

Justicia y Derecho

Volumen 9 | Enero – Diciembre de 2021

ISSN 2323-0533

E-ISSN 2711-2470

Universidad del Cauca

Popayán - Colombia

Título: Justicia y Derecho

Título abreviado: Just. & Der.

Editorial: Universidad del Cauca

Diseño: Universidad del Cauca

ISSN 2323-0533 – E-ISSN 2711-2470

Periodicidad: anual

Correo electrónico: justiciayderecho@unicauca.edu.co

Página web: <https://revistas.unicauca.edu.co/index.php/justder>

Hecho el depósito legal

Popayán, Colombia, 31 de diciembre de 2021

Impresión financiada por estudiantes y exalumnos de la Universidad del Cauca



Atribución-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-SA 4.0)

Justicia y Derecho

Revista de la Facultad de Derecho,
Ciencias Políticas y Sociales

ISSN 2323-0533
Versión impresa



Universidad
del Cauca®
Vigilada Mineducación

E-ISSN 27112470
Versión digital

Volumen 9 | Enero – Diciembre de 2021

COMITÉ EDITORIAL

EDITOR EN JEFE

Víctor Hugo López Zemanate, LL.B., LL.M.
Universidad del Cauca | Colombia

EDITORES

Carlos Andrés Pérez-Garzón, LL.B., LL.M., LL.M.
Harvard University | Estados Unidos de América

María Camila Alzate Castrillón, LL.B.
Universidad Externado de Colombia | Colombia

Gloria Fabiana Andrade Montenegro
Universidad del Cauca | Colombia

Katty Dayanna Valencia Banguera, LL.B.
Universidad Católica de Colombia | Colombia

Sebastian Portilla Parra, LL.B.
Universidad Cooperativa de Colombia | Colombia

Emmer Antonio Hernández Ávila, LL.B., LL.M., LL.M.
Universidad Nacional Autónoma de México | México

José Arvey Camargo Rojas, LL.B., LL.M., LL.M.
Universidad del Cauca | Colombia

COMITÉ AUXILIAR

Sebastián Camilo Camayo Ortiz
Universidad del Cauca | Colombia

Luis Felipe Díaz Villamarín
Universidad del Cauca | Colombia

COMITÉ CIENTÍFICO

Sara Alemán Merlo
Universidad de Barcelona | España

Daniel Alejandro Paz Zambrano
Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales | Ecuador

Viviana Merchán García
Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales | Ecuador

Contenido

Editoriales

Justicia y Derecho, Volumen 9	7
<i>Víctor Hugo López Zemanate</i>	

El papel de los particulares en la garantía de los derechos humanos	8
<i>Carlos Andrés Pérez-Garzón</i>	

Artículo de investigación

La conciliación como herramienta fundamental para la remediación de daños causados por la vulneración de derechos humanos en el ámbito empresarial	10
<i>Andrés David Jiménez Rodríguez</i>	
<i>Lesly Carolina Ocampo Acosta</i>	
<i>Luis Felipe Pulido González</i>	
<i>Dilia Paola Gómez Patiño</i>	

Artículo de reflexión

El cuerpo de la mujer como territorio de violencia	26
<i>Laura Camila Ortiz Cruz</i>	
<i>Valentina Rivera Castillo</i>	
<i>Luisa Fernanda Pardo Fernández</i>	
<i>Nilsa Eugenia Fajardo Hoyos</i>	

Artículo de revisión

Responsabilidad internacional del Estado colombiano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violaciones a derechos humanos cometidas por particulares	36
<i>Juan Diego Gómez Muñoz</i>	
<i>Jhon Alejandro Mamian Mosquera</i>	

El reconocimiento de la pensión gracia a los docentes cuya vinculación con el Estado no tiene vocación de permanencia con anterioridad al 1 de enero de 1981	54
<i>Jhon Hamilton Chamorro Chamorro</i>	

Justicia y Derecho, Volumen 9

*Víctor Hugo López Zemanate**

La revista Justicia y Derecho publica el volumen 9. El documento contiene cuatro artículos: “La conciliación como herramienta fundamental para la remediación de daños causados por la vulneración de derechos humanos en el ámbito empresarial” de Andrés David Jiménez Rodríguez, Lesly Carolina Ocampo Acosta, Luis Felipe Pulido González y Dilia Paola Gómez Patiño, “El cuerpo de la mujer como territorio de violencia” de Laura Camila Ortiz Cruz, Valentina Rivera Castillo, Luisa Fernanda Pardo Fernández y Nilsa Eugenia Fajardo Hoyos, “Responsabilidad internacional del Estado colombiano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violaciones a derechos humanos cometidas por particulares” de Juan Diego Gómez Muñoz y Jhon Alejandro Mamian Mosquera, y “El reconocimiento de la pensión gracia a los docentes cuya vinculación con el Estado no tiene vocación de permanencia con anterioridad al 1 de enero de 1981” de Jhon Hamilton Chamorro Chamorro. Los artículos han superado el proceso definido por el Comité Editorial de la revista. Se felicita a los autores por su maravilloso logro y se invita a seguir postulando sus documentos para los próximos volúmenes. Un agradecimiento especial a los autores que participaron en la convocatoria del volumen 9 de la revista Justicia y Derecho.

El presente volumen de la revista tiene el mismo grado de importancia que los anteriores, pero se le debe agregar la experiencia alcanzada con los anteriores retos del proceso editorial. Para esta ocasión, se ha enriquecido el proceso con la ampliación del Comité Editorial, además se continúa con la asistencia del sistema OJS. El Comité, con el apoyo de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, la Vicerrectoría de Investigaciones – VRI de la Universidad del Cauca y el Sello de la Editorial de la Universidad del Cauca, ha logrado finalizar el presente volumen con el objetivo de seguir creciendo en el escenario de las publicaciones científicas seriadas. La publicación digital de Justicia y Derecho puede ser consultada en el portal de revistas virtuales de la Universidad del Cauca, lo cual permitirá seguir ampliando el número de lectores.

Como editor en jefe, invito a la comunidad académica a leer los artículos que contienen un valioso aporte al desarrollo de la investigación jurídica en Colombia.

* Director del Centro de Investigación Socio-Jurídica y Política – CISJUP de la Universidad del Cauca y editor en jefe de la revista Justicia y Derecho.

El papel de los particulares en la garantía de los derechos humanos

*Carlos Andrés Pérez-Garzón**

El presente volumen representa en su conjunto un esfuerzo por abordar la relación existente entre los particulares y la realización de los derechos humanos. Así, en primer lugar, Andrés Jiménez, Lesly Ocampo, Luis Pulido y Dilia Gómez investigan sobre la necesidad de que el Estado colombiano implemente de forma plena la conciliación extrajudicial en casos en los que el Estado puede ser responsable por la violación de derechos humanos cometida por un cierto tipo de particulares, las compañías. Por su parte, el artículo de Laura Ortiz, Valentina Rivera, Luisa Pardo y Nilsa Fajardo hace una reflexión sobre la forma en la que el campo del derecho en Colombia, particularmente la jurisprudencia de las altas cortes, ha abordado el cuerpo de la mujer como territorio de violencia, es decir, como un objeto en el que tradicionalmente ha recaído toda una serie de malos tratos y vejámenes, máxime en contextos de conflicto armado como el colombiano. El artículo de Juan Gómez y Jhon Mamian constituye un intento por esclarecer los criterios que utiliza la Corte Interamericana de Derechos Humanos para determinar la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de derechos humanos cometidas por particulares, a partir del estudio de caso de las sentencias condenatorias contra Colombia hasta la fecha. Finalmente, el artículo de Jhon Chamorro busca dar una explicación sobre los requisitos por los que un particular vinculado como profesor de primaria o secundaria del Estado colombiano puede ser merecedor de lo que se ha denominado como “pensión gracia”, es decir, una compensación que pretende equilibrar el derecho a la pensión de los trabajadores del Estado, en particular, de los educadores. Estos artículos contienen implícitas al menos dos ideas centrales. La primera se pregunta sobre cuál es

el rol de los particulares en la materialización de los derechos humanos que, se supone, deben ser garantizados por el Estado. La segunda es la cuestión de la igualdad tanto en el derecho a la seguridad social como respecto a la posición de la mujer dentro de las estructuras patriarcales del derecho. A continuación, intentaré desarrollar tales apreciaciones esperando sobre todo que mis palabras sirvan a los lectores como abre bocas para lo que encontrarán en las siguientes páginas y como inspiración para realizar nuevos estudios.

El papel de los particulares en el cumplimiento de los derechos humanos es un terreno aún bastante inexplorado. Al menos tres razones lo explican. Por un lado, porque la teoría contractualista comúnmente utilizada desde hace al menos doscientos años en las democracias modernas relata que el papel del Estado y las autoridades constituidas es principalmente el de garantizar unos acuerdos a los que la comunidad ha llegado supuestamente a través del consenso, entre ellos, unos derechos mínimos; por esta razón, es el Estado y no los particulares quien tiene la misión de salvaguardar los derechos de todos los asociados. La segunda razón es que, en contextos en los que las nuevas cartas de derechos representan un cambio paradigmático frente al autoritarismo sufrido, los derechos cumplen una función de control del poder y, por lo tanto, están más vinculados con la idea de que, al exigir su cumplimiento por parte del Estado, se probará su compromiso con la superación del pasado autoritario. Finalmente, una tercera explicación tiene que ver con el hecho de que el Estado es la entidad que tiene los recursos para defender posibles violaciones de derechos y actuar frente a situaciones que pudieran ponerlos en peligro.

* Fundador y editor director de la revista Justicia y Derecho.

No obstante, estas tres explicaciones son cuestionables si se tiene en cuenta que los particulares también tienen un rol cuando menos implícito en la garantía de los derechos humanos. Así pues, si bien teóricamente el fundamento del ordenamiento jurídico puede concebirse como un acuerdo en el que se le otorga a una autoridad el poder suficiente para hacer que se cumpla, los individuos retienen parte de sus facultades con las cuales tienen el potencial no solo de respetar dicho acuerdo, sino también de resquebrajarlo y llegar incluso a disponer de una autoridad paralela que impida a la originalmente constituida garantizar los derechos. Por su parte, en contextos de transición de un régimen autoritario a una democracia, la capacidad institucional inicia débil y, por eso, dejar que las esperanzas de garantía de los derechos humanos recaigan en un ente que hasta hace poco se comprometió a cumplir los mismos puede ocultar la responsabilidad que tiene la ciudadanía en hacer que la cultura política y el nuevo entramado jurídico respeten los derechos humanos. En tercer lugar, también debe admitirse que el Estado no siempre tiene la disponibilidad presupuestal para garantizar los derechos; en estos casos, los privados son quienes los satisfacen y, si bien puede cuestionarse su deseabilidad, no puede obviarse que la necesidad así lo demanda en la práctica, razón por la cual debe tenerse en cuenta el rol de los particulares en la materialización de las cartas de derechos (y en su violación, por supuesto) cuando el Estado no ha podido costearlos. En síntesis, el rol de los particulares en la garantía de los derechos humanos es una perspectiva con gran potencial investigativo y constituye un terreno fértil para encontrar nuevas conexiones entre el concepto de derechos, tan popular en el discurso jurídico contemporáneo, y otro no tan de moda, pero quizás igual de relevante como el concepto de deberes.

La cuestión por la igualdad es quizá otra de esas fuentes inagotables de inspiración en la investigación jurídica. De hecho, nuestros autores presentan dos artículos vinculados íntimamente con la idea de igualdad de trato entre hombres y mujeres, y la igualdad en las condiciones de retiro

en la vejez. Sobre el primer tema, actualmente hay algunas corrientes de estudios jurídicos bien establecidas que promueven la deconstrucción de patrones, normas, ideologías, estereotipos, entre otros, arraigados en la sociedad que implícita o explícitamente conllevan la desigualdad de trato frente a la mujer. Ya ha pasado la época en la que las reivindicaciones de la mujer se limitaban al derecho al sufragio. Respecto al segundo aspecto, la igualdad en la seguridad social de las personas de la tercera edad es uno de los grandes desafíos para el Estado de bienestar en el futuro inmediato. Esto no solo porque hay sistemas como el colombiano donde todavía gran parte de la población no se encuentra afiliada y, por tanto, nunca podrá ser beneficiaria de una pensión en el sentido estricto del término, sino también porque la sostenibilidad del sistema está en entredicho ante las perspectivas de baja natalidad y la informalidad que impiden recaudar suficientes fondos para costear el retiro de la siguiente generación en lo sucesivo. Así pues, todavía hay lugar para investigaciones que, desde el derecho y la interdisciplinariedad, cuestionen el estado actual y/o propongan soluciones contra la desigualdad, más aún en contextos que apremian ideas frescas como el colombiano.

Después de esta breve presentación, solo me resta felicitar a todas las personas que contribuyeron a darle vida al volumen y desearle al lector un buen provecho en su lectura. Como editor director de Justicia y Derecho, reconozco el valioso esfuerzo de cada una de las personas que hizo parte del equipo editorial de esta edición, también de aquellos que revisan voluntariamente los artículos como pares académicos y, especialmente, de quienes escriben estos aportes intelectuales, quizá el principal insumo con el que cuenta la revista. Confío en que los lectores encuentren agradable y de buen provecho la consulta del material que hoy publicamos, esperando que además les resulte estimulante y eventualmente puedan contribuir en una próxima oportunidad a la revista.

La conciliación como herramienta fundamental para la remediación de daños causados por la vulneración de derechos humanos en el ámbito empresarial

Conciliation as a fundamental tool for the remediation of damages caused by human rights violation in business

Andrés David Jiménez Rodríguez*

Lesly Carolina Ocampo Acosta**

Luis Felipe Pulido González***

Dilia Paola Gómez Patiño****

Abstract

The extrajudicial conciliation in law is an alternative mechanism for conflict resolution through which the Colombian State must effectively repair damages produced in the context of human rights violations by companies. Despite the potential benefits this mechanism presents, it has not been implemented as it should be due to several problems of a social, legal, and economic nature, among others. Thus, these issues should be mitigated so that both the State and companies can comply with their legal and social obligations.

Keywords: human rights, business, conciliation, remediation, justice, damage, State

Resumen

La conciliación extrajudicial en derecho es un mecanismo alternativo de solución de conflictos para que el Estado colombiano repare los daños producto de vulneraciones a los derechos humanos por las empresas. No obstante, los potenciales beneficios que presenta este mecanismo, no se han implementado debidamente por múltiples problemáticas de carácter social, jurídico, económico, entre otras. Así, aquellas cuestiones deben ser mitigadas para que Estado y empresas cumplan sus obligaciones legales y sociales.

Palabras clave: derechos humanos, empresas, conciliación, remediación, justicia, daño, Estado

Historial del artículo:

Recibido: 19 de mayo de 2021

Aceptado: 10 de octubre de 2021

Cómo citar este artículo:

Andrés Jiménez et al., *La conciliación como herramienta fundamental para la remediación de daños causados por la vulneración de derechos humanos en el ámbito empresarial*, 9 JUST. & DER. 10 (2021).

* Estudiante de Derecho, Universidad Militar Nueva Granada; integrante, Semillero Derechos Humanos y Empresa. Correo electrónico: est.andres.jimenez6@unimilitar.edu.co

** Estudiante de Derecho, Universidad Militar Nueva Granada; integrante, Semillero Derechos Humanos y Empresa. Correo electrónico: est.lesly.ocampo@unimilitar.edu.co

*** Estudiante de Derecho, Universidad Militar Nueva Granada; integrante, Semillero Derechos Humanos y Empresa. Correo electrónico: est.luisf.pulido@unimilitar.edu.co

**** Docente Investigadora, Universidad Militar Nueva Granada; Magister en Análisis de Problemas Políticos Económicos e Internacionales, Universidad Externado de Colombia; Abogada, Universidad Militar Nueva Granada; directora, Semillero Derechos Humanos y Empresa. Correo electrónico: dilia.gomez@unimilitar.edu.co

I. Introducción

A lo largo de la historia, las empresas han sido el motor fundamental de la humanidad. Siendo estas necesarias para la producción y repartición global de productos esenciales para las necesidades humanas. Además de que son grandes generadoras de empleo que aseguran el bienestar de millones de familias en el mundo. Por lo tanto, hoy más que nunca las empresas son agentes esenciales para el sostenimiento de la sociedad. Sin embargo, frecuentemente se generan conflictos entre la sociedad y las empresas por presuntas vulneraciones de los derechos humanos dentro de la esfera de influencia empresarial. Con ocasión a lo anterior, surgieron los Principios Rectores sobre Empresa y Derechos Humanos (en adelante PREDH o Principios Rectores) como una estrategia basada en tres pilares constitutivos que garantizan sistemáticamente la protección efectiva de los derechos humanos.

El primer pilar consiste en el deber de proteger. Está a cargo del Estado e implica que este debe garantizar mediante todos los medios que tenga a su disposición el cumplimiento de los derechos humanos. En segundo lugar, se encuentra la obligación en cabeza de las empresas de respetar los derechos humanos como expectativa básica que tiene la sociedad sobre éstas al ser un agente de desarrollo social. Por último, el pilar de la remediación, por el cual tanto el Estado como las empresas se ven obligados a garantizar el remedio de los daños causados a una comunidad o individuo como consecuencia de la vulneración de sus derechos humanos. En este último pilar, se incluyen los mecanismos extrajudiciales como herramientas fundamentales para dar cumplimiento a la remediación, dentro de las cuales encontramos la conciliación que es un mecanismo extrajudicial creado con el objetivo de garantizar el acceso a la justicia a través de procesos rápidos y eficaces.

De acuerdo con lo anterior, la conciliación debe ser utilizada en la remediación de daños causados por la vulneración de los derechos humanos. Así las cosas, se pretende identificar las causas que limitan el empleo de este mecanismo de manera eficaz para garantizar el trámite efectivo

de dichas controversias, para lo cual se hará uso de una metodología dogmática-socio-jurídica en combinación con los métodos sistemático y hermenéutico. Con este fin, se podrán abstraer dichas problemáticas íntimamente relacionadas con la cultura jurídica tradicionalista de Colombia, la falta de desarrollo doctrinario y legal en cuanto a los asuntos susceptibles de conciliación y débiles políticas públicas encaminadas a fortalecer y desarrollar esta figura, las cuales han limitado su aplicación y eficacia en el escenario de los derechos humanos. Este escenario implica que tanto el Estado como las empresas no consideren este método alternativo de solución de conflictos para satisfacer la obligación de remediar. En consecuencia, es necesario adoptar parámetros que promuevan el desarrollo amplio y efectivo de la conciliación en la sociedad colombiana y se logre generar cambios en la cultura litigiosa actual para promover una cultura de acuerdo y entendimiento, pudiéndose convertir en un gana-gana para las partes. Además, se deben promover políticas públicas encaminadas al desarrollo técnico tanto de los centros de conciliación, como los comités de conciliación de las entidades públicas para que los funcionarios tengan las competencias necesarias para gestionar procesos de remediación por vulneración a derechos humanos.

II. Competencia de la conciliación en la remediación de daños

Según lo manifiesta el abogado Diego Sandoval, “[c]omo principio general de la responsabilidad se tiende a postular que cuando se causa daño a otro afectando sus bienes, lesionando su integridad corporal o vulnerando su conjunto de derechos fundamentales, el responsable está obligado a reparar las consecuencias de la afectación del interés lícito de la víctima.”¹ La remediación, entonces, se refiere a los actos y/o procesos que tienen como

¹ Diego Sandoval, *Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas*, REVISTA DE DERECHO PRIVADO, N.º 25, 235, 235, (2013).

objetivo fundamental brindar una reparación integral a las víctimas de vulneraciones a los derechos humanos. Dicha remediación se puede materializar de diversas maneras tales como: ofrecer disculpas públicas, restituir bienes y derechos, rehabilitar daños, dar compensaciones económicas, sanciones penales y/o administrativas.

Se debe destacar que la remediación está en cabeza tanto de los Estados como de las empresas.² En relación directa a estas últimas, los principios rectores constituyeron la figura de la debida diligencia, consagrada en el principio 17, con el fin que “las empresas puedan identificar, prevenir, mitigar y responder por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos.”³ Esta debida diligencia conlleva a que las empresas detecten situaciones que hayan causado o contribuido a causar una vulneración a los derechos humanos. Sistemáticamente, el Principio 22 establece que “si las empresas determinan que han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos.”⁴ Ahora, en relación con los Estados, debemos hacer mención que estos están obligados a proveer todas las medidas necesarias para garantizar la remediación, dentro de las que se encuentran los mecanismos extrajudiciales de remediación como se establece en el principio 27.⁵

Los mecanismos extrajudiciales en Colombia se pueden definir en la figura de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (en adelante MASC). Aquellos son “herramientas que ofrecen a las personas diversas oportunidades para solucionar sus conflictos por sí mismas o con la ayuda de un tercero sin la necesidad de acudir

a los despachos judiciales.”⁶ En tal sentido, los MASC son de gran importancia y utilidad para nuestra sociedad, pues a través de estos se logra garantizar de manera efectiva el derecho fundamental del acceso a la justicia,⁷ el cual a su vez es un derecho humano esencial.⁸

Se puede decir que el derecho de acceso a la justicia constituye uno de los pilares fundamentales de un Estado de Derecho Democrático y, por lo tanto, este está obligado a colocar a disposición de sus ciudadanos mecanismos de tutela efectiva para proteger sus derechos mediante la resolución de conflictos que tengan relevancia jurídica, a través de recursos judiciales accesibles y adecuados.⁹ La tutela efectiva se refiere a la posibilidad que tienen las personas para solicitar a la administración de justicia la protección de la “integridad del orden jurídico y la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos.”¹⁰ Así, el acceso a la justicia comprende el derecho que tiene toda persona a pretender el restablecimiento de los derechos que se le han vulnerado acudiendo ante “la autoridad competente”, la cual puede estar en cabeza de particulares “investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de Conciliadores.”¹¹ Se debe aclarar que, bajo el principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden acordar que un conflicto se solucione en la manera en que lo estimen más conveniente, por lo que pueden pactar MASC tipificados como la

2 Mariëtte van Huijstee et al., *Cómo utilizar los principios rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos en la investigación y la incidencia sobre empresas*, SOMO (2012), <https://www.somo.nl/wp-content/uploads/2012/11/Spanish-version.pdf> [<https://perma.cc/5K66-9QXG>].

3 Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, Res. H.R.C. 17/4, principio 17, O.N.U, Doc. RES/17/4, (2011).

4 *Id.*

5 *Id.*

6 Ministerio de Justicia y del Derecho, *¿Qué son los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC)?*, <https://www.minjusticia.gov.co/MASC/-Qu%C3%A9-son-los-MASC> [<https://perma.cc/MR48-HT4C>] (última visita en abril 17, 2021).

7 Ramón Peláez, *Los mecanismos alternos de solución de conflictos en el ámbito de la justicia informal*, 10 REVISTA MISIÓN JURÍDICA, N.º 13, 279 (2017).

8 Marabotto Lugaro, *Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia*, ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO 2003, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3590/3351>, [<https://perma.cc/M38A-6SG2>].

9 Universidad Diego Portales – Facultad de Derecho, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008* 14-15 (2008), <https://derechoshumanos.udp.cl/informe-anual/informe-anual-sobre-derechos-humanos-en-chile-2008/>.

10 C.C., 16 de mayo de 2013, Sent. T-283/13, M.P. Jorge Pretelt.

11 CONST. POL. COL., art. 116.

conciliación o no tipificados.¹² Es claro entonces que los MASC representan un conjunto de herramientas que van más allá de la conciliación; sin embargo, será esta figura con la que se desarrollará el presente trabajo debido a que, entre otras virtudes que evaluaremos más adelante, el uso de la conciliación ha ido creciendo significativamente al interior de la sociedad colombiana,

Se puede concluir, en principio, que la reparación de daños no solo se obtiene a través de los pronunciamientos formales, sino también a través de particulares competentes para administrar justicia. De ahí que se sostenga que el acceso a la justicia no solo es un derecho constitucional, sino que debe valorarse como un principio rector de la administración de justicia.¹³ Por lo tanto, los mecanismos no judiciales desempeñan una función tan importante como la de los procesos judiciales y pueden ser particularmente significativos en los países en que los tribunales, por la razón que sea, no pueden proporcionar un acceso suficiente y efectivo a los remedios.¹⁴

La conciliación es un mecanismo caracterizado por ser autocompositivo. Es decir, las partes pueden abordar la solución del conflicto con la intervención de un tercero neutral e imparcial que facilita y promueve el diálogo y la negociación proponiendo fórmulas de solución que las partes pueden o no aceptar según sea su voluntad.¹⁵ El artículo 19 de la Ley 640 de 2001 establece que “se podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento

y conciliación.”¹⁶ A partir de lo anterior surge un primer debate en torno a la competencia de la conciliación, ya que, si bien en principio los procesos que versen sobre la violación de derechos humanos por parte de empresas no entrarían dentro de los asuntos transables o desistibles – dado que los Derechos Humanos tienen carácter de absolutos, universales e inalienables–,¹⁷ la Corte Constitucional ha señalado que: “[d]ebe decirse que están excluidos de ser conciliables asuntos relativos al estado civil o a los derechos de incapaces, o derechos sobre los cuales la ley prohíba a su titular disponer. Del mismo modo, puede decirse que a conciliación no pueden ser sometidos asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, o materias relacionadas con la legalidad de los actos administrativos.”¹⁸

Echeverry, citado por Hernández, plantea diversos factores determinantes de la materia no conciliable, así: “lo no conciliable se encuentra determinado por vía negativa y de excepción por el legislador, hasta el punto de que las limitantes se encuentran en los casos dispuestos expresamente por la ley, como el estado civil y otros hacen parte de la normatividad sobre transacción.”¹⁹ Estima que la regla general es la materia conciliable y la excepción son los asuntos que no sean transigibles y desistibles.

Existe un error generalizado al momento de determinar el tema del conflicto y el tema objeto del acuerdo en la conciliación; esta confusión ha llevado a muchos conciliadores a considerar que el asunto que comprende el acuerdo no es conciliable cuando realmente sí lo es.²⁰ Si bien el tema del conflicto en nuestro tema de estudio es la trasgresión de los derechos humanos, se debe resaltar que este comprende distintos tipos de responsabilidad según

12 Andrés Nossa, *Mecanismos alternativos de solución de conflictos*, ASUNTOS LEGALES, (4 de marzo de 2019), <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/mecanismos-alternativos-de-solucion-de-conflictos-2834963> [<https://perma.cc/B7EA-RYD5>].

13 María Ramírez & María Illera, *El acceso a la justicia: Una institución jurídica de amplio espectro*, 21 PROLEGÓMENOS: DERECHOS Y VALORES, N.º 2, 91 (2018).

14 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Representante Especial del secretario general sobre la cuestión de derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Pages/SRSGTransCorpIndex.aspx>.

15 C.C., 15 de noviembre de 2001, Sent. C-1195/01, M.P. Manuel Cepeda & Marco Monroy.

16 Ley 640 de 2001, art. 19.

17 Íñigo Álvarez, *Universales, absolutos e inalienables: los derechos indestructibles*, REVISTA DE HUMANIDADES DE VALPARAISO, N.º 4, 63 (2014).

18 C.C., 22 de agosto de 2001, Sent. C-893/01, M.P. Clara Vargas.

19 Alfonso Hernández, *Acceso a la Justicia, Conciliación y Materia Conciliable en Derecho Privado*, 1 REVISTA JURÍDICA MARIO ALARIO D' FILIPPO, N.º 1, 100 (2009).

20 *Id.*

sea el caso. Así las cosas, una empresa, la cual puede ser de carácter estatal o privado, puede incurrir en Responsabilidad Civil, Responsabilidad administrativa, Responsabilidad laboral y Responsabilidad Penal, por lo que para este análisis sólo nos referiremos al cumplimiento de la obligación que surge de la Responsabilidad extracontractual tanto en el ámbito privado como público como el tema objeto del acuerdo de conciliación.

