# DISSÊRTUM

*La expresión de lo justo*

EDICIÓN VIRTUAL Nº 12 · JULIO - DICIEMBRE 2016

Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Unviersidad de La Sabana

Universidad de La Sabana

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
UNIVERSIDAD DE LA SABANA

# DISSÊRTUM

**Dirección:**
Paula Andrea Roa Sánchez *(estudiante de Derecho)*

**Subdirección:**
Geraldine Bustos Zamora *(estudiante de Ciencias Políticas)*

**Coordinación profesoral:**
Diana María Gómez Hoyos con el apoyo de Stephanía Romero Vecino *(profesoras de planta)*

**Consejo editorial:**
Doralba Muñoz Muñoz *(estudiante de Derecho)*
Johan Mauricio Caldas García *(estudiante de Derecho y de Economía y Finanzas Internacionales)*
Julián David Rojas Triana *(estudiante de Derecho)*
Natalia Jiménez Tique *(estudiante de Derecho y de Economía y Finanzas Internacionales)*

**Edición virtual doce: julio-diciembre 2016**

**ISSN:** *2344-8180*

**Edición, diseño, diagramación y publicación electrónica:**
Ludo Comunicaciones

# CONTENIDO

EDITORIAL

# Debates jurídicos y políticos perennes

Colombia está atravesando por un momento de transición al cual se llegó luego de 4 años de negociación con la guerrilla de las FARC. Las posturas aprobatorias o reprobatorias de las negociaciones de La Habana quedaron en el pasado, porque se abre una nueva fase. Más allá de las posiciones políticas, Colombia debe afrontar que los miembros de las FARC serán civiles, estarán en las calles, conformarán un partido político y con esperanza, repararán a las víctimas. El arduo trabajo de algunos no se puede ver derrotado por instancias de la nueva gobernanza global; por eso se busca blindar el acuerdo frente al derecho internacional. Este reto se planteó desde la academia, en el foro "Derecho Internacional y Acuerdos de Paz", con la expectativa que las instituciones del Estado los escuchen y los tengan en cuenta. Este nuevo periodo de implementación depende, en gran parte, de la solidez institucional y la transparencia del Estado y de las FARC.

Este número presenta artículos de distintas temáticas, todas ellas relevantes para el debate jurídico y político en el contexto actual. El artículo "La regresividad de los derechos pensionales, Colombia a partir de la sostenibilidad fiscal: Análisis de las sentencias SU 1073 de 2012 y SU 230 de 2015", introduce la tensión que existe entre la sostenibilidad fiscal y los derechos pensionales, planteando el interrogante ¿el principio jurídico de la sostenibilidad fiscal puede ponderarse con los derechos fundamentales?

Por otro lado, los avances o retrocesos sociales son materia del análisis y regulación del derecho; de allí que el texto titulado "La responsabilidad civil contractual de las instituciones educativas por los casos de

acoso escolar o bullying" hace un llamado al deber de prevención del acoso escolar y evidencia un mandato de responsabilidad civil de los educadores que presencian, permiten o descubren estos actos repudiables con el fin de reconocer un derecho de compensación a las víctimas.

Ahora bien, en el terreno del derecho penal hay múltiples controversias. El artículo "El ejercicio de una actividad lícita como causal de ausencia de responsabilidad penal ¿entre la atipicidad o la ausencia de antijuridicidad?" devela el álgido debate en la materia.
Ninguna temática de las ciencias jurídicas escapa de los análisis de la H. Corte Constitucional, la cual busca realizar la tarea encomendada por la Carta Magna de una forma prolija y exigente, así algunas veces sus argumentos parezcan un comodín para la inclinación política del momento. El derecho de asociación sindical no es prófugo del tema; el texto "Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la evolución del pacto colectivo en desarrollo con el derecho de asociación sindical: entre el rechazo y la reinvención de la Corte (1991-2015)", describe y analiza el recorrido del mencionado derecho por los estrados de los magistrados.

Las ciencias políticas tienen un enfoque teórico-filosófico que aporta a la cosmovisión jurídica, por lo que es importante publicar la reseña sobre el libro "La religión en la Razón Pública", que otorga una explicación al debate en torno a la Razón Pública y a los conceptos del secularismo, el liberalismo, la democracia, la laicidad, la tolerancia, a partir de la, a veces ignorada, relación entre religión y política.

En conclusión, todos los interrogantes y problemáticas darán un punto de vista a una globalidad de conceptos que están en continuo devenir. El fin último de la investigación es aportar al mejoramiento de la sociedad, del país, de la convivencia en un Estado Social de Derecho; realmente aportar a la teoría y a la práctica.

**Paula Andrea Roa Sánchez**
*Estudiante directora*

RELATORÍA

# Foro "Derecho Internacional y Acuerdos de Paz"

Geraldine Bustos

El día 8 de marzo de 2017 en el marco de la celebración de los 35 años del Programa de Derecho de la Universidad de La Sabana, se realizó el foro "Derecho Internacional y Acuerdos de Paz", con el objetivo de analizar las soluciones a los conflictos internos en el marco del sistema internacional. En el foro participaron invitados nacionales e internacionales que compartieron sus opiniones.

A este foro asistieron ponentes nacionales e internacionales, entre estos están Jean D´Aspremont quien es Ph.D por la Universidad de Lovaina (Bélgica), es profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad de Manchester donde fundó el Centro de Derecho Internacional de Manchester (MILC), también es profesor de Teoría Jurídica Internacional en la Universidad de Amsterdam y tiene numerosas publicaciones en su área. Makane Moïse Mbengue es Doctor en Derecho Internacional Público, summa cum laude, de la Universidad de Ginebra, es profesor asociado de la Universidad de Ginebra (Suiza) y litigante en recientes casos ante la Corte Internacional de Justicia.

Juana Inés Acosta López es abogada de la Universidad Javeriana, LLM de New York University, Directora de Profesores e Investigación en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, es agente del Estado colombiano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y participó en el equipo del Gobierno colombiano en las negociaciones de paz.

María Carmelina Londoño es Doctora en Derecho summa cum laude por la Universidad Austral (Argentina), es profesora de planta e investigadora y consultora en las áreas de Derecho Internacional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, actualmente es la Directora de la Maestría en Derecho Internacional de la Universidad de La Sabana.

Vanessa Suelt Cock es Doctora en Derecho Público de la Universidad de Salamanca (España) y Posdoctorado de la Universidad de Freiburg (Alemania), es profesora de la Universidad Javeriana, tiene numerosas publicaciones en su área.

Carolina Olarte Bácares es Doctora en Derecho de la Universidad París I (Panthéon-Sorbonne), co-Fundadora del Centro de estudios en Derecho Internacional "Francisco Suárez" de la Universidad Javeriana y la revista colombiana de Derecho Internacional, International Law, es docente universitaria y consultora en materia de Derecho de las Inversiones, Desarrollo y Derechos Humanos. Marco Alberto Velásquez Ruiz es Doctor en Derecho por Osgoode Hall Law School - York University (Canadá), es miembro del Instituto Pensar de la Universidad Javeriana, es profesor universitario e investigador en Empresas y Derechos Humanos, atención a víctimas del conflicto armado y justicia transicional y construcción de paz.

Carlos Arévalo Narváez es Magister en Derecho Internacional (LL.M in International Legal Studies) de la Universidad de Nueva York (Estados Unidos), es profesor de planta de Derecho Internacional de la Universidad de La Sabana y ex Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional colombiana.

Carlos Andrés Uribe Piedrahita es Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España), es profesor investigador en los campos de Derecho Económico y Derecho de la Competencia, es director de la Maestría en Derecho Económico de la Universidad Javeriana.

Ildiko Szegedy Maszak es Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas

de la Universidad Externado de Colombia, es profesora investigadora del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Javeriana.

Yadira Alarcón Palacio es Doctora en Derecho Privado, Social y Económico de a Universidad Autónoma de Madrid, es profesora de la Universidad Javeriana en la Facultad de Ciencias Jurídicas.

Mónica Hurtado Lozano es Magíster en Estudios de América Latina de la Universidad de Stanford (Estados Unidos), Magíster en Estudios Internacionales de Paz de la Universidad de Notre Dame (Estados Unidos), es profesora del Programa de Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

Álvaro Amaya Villarreal es LLM en Derecho internacional de los Derechos Humanos en las relaciones económicas por la Universidad de Essex (Inglaterra), es profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana.

Fabio Pulido Ortiz es Doctor en Filosofía del Derecho por la Universidad de Buenos Aires (Argentina), es Director de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de La Sabana y profesor de planta en la misma Universidad.

Andrés Agudelo González es Magíster en Ciencia Política de la Universidad de los Andes, profesor de planta del programa de Ciencias Políticas en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

Iván Garzón Vallejo es Doctor en Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina, es profesor de planta de la Universidad de La Sabana y Director del Programa de Ciencias Políticas en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la misma Universidad.

Roberto Vidal López es Doctor en Derecho por la Universidad Javeriana, profesor e investigador de la misma Universidad, ha trabajado temas sobre los problemas del Derecho y el desplazamiento forzado.

Lorena Vega Dueñas es Doctora por la Universidad de Salamanca (España), es profesora investigadora del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Javeriana, experta en el sistema penal y victimología.

Nicolás Carrillo-Santarelli es Doctor en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Madrid (España), es profesor de planta e investigador del Programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

A continuación, se presentan las opiniones jurídicas de los expertos ponentes al foro que aportan al estudio de la situación por la que Colombia atraviesa.

El investigador Jean D´Aspremont realizó una distinción entre la dimensión internacional de los Acuerdos de paz y la vinculación de los mismos, a la luz del artículo común 3° de la Convención de Ginebra, que los cataloga como un acuerdo especial. El ponente planteó el debate sobre la importancia de la internacionalización de los Acuerdos que se realizan al interior de un país, e hizo énfasis en la obligatoriedad y el cumplimiento, concluyendo que, si bien los acuerdos especiales se rigen por aspectos de la Convención de Viena, no existe un consenso sobre el estatus legal de tratado por lo que no se puede concluir que sea obligatorio

para las partes el total cumplimiento de las obligaciones adquiridas.

Makane Moïse Mbengue, expuso sus posturas acerca de la relevancia de los Acuerdos de paz en torno a la solución de controversias internacionales, con énfasis en las lecciones del proceso de paz en Colombia, que se pueden resumir en: primero, no existe una definición en el derecho internacional de Acuerdos de paz, que aborde problemas como la amnistía a los excombatientes, segundo, los Acuerdos de paz no se pueden considerar como tratados internacionales debido a que la Convención de Viena para el derecho de los tratados contiene requisitos de corte minimalista, tercero, el derecho internacional es aplicable bajo el principio de subsidiariedad cuando se requiere el cumplimiento de una obligación internacional por parte del derecho doméstico y cuarto, es necesario pensar mecanismos en el proceso de implementación que logren integrar las realidades domesticas e internacionales del acuerdo de paz.

Después de las conferencias magistrales, las investigadoras Juana Acosta López, María Carmelina Londoño Lázaro, Carolina Olarte Bácares, Vanessa Suelt Cock, Yadira Alarcón y Mónica Hurtado, junto con los investigadores Carlos Arévalo Narváez, Marco Alberto Velázquez Ruiz, Carlos Andrés Uribe Piedrahita y Ildiko Szegedy Maszak, participaron en la primera mesa de conversaciones.

La profesora Juana Acosta López, inició la discusión acerca del pasado, presente y futuro de la justicia transicional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como marco que permite la internacionalización del Acuerdo de paz. La profesora Acosta sostuvo que la verdad y la reparación contempladas en el Acuerdo, permiten hacer un tránsito del conflicto a la paz, a la luz de los postulados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha conocido casos de justicia en regímenes de transición, cambiando su paradigma con relación a las amnistías concluyendo que se debe otorgar la más amplia posible, siempre que se garantice la verdad y la reparación integrar a las víctimas.

El enfoque de la ponencia de Vanessa Suelt Cock fue el territorio como marco interpretativo de la paz, evidenciando la tensión que existe entre lo urbano y lo rural, producto de la inexistencia de una construcción estatal homogénea. Concluye que se debe reparar el territorio desde los territorios, es decir teniendo en cuenta las necesidades de cada comunidad, los actores que tuvieron presencia allí, la concentración de tierra y la inclusión de las víctimas en los procesos de construcción de proyecto regionales y nacionales.

