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia.

Adiferencia de lo que pasaba antes, hoy hombres y mujeres que trabajan tienen responsabilidades familiares con el conocimiento de Estado, que debe facilitar la conciliación entre la vida familiar y laboral de los trabajadores y trabajadoras.

Las garantías y protección de la familia, cuidado de los hijos, no tenía autonomía alguna, era un rol femenino y por eso se derivaba siempre de las mujeres, dejando la paternidad en un segundo plano, lo que motivó a que la OIT en el convenio de igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, dijera;

*“Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las **personas con responsabilidades familiares** que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales”¹⁷.*

Reiterado por la Recomendación 165 de la OIT, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares que dice:

“12. Deberían tomarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades.”

“deberían adoptarse y aplicarse medidas para prevenir la discriminación directa o indirecta basada en el estado matrimonial o las responsabilidades familiares”.

¹⁷ Convenio 156 de la OIT sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, establece en su artículo 3° (1.1.) que

“16. El estado matrimonial, la situación familiar o las responsabilidades familiares no deberían constituir de por sí causas justificadas para denegar un empleo a un trabajador o para terminar la relación de trabajo”.

“para que las condiciones de empleo sean tales que permitan a los trabajadores con responsabilidades familiares conciliar sus responsabilidades profesionales y familiares.”

Por último la Corte cita la Convención sobre los Derechos del Niño que en su preámbulo, *proclama que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, quienes tienen derecho a recibir de sus padres la protección y la asistencia necesarias para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad y así poder crecer en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, para lo cual, sin duda alguna, un cambio en los roles laborales y familiares de trabajadores y trabajadoras constituye un presupuesto ineludible.*

Evolución de la conciliación en el derecho laboral

La llegada de la mujer al mercado laboral ha marcado diferentes fases¹⁸ en el derecho laboral que comenzó con el doble rol de la mujer en el hogar y el trabajo, por el **cual la conciliación entre familia y trabajo no era un asunto de hombres**, para después tímidamente involucrar a los padres en el permiso de maternidad, pero con la paternidad todavía accesoria y subordinada en cuanto a la atención y cuidado de los hijos, hasta que vino un cambio importante en el que los derechos de conciliación destinados al cuidado y atención de hijos y familiares son derechos individuales de los trabajadores, ya sean estos hombres o mujeres (titularidad indiferenciada). **Se espera un cambio cultural que supere el tradicional reparto de roles familiares que dejan por fuera al hombre del cuidado y atención de sus hijos.**

Avances de la jurisprudencia Constitucional en la igualdad, conciliación del ámbito familiar y laboral¹⁹.

Estabilidad laboral reforzada de la maternidad y la lactancia con cuatro premisas;

1. En el mandato contenido en el artículo 43 de la Constitución Política en relación con la *“especial asistencia y protección del Estado”* a la mujer en estado de embarazo y después del parto;
2. En la protección de la mujer embarazada o lactante contra la discriminación en el ámbito

¹⁸ Alameda Castillo, María Teresa “Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar: suspensión del contrato de trabajo y prestación de paternidad. En Mercader Uguina Jesús (Coord.). Comentarios laborales a la ley de igualdad entre mujeres y hombres, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007. pp. 496 y 498.

¹⁹ En este acápite como en los otros tomamos en su mayor parte los contenidos de la Sentencia C-05 de 2017.

del trabajo, garantía habitualmente conocida como fuero de maternidad²⁰, que tiene como fin impedir el despido o la terminación del contrato causados por el embarazo o la lactancia;

3. En la concepción de la vida como valor fundante dentro del ordenamiento constitucional (Preámbulo y artículo 11) y la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas establecida en el artículo 44 Superior; y
4. En la relevancia de la familia dentro del orden constitucional colombiano, como institución básica de la sociedad, en atención a lo cual recibe una salvaguardia integral de parte de la sociedad y del Estado contenida en los artículos 5° y 42 de la Constitución Política²¹.