El fundamento legal de la responsabilidad civil extracontractual se encuentra consagrado en el artículo 2341 del Código Civil colombiano. Este establece que: “[e]l que ha cometido un delito o culpa, que ha producido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.”²¹ De acuerdo con la definición que presenta el Código Civil, este tipo de responsabilidad está ligada íntimamente con en el principio “Neminem Laedere” que traduce “No causar daño a nadie”. Por lo tanto, ante la infracción de este deber, se invade la esfera del interés ajeno protegido por el derecho, dando como resultado la responsabilidad civil en la cual podría incurrir una empresa como consecuencia de la vulneración de derechos humanos. De esta forma, la responsabilidad extracontractual vendría a ser aquella que surge cuando “un individuo causa a un tercero directa o indirectamente por su hecho activo o por negligencia, un daño que no se reduce a la inejecución de una obligación contractual preexistente.”²²

En el ámbito público, existe la responsabilidad estatal con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Nacional. Este establece que “[e]l Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”²³ Se deben diferenciar dos conceptos jurídicos importantes en este tema, el primero es el concerniente al concepto

del daño antijurídico, el cual según la sentencia C-333 de la Corte Constitucional es: “[e]l perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración.”²⁴ Como segundo elemento, encontramos el nexo causal que se puede definir como la “íntima vinculación que surge de la conducta u omisión de la administración pública a través de sus agentes, considerado en esta figura como la generación directa y determinante para la consumación del daño, esto en materia de responsabilidad objetiva y el daño producido por tal actuación.”²⁵ Una vez establecidos los elementos de la responsabilidad estatal, se puede decir que las empresas estatales están obligadas constitucionalmente a remediar los daños antijurídicos que se causen a una persona injustificadamente en el ámbito de influencia de la empresa.

Un claro ejemplo en el cual una empresa incurriría en alguna de las responsabilidades descritas en los párrafos anteriores es la contaminación que puede sufrir un río por el mal manejo que haga una empresa de sus residuos. Dicha empresa deberá responder por la reparación económica de los daños causados al dueño de los vacunos que murieron por envenenamiento, o los niños que se intoxicaron al beber agua captada de ese río, o el camping que no recibió más clientes. El daño personal o reflejo es el daño ambiental “en su perspectiva humana,” es decir, es el perjuicio personal o patrimonial sufrido por la vía del ataque al medio ambiente.²⁶ Por eso se puede decir que las empresas han

21 Ley 84 de 1873, art. 2341.

22 William Antonio Bernal Ruiz, *Análisis de la responsabilidad civil de las empresas distribuidoras de energía eléctrica en Colombia* (2012) (tesis de maestría, Pontificia Universidad Javeriana).

23 CONST. POL. COL., art. 90.

24 C.C., 1 de agosto de 1996, Sentencia C-333 de 1996, M.P. Alejandro Martínez.

25 Verónica Pastrana, *Análisis del nexo causal en la responsabilidad extracontractual del Estado*, 5 VIS IURIS. REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES, N.º 10, 63 (2018).

26 Verónica Delgado, *La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras*, 25 REVISTA DE DERECHO VALDIVIA, N.º 1, 47 (2012).

tenido acercamientos a los MASC como una alternativa para resolver determinado conflicto, aunque aún falta bastante participación y uso de estos mecanismos.

Por ejemplo, en el año 2012, una empresa privada chilena de nombre “Agrosuper” fue autora de un conflicto que se generó con la comunidad de Freirina, en la Región de Atacama, Valle del Huasco. Este conflicto, según el Instituto Nacional de Derechos Humanos, empezó en el año 2005 cuando la empresa comenzó a instalar su planta de cerdos en el Valle del Huasco, norte de Chile, que era el lugar más adecuado para ello por su extenso territorio y porque las condiciones eran las más adecuadas (económicamente). Para construir la planta que exportaría diferentes productos derivados del cerdo, hubo que parar la construcción por problemas económicos y, en 2011, se retomó la construcción y empezó a funcionar la planta; tras un par de meses los problemas surgieron, porque los habitantes de Freirina empezaron a quejarse de los olores que emanaban de la planta y empezaron a tener diversos síntomas como mareo, vómito, dolor de cabeza, perjudicándose así una buena calidad de vida.²⁷

La empresa dialogó con la comunidad de Freirina para explicarle que esto se debía a un problema con las turbinas de los ventiladores de las piscinas que procesaban las deposiciones de los cerdos de las plantas. No obstante, no hubo ninguna solución, por lo que la comunidad después de quejarse y sentir el abandono del estado decidió cerrar las calles, quemar elementos inflamables y tomarse la planta, evitando de esta manera que continuara su funcionamiento y solicitando la intervención del Estado. En resumen, la empresa Agrosuper después de diferentes pronunciamientos tuvo que cerrar la planta y trasladar millones de cerdos y sacrificar otros, todo para darse cuenta de que, cuando la empresa tiene el acercamiento a la comunidad o a las organizaciones que están activas y se escuchan sobre los posibles riesgos o sobre alguna dificultad presente,

se puede solucionar de manera temprana un conflicto sin que este escale como lo ocurrió con Agrosuper. Fue por eso por lo que esta empresa empezó por la creación de un equipo completo de profesionales que se dedicaran al área de las comunicaciones en relación con la comunidad, ello en busca de vincularse adecuadamente con la población y dialogar respecto a las posibles consecuencias y soluciones a la hora de llegar a determinada comunidad para llevar a cabo su actividad empresarial y cómo ésta impacta en las comunidades.

Como pudimos evidenciar, a partir de un caso de vulneración a los derechos humanos se puede configurar una responsabilidad extracontractual, ello independientemente de la responsabilidad penal que puedan tener los directivos de la empresa y las sanciones administrativas en las que puede incurrir la misma. Dicha responsabilidad civil extracontractual se enmarcaría en aquellos daños patrimoniales o personales que recaen sobre una persona como se observó en el ejemplo. Así las cosas, estos daños pueden ser los relativos al lucro cesante, daño emergente y daño moral, los cuales deben ser resarcidos cuando se causen, tal y como lo indica el Código Civil en su artículo 1613.²⁸ Se debe decir entonces que la remediación de los daños no tiene como fin sancionar al culpable, sino que se dirige principalmente a la reparación del daño que se ocasionó a la víctima tanto en sus bienes materiales como personales y, eventualmente, tiene finalidades preventivas. Esta remediación consiste generalmente en la prestación de una suma de dinero a favor del afectado para asignar una situación económica equivalente al daño del bien.²⁹

En la responsabilidad extracontractual nace un nuevo derecho distinto del afectado. Así, por ejemplo, es diferente la obligación resarcitoria y la correspondiente prestación a favor de los afectados del derecho a la vida en caso de un delito de homicidio. Por lo tanto, dice De Cupis: “[e]l derecho al resarcimiento, es siempre un

27 Sharon Bodenstein, *¿Cómo se comunican las empresas y las comunidades en situación de conflicto? Caso: Agrosuper – Comunidad de Freirina, Zona del Huasco, Región de Atacama* (2015) (tesis de maestría, Universidad de Chile).

28 Ley 84 de 1873, art. 1613.

29 Tomas Aladino Gálvez Villegas, *Responsabilidad civil extracontractual y delito* (2008) (tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos).

derecho relativo, que se dirige únicamente contra la persona responsable. Es un derecho patrimonial dado que está destinada a encontrar su adecuada expresión cuantitativa en la posterior liquidación; sólo muy excepcionalmente podrá tratarse de la ejecución de una prestación inapreciable en dinero. Es un derecho transmisible y renunciabile, en cuanto es un derecho de orden privado (no afecta el orden público), el titular del derecho puede renunciar a él o transmitirlo.”³⁰

Se puede decir entonces que, en este tipo de casos, se litiga sobre asuntos transables; es decir, todos aquellos bienes y derechos de contenido patrimonial sobre los cuales las partes están en capacidad legal de celebrar acuerdos.³¹ Por ende, lo que se concilia es la forma en que se remedian los daños causados por los efectos negativos de carácter patrimonial producto de una vulneración de derechos humanos en relación con la actividad empresarial. Sin que esto signifique aceptar una responsabilidad por violación de derechos humanos, sino el cumplimiento de la obligación que surge con la materialización de un daño y de las expectativas que la comunidad confía a las empresas como agentes de desarrollo social.

Para entender más claramente la competencia de la conciliación se debe analizar su desarrollo legal desde la Ley 23 de 1991.³² Esta estableció, en el capítulo V, que las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes, podían conciliar, total o parcialmente, sobre controversias de carácter particular y de contenido patrimonial que se ventilaban ante la jurisdicción contenciosa administrativa mediante las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y de controversias contractuales. No obstante, fue solo hasta el año 1998 mediante la Ley 466 que se crearon los primeros conceptos claros para la conciliación,³³ definiéndose de una manera más amplia y estipulando el uso de esta en procesos

de lo contencioso administrativo. Sin embargo, la legislación posterior fue más allá en la Ley 640 de 2001,³⁴ en la que se instauró la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, civil y de familia. Así mismo, en la Ley 1285 del año 2009 en el artículo 13 que incorporó un nuevo artículo, en la Ley 270 de 1996 - el 42A,³⁵ se dispuso expresamente que “[a] partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.”³⁶

En lo estudiado hasta este punto podemos concluir entonces varios aspectos importantes. En primer lugar, es claro que los MASC son herramientas fundamentales que deben ser obligatoriamente incorporadas por los Estados a la administración de justicia, especialmente para que a través de estos se logre ampliar de manera efectiva el acceso a la justicia de todos los ciudadanos. En segundo lugar, la competencia de la conciliación abarca la remediación de daños que se pueden enmarcar en la responsabilidad civil extracontractual como resultado del actuar ilícito de una empresa, ya que este tipo de litigios lo que busca es la reparación integral del daño que muchas veces es de carácter patrimonial. Por lo tanto, las partes tendrán libertad para negociar sobre los remedios, bien sea en dinero o en otro tipo de dádivas. Además, es la misma ley la que establece como requisito de procedibilidad a la conciliación, por lo que no hay fundamento más claro que este para poder llegar a un acuerdo antes de acudir a justicia formal.

30 ADRIANO DE CUPIS, EL DAÑO. TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL 777 (1975).

31 ALFREDO REVELO, MÓDULO CONCILIACIÓN EN DERECHO (2019) [<https://perma.cc/66K9-Q4ND>].

32 Ley 23 de 1991, Cap. V.

33 Ley 466 de 1998.

34 Ley 640 de 2001.

35 Ley 1285 de 2009, art. 13.

36 Ley 270 de 1996, art. 42A.

III. Utilidad y beneficios de la conciliación aplicada a los procesos de remediación

Ya que el legislador instauró la figura de la conciliación como un requisito indispensable para los procesos de remediación de daños, tanto en el ámbito de la responsabilidad estatal como en el de la responsabilidad civil, se debe explicar desde la perspectiva de la gobernanza cómo la conciliación cumple un papel determinante para que empresas y Estados cumplan con sus obligaciones en el tema de derechos humanos.

Debido a los constantes avances y transformaciones de la sociedad, la capacidad administradora de justicia del Estado se ve seriamente reducida, razón por la cual este debe acudir al apoyo y complemento de otro tipo de instituciones para poder garantizar derechos humanos como la administración de justicia. Es por esto por lo que los principios rectores establecieron el pilar de remediación en cabeza tanto del Estado como de las empresas. En el caso de las últimas, se consagró la obligación de remediar los daños en caso de haber impactado los derechos humanos o haber contribuido de manera indirecta a su vulneración.³⁷ Esto conlleva que las empresas mitiguen los daños que puedan causar en el marco de su actividad sin importar el tipo de responsabilidad que pueda existir. Por su parte, “los Estados deben establecer mecanismos de reclamación extrajudiciales eficaces y apropiados paralelamente a los mecanismos judiciales, ello como parte de un sistema estatal integral de reparación de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas.”³⁸

Para poner en marcha los mecanismos que implemente el Estado es de vital importancia reconocer que se debe partir del diálogo entre empresas y sociedad. De esta manera, “entendemos la importancia de la participación de un actor facilitador y orientador que acelera la evolución

del tipo de relación comunidad-empresa-Estado a través de esa puesta en marcha de un diálogo para la acción colectiva que, además de la generación de los espacios de diálogo, se encarga de ir posicionando la relevancia de cumplir las reglas y los compromisos adquiridos.”³⁹ Lo anterior con el objetivo del desarrollo de las poblaciones donde las empresas impactan por sus actividades y con la intención de construir para que la comunidad avance por medio de vías como la conciliación.

Así las cosas, la conciliación es un mecanismo en el cual tanto Estados como empresas deben participar para cumplir eficazmente con sus obligaciones de remediación, evitando así someter a los afectados a largos y tediosos procesos jurídicos que muchas veces son perjudiciales para la imagen de las empresas y para los afectados,⁴⁰ puesto que “una decisión judicial tardía, constituye en sí misma una injusticia, como quiera que los conflictos que se plantean quedan cubiertos por la incertidumbre, con la natural tendencia a agravarse.”⁴¹

De acuerdo con lo anterior, la justicia alternativa se plantea con el objetivo de garantizar el acceso a la justicia a través del descongestionamiento de los despachos judiciales, especialmente por medio de procesos rápidos y de bajos costos como la conciliación. Aquí las partes tienen la oportunidad de resolver sus conflictos a través de relaciones de cordialidad y respeto enfocadas en las negociaciones colaborativas para solucionar sus diferencias respecto de un conflicto de intereses, dejando de lado sus estados emocionales generando así menos estrés para las partes y para los abogados asesores ya que no se encuentran litigando sino participando de la construcción de un acuerdo consensual.⁴² Así las cosas, se debe decir que la conciliación contiene

37 MAR CARNEIRO ET AL., CUADERNO GUÍA DE LOS PRINCIPIOS RECTORES ONU SOBRE EMPRESA Y DERECHOS HUMANOS. PUERTA DE ENTRADA (2013).

38 *Id.* en 3.

39 Patricio Carvallo & Guillen Calvo, *Conflictos, diálogo y acción colectiva con enfoque territorial: nuevas formas de pensar la relación comunidad-empresa-Estado*, ÓPERA, N.º 26, 17, 30 (2020).

40 Carolina Pina, *El impacto en la reputación de los procesos judiciales. Aspectos legales*, LLYC. REVISTA UNO (2016), <https://www.revista-uno.com/numero-22/el-impacto-en-la-reputacion-de-los-procesos-judiciales-aspectos-le/> [<https://perma.cc/AQ5N-L99D>].

41 C.S.J., Sala Penal, 29 de julio de 1998, Exp. 11714, M.P. Jorge Gómez.

42 Julio Cabrera & Jesús Aguilera, *La justicia alternativa, el derecho colaborativo y sus perspectivas en México*, CUESTIONES

principios fundamentales para la materialización de los Principios Rectores. En primera medida, se destaca la autonomía de la voluntad de las partes y el libre albedrío como “la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones.”⁴³ De esta manera, no es sino es a través de estas facultades que las personas como seres racionales y conscientes logran entenderse y llegar a un acuerdo equitativo con efectos vinculantes para las partes.

De esta forma se puede observar cómo en Guatemala Goldcorp, una empresa minera, entre el año 2004 y 2008 buscó por medio de acuerdos con la International Finance Corporation (IFC) y una ONG con sede en Washington fundar una ONG en este país para llevar a cabo un plan de acción que buscara el desarrollo sostenible de la población de Sipacapa, como mejorar la educación, salud, economía y medio ambiente. No obstante, continuó una disconformidad con una parte de la población frente a la explotación minera que realizaba Goldcorp, lo que generó manifestaciones y que se llevará a cabo un referéndum, donde hubo 2.426 votos en contra de las operaciones de esta compañía y 35 a favor.⁴⁴

La enseñanza de los conflictos suscitados entre Goldcorp y la población Sipacapa fue que todos los intervinientes están en la obligación de seguir un paso a paso. Es decir, las empresas en compañía del Estado deben ejecutar primero un diálogo con la comunidad para llegar a concertaciones en las actividades que se desarrollarán en cierto sector y llevar a cabo planes de acción, como era el objetivo de Goldcorp. De esta forma, se entiende que la conciliación es un mecanismo para la transparencia, respeto y, principalmente, sentar conversaciones entre las partes para la solución de disputas y evitar así la vulneración de derechos

o la necesidad de llegar hasta la justicia ordinaria que puede ser desgastante, costosa y hasta generar un distanciamiento entre los involucrados.

Por otro lado, es de aclarar que, contrario a lo que se piensa comúnmente, la conciliación tiene un carácter confidencial, tal como lo establece el artículo 76 de la Ley 23 de 1991: “la conciliación tendrá carácter confidencial. Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva y las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen, no incidirán en el proceso subsiguiente cuando éste tenga lugar.”⁴⁵ Bajo el principio de confidencialidad, el alcance y valor probatorio de las manifestaciones de las partes que se transcribieron en los registros de las audiencias de conciliación se limita al acuerdo al que las partes llegan. Por ello, el funcionario conciliador no debe estipular en el acta todas las afirmaciones que se dieron durante el proceso de negociaciones sino los presupuestos que establece la Ley 640 en su artículo 1, los cuales son:

- “1. Lugar, fecha y hora de audiencia de conciliación.
2. Identificación del Conciliador.
3. Identificación de las personas citadas con señalamiento expreso de las que asisten a la audiencia.
4. Relación sucinta de las pretensiones motivo de la conciliación.
5. El acuerdo logrado por las partes con indicación de la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas.”⁴⁶

Por lo tanto, la conciliación y las afirmaciones que allí se digan no constituyen pruebas de confesión. Así lo determinó la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia Sala Laboral SL 26 mayo del 2000, radicación 13400: “[n]o todas las afirmaciones hechas por las partes en el discurrir de una conciliación constituyen confesión. En múltiples ocasiones se ha sostenido, y ahora

CONSTITUCIONALES. REVISTA MEXICANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, N.º 40, 243 (2019).

43 C.C., 11 de diciembre de 2013, Sentencia C-934/13, M.P. Nilson Pinilla.

44 INSTITUTO DE INNOVACIÓN SOCIAL DE ESADE, RELACIONES EMPRESARIALES CON COMUNIDADES LOCALES Y ONG. COMUNICACIÓN, DIÁLOGO Y PARTICIPACIÓN (2011).

45 Ley 23 de 1991, art. 76.

46 Ley 640 de 2001, art. 1.

se reitera, que las declaraciones del trabajador o las del empleador en el juego de ofertas y contrapropuestas, a cuyo objetivo se dirige el acto conciliatorio, sobre los hechos y razones que fundamentan sus posiciones para reclamar o rechazar un determinado derecho no constituyen confesión. Ello, en aras de propiciar que tanto el uno como el otro asisten con buen ánimo, amplitud y espontaneidad a discutir abiertamente los derechos controvertidos; de lo contrario, se verían ambos constreñidos a hacer renunciaciones, rebajas u ofrecimientos específicos, por el temor de ser declarado confeso respecto de puntos que para ellos eran discutibles."⁴⁷

La evolución de la conciliación en el transcurrir de los años es notoria, al punto tal que podría llegar a pensarse que, con el apoyo estatal adecuado en años posteriores, podría empezar a posicionarse como un mecanismo ampliamente conocido y utilizado dentro de la sociedad colombiana. Ello se debe a su gran efectividad para contribuir con la reparación integral de la sociedad. Prueba de lo anterior son las estadísticas del sistema de Información de la Conciliación, el Arbitraje y la Amigable Composición (en adelante SICAAC) del Ministerio de Justicia y del Derecho, las cuales muestran crecimiento constante desde el año 2002, puesto que en este año se realizó la solicitud para 32.563 conciliaciones, mientras que para el año 2020 se solicitaron 288.959 de las cuales 25.362 corresponde al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. Se puede decir entonces que, efectivamente, la conciliación es aplicable a la remediación de daños y ha sido usada en el territorio colombiano para resolver procesos de responsabilidad extracontractual. Así las cosas, es claro que los MASC y, en particular, la conciliación, son esenciales para todo ordenamiento jurídico y es por esto por lo que fueron incluidos en los Principios Rectores sobre Empresa y Derechos Humanos, dentro del pilar de remediación, con la finalidad de: "suplir las deficiencias de la justicia formal en cuanto a la reparación ofrecida en los procesos judiciales por violaciones de derechos humanos, lo anterior

debido a que ni siquiera los sistemas judiciales más desarrollados logran manejar eficazmente la pesada carga de dar trámite a todos los conflictos que se ponen en conocimiento de la justicia formal y en muchas ocasiones no brindan la mejor solución para los involucrados lo que puede superarse eventualmente ampliando los mandatos de los mecanismos extrajudiciales existentes y/o creando nuevos mecanismos."⁴⁸

De acuerdo a lo anterior, la Conciliación se configura como una herramienta que otorga mayor beneficio a las partes que un proceso judicial ya que, si bien una empresa puede ser responsable por violaciones a derechos humanos y, por lo tanto, ser sancionada administrativamente –en otras legislaciones incluso hasta penalmente como lo es el caso de Bélgica y Países Bajos–,⁴⁹ estos procesos no se enfocan en lo que realmente necesitan las víctimas que es la reparación integral de los daños y la garantía de la no repetición. Es en este punto donde entra en juego la figura de la conciliación ya que, a diferencia de los mecanismos judiciales, esta contribuye al mutuo beneficio de las partes. Así, las empresas fortalecen su imagen comercial como agentes comprometidos con el desarrollo sostenible de la sociedad y garantes de los derechos humanos, siendo esta forma de actuar fundamental cuando hoy en día la reputación empresarial juega un papel esencial en el crecimiento de una empresa, especialmente en razón de las autoridades subnacionales y las bolsas de valores de diferentes estados como lo es el caso de la Bolsa de Johannesburgo, pues estas exigen informes sobre sostenibilidad para estudiar la viabilidad de sus inversiones.⁵⁰

Además de esto, "[t]rabajar explícitamente con los derechos humanos puede hacer de radar

47 C.S.J., Sala Laboral, 26 de mayo de 2000, Rad. 13400, M.P. Francisco Ricaurte.

48 C.S.J., Sala Laboral, 26 de mayo de 2000, Rad. 13400, M.P. Francisco Ricaurte.

49 Juan Pablo Cavada Herrera, *Responsabilidad penal de personas jurídicas. Legislación de EE. UU. y países de Europa*, https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24498/1/Responsabilidad_Penal_Personas_Jur%C3%ADdicas_def.pdf [<https://perma.cc/99WA-5644>].

50 *Id.* en 4.

o de sistema de alerta temprana permitiendo identificar problemas potenciales y solucionarlos antes de que sean más serios y más costosos, además de permitir mejorar la satisfacción de los empleados con su trabajo, con un impacto positivo en la productividad y en la eficiencia. Además, es posible que le ayude a evitar costes adicionales asociados con el hecho de atraer y mantener al personal adecuado, obtener permisos o hacer frente a la oposición del público ante nuevas ideas empresariales que pueda tener. Incluso puede darse el caso que algunos de sus clientes quieran saber cómo gestionar varias cuestiones, incluidos los derechos humanos. Evitar y reparar el impacto de sus actividades en los derechos humanos también puede ser fuente de inspiración de soluciones innovadoras y mejoras que le ayuden a ser una empresa más fuerte y más resistente.”⁵¹

En Colombia, específicamente, el gobierno nacional estableció en el Plan de Acción Nacional en empresas y derechos humanos un punto denominado “Respeto a los Derechos Humanos como ventaja competitiva”. Aquí, se estableció que: “[e]s de interés del Estado ofrecer incentivos a las empresas para que se implementen los estándares internacionales de derechos humanos en su operación y, por ende, apoyen y fortalezcan a las instituciones nacionales y territoriales en sus fines. El fortalecimiento institucional por parte de las empresas es una alianza entre el sector público y privado que revierte beneficiosamente además en la agenda nacional de construcción de paz.”⁵² En el segundo informe de seguimiento del Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresas 2017- 2018, se estableció que se habían creado “incentivos tributarios como el mecanismo de Obras por Impuestos (Decreto 1915 de 2017) para el sector privado en las Zonas Más Afectadas por el Conflicto Armado (ZOMAC -Decreto 1650 de 2017).”⁵³ Por su parte, la Ley 1257 de 2008 otorga

ciertos beneficios tributarios a los empleadores que contraten mujeres víctimas de la violencia.

En cuanto al Estado, se debe decir que este también recibe grandes beneficios del uso amplio y eficaz de la conciliación, ya que se pueden producir grandes ahorros en los casos en que el estado pueda resultar condenado. Además, cumple con sus deberes en la garantía de los derechos de sus asociados fortaleciendo el sistema judicial y la sociedad misma en una cultura de acuerdos y entendimiento. En concordancia con lo mencionado, se debe decir que, según el informe de la Procuraduría General de la Nación respecto a sus centros de conciliación, la PGN recibió 7.320 solicitudes de conciliación, de las cuales 1.510 concluyeron con un acuerdo total sobre los temas objeto de estas por un valor total de \$103.831.980.328.⁵⁴ En el año 2020, la Procuraduría realizó 31.478 audiencias en las cuales se lograron 4.320 acuerdos. Se redujo el monto de pretensiones en contra del Estado en cuantía de \$152.000 millones.⁵⁵

Estudiado este tema se debe concluir diciendo que “el incremento de competitividad en un país puede no ser sostenible a menos que existan prácticas empresariales responsables que lo respalden. Es decir, el crecimiento constante de la competitividad depende de una mayor responsabilidad de la sociedad en su conjunto, de las empresas, del gobierno y de la sociedad civil.”⁵⁶ Por lo tanto, la conciliación se presenta como una alternativa para contribuir con las prácticas empresariales responsables, de manera tal que en un sistema autorregulatorio de gobernanzas todas las partes (Estado, empresas y sociedad civil) participen de manera activa en la garantía y protección de los derechos humanos.

51 COMISIÓN EUROPEA, MI EMPRESA Y LOS DERECHOS HUMANOS. GUÍA DE DERECHOS HUMANOS PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS (2012), <https://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2016/10/DERECHOS-HUMANOS-Y-PYMES.pdf> [<https://perma.cc/PYJ8-6JZJ>].

52 CONSEJERÍA PRESIDENCIAL PARA LOS DERECHOS HUMANOS, PLAN DE ACCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESA 20 (2015).

53 CONSEJERÍA PRESIDENCIAL PARA LOS DERECHOS HUMANOS, 2DO INFORME SEGUIMIENTO DEL PLAN NACIONAL DE ACCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y

EMPRESA 18 (2018).

54 PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, INFORME DE GESTIÓN 2018 – 2019 86 (2019).

55 PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, INFORME DE GESTIÓN 2019 – 2020 17 (2020).

56 María Candela et al., *Empresas Derechos Humanos y Competitividad. ¿Una relación imposible?* 61 (s.f), https://ecosfron.org/wp-content/uploads/VTerminada_Emp_Comp_DDHH_verFinal_11junio.pdf.

IV. Algunas problemáticas

La conciliación en Colombia ha venido creciendo de manera considerable y presenta grandes beneficios para toda la sociedad en general, desde el Estado hasta los individuos en particular. Como se dijo anteriormente, mediante este mecanismo se logra resolver los conflictos de manera ideal, es decir, los implicados haciendo uso de su libertad, autonomía e inteligencia racionalizada enfrentan conscientemente el inconveniente y realizan negociaciones en atención a las buenas costumbres, la ética y el derecho con el fin de encontrar un resultado en el que todos salgan beneficiados. De esta forma se construye así el tejido social necesario para la sana convivencia y solidaridad entre todos los individuos de la sociedad.

No obstante, en Colombia, no se han tomado las medidas adecuadas para desarrollar y fomentar la conciliación dentro de la sociedad colombiana, de manera tal que se convierta en una herramienta eficaz para la resolución de conflictos. Si bien el crecimiento en cuanto al uso de este mecanismo ha incrementado en más de 8 veces su valor inicial, las estadísticas muestran un panorama distinto visto desde la óptica de la eficacia, pues, de las 288.959 solicitudes de conciliación, 137.608 terminan en un acta de conciliación total, lo cual quiere decir que el 46% son efectivas en su totalidad. Por su parte, en cuanto al 54% restante, se destacan las siguientes cifras: 10.357 fueron parciales, en 56.288 no se llegó a ningún acuerdo, en 8.715 hubo desistimiento de las partes y 38.795 terminaron en acta de inasistencia (SICAAC).

La anterior situación obedece a diversas problemáticas que evitan el uso efectivo de la conciliación. En específico, se describirán a continuación las más relevantes como un punto de partida para lograr el adecuado desarrollo de la conciliación.