Carolina Olarte Bácares, mostró las interacciones que pueden surgir entre el derecho internacional de las inversiones derivado de los tratados de inversión extranjera y los acuerdos firmados por Estados que se enfrentan a procesos de transición hacia la paz. Tuvo como objetivo identificar las posibles contenciones que presenta la concurrencia de las disposiciones sustanciales y procesales de protección de la inversión extranjera y las normas y mecanismos de implementación de la paz, así como las pasarelas de diálogo armónico, para presentar los posibles escenarios que favorecen u obstaculizan la protección de la inversión y la implementación de los Acuerdos de paz en Colombia.

El profesor Marco Alberto Velásquez Ruiz presentó la tensión entre la paz y la seguridad jurídica en el marco de la implementación de la justicia transicional y la protección a la inversión extranjera a partir de la pregunta

¿cómo se endosan dos procesos en Colombia que hacen parte de un mismo programa de desarrollo: la justicia transicional y la atracción de capital extranjero? Los tratados de inversión no solo llevan a controversias como la paz, también limitan al Estado que por las posibles controversias en materia de comercio que pueden generarse a nivel internacional.

Con respecto a los derechos de las víctimas como límites a la participación política de los excombatientes, el profesor Carlos Arévalo señaló que el derecho internacional no prohíbe que quienes en el marco de un conflicto armado hayan cometido violaciones a derechos humanos o al Derecho Internacional Humanitario, una vez dejen las armas, se desmovilicen y reincorporen a la sociedad civil, puedan participar en política. Los Estados, tienen un amplio margen de apreciación para establecer reglas en contextos de justicia transicional que permitan a quienes ya no hacen parte del conflicto ejercer plenamente sus derechos políticos. En ese escenario el profesor Arévalo sugiere que el Estado colombiano debe respetar los límites que surgen en los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación antes de contemplar una participación plena de los excombatientes en política.

El profesor Carlos Andrés Uribe Piedrahita estableció la responsabilidad de las empresas, más allá de la aceptación del acuerdo, a partir de la consideración de la larga duración del conflicto y su impacto en la percepción de las víctimas y los victimarios. El profesor Piedrahita afirmó que las empresas deben respetar los derechos humanos independientemente de la responsabilidad directa de los Estados, a partir de medidas como la consulta previa. Para el autor, los conflictos son costosos y la paz genera un escenario en el que se pueden reducir los costos y promover la responsabilidad social empresarial tendiente a un acercamiento con las comunidades.

Ildiko Szegedy Maszak realizó una exposición sobre la agroindustria y los Acuerdos de paz, en la que resaltó la crítica de la necesidad que tiene Colombia de crear políticas públicas agrícolas que tiendan a resolver los problemas del país y no que sean políticas que tienden a favorecer los intereses particulares, como se ha venido haciendo. Para Szgedy es necesario reestructurar la economía en torno a la producción y explotación agrícola, para que sea sostenible y viable la auto sostenibilidad alimentaria del país. A través de los denominados fast track se requiere tramitar la reforma rural integral que incluya aspectos de asistencia técnica, cultivos, riego y financiación del campo en Colombia.

Frente al problema de los niños y las niñas en el conflicto armado: el derecho a su condición de víctima y al restablecimiento de todos sus derechos, la profesora Yadira Alarcón Palacio expuso que para el año 2013 300.000 niños participaban en el conflicto armado desempeñando oficios como el cultivo de ilícitos, cuidando prisioneros, y labores militares. El reclutamiento da a partir de propaganda en la que se promete una condición de vida mejor y se da a partir de los 13.5 años en promedio y la desvinculación se da en promedio a la edad de 17 años. Para la profesora Alarcón preocupa que, en febrero de 2017, no se tenía una cifra por parte de la UNICEF y el programa "Camino diferencia de vida" sobre cuántos niños habían salido de las filas de las FARC.

La profesora Mónica Hurtado Lozano, realizó una invitación a repensar la relación de trata de personas y reclutamiento de menores para la guerra, en la que coexisten el crimen organizado (trata) y los crímenes

de guerra (reclutamiento de menores para el conflicto). Tras analizar los 132 expedientes de reclutamiento infantil y adolescente que llegaron a la justicia ordinaria colombiana entre 2008 y 2016, se constató que los menores realizaron actividades relacionadas, directa e indirectamente con el conflicto, el trato fue inhumano y perdieron su agencia. Replantear la relación entre trata y reclutamiento en Colombia podría representar más justicia para esta población porque no sería un delito excarcelable y podría dar luces en la construcción de alternativas de reparación y reintegración.
En la segunda mesa de conversaciones Desafíos a la implementación del modelo de justicia transicional en Colombia, los investigadores Álvaro Amaya, Fabio Pulido, Andrés Agudelo, Iván Garzón, Roberto Vidal, Lorena Vega y Nicolás Carrillo, debatieron desde diferentes perspectivas los retos que debe asumir el país en el marco del Acuerdo de paz.

El profesor Álvaro Amaya, presentó su ponencia sobre la naturaleza jurídica internacional del Acuerdo y sus consecuencias en la implementación. Planteó el debate con relación al artículo 3 común de los Acuerdos de Ginebra que rigen los acuerdos humanitarios y que podrían otorgarle la calidad de tratado internacional al Acuerdo de paz por lo que para la implementación se requeriría un trámite de ratificación de tratados internacionales en el Congreso para que pueda ser implementado. El profesor Amaya sugiere que una lectura amplia en derecho internacional ofrecería una solución: generar acuerdos simplificados en materia de comercio internacional y otros temas, como la paz, en los que se puede tener como marco general los Acuerdos de Ginebra por lo que no requeriría un nuevo trámite de ratificación.

La ponencia Validez y legitimidad de los procedimientos de implementación presentada por el profesor Fabio Pulido, partió con la pregunta sobre si es válida la creación de un mecanismo de reforma abreviado (los fast track) a pesar de la exigencia de rigidez constitucional contemplada en la Constitución colombiana, la respuesta a ese cuestionamiento se dio a través del análisis de las tesis de validez en las que se establece que los en las constituciones son rígidas si los procedimientos de reforma constitucional son más exigentes que otros procedimientos constitucionales, los mecanismos abreviados de reforma constitucional simplifican el proceso, por lo cual se puede asumir que existe una presunción de inconstitucionalidad en el desarrollo del Fast Track.

El profesor Roberto Carlos Vidal habló sobre la jurisdicción especial para la paz y los tribunales mixtos, como un modelo de justicia transicional contemporánea, a partir del contexto de transición en el que se pretende cambiar una situación de guerra a una de paz, a partir de la pregunta sobre ¿cuál es la contribución que puede hacer el derecho a la transición del país discutida desde lo político?, el profesor Vidal sostiene que los tribunales son el lugar en el que se van a expresar tensiones y por eso deben componerse a partir de una mirada territorial, y con una integración entre la política y el derecho que les permita ser unos tribunales bisagra entre lo que requiere la jurisdicción especial para la paz en el ordenamiento interno y las disposiciones del derecho internacional.

En la ponencia de la profesora Lorena Cecilia Vega Dueñas sobre la jurisdicción especial para la paz: procedimientos y reconocimiento de verdad y responsabilidad establece que en esta Jurisdicción Especial para la Paz surtirán efectos dos tipos de procedimientos: el procedimiento en caso de

reconocimiento de verdad y responsabilidad y el procedimiento en caso de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad. El primer procedimiento tiene como objetivo restablecer y mantener la paz y facilitar los procesos de reconciliación mediante la contribución a erradicar la impunidad, reconstruir la identidad nacional y dejar constancia de hechos históricos como parte de la memoria colectiva. En el marco del Sistema Integral de Reparación, Verdad y no repetición, la profesora Vega sostiene que la verdad debe ser el eje que conduzca a una verdadera identificación

Los profesores Iván Garzón Vallejo y Andrés Agudelo González, presentaron su ponencia verdad y memoria: rudimentos e insumos para la comisión de la verdad, a partir de la consideración sobre la existencia de una cultura que ha justificado tácita o abiertamente el recurso a la violencia como un mecanismo político. En Colombia se ha dado un proceso de lugares comunes en torno a la violencia que ha permitido su justificación, entre esos lugares se destacan 1) el Frente Nacional, al señalarlo como un cierre sistémico de carácter autoritario, lo cual no es cierto pues correspondió a un pacto cívico que arrancó con un plebiscito, 2) las causas objetivas de la violencia, que pretende quitarle responsabilidad política a los actores del conflicto y 3) el sacrificio y la heroicidad que buscaron mitificar personajes que optaron por la lucha armada a partir de consideraciones románticas y altruistas sobre la violencia. Los profesores Garzón y Agudelo señala que es necesario contribuir a la construir de narrativas que contribuyan a deslegitimar la violencia como un paso fundamental en la construcción de la paz.

Para cerrar el Foro, el profesor Nicolás Carrillo realizó una exposición sobre la transición a la colombiana entre la transgresión y la expansión de los límites de la justicia transicional con un activismo de actores académicos y estatales realista desde la periferia. El profesor Carrillo sostuvo que, en el caso colombiano, se ha presentado un intento de captura de la estructura lingüística del derecho internacional desde una semi-periferia que puede terminar expandiendo o modificando los límites sobre lo permisible en escenarios de justicia transicional, tal como ha acontecido en el pasado de forma análoga con aspectos como la zona económica exclusiva. Concluyó anotando que los actores políticos utilizan el lenguaje para legitimar su posición, pero que el límite de lo permitido debe ser el derecho imperativo.

# La responsabilidad civil contractual

## de las instituciones educativas por los casos de acoso escolar o bullying

**José Guillermo Martínez Rojas***

Recibido: 13 de febrero de 2017
Aprobado: 28 de junio de 2017

* Ganador del *SEGUNDO PUESTO* en la decimocuarta versión del concurso nacional de ensayo Octavio Arizmendi Posada (2016) organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. Estudiante de séptimo semestre de Derecho en la Facultad de Ciencias Sociales del Politécnico Grancolombiano. Correo electrónico: *josememo22@hotmail.com*

## Sumario

Resumen. Palabras clave. Abstract. Key words. 1. El fenómeno del acoso escolar o *bullying*. 2. El deber de cuidado de las instituciones educativas. 3. Las responsabilidades de las instituciones educativas en relación con el fenómeno del acoso escolar o *bullying* 3.1 Transformaciones estructurales. 3.2 Acciones curriculares. 3.3. Transformación de la cultura escolar. 3.4 Acciones preventivas y de intervención. 4. La responsabilidad civil. 4.1. El hecho. 4.2 El daño. 4.3 El nexo de causalidad. 4.4 El factor de imputación del daño. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

## Resumen

Este texto presenta las condiciones y características en las cuales las instituciones educativas y sus rectores o directores, así como los demás educadores, tienen responsabilidad civil en los casos de acoso escolar o *bullying*, fenómeno que se ha generalizado en el contexto educativo, causa daños importantes a sus víctimas y, por ende, debería ser prevenido en las instituciones educativas, a partir de la promulgación de la normatividad legal que se ha generado con tal propósito. En el contexto colombiano, a las instituciones educativas les compete hacer efectivo el deber de cuidado, que implica garantizar la integridad física, emocional y moral de todos sus estudiantes, evitando que se dañen a sí mismos o a otros estudiantes, como una de sus obligaciones fundamentales. Cuando se presentan casos de acoso escolar o *bullying* y se puede demostrar que han producido un daño, no se generaron las estrategias de prevención del mismo y se falló al deber de cuidado, se configuran las condiciones para que se pueda pedir a las instituciones educativas una compensación por responsabilidad civil contractual que permita resarcir el daño causado.

**Palabras clave:** Acoso escolar, responsabilidad civil contractual, reparación directa, deber de cuidado, daño por acoso escolar.

## Abstract

The following text presents the conditions and characteristics by which any education institution, its head(s) or director(s) and any other member of staff are liable in cases of bullying against a student. Bullying is now a widespread phenomenon in educational scenarios, that causes irreparable damage to victims and is therefore to be prevented in educational settings given the regulations that have stemmed for such purpose. In the Colombian context, all educational institutions are bound to exercise a duty of care towards all students, which entails ensuring their physical, emotional and moral well being, preventing them from harming themselves, or others.