La Sentencia SU-389 de 2005²², la Corte Constitucional *extendió a los padres cabeza de familia* las medidas de estabilidad laboral reforzada previstas para las madres cabeza de familia²³, considerando que esta medida (retén social) buscaba proteger la **unidad familiar** y especialmente el **bienestar de los menores** que se encontraran al cuidado de sus padres, fundamentado en el artículo 44 de la Constitución Política y en el **principio de interés superior del niño**.

La Sentencia C-273 de 2003²⁴, al declarar inexecutable un aparte del artículo 1° de la Ley 755 de 2002 que regula la licencia de paternidad, la Corte destacó el **interés superior del niño y la garantía de la plena satisfacción de sus derechos**, como fundamento de esta prestación.

“Exaltó la idea de que el padre se involucre activamente en la crianza de las hijas o hijos brindándoles asistencia, protección, cuidado y amor desde los primeros días de vida, lo cual es fundamental para su desarrollo armónico e integral, que parte del concepto de familia como núcleo fundamental de la sociedad (artículos 42 y 44 de la Constitución).”

La Sentencia C-174 de 2009²⁵ la Corte amplió y unificó la cobertura de la licencia de paternidad.

Como en el anterior fallo la Corte expresó:

La importancia de que el padre se involucre activamente en la crianza de las hijas o hijos brindándoles asistencia, protección, cuidado y amor desde los primeros días de vida, como factor fundamental para su desarrollo armónico e integral, en el contexto de la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

Recuerda el origen de dicha licencia:

*“La licencia de paternidad tuvo su origen en la O.I.T., con el ánimo que el hombre desempeñe un rol más activo en el cuidado de los hijos desde sus primeros días de nacidos, llevó a la Organización Internacional del Trabajo a adoptar la Recomendación 165 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981, cuyo numeral 22 hizo explícito que durante un periodo inmediatamente posterior a la licencia de maternidad, **también el padre debería tener posibilidad de obtener una licencia sin perder su empleo y conservando los derechos que se derivan de él, a lo que denominó licencia parental**. Así mismo, dejó en libertad de cada país su determinación, que debería introducirse en forma gradual.*

De igual modo, la OIT expidió el Convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981, que se aplica a los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, cuando las mismas limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella (artículo 1° y ss.).

De esta forma, la licencia de paternidad busca que los hombres concilien el trabajo y la vida familiar, a través del disfrute de un breve periodo alrededor de la fecha del parto del hijo²⁶”.

Derecho a la igualdad, en el marco de las relaciones familiares

La Constitución en su artículo 42 establece;

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Mientras que el artículo 43 consagra la igualdad de derechos entre la mujer y el hombre.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer²⁷, consagran el deber de los Estados de asegurar una igualdad real entre los miembros de la pareja que conforma el matrimonio o la unión de hecho.

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos dispone que los Estados Parte se *“comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos”*²⁸.

La Convención Americana de Derechos Humanos, determina que *“los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de*

²⁰ Sentencia SU-070 de 2013.

²¹ Sentencia SU-070 de 2013.

²² M. P. Jaime Araújo Rentería. Reiterada en Sentencia T-400 de 2014, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²³ Ley 790 de 2002.

²⁴ M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Estudió la constitucionalidad del inciso 3°, artículo 1°, de la Ley 755 de 2002.

²⁵ M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁶ Maternidad, paternidad y trabajo. La igualdad de género en el corazón del trabajo decente, 2008-2009. Información extraída de la página de Internet de la OIT. www.ilo.org/gender/events/campaign-2009.

²⁷ Adoptada en el ordenamiento interno mediante la Ley 51 de 1981.

²⁸ Artículo 3° PDCP.

responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo^{29,30}.

FUNDAMENTOS PARA PROTEGER EL DERECHO DE IGUALDAD DE LA MUJER GESTANTEOLACTANTENOTRAJADORA QUE DEPENDE ECONÓMICAMENTE DE SU PAREJA TRABAJADORA

Tal como se anunció al principio, en los siguientes enunciados, existe un silencio sobre las garantías constitucionales de la mujer embarazada no trabajadora que depende económicamente de su pareja trabajadora.