1. Falta de recursos y Congestión. A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1285 de 2009, la conciliación se estableció como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para las acciones correspondientes a la nulidad y

restablecimiento del derecho, controversias contractuales y reparación directa. Debido a esta ley aumentó significativamente el uso de la conciliación; sin embargo, esta medida se tomó sin tener en cuenta las falencias de recursos humanos y de infraestructura para dar trámite a este tipo de audiencias. El Decreto 1716 de 2009 establece en su artículo 15 que “las entidades de derecho público, los organismos públicos del orden nacional, departamental, distrital, los municipios que sean capital de departamento y los entes descentralizados de estos mismos niveles” deben poner en funcionamiento los comités de conciliación los cuales son “una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad”.⁵⁷ Dicha medida ha sido criticada por un amplia parte de la doctrina pues, a pesar del amplio uso que surgió de esta norma, no se evidencia que la efectividad haya aumentado; por el contrario y como lo expone Pedraza Pfeifer: “se verificó que solo hubo un aumento del 7,87% en las conciliaciones de acuerdo con la entrada en vigencia del requisito de procedibilidad. En este orden, si bien existió un incremento en el número de acuerdos con la introducción del requisito a partir del año 2009, dicho incremento es poco significativo. Además, la introducción de dicho requisito de procedibilidad supuso una reducción significativa en el índice de acuerdos como porcentajes de las solicitudes de conciliación, concretamente, mientras que, previo a la Ley 1285 de 2009, la conciliación fracasaba en 63 de cada 100 intentos, posterior a la misma Ley, la conciliación fracasa en 93 de cada 100 intentos. ¿Se justifica acaso mantener el requisito de procedibilidad por lograr ese 7% de acuerdos de más que se dan con la introducción del requisito de procedibilidad?”⁵⁸

57 Decreto 1716 de 2009, art. 16.

58 Hernán Pedraza, *Los problemas de la conciliación en lo contencioso-administrativo* (2020) (tesis de maestría, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario).

Sumado a esto, y como consecuencia de la masiva cantidad de solicitudes producto de la Ley 1285 y la falta de infraestructura adecuada, surgen problemáticas tales como que las entidades no tienen Comités de Conciliación o éstos no disponen de tiempo para reunirse y plantear fórmulas de solución. En algunas ciudades del país como Barranquilla, por ejemplo, el acondicionamiento para la realización de estas audiencias es poco: se carece de equipos o los funcionarios resultan insuficientes (sustanciadores, profesionales y asesores), todo lo cual redundaría en que en algunos despachos se retrasen los estudios.⁵⁹

En el ámbito civil, en el cual se enmarcaría la responsabilidad extracontractual de las empresas privadas, existen diversos centros de conciliación que no se encuentran atados a los funcionarios del ministerio público, sino que existe una amplia gama de centros y funcionarios en el sector público y privado; cabe anotar que, en este último, la conciliación no es gratuita. La problemática que surge entonces es que, a pesar de que hoy en día existen 388 centros de conciliación en Colombia,⁶⁰ estos no cuentan con funcionarios especializados en el tema de remediación de daños causados por vulneraciones a derechos humanos en el marco de la actividad económica de una empresa. Por ejemplo, al verificar en la Cámara de Comercio de Bogotá, con uno de los más reconocidos centros de conciliación del país, se encontró que cuenta con 52 conciliadores de los cuales 38 están especializados en derecho civil, pero ninguno de ellos con enfoque en derechos humanos y su remediación. En consecuencia, en muchas ocasiones, los conciliadores califican estos asuntos como no conciliables, pues, como se dijo en la primera parte del trabajo, los derechos humanos son inalienables e irrenunciables y, por lo tanto, no son susceptibles de transacción alguna. No obstante, los funcionarios no tienen en cuenta el nuevo derecho que surge de los

daños ocasionados por dichas vulneraciones, el derecho a ser reparado de tal manera que se garantice el equilibrio patrimonial de los afectados. Este desconocimiento surge del poco desarrollo doctrinario y legal dado a los temas susceptibles de transacción o conciliación, lo que ha creado un gran vacío normativo en el cual muchos funcionarios conciliadores tienden a confundirse.

2. Sumado a lo anterior, muchos funcionarios conciliadores en materia administrativa no ven la conciliación como un mecanismo viable para solucionar las controversias, toda vez que con estas se compromete el erario público y, por tanto, en los casos en que la administración hubiese podido salir favorecida por los procesos judiciales de lo contencioso administrativo, estos funcionarios podrían ser investigados por los órganos de control, razón por la cual deciden dejar esta responsabilidad en cabeza de los jueces.⁶¹ La anterior idea es reforzada por el desconocimiento de los niveles de congestión al interior de los juzgados administrativos, el desconocimiento del precedente judicial y la idea errada de que la conciliación extrajudicial, antes que ser un mecanismo de solución de conflictos es un requisito de papel, el cual ineludiblemente deberá cumplirse.⁶²
3. Por otra parte, cabe hablar de la cultura litigiosa del país por la cual tanto las partes como sus abogados no están formados para negociar sus controversias de manera asertiva y solidaria, sino que por el contrario se tiene la predisposición entre las partes a tener que acudir obligatoriamente a la justicia formal para resolver sus conflictos sin el menor ánimo de intentar llegar a un acuerdo. A esto se suma el desconocimiento de la población sobre el funcionamiento de la conciliación,

59 Jaime Bermejo, *La conciliación prejudicial contenciosa administrativa*, 11 JURÍDICAS CUC, N.º 1, 101 (2015).

60 *Id.* en 3.

61 Oswaldo Guerra & Cesar Lozano, *Ineficacia de la conciliación extrajudicial en lo contencioso administrativo* (2014) (tesis de especialización, Universidad Militar Nueva Granada).

62 Erly Torres et al., *Eficacia de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en el medio de control de reparación directa durante los años 2015 y 2016 en el INPEC* (2018) (tesis de especialización, Universidad Libre, Seccional Pereira).

pues muchas veces se piensa que asistir a estas audiencias podría constituir una prueba de confesión para un proceso judicial posterior, totalmente contrario al espíritu de la conciliación. Así, compartimos la apreciación de que “[l]amentablemente muchos conciliadores confunden sus deberes en la suscripción del acta de conciliación con funciones de asiento de narrativas de lo ocurrido en las audiencias de conciliación. Esto es un problema práctico, no normativo en realidad.”⁶³

4. Por último, la ausencia de políticas públicas encaminadas a la integración de los derechos humanos a la conciliación, de tal manera que se puedan tener lineamientos claros a la hora de tramitar este tipo de controversias y, así mismo, encaminadas a la formación especializada de los funcionarios conciliadores, los cuales hoy en día han caído en el cumplimiento de un requisito de papel asistiendo a las audiencias de conciliación solo por dar cumplimiento al requisito de procedibilidad.

V. Conclusión y recomendaciones

Para identificar algunas soluciones a las problemáticas planteadas, se debe partir del principio fundamental expuesto en este trabajo: la obligación en cabeza de los Estados de poner a disposición de los administrados todo tipo de mecanismos legítimos e idóneos para brindar una remediación efectiva a las víctimas de una violación a los derechos humanos. Aquello se establece en el artículo 25 de los principios rectores sobre el pilar de la remediación, el cual a su vez se desarrolla sistemáticamente a través del artículo 27 que habla sobre la implementación y aplicación de los mecanismos extrajudiciales de remediación del Estado. Es por esta razón que se plantea que el Estado debe participar activamente en el desarrollo amplio y efectivo de los MASC.

De acuerdo con lo anterior, se afirma que la administración de justicia se encuentra esencialmente ligada a la remediación de daños. Aquella es solo efectiva en la medida que se tenga en cuenta el amplio cumplimiento del principio del acceso a la justicia, que puede ser garantizado a través de pronunciamientos formales o extrajudiciales. Así, es un deber estatal garantizar el cumplimiento de este principio rector y una vía es el efectivo desarrollo de los MASC para que las personas accedan a la justicia. Estos métodos ya han sido previstos por la constitución sobre los particulares competentes para administrar justicia que se terminan materializando en los MASC y entre ellos la conciliación.

Como se dijo, los MASC y específicamente la conciliación tienen como objetivo principal (pero no exclusivo) descongestionar el sistema judicial y garantizar el acceso a la justicia dentro de su competencia. En ello, se incluye la remediación de daños que surge de la responsabilidad civil extracontractual producto del actuar de una empresa contrario a los derechos humanos. Por lo tanto, el carácter patrimonial de la remediación que debe ofrecer el sujeto activo de la conducta es susceptible de transacción en común acuerdo con la parte afectada y es sobre esta que versa el objeto del acuerdo al que se llegue en la conciliación.

Es de anotar que el desarrollo de la conciliación extrajudicial sólo es posible a través de una transición desde la cultura litigiosa actual hacia una cultura de entendimiento, siendo este uno de los grandes retos que debe superar el Estado colombiano para lograr posicionar los mecanismos alternativos de solución de conflictos como alternativas verdaderamente viables para proteger y garantizar los derechos humanos. Por lo tanto, se debe dejar atrás la idea de que las partes que se encuentran envueltas en una controversia con relevancia jurídica deben acudir a un proceso judicial que termina mediante una sentencia, en donde se conceda o niegue determinadas prerrogativas y derechos. En consecuencia, la manifestación de la sentencia implica que alguna de las partes ha ganado

63 José Arenas, *Los documentos de la conciliación extrajudicial en sede judicial*, 9 REVISTA CES DERECHO, N.º 1, 94 (2018).

la acción y otra la ha perdido.⁶⁴ Este tipo de pensamiento generalizado va en contravía de la cultura de acuerdo, la cual se lleva a cabo a través de un buen contacto entre las partes, haciendo uso del diálogo y la escucha para poder conocer el conflicto, teniendo en cuenta a las personas y su situación en particular para poder generar alternativas que trabajen en las ventajas, llegando así a un acuerdo mutuo y satisfactorio.⁶⁵ Esta cultura es la que se debe implementar en la sociedad para fomentar el uso de la conciliación.

En concordancia con lo anterior, el Plan de Acción Nacional en Empresas y Derechos Humanos estableció que “un proceso judicial no siempre garantiza la terminación de la conflictividad, puesto que las compensaciones determinadas en la sentencia pueden dejar insatisfecho al reclamante o a la empresa según cómo recoja las medidas de remedio o las garantías de no repetición, entre otros aspectos.”⁶⁶ La anterior idea es la que se debe implantar en el pensamiento general de las personas al encontrarse frente a un problema jurídico que afecte sus derechos, lo cual es posible a través de programas que formen tanto a abogados como a la sociedad sobre estos temas, programas que deben fundamentarse en políticas públicas claras y contundentes tomando como base la educación, el cual ha sido un derecho que se ha venido dejando de lado por parte del Estado colombiano.

En el ámbito jurídico, es importante desarrollar lo que implica integrar los principios rectores sobre derechos humanos y empresas al ordenamiento colombiano, ya que, si bien Colombia ha desarrollado unos lineamientos a través de unas políticas públicas como la nombrada anteriormente, se debe hacer hincapié en que estas políticas deben ser más profundas

de acuerdo con los cambios estructurales que necesita la sociedad colombiana. Tal como la ha planteado la Unión Europea haciendo uso de la obligatoriedad mitigada de la mediación después de la fallida implementación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, la cual fue un intento de promocionar la mediación en los países miembros, basándose en la evidencia de que sólo cuando la mediación es, de alguna forma, obligatoria, los resultados son satisfactorios.⁶⁷ Tal como lo demuestran las cifras donde Italia ha llevado a cabo más de 200.000 mediaciones al año, y los tres países que le siguen son Alemania, Holanda y Reino Unido los cuales sólo han conseguido llevar a cabo algo más de 10.000 esta obligatoriedad mitigada podría entenderse entonces como el punto de equilibrio entre la abrupta medida de la incorporación de la Ley 1285 de 2009 que instauró la conciliación como requisito de procedibilidad y la blanda política pública implementada en el Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos, tanto en el 2015 como del 2020.⁶⁸ Ante el último cabe decir que no establece medidas para el fortalecimiento de los MASC.

Por otra parte, el fortalecimiento económico y técnico de los centros de conciliación, los cuales son, según la Ley 23 de 1991, espacios institucionales en los cuales debería llevarse a cabo las audiencias de conciliación, son espacios en donde las personas hacen efectivo el derecho al acceso a la justicia para la solución de sus conflictos, en la medida en que los individuos podrán acudir al arreglo de sus controversias de forma rápida, oportuna, eficiente, efectiva y con consecuencias judiciales en caso del incumplimiento de los acuerdos logrados, a

64 Grover Conejo, *La justicia transformativa, más allá de la justicia restaurativa* (2006), <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2498/JUSTICIATRANSFORMATIVA.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [<https://perma.cc/MJW5-2ZBR>].

65 Astelio Silvera et al., *La conciliación, herramienta de interdisciplinariedad para exaltar la cultura de acuerdos en la solución de conflictos en Colombia*, 11 JUSTICIA JURIS, N.º 1, 89 (2015).

66 CONSEJERÍA PRESIDENCIAL PARA LOS DERECHOS HUMANOS, PLAN DE ACCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESA 20 (2015).

67 María Zato Etcheverría, *Una aproximación al mapa de la mediación en la Unión Europea*, 8 REVISTA DE MEDIACIÓN, N.º 1, 72 (2015).

68 Giuseppe De Palo et al., ‘Rebooting’ the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU, EUROPEAN PARLIAMENT’S COMMITTEE ON LEGAL AFFAIRS (2014), [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf) [<https://perma.cc/3LK2-XEFN>].

través de personal capacitado para ello y cuya actividad se encuentra vigilada por el Estado.⁶⁹ El fortalecimiento de estos centros es efectivo a través de la dotación de funcionarios suficientes y aptos para tramitar los diferentes asuntos conciliables, por lo tanto, debemos entender la figura del conciliador en derecho el cual es un abogado, formado en resolución de conflictos, y que, por mandato expreso de la constitución, administra justicia de manera transitoria.

El marco del aspecto económico, que se relativiza al cumplimiento de la capacitación de los funcionarios de las entidades que se nombraron anteriormente, sumado a la participación de Ministerio de Hacienda y Crédito para cumplir efectivamente con los acuerdos conciliatorios, son medidas urgentes. Esto debido a que, por la austeridad financiera del Estado en muchas ocasiones, no logra pagar los pocos acuerdos que realiza en el tiempo establecido, por lo que incurre en mora y el gasto público se expande. Así mismo, al invertir de manera insuficiente en la formación de los funcionarios conciliadores, no se puede garantizar el trámite efectivo de los procesos conciliables pues son estos los que median el entendimiento entre las partes y, a partir de su conocimiento jurídico, aportan las soluciones más acertadas para todos los implicados. Por lo tanto, se debe cambiar la concepción que se tiene del conciliador y empezarlo a ver como un ente administrador de justicia, el cual debe estar extremadamente bien preparado para dar cumplimiento a su deber.

Como bien es sabido, los MASC son un mecanismo en donde las dos partes deben renunciar a algo, no necesariamente habrá un vencedor y un vencido. Esto genera, tanto para las empresas como para la sociedad, un cambio de pensamiento, en donde las partes habrán renunciado a algo, pero de igual manera quedarán conformes con ese acuerdo que se ha hecho. Por lo tanto, se puede afirmar que es una alternativa positiva para estos actores sociales,

en donde las partes se verán beneficiadas de alguna manera, aclarando que no de la misma forma. Además, para toda empresa es muy importante su buen nombre, por lo que, acudir ante este mecanismo extrajudicial, le permite no exponer su reputación de la misma manera que lo haría si se enfrentara a un proceso judicial de años, que a la larga viene representando para toda empresa consecuencias económicas.

Finalmente, queda resaltar que el crecimiento y desarrollo de un país solo es posible si se cuenta con prácticas empresariales responsables que incluyan prácticas de conciliación para nutrir un sistema de entendimiento autorregulatorio de gobernanza entre Estado, empresas y sociedad civil.

69 María Ramírez et al., *Los centros de conciliación: su percepción, conocimiento y uso por parte de los ciudadanos de Barranquilla*, 12 REVISTA CIVILIZAR CIENCIAS SOCIALES Y HUMANAS, N.º 23, 35 (2012).

El cuerpo de la mujer como territorio de violencia

Woman's body as a field of violence

Laura Camila Ortiz Cruz*

Valentina Rivera Castillo**

Luisa Fernanda Pardo Fernández***

Nilsa Eugenia Fajardo Hoyos****

Abstract

This article aims to present a context on the concept of the woman's body as a territory of violence in Colombian jurisprudence. It pretends to analyze the relationship between the violence suffered by women and the armed conflict. To do that, the paper reflects on the development that concept has had in the jurisprudence of the Constitutional Court and Supreme Court of Justice of Colombia.

Keywords: woman, weapon of war, violence, sexual violence, armed conflict, armed conflict, human rights, crimes against humanity, feminism, victim

Resumen

Este artículo tiene como fin presentar un contexto sobre el concepto del cuerpo de la mujer como territorio de violencia en la jurisprudencia colombiana. Pretende analizar la relación entre las violencias que sufre la mujer y el conflicto armado. Con esa finalidad, el artículo hace una reflexión sobre el desarrollo que este concepto ha tenido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y Corte suprema de justicia de Colombia.

Palabras clave: mujer, arma de guerra, violencia, violencia sexual, conflicto armado, derechos humanos, delitos de lesa humanidad, feminismo, víctima

Historial del artículo:

Recibido: 9 de mayo de 2021

Aceptado: 10 de octubre de 2021

Cómo citar este artículo:

Laura Ortiz et al., *El cuerpo de la mujer como territorio de la violencia*, 9 JUST. & DER. 26 (2021).

* Estudiante de Derecho, Universidad del Cauca; integrante, Semillero Cautio Feminista. Correo electrónico: oclaura@unicauca.edu.co

** Estudiante de Derecho, Universidad del Cauca; integrante, Semillero Cautio Feminista. Correo electrónico: vrivera216@unicauca.edu.co

*** Estudiante de Derecho, Universidad del Cauca; integrante, Semillero Cautio Feminista. Correo electrónico: lfpardo@unicauca.edu.co

**** Docente de Derecho Penal, Universidad del Cauca; directora, Semillero Cautio Feminista. Correo electrónico: nilsafajardo@unicauca.edu.co

I. Introducción

Los años pasan, las leyes, los convenios y las garantías aumentan, pero todo sigue igual. La violencia sexual es un crimen expresivo que denigra generalmente a las mujeres;¹ este se presenta de forma transversal ya que no importa el color de piel, la condición socioeconómica o el lugar de procedencia. Sin embargo, es en el marco de los conflictos armados donde se presenta una mayor vulneración de sus cuerpos, pues aquí se tiene una carga adicional, ya que la violencia sexual que se imprime en sus cuerpos busca mandar un mensaje a la comunidad enemiga, convirtiéndolas así en objetivo militar.

En el conflicto armado, el pueblo dejó de ser y se convirtió en sangre. Los hijos que buscaban proteger a sus madres se convirtieron en sus violadores. A condición de salvaguardar la vida, hubo familias separadas por amenazas; como si se tratase de un intercambio, las madres abandonaron a sus hijos para no ser secuestradas o violadas. El pensamiento del victimario es cosificar a la mujer, conforme la utilidad que podría representar, usar la violencia sobre su cuerpo como un instrumento más en la guerra y las múltiples formas de atropello tanto físico como psicológico para demostrar que no existen límites en la ejecución de acciones crueles.

Michel Foucault señala que el cuerpo y la sexualidad son un “campo político sobre el que operan relaciones de poder.”² En este contexto, el objetivo del presente trabajo es reflexionar sobre el concepto del cuerpo de la mujer como territorio de múltiples violencias y cómo el estado colombiano las previene, investiga y sanciona, dando respuesta a las preguntas: ¿Es el cuerpo de la mujer territorio de violencia en Colombia? Y ¿Qué ha entendido la jurisprudencia colombiana como violencia contra los cuerpos de las mujeres?

Para conseguir el objetivo se realizó un análisis documental de fuentes legales, jurisprudenciales, doctrinales, nacionales e internacionales que nos permitieran conocer los avances sobre el concepto del cuerpo de la mujer como territorio de violencia, especialmente la violencia que sufren las mujeres en los conflictos armados y el desarrollo jurisprudencial del concepto “violencia”. En materia jurisprudencial, se utilizaron para el análisis las sentencias SU-599 de 2019 de la Corte Constitucional y la SP 4530 de 2019 de la Corte Suprema de Justicia. Si bien no fue posible establecer una línea jurisprudencial por falta de disciplina del precedente de ambos tribunales, se indican sentencias relevantes que ilustran el concepto en Colombia.

Gracias a declaraciones de organizaciones internacionales, mecanismos legales y expansión de doctrina se da un aporte a la evolución del derecho. Además, aquí se hace referencia a la dinámica constante que existe en el estudio de la sociedad permitiendo cada vez una mirada más centrada, crítica y con ánimo de accionar, llegando así a las diversas formas de protección que se han desarrollado a lo largo de los años y se ha expandido a países en donde no existía cuando menos un tipo de protección ante una situación común como lo es la vulneración de derechos en medio de los conflictos armados, entre estos, claramente se encuentra el caso de Colombia. Así pues, parece que poco a poco se ha dejado caer la venda cegadora de justicia en el país, lo que muchas han anhelado por años y que, aún con las herramientas que nos ha dado el desarrollo jurisprudencial, seguimos buscando.³

El presente documento se divide en tres partes. La primera referida al cuerpo de la mujer como concepto. La segunda se centra en la violencia sobre el cuerpo de la mujer como arma de guerra. Finalmente, la tercera parte se centra en el caso colombiano. Para finalizar, se describen unas conclusiones.

1 LAURA RITA, LAS ESTRUCTURAS ELEMENTALES DE LA VIOLENCIA 40 (2003) [RITA, LAS ESTRUCTURAS].

2 EQUIPO DE ESTUDIOS COMUNITARIOS Y ACCIÓN PSICOSOCIAL (ECAP) & UNIÓN NACIONAL DE MUJERES GUATEMALTECAS (UNAMG), TEJIDOS QUE LLEVA EL ALMA MEMORIA DE LAS MUJERES MAYAS SOBREVIVIENTES DE VIOLACIÓN SEXUAL DURANTE EL CONFLICTO ARMADO (2.^a ed., 2011).

3 La Ley 1761 de 2015 tipifica el delito de feminicidio; la Ley 1652 de 2013 y la Ley 1719 de 2014 abordan la materia probatoria frente a delitos sexuales; la Ley 1329 de 2009 se promulgó contra la explotación sexual comercial; la Ley 1773 de 2016 tipifica las lesiones con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares, entre otras.

II. El concepto del cuerpo de la mujer

A lo largo de la historia, el cuerpo de la mujer y el cuerpo del hombre han ocupado lugares contrarios. Como lo manifiesta Eugenio Raúl Zaffaroni, para los griegos y los romanos, no existían dos sexos; la diferencia entre hombre y mujer se basaba en la existencia un mismo organismo, solo que en diferentes etapas de evolución o maduración. En los varones, se encontraba el estado acabado, perfecto, dado que durante la gestación había contado con el calor necesario; mientras que, en las mujeres, el pene y los testículos permanecen dentro del cuerpo imperceptibles, pues así se interpretan el útero y los ovarios. Es decir, estos órganos no habían alcanzado la maduración necesaria para descender, teniendo entonces la concepción que a la mujer le faltaba algo, por lo que era imperfecta por naturaleza.⁴ Zaffaroni plantea que este tipo de razonamientos justificó durante siglos mantener a la mujer en un estado de inferioridad, debilidad o perpetua infancia, sometimiento que, a su vez, provocó una violencia generalizada contra ella. Un ejemplo de lo anterior es la combustión de brujas en la inquisición, puesto que se afirmaba que, por su inferioridad biológica e intelectual, tenían menos fe y por lo tanto no podría resistirse a las órdenes de Satán, ni a sus deseos carnales.⁵

El concepto empieza a cambiar a partir de la segunda mitad del siglo XVIII. Según Ana Miguel Álvarez, eso se dio por el feminismo pre moderno donde se encuentran las primeras manifestaciones feministas.⁶ Pero fue solo hasta la segunda ola del feminismo donde se empieza a hablar más a precisión del cuerpo de la mujer, ya que, pese a haber logrado algunos avances en el reconocimiento de derechos para la mujer en la primera ola, era evidente que se seguía perpetuando el discurso de la cultura patriarcal, se seguía oprimiendo a las mujeres y, en especial, a quienes pertenecían a la clase más baja.

Las corrientes feministas liberales tenían como objetivo buscar el derecho de las mujeres a ser iguales a los hombres. Es aquí donde las feministas revolucionarias plantean que “no querían simplemente modificar el sistema existente para que las mujeres tuvieran más derechos; querían transformar ese sistema, acabar con el patriarcado y el sexismo.”⁷ Aquí también se habla de la abolición del género.

El género como concepto se da en una contraposición binaria (sexo- género). John Money señala que, a partir de una relación entre los padres y el sexo de sus hijos, se instituye en el psiquismo de la criatura el sentimiento íntimo de ser niño o niña, es decir, desde temprana edad se empieza a formar una identidad de género.⁸ Empero, es en el movimiento feminista donde cobra verdadera fuerza y nace el concepto teórico sexo-género por la feminista Gayle Rubin para quien “el sistema sexo/ género estaría conformado por ideas, normas y convenciones que han llegado a alcanzar el estatuto de leyes naturales sobre la sexualidad, el desarrollo y comportamiento de hombres y mujeres.”⁹

Simone de Beauvoir, una de las autoras más relevantes del feminismo, en su obra el “El Segundo sexo”, expone que las características “femeninas” y “masculinas” no son dadas por algo natural, sino que es la sociedad a través de la cultura patriarcal la que las determina. No existe entonces una esencia femenina, ya que “no se nace mujer, se llega a serlo.”¹⁰ Es decir, el género son todos los aspectos psico-socioculturales asignados por su medio social, mientras que el sexo está constituido por las características anatomofisiológicas que distinguen al macho de la hembra.

Por su parte, Yanira Zúñiga Añazco explica cómo las mujeres se encuentran en una subalternidad,

4 EUGENIO RAUL ZAFFARONI, LA CUESTIÓN CRIMINAL 20 (2012).

5 *Id.*

6 Ana de Miguel Álvarez, *Feminismos en España*, MUJERES EN RED (17 de abril del 2021), <https://www.mujeresenred.net/anademiguel.html> [https://perma.cc/CB2Y-6L76].

7 BELL HOOKS, EL FEMINISMO ES PARA TODO EL MUNDO 26 (Beatriz Estaban et al. trad., 2017).

8 Concepció Garriga i Setó, *Recorrido del concepto de género en la historia del psicoanálisis y sus implicaciones clínicas*, BROCAR CUADERNOS DE INVESTIGACIÓN HISTÓRICA, N.º 35, 117, 139 (2011).

9 CECILIA OLIVARES, GLOSARIO DE TÉRMINOS DE CRÍTICA LITERARIA FEMENINA 45-47 (1997).

10 SIMONE DE BEAUVOIRE, EL SEGUNDO SEXO 87 (1949).

debido a que tienen un cuerpo y funciones que se implican más en la vida de la especie.¹¹ Así, por ejemplo, la procreación la sitúa entonces más cerca de la naturaleza, permitiendo asignarles bajo esta imposición de género unos roles sociales más guiados a lo doméstico, al cuidado y, por tanto, a la inferioridad, pues son los hombres los que se encargan de la cultura. Como indica Zúñiga, “los cuerpos femeninos han sido desposeídos, debido a la naturalización y jerarquización de la diferencia sexual. En la medida de que el sexo es una categoría totalizante y abarca a la mitad de la población humana, los cuerpos femeninos constituyen, al mismo tiempo, el paradigma de la otredad y de la subalternidad.”¹²

Sin embargo, la asignación de roles va mucho más allá. Al cuerpo femenino se le ha quitado el control de su sexualidad y, al mismo tiempo, se le ha impuesto que es propiedad de un hombre; esto la reduce a su función sexual y la deshumaniza, evitando las elecciones libres, puesto que ya hay unas conductas que le son o no permitidas. Así, por ejemplo, se ha creado una construcción social que va encaminada desde los estereotipos que han diseñado a la mujer “perfecta” con el comportamiento adecuado, las palabras dulces y discretas, una noción de cabello, la sonrisa ideal y las curvas de un cuerpo “femenino” llegando al punto de creerse no sólo con derecho sobre la imagen de la mujer, sino con la autoridad que algunos piensan tener sobre el cuerpo cosificando y denigrando para saciar sus necesidades.