When a case of bullying is configured and there is proof that harm was caused, and prevention strategies were not put in place, failing to commit to the duty of care, conditions are set for an educational institution to be liable to compensate for contractual liability.

**Key words:** Bullying, contractual liability, direct repair, duty of care, damage bullying.

## 1. EL FENÓMENO DEL ACOSO ESCOLAR O BULLYING

El fenómeno del acoso escolar o *bullying* (nombres con los que se conoce) ha cobrado relevancia para los investigadores educativos y del comportamiento humano, a partir de los trabajos de Dan Olweus, quien acuñó el concepto y lo definió como:

> *Una conducta de persecución física y/o psicológica que realiza el estudiante contra otro, a quien elige como víctima de repetidos ataques. Esta acción, negativa e intencionada, sitúa a las víctimas en posiciones de las que difícilmente pueden salir por sus propios medios. La continuidad de estas reacciones provoca en las víctimas efectos claramente negativos: descenso en su autoestima, estados de ansiedad e incluso cuadros depresivos, lo que dificulta su integración en el medio escolar y el desarrollo normal de los aprendizajes. (Olweus, 1993)*

También, en términos de Avilés M., J. M. (2003) como:

> *La intimidación y el maltrato entre escolares de forma repetida y mantenida en el tiempo, siempre lejos de la mirada de los adultos, con la intención de humillar y someter abusivamente a una víctima indefensa por parte de un abusón o grupo de matones a través de agresiones físicas, verbales y/o sociales con resultados de victimización psicológica y rechazo grupal.*

Estas definiciones muestran que al hablar de acoso escolar o *bullying* se hace referencia a aquellas conductas que tienen que ver con la intimidación, tiranización, amenazas e insultos; se habla de alguien o de un grupo de personas que hostigan a otro que no tiene la posibilidad de defenderse. También, de una intención de alguien o de un grupo de personas, de someter a otro, de un abuso intencionado del poder, un desequilibrio en la relación y de consecuencias negativas para el individuo agredido.

En los últimos años, el fenómeno ha adquirido nuevas formas por la masificación de los dispositivos electrónicos con acceso a internet, convirtiendo a estas herramientas en aliadas de muchas formas de agresión y acoso escolar (no físicas) que rápidamente se pueden implementar. Pero, además, en muchos sentidos logran más rápido su cometido: detentar poder y someter a las víctimas de una manera efectiva y anónima. Estas nuevas configuraciones del acoso escolar o *bullying,* apenas empiezan a ser estudiadas con detenimiento por los investigadores, pero todavía no se cuenta con información suficiente y confiable sobre el particular. (Ortega Ruiz, R., 2010)

Este tipo de comportamiento tiene unas consecuencias complejas, graves y definitivas para los estudiantes que son objeto del mismo, tal como lo han demostrado los estudios adelantados por los expertos en el tema de la intimidación escolar. Han comprobado la existencia de una relación entre la intimidación escolar o *bullying* con problemas de salud, bienestar emocional, perturbaciones psicológicas, depresión e ideas suicidas, entre otros, a los que se pueden ver expuestos los estudiantes, como consecuencias de dicho fenómeno. Adicional a ello, el problema no se limita a

quienes son víctimas y sufren las agresiones, sino también a los agresores, causantes de dicha conducta, puesto que quienes asumen este rol en el fenómeno del *bullying* aumentan la probabilidad, en un futuro inmediato, de presentar conductas delictivas e incluso llegar a la criminalidad. (Harris, S., & Petrie, G., 2006)

De acuerdo con las investigaciones de Oñate y Piñuel (2005), los estudiantes que son víctimas de acoso escolar o *bullying,* terminan padeciendo un daño clínico que se realimenta de sí mismo y que hace que los educadores o los padres de la víctima, incurran en errores a la hora de intervenir. Poco a poco, los niños acosados entran en una dinámica de daño y de reacciones secundarias al *bullying* que reciben, que hace que sean percibidos por el entorno como verdaderos causantes de lo que se les hace.

Una de las características más comunes del *bullying* es justamente la aparición de la indefensión, que es la causa última de todos los cuadros clínicos de las víctimas, lo que se traduce en problemas de rendimiento académico, inestabilidad emocional y recurrentes problemas de salud del niño, deteriorando de manera significativa, su vida familiar y su logro de metas en la institución educativa. Con el tiempo, el niño víctima, termina por creerse que es vago, tonto, débil, frágil, raro, agresivo, antisocial, entre otros. De ello se concluye que efectivamente lo que más sale lastimado en este proceso de agresión es el auto-concepto y la autoestima, lo que es sumamente grave en un período crucial para la maduración del futuro adulto, como lo es la niñez y la adolescencia, lo que puede conducir a la víctima a una espiral de autodestrucción que puede desembocar en el suicidio. (Piñuel, I., y Oñate, A., 2006)

Otras consecuencias del *bullying* para las víctimas según los estudios de Piñuel, I., y Oñate, A., (2006) se pueden concretar en los siguientes tres escenarios: primero, el concepto negativo de sí mismo y la baja autoestima que el sujeto víctima de *bullying* construye de sí mismo, le acompañará en la vida adulta, lo que conducirá irremediablemente a que sean presas fáciles de posteriores acosos en el ámbito laboral, familiar, social, etc. En tanto que no han superado la espiral de indefensión y el daño clínico generado, se quedarán paralizados frente a otras formas de acoso, abuso y maltrato, agravando el daño psicológico a largo plazo. Segundo, se trata de niños que salen adelante mediante la formación reactiva, lo cual supone desarrollar patrones de comportamiento agresivos y violentos para sobreponerse al maltrato del cual son objeto, llegando a la idea de superar la agresión mediante el ataque a otros; estudios longitudinales han demostrado que muchos acosadores no son más que antiguas víctimas de violencias muy tempranamente soportadas en otros ámbitos. Tercero, generalmente son niños que desarrollan cuadros de estrés postraumático en la adolescencia, constituidos como un grupo de riesgo en relación con el consumo de drogas y alcohol. (Ortega Ruiz, R., 2010)

Además, no se cuenta con datos y registros definitivos de los casos de suicidio de menores de edad asociados a los problemas de intimidación escolar que sí han registrado los medios de comunicación. Como efectivamente una de las consecuencias más graves del *bullying* es justamente el hecho de que se producen daños físicos o psicológicos, que requieren de atención médica inmediata o de intervención terapéutica, tampoco se cuenta con estudios sobre los daños que el fenómeno deja en las víctimas a largo plazo.

Como se puede evidenciar, el fenómeno del acoso escolar o *bullying,* además de ser un comportamiento que ha ido adquiriendo nuevas configuraciones por la masificación en el acceso a las TICs, ha incrementado su prevalencia justamente por esta razón. Pero además, se constituye en uno de los problemas actuales que las instituciones educativas deben y tienen que enfrentar, intervenir, prevenir y reducir a su mínima o ninguna existencia, debido a las consecuencias que tiene para sus víctimas e incluso para sus victimarios. (Ortega Ruiz, R., 2010)

## 2. EL DEBER DE CUIDADO DE LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS

El artículo 2347 de Código Civil afirma que:

> *Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.*
> *(…)*
> *Así los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios, del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso.*
> *Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.*

El Código Civil es claro sobre la responsabilidad que tienen los directores (rectores) de los colegios y de las escuelas sobre las actuaciones de los estudiantes que están bajo su cuidado, pero además, también es preciso cuando define las condiciones para que ellos puedan ser eximidos de su responsabilidad.

> *De igual manera, conviene tener en cuenta aquí lo definido en la Ley 1098 de 2006, donde varios de sus artículos plantean elementos como los siguientes: a) Artículo 3 sobre sujetos objeto de la presente Ley:*
> *(…) lo conceptuado aplica para todos los menores de 18 años, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil que establece en el marco de niños a las personas que se hallan entre 0 y 12 años de edad, y adolescentes quienes se hallan entre 12 y 18 años de edad; b) Artículo 7 referido a la protección integral que afirma: Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior; c) Artículo 8 sobre el interés superior de niños y adolescentes; afirma: Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes; d) Artículo 43 respecto a la obligación ética fundamental de los establecimientos educativos.*

Las instituciones de educación primaria y secundaria, públicas y privadas, tendrán la

obligación fundamental de garantizar a los niños, niñas y adolescentes el pleno respeto a su dignidad, vida, integridad física y moral dentro de la convivencia escolar. Para tal efecto, deberán: 1. Formar a los niños, niñas y adolescentes en el respeto por los valores fundamentales de la dignidad humana, los derechos humanos, la aceptación, la tolerancia hacia las diferencias entre personas. Para ello deberán inculcar un trato respetuoso y considerado hacia los demás, especialmente hacia quienes presentan discapacidades, especial vulnerabilidad o capacidades sobresalientes. 2. Proteger eficazmente a los niños, niñas y adolescentes contra toda forma de maltrato, agresión física o sicológica, humillación, discriminación o burla de parte de los demás compañeros y de los profesores. 3. Establecer en sus reglamentos los mecanismos adecuados de carácter disuasivo, correctivo y reeducativo para impedir la agresión física o psicológica, los comportamientos de burla, desprecio y humillación hacia niños y adolescentes con dificultades en el aprendizaje, en el lenguaje o hacia niños y adolescentes con capacidades sobresalientes o especiales.

La Ley 1098 de 2006, que desarrolla lo contemplado en el artículo 44 de la Constitución Política colombiana en relación con los niños y adolescentes, impone las responsabilidaddes de las instituciones educativas -estatales y privadas- en relación con sus estudiantes.

Como ya se manifestó, la precisión que hace el Código Civil en su artículo 2347, ha dado origen en la jurisprudencia colombiana a la categoría de deber de cuidado, entendida para el caso en estudio como la responsabilidad que tienen los rectores de las instituciones educativas de garantizar por ellos mismos o por el personal educador, la integridad física, emocional y moral de todos los estudiantes que se hallan bajo su tutela en virtud de la relación de subordinación que ellos tienen con el rector de la institución educativa al ser aceptados como matriculados o asistentes en la mencionada institución educativa (Martínez Rojas, J. G., 2015). Para tener una comprensión más exacta de lo que dicha categoría implica, se puede revisar aquello que el Consejo de Estado -Sección Tercera- en su sentencia 25000-23-26-000-1995-1365-01 (14869) del 7 de septiembre de 2004, afirma:

> *La custodia ejercida por el establecimiento educativo debe mantenerse no solo durante el tiempo que el alumno pasa en sus instalaciones, sino también durante el que dedica a la realización de otras actividades educativas o de recreación promovidas por éste, incluyendo paseos, excursiones, viajes y demás eventos tendientes al desarrollo de programas escolares.*
>
> *El deber de cuidado surge de la relación de subordinación existente entre el docente y el alumno, pues el primero, debido a la posición dominante que ostenta en razón de su autoridad, tiene no sólo el compromiso sino la responsabilidad de impedir que el segundo actúe de una forma imprudente.*
>
> *Sobre este tema, la doctrina ha dicho:*
>
> > "Para encontrarse en condiciones de reprochar una falta de vigilancia al demandado, la víctima debe probar que aquél soportaba esa obligación de vigilancia en el momento preciso de la realización del daño… La obligación de vigilancia se extiende incluso a las horas consagradas al recreo y a los paseos; comienza desde que el alumno queda autorizado para entrar en los locales

destinados a la enseñanza y cesa desde el instante en que sale de ellos, a menos que el profesor se encargue de la vigilancia de los alumnos durante el trayecto entre el colegio y la casa; subsiste también aunque no sea ejercida efectivamente, si el profesor se ausenta sin motivo legítimo"[1].