Artículo 239. Prohibición de despido. <Artículo modificado por el artículo 2º de la Ley 1822 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:>

1. <Numeral **CONDICIONALMENTE** exequible> Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa.

Artículo 240. Permiso para despedir.

1. <Numeral **CONDICIONALMENTE** exequible> Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el {empleador} necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario.

Existiendo la garantía en la Constitución Política de **asistencia y protección** a la mujer embarazada de parte del Estado, no se justifica que la legislación regule solo las situaciones relativas a las mujeres embarazadas trabajadoras, dejando por fuera de la norma a la mujer embarazada no trabajadora que depende económicamente de su pareja.

LA CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA REGULACIÓN DEBE APLICARSE A SITUACIONES ANÁLOGAS

Al reconocer protección y asistencia solo para la mujer embarazada trabajadora, dejando por fuera de dicha cobertura a la mujer embarazada no trabajadora que depende económicamente de su pareja trabajadora, se configura una omisión por parte del legislador, que con este proyecto se pretende resolver.

Como se ha explicado, existe en la legislación una norma que prohíbe el despido de la trabajadora por motivo de embarazo, como también el requerimiento o autorización del Inspector de trabajo o Alcalde del lugar.

En la actualidad el legislador reconoce asistencia y protección a la mujer embarazada, **en tanto sea trabajadora**, luego entonces el criterio de comparación con casos análogos que merecen

el mismo trato es el vínculo laboral, excluyendo de su regulación **un caso similar** que debiera incluirse o asimilarse.

APLICACIÓN DE LA IGUALDAD EN SITUACIONES DISÍMILES

No obstante el principio de igualdad, no tiene necesariamente como presupuesto de aplicación, la existencia de situaciones, personas o grupos idénticos a otros, sino *más bien un juicio de valor sobre qué parámetro o característica resulta relevante para establecer la igualdad*. Lo explica la Sentencia C-221-11 de la siguiente manera;

*“En consecuencia, un juicio sobre la eventual violación al derecho a la igualdad, o sobre la mejor forma de aplicar este principio **no parte entonces de presupuestos idénticos, ni tampoco de situaciones por completo diferentes, sino que se efectúa en relación con igualdades y desigualdades parciales, a partir de propiedades relevantes desde el punto de vista jurídico-constitucional**”³¹.*

Continúa dicho fallo, expresando que puede existir un tratamiento igual a situaciones disímiles o un trato desigual en situaciones similares, se trata entonces de constatar la existencia de criterios de comparación relevantes entre las situaciones, grupos o personas.

Dicen las reglas jurisprudenciales que se trata de situaciones análogas que ameritan el mismo trato, partiendo de considerar la igualdad como un criterio relacional, que se es igual o desigual respecto de otro con base en un parámetro común, denominado como *tertium comparationis*, presupuesto lógico de todo juicio de igualdad y que permite la comparación entre sujetos o situaciones cierta o aparentemente desiguales.³²

Existe un criterio tradicional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales que a juicio de la corte, fundamentada en *Robert Alexy* resulta vacío, sino se determina desde qué punto de vista una situación, persona o grupo es igual a otro:

*Por ello, en planteamientos recogidos por este Tribunal, Robert Alexy ha explicado que, **dado que ninguna situación, persona o grupo son idénticos a otros, determinar la igualdad y la desigualdad supone siempre un juicio de valor sobre cuál característica o propiedad resulta relevante para establecer el examen de igualdad***³³ *por parte del juez.*

Al idealizar la igualdad hemos pasado por alto que entre las personas, situaciones o grupos concurren tanto igualdades como desigualdades que se deben enjuiciar a luz de la igualdad con criterios de comparación relevantes, para verificar, si existen razones suficientes para *mantener un trato igual frente a situaciones en alguna medida disímiles, o si existen razones suficientes para*

³¹ El subrayado es nuestro.

³² Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³³ Negrillas nuestras.

²⁹ Artículo 23 n. 4. PDCP; artículo 17 n. 4 Convención Americana de Derechos Humanos.

³⁰ C-875/03 y C-278/14.

*establecer un trato distinto entre situaciones con algún grado de similitud*³⁴.

A pesar de las diferencias, el trabajador (cuya cónyuge, compañera, pareja embarazada o lactante no trabajadora), está en una situación análoga a la trabajadora embarazada o lactante, que le da derecho por criterios de igualdad a gozar de la estabilidad laboral reforzada que esta posee.

Al margen de las imposibilidades ontológicas a la luz de los derechos y los efectos perseguidos por la comparación, es un “hombre embarazado”³⁵ al que debe extenderse la protección de las normas que se modifican.

El criterio para realizar la comparación es de trabajadores (hombre o mujer), con necesidades familiares específicas, como es el nacimiento o lactancia de un bebé que requiere la protección de la norma modificada tratándose de un caso o del otro y para el cual la corte constitucional en la sentencia precitada esboza tres argumentos:

- La garantía de la estabilidad laboral reforzada de la mujer gestante y lactante trascienden su originario propósito de evitar la discriminación laboral generada en dicha condición (fuero de maternidad)³⁶.
- Esta protección desarrolla además el imperativo constitucional de **brindar de manera general y objetiva protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado, no solo referida a aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, a todas las mujeres** (artículo 43 C. P.).
- Es así mismo una manifestación de la **protección a la vida** como bien jurídico de máxima relevancia en el orden constitucional (artículo 11).
- Cristaliza la protección que el Constituyente brinda a la familia y promueve el interés superior del menor y la protección de los derechos de los niños y niñas (artículo 44).
- En segundo lugar, tanto los instrumentos internacionales, como la Constitución y la jurisprudencia de esta Corte, enfatizan en torno al plano de igualdad en materia de derechos, obligaciones y responsabilidades en que se encuentran la mujer y el hombre, y en general los progenitores, en el campo de las relaciones materno-paterno filiales (artículo 43).
- En tercer lugar, bajo una perspectiva de conciliación y armonización del trabajo con la

vida familiar, el padre trabajador es también hoy titular de unos derechos específicos en el campo laboral que le permiten vincularse de manera más activa y autónoma a las responsabilidades que implican el cuidado de su familia y la crianza de sus hijos, durante la gestación y sus primeros días de vida, superando la posición subordinada o accesorio que tradicionalmente se le ha reconocido, pues sus derechos, en este sentido no pueden seguir siendo considerados como derivación de los derechos que se le reconocen a la madre gestante.

IMPACTO FISCAL

El presente proyecto en sus antecedentes, muestra una favorabilidad de parte del gobierno, recusada posteriormente con unas restricciones fiscales que al final dejan sin opción esta garantía, trayendo solo como argumento el incumplimiento de las normas, caso en el cual tendría el mencionado impacto fiscal.

Es un análisis que da por sentado el incumplimiento de la norma y *no las normas que establecen la protección y la exigencia que refuerza la protección*.

Estos argumentos son respondidos por la Corte en el precitado fallo responde de la siguiente manera:

Sobre el particular es preciso señalar que lo que las normas acusadas contemplan es la prohibición de despido de la trabajadora en la circunstancia personal y familiar prevista en ellas, y la necesidad de tramitar un permiso en el caso de que se configure una justa causa.

Esta protección, como se indicó, trasciende la idea del fuero (laboral) de maternidad en tanto se orienta a proteger, además, otros bienes jurídicos preponderantes en el orden constitucional como la vida, la unidad familiar y el interés superior del menor; su extensión al cónyuge, compañero o a la pareja trabajadora de la madre gestante, promueve así mismo la equidad de género.