El simbolismo del poder patriarcal nos agobia permanentemente sin importar nuestra profesión, nuestro estrato social, nuestro color de piel, sin importar que somos personas (que por el simple hecho de serlo merecemos respeto y libertad). Así, el poder del victimario no hace más que mandar un mensaje constante a la sociedad en general, de que las mujeres ocupan un lugar de subalternidad, y no descansa un solo minuto de recordarnos a las mujeres que, en esta sociedad, no tenemos

un control absoluto sobre nuestro cuerpo y que siempre va a existir una piedra con la que podremos tropezar en el camino. Por su parte, para Astrid Orjuela Ruiz, la violencia de género es toda violencia contra hombres y mujeres “con fundamento en conceptos normativos expresados en instituciones y contruidos sobre los símbolos disponibles de lo masculino y lo femenino en un plano jerárquico y discriminatorio, que se traduce en injusticias sobre el reconocimiento identitario de las personas.”¹³

La violencia de género tiene múltiples expresiones, en lo económico, social, sexual, político o institucional, pero de todas estas violencias es la sexual la que se inscribe en el cuerpo de la mujer. Es este el escenario donde, a través de múltiples actos degradantes, se controla el cuerpo de la mujer y se extiende el agravio a su familia, amigos y comunidad. Para Cristina Sánchez, por ejemplo, analizar la violencia sexual masiva nos permite identificar que no es un fenómeno neutral desde el punto de vista del género y que la violencia contra las mujeres es política.¹⁴ Según lo expuesto por Laura Rita Segato, la violación es un crimen expresivo porque, por medio de este acto, se quiere decir algo, el violador no manifiesta un deseo sexual como usualmente se cree, sino que bajo el mandato de masculinidad, necesita exhibir la capacidad de dominación de un cuerpo.¹⁵

De hecho, Laura Rita Segato señala así mismo que “la entrega de la dádiva de lo femenino es la condición que hace posible el surgimiento de lo masculino y su reconocimiento como sujeto así posicionado, en otras palabras, el sujeto no viola porque tiene poder o para demostrar que lo tiene, sino para obtenerlo.”¹⁶ Así, el violador se considera un moralizador, ya que considera que la mujer es inferior e imperfecta moralmente y él es ese sujeto moral que castiga y saca su vitalidad, le muestra

11 Yanira Zúñiga Añazco, *Cuerpo, Género y Derecho. y Derecho. Apuntes para una teoría crítica de las relaciones entre cuerpo, poder*, 24 REVISTA IUS ET PRAXIS, N.º 3, 209-254 (2018).

12 *Id.*

13 Astrid Orjuela Ruiz, *El concepto de violencia de género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 23 REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 89, 110 (2012).

14 CRISTINA SÁNCHEZ, VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES. RELACIONES DE CONTEXTO 207 (2020) [SÁNCHEZ, VIOLENCIA].

15 RITA, LAS ESTRUCTURAS, *supra* nota 1 en 1-19.

16 *Id.*

a la sociedad el poder adquirido por medio del dolor que ha causado en aquella mujer, a quien le ha sido arrebatado absolutamente todo en lo que alguna vez pudo creer, muestra su poder a través de todas las mujeres que podrían rodear su círculo social y que ahora viven para tratar de sanar ese dolor con empatía y para vivir con el miedo de que algún día podrían ser ellas quienes estén en esa posición. *“Sólo la mujer creyente es buena”*, nos dice un interno, lo cual significa: *“sólo ella no merece ser violada”*. Y esto, a su vez, quiere decir: *“toda mujer que no sea rígidamente moral es susceptible de violación”*.¹⁷

III. La violencia sobre el cuerpo de la mujer como arma de guerra

La guerra ha cambiado a lo largo de la historia. Según Mary Kaldor, sus objetivos, métodos de lucha y modos de financiación se han modificado, por lo que podríamos hablar de nuevas y viejas guerras.¹⁸ Las segundas hacen referencia a los conflictos entre Estados, y las nuevas guerras se guían más a los conflictos internos, que a su vez son generadores de los llamados conflictos armados. Es innegable que la violencia sexual ha existido durante todos los tipos de conflictos bélicos, manteniéndose en las nuevas condiciones bélicas.

Autoras como Rita Segato nos dicen que la violencia sexual en las guerras también ha cambiado. Esta dejó de ser un daño colateral de la guerra y se empezó a considerar a la mujer como víctima directa. Así pues, “decimos que la guerra se hace hoy mediante la victimización de las mujeres.”¹⁹ Aquí es importante resaltar que, durante años, las violencias contra la mujer en el contexto bélico fueron silenciadas y normalizadas.

Ahora bien, lo verdaderamente cierto es que, en los conflictos armados, los cuerpos, que son violados, torturados y denigrados, son un método de lucha, ya que vulnerándolos se ejerce poder sobre los mismos y sobre la población en general. Pero también se puede notar, en actos como las desapariciones forzadas, en la violencia sexual o en la tortura a la que son sometidas las mujeres, donde se ha pasado de apropiarse de los cuerpos a su destrucción. Así pues, Cristina Sánchez nos trae como ejemplos la violencia sexual que sufren las mujeres en la República del Congo o la esclavitud sexual de cientos de mujeres en manos de ISIS.²⁰

La violencia sexual es una de las armas más usada en los conflictos armados, donde se muestra todo lo ya explicado. Por una parte, vemos las imposiciones al cuerpo de la mujer, este debe permanecer puro, virgen, cubierto, debidamente conservado y la ofensa que se haga sobre este afecta la dignidad de la comunidad en general, sobre los padres o esposos. De hecho, en múltiples ocasiones, las agresiones que se realizan contra ellas son ataques indirectos a las personas que las rodean que, de alguna u otra forma, se van a ver desestabilizados emocionalmente por lo sucedido. Así que, en este caso, no solo se pone en juego el hecho de que “las mujeres son consideradas como las débiles”, sino el de una forma “apta y más fácil de venganza” en caso de que se quiera ir en contra de alguien, lo que hemos denominado en este artículo como el “territorio de guerra”.

Las violaciones dentro del conflicto armado son parte de un entrenamiento militar que muestra toda la estructura patriarcal ya que, como dijimos, este es un crimen expresivo, donde no solo se busca obtener poder y exhibir la capacidad de dominación de un cuerpo, sino que además se buscan la humillación de su enemigo. Como indica Laura Rita, “(...) mediante el cuerpo de las mujeres no sólo se ejerce un control sobre ellas, sino que este control se hace extensivo a toda la sociedad enemiga.”²¹ Una forma sencilla de traer lo anterior y representarlo en un claro ejemplo a nivel del país es el hecho de las mujeres que, por

17 *Id.* en 31.

18 MARY KALDOR, LAS NUEVAS GUERRAS, VIOLENCIA ORGANIZADA EN LA ERA GLOBAL (María Rodríguez trad.,2001).

19 LAURA RITA, LA GUERRA CONTRA LAS MUJERES 160 (2016) [RITA, LA GUERRA].

20 SÁNCHEZ, VIOLENCIA, *supra* nota 14 en 227.

21 RITA, LA GUERRA, *supra* nota 19 en 57-91.

apoyar ciertos grupos, determinados ideales o un ser digno de valentía y representación dentro del pueblo, por ejemplo, por ser lideresas, les han amenazado tanto a ellas como a sus familias, les han dañado tanto física como emocionalmente, les han robado, privado de la libertad, torturado, violado y, en los casos donde ya se ha cumplido el propósito de enviar el mensaje de poder y dominio, sobre ellas, sobre su cuerpo que pasó de ser suyo a ser un asunto de importancia, miedo e indignación social, finalizan cumpliendo las amenazas de muerte.

Pongamos en contexto además que, el hecho de alcanzar un puesto donde haya reconocimiento en un país dominado por el machismo para una mujer no es nada sencillo. Aun así, son el blanco de cualquier situación que apoyen, porque no hay protección en ningún rol femenino, sea cual sea, siempre hemos sido la “presa fácil de cazar”. Como no es algo realmente que se dé desde hace poco, sino que nunca se ha hablado lo suficiente, se ha minimizado la importancia y la gravedad de la situación en el país, porque “si no hay acceso carnal, no hay violencia.” Por eso, traemos a colación lo que se ha adoptado en la Asamblea General de las Naciones Unidas, donde se marcan algunas de las muchas clases de violencia contra la mujer; de esta sección también se desprende la vinculación que observa el Comité Internacional de la Cruz Roja y Tribunal Penal Internacional para Rwanda.

En 1994, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración La Plataforma de Acción” de la Cuarta Conferencia Mundial de las Mujeres en Beijing en 1995. Esta incluyó una sección acerca de la violencia con base en el género, denominando una violación de los derechos humanos cualquier acto de violencia con base en el género, la familia, la comunidad, o perpetrado por el Estado, que tenga como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres en su vida pública o privada, incluyendo actos de violencia y abuso sexual durante un conflicto armado, la esterilización y el aborto forzosos, y el infanticidio de niñas.²²

El acontecimiento histórico que marca el reconocimiento y la forma de tratar la violencia sexual en el derecho internacional son los miles de actos de violaciones y acciones atroces que fueron usados como arma de guerra en la antigua Yugoslavia en 1991. En los Tribunales Penales para Rwanda y la ex Yugoslavia, se da un progreso muy importante en la tipificación y persecución de la violencia sexual cometida en el marco de un conflicto armado, pues son reconocidos estos actos como violaciones graves al derecho internacional humanitario. Además, el Comité Internacional de la Cruz Roja en 1995 permitió vincular los actos de violación como un efecto secundario o una consecuencia de los conflictos armados, denominando por lo tanto a las violaciones como un crimen de guerra, basados en los estatutos del Tribunal Penal Internacional para Rwanda.²³

En América Latina, el papel de la mujer está marcado por el rol que tuvieron las mujeres en las comunidades indígenas, las prácticas a las que fueron sometidas las mujeres esclavizadas y/o racializadas, la doctrina católica y la existencia de una mezcla de razas que pobló estas tierras de mujeres mestizas campesinas.²⁴ La colonización construyó el mestizaje en América a través de la violación, la esclavitud sexual, los embarazos o abortos forzados, todos estos actos de violencia y dominación sobre el cuerpo de las mujeres.

Existen muchos casos de violencia sobre el cuerpo de las mujeres en los conflictos internos ocurridos en nuestro continente. Así, por ejemplo, las

23 Judith Gardam, *La mujer, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*, REVISTA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (septiembre 30, 1998), <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdmg8.htm>.

24 Alicia Alvarado Escudero, *El feminismo indígena de la época colonial*, THE CONVERSATION (6 de marzo de 2019). Aun así, podemos decir que esta cultura de represión hacia la mujer en donde el hombre asume el control fue principalmente transmitida por los españoles del siglo XVI, ya que trasladándonos a las costas del Perú y Ecuador en los años 1532 a 1534 “cuando un grupo de hombres españoles, soldados y clérigos, quedaron asombrados al ver cómo en estas tierras lejanas las mujeres no sólo tenían voz y mando, sino que además eran veneradas y respetadas por todos los varones. El impacto para los castellanos se hizo evidente, y gracias a ello, a su asombro, consideraron relevante anotarlo en sus cuadernos de bitácora.”

22 ENGLE MERRY, LAS MUJERES, LA VIOLENCIA Y EL SISTEMA DE DERECHOS 9, 10 (Moisés Silva trad., 2001).

múltiples violaciones relacionadas con las dictaduras en el Cono Sur, los traslados de hijos de mujeres prisioneras a hogares afines a los regímenes, las esterilizaciones de mujeres campesinas a nivel latinoamericano, las violaciones como métodos de tortura de las mujeres disidentes, el reclutamiento forzado de mujeres y su sometimiento a esclavitud sexual al interior de las filas de los grupos disidentes. Todos estos son claros ejemplos de dominación del cuerpo de la mujer para la consecución de una intención política determinada. En el conflicto interno ocurrido en Guatemala, por ejemplo, se estima que treinta mil mujeres fueron víctimas de violencia sexual, el 88.7 % eran indígenas mayas, actos cometidos un 98 % por agentes del Estado.²⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, reconoce que la violación sexual de las mujeres fue una práctica del Estado, ejecutada en el contexto de las masacres, dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual.²⁶

IV. El caso colombiano

En Colombia, las cosas no son muy distintas comparado a los múltiples abusos que se dan a nivel internacional. Se ha denunciado que el Estado no ha abordado el gran impacto que tiene el conflicto sobre grupos concretos de mujeres en situación especial de riesgo, como las mujeres indígenas, afrodescendientes, desplazadas y rurales.²⁷ Para Margarita Cadavid, una de las principales causas de violencia sexual en el conflicto armado es el uso de la mujer como botín de guerra y esto se debe a que las mujeres que tengan relación de algún tipo con uno de los bandos del conflicto son usadas para mandar mensajes de venganza y poder. Así, ella indica que “[e]l acceso carnal violento es, por excelencia, una forma de humillar al actor contrario,

despojarlo de su honor y su dignidad a través del cuerpo de la mujer.”²⁸

Al hablar de crímenes sexuales contra la mujer en el marco del conflicto armado, las cifras son imprecisas, puesto que, por miedo, vergüenza, falta de garantías y demás situaciones que frenan el acceso a la justicia, estos siguen en la impunidad y no hacen parte de los porcentajes. El Código Penal de Colombia ha acogido el concepto de violencia extenso consagrado en los tratados internacionales que sobre derechos humanos ha suscrito Colombia. En ese sentido, la Convención de Belem do Pará señala que la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica, sea cometida en el ámbito doméstico, interpersonal, comunitario o institucional.²⁹ La Convención de Belem do Pará señala como obligación estatal la inclusión de legislación interna, normas penales, civiles y administrativas, necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.³⁰ En desarrollo de estas obligaciones, observamos que la legislación penal y la jurisprudencia han emitido el concepto de violencia de manera garantista, teniendo en cuenta consideraciones de género.

Es así como Colombia, para dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, expide la Ley 1719 de 2014, cuyo objeto es la adopción de medidas para garantizar el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial las asociadas al conflicto armado interno. Es en desarrollo de este objeto que se incluye en el Código Penal Colombiano un concepto de “violencia”, ajustado a las necesidades de las mujeres, niñas, niños y adolescentes víctimas, el cual se define como “el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación; la detención

25 AURA MARINA YOC COSAJAY, VIOLENCIA SEXUAL A MUJERES INDÍGENAS DURANTE EL CONFLICTO ARMADO INTERNO Y EL GENOCIDIO EN GUATEMALA 157-162 (2014).

26 Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Corte I.D.H. (25 de mayo de 2017).

27 Amnistía Internacional, COLOMBIA, CUERPOS MARCADOS, CRÍMENES SILENCIADOS: VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LAS MUJERES EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO (2004).

28 Margarita Rosa Cadavid Rico, *Mujer: Blanco del Conflicto Armado en Colombia*, 4 ANALECTA POLÍTICA, N.º 7, 301, 308 (2014).

29 Ley 248 de 1995, aprobatoria de la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belem Do Pará, Brasil, 9 de junio de 1994.

30 Ley 248 de 1995, art. 7 literal c.

ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder; la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento.”³¹

La Corte Suprema de Justicia, al desarrollar el concepto de violencia, ha buscado destruir los razonamientos probatorios que pretendan justificar o perpetuar la disponibilidad de los hombres sobre el cuerpo o la sexualidad de las mujeres. Es así como, en los casos de delitos sexuales, ha entendido que la acción es típica si se ejecuta doblegando la voluntad de la víctima, sin necesidad de ejercer fuerza física.³² En referencia al precedente del mismo tribunal, la Corte Suprema de Justicia, ante el reclamo del defensa por la falta de huellas o vestigios de violencia en la víctima, señaló que la configuración de la violencia sexual dependerá de si la víctima ha perdido “la libre autodeterminación de su sexualidad,”³³ no de la existencia de heridas o cicatrices, pues la violencia puede ser psicológica o moral.

La consagración del delito de feminicidio responde también a una acción afirmativa en favor de las mujeres, víctimas de violencia en su manifestación más extrema, señalando en el tipo penal varios literales referidos al contexto de violencia de género en que la conducta se realiza.³⁴ El delito de feminicidio protege no solo el bien jurídico de la vida, sino también el de una vida digna sin discriminación y libre de violencias, pues las diversas opresiones sufridas por las mujeres están conectadas con las causas que generan la violencia y la muerte de estas. Los diferentes actos de violencia sobre el cuerpo de las mujeres, así como la violación, el acoso sexual, el maltrato físico y emocional, los actos sexuales abusivos, la pornografía, la explotación sexual, la esclavitud sexual, la esterilización, el aborto, la maternidad forzada o la violencia obstétrica, no son hechos aislados sino claras expresiones de

violencia sobre las mujeres, del control sobre sus cuerpos y dominio sobre sus decisiones vitales.

La Corte Constitucional aclaró que no necesariamente cualquier tipo de violencia contra una mujer es violencia de género y, aun cuando se trate de violencia de género, no todas las acciones previas a un hecho generan una cadena o círculo de violencia que cree un patrón de discriminación que pueda demostrar la intención de matar por razones de género, pero sí ciertos tipos de violencia como los abusos sexuales, mutilaciones y tratos crueles y degradantes que constituyen un antecedente claro que evidencia un móvil de matar en razón del género.³⁵ Así pues, según la Corte Constitucional, el tipo penal de feminicidio en Colombia será la muerte de una mujer “por su condición de ser mujer” cuando existe un trasfondo de sometimiento y dominación de la víctima, el cual se configura si existen situaciones antecedentes o concurrentes de maltratos físicos o sexuales, como la violación, la esclavitud y el acoso sexual o las prácticas forzadas sobre el cuerpo de la mujer, ya que todas estas conductas buscan su dominación o control, “la muerte puede ser el acto final dentro de un *continuum* de prácticas constantes de maltrato corporal.”³⁶

En el caso del conflicto armado en Colombia, se reconoce la ocurrencia de múltiples violencias contra las mujeres. Por parte de los altos tribunales, se ha identificado un estado de vulnerabilidad en que las mujeres se encuentran ante los diferentes actores armados, quienes las hacen víctimas de una serie de violencias, entre ellas la sexual. Estos delitos sexuales cometidos en desarrollo del conflicto armado se constituyen como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, entre ellos: la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.

31 Ley 1719 de 2014, art. 11.

32 C.S.J., Sala Penal, 1 de julio del 2020, SP 2136-2000, M.P.: José Acuña.

33 C.S.J., Sala Penal, 6 de agosto de 2019, AP 3208-2019, M.P.: José Acuña.

34 Ley 1761 de 2015, art. 2.

35 C.C., 8 de junio de 2016, Sentencia C-297/16, M.P. Gloria Ortiz.

36 C.C., 5 de octubre de 2016, Sentencia C-539/16, M.P. Luis Vargas.

La violencia basada en género es uno de los 5 patrones de macro criminalidad reconocidos a los postulados en aplicación de la Ley de Justicia y Paz. Allí encontramos no solo violencia contra las mujeres pertenecientes a la población civil, sino aún a las mujeres dentro de sus mismos grupos armados, por lo cual frente al interrogante: ¿Se debe reconocer a mujeres que ingresaron al grupo armado cuando eran menores de edad y se desmovilizaron siendo mayores de edad, como víctimas del delito de acceso carnal violento agravado en persona protegida a una mujer? La respuesta fue positiva frente al reconocimiento de su calidad de víctimas, situación que no desaparece por haber pertenecido al grupo o haberse desmovilizado cuando era mayor de edad, porque las prácticas violentas sobre sus cuerpos permanecen aún después de haber cumplido con la mayoría de edad.³⁷

La violencia sexual es un crimen de guerra, cuando la conducta violatoria haya ocurrido dentro del marco de un conflicto armado no internacional o interno, existiendo un nexo entre el delito y los elementos contextuales del conflicto, sin importar si las víctimas son o no blanco legítimo bajo el DIH o si pertenece al mismo grupo armado del agresor.³⁸ Las mujeres que han sufrido de agresión sexual en desarrollo del conflicto armado no son solo físicas sino también moral o psicológica, donde los actores del conflicto muchas veces las han sometido a vejámenes terribles aprovechándose de su situación de vulnerabilidad por el desplazamiento, la ubicación periférica, la pobreza, o la amenaza de un mal mayor. Es así como la Corte Constitucional ha señalado la importancia de que aquellas sobrevivientes de violencia sexual reciban atención inmediata, integral, especializada, gratuita, con enfoque diferencial y durante el tiempo requerido, por ella y su familia, para la superación de las afectaciones sufridas.³⁹

La apropiación del cuerpo de la mujer como arma de guerra es parte de un entrenamiento

militar, no solo por parte de los grupos al margen de la ley, sino también por los agentes estatales que siguen y perpetúan estas dinámicas, de opresión en una dimensión individual y colectiva. Esto lo podemos observar en muchas prácticas normalizadas dentro del ejército, como los cánticos militares con frases violentas contra la mujer, que demuestra solo una parte de lo mucho que se vive dentro de estas instituciones, actos que se conocen y aceptan públicamente sin miedo a consecuencias, justamente porque no les llegara una que tenga como objetivo la presentación de una mínima oferta de perdón, reflexión o cambio.

Teniendo en cuenta que la violencia ha sido un mecanismo social de fuerza y subordinación, que no solamente era notorio en la familia sino en la igualdad jurídica y social, se ha comprometido al Estado para que asuma su responsabilidad y contribuya a la eliminación de la violencia de género. Por lo tanto, se hace referencia a todo tipo de violencia al que se ha visto sometida la mujer, desde el ámbito económico hasta el sexual y/o mental obligando por ende al mismo a condenar todo tipo de tradición, costumbre o seguimiento religioso que amenacen una vida justa y digna.

V. A modo de conclusión

A lo largo de la historia se conoce que en todos los conflictos bélicos se ha violentado sexualmente a la mujer. Esto tiene su origen en los valores patriarcales que nutren no solo a el hombre como un sexo dominante, sino que le da a su vez al cuerpo de la mujer una mitificación virginal, lo cual ha generado que se violen los derechos humanos de la misma y se use su cuerpo como arma de guerra.

En Colombia, la mujeres sufren múltiples violencias, pues no solo en el marco del conflicto armado se ha utilizado los cuerpos de las mujeres como arma y escenario de guerra, sino que, en la cotidianidad, sufren el fenómeno de la violencia doméstica, que escala hasta llegar a feminicidio o la violencia sexual, situación reconocida por el legislador y desarrollada por la jurisprudencia colombiana en diferentes ámbitos como el penal,

37 C.S.J., Sala Penal, 23 de octubre de 2019, SP 4530-2019, M.P. José Acuña.

38 C.C., 11 de diciembre de 2019, Sentencia SU-599/19, M.P. Cristina Pardo.

39 *Id.*

para cerrar las brechas que impiden a las mujeres acceder a la justicia.

La Corte Constitucional ha reconocido que el cuerpo de la mujer ha sido usado como arma y campo de guerra en el contexto del conflicto armado y el desplazamiento forzado. De esta forma, se ha convertido la violencia sexual en una práctica habitual, extendida, sistemática e invisible.⁴⁰ Independientemente de todo este avance jurisprudencial y legal, en Colombia, se siguen vulnerando los derechos de las mujeres y es necesario tener un plan de cumplimiento de las garantías establecidas tanto en la normativa internacional y colombiana, dado que no existen mecanismos de prevención que busque eliminar a la mujer como víctima principal del conflicto armado.

Teniendo en cuenta lo anterior, como autoras de este artículo buscamos visibilizar los diferentes aspectos a los cuales nos enfrentamos día a día y que, aun teniendo muchas herramientas legales para sancionar a quienes infringen nuestro cuerpo, no ha llegado el momento en que los índices de violencia disminuyan de manera significativa. Es evidente también, como se explicó a lo largo de este texto, que todas estas agresiones tienen su génesis en la estructura patriarcal en la que nos encontramos y que es esta la que nos ha situado a las mujeres en una condición de vulnerabilidad, donde aún no se reconoce la violencia a la mujer, ya que siempre se minimizan los ataques que no terminen en un feminicidio.

40 C.C., 20 de mayo de 2019, Sentencia T-211/19, M.P. Cristina Pardo.

Responsabilidad internacional del Estado colombiano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violaciones a derechos humanos cometidas por particulares*

International liability of the Colombian State before the Inter-American Court of Human Rights for violations of human rights committed by non-State individuals

Juan Diego Gómez Muñoz**
Jhon Alejandro Mamian Mosquera***

Abstract

This piece identifies and analyses three jurisprudential criteria applied by the Inter-American Court of Human Rights to attribute responsibility to the Colombian State for acts of individuals. Those are: (i) complicity, collaboration, and acquiescence or tolerance; (ii) lack of due diligence in the prevention of human rights violations; and (iii) delegation or participation in the performance of certain functions of exclusive competence of the State.

Keywords: international responsibility of the State, acts of individuals, Inter-American System of Human Rights, Inter-American jurisprudence, human rights

Historial del artículo:

Recibido: abril 18 de 2021

Aceptado: 10 de octubre de 2021

Cómo citar este artículo:

Juan Gómez & Jhon Mamian, *Responsabilidad internacional del Estado colombiano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violaciones a derechos humanos cometidas por particulares*, 9 JUST. & DER. 36 (2021).

Resumen

Este trabajo identifica tres criterios jurisprudenciales aplicados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para atribuir responsabilidad al Estado colombiano por hechos de particulares. Aquellos son: i) la complicidad, colaboración, aquiescencia o tolerancia, (ii) la falta de la debida diligencia en la prevención de violaciones a Derechos Humanos, y (iii) delegación o participación en la realización de ciertas funciones de competencia exclusiva del Estado.

Palabras claves: responsabilidad internacional del Estado, hechos de particulares, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, jurisprudencia interamericana, derechos humanos

* Este artículo corresponde a los hallazgos de la investigación denominada: “Criterios Jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para Responsabilizar al Estado Colombiano por Violaciones a Derechos Humanos Cometidas por Particulares,” presentada en el año 2019 como tesis de grado para optar por el título de “Abogado” de los autores en el programa de Derecho de la Universidad del Cauca, Colombia.

** Abogado & Politólogo, Universidad del Cauca; Especialista en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia; Magister en Derecho Económico con énfasis en Servicios Públicos Domiciliarios, Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: juandiego@unicauca.edu.co

*** Abogado con medalla al mérito académico “Camilo Torres”, Universidad del Cauca; Especialista en Derecho Administrativo, Universidad del Cauca. Correo electrónico: jhonmamian@unicauca.edu.co

I. Introducción

Desde la ratificación de la competencia tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como de la Corte I.D.H., Colombia ha recibido —hasta el año 2019— 22 condenas por responsabilidad internacional derivada de la violación a Derechos Humanos en su territorio nacional.¹ En ese espectro, se referencian 10 condenas impuestas al Estado por violaciones al articulado de la Convención Americana que no fueron ejecutadas por agentes estatales, sino cometidas por particulares.

La condena internacional al Estado colombiano por acciones cometidas por particulares resulta paradójica, pues la responsabilidad internacional de los Estados ordinariamente corresponde al incumplimiento objetivo de deberes internacionales por agentes estatales que, por acción (responsabilidad directa) u omisión (responsabilidad indirecta), generan la violación de las obligaciones contraídas. En el caso del Sistema Interamericano (SIDH), la regla general es la responsabilidad internacional de los Estados por la verificación del cumplimiento de las obligaciones generales de respeto y garantía, -establecidas en el artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)- contrastando objetivamente, y más allá de cualquier elemento volitivo, las actuaciones de los agentes estatales en relación con las obligaciones generales de la convención (y otros instrumentos) para determinar responsabilidad por acción u omisión de los Estados. Este escrito pretende indagar sobre la regla especial de establecimiento de responsabilidad para los Estados cuando las conductas son de particulares y no de agentes estatales, preguntándose: ¿cuáles son los criterios

jurisprudenciales utilizados la Corte I.D.H. para declarar la responsabilidad internacional del Estado colombiano ante por violaciones a Derechos Humanos cometidas por particulares?