(…)

*"Este deber encuentra su fundamento en la protección que debe brindarse al alumno, no sólo respecto de los daños que este pueda causarse a sí mismo, sino también de los que pueda ocasionar a los demás.*

*"El centro educativo se erige en garante y adquiere la obligación de responder por los actos del educando que pudieran lesionar derechos propios o ajenos, es decir, que la obligación de cuidado de los maestros con respecto a los alumnos origina responsabilidad de los centros educativos y de los mismos maestros por cualquier daño que los alumnos puedan llegar a causar o sufrir, aunque aquellos pueden exonerarse de responsabilidad si demuestran que actuaron con absoluta diligencia o que el hecho se produjo por fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima.*

*(…)*

*"Debe advertirse que el deber de vigilancia de los centros educativos por los daños que causen o puedan sufrir los alumnos, es inversamente proporcional a su edad o capacidad de discernimiento, es decir, es mayor frente a alumnos menores o con limitaciones físicas o sicológicas, pero será más moderado en relación con alumnos mayores de edad. Es decir, aunque los centros educativos mantienen el deber de seguridad y cuidado sobre todos los alumnos, es claro que entre más avanzada sea la edad de los mismos, mayor libertad de decisión deberá concedérseles y por lo tanto, el deber de vigilancia se mantendrá para advertirles del peligro, prohibirles el ejercicio de actividades que puedan representarles riesgos y rodearlos de todas las medidas de seguridad aconsejables.*

*"No obstante, sin consideración a la edad de los alumnos, las entidades educativas responderán por los daños que se generen como consecuencia de los riesgos que ellas mismas creen en el ejercicio de las actividades académicas, sin que le sea exigible a los alumnos y padres asumir una actitud prevenida frente a esas eventualidades, en razón de la confianza que debe animar las relaciones entre educandos, directores y docentes. Así por ejemplo, los establecimientos educativos y los docentes responderán por los daños que se cause en ejercicio de una práctica de laboratorio, cuando el profesor encargado de la clase confunda sustancias químicas y ocasione una explosión en la que muere o resulta lesionado el alumno que las manipulaba. En este caso, es evidente la responsabilidad de la institución educativa y del docente, pues es éste quien posee la instrucción académica necesaria para hacer seguras dichas prácticas, sin que sea exigible a los alumnos y padres cerciorarse previamente de la corrección de tales prácticas".*

Al analizar el pronunciamiento del Consejo de Estado detalladamente en función de la comprensión del problema jurídico que el presente análisis busca resolver, se puede concluir lo siguiente: a) El deber

[1] Mazeaud, Henri., Mazeaud, León., Tunc, André., (1977), *Responsabilidad Civil Delictual y Contractual.,* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Primer Tomo, Volumen II, Pág. 545.

de cuidado de los educadores y de las instituciones educativas respecto de sus estudiantes, inicia cuando estos ingresan a las instalaciones del colegio y termina cuando salen de las instalaciones, excepción hecha, cuando el profesor se encarga de su vigilancia en la ruta del colegio a su casa, en cuyo caso, tal responsabilidad continúa; b) Dicho deber de cuidado se extiende incluso, a otras actividades educativas o de recreación como visitas a sitios de interés, paseos, excursiones, viajes y demás eventos tendientes al desarrollo del currículo de la institución educativa; c) El deber de cuidado que les asiste a los educadores y a la institución educativa es inversamente proporcional a la edad o capacidad de discernimiento de los estudiantes; es decir, es mayor frente a estudiantes menores o con limitaciones físicas o sicológicas, pero será menor en relación con los estudiantes que tienen más edad; y d) Los educadores y las instituciones educativas, pueden exonerarse de cualquier tipo de responsabilidad, si demuestran que actuaron con absoluta diligencia o que el hecho se produjo por fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima.

La conceptualización del Consejo de Estado sobre el deber de cuidado, determina cómo efectivamente le compete a las instituciones educativas y abarca todas las actividades formales y no formales, académicas, recreativas, y de cualquier índole que la institución programe u organice con los estudiantes. Además, el Consejo de Estado afirma que dicho deber tiene su fundamento en la protección que debe brindarle la institución educativa a sus estudiantes, no solo en los daños que pueda causarse a sí mismo, sino también del que pueda ocasionar a los demás. En este sentido, la institución educativa adquiere la obligación de responder por los actos del estudiante en los que cause algún tipo de daño, tanto de los propios que se infrinja a sí mismo, como los que pueda causar a los demás.

De modo que la responsabilidad de la institución educativa cesa en los siguientes casos: a) Cuando los daños sean causados por situaciones de fuerza mayor o fortuitas que superen el manejo y el cuidado que la institución haya previsto; b) Cuando los profesores o personal de apoyo que estén cuidando a los menores de edad hayan actuado con total y absoluta diligencia, lo que se debe demostrar; c) Cuando el daño hubiese sido causado por culpa exclusiva del estudiante, lo que también se debe demostrar. (Tamayo Lombana, A., 2009)

Así mismo, es importante precisar que en aras del cumplimiento del deber de cuidado, cuando una institución educativa sea negligente en la protección de los estudiantes y se produzcan actos o comportamientos de unos estudiantes que afecten a los otros (entre los que pueden estar el *bullying* o acoso escolar, la violencia escolar, el acoso o abuso sexual y demás conductas que puedan lesionar a los menores de edad y a los adolescentes o atentar contra su integridad física, emocional o moral) necesariamente se hará responsable y deberá responder civilmente por los daños causados en estos casos, incluso hasta con el pago de indemnizaciones de orden pecuniario. Deberá probar en los estrados judiciales, que ante tales eventos, el personal de la institución actuó diligentemente y que la institución cuenta con procedimientos definidos en su Manual de Convivencia y demás documentos institucionales, tendientes a asegurar la protección de los menores de edad y los adolescentes.

## 1. EL FENÓMENO DEL ACOSO ESCOLAR O BULLYING

La Constitución Política de Colombia, en su artículo 67, establece que en todas las instituciones educativas del país se debe formar a los estudiantes en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia. Al igual, en su artículo 45 impone la obligación de proteger a los niños y a los adolescentes contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, como su derecho a una formación integral. De otra parte, en su artículo 44, expresa que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir o proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos. Finalmente, en el artículo 95, el ejercicio de los derechos y de las libertades, se enmarcan en el respeto y la defensa de los derechos de los demás ciudadanos con quienes se comparte la vida en sociedad. (Gaceta del Congreso, Nº 87, 2012)

En respuesta a estos elementos definidos por la Carta Política colombiana, el órgano legislativo promulga la Ley 1620 que se aprobó en el Congreso en el 2012 y se sancionó en el 2013, por la cual se creó el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación Para El Ejercicio de los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar. En ella, se le impuso a las instituciones educativas una serie de compromisos y tareas en perspectiva de promover los derechos humanos, sexuales y reproductivos. Además, creó el Sistema Nacional de Convivencia, instancia definida para generar estrategias que permitiesen mitigar todo tipo de violencia en el contexto educativo, haciendo especial énfasis en la que se genera por la condición sexual de los estudiantes, el acoso escolar o bullying, el ciberbullying, la violencia y en general, toda situación que vulnere los derechos humanos de los niños y los adolescentes.

Posterior a la mencionada ley, el Ministerio de Educación promulgó el Decreto 1965, también en el año 2013, reglamentando lo definido en ella, precisando las tareas y las funciones de todas las instancias involucradas en la tarea de prevenir la violencia escolar. Al revisar tanto la Ley como su Decreto reglamentario se pueden señalar, entre otras, las siguientes tareas y estrategias que competen a las instituciones educativas:

### *3.1 Transformaciones estructurales.*

Las primeras son las que se agrupan bajo la categoría de **transformaciones estructurales,** que se refieren a estrategias, acciones y procedimientos que implican el cambio estructural de alguno o de varios de los elementos que hacen parte de la organización de la institución educativa, que se deben incorporar de manera definitiva en la configuración de la misma. Las más significativas son: a) Reformar y actualizar el Proyecto Educativo Institucional (PEI), el Manual de Convivencia y Reglamento Interno de Trabajo de la institución, a la luz de las directrices de la ley para incluir en ellos, todo lo atinente a la prevención y el manejo de toda forma de violencia escolar que se presente o se pueda presentar (Ley 1620 y Decreto 1965 de 2013); b) Generar un espacio de participación y concertación, que involucre a los distintos estamentos que conforman la comunidad educativa, en el proceso de construcción, reforma y actualización del

Manual de Convivencia (Decreto 1965 de 2013); c) Constituir el Comité Escolar de Convivencia según lo pedido por las normas, asignándole como mínimo, las funciones que se le han delegado en la normatividad legal vigente, de tal manera que se haga operativo y funcional rápidamente (Ley 1620 de 2013 y Decreto 1965 de 2013); d) Elaborar el Reglamento del Comité Escolar de Convivencia tal como lo pide la normatividad vigente y según las especificidades de la institución, de tal manera, que siguiendo las orientaciones de las normas, se creen las condiciones para su adecuado funcionamiento (Decreto 1965 de 2013); e) Crear las condiciones y estrategias para que las familias, los padres de familia y los acudientes, asuman las responsabilidades que la ley les delega a ellos, para la mejora de la convivencia escolar, y trabajar de la mano con la institución educativa (Ley 1620 de 2013); f) Crear las condiciones para que en todas las actuaciones que se sigan en la institución, se garanticen los derechos de intimidad y confidencialidad que la normatividad legal exige (Ley 1620 y Decreto 1965 de 2013, Ley 1581 de 2012, y Decreto 1377 de 2013); g) Presentar ante la Secretaría de Educación las experiencias exitosas de manejo y mejora de la convivencia escolar para ser mostradas en los foros educativos que anualmente realiza el Ministerio de Educación Nacional (Decreto 1965 de 2013).

### *3.2 Acciones curriculares.*

El segundo grupo de propuestas de la Ley y el Decreto se puede agrupar bajo la categoría de **acciones curriculares.** Son aquellas que se refieren a estrategias, acciones y actividades que intencionales o no, configuran procesos formativos que se planifican, ejecutan y evalúan en el ámbito de la institución escolar y hacen parte del currículo institucional. Las derivadas de las normas en cuestión y que se agrupan en esta categoría son las siguientes: a) Construir un eje transversal para el currículo de la institución, en el que, a partir de la implementación de proyectos pedagógicos, haga un abordaje para la formación de los estudiantes en habilidades y competencias que les permita mejorar la convivencia escolar y mitigar toda forma de violencia, en las que se vinculen todas las áreas y asignaturas del plan de estudios (Ley 1620 de 2013); b) Implementar proyectos pedagógicos que funcionen como transversales curriculares y que se constituyan en una estrategia de formación para la convivencia y el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de los estudiantes (Decreto 1965 de 2013); c) Articular el diseño, implementación, seguimiento y evaluación de proyectos para el desarrollo de competencias ciudadanas orientados a fortalecer un clima escolar y de aula positivos, que aborden como mínimo temáticas relacionadas con la clarificación de normas, la definición de estrategias para la toma de decisiones, la concertación y la negociación de intereses y objetivos, el ejercicio de habilidades comunicativas, emocionales y cognitivas a favor de la convivencia escolar, entre otros (Decreto 1965 de 2013); d) Generar mecanismos y herramientas para que el desarrollo de las competencias ciudadanas y la formación para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos, se lleve a cabo de manera transversal, en todas las áreas obligatorias y fundamentales del conocimiento y de la formación, establecidas en el PEI (Decreto 1965 de 2013); e) Construir un protocolo de prevención e intervención para el fenómeno de la violencia escolar, y más en concreto del bullying, que desarrolle procesos de prevención de todo

comportamiento violento que deteriore la convivencia escolar, pero de igual manera, que intervenga y ponga los correctivos del caso cuando se presente el bullying en la institución educativa (Ley 1620 de 2013).

### *3.3. Transformación de la cultura escolar.*

El tercer grupo de propuestas de la Ley y el Decreto se puede agrupar bajo la categoría de **transformación de la cultura escolar.** Se refiere a las estrategias y acciones que se implementan en una institución con el fin de cambiar o convertir la forma de ser y de proceder de la institución educativa -la cultura organizacional- en una nueva manera de ser y proceder con valores, principios y criterios distintos. Las derivadas de las normas en cuestión son las siguientes: a) Definir políticas institucionales que favorezcan la convivencia escolar de tal manera que entren a formar parte de los documentos institucionales y se constituyan en una de las principales acciones del componente de promoción que pide la norma (Decreto 1965 de 2013); b) Crear las condiciones y estrategias del caso para que los docentes sean capacitados en habilidades y competencias que les permitan mejorar la convivencia escolar, pero además, cumplir con todo lo pedido por la ley y especialmente las funciones que les asigna (Ley 1620 de 2013); c) Tomar las medidas del caso para prevenir todo tipo de maltrato, agresión y violencia contra los estudiantes por cualquier miembro de la comunidad educativa como directivos, profesores y personal administrativo (Ley 1620 de 2013); d) El fortalecimiento de las acciones que contribuyan a la mitigación de las situaciones que afectan la convivencia escolar y el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos, identificadas a partir de las particularidades mencionadas en la normatividad legal vigente (Decreto 1965 de 2013); e) La identificación de los riesgos de ocurrencia de las situaciones más comunes que afectan la convivencia escolar y el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos, a partir de las particularidades del clima escolar y del análisis de las características familiares, sociales, políticas, económicas y culturales externas que inciden en las relaciones interpersonales de la comunidad educativa (Decreto 1965 de 2013); f) En la perspectiva de la Ley 1146 de 2007, crear las condiciones y definir las políticas institucionales para la protección de los menores del abuso sexual, así como para su denuncia ante las autoridades competentes, en los términos que la mencionada ley solicita a las instituciones educativas (Ley 1620 de 2013); g) Desde el Comité Escolar de Convivencia, liderar iniciativas de formación para la comunidad educativa que favorezcan la convivencia escolar de tal manera que se impacte la cultura institucional y se creen nuevas condiciones de relaciones e interacciones entre los distintos miembros de la comunidad educativa para favorecer una sana y adecuada convivencia (Decreto 1965 de 2013).