CONCLUSIÓN

Honorables Congresistas coloco este proyecto de ley para su autorizado escrutinio, con el fin de contribuir con un paso necesario en la consecución de la equidad entre hombres y mujeres, abandonar la tradicional asignación de roles y funciones basados en el sexo, cargando a nuestras mujeres con tareas que consideramos como “naturales” de la madre o de la mujer, poniéndonos a tono con los últimos pasos del derecho laboral en busca de una conciliación entre familia y trabajo.

Este tema trasciende los objetivos del fuero de maternidad puro y simple reducido por algunos a la discriminación laboral, para abarcar la familia, la vida, la mujer y los niños, lo que resulta suficiente para justificar este proyecto, que se basa en igualar dos situaciones tratadas de manera desigual por nuestra legislación.

Por otra parte esta iniciativa ya fue intentada en varias ocasiones por otros congresistas sin lograr

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-340 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Fundamentos jurídicos 42 a 43.

³⁵ Esta visión excluye injustamente a su pareja de una participación activa, directa y autónoma en esta situación familiar que, se insiste, demanda particulares apoyos emocionales y de estabilidad, que provee el empleo. C-005-17.

³⁶ Todos estos fines de la protección se cumplen tanto en la situación de la madre trabajadora en estado de embarazo o lactancia, como en la de su pareja trabajadora, en especial, cuando esta representa el sostén familiar. C-005-17.

que se convirtiera en ley de la República, por lo que seguramente muchos de nuestros fundamentos son comunes y prestados de estas propuestas a las que hacemos hoy un reconocimiento de gratitud.

Insistimos en presentar nuevamente el proyecto del fuero de paternidad porque se trata de un derecho negado a miles de colombianos, por lo que cumpliendo fines del Estado, buscamos garantizar la efectividad de principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, pero también por una situación jurídica con la que no contaron mis colegas Congresistas que quisieron materializar este derecho con anterioridad; la existencia de la Sentencia C-005-17 que declaró la exequibilidad condicionada *del numeral 1 del artículo 239 y del numeral 1 del artículo 240 del Decreto-ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la).*

Razón por la cual este proyecto es deudor de esta sentencia (y otras) en la mayoría de sus apartes y fundamentos, que utilizamos como argumento y justificación de la necesidad de extender la protección y garantía del fuero de maternidad al trabajador cónyuge, pareja o compañero permanente de la mujer (no trabajadora) en periodo de embarazo o lactancia.

Por los argumentos presentados, los fundamentos fácticos y jurídicos expresados solicito darle el trámite que corresponda para entregarle a nuestros niños y niñas esta garantía y protección.



SENADO DE LA REPÚBLICA
SECRETARÍA GENERAL

Tramitación Leyes

Bogotá, D. C., 10 de abril de 2019

Señor Presidente:

Con el fin de repartir el Proyecto de ley número 258 de 2019 Senado, *por la cual se establece el fuero de paternidad, se amplía el periodo de presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia, y se dictan otras disposiciones*, me permito remitir a su Despacho el expediente de la mencionada iniciativa, presentada el día de hoy ante la Secretaría General del Senado de la República por el honorable Senador *Díder Lobo Chinchilla*. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Séptima Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 10 de abril de 2019

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el precitado proyecto de ley a la Comisión Séptima Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional para que sea publicado en la *Gaceta del Congreso*.

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Ernesto Macías Tovar.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

OBSERVACIONES

**OBSERVACIONES DE LA FEDERACIÓN
COLOMBIANA DE MUNICIPIOS AL
PROYECTO DE LEY NÚMERO 106 DE
2018 SENADO**

por medio de la cual se estipulan algunas derogaciones a la Ley 141 de 1994, 685 de 2001 y a los Decretos números 1056 de 1953 y 1333 de 1986, y se dictan otras disposiciones.

CQU-CS-0352-2019

Cite este número para cualquier consulta o respuesta

Bogotá, D. C., 10 de abril de 2019

Doctora
RUTH LUENGAS PEÑA
Jefe Oficina de Leyes
Senado de la República
Capitolio Nacional
Bogotá, D. C.