Frente al anterior interrogante, fue necesario revisar uno a uno los fallos condenatorios emitidos por la Corte I.D.H. contra Colombia, y concentrarse en aquellos donde las conductas trasgresoras de derechos convencionales hubieren sido ejecutadas por particulares. Teniendo claro dicho plano factico, el paso seguido fue identificar el juicio de atribución –o imputación- que la Corte I.D.H. hubiera explayado para determinar la responsabilidad internacional de Colombia. Y es así, como se demuestra que pese a que se trate de cerca de una decena de fallos condenatorios, algunos de ellos guardan patrones, o construcciones jurisprudenciales similares que fueron determinantes para que la Corte emitiera sus decisiones contra Colombia, tales patrones se condensan en tres reglas jurisprudenciales, a saber: (i) la complicidad, colaboración, aquiescencia o tolerancia; (ii) la falta de la debida diligencia en la prevención de violaciones a derechos humanos, por omitir la adopción de medidas preventivas ante riesgos conocidos por el Estado sobre un individuo o individuos determinados, y (iii) delegación o participación en la realización de ciertas funciones de competencia exclusiva del Estado. Cada una de estas reglas soporta una declaratoria de responsabilidad internacional en tanto cada una es demostrativa de la violación a las obligaciones generales de respeto o garantía, contenidas en el artículo 1.1 de la CADH.

Para analizar la problemática descrita, el presente texto está dividido en tres secciones: primero se expone la doctrina sobre los derechos humanos y se tratan los elementos de la responsabilidad Internacional como un género y aquellos que resultan necesarios, de acuerdo con el Sistema Interamericano, como especie. Segundo, se identifican y evalúan las construcciones que la Corte I.D.H. ha utilizado históricamente en su jurisprudencia para condenar al Estado colombiano por violaciones a derechos humanos cometidas por particulares,

¹ Colombia manifestó el compromiso junto con otros de 21 países del hemisferio, de conformar la OEA en la Novena Conferencia Americana, reunida en Bogotá en 1948. Esta nación también ratificó la CADH el 28 de mayo de 1973, incluida en la legislación interna a través de la Ley 16 de 1972. El Estado Colombiano ratificó la competencia de la Comisión IDH y la Corte IDH por tiempo indefinido, reservándose el derecho de cesar dicha competencia en cualquier momento, competencia que empezó a regir desde el 21 de junio de 1985 para hechos posteriores a esa fecha.

para lo cual se sintetizan los elementos definitorios de los tres criterios, y se reúne la exposición de cada uno de los casos en los cuales se ha condenado al Estado colombiano, por acciones cometidas por particulares. Tercero, se presentan las conclusiones generales sobre la responsabilidad internacional del Estado colombiano ante el SIDH y los desafíos en la evolución doctrinaria de los criterios analizados, haciendo especial énfasis en la pertinencia de que los tres criterios hasta ahora sólidos en la jurisprudencia interamericana, y una última regla de imputación que la Corte I.D.H. desarrolló contra Colombia en un fallo de marzo 2018 que innova en la atribución de responsabilidad. De esta manera, se expone a la comunidad jurídica los criterios atribuidos para condenar al Estado colombiano para que sean objeto de debate, si bien no están alejados de ausencia de claridades.

II. Elementos de la responsabilidad internacional de los Estados

Con un enfoque introductorio es pertinente partir de una noción general sobre aquello que la doctrina y la jurisprudencia entienden como derechos humanos y los correlativos deberes de los Estados tendientes a su protección y garantía de pleno goce y ejercicio.²

Los derechos humanos representan valores superiores que no surgen por adquirir nacionalidad en un Estado,³ sino que son considerados como

atributo de la persona humana.⁴ Sobre este punto no sobra asegurar que el respeto y la promoción de los derechos humanos no es una carga obligacional exclusiva de autoridades, sin lugar a duda una democracia exige que los particulares en sus relaciones respeten unas prerrogativas fundamentales de las cuales todos son titulares. Sin embargo, es de la esencia misma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos considerar que los primeros llamados a la protección de unas facultades esenciales del hombre son los Estados,⁵ a quienes corresponde la carga obligacional como sujeto activo de las relaciones jurídicas surgidas entre destinatarios y titulares de los derechos humanos positivizados.

Para no ser meras expectativas, las prerrogativas de derechos humanos deben ser expresadas jurídicamente, y todo el aparato estatal debe actuar con miras a su garantía, respeto y promoción. Algunas de las características que la doctrina identifica sobre los derechos humanos son: a) *universalidad*, por pertenecer a los seres humanos sin ninguna distinción; b) *su ejercicio no es absoluto*, pues cabe la limitación por parte del Estado como sucede en razón la seguridad y el orden público; c) *inviolabilidad*, porque el Estado no puede a través de ninguna acción de sus agentes propiciar su desconocimiento y violación, además, tiene la responsabilidad de velar que los particulares los respeten; d) *exigibilidad*, que implica la existencia de normas positivas que los consagren y garanticen su reparación en una eventual violación; y e) *son objeto de protección Internacionalmente*, es decir, la comunidad internacional tiene la posibilidad de intervenir en un Estado aludiendo la protección de su población cuando se considere que se han violado derechos humanos, de allí que sería inaceptable interpelar al principio de soberanía nacional cuando los organismos internacionales competentes, según el derecho internacional, intervengan para que las

2 Los derechos humanos han sido definidos como: “[un] conjunto de prerrogativas y principios, de aceptación universal, jurídicamente reconocidos y garantizados, que aseguran al ser humano el respeto y defensa de su dignidad, Estas prerrogativas y principios que las personas tienen frente al Estado y a sus Instituciones buscan impedir que éste interfiera, limite y/o viole el ejercicio de sus derechos fundamentales”, INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH), DERECHOS HUMANOS, SEGURIDAD CIUDADANA Y FUNCIONES POLICIALES. MÓDULO INSTRUCCIONAL 13 (2011) [IIDH, DERECHOS HUMANOS].

3 Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte I.D.H. (ser. C) No. 4, ¶ 144 (29 de julio de 1988).

4 Así lo declara en su preámbulo la Convención Americana y en su considerando la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

5 Organización de Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Nov. 22, 1969, O.A.S.T.S. No. 36 1144 U.N.T.S., preámbulo.

violaciones de derechos humanos se investiguen y, si es del caso, se sancionen y se repare integralmente a las víctimas.⁶

Con relación a la *protección internacional* de los derechos humanos, procede declarar la responsabilidad internacional de los Estados cuando se incumplen los deberes convenidos y ratificados en tratados internacionales. En ese sentido, genéricamente, la responsabilidad internacional —según el tratadista Monroy Cabra— “surge cuando un Estado u otro sujeto de derecho internacional, ya sea por acción o por omisión, viola una obligación de derecho internacional, comete el denominado, ilícito internacional. En el caso de la acción se trata de una infracción a una prohibición jurídica internacional, y en el caso de la omisión, del no cumplimiento de un imperativo jurídico internacional.”⁷

De manera tradicional, se ha hablado de la existencia de dos tipos de responsabilidad jurídica: uno de naturaleza objetiva y el otro de naturaleza subjetiva.⁸ Tanto decisiones de los órganos jurisdiccionales internacionales como las reflexiones de distintos tratadistas permiten inscribir la responsabilidad Internacional de los Estados en el carácter objetivo, con lo cual se ha relegado el carácter subjetivo de las conductas.

La distinción entre la responsabilidad internacional subjetiva y objetiva radica en la presencia o no de elementos volitivos.⁹ La primera denominada genéricamente subjetiva, —o *de la falta* creada por Hugo Grocio— no necesita acreditar el desconocimiento de una obligación

internacional, pero sí la producción de un daño;¹⁰ es decir, que no basta con la existencia de un hecho ilícito, debe probarse una falta y clarificarse la culpa de quien causó el daño, que corresponda a un comportamiento voluntario —doloso— o negligente del sujeto de derecho internacional, lo cual complejiza el instituto de responsabilidad por la desventaja que guardan los administrados con el aparato burocrático del respectivo Estado.¹¹

La responsabilidad objetiva o también denominada “sin culpa”,¹² “de la ilicitud”, o *teoría del riesgo* —tratada por Dionisio Anzilotti—¹³ es aquella que nace una vez se acredite la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, conocido como “ilícito internacional”¹⁴ por parte de los agentes del Estado o particulares, esto es el desconocimiento de los postulados de un tratado de derecho internacional. Esta tipología centra su atención en la relación causal entre la conducta y el daño causado por ella,¹⁵ sosteniendo que, cuando es una actividad riesgosa, se elimina la culpa y basta con probar la relación causal entre la conducta y el daño para ser responsable,¹⁶

10 Julio Barbosa, *La responsabilidad internacional* (2006), http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIII_curso_derecho_internacional_2006_Julio_Barboza.pdf (última visita en octubre 18, 2020) [Barbosa, *La responsabilidad*].

11 FRANCISCO BARBOSA DELGADO, LITIGIO INTERAMERICANO: PERSPECTIVA JURÍDICA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS 250 (2002) [FRANCISCO BARBOSA, LITIGIO].

12 HERNÁN VALENCIA RESTREPO, DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO 735 (2ª ed., 2005) [RESTREPO, DERECHO].

13 Julio Barbosa, *La responsabilidad internacional*, *supra* nota 10 en 2.

14 El *hecho ilícito internacional* es criterio necesario para la declaratoria de responsabilidad de los Estados dentro del Sistema Interamericano de protección a los derechos humanos, sea cuando el mismo nació de acciones de autoridades públicas, o cuando excepcionalmente, se configure por actividades de particulares, siendo imputable al Estado. En uno y otro caso, se deben presentar los elementos definidos por la jurisprudencia interamericana. Tal interpretación ha sido sostenida en la jurisprudencia de la Corte IDH desde el “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras” (1988).

15 Jofre & Ocampo, *Responsabilidad*, *supra* nota 9 en 129.

16 Al respecto cabe decir que toda responsabilidad tiene su origen como sanción por la comisión de un daño y en razón del daño causado. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, EL DAÑO, ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN DERECHO COLOMBIANO Y FRANCÉS 15 (1998).

6 IIDH, DERECHOS HUMANOS, *supra* nota 2 en 14.

7 MARCO GERARDO MONROY CABRA, DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO 519 (5.ª ed., 2002).

8 Es importante, indicar que los Estados deben acatar sus obligaciones internacionales de buena fe (principio de *pacta sunt servanda*) Tales obligaciones responden a la manifestación de voluntad de los Estados, quienes como sujetos de derecho internacional convienen en respetar postulados incluidos en distintas fuentes normativas entre las que se encuentran instrumentos internacionales de derechos humanos.

9 Jimena Jofre & Paula Ocampo, *Responsabilidad Internacional del Estado por Incumplimiento de Obligaciones Internacionales* 129 (2001) (Tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá) [Jofre & Ocampo, *Responsabilidad*].

sin tener en cuenta elementos volitivos como la negligencia o el dolo en la comisión del ilícito.¹⁷ En esos casos, basta observar que existe una obligación y que los agentes estatales con su comportamiento de acción u omisión objetivamente la están incumpliendo para derivar de ella responsabilidad.

Actualmente, para la doctrina es claro que la responsabilidad internacional de los Estados es de naturaleza objetiva y se configura por la violación de una obligación internacional atribuida al Estado sin que sea relevante demostrar culpa de un agente determinado o la comisión de un daño material al sujeto lesionado; lo último será sopesado en sede de la reparación y generalmente bajo parámetros de equidad.¹⁸ Siguiendo al tratadista Julio Rojas Báez,¹⁹ la noción de responsabilidad objetiva permite identificar los elementos que conforman la responsabilidad internacional de los Estados, a saber: (i) La existencia de un acto u omisión que viola una obligación establecida por disposiciones del Derecho Internacional vigente; (ii) El hecho ilícito debe ser atribuible al Estado, (iii) y —según gran parte de la doctrina— alternativamente como consecuencia de la acción u omisión ilícita tuvo que surgir un daño que sea

expresable en perjuicio.²⁰ De la enunciación de estos elementos, se concluye que la existencia de la omisión u acción atribuible al Estado es el elemento conductual o factico, mientras que la conducta violatoria del Derecho Internacional se constituye en el elemento objetivo.²¹ Y no sobra manifestar que la naturaleza objetiva de la responsabilidad internacional y decisiones de la Corte I.D.H. son evidencia de que, si bien el ilícito internacional puede concurrir con la comisión de un daño, este último, no parece ser condición *sine qua non* para que proceda reconocimiento de responsabilidad internacional, al menos en el Sistema Interamericano.

III. Responsabilidad internacional de los Estados ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el desconocimiento de los deberes albergados en la Convención Americana (CADH) es generador de responsabilidad — internacional— para los Estados parte. El tipo de responsabilidad aplicable es de carácter objetivo surgida de la confrontación entre el deber exigible al Estado y el comportamiento u omisión de los agentes Estatales. La CIDH y la Corte I.D.H. como órganos jurisdiccionales del Sistema, tienen competencia para conocer de peticiones individuales,²² por posibles violaciones de derechos humanos albergados en la Convención Americana (CADH),²³ o en otros instrumentos convencionales.²⁴ La Corte I.D.H., en razón de su

17 Íd.

18 Angelina Guillermina Mesa, *La responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos: la atribución de un comportamiento al Estado y el rol de la Corte Internacional de Justicia*, REVISTA ELECTRÓNICA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES “AMBROSIO L. GIOJA”, N.º 5, 63 (2010).

19 El tratadista Julio Rojas nos dice que: “La responsabilidad internacional parte de dos situaciones fácticas básicas, las cuales deben concurrir. En primer lugar, para que haya responsabilidad debe haber una obligación internacional válida, existente y vinculante entre dos sujetos de derecho internacional. En segundo lugar, debe haber un hecho o acto contrario a esa obligación internacional que [ya] existía. (...) Adicionalmente, el hecho o acto ilícito, por cuanto se contrapone con la obligación, debe ser imputado al Estado presuntamente responsable. Finalmente, se requiere que se haya infringido un “daño moral o material a otro sujeto de derecho internacional”, Julio José Rojas Báez, *El Establecimiento de la Responsabilidad Internacional del Estado por Violación a Normas Contenidas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* 25 AMERICAN UNIVERSITY INTERNATIONAL LAW REVIEW 2 (2009).

20 DEISSY MOTTA CASTAÑO & DIEGO BARACALDO AMAYA, RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO COLOMBIANO POR VIOLACIÓN A DERECHOS HUMANOS 21 (2011).

21 FRANCISCO BARBOSA, LITIGIO, supra nota 11 en 252.

22 Paula Andrea Acosta Alvarado, Apuntes sobre el Sistema Interamericano III 22 (2012).

23 Íd. en 30.

24 Al respecto debe mencionarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene competencia en razón de la materia, para pronunciarse sobre la totalidad de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos; por la totalidad de los derechos establecidos en la

competencia contenciosa, deriva responsabilidad internacional de los Estados miembros de la OEA, siempre que estos hayan (i) ratificado la CADH y (ii) reconocido jurisdicción contenciosa de la Comisión y la Corte, y (iii), en cada caso particular, se acredite el desconocimiento de alguno de las obligaciones generales contenidos en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, o deberes concordantes de las demás fuentes de derechos humanos sobre las cuales se encuentre habilitada para fallar, así estas últimas, en la práctica, sean poco tratadas en la jurisprudencia de este Tribunal.

Las obligaciones generales de las que se deriva la responsabilidad internacional de los Estados en el Sistema Interamericano son el respeto y garantía. Desde los primeros fallos de la Corte Interamericana, se determinó la dimensión del artículo 1.1 de la Convención, del cual puede afirmarse que existen dos obligaciones generales Estatales en el Sistema Interamericano.²⁵

1. *La obligación de respetar los derechos y libertades establecidos en la Convención Americana*, que según la doctrina hace referencia al cumplimiento del articulado de la Convención, sea realizando acciones positivas o más aún, absteniéndose de una conducta.²⁶ Así mismo,

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; por la totalidad de los derechos previstos en la Convención Interamericana sobre desaparición Forzada de Personas; los derechos sindicales y de educación establecidos en el literal a) del artículo 8° y en el artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y la condena a toda forma de violencia sobre la mujer, materializada en la obligación que tienen los Estados de adoptar políticas destinadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia, de acuerdo con el artículo 17 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belem do Para”, MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ, *EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD* 104 (2014).

25 Felipe Medina Ardila, *La responsabilidad internacional del estado por actos de particulares*, 1 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL INTERAMERICANO 83 (2009).

26 EDUARDO FERRER MAC-GREGOR & CARLOS MARÍA PELAYO MOLLER, *La obligación de “respetar” y “garantizar” los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1° del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano*. REVISTA DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, N.º 10, 152 (2012).

este deber se entiende como un límite para el ejercicio del poder, pues los “derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.”²⁷ En otras palabras, “se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que solo puede penetrar limitadamente.”²⁸

La prohibición subyacente en esta obligación general es que a las autoridades les está vedado irrespetar garantías convencionales con su acción u omisión. Toda limitación a la esfera de acción de los asociados debe estar justificada en los ordenamientos jurídicos internos y ser coherente con los postulados de la CADH. No en vano, en casos cuando se ha demostrado la participación material de agentes estatales en la comisión de hostilidades, la jurisprudencia interamericana ha interpretado el compromiso de esta violación de esta obligación general.

2. *La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención en beneficio de todas las personas bajo su jurisdicción.*²⁹ La jurisprudencia interamericana y la doctrina entienden esta obligación para los Estados parte de destinar todo su poder institucional con el fin de permitir el ejercicio de los derechos humanos libre y plenamente, previniendo su violación, investigando, juzgando y sancionando su violación, y llegado el caso, procurar el resarcimiento y la reparación integral.³⁰ Igualmente, la jurisprudencia ha dicho que la garantía del ejercicio de derechos humanos libre y plenamente debe ocurrir con una conducta gubernamental eficaz.³¹

Merced a esta amplia definición de la obligación de garantía, dentro de sí se han encasillado

27 *Id.* en 151.

28 *Id.*

29 *Id.* en 13.

30 Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte I.D.H (ser. C) No. 4, ¶ 144. (29 de julio de 1988).

31 Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte I.D.H (ser. C) No. 4, ¶ 167. (29 de julio de 1988).

deberes especiales que, a pesar de haber sido tratados como consustanciales a la misma, incluso por la Corte, aún se guarda ausencia de organización.³² Así las cosas,

(...) “Para efectos prácticos, [pueden] dividir[se] las obligaciones de garantía en cinco categorías: i) la obligación de adopción de disposiciones de derecho interno; ii) la obligación de investigación, proceso y, en su caso, sanción de responsables de ilícitos o de violaciones a derechos humanos de las personas; iii) la obligación de reparación; iv) la obligación de prevención o protección diligente, y v) la obligación de prevención o protección diligente especial o estricta (...). Incluso el cumplimiento de las obligaciones de respeto o deberes negativos podría considerarse la forma más elemental de garantía de los derechos humanos, constituyendo las obligaciones de respeto una especie de obligación de garantía.”³³

Para determinar el incumplimiento de la obligación de garantía, la Corte IDH verifica la existencia de una de las anteriores subdivisiones del concepto a través de acciones concretas de protección de los derechos humanos. Es pertinente resaltar que, con esta noción, la obligación de respeto se entiende, en general, cumplida con medidas negativas, en el entendido de no vulnerar derechos convencionales evitando o absteniéndose de realizar conductas contrarias a los mismos; mientras que la obligación de garantía exige *prima facie* la adopción de medidas positivas para proteger los mismos derechos;³⁴

32 Para un análisis detallado de estas obligaciones véase la tesis que dio origen a este artículo: Juan Diego Gómez Muñoz & Jhon Alejandro Mamián Mosquera *Criterios Jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para Responsabilizar al Estado Colombiano por Violaciones a Derechos Humanos Cometidas por Particulares* (2019) (tesis de grado, Universidad del Cauca, Colombia).

33 SANTIAGO VÁZQUEZ, LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS DERIVADA DE LA CONDUCTA DE PARTICULARES O NON-STATE ACTORS CONFORME AL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS 31 (2013) [VÁZQUEZ, LA RESPONSABILIDAD].

34 Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, Excepciones

como estrategias tendientes a crear el espacio en el cual los habitantes del Estado parte puedan ejercer sus facultades libremente y, en caso de ser ultrajados, se investigue y sancione a los responsables y se reparen los perjuicios sufridos.

En un sentido similar, la jurisprudencia interamericana ha diferenciado las obligaciones cuando asegura que, adicional al deber de respeto a los derechos convencionales por parte de las autoridades públicas, estas tienen el deber de hacer respetar tales derechos en el marco de las relaciones interindividuales o, dicho de otra forma, garantizarlos.³⁵ La obligación de garantía deviene de la exigencia para el Estado de hacer lo posible para evitar que se presenten acciones u omisiones que comprometan derechos convencionales,³⁶ no solo de agentes estatales, si no de particulares o comúnmente denominados “terceros”, lo que entre otras cosas constituye un deber de medio o de comportamiento, no de resultado.³⁷ Justamente, no puede dejarse de

Preliminares, Sentencia, Corte I.D.H. (ser. C) No. 283, ¶ 138 (28 de agosto de 2014).

35 “Este Tribunal ya ha establecido que la responsabilidad internacional de los Estados, en el marco de la Convención Americana, surge en el momento de la violación de las obligaciones generales, de carácter erga omnes, de respetar y hacer respetar –garantizar– las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona”. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte I.D.H. (ser. C) No. 140, ¶ 111 (31 de enero de 2006).

36 Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte I.D.H. (ser. C) No. 148, ¶ 131 (1 de julio de 2006).

37 Al respecto es importante anotar que igualmente, se ha entendido que la existencia de un marco judicial que investigue y sancione conductas violatorias, de plano, significa cumplimiento obligacional, toda vez que, dentro del Sistema Interamericano “los Estados deben adoptar las medidas necesarias, no sólo a nivel legislativo, administrativo y judicial, mediante la emisión de normas penales y el establecimiento de un sistema de justicia para prevenir, suprimir y castigar la privación de la vida [y demás derechos] como consecuencia de actos criminales” Simultáneamente, se invoca el deber de adopción de disposiciones de derecho internas acordes a la Convención –artículo 2 de la CADH–, véase: Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte I.D.H. (ser. C) No. 287, ¶ 520 (14 de noviembre de 2014).

lado que los ejercicios de atribución de violación de derechos convencionales a los Estados, requiere de especial atención el tratamiento que el derecho internacional ha brindado al carácter de las obligaciones internacionales a las cuales están sujetos los Estados signatarios.

En el entorno interamericano, la jurisprudencia identifica dentro de la obligación de respeto, la prohibición de vulnerar derechos convencionales y, por ello mismo, es un deber de resultado, mientras que la obligación de garantía, al albergar mandatos de prevención, investigación y sanción de conductas contrarias a instrumentos internacionales vinculantes, supone un deber de medio o de comportamiento.³⁸ No sobra agregar que, sobre la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno que desarrollen los mandatos del derecho convencional, la doctrina ha preferido identificarla como un deber de resultado.³⁹ Independientemente del derecho convencional involucrado en cada litigio, la acreditación del desconocimiento de una obligación de resultado facilita la atribución del ilícito, pues el desconocimiento de la norma internacional resulta diáfano, en tanto el juicio sobre deberes de medios implica una ponderación de la conducta estatal sobre los hechos del caso. Vale aclarar que esa conducta estatal no tiene que ver con elementos de la categoría de la culpa, sino que se refiere a la diligencia estatal en la prevención, investigación o sanción de vulneraciones de derechos convencionales. Como puede verse la claridad en el carácter de las obligaciones a las cuales están sujetos los Estados en el Sistema Interamericano también es un elemento de especial revisión tanto en el ámbito del litigio ante el Sistema, como en su perspectiva investigativa o académica y ello en contraste con el análisis de cada uno de los criterios

jurisprudenciales desarrollados por la Corte IDH para atribuir al Estado colombiano violaciones a derechos humanos materializadas por particulares, contribuye a brindar más elementos que permiten evidenciar el carácter de las obligaciones de respeto o garantía incluso en hipótesis donde las conductas vulneradoras no permanecieron bajo el control de agentes estatales.

IV. Responsabilidad internacional de los Estados ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

A continuación, se exponen los elementos definitorios de los distintos criterios utilizados por la Corte IDH para responsabilizar internacional al Estado colombiano por violaciones a derechos humanos, materializadas por particulares. Ahora bien, pese a que el listado de estas reglas jurisprudenciales se limita a específicos casos colombianos, el análisis de la imputación desplegada en cada una de ellas no puede desligarse de diferentes pautas sentadas a lo largo de la jurisprudencia de este Tribunal. Como se verá la experiencia de Colombia, no es una novedad para la aplicación de estos criterios y, a la vez, constituye precedente necesario para el estudio de los mismos.

4.1. Teoría de la complicidad, colaboración, aquiescencia o tolerancia con violaciones a derechos humanos

Con un enfoque más general, vale decir que parte de la doctrina como excepcional la responsabilidad del Estado por hechos cometidos por particulares. En la doctrina tradicional, un acercamiento a la responsabilidad por actos de terceros fue la llamada “Teoría de la Complicidad”, que Grocio explicó como la posibilidad de “responder un Estado, únicamente, por incurrir en complicidad con el delito de un individuo, por *patientia* o *receptus*, sabiendo que este desea cometerlo y no hacer nada para impedirlo

38 Caso Yarcé y otras Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, Corte IDH. (ser C) No. 325, 181 (22 de noviembre de 2016), y Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Corte IDH. (ser C) No. 292, ¶ 351 (17 de abril de 2015).

39 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. COMPENDIO SOBRE LA OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE ADECUAR SU NORMATIVA INTERNA A LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS DE DERECHOS HUMANOS: APROBADO POR LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 41 (2021).

(*patientia*), o brindando especial protección al delincuente por su negativa a extraditarlo o castigarlo (*receptus*).⁴⁰

Enfocada en el Sistema Interamericano de protección a los derechos humanos,⁴¹ la Corte IDH en su jurisprudencia ha establecido responsabilidad cuando los Estados “apoyan, mediante sus agentes, a los particulares que lesionan los derechos humanos de terceros (complicidad) o cuando éstos toleran dichas lesiones a través de sus agentes (aquiescencia).”⁴² Cuando algún Estado, por medio de “sus agentes o alguna persona con “capacidad estatal”, apoya o tolera lesiones a derechos humanos por parte de particulares, éste incumple la obligación de respeto contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana y, por lo tanto, puede ser responsabilizado internacionalmente.”⁴³

Si bien este criterio implica la demostración inicial de un contexto o marco general de relación de agentes del Estado con los particulares perpetradores de las vulneraciones, la declaratoria de responsabilidad exige la presencia de conductas colaborativas de agentes estatales con los ejecutores de los ultrajes concretos objeto de denuncia.⁴⁴ En este último punto, aun cuando no se logre tener certeza según el material probatorio sobre los hechos de tolerancia, colaboración o aquiescencia en el caso

concreto, se pueden utilizar los indicios para generar en el juez un grado de convencimiento suficiente que lleve a determinar la responsabilidad del Estado, en ese sentido nos recuerda la jurisprudencia de la Corte IDH que:

“Adicionalmente a las observaciones y valoraciones sobre el contexto y a los elementos específicos de prueba presentada (...) la Corte (...) de forma complementaria, toma en consideración otros indicios, pruebas circunstanciales e inferencias lógicas para llegar a conclusiones en relación con las versiones contradictorias sobre los hechos. El Tribunal ha establecido que es legítimo el uso de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones para fundar una sentencia, “siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos.”⁴⁵

Para aplicar el criterio de imputación de complicidad, colaboración, aquiescencia o tolerancia solo basta la realización de una de sus formas por parte de los agentes de cualquiera de las instituciones del Estado, donde fácilmente pueden concurrir. La aquiescencia se presenta cuando los agentes estatales están de acuerdo con la acción violatoria de los derechos humanos, pero no ejecutan directamente ni facilitan la acción violatoria, simplemente permiten realizarla o consienten en ella, sin conocer ni intervenir en la ejecución en concreto de la acción para obtener el resultado. De otro lado existe colaboración cuando los agentes del Estado ayudan con conductas materiales, por acción u omisión, a perpetrar el hecho violatorio, es decir, que hay intervención en el resultado de la acción, y de allí que sea tan claro el desconocimiento de deberes convencionales.⁴⁶ Por último, la tolerancia es quizá un término amplio y de la revisión de la jurisprudencia de la Corte IDH, parece no ser condición suficiente para soportar una condena.