### *3.4 Acciones preventivas y de intervención.*

El cuarto grupo de propuestas de la Ley y el Decreto se puede agrupar bajo la categoría de **acciones preventivas y de intervención.** Son el conjunto de estrategias y actividades que se deben implementar en la institución educativa y refieren a todas aquellas en virtud de las que se debe prevenir la aparición de comportamientos y conductas agresivas, discriminatorias o violentas en la cotidianidad de la vida escolar. En el caso de que aparezcan, intervendrán en la vida de la

comunidad educativa para desestimularlas o terminarlas. Las derivadas de las normas en cuestión y que se agrupan en esta categoría son las siguientes: a) Adelantar un proceso de evaluación y diagnóstico del estado actual de la convivencia escolar, así como del fenómeno del *bullying,* a través de alguna de las estrategias o herramientas de diagnóstico con las que se cuenta para este propósito, pero además, para actualizar los procesos y protocolos de intervención y de manejo que previamente se hayan establecido para la institución, de acuerdo con las transformaciones que el fenómeno de la violencia escolar vaya teniendo (Ley 1620 de 2013); b) Vincular al Comité Escolar de Convivencia con la Ruta de Atención Integral y con las distintas instancias, tanto de los entes territoriales certificados, como del ámbito nacional, así como con las demás instituciones descentralizadas que hacen parte de la Ruta (Ley 1620 de 2013); c) Adelantar un proceso de capacitación a todo el personal de la institución educativa sobre aspectos como convivencia escolar, resolución pacífica del conflicto, desarrollo de habilidades pro-sociales, prevención de los comportamientos agresivos y violentos, promoción de los derechos humanos, sexuales y reproductivos, y de todos aquellos considerados necesarios. De igual manera, se debe adelantar un proceso de socialización de los protocolos de prevención y manejo de la violencia escolar (Ley 1620 de 2013); d) El diseño y la construcción de protocolos para la atención de las situaciones Tipo I, Tipo II y Tipo III que afectan la convivencia escolar, dentro de los parámetros y exigencias que define la normatividad legal vigente y los principios y criterios propios de la institución educativa (Decreto 1965 de 2013); e) Reglamentar en el protocolo de intervención y atención al fenómeno de la violencia escolar los procedimientos y criterios que seguirá la institución cuando se deba escalar un problema de violencia, a las instancias que trascienden a la institución escolar, así como los criterios y procedimientos de seguimiento que se emplearán (Ley 1620 de 2013); f) Reportar los casos de situaciones Tipo II y Tipo III al Sistema de Información Unificado de Convivencia Escolar que se presenten en la institución educativa, incluyendo como mínimo, los puntos y aspectos definidos en la Ley y el Decreto (Decreto 1965 de 2013); g) Crear las condiciones y estrategias necesarias para realizar el seguimiento a las situaciones Tipo II y Tipo III en la perspectiva de definir la efectividad de las estrategias implementadas para su atención y reducción (Decreto 1965 de 2013); h) Llevar un registro de las actuaciones del Comité de Convivencia y presentar informes periódicos a instancia propia del Sistema que se encargue de consolidar dicha información, según lo dispuesto por la Ley (Ley 1620 de 2013); i) Establecer los procedimientos de vinculación y comunicación de las instancias institucionales de la Ruta de Atención Integral con el Sistema Unificado de Convivencia Escolar es decir, con aquellas que son extra-institucionales, definiendo claramente los criterios y procedimientos para dicha vinculación (Ley 1620 de 2013).

Estos cuatro grandes componentes o estrategias definidas, tanto por la Ley 1620 como por el Decreto 1965, imponen a las instituciones educativas varias tareas y acciones; todas organizadas y conducentes a hacer efectivo el deber de cuidado de los estudiantes pero además, a generar un ambiente sano que proteja de manera efectiva e integral a los estudiantes. Adicional a esto, lograr por todos los medios que no haya casos de acoso escolar o *bullying,* de acoso o abuso sexual, de discriminación, de cualquier tipo de violencia, y que en todo

momento se procure la protección integral de ellos, salvaguardando su integridad física, emocional y moral.

Como es evidente, las normas son claras sobre todas las estrategias y acciones que se deben implementar en una institución educativa si se quiere hacer efectiva dicha protección. En caso de presentarse casos de violencia, acoso, discriminación o violación de cualquiera de los derechos fundamentales y humanos de los estudiantes, la institución deberá demostrar que ha obrado con total diligencia y cuidado, para que no se le pueda imputar una falta al deber de cuidado en cualquiera de los casos que se puedan presentar. Esto supone que la institución educativa haya implementado y desarrollado las cerca de 28 estrategias y acciones que se coligen, tanto de la Ley como del Decreto, con la totalidad diligencia a la que haya lugar, para demostrar que los casos presentados en esta perspectiva ocurren a pesar de haber implementado todo lo definido por la normatividad o por decisión exclusiva de los agresores, a pesar de haber cumplido con todo lo pedido. De no ser así, se podrían configurar las condiciones para que la institución, el rector, o su representante legal sean objeto de una acción civil, conducente a la búsqueda de la reparación de los daños causados, pues se puede probar la conducta típica o el hecho dañoso, el daño producido y vínculo o nexo causal entre estos dos.

Esta realidad impone a los directores y rectores de las instituciones educativas la responsabilidad de obrar con total diligencia frente a los casos de acoso escolar o *bullying,* así como ante cualquiera de los demás comportamientos y situaciones en las que un estudiante o su familia puedan demandar de la institución educativa la reparación directa por no haber sido diligentes en el *deber de cuidado,* y por lo mismo, haber creado las condiciones o haber permitido las acciones y comportamientos que generaron el daño.
Todo lo anterior no significa que, en caso de presentarse una demanda por responsabilidad civil, solo recaiga única y exclusivamente sobre la institución educativa sino que, como el mismo Código Civil lo define, los padres de familia deben también ser solidarios en responder por los daños que puedan causar los hijos que dependan de ellos (artículo 2347). Sin embargo, este será un asunto que se aborde en otro análisis, puesto lo significativo aquí es justamente todo lo correspondiente a las instituciones educativas.

## 4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En la doctrina jurídica, dentro del contexto colombiano, los elementos que configuran la existencia de la responsabilidad civil subjetiva en un hecho, que pueda ser susceptible de ser reparado, son los siguientes: un hecho, el daño, el nexo de causalidad y el factor de imputación del daño. (Tamayo Lombana, A., 2009)

Desglosando cada uno de los anteriores elementos, se tiene lo siguiente:

### *4.1. El hecho.*

Cuando se habla de responsabilidad civil, siempre tiene que haber un hecho o una acción que sea la situación en la que se cause el daño. En este caso, el hecho es justamente el acoso escolar o *bullying,* en tanto que este es un acontecimiento o una situación que habitualmente genera daño en aquellos que son sus víctimas, tal como quedó definido

cuando se abordó el concepto de acoso escolar o *bullying.* En muchas ocasiones, las consecuencias que se siguen de este hecho son muy graves y lesivas para sus víctimas, llegando incluso a ser susceptibles no solo de responsabilidad civil, sino también de responsabilidad penal, en tanto que son conductas típicas, antijurídicas y punibles o definidas en el ordenamiento jurídico como delitos. (Tamayo Jaramillo, J., 2013)

No se debe olvidar que el acoso escolar o bullying reviste unas características como las siguientes: un comportamiento agresivo o lesivo, con la intención de causar daño físico o psicológico para someter a la víctima o tenerla bajo control; una repetición en los comportamientos o conductas lesivas es decir, no son momentáneas o esporádicas, sino que se mantienen en el tiempo; los comportamientos agresivos implican una relación interpersonal en la que hay un desequilibrio de poder; la víctima no puede salir por sí sola de esta situación; y generalmente en los comportamientos o hechos de acoso escolar, siempre hay al menos tres actores involucrados: el agresor o agresores, la víctima o víctimas y los espectadores que pueden ser, desde quienes simpatizan con la víctima, hasta los que contribuyen con la agresión. (Martínez Rojas, J. G., 2014)

Tampoco se debe olvidar que el acoso escolar o *bullying* se produce en contextos en que los tres actores involucrados se encuentran en igualdad de condiciones. Están al mismo nivel sin que haya razón para que alguien detente una mayor autoridad sobre los demás. Además, es preciso tomar conciencia que generalmente los eventos de acoso escolar o *bullying* siempre se dan lejos de la mirada de los adultos; en ese contexto escolar que es amplio y complejo de manejar o de mantener aséptico de cualquier tipo de violencia. (Martínez Rojas, J. G., 2015)

Los comportamientos que configuran el hecho del acoso escolar o *bullying* pueden involucrar conductas como la agresión física, la psicológica o emocional, el chantaje, el difundir rumores o chismes, manipular emocionalmente a la víctima, excluirla de un grupo o de un entorno social, obligarla a hacer diferentes cosas que normalmente no haría o no quiere hacer, entre otras muchas manifestaciones. (Martínez Rojas, J. G., 2014)

Este es el hecho en el cual se da el comportamiento o la conducta, que en el presente caso, genera el origen de la responsabilidad civil de las instituciones educativas, en tanto ocurre mayormente en ellas.

### *4.2 El daño.*

Este es el elemento más significativo en la responsabilidad civil en tanto que la reparación pedida, parte de la base de su existencia y es la consecuencia cierta, personal y directa del acoso escolar, cuando se causa un detrimento de los derechos humanos al menor de edad, generándole un perjuicio material o inmaterial que puede repercutir en el grupo familiar (Vásquez, 2009). Los estudios han demostrado cómo las víctimas generan unas condiciones emocionales o psicológicas complejas, que las afectan significativamente, hasta el hecho de poner en riesgo no sólo su integridad, sino la propia vida, entre otras muchas consecuencias graves que se dan. (Martínez Rojas, J. G., 2014)

El daño causado por el acoso escolar o *bullying* incide directamente sobre el

bienestar y adecuado desarrollo de quienes son víctimas del mismo (Davis, S., & Davis, J., 2007). Debido a las dinámicas del acoso, la víctima suele ser la que muestra las consecuencias más notorias del daño causado, generalmente evidenciadas por una baja autoestima, actitudes pasivas, pérdida de interés en el colegio, fracaso escolar, trastornos emocionales, problemas psicosomáticos, depresión, ansiedad y pensamientos suicidas; situación que ha ido en aumento en los últimos años, generando gran preocupación a nivel social y académico. (Martínez, Rojas, J. G. 2015)

A lo anterior se puede agregar que los efectos clínicos y psicológicos a corto plazo, que generan el acoso escolar o *bullying,* y que tal vez son los más importantes pueden ser: depresión extrema, pérdida de autoestima, trastornos del sueño, síntomas físicos, ansiedad, ausentismo escolar, fobia social y disminución del rendimiento escolar. En cuanto a los efectos a largo plazo, es evidente que cuanto más se prolongue en el tiempo la situación, genera efectos más graves en la víctima debido a que al trascurrir el tiempo la conducta de agresión se irá intensificando. Dentro de estos, los que más se presentan son los siguientes: depresión crónica, problemas psicológicos de larga duración, comportamientos autodestructivos, y abuso de alcohol y drogas. (Kaltiala-Heino, R., Rimpelä M., Rantanen P., & Rimpelä A., 2000)

Son evidentes los daños que causa el acoso escolar o *bullying* en las víctimas. En esta perspectiva, es igualmente preponderante el hecho de buscar una reparación necesaria de las víctimas, no solo en el ámbito educativo por la restauración de la integridad de quienes lo padecen, sino también en los estrados judiciales por la solicitud de la reparación directa como una forma de compensar el daño recibido.