Asunto: Solicitud publicación observaciones al Proyecto de ley número 106 de 2018 Senado.

Respetada doctora:

Amablemente me permito hacer llegar a usted copia de las observaciones suscritas por el

doctor Gilberto Toro Giraldo, Director Ejecutivo de la Federación Colombiana de Municipios, al Proyecto de ley número 106 de 2018 Senado, *por medio de la cual se estipulan algunas derogaciones a la Ley 141 de 1994, 685 de 2001 y a los Decretos números 1056 de 1953 y 1333 de 1986, y se dictan otras disposiciones*, para su respectiva publicación en la **Gaceta del Congreso**.

La copia del documento fue enviada al correo electrónico de la Oficina de Leyes de Senado, consta de tres (3) folios.

Cordialmente,

 DELCY HOYOS ABAD
 Secretaria General Comisión Quinta
 Senado de la República

DE - 138 -19 Bogotá,

Doctor

JOSÉ DAVID NAME CARDOZO

Honorable Presidente Comisión Quinta

Senado de la República

Bogotá, D. C.

Referencia: Observaciones Proyecto de ley número 106 de 2018 Senado, por medio de la cual se estipulan algunas derogaciones a la Ley 141 de 1994, 685 de 2001 y a los Decretos números 1056 de 1953 y 1333 de 1986, y se dictan otras disposiciones.

Respetado Presidente:

Es persistente en las diferentes propuestas de reformas presentadas en el seno de los órganos legislativo y ejecutivo la tensión entre el principio de Estado unitario y el principio de autonomía territorial que se traduce en la tensión de competencias entre nación y entidades territoriales, en la cual las entidades territoriales por su inducida debilidad institucional de los gobiernos territoriales son desbordadas en sus competencias y recursos.

Es así como hemos podido constatar a través de diferentes iniciativas legislativas donde se busca limitar las posibilidades de las entidades territoriales de dinamizar sus fuentes tributarias más importantes, mermando a la institucionalización de los municipios, así como la financiación de los gastos locales, que ya en sí mismo es bastante pobre.

Es por ello que celebramos proyectos de ley de esta magnitud que busca que las autoridades municipales puedan gravar con el Impuesto de Industria y Comercio a las compañías petroleras que se encuentren operando en su jurisdicción, independientemente de si ellas a su vez se encuentren pagando regalías a dicho municipio. Esta posibilidad real posibilita aumentar los ingresos a los Entes Territoriales para que estos puedan aumentar la inversión social y llevar a cabo obras de interés social.

En este marco, seguiremos y nos mantendremos con la voluntad de ser facilitadores de los espacios de debate abierto y, transparente y plural, que busquen cumplir las altas expectativas que las comunidades locales requieran, quienes esperan que la paz se traduzca en la superación de la pobreza y la generación de importantes proyectos de desarrollo en sus territorios.

Sin otro particular, cordialmente;


 GILBERTO TORO GIRALDO
 Director Ejecutivo

CONTENIDO

Gaceta número 219 - miércoles 10 de abril de 2019

SENADO DE LA REPÚBLICA

Págs.

PONENCIAS

PROYECTOS DE LEY

Proyecto de ley número 257 de 2019 Senado, por medio de la cual se promueve el respeto y la defensa de la dignidad y memoria de las víctimas de graves crímenes y se dictan otras disposiciones.....	1
Proyecto de ley número 258 de 2019 Senado, por la cual se establece el fuero de paternidad, se amplía el periodo de presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia, y se dictan otras disposiciones	13

OBSERVACIONES

Observaciones de la federación colombiana de municipios al proyecto de ley número 106 de 2018 Senado, por medio de la cual se estipulan algunas derogaciones a la Ley 141 de 1994, 685 de 2001 y a los Decretos números 1056 de 1953 y 1333 de 1986, y se dictan otras disposiciones.....	23
---	----