40 Véase RESTREPO, DERECHO, *supra* nota 12 en 529.

41 Vale resaltar que, en varias de las condenas a Colombia proferidas por la Corte Interamericana por acciones conjuntas de la fuerza pública y grupos de autodefensa en perjuicio de población civil, en general, se ha aceptado la realización de hechos internacionalmente ilícitos causados directamente por ese Estado en contubernio con particulares, MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ, EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD 92 (2014).

42 Véase VÁZQUEZ, LA RESPONSABILIDAD, *supra* nota 33 en 27.

43 *Id.* en 28.

44 En palabras de la Corte: “Resulta importante recordar que, de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal, para fincar responsabilidad estatal por transgresión al deber de respeto en relación con el actuar de terceros, no basta con una situación general de contexto de colaboración y de aquiescencia, sino que es necesario que en el caso concreto se desprenda la aquiescencia o colaboración estatal en las circunstancias propias del mismo”. Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia Corte I.D.H. (ser. C) No. 341, ¶ 152 (31 de agosto de 2017).

45 Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte I.D.H. (ser. C) No. 270, ¶ 269 (20 de noviembre de 2013).

46 En la jurisprudencia interamericana, no hay diferencia entre las denominaciones de colaboración y apoyo.

Se presenta cuando los Estados, a sabiendas de un patrón de conducta de violaciones de derechos humanos perpetradas por actores particulares no contrarresta su continuo accionar, de allí que se perciba una aparente permisividad estatal. Las condenas, motivo de peticiones ante el Sistema Interamericano, no pueden basarse únicamente en un contexto general de tolerancia, sino que debe acreditarse la colaboración o aquiescencia concretas en los hechos; es decir, conductas concretas de los agentes estatales en los hechos violatorios de derechos humanos.

Como tal, los órganos jurisdiccionales del Sistema Interamericano, apoyados en el artículo 1.1. de la CADH, entienden que los Estados signatarios de este instrumento son los garantes de los derechos allí contenidos,⁴⁷ en beneficio de todas las personas que habiten sus respectivos territorios. Merced a ello, si se acredita, así sea de manera inferencial o indiciaria,⁴⁸ que agentes estatales tuvieron conocimiento de los propósitos que tuviera un particular de afectar derechos humanos, y no intentaron evitarlo –aquiescencia-, o aún más prestaron apoyo en alguna forma –colaboración-, la atribución de los daños a esa nación es directa. A continuación, analizamos la aplicación de este criterio en los casos de condena por responsabilidad internacional del Estado colombiano.

- “19 Comerciantes vs Colombia” (2004)

El día 4 de octubre de 1987 se secuestró y desapareció a diecisiete comerciantes en el municipio de Puerto Boyacá, Departamento de Boyacá, mientras transportaban mercancías de contrabando desde la frontera venezolana hasta la ciudad de Medellín. Según las investigaciones, las muertes se produjeron a manos de grupos armados ilegales con tolerancia y aquiescencia de la fuerza pública. Se determinó la aquiescencia porque los agentes

estatales estuvieron de acuerdo con un plan previo que determinó la identificación de comerciantes y seguidamente su secuestro y asesinato por parte del grupo armado ilegal, sin realizar ninguna acción para evitarlo. El criterio de colaboración se aplicó porque el día que se perpetró la violación de derechos humanos agentes estatales advirtieron mercancía de contrabando en una requisita hecha a los comerciantes, pero evitaron iniciar algún tipo de sanción y les permitieron continuar su ruta, muy a pesar de conocer la existencia de un plan para secuestrarlos. Posteriormente, en la búsqueda de los cuerpos de los desaparecidos, dos familiares perecieron a manos del mismo grupo armado ilegal.

- “Masacre de Mapiripán vs Colombia” (2005)

El 15 de julio de 1997, habitantes del corregimiento de Mapiripán, Departamento del Meta, fueron secuestrados y asesinados por parte de un grupo armado ilegal. La Corte IDH aplicó el criterio de colaboración para responsabilizar al Estado colombiano porque los habitantes, previamente, habían sido declarados objetivo militar por un grupo armado ilegal, y el día de la perpetración de la violación de los derechos humanos agentes del Estado, usando bienes públicos, prestaron colaboración en el transporte del grupo armado ilegal hasta la localidad. Además, según el acervo probatorio, se logró determinar el uso de prendas, armas y medios de comunicación exclusivos de fuerzas militares, y se logró determinar que agentes estatales realizaron acciones tendientes a ocultar evidencia posterior a la ejecución de las violaciones.

- “Las masacres de Ituango vs Colombia” (2006)

Entre junio de 1996 y octubre de 1997, habitantes de los corregimientos La Granja y El Aro, del municipio de Ituango, departamento de Antioquia, sufrieron incursiones de un grupo armado ilegal que generaron secuestros, trabajo forzoso y muertes. Según la Corte I.D.H., en este caso, se aplica el criterio de colaboración porque se halló probado que los agentes estatales conocían de amenazas hacia la población y dispusieron protección en zonas estratégicas de entrada de la zona. Sin embargo, los días de la

47 Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia Corte I.D.H. (ser. C) No. 270, ¶ 224. (20 de noviembre de 2013).

48 Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte I.D.H. (ser. C) No. 196, ¶ 95 (3 de abril de 2009).

perpetración de las violaciones, agentes estatales fueron retirados de las zonas protegidas y algunos agentes que permanecieron no detuvieron a los miembros de grupos armados ilegales que transitaban por su frente -posterior a una primera incursión en el corregimiento de La Granja-; además, se hicieron varias peticiones de protección a instituciones públicas por amenazas de posibles incursiones armadas. No obstante, en octubre de 1997, se presentaron nuevos hechos violatorios de derechos humanos en el corregimiento El Aro; por varios días un grupo armado ilegal recorrió la región torturando y asesinando a pobladores, además hurtaron cabezas de ganado que fueron transportadas por vía pública durante 17 días. Al respecto se estableció que el criterio de imputación fue de colaboración por conducta omisiva ya que existió retirada de agentes estatales durante la comisión de las violaciones, evitando proteger a los pobladores. De otro lado, se estableció el criterio de colaboración por acción, se probó que agentes estatales decretaron toque de queda en la población para permitir el traslado de las cabezas de ganado hurtadas, de las cuales recibieron algunas para el propio consumo. En este caso, el Estado colombiano aceptó su responsabilidad internacional frente a la Corte I.D.H.

- “Las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs Colombia” (2013)

Este fallo se emitió con ocasión del desplazamiento de comunidades afrodescendientes, ubicadas en la cuenca del río Cacarica y la muerte del líder comunitario “Marino López”, producidas por un grupo armado ilegal entre los días 24 y 27 de febrero de 1997 en la cuenca del río Atrato, en el municipio de Riosucio, departamento del Chocó. Las violaciones se presentaron en una acción terrestre y fluvial denominada “Cacarica” por parte del grupo armado ilegal, en el mismo momento que se realizaba una operación legal de agentes estatales por aire, agua y tierra denominada “Génesis”.

La Corte I.D.H., haciendo un análisis probatorio indiciario y conforme a los hechos no controvertidos por el Estado, encontró que las

operaciones “Génesis” y “Cacarica” coincidieron en tiempo y lugar. Se realizaron sobre territorios muy cercanos y usando la misma vía fluvial, y en mismo momento que el ejército realizó fuego de cobertura o bombardeos los miembros del grupo armado ilegal su accionar; añadido a lo anterior, las dos acciones tenían el mismo objetivo de combatir a los grupos armados de izquierda. De otro lado, indiciariamente se encontró la conducta por acción del Estado, ya que el grupo armado ilegal pudo desplazarse por la cuenca del río Cacarica, cuando se habían instalado vigías y taponamientos de la fuerza pública a lo largo del cauce sin que se presentase enfrentamiento o retención. Con base en estos indicios, la Corte I.D.H. decidió aplicar el criterio de colaboración y aquiescencia por el hecho de no confrontar al grupo armado ilegal permitiendo su paso por zonas bajo control de acceso y salida por agentes públicos, por coincidir en la realización de actividades de confrontación en una misma zona sin que existiera combate con el grupo armado ilegal, haciéndose responsable tanto del desplazamiento de los habitantes como de la muerte del líder social Marino López.

- “Vereda La Esperanza vs Colombia” (2017)

Los hechos objeto de controversia surgieron con ocasión del asesinato, desaparición y secuestro de un conjunto de habitantes de la vereda La Esperanza, ubicada en el municipio del Carmen de Viboral, departamento de Antioquia, entre 21 de junio y 27 de diciembre de 1996. Los hechos fueron perpetrados durante varios días por parte de un grupo armado ilegal, en una región militarizada, sobre habitantes que previamente habían sido señalados, hostigados y perseguidos por agentes estatales. El criterio de imputación en este caso es de colaboración y aquiescencia porque se demostró, en procesos internos, que, en la zona donde ocurrieron los hechos, agentes del Estado colaboraban con el grupo armado ilegal que perpetró el hecho, permitiendo su desplazamiento sin realizar detenciones, transportándose conjuntamente, dando entrenamiento, facilitándoles armas, coordinando acciones y compartiendo información de inteligencia. En los casos en

concreto, se demostró que las personas fueron precedidas por un señalamiento, hostigamiento y persecuciones por parte de los agentes estatales, posteriormente fueron desaparecidos por el grupo armado ilegal; los agentes estatales permitieron el ingreso del grupo armado ilegal a la vereda Esperanza porque tenían relación permanente de convivencia, sin que fueran perseguidos; además, las declaraciones de varios testimonios dieron cuenta de amenazas que recibieron algunas de las presuntas víctimas por parte de agentes estatales, concordando en que los hechos de violación de derechos humanos se realizaron entre miembros del grupo armado ilegal en colaboración con dichos agentes.

4.2. La falta de la debida diligencia en la prevención razonable de violaciones a Derechos Humanos sobre un individuo o individuos en situación de riesgo

Como ya se hizo referencia, dentro del Sistema Interamericano de Protección a los derechos humanos, la prevención de violaciones a los derechos convencionales hace parte de los deberes generales que conforman la obligación general de garantía. A diferencia del primer criterio, la presente regla jurisprudencial responde al desconocimiento del deber de prevención, por lo cual los agravios ejecutados por particulares resultan imputables a los Estados en tanto se demuestre que estos omitieron sus deberes de proteger a la(s) víctima(s), si conocían de una circunstancia de vulnerabilidad que incrementara las posibilidades de comisión de violaciones a sus derechos humanos. En la práctica, cuando la Corte IDH no logra verificar actos de acción u omisión concretos de agentes Estatales que permitieron ejecutar las acciones violatorias verifica si omitió el deber de protección frente a riesgos conocidos que tenían las víctimas, pasando de esa manera de la aplicación del deber de garantía al deber de protección.

Este criterio es aplicable cuando las autoridades públicas de un Estado miembro de la Convención se sustraen de su deber como garantes del libre y pleno ejercicio de los derechos de los habitantes

de su jurisdicción territorial. Si se demuestra que un agente estatal brindó apoyo para la específica violación, lo propio sería emplear la hipótesis de la “complicidad, colaboración, aquiescencia o tolerancia”, con la cual la responsabilidad de los Estados nace por violar la obligación de respeto. En cambio, la figura jurisprudencial en mención, de hecho, es demostrativa del desconocimiento de la garantía de derechos convencionales, pues puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, por no prevenir o tratar la violación de los derechos humanos con los estándares del SIDH y no por el hecho mismo que da origen a la denuncia ante la Corte IDH.⁴⁹

La obligación de protección abarca diversas acciones adaptadas al objeto en concreto que sea objeto de protección. Según la Corte Interamericana, “abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.”⁵⁰ Sin embargo, dicha noción en sus inicios generó polémica doctrinal por la amplitud e indefinición de las medidas obligatorias de protección genéricas.⁵¹

Para solucionar el carácter genérico de las obligaciones de protección en 2006, en el “Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, se estableció la regla general bajo la cual podría atribuirse a las naciones demandadas violaciones a derechos convencionales por falta de la debida diligencia en el deber de prevención y, particularmente,

49 Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte I.D.H. (ser. C) No. 4, ¶ 172 (29 de julio de 1988).

50 Caso Godínez Cruz vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte I.D.H. (ser. C) No. 5, ¶ 185 (20 de enero de 1989); Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte I.D.H. (ser. C) No. 4, ¶ 174 (29 de julio de 1988).

51 Max Silva Abbott, *El “deber de prevenir” violaciones a los derechos humanos y algunas de sus posibles consecuencias*, REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS PENALES N.º. 22, 5 (2016).

cuando los agravios hubieran sido cometidos por agentes no estatales. En esa oportunidad,⁵² se dijo que “los deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo.”⁵³

Desde esa época, esta regla no ha cambiado en esencia, ante lo cual la jurisprudencia más reciente entiende que, para declarar incumplido el deber de prevención ante la comisión de agravios a derechos convencionales, se requiere verificar que: “1) al momento de los hechos existía una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinados; 2) que las autoridades conocían o debían tener conocimiento de ese riesgo, y 3) que las autoridades, pese a ello, no adoptaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo.”⁵⁴

52 En ese fallo, la Corte Interamericana, citó un aparte de la sentencia del caso Kiliç Vs. Turquía, del 28 de marzo de 2000 del Tribunal Europeo de Derechos humanos, de la cual resaltó que: “[los Estados tienen] en ciertas circunstancias, una obligación positiva (...) de tomar medidas preventivas para proteger a un individuo o grupo de individuos, cuya vida esté en riesgo por actos criminales de otros individuos. (...) No todo alegado riesgo a la vida impone a las autoridades la obligación convencional de tomar medidas operativas para prevenir que aquel riesgo llegue a materializarse. Para que surja esa obligación positiva, debe ser establecido que al momento de los hechos las autoridades sabían, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado (...) respecto de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitar dicho riesgo”. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte I.D.H. (ser. C) No. 140, ¶ 124 (31 de enero de 2006).

53 Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte I.D.H. (ser. C) No. 140, ¶ 123 (31 de enero de 2006); Caso Luna López vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, Corte I.D.H. (ser. C) No. 269, ¶ 120 (10 de octubre de 2013).

54 Caso Yarce y otras vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte I.D.H. (ser. C) No. 325, ¶ 182 (22 de noviembre de 2016).

Cual fuere el orden que se decida para entender esta pauta jurisprudencial, su aplicación es viable si se ha demostrado que, previo a los hechos de cada caso, las víctimas se encontraban en un estado de peligro en el que fácilmente pudieran ser vulnerados sus derechos humanos; situación que debe haberse puesto de presente al Estado o este debió haber conocido. Con todo, las autoridades omitieron total o parcialmente implementar estrategias de protección en favor de tales personas, quienes serían finalmente agraviadas.

A la luz de esto último, hay que concluir que el criterio de la falta de la debida diligencia en la prevención de violaciones a derechos humanos, cometidas por particulares en perjuicio de una o más personas en una situación de riesgo ante la cual el Estado no adoptó medidas suficientes de salvaguarda, es propiamente la hipótesis de la responsabilidad internacional indirecta de los Estados, y las respectivas condenas —como todas aquellas de los casos contra Colombia que desarrollaron este criterio— se soportan en el incumplimiento de la obligación general de garantía —no de respeto— consagrada en la CADH.

• “La masacre de Pueblo Bello vs Colombia” (2006)

El 14 de enero de 1990 se secuestró y, posteriormente, se desapareció a 43 personas en el municipio de Pueblo Bello, Departamento de Antioquia. Fueron transportados ilegalmente en horas nocturnas en vehículos por vías públicas hasta el departamento de Córdoba. Este acto lo perpetró un grupo armado ilegal que operaba en la zona. Hasta el año 2018 no existía certeza sobre la ubicación de 37 personas desaparecidas.

En este caso no hubo evidencia de colaboración, aquiescencia o tolerancia de agentes del Estado; tampoco existe evidencia que se hubiera conocido previamente la situación en concreto por parte de los agentes estatales. Sin embargo, para la Corte IDH, el Estado en general conocía el riesgo de seguridad en toda la zona de Urabá —zona donde se ubica Pueblo Bello—; por ello, se había decidido crear un grupo especial de agentes para proteger, vigilar y garantizar la seguridad de la población.

No obstante, este grupo no realizó ninguna acción efectiva para evitar los riesgos ni tampoco una persecución al grupo armado ilegal que operaba en la zona. En el caso en concreto, no evitó el tránsito de los vehículos que transportaban a las personas secuestradas en horas nocturnas, aun cuando estaba prohibido en toda la región.

Ante esta situación se declara que el Estado no tuvo la diligencia suficiente en prevenir la consumación de un riesgo existente. De otro lado, llama la atención a la Corte IDH que, en el caso concreto, no existía diligencia por parte del Estado para determinar los autores intelectuales y materiales de la violación. Tampoco los condenados habían cumplido con su condena, por lo que el Estado también era responsable de la desaparición y muerte de las víctimas por no investigar y juzgar a los responsables con lo cual se comprometió el deber de prevención y con ello la obligación de garantía.

- “Valle Jaramillo y otros vs Colombia” (2008)

Este caso se refiere a la ejecución sumaria el 27 de febrero de 1998 del reconocido abogado y defensor de derechos humanos Jesús María Valle Jaramillo, que constantemente denunciaba relaciones de agentes estatales con grupos armados ilegales en el departamento de Antioquia, abogaba por la defensa de las poblaciones de Ituango y hacía denuncias públicas sobre las conductas de funcionarios del Estado. Estos hechos lo pusieron en riesgo, generaron hostigamientos, denuncias y alentaron a obrar en su contra,⁵⁵ circunstancias que lo sobreexpusieron en un contexto generalizado de persecución a los defensores de derechos humanos en Colombia.

Para la Corte I.D.H., en Colombia, existía amenaza permanente a la vida e integridad de los defensores de derechos humanos pues, con sus denuncias, afectaban intereses de quienes generaban hechos violatorios de derechos humanos. Por ello, se debían adoptar todas las medidas necesarias y razonables

para garantizar la protección de los defensores, siempre que tuviese conocimiento de un riesgo real e inmediato en su contra. En el caso en concreto, el abogado defensor realizaba constantes denuncias sobre las relaciones entre agentes estatales y grupos armados ilegales, que llevaron incluso a que fuera demandado por calumnia. Para la Corte I.D.H., a pesar del riesgo, no recibió ninguna medida de protección, pero sí hostigamiento y denuncia por agentes estatales. En este caso, se facilitó su resolución porque el Estado colombiano reconoció su responsabilidad al no tomar medidas necesarias para proteger la vida e integridad del defensor de derechos humanos ante el riesgo existente.

- “Yarce y otras vs Colombia” (2016)

Este caso surgió con ocasión del desplazamiento forzado de cuatro mujeres y el asesinato de la señora Ana Teresa Yarce a manos de grupos armados ilegales entre junio y noviembre de 2002, y el 6 de octubre de 2004. Las personas eran miembros de la Junta de Acción Comunal (JAC) de la comuna Trece de Medellín, Departamento de Antioquia. La Corte IDH, logró identificar que la señora Yarce había sido objeto de amenazas constantes y agresiones previas a su muerte; siendo intensa la persecución a los defensores de derechos humanos en Colombia para el momento de acaecido los hechos. El Estado, a su vez, declaró que conocía este tipo de riesgos para los defensores en la comuna Trece de Medellín; en el caso concreto, la señora Yarce había realizado denuncias judiciales que permitieron la captura a un miembro de un grupo armado ilegal de la zona, lo que aumentó su nivel de riesgo por posibles represalias. Ante esta situación, el Estado entregó un documento en el que se comprometía a prestar seguridad a la señora Yarce; sin embargo, las medidas nunca se realizaron, adicional se liberó al capturado que, a la postre, se condenó como actor intelectual de la muerte de la señora Yarce. Por último, la falta de la debida diligencia en la prevención de violaciones a derechos humanos, al “constatar que el desplazamiento se relacionó a una situación de riesgo real e inmediato en relación con una o varias personas determinadas y que el Estado,

⁵⁵ Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia Corte I.D.H. (ser. C) No. 192, ¶ 192 (27 de noviembre de 2008).

pese a tener conocimiento de dicho riesgo, no adoptó acciones dirigidas a evitar su consumación.”⁵⁶

4.3. Violaciones a derechos humanos ocasionadas en la delegación a particulares o la participación de estos en funciones propias del Estado

Vale decir que este tercer criterio es casi excepcional en la jurisprudencia interamericana. De hecho, la Corte, en sus condenas al Estado colombiano, lo utilizó únicamente para el “Caso de la Masacre de ‘La Rochela’ vs. Colombia” (2007), donde estableció que la responsabilidad del Estado era directa en orden a que autoridades estatales permitieron a grupos de Autodefensas la realización de ciertas funciones que son exclusivas de autoridades que, para el caso, se trataba de facultades de los organismos que se encargan de la seguridad en los territorios. Por ejemplo, “el patrullaje militar en zonas con problemas de orden público, [acceso] a armas de uso privativo de las fuerzas armadas o e[l] desarrollo de actividades de inteligencia militar.”⁵⁷ Tales acciones fueron valoradas por este Tribunal como ejercicio de competencias exclusivas del Estado y por las cuales éste adquiere una especial función de garante al permitir que sean ejecutadas por particulares. “En consecuencia, el Estado es directamente responsable, tanto por acción como por omisión, de todo lo que hagan estos particulares en ejercicio de dichas funciones, más aún si se tiene en cuenta que los particulares no están sometidos al escrutinio estricto que pesa sobre un funcionario público respecto al ejercicio de sus funciones.”⁵⁸

En concreto, este caso surgió el día 18 de enero de 1989, cuando se ejecutaron extrajudicialmente

a 12 funcionarios de la rama judicial y 3 más resultaron lesionados mientras cumplían diligencias probatorias en el corregimiento La Rochela, en el bajo Simacota del bajo del departamento de Santander. La muerte y lesión de las personas fue producida por miembros de un grupo armado ilegal en asocio con agentes estatales sin que existiera claridad sobre los actores materiales e intelectuales del crimen. Si bien, en este caso, se demostró aquiescencia y colaboración entre el grupo armado ilegal y agentes del Estado, lo fundamental para aplicar la responsabilidad del Estado es que existían manuales de operación específicos que orientaban la coordinación con el grupo armado ilegal de funciones de patrullaje, ejecución de operaciones combate e inteligencia militar, en una supuesta colaboración entre agentes del Estado y población civil. De esta manera, se logró determinar que el grupo armado ilegal operaba en la zona con apoyo y en coordinación con agentes del Estado, los cuales terminaron compartiendo funciones públicas con el grupo armado ilegal, por lo que se hacía responsable de las acciones que realizaran. En este caso, se estableció la violación del deber de respeto por demostrarse acciones en conjunto.

Es necesario resaltar lo manifestado por la Corte en el sentido de que son imputables al Estado todos los actos que desarrollen los particulares en ejercicio de dichas funciones, bien sea por acción o por omisión. Ello es ejemplo de una declarada intención de este Tribunal por determinar el grado de asimilación o la relación existente entre el grupo paramilitar que cometió la masacre y la fuerza pública. Bajo esa óptica, el sentido del fallo no podría ser distinto pues se reconoce a los miembros del grupo ilegal como detentadores de facultades propias de la fuerza pública, al punto de que serían asimilables a agentes del Estado de facto, y es claro -también de la jurisprudencia interamericana- que los Estados son responsables por las acciones u omisiones de sus agentes.⁵⁹

No obstante, el piso jurisprudencial de este criterio se encuentra en el “Caso Blake

56 Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia Corte I.D.H. (ser. C) No. 192, ¶ 222 (27 de noviembre de 2008).

57 Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, Corte I.D.H. (ser. C) No. 163, ¶ 102 (11 de mayo de 2007).

58 Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Corte I.D.H. (ser. C) No. 163, ¶ 102. (11 de mayo de 2007).

59 Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte I.D.H. (ser. C) No. 4, ¶

vs Guatemala” (1998), donde se condenó a Guatemala por las violaciones a derechos convencionales llevadas a cabo por “patrullas civiles”.⁶⁰ Estos eran grupos armados no estatales, que actuaban no solo con un entrenamiento por parte de la fuerza pública, sino en un marco de legalidad nacido en la búsqueda de seguridad institucional.⁶¹ Precisamente, la particularidad de este criterio jurisprudencial es la forma en que deriva la responsabilidad del Estado cuando de los hechos del caso se acredite que los particulares transgredieron derechos convencionales con el beneplácito –que bien podría demostrar colaboración o aquiescencia– de la fuerza pública, al punto que “deben ser consideradas como agentes del Estado,”⁶² es decir, terminan realizando actividades que son propiamente estatales; en este punto, incluso las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han asimilado que particulares realizan funciones propias del Estado considerables como una delegación de funciones.

Es de recordar que parte de la doctrina presenta desacuerdo con la Corte por el tratamiento brindado a la relación entre miembros de fuerzas del Estado y grupos ilegales, pues la asimilación puede tornarse innecesaria y, por supuesto, inviable jurídicamente. El posible desacierto lo menciona el tratadista Vázquez Camayo, cuando asegura que, “el tribunal internacional confunde en esta sentencia [Caso Blake Vs. Guatemala (1998)] la responsabilidad estatal por aquiescencia con la responsabilidad del Estado por equiparación de un particular o *non-State actor* a un agente del Estado. Consideramos que la Corte I.D.H. debió optar por una u otra racionalidad o, por lo menos, ser más clara, ya que las conclusiones apuntan a haber equiparado *non-State actors* con agentes estatales.”⁶³

170. (29 de julio de 1988).

60 *Id.*, en 52.

61 *Id.*

62 *Id.*, en 78.

63 Véase VÁZQUEZ, LA RESPONSABILIDAD, *supra* nota, *supra* nota 33 en 26.

En suma, de lo último, consideramos que, si bien hablar de asimilación es innecesario, pensar en delegación de funciones exclusivas del Estado en manos de particulares lo es aún más. De hecho, la delegación es una figura tradicionalmente desarrollada por el Derecho Administrativo que busca trasladar “competencias a entes autónomos para que resuelvan (en los casos autorizados por la ley), en forma independiente y definitiva, pudiendo el delegante revocar la decisión y reasumir la competencia.”⁶⁴ Dentro de los Estados de derecho esta herramienta permite que una autoridad pública traslade alguna o varias de sus facultades a manos de otra, pero todo en el marco de la legalidad, es claro que es ilegítimo y contrario a la Convención Americana que fuerzas del Estado trasladen sus facultades a particulares con el propósito de afectar derechos convencionales.

V. Conclusiones

En resumen, en el SIDH, los Estados pueden ser responsabilizados internacionalmente por la violación de derechos humanos cometidas por agentes estatales y particulares, última hipótesis que implica la aplicación de novedosos criterios jurisprudenciales elaborados por la Corte IDH. En términos generales, la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado conlleva el contraste entre una obligación estipulada en un instrumento internacional ratificado por ese Estado, y las conductas de sus agentes, siendo concluyente la determinación de si hubo o no cumplimiento al deber internacional. Ello sería el reflejo de que la doctrina y la jurisprudencia interamericana, permiten reconocer que la responsabilidad internacional de los Estados es de naturaleza objetiva, donde obtiene primordial relevancia la acreditación del desconocimiento de una norma internacional sin que interesen elementos volitivos de los agentes estatales.

El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, de suyo, alberga una estructura institucional que permite radicar responsabilidad

64 GUSTAVO PENAGOS, LA DESCENTRALIZACIÓN EN EL ESTADO UNITARIO 296 (1997).

internacional de los Estados –miembros de la OEA-, sometidos a su jurisdicción. En el SIDH, existen obligaciones generales contenidas en la Convención Americana y deberes especiales dispuestos en la misma o en otros instrumentos adicionales sobre los cuales tenga jurisdicción contenciosa la Corte IDH. Las obligaciones generales son: la obligación de respeto, que se viola generalmente cuando hay acciones u omisiones de los funcionarios del Estado que comprometen derechos convencionales, y la obligación de garantía, cuando el Estado se sustrae a la protección de los habitantes del territorio y de prevenir, investigar y sancionar ultrajes contra ellos. Justamente, cuando se comprometen dichas obligaciones y deberes, se comete el ilícito internacional, y si el mismo es atribuible al Estado demandado procede una declaratoria de responsabilidad internacional. Los criterios jurisprudenciales abordados en el presente análisis son las reflexiones que han permitido atribuir –o imputar- al Estado colombiano, violaciones a derechos convencionales pese a haber sido materializadas por particulares y no por agentes estatales. El estudio de dichas construcciones jurisprudenciales se torna relevante en la medida en que no han sido desarrollados con exclusividad para casos contenciosos contra Colombia, sino que han sido utilizados en la decisión de causas contra otros Estados y es estimable que ello no deje de pasar.