### *4.3 El nexo de causalidad.*

Este es otro de los elementos para poder hablar de responsabilidad civil y tiene que ver con la relación que se puede y debe establecer entre el hecho realizado y el daño causado a la víctima del acoso escolar o bullying. Para esto, es necesario que el daño causado sea producto del hecho realizado por el agresor en la situación de acoso. Solo en la medida en que se pueda atribuir el daño causado a la víctima por parte del acosador, puede entonces deducirse o imputarse la responsabilidad civil y por tratarse de una responsabilidad subjetiva, es necesario la concurrencia de una actuación culposa o dolosa en el hecho dañino. (Vásquez, 2009)

En los casos de acoso escolar o bullying, la víctima o su representante deben probar el nexo causal entre el daño que la víctima padece o recibió y el acoso, para poder imputar a la institución educativa la responsabilidad civil. Por su parte, la institución educativa podrá exonerarse de la culpa o de la responsabilidad en dos situaciones concretas: la primera, cuando demuestra que actuó con total diligencia, vigilando debidamente a quienes estaban bajo responsabilidad, pero además, que implementó todas las estrategias pedidas por la Ley 1620 y el Decreto 1965, para proteger a todos los estudiantes bajo su responsabilidad, de tal manera que el hecho dañoso ocurrió a pesar de haber cumplido diligentemente sus responsabilidades, es decir, haber hecho todo lo necesario para educar convenientemente al estudiante y para prevenir el acoso escolar. Segundo, si logra demostrar o probar que la ocurrencia del daño se dio por una causa externa

exonerativa que no se puede evitar como la fuerza mayor o el hecho fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho realizado por un tercero; lo que impone aportar la prueba positiva de una causa extraña que exonera de la responsabilidad. En ambos casos se destruye la presunción de la culpa por medio de la prueba negativa o positiva, según sea el caso. (Tamayo Jaramillo, J., 2013)

Como ya se afirmó, el Código Civil en su artículo 2347, impone a los rectores o directores de las instituciones educativas la obligación de responder por los estudiantes que se hallan bajo su tutela, lo que se ha tipificado como deber de cuidado y que para el caso concreto, se materializa en la implementación de todo lo pedido por la normatividad legal vigente sobre la protección de los menores de edad (Ley 1098 de 2006) y la implementación cuidadosa y diligente de todas las estrategias, procedimientos y acciones para evitar todo tipo de violencia escolar, discriminación o disminución o violación de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de los estudiantes (Ley 1620 y Decreto 1965 de 2013), (Tamayo Jaramillo, J., 2013).

### *4.4 El factor de imputación del daño.*

Al tratarse de responsabilidad civil contractual de carácter subjetivo, el factor de imputación del daño se entiende como la culpa del rector o director de la institución educativa, quien es civilmente responsable por el hecho dañoso del estudiante, que a su vez es acosador escolar o bully. Implica necesariamente no solo su culpa, sino también que dicha culpa sea la causa del daño (Muñoz, 2003) por el incumplimiento del deber jurídico concreto de vigilar y educar al estudiante, así como de crear las condiciones estructurales para que bajo ninguna circunstancia se produzca el acoso escolar o *bullying* y, por lo mismo, no haya ocasión al daño.

Según Hernández (2003), el artículo 2347 del Código Civil consagra los supuestos en que una persona se encuentra llamada a responder por los daños causados por otra, con lo que crea una presunción de culpabilidad contra el civilmente responsable por los daños cometidos por aquellas personas que tiene bajo su cuidado personal. De acuerdo con ello, se presume no sólo su culpa, sino también, que dicha culpa, es la causa del daño y genera una situación privilegiada para la víctima del daño, puesto que ella se libera del deber de probar la culpa cometida por el civilmente responsable. (Tamayo Jaramillo, J., 2013)

Esta presunción que pesa sobre el civilmente responsable por el hecho del directamente responsable es una presunción juris tantum, es decir, admite prueba en contrario. De este modo, se establece un sistema de inversión de la carga de la prueba, pues efectivamente es el civilmente responsable el llamado a desvirtuar la presunción existente en su contra. (Hernández, 2003)

Para tal efecto, debe aplicarse el principio general de exoneración establecido en el inciso final del artículo 2347 del Código Civil, según el cual, el civilmente responsable desvirtúa la presunción que pesa en su contra si logra demostrar que "no pudo impedir el hecho", es decir, que hizo todo lo que le correspondía para evitar el hecho dañoso o para evitar las consecuencias de dicha acción. La doctrina y la jurisprudencia colombianas precisan el contenido de este principio general de exoneración o prueba liberatoria, aduciendo que la presunción se desvirtúa, si el civilmente responsable logra demostrar la ausencia de culpa (entendida

como la diligencia y cuidado tenidos en relación con el directamente responsable). Si logran probar que impartieron una adecuada educación, desarrollaron todas las acciones definidas por las normas legales vigentes sobre el particular, de tal manera que desarrollaron lo exigido para que no hubiese casos de acoso escolar o *bullying* en su institución educativa, y además, que desarrollaron una buena vigilancia (Tamayo Jaramillo, J., 2013), los rectores o directores de las instituciones educativas se liberarían de la presunción que pesa en su contra.

En adición, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de junio de 1949, señala: "Para que haya lugar a esta responsabilidad por el hecho ajeno es necesario que se demuestren [...] una culpa que cause el daño, y además, la existencia de un vínculo de subordinación o dependencia entre una persona y la autora del daño. La culpa de la persona subordinada o dependiente es la fuente de la obligación indemnizatoria". Igualmente, en sentencia del 7 de diciembre de 1942, establece que: "...el espíritu y tenor literal de las disposiciones, que en nuestra legislación establecen la responsabilidad por el hecho de otro, llegan a ésta en función de un vínculo de causalidad, entre el autor y el responsable indirectos, vínculo nacido de la dependencia, de la autoridad, de la vigilancia, del cuidado a que están obligados o de que se hallan investidos los que por esto responden del daño, sin ser personalmente los autores de la acción u omisión que lo ha causado..." (Tamayo Jaramillo, J., 2013). El rompimiento del nexo causal entre el hecho (el acoso escolar o bullying) y el daño (las consecuencias que sufren las víctimas del acoso escolar) se efectúa con la acreditación de la diligencia en la custodia, la vigilancia y la implementación de todas las estrategias de prevención, intervención y formación de los estudiantes, definidas para las instituciones educativas por las normas construidas en tal sentido.

## Conclusiones

Hechos los precedentes análisis sobre el acoso escolar o *bullying,* el deber de cuidado que compete o asiste a las instituciones educativas y sus rectores o directores, así como la revisión de la normatividad sobre la prevención e intervención en el contexto escolar para prevenirlo, en relación con la responsabilidad civil, se pueden concluir los siguientes aspectos:

Existe una responsabilidad imperativa para las instituciones educativas: proteger a sus estudiantes del daño que puedan causarse a sí mismos, como del que puedan causar a otros con sus comportamientos a partir de lo pedido por la Ley 1098 de 2006 –Código de Infancia y Adolescencia-, la Ley 1620 de 2013 y el Decreto 195 de 2013 –Sistema de Prevención y Mitigación de todo Tipo de Violencia en la Institución Educativa-. Todo ello se concreta en la categoría de deber de cuidado que les asiste a las instituciones educativas y sus directivos y docentes.

Esta responsabilidad es mandatoria para las instituciones educativas y no existe posibilidad de sustraerse de ella, sin que se tengan que asumir las consecuencias de dicha decisión. Por el contrario, lo adecuado es crear todas las condiciones para hacer efectivo el deber de cuidado, de tal manera que la institución educativa, cuente con todos los protocolos, procedimientos, estrategias, herramientas y demás acciones definidas en la normatividad legal vigente, de tal manera que al cumplir

con todo lo exigido se haga efectivo dicho deber de cuidado.

El acoso escolar o *bullying,* causa en sus víctimas un importante y significativo daño que va desde la deserción escolar hasta problemas emocionales complejos y serios como depresión severa y daños psicológicos que pueden conducirlas, incluso al suicidio, como ya se ha podido constatar en las investigaciones que se han hecho sobre las consecuencias de dicho fenómeno en sus víctimas.

Generalmente el daño causado con el acoso puede ser diagnosticado a través de la práctica de la psicología clínica o la psiquiatría y del uso de las herramientas con que estas profesiones cuentan, de tal manera que se puede llegar a diagnósticos concluyentes que hagan posible cuantificar las dimensiones de dicho daño en quienes son víctimas, objeto de dicha conducta.

En los casos en los que exista acoso escolar o *bullying* en las instituciones educativas, se pueden configurar las condiciones para que haya responsabilidad civil contractual por parte de los rectores o directores de la institución educativa, así como de los educadores, frente a lo cual, se podrán iniciar acciones judiciales tendientes a buscar la compensación de las víctimas.

En el acoso escolar o *bullying* se configuran las condiciones para poder hablar de responsabilidad civil, porque hay un hecho -el acoso -, un daño -todas las consecuencias del acoso en las víctimas-, un nexo de causalidad entre el hecho y el daño –en tanto que es el acosador o bully quien daña a la víctima con su conducta-, y un criterio de imputación del daño al rector o director de la institución educativa, así como a los educadores, pues estos tienen la obligación y la responsabilidad de crear las condiciones para que este comportamiento no se de en las instituciones educativas que están bajo su tutela o cuidado.

Frente al daño causado, una de las formas de resarcirlo es solicitar la indemnización del daño moral causado y del daño a la salud, ante lo cual es necesario emprender una demanda por responsabilidad civil, para probar los elementos que la configuran, de tal forma que la víctima del acoso escolar o *bullying,* pueda ser compensada por un equivalente, al daño causado.

En los casos en que se pruebe la existencia de acoso escolar o *bullying* y de un daño a la víctima –lo que es casi siempre habitual-, tendrá derecho, o quien la represente, de solicitar la compensación a la que hay lugar o a la que establezca el ente jurídico que conozca de la demanda por responsabilidad civil, cuando se pruebe el nexo causal, entre el acoso escolar o *bullying* y el daño que la víctima percibe por dicha actuación.

En los acasos de demandas por responsabilidad civil contractual los imputados, y que eventualmente deban responder por el daño causado, pueden romper el nexo entre el hecho dañoso y el daño producido si demuestran que se comportaron con total diligencia, que implementaron todas las estrategias y propuestas definidas en la normatividad legal vigente para prevenir y evitar los hechos de violencia escolar, se dio por causa fortuita o que no pudo evitarse la actuación de los estudiantes, a pesar de haber puesto en práctica todo lo pedido a las instituciones educativas.

En estos casos, la carga de la prueba se traslada del demandante al demandado a

quien compete probar que actúo de manera diligente y cuidadosa y que no dejó ningún asunto a la deriva. Esta será la tarea de las instituciones educativas que quieran ser eximidas de la responsabilidad de compensar a las víctimas de acoso escolar o *bullying.*

Los rectores o directores de las instituciones educativas, primeros imputados para ser respondientes en los casos de responsabilidad civil, deben buscar implementar lo pedido por la Ley 1620 y el Decreto 1965, así como por la Ley 1098, pues esta será la única manera como puedan romper el nexo causal entre el hecho y el daño producido. En este sentido, la recomendación fundamental para las instituciones educativas es la dedicación completa y total, para erradicar de sus instituciones todo tipo de violencia, entre la que se encuentra el acoso escolar o *bullying.*

Las instituciones educativas y sus rectores o directores deben entender que sólo este es el camino para hacer efectivo el deber de cuidado y evitar tener que responder por el daño causado a las víctimas del acoso escolar o *bullying.*

## Refrencias


Avilés, José María, (2006), Bullying: el *Maltrato entre Iguales Agresores, Víctimas y Testigos en la Escuela.* Salamanca: Amarú Ediciones.

Congreso de la República, Gaceta del Congreso, Nº 87, 2012, Exposición de Motivos de la Ley 1620 de 2013.

Congreso de la República, Ley 57 de 1887, Código Civil Colombiano.

Congreso de la República, Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia.

Congreso de la República, Ley 1620 de 2013, Sistema de Promoción de los Derechos Humanos, Sexuales y Reproductivos y de Prevención de la Violencia Escolar.

Consejo de Estado –Sección Tercera- Sentencia 25000-23-26-000-1995-1365-01 (14869) del 7 de Septiembre de 2004.

Constitución Política de Colombia.

Davis, S., & Davis, J., (2007), *Crecer sin Miedo.* Estrategias positivas para controlar el acoso escolar o bullying., Bogotá: Norma.

Harris, S., & Petrie, G., (2006), *El Acoso en la Escuela: los Agresores, las Víctimas y los Espectadores.,* Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.

Hernández, M. F., (2003), Tesis: *Los Elementos Estructurantes de la Responsabilidad Civil Extracontractual.* Doctrina, legislación y jurisprudencia constitucional en el ordenamiento jurídico

colombiano., Medellín: Universidad de Medellín.

Kaltiala-Heino, R., Rimpelä, M., Rantanen, P., y Rimpelä, A., (2000), Bullying at school: an indicator of adolescents at risk for mental disorders., *Journal of Adolescence* 23, 661-674.

Martínez Rojas, J. G., (2014), *El Manual de Convivencia y la Prevención del Bullying.* Diagnóstico, estrategias y recomendaciones., Bogotá: Cooperativa Editorial Magisterio.

Martínez Rojas, J. G., (2015), *Cómo Implementar la Ley de Convivencia en los Colegios.* Estrategias y propuestas formativas y administrativas., Bogotá: Cooperativa Editorial Magisterio.

Mazeaud, Henri., Mazeaud, León., & Tunc, André., (1977), *Responsabilidad Civil Delictual y Contractual.*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Primer Tomo, Volumen II.

Ministerio de Educación Nacional, Decreto 1965 de 2013, Reglamentación de la Ley 1620 de 2013.

Oñate, A., & Piñuel, I., (2005), *Informe Cisneros VII. Violencia y Acoso Escolar en Alumnos de Primaria ESO y Bachiller.* Instituto de Innovación Educativa y Desarrollo Directivo., Disponible en: www.acosoescolar.com

Olweus, Dan., (1998), *Conductas de Acoso y Amenaza entre Escolares.,* Madrid: Morata.

Oñate, A., & Piñuel, I., (2006), *AVE – Acoso y Violencia Escolar.*, Madrid: Ediciones TEA.

Ortega Ruiz, Rosario., (Coordinadora) (2010), *Agresividad Injustificada, Bullying y Violencia Escolar.,* Madrid: Editorial Alianza.

Tamayo Jaramillo, Javier., (2013), T*ratado de Responsabilidad Civil.,* 2da Edición, 7ma Reimpresión. Tomo I y Tomo II., Bogotá: Editorial Legis.

Tamayo Lombana, Alberto., (2009), *La Responsabilidad Civil Extracontractual y la Contractual.,* 3ra Edición., Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Vásquez, D. F., (2009), *Manual de Responsabilidad Civil y del Estado.,* Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.

## El ejercicio de una actividad lícita como causal de ausencia de responsabilidad penal

# ¿Entre la atipicidad o la ausencia de antijuridicidad?

**Alejandra Rubiano Arias,**
**Julián David Vanegas Cardona***

*Ganadores del *TERCER PUESTO* en la decimocuarta versión del concurso nacional de ensayo Octavio Arizmendi Posada (2016) organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. Estudiantes de cuarto y sexto semestre respectivamente, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Oriente (sede Rionegro/Antioquia). Correos electrónicos: *aleja9809jj@gmail.com; barriplay@hotmail.com*

## Sumario

Resumen. Abstract. Introducción. 1.El derecho penal en sentido objetivo. La teoría de las normas en el derecho penal. 2. La Teoría Monista de las normas o de los imperativos. 3. La Teoría Dualista de las normas. 4. Breves consideraciones sobre la Teoría del Delito como expresión de la conducta punible. 5. La Teoría de la imputación objetiva. Su ubicación sistemática dentro del injusto penal y sus consecuencias. 6. La discusión sobre la naturaleza jurídica del legítimo ejercicio de una actividad lícita. 7. Naturaleza jurídica. 8. Posturas que sostienen que su naturaleza es la de ser una causa de atipicidad. 9. Posturas que sostienen que su naturaleza es la de ser una causa de justificación. 10. Posturas que sostienen que su naturaleza es mixta. 11. Toma de postura. 12. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

## Resumen

En el presente ensayo se realiza un breve estudio sobre la naturaleza jurídica de la institución del legítimo ejercicio de una actividad lícita, lo cual encierra el ejercicio de un oficio o profesión, desde luego acreditados por una institución universitaria y por el Estado (ejercicio de la Medicina, la Abogacía y los deportes, etc.) y siendo estos tomados como causal de exclusión de responsabilidad penal. En el desarrollo del trabajo, inicialmente, se definirán conceptos fundamentales para un mejor entendimiento de lo que se desea plantear en este escrito. Siendo este un tema tan discutido, se evidenciará el desacuerdo de los doctrinantes sobre el tema tratado, se plantearán tres teorías (institución de naturaleza atípica, naturaleza jurídica y carácter mixto entre la tipicidad y la antijuridicidad), citando los distintos autores que defienden cada una de teorías, para finalmente presentar la postura propia sobre el tema.

**Palabras clave:** Tipicidad, antijuridicidad, justificantes, imputación objetiva, riesgo desaprobado, prohibición, responsabilidad penal.

## Abstract

In the present test will realize a brief study of the legal nature of the institution of the legitimate exercise of a lawful activity which encloses the excercise of a trade or position of course to be accredited by a university and the state as it is to be held for example exercise (medicine, law and sports, etc.). And being these taken as grounds of exclusión of criminal responsability. In developing the fundamental concepts initiallly work for a better understanding of what one wants to raise in this writing. Being this such a controversial subject will hint ith the intention of demonstrating the indoctrinators disagreement about the subject will be raised three theories (which argues that the institución is atypical nature, those who argue that it is of legal nature and proposing that has a mixed character between typicality and unlawfulness) And for them mentioning the different authors that define each of them to finally to give his stance on the issue.

**Key words:** Typicity, unlawfulness, voucher, strict imputation, risk disapproved, criminal responsability, prohibition.

# Introducción

En el ordenamiento jurídico colombiano, al igual que en el resto del mundo, se tiene al Derecho Penal como última ratio, pues es por éste que el Estado castiga por las conductas contrarias a derecho más severas que se dan en la sociedad. A consecuencia de ello no se pueden dejar vacíos que dejen a la interpretación de los juristas la aplicación de instrumentos normativos como lo es el legítimo ejercicio de una actividad lícita que, aunque se encuentra plasmado en el artículo 32 numeral 5 del Código Penal como una de las causales de exclusión de responsabilidad penal, el legislador de turno no hizo precisión sobre qué requisito de la Teoría del Delito excluye esta institución: si la conducta, si la tipicidad, si la antijuridicidad o la culpabilidad, pues no obstante, aunque hay autores que plantean que podría excluir la conducta o la culpabilidad, se encuentra que el real campo de discusión es entre la tipicidad la antijuridicidad.

Con el presente ensayo se busca hacer un análisis sobre dicha norma (que regula como una situación que da lugar a la ausencia de responsabilidad penal el legítimo ejercicio de una actividad lícita) dirigida a indagar acerca de si su naturaleza jurídica a la luz del Derecho Penal colombiano se corresponde con la atipicidad del comportamiento, o con la ausencia de antijuridicidad del comportamiento típico.

Son varias las razones que justifican la elaboración del presente ensayo. En primer lugar, resulta necesario estudiar el tema, teniendo en cuenta que si bien es cierto un sector de la doctrina penal colombiana y extranjera se ha detenido a reflexionar con respecto a la naturaleza jurídica del legítimo ejercicio de una actividad lícita (¿causal de atipicidad o causal de ausencia de antijuridicidad?), concreta y particularmente en el Derecho Penal colombiano existe, un déficit de trabajo teórico sobre el asunto, lo cual genera el requerimiento concreto de propiciar la reflexión y el estudio como medios necesarios para intentar llenar dicho vacío.

En segundo lugar, se justifica la realización de este ensayo en la pretensión de generar un diálogo que nos lleve a concebir el problema que existe entre la prohibición y el permiso en el Derecho Penal, lo cual podría llegar a generar conflictos normativos, pues se trata de un tema que nos obliga a repensar la estructura de la Teoría del Delito y evidencia la relevancia del vacío normativo que sobre el particular ha dejado el legislador y que la doctrina aún no ha resuelto.

En tercer lugar, este escrito se justifica en la medida en que pretende arrojar como beneficio el ofrecer al operador jurídico penal (Fiscalía, jueces, Ministerio Público, abogado de la víctima, abogado de la defensa, procesado), insumos conceptuales y herramientas analíticas para que la aplicación de la institución del legítimo ejercicio de una actividad lícita, no quede sometida al criterio personal de cada uno de esos distintos actores.

## 1. EL DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO. LA TEORÍA DE LAS NORMAS EN EL DERECHO PENAL

La expresión "Derecho Penal" no es ciertamente unívoca. La doctrina en general suele distinguir por lo menos tres sentidos en los que esa expresión puede ser entendida.

Así, se señala que el Derecho Penal puede considerarse desde un punto de vista objetivo, es decir, como sistema normativo; desde un punto de vista subjetivo, como potestad del Estado; y por último, en sentido científico, para hacer referencia con ella a la dogmática penal.

Pues bien, teniendo en cuenta el propósito del presente trabajo, interesa detenerse en el análisis del Derecho Penal en sentido objetivo que ha sido definido como "aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características del hecho delictivo e individualiza al sujeto que lo realizó, al que le impone por su hecho una pena y/o medidas de seguridad". (Bustos Ramírez. 1994, P. 50)

Planteado lo anterior, cabe indagar entonces por la naturaleza y el contenido de las normas penales que integran este sector del ordenamiento jurídico, así como las consecuencias que la adopción de una determinada postura frente a la norma penal acarrea en la estructura del concepto del delito.

Así, con respecto a la naturaleza de la norma penal, existen varias posturas y planteamientos teóricos (Velásquez Velásquez, 2009, P. 234), que para los efectos que aquí interesa desarrollar, de manera sintética pasan a exponerse.

## 2. LA TEORÍA MONISTA DE LAS NORMAS O DE LOS IMPERATIVOS

Según esta postura, el Derecho Penal está conformado solamente por normas con un carácter imperativo; luego en el ámbito jurídico, solo hay mandatos y prohibiciones (deberes de hacer y de no hacer). Ello no quiere decir, según Bustos Ramírez, que se desconozca la existencia de otras reglas jurídicas en el ordenamiento penal, pero ellas no tienen autonomía y solo cobran significación en su relación con los imperativos. Estas otras reglas jurídicas que no son imperativos tienen por función crear los presupuestos para el surgimiento o desaparición de un imperativo o bien para anularlo total o parcialmente. (Bustos Ramírez, 1994, P. 55)

A tono con lo anterior, siguiendo lo expuesto por el autor citado, la Teoría Monista tiene repercusiones sobre la teoría del derecho penal y, por tanto, respecto del modelo que se ha elaborado para la comprensión del delito. Estas repercusiones se manifiestan en lo que se ha llamado la teoría de los elementos negativos del tipo, con una larga tradición en la dogmática del Derecho Penal. Las reglas de permiso (por ejemplo, se permite matar en legítima defensa) aparecen como simples presupuestos de la norma formuladas negativamente (por ejemplo, se prohíbe matar, si no se actúa en legítima defensa…). Entonces, una conducta que cumple con los presupuestos de una regla permisiva no es contraria a la norma desde un principio (Ibíd.).

Así, de conformidad con la Teoría Monista, la afirmación de que una conducta es típica implica sostener que también es antijurídica, dado que las causales de justificación entendidas como reglas de permiso quedan abarcadas como elementos negativos del tipo penal.