Así las cosas, se concluye que la responsabilidad internacional del Estado colombiano, derivada de actos cometidos por particulares en el ámbito de la Corte Interamericana, ha sido estructurada a través de tres criterios que permitieron atribuir las violaciones a la nación demanda, a saber. En primer lugar, la complicidad, colaboración, aquiescencia o tolerancia en casos donde se demostró no solo un contexto de tolerancia con grupos armados ilegales, sino acciones concretas de acción u omisión que tuvieron incidencia directa en los hechos que dieron origen a la violación de derechos humanos; además, se reconoce el criterio de aquiescencia, ante lo cual, con conocimiento de los hechos, los agentes estatales permitieron realizarlos o de colaboración cuando con acción u omisión en el hecho en concreto tuvieron incidencia en el resultado de la violación, o prestaron ayuda y coordinación

de los agentes estatales con los grupos armados ilegales. Este criterio supone entonces la violación de la obligación de respeto de los derechos convencionales que los particulares hubieren afectado con sus conductas, allí radica el juicio de imputación y por ello es procedente declarar responsabilidad del Estado. En segundo lugar, la falta de la debida diligencia en la prevención de violaciones a derechos humanos, por omitir la adopción de medidas preventivas ante riesgos conocidos por el Estado sobre un individuo o individuos determinados, riesgos que el Estado colombiano conocía, pero fue reticente en atender, criterio que supone el compromiso a la obligación de garantía, por desconocer deberes de comportamiento o de medio, como la prevención, investigación y sanción de violaciones a derechos humanos, no de resultado como la obligación de respeto. La acreditación del desconocimiento de la obligación de garantía edifica la responsabilidad internacional del Estado. Y, en tercer lugar, la delegación o participación en la realización de ciertas funciones de competencia exclusiva del Estado, por demostrarse que la participación de los agentes estatales en los actos violatorios de derechos humanos va más allá de la aquiescencia, colaboración y tolerancia, y radica, por ejemplo, en coordinar y actuar juntamente con grupos armados ilegales conforme a directrices de operación militar. En la medida en que este último criterio supone una colaboración cualificada de agentes estatales, se colige que, cuando el mismo sea acreditado, supone entonces la violación de la obligación de respeto de derechos convencionales, hipótesis suficiente para que proceda declarar responsabilidad del Estado.

Colombia no es el único Estado dentro del Sistema Interamericano que ha sido condenado por conductas vulneradoras de la CADH materializadas por particulares. Sin embargo, su experiencia -que es reflejo del conflicto armado presente en su historia y sus diversos actores- es de necesaria revisión si se quiere entender la atribución de este tipo de vulneraciones a un Estado dentro del Sistema, ya que desde una óptica axiológica de la responsabilidad estatal -y humanista-, del análisis de los plurimentados criterios, también se colige que es improcedente

eximir de responsabilidad a un Estado demandado bajo el único argumento de que las conductas vulneradoras no acaecieron bajo el control de sus agentes. La administración de justicia en estos casos se embebe de contenido cuando el juicio del cumplimiento de los deberes a los cuales están sujetos los Estados parte no resulte anquilosado por la mera circunstancia de ausencia de participación directa de autoridades nacionales. Pues con todo, los mismos instrumentos internacionales guardan deberes de protección -o de hacer respetar- los derechos convencionales donde se abre la puerta a que la imputación de ese tipo de conductas pueda hacerse a través de los criterios bajo estudio.

Lo anterior no es óbice para que se refiera que los criterios desarrollados por la Corte IDH no sean discutibles, pues consideramos que guardan puntos a los cuales no les sobra precisión. Por ejemplo, la noción de la tolerancia, referida en los fallos que desarrollaron el primero de los criterios presentados, es tratada con timidez o vaguedad por la jurisprudencia interamericana, en la medida, en que refiere un contexto de permisividad con la comisión de un patrón de violaciones a derechos humanos, sin que suponga un apoyo directo a los particulares que comenten la vulneración, -pues ello sería colaboración-, y que tampoco, corresponde con la aquiescencia, entendida como acciones u omisiones de agentes estatales, que si bien no sean concomitantes, hayan facilitado el éxito de los ultrajes. Así las cosas, la categoría de la tolerancia, parece no ser condición suficiente o autónoma para soportar una condena contra un Estado. Persiste la necesidad de clarificar, si las declaraciones de responsabilidad internacional no pueden basarse únicamente en un contexto general de tolerancia, o si debe acreditarse la colaboración o aquiescencia concretas en los hechos; en ese sentido, la jurisprudencia interamericana por su falta de claridad conlleva a la adopción de comportamientos concretos incluso de claridades sobre intenciones de los actores, lo que significaría la necesaria constatación y el giro hacia una posible responsabilidad de tipo subjetivo. De igual manera, sobre el tercero de los criterios referidos, se puede concluir que es de los menos

utilizados en la jurisprudencia interamericana; de hecho, los casos contenciosos donde resultó aplicable se reducen a los que fueron presentados en el acápite. La escasa utilización de este puede deberse a su confusión con el criterio de “complicidad, colaboración, tolerancia o aquiescencia”, pues la diferencia parece radicarse en la sobreestimación de la conducta de agentes estatales, que en verdad no se separa de la base fáctica que habilita la aplicación del criterio que refiere la colaboración o aquiescencia del Estado en la comisión de violaciones a derechos convencionales. Sin dejar de lado que la superación de dicho criterio evitaría que se piense en la idea de equiparación de un particular a un agente del Estado, circunstancia que en nada limita los derechos de las víctimas, pues los ultrajes podrían ser atribuidos al Estado por haber incurrido en colaboración o aquiescencia con los hechos y, por el contrario, ofrece precisión para el ejercicio de la administración de justicia.

Finalmente, es importante observar que la evolución de los criterios jurisprudenciales para responsabilizar el Estado por hechos cometidos por particulares no se agota con los tres criterios. Ya para el año 2018, la Corte IDH analizó un nuevo caso de muerte de un periodista por parte de un grupo armado ilegal, ocurrida el 16 de abril de 1998. En ese caso, no se demostró complicidad, aquiescencia o colaboración; tampoco falta de debida diligencia en la prevención de la violación porque no se conocía el riesgo, ni delegación o participación en la realización de funciones competencia del Estado, simplemente se demostró que el Estado no realizó las debidas diligencias para brindar justicia en el caso, la investigación penal no había arrojado culpables ni condenas y, por ello, se había negado acceder a garantías de verdad y justicia para las víctimas. En ese sentido, el criterio aplicable será la falta de respeto a la obligación de garantía pues no logró hacerse una efectiva investigación y sanción a los responsables del hecho, frente a este criterio se propone la denominación genérica de “la impunidad como desconocimiento de la obligación de garantía de derechos diferentes a las garantías y protección judicial”, quedando a la expectativa de su posterior desarrollo jurisprudencial.

El reconocimiento de la pensión gracia a los docentes cuya vinculación con el Estado no tiene vocación de permanencia con anterioridad al 1 de enero de 1981

The recognition of the retirement grace pension for teachers with State involvement that does not have a permanent vocation prior to January 1, 1981

Jhon Hamilton Chamorro Chamorro*

Abstract

Through the issuance of Law 114 of 1913, the so-called retirement grace pension was created within the pension system to cover the salary differences arising from the different forms of legal ties between teachers and the State. The different dynamics of state involvement, together with the regulatory changes of said pension, have created a series of circumstances that deserve special analysis. This article analyzes the situation of those teachers temporarily linked without a vocation of permanence. The aim is to verify if said relationship allows the recognition of the pension right.

Keywords: retirement grace pension, interim, nationalization, acquired right, legitimate expectation, mere expectation

Historial del artículo:

Recibido: 8 de mayo de 2021

Aceptado: 10 de octubre de 2021

Cómo citar este artículo:

Jhon Chamorro, *El reconocimiento de la pensión gracia a los docentes cuya vinculación con el Estado no tiene vocación de permanencia con anterioridad al 1 de enero de 1981*, 9 JUST. & DER. 54 (2021).

Resumen

Mediante la expedición de Ley 114 de 1913 se creó dentro del sistema pensional la denominada pensión gracia de jubilación, en aras de sufragar las diferencias salariales provenientes de las distintas formas de vinculación legal de los docentes con el Estado. Las diferentes dinámicas de vinculación estatal, aunada a los cambios normativos de dicha pensión han creado una serie de circunstancias que merecen un especial análisis. Este artículo analiza la situación particular de aquellos docentes vinculados temporalmente sin vocación de permanencia. Lo anterior con la finalidad de verificar si dicha vinculación permite el reconocimiento del derecho pensional mencionado.

Palabras clave: pensión gracia, interinidad, nacionalización, derecho adquirido, expectativa legítima, mera expectativa

* Abogado, Universidad del Cauca; Especialista en Derecho Administrativo, Universidad del Cauca. Correo electrónico: jhonmechaz@unicauca.edu.co

I. Introducción

El sistema pensional de los servidores públicos en Colombia a lo largo de su historia ha sufrido diversos cambios, la mayoría de ellos a causa de la falta de unificación de criterios para acceder a una pensión y a la multiplicidad de regímenes y entidades que se encargarían de administrar y reconocer pensiones. Tal y como ha sido reconocido por la Dirección del Departamento Nacional de Planeación,¹ existieron problemas estructurales propios de las entidades, empleadores y cajas administradoras de pensiones. Algunos de ellos, por ejemplo, fueron el no contar con las reservas necesarias para el reconocimiento de los beneficios, la inexistencia de una relación proporcional entre el monto pensional a reconocer y los aportes cotizados, entre otros, lo que llevó a que las administradoras de fondos pensionales a través de sus múltiples modalidades poco a poco fuesen inoperantes y llevadas a su liquidación.

Por ello, se procuró la unificación del sistema pensional para todos los empleados del sector oficial, esto a través de la Ley 100 de 1993; sin embargo, el legislador fue cuidadoso al momento de diferir sus efectos. Se contemplaron regímenes de transición en aras de respetar derechos adquiridos y expectativas legítimas de los servidores que estaban a punto de pensionarse, así como exceptuar a regímenes especiales del ámbito de aplicación normativo, entre ellos, el correspondiente a los docentes del sector oficial conocido como pensión gracia. En ese orden de ideas, el término “Pensión Gracia” se refiere a “aquellas pensiones que se otorgan en forma gratuita para salvar situaciones de injusticia social, derivadas de la ausencia o insuficiencia de preceptos legales que cubran adecuadamente una específica situación de carencia de recursos, que afectan a una o más personas determinadas.”²

La importancia de exceptuar dicho régimen pensional se sustenta en el contexto de conquista histórica de derechos por parte del gremio de los educadores. Este gremio se vio afectado por diferenciaciones salariales derivadas del modelo educativo, aunado a la falta de presupuesto de los Entes Territoriales que, en un principio, se encargaron de administrar la instrucción primaria, siendo los docentes adscritos a dicha instrucción los más perjudicados salarialmente.

Con el transcurrir del tiempo, dicho derecho pensional se hizo extensible a los docentes de instrucción secundaria, inspectores y normalistas; sin embargo, el hecho de la inequidad de los salarios devengados por los docentes del sector oficial era persistente. En consecuencia, se procedió a la nacionalización de la educación pública y la eventual desaparición de la pensión gracia para los docentes vinculados con posterioridad al proceso de nacionalización, esto es, después del 31 de diciembre de 1980. La regulación normativa y las respuestas que ha dado la jurisprudencia frente a estos cambios, aunados a las dinámicas propias del ejercicio público de la docencia, traen consigo una serie de interrogantes que deben ser resueltos más allá de una aplicación taxativa de la ley.

En el presente artículo, se exponen las circunstancias propias de los maestros que tuvieron únicamente una vinculación al servicio oficial territorial o nacionalizado bajo la modalidad de docente interino durante el proceso de nacionalización de la educación y que, posteriormente a ella, no volvieron a ocupar una plaza docente pública sino hasta después del 31 de diciembre de 1980, en aras de desentrañar si se les deben reconocer los beneficios propios de la denominada pensión gracia.

Para ello, se realizará un análisis de la evolución legislativa de la pensión gracia, se analizará la normatividad acudiendo a conceptos como el de derechos adquirido, expectativa legítima y mera expectativa. Después, se profundizará en la intención del legislador al adoptar formas de protección de tránsito legislativo para aquellos docentes que tuviesen o llegaren a tener

1 Mauricio Santa María & Gabriel Piraquive, *Evolución y alternativas del sistema pensional en Colombia*, DOCUMENTO 398. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN 14, 15 (2003), <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Estudios%20Economicos/398.pdf>

2 ISMAEL BUSTOS ET AL., *MANUAL DE EDUCACIÓN CÍVICA* 148 (6.ª ed., 1991).

derecho a dicho derecho pensional, verificando si el sector docente analizado se enmarca en aquellos. Finalmente se llevará a cabo un análisis de las decisiones jurídicas del Consejo de Estado aplicable al caso bajo estudio y así observar si, en aquellos, se ha propendido por el análisis de la perspectiva histórica que dio con la creación por parte del Congreso de la Ley 114 de 1913.

II. Evolución legislativa de la pensión gracia

El ejercicio de la profesión docente en el sector oficial en Colombia se ha sometido a diferentes cambios legislativos. La mayor parte de ellos son producto de la lucha histórica por la reivindicación de los derechos y prerrogativas de carácter laboral, propios de la organización del sector ejecutivo, que propiciaron condiciones salariales que se entendieron como desfavorables respecto de algunos educadores, principalmente, por su forma de vinculación con el Estado. La Ley 39 de 1903 dispuso la distribución de obligaciones frente a la educación pública, radicándola en dos fracciones. Esto es, por una parte, los compromisos que fueran propios de la Nación y, en otra, los asignados a los entes territoriales, esto en función de una descentralización territorial y administrativa.

Es así como la ley antes referida convino clasificar la instrucción pública en tres sectores: (i) primaria, (ii) secundaria e (iii) industrial y profesional, cuya responsabilidad de administración, dependiendo del nivel, iba a ser asumida por una entidad estatal definida. A saber, la instrucción pública primaria estaría a cargo de la inmediata dirección y protección de los gobiernos de los departamentos, en consonancia con las ordenanzas expedidas por las asambleas respectivas, e inspeccionada por el poder ejecutivo nacional.³ Por otro lado, la instrucción secundaria sería asumida directamente por la Nación, y la educación a nivel industrial y profesional serían costeadas por la Nación o por los departamentos, dependiendo del lugar geográfico

en donde el establecimiento educativo despliegue sus funciones, conforme los artículos 4° y 5° de la norma en comento.

En consecuencia, los educadores de instrucción primaria percibían remuneraciones cuantitativamente más bajas en comparación a sus homólogos vinculados con directamente por la Nación. Así, los entes territoriales debían asumir directamente el pago de los salarios y demás prestaciones sociales de los docentes que se habían vinculado directamente, a pesar de no contar con el presupuesto para cumplir con dichas obligaciones. Era necesaria la intervención del poder legislativo a efectos de subsanar tan notoria inequidad. Por eso, el Congreso, en ejercicio de sus funciones propias, expidió la Ley 114 de 1913, la cual creó la “Pensión Gracia”, cuya función se enmarcaría en subsanar la diferencia salarial de los docentes de instrucción primaria.

Así entonces, la Ley 114 de 1913 creó una pensión de jubilación a favor de los maestros de escuela primaria del sector oficial y, por consiguiente, estableció una serie de condiciones y requisitos para que dicha prerrogativa pensional sea concedida, principalmente contenidos en su artículo 4, que señala a saber:

- i. «Haberse conducido con honradez y consagración en los empleos desempeñados.
- ii. Carecer de medios de subsistencia en armonía con su posición social y costumbres.
- iii. No haber recibido ni recibir actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Lo cual no obsta para que un maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación y por un departamento.
- iv. Haber observado buena conducta.
- v. Si es mujer, estar soltera o viuda.
- vi. Haber cumplido cincuenta años, o hallarse en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento,

3 Ley 39 de 1903, art. 3.

aunado a haber servido en el magisterio no por menos de veinte años. Una vez acreditadas las condiciones normativas, el docente podría acceder al reconocimiento de una mesada pensional equivalente a la mitad del sueldo percibido en los dos últimos años de servicio, o promedio si fuese variable.»

Aún con la verdadera intención por parte del Legislador de nivelar las disposiciones salariales en el ejercicio de la docencia oficial, diversos sectores se pronunciaron para que dichos beneficios les fueren extensibles. Se profirió por una parte la Ley 116 de 1928 que ampliaría el derecho a la pensión gracia a los empleados y profesores de las escuelas normales y los inspectores de instrucción pública y, por otra, la Ley 37 de 1933, por la cual se hace extensiva a los docentes de los establecimientos de enseñanza secundaria. Sin embargo, a pesar de intentar reducir la brecha salarial entre el personal docente del país, en poco contribuyeron a subsanar tal falencia, dado que la misma tenía génesis en el orden estructural del sector educativo, acentuada posteriormente por los cambios demográficos del país. Otros factores que influyeron fueron el proceso de crecimiento urbanístico y el traslado de la población rural a las cabeceras municipales, además de las recesiones que se produjeron a nivel mundial durante los años 1930. Estos hechos hicieron aún más notoria la deficiencia que tenían los departamentos y municipios para asumir las cargas propias que contemplaba brindar educación en zonas urbanas y rurales por lo que sus esfuerzos eran insuficientes para atender a la demanda del sector educativo.

Consiente de las deficiencias que enfrentaba la provisión de la educación en el territorio nacional, el gobierno, en acción conjunta con el poder legislativo, empezó a implementar una serie de estrategias legales y de adopción de políticas públicas en aras de coadyuvar la financiación de la educación, donde los ejercicios de planeación y diagnóstico fueron el eje de muchas de las reformas educativas de los distintos gobiernos del Frente Nacional a partir de 1958⁴. Tal y

como ha sido consignado en las memorias del Ministerio de Educación Nacional referente a la evolución histórica de la financiación de la educación oficial, el Plebiscito de 1958 estableció un aumento del gasto del gobierno central en educación en un mínimo del 10% del presupuesto central. Posteriormente en 1960, la Ley 111 de 1960 nacionalizó el gasto en educación dejando la totalidad del costo de los servicios personales en educación primaria pública en cabeza de la Nación mientras la administración de los docentes continuaba a cargo de los entes territoriales.⁵

En el año 1975, los intentos legislativos por organizar el sistema educativo tuvieron como consecuencia la expedición de la Ley 43 de 1975 que, en sus diversos apartados, consagra la nacionalización de la educación, la cual se realizaría entre el 1 de enero de 1975 hasta el 31 de diciembre de 1980⁶ y donde la Nación asumiría los gastos de funcionamiento del personal educativo de forma gradual. Es posible observar que la pensión de gracia se había hecho extensible para los docentes de instrucción primaria, secundaria, de las escuelas normales y los inspectores de instrucción pública y su principal razón de existencia radicaba en la compensación que hiciese la Nación respecto a la diferencia salarial, en comparación a los docentes vinculados directamente por el Sector Central. Dicho de otra manera, el cimiento del otorgamiento de la pensión gracia radica disminuir los efectos causados por la prolongación en el tiempo de la desigualdad prestacional docente. Sin embargo, dicho déficit comparativo en materia salarial sería subsanado con el proceso de nacionalización de la educación que culminó el 31 de diciembre de 1980.

Posteriormente se expidió la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Conforme lo establecido en la Ley 91 de 1989, el personal nacional está conformado por aquellos docentes vinculados por nombramiento

4 Juana Patricia Tellez & María Teresa Ramírez, *La Educación Primaria y Secundaria en Colombia en el siglo XX*, BORRADORES DE

ECONOMÍA. No. 379. BANCO DE LA REPÚBLICA 54 (2006).

5 Ministerio de Educación Nacional, *Memorias Ministros de Educación*, http://www.idep.edu.co/wp_centrovirtual/?page_id=2544 (última visita en noviembre 3, 2021).

6 Ley 43 de 1975, art. 3°.

del Gobierno Nacional, mientras que el personal nacionalizado por los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1° de enero de 1976 y el personal nombrado a partir de esa fecha, previa autorización del Ministerio de Educación Nacional, de acuerdo con lo exigido por la Ley 43 de 1975. Además, la Ley 91 de 1989, en su artículo 15, fijó una serie de reglas y criterios interpretativos, mayormente del orden temporal, relativos a la aplicación de la Ley 114 de 1913 y otras normas modificatorias y complementarias. En su artículo 15, esta última señalaba lo siguiente:

“Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1o. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(....)

“2°.- Pensiones.

“A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, **tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia**, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación. (Énfasis añadido)

“B. Para los docentes vinculados a partir del 1o. de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.” (Énfasis añadido)

El precitado artículo tuvo por objeto proteger aquellos derechos adquiridos y expectativas legítimas de los docentes nacionalizados o territoriales vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980. Debido al proceso de nacionalización de la educación en 1975, vieron modificada abruptamente su situación, pues pasaron de ser territoriales a depender de la Nación y, por consiguiente, se vieron abocados a perder la posibilidad de adquirir la Pensión Gracia. Posteriormente, con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, se realizó un esfuerzo por unificar un Sistema General de Pensiones en Colombia, en donde, a pesar de existir una serie de regímenes exceptuados, entre ellos el docente, los mismos no tenían vocación de mantenerse indefinidamente en el tiempo.⁷

Fue a través del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 que se uniformó el tema referente a las pensiones de los maestros oficiales cuya vinculación se realizó con anterioridad o posterioridad a 27 de junio de 2003. En esa fecha, la norma entró en vigor, estableciendo dos reglas de aplicación normativa. La primera de ellas establecía que los docentes vinculados con anterioridad a 27 de junio de 2003 mantendrían el régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989 y normas anteriores. La segunda señalaba que los servidores públicos de enseñanza vinculados con posterioridad estarían bajo la normatividad dispuesta en el Sistema General de Pensiones.

Finalmente, con la adopción del Acto Legislativo 01 de 2005, se contribuyó de manera concluyente a finiquitar los sistemas especiales en materia de pensiones. Así, consagró la terminación de estos a 31 de junio de 2010. Empero, el parágrafo transitorio 1° del artículo 1° de la Ley 91 determinó que el régimen pensional del personal docente del sector oficial no culminaría en dicho término, sino que su aplicación dependería de la fecha en la cual ingresaron a prestar el servicio oficial.

7 Ley 100 de 1993, art. 279. “Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas (...).”

El legislador, de forma histórica, trató de eliminar las diferencias salariales entre los docentes del sector oficial. La adopción de la pensión gracia se circunscribió precisamente al hecho de otorgar un estímulo monetario a los docentes adscritos a las entidades territoriales que no contaban con el presupuesto necesario para remunerar a su personal en iguales condiciones a las de sus homólogos vinculados directamente por la Nación, esto dadas las características propias del modelo educativo. Como consecuencia, aquellos docentes que prestaron servicios entre la fecha de entrada en vigor de la Ley 114 de 1913 y el 31 de diciembre de 1980, fecha en la cual culminó el proceso de nacionalización de la educación, adquirieron para sí el derecho a ser favorecidos de la pensión gracia. Sin embargo, no cualquier vínculo docente cumple los requerimientos para ser acreedor de dicho beneficio pensional, debiéndose excluir las vinculaciones superfluas, es decir, las que por el hecho de su vinculación y el tiempo en que se desarrollaron no lograron materializar la desigualdad remuneratoria que la pensión gracia pretende revertir. Así, solamente el factor temporal permite brindar datos comparativos de forma objetiva

Este podría ser el caso de aquellos docentes cuya única vinculación al servicio fue de carácter temporal o en interinidad. Es decir, dada la necesidad de ocupación de una plaza vacante por el hecho de concesión de licencias remuneradas o no remuneradas a los pedagogos nombrados en propiedad en el cargo, y que no obtuvieron otro tipo de vinculación sino hasta después del 31 de diciembre de 1980. Para verificar el anterior supuesto fáctico, resulta necesario realizar un análisis sobre los conceptos de derechos adquiridos, expectativas legítimas y meras expectativas, y su aplicación al momento de verificarse los requisitos de vinculación para acceder a la pensión gracia.

III. Los conceptos de derechos adquiridos, expectativas legítimas y meras expectativas como criterios definitorios sobre la aplicación de las normas relativas a la pensión gracia

Los cambios legislativos sobre materias que afectan el patrimonio de los ciudadanos conducen a que los conceptos de derechos adquiridos, expectativas legítimas y meras expectativas, tengan una especial relevancia. Por eso, es procedente clarificar la diferencia entre estas nociones y su aplicación en el caso específico de la pensión gracia.

3.1. El concepto de derecho adquirido

Un primer alcance del término derecho adquirido se encuentra en el artículo 58 de la Constitución Política colombiana. Aquél constituye una forma de garantía en el tiempo sobre cambios legislativos en circunstancias del tipo subjetivas. Según el artículo, “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.”⁸

El término derecho adquirido no ha sido ajeno a que, en diversas oportunidades, la doctrina haya realizado definiciones, siendo quizás una de las más adecuadas la elaborada por Carlo Gabba. El autor italiano manifiesta que derechos adquiridos son “(...) aquellos derechos que son consecuencia de un hecho idóneo, al producirlos en virtud de la ley vigente en el tiempo en que el hecho ha sido realizado, y que se han incorporado al patrimonio de la persona, aun cuando la ocasión de ejercerlos se presente únicamente bajo la ley nueva.”⁹

Por su parte, la Corte Constitucional confluye en establecer que un derecho adquirido es aquella situación jurídica que se consolida en el tiempo

8 CONST. POL. COL., art. 58.

9 1 CARLO GABBA, *TEORIA DELLA RETTROATTIVITÀ DELLE LEGGI* 191 (3ª ed., 1981) citado JOSÉ SUÁREZ, *EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS* 107 (1991).

bajo el imperio de una ley y entra al patrimonio de un sujeto de derechos y, por lo tanto, no sufre modificaciones por leyes posteriores que pudiesen alterarlas.¹⁰ Con fundamento en dicho concepto, en diversas oportunidades se ha interrogado acerca de la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989. En este caso, fue la Corte Constitucional, a través de su competencia propia establecida en el artículo 241 numeral 4° de la Constitución Nacional, quien fijó una serie de parámetros que nos permiten entrever el espíritu de la norma. Así, se estableció como mecanismo proteccionista de situaciones concretas y particulares de un grupo poblacional específico, nociones que conforman componentes interpretativos de orden jurisprudencial para discernir sobre qué docentes pueden ser beneficiarios de la llamada pensión gracia bajo la teoría de los derechos adquiridos.

En la sentencia de constitucionalidad No. 084 de 1999, se realizó un recuento histórico sobre la evolución legislativa de la pensión gracia. La conclusión a la que se llegó fue que la figura se concibió para equiparar salarialmente a los docentes vinculados a través de Entes Territoriales respecto de aquellos que estuviesen a cargo de la Nación; hecho que se entendió superado con el proceso de nacionalización de la educación culminado al finalizar el año 1980. Por lo que aquellos maestros que ingresaron al magisterio con posterioridad, la supresión de dicha prerrogativa pensional no suponía la modificación de situaciones jurídicas concretas, pues no hacían parte del grupo poblacional que realmente fue afectado por la diferencia salarial que la Pensión Gracia trató de subsanar.

Así entonces, determinó que el Legislador, al establecer un término de Corte, fijaba de forma clara la protección de los derechos de quienes realmente se vieron afectados por el hecho constitutivo, es decir, la diferenciación salarial negativa. Concluyó la existencia de tres situaciones, además. La primera correspondiente a los docentes que hayan cumplido el total de

los requisitos para acceder a la pensión gracia y la misma les haya sido reconocida antes de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1986. La segunda se trataba de aquellos maestros que hubieren cumplido los requisitos y no hubieren procedido con la reclamación. Finalmente, aquella situación en la que, quienes cumplieron los requisitos, procedieron con la reclamación y dicho trámite estaba vigente a la fecha de expedición de la Sentencia C-084 de 1999.

Así pues, en términos del artículo 15, numeral 2 de la Ley 91 de 1989, los tres casos anteriormente enunciados se abarcan dentro del grupo de docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que *tuviesen* derecho a la pensión gracia. La razón es que la elección de la conjugación del verbo tener por parte del Legislador, nos permite deducir sin lugar a equívocos, que se refiere a aquellos que, al finalizar el proceso de nacionalización de la educación, ya cumplieron con la totalidad de requisitos para ser acreedores de la pensión gracia. A continuación, en virtud de que los conceptos de derechos adquiridos, expectativas legítimas y meras expectativas, tienen una especial relevancia en estos casos, es pertinente clarificar la diferencia entre estas nociones y su aplicación en el caso específico de la pensión gracia.

3.2. *El concepto de expectativa legítima*

En reacción con el concepto de expectativa legítima, el mismo hace énfasis en el alcance de proteccionismo que pueda dar una norma sobre situaciones jurídicas concretas que, si bien no se han materializado antes de un cambio legislativo que les pueda ser desfavorable, existe una concepción de proximidad objetiva de adquisición del derecho. Esta figura se materializa en la adopción de regímenes de transición, pues, ante la necesidad de adoptar medidas de protección, el legislador fija criterios de evaluación en donde se puede verificar si quienes no han cumplido los requisitos para acceder a un derecho se encontraban próximos a hacerlo.

10 C.C., 20 de abril de 1995, Sentencia C-168/95, M.P. Carlos Gaviria.

Relevante resulta citar al autor Américo Pla Rodríguez, quien hace una aproximación sobre los mínimos proteccionistas de la norma ante cambios legislativos en materia de seguridad social, así. Para el autor, “(...) cada norma establece un mínimo de protección. En consecuencia, cada norma sirve para mejorar, pero no para empeorar tal situación del trabajador, ya que si el trabajador en algún aspecto disfruta de un nivel de protección superior al que quiere brindarle la norma (nueva), ésta resulta inoperante.”¹¹

Sobre este concepto en materia pensional, la Corte Constitucional lo ha circunscrito a la comprobación de requisitos de edad y/o semanas cotizadas, ello, bajo un término razonable y determinado, tal y como quedó consignado en la Sentencia C-789 de 2002.¹² Si bien, normativamente no se contempló un régimen de transición en materia de pensión gracia, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 sí dispuso la protección de las expectativas legítimas de los docentes que una vez culminado el proceso de nacionalización y que no hubieran consolidado de forma completa los requisitos para ella, esto es, indicando que serían acreedores únicamente aquellos docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que llegaren a tener derecho a la pensión de gracia.

El problema interpretativo concurre al momento de establecer cuáles son las características del ejercicio docente de los educadores que se entienden como los que llegaren a tener derecho a la pensión de gracia a 31 de diciembre de 1980. La razón es que, al no existir un criterio claro, se produce una indeterminación que, para ser solucionada, debe ser analizada desde el proceso de nacionalización de la educación y la vinculación del personal docente que fue afectado por aquella causa.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 43 de 1975, existía un panorama claro para aquellos docentes vinculados a través de las Entidades Territoriales. El hecho de su diferencia salarial

condicionaba la adopción de medidas como la pensión gracia para subsanarla, por lo que aquellos contaban con una expectativa legítima de ser acreedores a dicho beneficio pensional. Su situación jurídica, mientras que completaran los requisitos de edad y tiempo de servicios, les permitía suponer de buena fe que, una vez acreditados, procedería el eventual reconocimiento.

En iguales circunstancias, se encontraban aquellos docentes vinculados de manera oficial y permanente durante el periodo de nacionalización que culminó el 31 de diciembre de 1980, cuya vinculación se realizó en propiedad. En otras palabras, con ánimo de permanencia en el cargo, a pesar de que conocieran que una vez finalizado dicho término la Nación, en principio, sería la encargada de asumir sus salarios y demás prestaciones, así como de girar los recursos destinados para ello, existía la posibilidad de que la diferencia salarial negativa perdurara en el tiempo de su vinculación, por lo que les sería aún aplicable el beneficio creado por la Ley 114 de 1913.

Se puede constatar de forma clara que los docentes cuyos supuestos facticos se encontrasen en las dos posibilidades señaladas anteriormente, concretaron una expectativa válida de ser beneficiarios de aquella regulación y los derechos derivados de la misma, dado el carácter permanente de su vinculación. El motivo es que aquella misma les otorgaba la posibilidad de persistir en el cargo hasta que los requisitos fueran cumplidos.

3.3. *El concepto de meras expectativas*

Como bien se ha reseñado anteriormente, los conceptos de derechos adquiridos y expectativas legítimas se basan en el grado de proximidad que tiene un sujeto respecto de la obtención de un derecho dentro de su patrimonio, frente a un cambio legislativo que pudiere modificar las condiciones de reconocimiento. El derecho que se puede considerar adquirido es aquel que se encuentra en un estado ideal, pues los tránsitos legislativos no lo afectarían, dado que constituye una situación jurídica concreta. Con la figura de expectativas legítimas se realiza una evaluación objetiva respecto de la proximidad a la obtención

11 4 RAFAEL RODRÍGUEZ, ESTUDIOS SOBRE SEGURIDAD SOCIAL, 111-112 (2015).

12 C.C., 24 de septiembre de 2002, Sentencia C-789/2002, M.P. Rodrigo Escobar.

del beneficio legal y, por ende, una protección especial de dicha situación.

Empero, existen situaciones en donde la adquisición de un derecho es aún lejana a la entrada en vigencia de una reforma legislativa que pueda afectarlo, limitarlo o eliminarlo. Frente a estos escenarios, la protección legislativa es cualitativamente menor y se considera que la modificación de aquellas no afecta situaciones establecidas o de confianza. La razón es que la adquisición del derecho constituía una mera hipótesis, considerándose meras expectativas; así entonces, la mera expectativa es el derecho que todavía no se ha incorporado a nuestro patrimonio.¹³

Por su parte, la Corte Constitucional concluyó que, frente al reconocimiento de la pensión gracia, constituían meras expectativas las de aquellos docentes vinculados con posterioridad al proceso de nacionalización culminado el 31 de diciembre de 1980. Todo ello a pesar de que la Ley 91 de 1989 crearía un nuevo requisito para acceder a dicha pensión, esto es, la verificación de la fecha de vinculación.¹⁴ Realmente, en nada se modificó su situación jurídica, como quiera que, una vez finalizado el proceso de nacionalización de la educación, el derecho a acceder a la pensión gracia pierde el sustento de su existencia, considerando la equivalencia en condiciones de igualdad salarial entre los docentes territoriales, nacionalizados y los del orden nacional.

Sin embargo, el concepto de meras expectativas también podría hacerse ser extensible a los docentes cuya única vinculación se realizó dentro del periodo de nacionalización de la educación, por interinidad, sin carácter de permanencia en el cargo y por un término precario. El motivo es que los mismos no se vieron afectados por la desigualdad salarial que pretendió revertir la

pensión gracia y no se encuentran catalogados como aquellos que a 31 de diciembre de 1980 tuviesen o llegaren a tener derecho a dicho reconocimiento pensional.

Así pues, sería el Consejo de Estado el encargado de realizar el estudio específico de la circunstancia anteriormente descrita. Sin embargo, del análisis realizado por el máximo Tribunal en materia Contencioso Administrativa, se pueden identificar una serie de dudas. Es necesario identificar los criterios argumentativos utilizados por dicho ente y realizar unas aproximaciones a la naturaleza del servicio docente del sector oficial, las características de las vinculaciones en propiedad e interinidad, específicamente analizando las garantías de estabilidad en el empleo y su relación directa con los requisitos específicos para la obtención de la pensión gracia.

IV. Pronunciamientos del Consejo de Estado sobre el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión gracia por parte de los docentes nombrados en interinidad o de manera transitoria sin carácter de permanencia

El Consejo de Estado en sus diferentes decisiones judiciales ha fijado criterios específicos para analizar el cumplimiento de los requisitos necesarios para acceder a la pensión gracia. Sin embargo, y como quiera que el presente análisis se enmarca en el asunto específico de aquellos docentes cuya única vinculación del orden territorial o nacionalizado fue bajo la modalidad de interinidad por espacios reducidos de tiempo, estudiaremos los argumentos jurídicos referentes a la materia abordados por el mentado Tribunal.

Al momento de estudiar el origen de la creación legislativa de la pensión gracia, el Consejo de Estado refirió: “[e]l propósito de esta pensión fue compensar los bajos niveles salariales que percibían los profesores de primaria de

13 Hernán Larraín Ríos, Lecciones de Derecho Civil 88 (1994).

14 Véanse principalmente las sentencias: C.C., 17 de febrero de 1999, Sentencia C-084/99, M.P. Alfredo Beltrán; C.C., 4 de mayo de 2000, Sentencia C-489/00, M.P. Carlos Gaviria; C.C., C.C., 26 de julio de 2000, Sentencia C- 954/00, M.P. Vladimiro Naranjo; C.C., 6 de julio de 2006, Sentencia C506/06, M.P. Clara Vargas; y C.C., 5 de diciembre de 2018, Sentencia C143/18, M.P. José Reyes.

las entidades territoriales respecto de las asignaciones que recibían los docentes vinculados directamente con la Nación; tal diferencia surgía porque, en virtud de la Ley 39 de 1903, la educación pública primaria estaba en cabeza de los municipios o departamentos, en tanto que la secundaria lo era a cargo de la Nación.”¹⁵

Ahora bien, sobre el proceso de nacionalización de la educación pública y específicamente tratando el tema sobre el no reconocimiento de la pensión gracia para docentes vinculados con el Magisterio a partir del 1º de enero de 1981, el Consejo refiere que se presenta dada la unificación de escalas de remuneración sin que sea un factor determinante el origen de la plaza, bien pueda ser nacional, territorial o nacionalizada. Al respecto menciona: “[e]l legislador acabó con el reconocimiento de la pensión gracia; seguramente por la razón que antes enunciamos, esto es, por quedar todos los docentes vinculados con la Nación. Por ello, seguimos el criterio expuesto por la Sala plena de esta Corporación en fallo del 26 de agosto de 1997, en el sentido de que el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 es de carácter transitorio, para no desconocer los derechos adquiridos en relación con la pensión gracia, en tratándose de los docentes nacionalizados.”¹⁶

Finalmente, frente al cumplimiento de los requisitos normativos para ser beneficiario de la misma, el Consejo expone: “Para el reconocimiento y pago pensión gracia es indispensable acreditar el cumplimiento de la totalidad de los requisitos establecidos en la normativa que la regula, entre los que se encuentran, haber prestado los servicios como docente en planteles departamentales, distritales o municipales por un término no menor de veinte (20) años y que estuviere vinculado antes del 31 de diciembre de 1980; haber cumplido cincuenta años de edad; y haberse desempeñado con

honradez, consagración y buena conducta.”¹⁷ Además, se menciona en la precitada providencia que “[l]a Sección Segunda del H. Consejo de Estado, en reciente pronunciamiento señaló que la línea jurisprudencial actual sobre el reconocimiento de la pensión gracia, es clara y pacífica alrededor de la importancia del tiempo de servicio como su referente, sin importar si es continuo o discontinuo, ni su modo de vinculación, como también en relación a que no es necesario que al 31 de diciembre de 1980, el docente debe encontrarse en servicio activo, como quiera que las norma que regula el tema, lo que dispone para esa fecha es el límite máximo para que el educador se vincule, siendo viable que haya sido con antelación a la mencionada calenda.”¹⁸ En otra providencia posterior, el Consejo de Estado resaltó que: “En tal sentido precisó conforme a lo expuesto que, el tiempo requerido y viable para el reconocimiento de la pensión gracia, no solo es aquel se deriva de las relaciones regulares y en titularidad, pues, modalidades de vinculación como la interinidad, los nombramientos en provisionalidad e inclusive el ejercicio de la docencia por horas cátedras o por contratos de prestación de servicio, resultan válidos en el entendido que se trata de una prestación cimentada en la prestación efectiva de labores de educador, sin aislar que en todo caso se requiere que el nexo sea territorial o nacionalizado.”¹⁹

Al resolver sobre la forma de vinculación del docente, vemos que, en dicho pronunciamiento, se arguye que, de forma clara, el legislador estableció un referente del tiempo de servicio, siendo indiferente la naturaleza de dicho vínculo o la prolongación de aquel. Así entonces, concluye que son criterios determinantes para el reconocimiento del derecho pensional referido (además del tiempo de servicios, certificación

15 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B, 16 de octubre de 2020, 13001-23-33-000-2014-00286-01(0752-19), M.P. Carmelo Perdomo.

16 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B, 16 de octubre de 2020, 13001-23-33-000-2014-00286-01(0752-19), M.P. Carmelo Perdomo.

17 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B, 16 de octubre de 2020, 13001-23-33-000-2014-00286-01(0752-19), M.P. Carmelo Perdomo.

18 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B, 16 de octubre de 2020, 13001-23-33-000-2014-00286-01(0752-19), M.P. Carmelo Perdomo.

19 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, 22 de enero de 2015, 25000-23-42-000-2012-02017-01(0775-14), M.P. Sandra Ibarra.

de buena conducta y el requisito de edad), que el docente haya tenido una vinculación con anterioridad a 1 de enero de 1981 y que su categorización sea del orden territorial o nacionalizado, independientemente de la calidad del nombramiento y prolongación de este.

Como se mencionó previamente, la metodología de análisis argumentativo realizado por el Consejo de Estado corresponde al uso del silogismo como método deductivo de aplicación normativa, por lo que es pertinente realizar aproximaciones doctrinales sobre su definición y uso. Eveline Feteris menciona que la importancia del uso del silogismo en el ámbito jurídico como forma de construcción y reconstrucción de argumentos jurídicos como base de decisiones judiciales. Explica que el silogismo consta de dos premisas (premisa mayor y la premisa menor) y una conclusión, donde la norma jurídica se expresa en la premisa mayor, mientras que la premisa menor demuestra que el caso específico cabe dentro de esta regla.²⁰ La conclusión consta de la aplicación de la norma en el caso en concreto.

La autora propone un ejemplo de silogismo jurídico el cual se considera pertinente citar:

“Norma legal (premisa mayor): Todo el que es convocado a un tribunal como testigo, está obligado a comparecer en el tribunal.

Caso específico (premisa menor): A es convocado a un tribunal como testigo.

Conclusión: A está obligado a comparecer en el tribunal.”²¹

En el caso puntual de análisis, el argumento jurídico utilizado por el Consejo de Estado se expresa de la siguiente forma:

Norma legal (premisa mayor): Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las

hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos.

Caso específico (premisa menor): A estuvo vinculado como docente del orden territorial o nacionalizado con anterioridad a 1 de enero de 1981.

Conclusión: A es beneficiario de la pensión gracia siempre que cumpla los demás requisitos normativos.

No obstante, dentro de la metodología anteriormente señalada, se excluyen del análisis las razones de orden histórico, político y social que dieron con la creación de la pensión gracia y sus normas modificatorias. Además, no debe perderse de vista que su creación legal se encuentra directamente relacionada con la afectación salarial de los docentes territoriales y nacionalizados y sobre todo la prolongación en el tiempo de dicha circunstancia inequitativa.

Estas circunstancias se encuentran expresadas en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. El legislador señaló como requisito fundante que, a fecha 31 de diciembre de 1980, el docente deberá acreditar que tiene o que llegaría a tener derecho a la pensión de gracia, considerándose aquello como una aplicación de los conceptos de derechos adquiridos y expectativas legítimas objetivamente verificables, pues el objetivo de la norma se enmarca en el amparo de la real afectación que el docente llegó a tener por causa de la diferencia salarial sufrida.

Resulta pertinente el análisis de la decisión judicial adoptada por el Consejo de Estado en Sentencia 00812 de 2018, decisión que ejemplifica de forma clara la postura tomada por el Consejo de Estado frente al problema jurídico planteado en el texto. Como antecedentes de la decisión judicial tenemos que, en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, se solicitó por parte de una Docente el reconocimiento de la pensión gracia.

La docente anteriormente referida laboró entre el 1 de marzo al 26 de abril de 1967 con ocasión

20 EVELINE FETERIS, FUNDAMENTOS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA 63 (2007).

21 *Id.*

de cubrir una licencia de maternidad, tomando posesión del cargo en fecha 10 de abril de 1967, sin tener una vinculación en propiedad hasta el 29 de julio de 1986. La decisión adoptada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Santander fue desfavorable respecto del derecho pretendido por la accionante, decisión resumida por el Consejo de Estado de la siguiente forma:

“El 7 de julio de 2015, el *a quo* profirió sentencia en audiencia inicial en la que negó las pretensiones de la demanda. Al respecto señaló que si bien se encontró acreditado que la demandante prestó sus servicios como docente nombrada para cubrir una licencia de maternidad concedida a una docente en propiedad desde el primero de marzo de 1967 por 56 días, la señora Rosa María Silva de Parada solo se posesionó hasta el 10 de abril y se desvinculó el 26 de abril siguiente, reincorporándose como docente nacionalizada al servicio del municipio de Piedecuesta únicamente el 29 de julio de 1986 hasta el 8 de julio de 2013. En ese orden de ideas, el Tribunal señaló que el tiempo que la demandante ejerció como docente desde el 10 de abril de 1967 en principio le daría el reconocimiento de la prestación económica pretendida; no obstante el mismo solo fue por 16 días, por lo que no puede constituir una expectativa legítima o un derecho adquirido sobre la pensión gracia, pues su nombramiento tuvo una fecha cierta de inicio y finalización, lo que significa que no tuvo vocación de permanencia en el tiempo.”²²

En el fallo adoptado por el Consejo de Estado, se realiza un análisis frente al tipo de vinculación que ostentan los docentes interinos, concluyendo que la exigencia normativa no exige una modalidad de vinculación específica, sino únicamente la acreditación de 20 años de servicios, independientemente de que la provisión del docente haya sido de carácter permanente o transitoria.

Al respecto, el Consejo de Estado señaló en la misma providencia que “[l]os documentos aportados dan cuenta de que la señora Rosa María Silva de Parada fue vinculada al servicio del departamento de Santander, pues fue nombrada como docente interina el 17 de marzo de 1967 y tomó posesión del cargo el 10 de abril siguiente; labor que resulta ser efectiva para acceder al beneficio de la pensión gracia, porque los servicios prestados en calidad de docente interino, tal como quedó visto, son aptos para ser computados a fin de acceder a dicha prestación, pues las leyes que regulan la materia la concibieron como una compensación o retribución a favor de los maestros que laboraran en el nivel territorial sin exigir una calidad de vinculación específica.”²³

Sin embargo, se considera que esta decisión adoptada por el Consejo de Estado no ahonda en el problema jurídico que fue planteado por el *a quo*. De hecho, este no se circunscribió únicamente a analizar el hecho de la verificación de la fecha en la cual se realiza el nombramiento docente de carácter territorial o nacionalizado y la modalidad de aquel, sino que efectúa una fuerte postura en el sentido de concluir que no toda vinculación con anterioridad a 31 de diciembre de 1980 es suficiente para acreditar el cumplimiento de los requisitos legales para hacerse acreedor a la pensión gracia, exigiendo que dicha vinculación deba tener una suficiencia temporal que permita constituir al menos una expectativa legítima. Por su parte, en el caso de los docentes interinos o provisionales cuyo único nombramiento se realizó dentro del periodo de nacionalización de la educación pública y en función de ocupar temporalmente una licencia de un docente nombrado en propiedad del orden territorial o nacionalizado, se considera que no existe al menos una mera expectativa de ser beneficiario de la pensión gracia.

En definitiva, dada la precariedad del término de vinculación, aunado a la inexistencia de un carácter de permanencia en el cargo, no permite

22 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A, 27 de junio de 2018, 68001-23-33-000-2014-00812-01 (3597-2015), M.P. Gabriel Valbuena.

23 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A, 27 de junio de 2018, 68001-23-33-000-2014-00812-01 (3597-2015), M.P. Gabriel Valbuena.

el nacimiento de una situación jurídica concreta que pueda ser reconocida. Aquello es así porque la intención histórica del legislador con la creación de dicha prestación pensional fue la de compensar el déficit salarial de los docentes vinculados con las entidades territoriales o enmarcados dentro del proceso de nacionalización educativa y dichos educadores efectivamente no pueden considerarse perjudicados por tal situación. No es menor que se haya adoptado como requisito *sine qua non* el transcurso de un término de 20 años al servicio del magisterio,²⁴ pues de aquel se vislumbra la intención de compensación de la inequidad salarial prolongada en el tiempo de aquellos docentes afectados.

Adoptada la Ley 43 de 1975, y entrado en rigor el proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria es claro que el hecho primigenio que impulsó la creación legislativa de la pensión de gracia desaparecería. Por eso, aquellos docentes cuya única vinculación del orden territorial o nacionalizado fue temporal durante dicho proceso, no tenían la posibilidad de ser acreedores de tal beneficio compensatorio, pues el fuero retributivo por sus labores no se vería afectado con el transcurrir del tiempo dada la carencia de permanencia en el cargo que otorga el nombramiento en temporalidad o en interinidad, circunstancia que se considera independientemente al cumplimiento requisitos posteriores a 31 de diciembre de 1980.

Por lo anterior, es pertinente evaluar el cumplimiento de los requisitos para acceder al beneficio de la pensión gracia desde una perspectiva histórica, donde se analice la relevancia social y la intención que tuvo el legislador con la creación de la Ley 114 de 1913 y sus demás normas complementarias. Lo anterior, más allá de la simple verificación de la fecha en la cual se realizó la primera vinculación docente del orden territorial o nacionalizado, seguido de definir de forma clara el alcance de los términos “tuvieren o llegaren a tener”, contemplados en el artículo 15 numeral 2 de la Ley 91 de 1989.

Se reitera que el derecho a la pensión gracia se causa exclusivamente para aquellos docentes territoriales y nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1980, en aras de suplir la diferencia salarial respecto a los docentes con vinculación del orden nacional. Además, a partir del 1º de enero de 1981, la Nación asumió los salarios de los docentes sin excepción y dicha brecha salarial finalizó. De hecho, esta brecha sirvió como causa para expedir la Ley 114 de 1913, por lo que, si bien un docente interino o vinculado temporalmente mantuvo una relación legal y reglamentaria con la Nación antes de del 31 de diciembre de 1980, la misma es insuficiente para decretar el reconocimiento del derecho pensional, dado que no tiene un carácter de permanencia y, por lo tanto, no sufre la afectación de la diferenciación salarial que la pensión gracia pretende proteger.

V. Conclusiones

Como bien se pudo verificar, el modelo educativo del sector oficial históricamente ha tenido una serie de deficiencias, las cuales, sumadas a factores externos y las dinámicas propias de la sociedad, conllevaron a que los recursos destinados por las entidades territoriales para el cumplimiento de todas las obligaciones que dicho sector demandaba fueran insuficientes. Por lo tanto, a través de la adopción de mecanismos legales, se trazó el propósito de replantear de manera integral el servicio educativo, enfatizando el desarrollo institucional, de infraestructura, la tecnificación del personal docente vinculado con la Nación y la mitigación de las desigualdades salariales de los docentes oficiales vinculados por las entidades territoriales, como quiera que dichos entes no contaban con el presupuesto necesario para equiparar salarialmente a sus funcionarios, esto en comparación con las asignaciones que percibían los maestros vinculados directamente por la Nación. Es así como la pensión gracia se constituyó como una forma de compensar salarialmente a aquellos docentes de instrucción primaria que ostensiblemente percibían menos ingresos respecto de sus homólogos del orden nacional, pensión que fue posteriormente

24 Ley 114 de 1913, art. 1.

ampliada a los docentes de instrucción secundaria, normalistas e inspectores.

Se observó que la adopción del proceso de nacionalización del servicio educativo se realizó a través de inyección de capital de la Nación a las entidades territoriales a través de Fondos Educativos Regionales, procurando entre otras cosas, que las inequidades prestacionales de las diversas categorías docentes culminaran. Puesto que el proceso de nacionalización significaba un equilibrio salarial, la Ley 91 de 1989 dispuso la culminación de la pensión gracia como régimen pensional de carácter especial. Sin embargo, en su artículo 15, se dispuso que la misma seguiría vigente para aquellos docentes que tuvieran o llegaren a tener derecho a su reconocimiento con anterioridad a 31 de diciembre de 1980, fecha en la que culminó la etapa de nacionalización educativa.

Se verificó la importancia de brindar el alcance adecuado a los términos *"tuvieren"* y *"llegaren a tener"*. Así, los conceptos de derechos adquiridos, expectativas legítimas y meras expectativas ofrecen una serie de aproximaciones legales que sirven para identificar la posición de un docente frente a la proximidad de adquisición del derecho a ser beneficiario de la pensión gracia, al igual que se configuran como un criterio proteccionista frente a cambios legislativos. De hecho, se expuso el caso de los docentes interinos cuyo único nombramiento se realizó dentro del periodo de nacionalización de la educación pública y en función de ocupar temporalmente una licencia de docente nombrado en propiedad del orden territorial o nacionalizado. En estos casos, la excesiva importancia del factor temporal, entendido como fecha de vinculación, resulta insuficiente, siendo necesario amplio de los términos *"tuviese"* y *"llegaren a tener"* contenidos en el artículo 15 numeral 2 de la Ley 91 de 1989, más allá de la verificación simple de una fecha de nombramiento.

Por otra parte, se analizó la postura que el Consejo de Estado ha adoptado a través de diversos métodos de argumentación jurídica, entre los cuales se destaca el uso del silogismo como forma de verificación de requisitos tendientes al reconocimiento de la pensión gracia. Sin embargo, la reconstrucción de

premisas y los efectos de aquellas respecto a una norma pueden resultar insuficientes, pues existen casos que, por su complejidad, exigen un estudio más amplio, considerándose evaluar el papel interpretativo que se le puede asignar a la intención del legislador y al proceso histórico legislativo de la pensión gracia.

Adicional a ello se destacó la importancia de entender desde un punto de vista histórico y social las razones que llevaron a la creación de la pensión gracia, pues la misma pretendió subsanar la disparidad salarial entre docentes del orden territorial y nacionalizado. Esta circunstancia, en principio, culminó con el proceso de nacionalización de la educación efectuado hasta el 31 de diciembre de 1980. Por ello, no podrían acceder al beneficio pensional aquellos docentes que no hayan sido realmente afectados por dicha condición de inequidad, encontrándose dentro de dicho grupo los docentes nombrados en interinidad durante el proceso de nacionalización de la educación, cuya vinculación además de ser única a 31 de diciembre de 1980, fue temporalmente precaria.

Finalmente, se puede considerar que la ampliación de los márgenes de evaluación e interpretación normativa hacia una forma más restrictiva permite garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, punto que no se debe descartar dado el contexto de inestabilidad en el cual se encuentra el régimen de prima media con prestación definida.

Justicia y Derecho

Revista de la Facultad de Derecho,
Ciencias Políticas y Sociales

ISSN 2323-0533
Versión impresa



Universidad
del Cauca®
Vigilada Mineducación

E-ISSN 27112470
Versión digital

Volumen 9 | Enero – Diciembre de 2021

Agradecimientos a revisores

El Comité Editorial agradece a los siguientes profesionales que evaluaron anónima y voluntariamente los artículos presentados en este volumen:

Carlos Jesús Molina Ricaurte
Carlos Ricardo Mendieta Pineda
Guillermina Fragueiro
Jacobo Andrade Enríquez
Juan Manuel García
María Pamela Escobar
Ricardo Ariza López
Ricardo Tapia Vega
Sergio Eduardo Sandoval Ávila
Yamid Enrique Cotrina Gulfo
Yessica Tatiana Díaz Botía

Agradecimientos a colaboradores

El Comité Editorial agradece a los siguientes estudiantes que colaboraron en algunas etapas de la convocatoria del presente volumen:

Karen Gisella Pabón Uribe
Mónica Fernanda Revelo Idrobo