## 3. LA TEORÍA DUALISTA DE LAS NORMAS

Esta teoría parte de la existencia de normas, esto es, de reglas jurídicas con carácter imperativo -prohibiciones o mandatos-, pero reconoce que el ordenamiento jurídico no consiste solo en normas, sino que además existe otro que genera reglas jurídicas, las reglas de permiso (legítima defensa, estado de necesidad, las llamadas causas de justificación en general). Estas reglas de permiso son de carácter independiente frente a las normas y no tienen entonces sólo por función delimitarlas o circunscribirlas. (Ibíd., P.57)

De ahí que, según la Teoría Dualista, la tipicidad no absorbe a la antijuridicidad, con lo cual, las causales de justificación no hacen parte del tipo penal, sino que están contenidas en un nivel sistemático distinto, autónomo y posterior al de la tipicidad que es precisamente la antijuridicidad.

## 4. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA TEORÍA DEL DELITO COMO EXPRESIÓN DE LA CONDUCTA PUNIBLE

Resulta necesario y pertinente iniciar el desarrollo del tema propuesto en este ensayo, efectuando una breve alusión a la estructura del concepto de la conducta punible, a partir de la regulación normativa prevista en la artículo 9 del Código Penal colombiano, según el cual: "Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado".

Como se desprende con toda claridad de la citada regulación normativa, el concepto del delito como una especie de la conducta punible, se compone de cuatro requisitos esenciales, la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, los cuales a su vez tienen y exigen en sí mismos otros requisitos para la posibilidad de la estructuración de su propia existencia.

Siguiendo lo planteado por parte del profesor Fernando Velásquez Velásquez:

El concepto de conducta se debe entender como la resultante de reunir las diversas notas que se le han asignado a la acción jurídico penal a lo largo de la historia de la dogmática: la causalidad, la finalidad y la socialidad (el carácter social), lo que permite acuñar un concepto final-social que intenta explicar todas las formas de aparición del delito o hecho punible. De esta manera, se pueden erigir cuatro estructuras diferentes: una para los hechos de comisión dolosa, que sirve de base a todas las demás; otra, a los omisivos dolosos; una más a los de comisión imprudente o culposa; y, la última, a los omisivos culposos, cada una de ellas con una configuración distinta en los diversos estratos de la construcción.
En cuanto a la tipicidad, como producto de lo anterior, se parte de una concepción compleja del tipo penal que mira en él tanto aspectos subjetivos como objetivos, con la advertencia de que en estos últimos se

ubica la construcción de la imputación objetiva.

La antijuridicidad se divide en formal y material, pero, a diferencia del cuestionable finalismo ortodoxo, se desecha un concepto radical del injusto personal, dando cabida con ello, tanto al bien jurídico (desvalor de resultado) como al valor ético social (desvalor de acción), acorde con una concepción mixta de la norma penal (norma de determinación-norma de valoración). De esta manera, pues, se pretende restablecer el equilibrio entre lo objetivo y lo subjetivo también en este plano de análisis.

A su turno, la culpabilidad o responsabilidad penal plena se entiende como un juicio de exigibilidad de carácter jurídico y social, pues, se es culpable en concreto, en un determinado contexto histórico y social, y no en abstracto.

Así entonces, para el fin que se persigue en este trabajo, es necesario resaltar y centrar la atención en la configuración del injusto penal, entendido este como la conducta típica y antijurídica, con lo cual se hace necesario precisar el significado de estas dos categorías del concepto de delito.

Pues bien, en el Derecho Penal se sostiene que la tipicidad equivale a la adecuación de la conducta realizada por el sujeto al tipo penal que la describe, por lo que, puede decirse, se trata de un concepto dinámico y funcional en la medida en que presupone la existencia de una conducta ajustada a un tipo, subsumible en él, o ligada a él por un nexo de dependencia temporal o personal. En otras palabras, la tipicidad es la resultante afirmativa del juicio de tipicidad. (Velásquez Velásquez, 2009, P. 555)

Por su parte, la antijuridicidad debe ser entendida como un juicio negativo de valor en virtud del cual se determina si la conducta típica y anti normativa pugna o no con el ordenamiento jurídico en su conjunto, y si amenaza o lesiona el bien jurídico tutelado. En otras palabras, no basta con la verificación de la ausencia de una norma permisiva o causal de justificación -aspecto formal-, sino que es indispensable determinar si la conducta en estudio representa una amenaza o daño para el bien jurídico tutelado -aspecto material. (Ibíd., P. 707)

Por último, siguiendo de nuevo al autor nacional ya citado, los presupuestos sobre los que descansa el juicio de culpabilidad son los contenidos en el artículo 33 del Código Penal, esto es, la capacidad de comprender la ilicitud del acto y la capacidad de auto determinarse de acuerdo con esa comprensión, por lo que -si falta uno cualquiera de ellos o ambos al mismo tiempo- no se puede emitir en contra del agente ningún juicio de responsabilidad penal; en otras palabras, es culpable quien tiene la posibilidad de comprender las exigencias normativas y de conducirse o motivarse de acuerdo con dichos dictados. Esto significa, a contrario sensu, que no es culpable o responsable quien -dadas las circunstancias de orden personal y social concretas en las que realiza el injusto (conducta típica y antijurídica)- se encuentra en imposibilidad de decidirse conforme a las exigencias del derecho. (Ibíd., P. 827)

## 5. LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA. SU UBICACIÓN SISTEMÁTICA DENTRO DEL INJUSTO PENAL Y SUS CONSECUENCIAS

El Código Penal señala en el artículo 9 que: "… La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado…".

La anterior consagración normativa ha suscitado discusión acerca de su ubicación dentro del sistema de la estructura del delito. (Ibíd., P. 585)

En este trabajo se parte de la premisa en virtud de la cual, si la ubicación sistemática de los requisitos de la imputación objetiva se encuadra dentro del aspecto objetivo del tipo, ello ha de producir necesariamente efectos en la configuración del injusto penal dentro del sistema teórico.

En virtud de la imputación objetiva, resulta ineludible examinar -a efectos de determinar si el resultado que afecta al bien jurídico (lesión o puesta efectiva en peligro), es la consecuencia de la acción o de la omisión del sujeto-, los siguientes tres requisitos:

a). Si la conducta ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico.
b). Si ese riesgo se ha plasmado en el resultado lesivo (tentativa o consumación) y, c). Si el resultado queda cobijado por el tipo penal. (Ibíd., P. 589)

Acorde con lo anterior, se insiste, asumiendo que la ubicación sistemática de los requisitos de la imputación objetiva pertenece al tipo en su aspecto objetivo y que, por consiguiente, el análisis de los tres requisitos que la componen se debe también efectuar en sede del juicio de tipicidad. Por lo tanto, resulta necesario preguntarse si cuando el sujeto activo obra en legítimo ejercicio de una actividad lícita, realiza a la luz del Derecho Penal colombiano positivo vigente, una conducta atípica o una conducta típica más no antijurídica.

En otros términos, teniendo en cuenta que el legítimo ejercicio de una actividad lícita es regulada como una causal de ausencia de responsabilidad penal, entonces habrá que indagar si la exoneración penal deviene en virtud de que ella se constituye como una causal de atipicidad o de si ella se constituye como una causa de justificación.

## 6. LA DISCUSIÓN SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL LEGÍTIMO EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD LÍCITA

En este trabajo se parte de la premisa de que el conjunto de normas que integran el Derecho Penal en sentido objetivo se encuentra compuesto por prohibiciones, mandatos y permisos (causas de justificación); esto es, se asume la postura de la denominada Teoría Dualista de las normas que ya fue expuesta.

Pues bien, el legítimo ejercicio de una actividad lícita hace referencia al ejercicio de una profesión u oficio como la Medicina, la Abogacía, o deportes, etc., de la cual es imaginable que se puedan generar resultados lesivos de posible interés para el Derecho Penal.

Que sea una actividad lícita significa que está permitida por el ordenamiento jurídico; sin embargo, para que esta causal de exclusión de responsabilidad se concrete, no es suficiente con que sea una actividad

lícita, sino que además esta debe ser legítima "debe ser en todo caso conforme a las pautas que la regulan, acorde con la respectiva ley reglamentaria si ya existe". (Ibíd.)

## 7. NATURALEZA JURÍDICA

En el Derecho Penal se ha presentado una gran controversia con respecto a cuál es la naturaleza jurídica del legítimo ejercicio de una actividad lícita, y aunque varios autores han hecho referencia a esta cuestión, no se ha logrado obtener una respuesta más o menos unificada que pueda despejar el problema.

Para intentar lograr una cierta precisión sobre desde qué requisito de la Teoría del Delito (tipicidad o antijuridicidad) actúa como excluyente de responsabilidad penal el legítimo ejercicio de una actividad lícita, a continuación, se pasan a analizar las tres posturas que consideramos existen al respecto.

## 8. POSTURAS QUE SOSTIENEN QUE SU NATURALEZA ES LA DE SER UNA CAUSA DE ATIPICIDAD

Un factor común entre los autores que plantean que la naturaleza jurídica de la institución aquí desarrollada, es el hecho de que un sujeto que ejerce una actividad lícita no podría llegar a cometer ni siquiera el injusto penal, pues el hecho de que esta actividad sea conforme a derecho implica que no debería plantearse la conducta como típica.

Como lo ha propuesto Mario Salazar Marín, quien ejerce una actividad lícita no incurre en injusto, dado que una conducta no puede ser lícita e ilícita al mismo tiempo. Ni siquiera entonces una acción lícita debe encuadrar en un tipo, refiriéndonos así a la Teoría de la ratio essendi, según la cual en el derecho solo hay conductas contrarias o conformes a él. (P. 628)

Por tanto, con base en esta teoría, es ilógico que una conducta ya tomada por típica se considere al mismo tiempo como permitida o que siendo conforme a derecho se tome como típica, porque no debe haber intermedios; el Derecho Penal debe ser preciso pues es la herramienta más severa que tiene el Estado para ejercer su poder punitivo.

Por su parte, Frisch pareciera también ser partidario de defender la atipicidad como naturaleza del legítimo ejercicio de una actividad lícita, al encuadrar las justificantes dentro del riesgo jurídicamente desaprobado. Es decir, para este autor la figura analizada en este ensayo se toma como excluyente de la tipicidad. Pero además de esto, Frisch también plantea que la tipicidad absorbe el requisito formal de la antijuridicidad (las causales de justificación) llevándolas a la imputación objetiva, específicamente al contexto del riesgo jurídicamente desaprobado; por tanto, si la conducta no se considera permitida sino por el contrario prohibida (típica) se configura así un injusto. (Frisch, Citado en Reyes Alvarado, 2005, P. 108)

Por su parte, Zaffaroni habla de casos de tipicidad conglobante. Menciona dos actividades de las anteriormente nombradas; se trata de las intervenciones quirúrgicas y de las lesiones deportivas, lo cual lo hace defensor de esta teoría que plantea la atipicidad cuando se ejerce la actividad lícita. Sin embargo, su argumento fundamental

no radica en que la tipicidad absorba elementos de la antijuridicidad (las causales de justificación), como lo han sostenido otros autores, pues la tipicidad conglobante no es lo mismo que justificante. Tipicidad conglobante como su nombre lo dice, es un elemento de la tipicidad que plantea que para que exista tipicidad penal debe la conducta ser previamente anti normativa y corresponder a una descripción legal. Tal descripción la denomina como "tipicidad legal", y la anti-normatividad, que se establece a partir de la interpretación de todo el ordenamiento jurídico, buscando que unas conductas a pesar de aparecer descritas son mandadas, fomentadas o insignificantes, la llama "tipicidad conglobante". De manera tal, que la tipicidad penal surge de la constatación de la tipicidad legal sumada a la conglobante, y si falta esta última, la conducta se tomará como atípica. (Zaffaroni, 2000)

## 9. POSTURAS QUE SOSTIENEN QUE SU NATURALEZA ES LA DE SER UNA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

Algunos sectores de la doctrina consideran que el legítimo ejercicio de una actividad lícita, da lugar a excluir la antijuridicidad de una conducta típica, como es el caso de Luis Jiménez de Asua quien sitúa esta institución como una causal de justificación. Pero, a pesar de que constata que en el Código Penal español no se tiene dicho expresamente que el ejercicio de la actividad lícita sea una causa de justificación, no es claro al argumentar por qué lo considera así, pues dice: "A falta de precepto taxativo se ha invocado el fin reconocido por el Estado, la esfera de libertad, que el poder público nos deja, la justificación supra legal, ausencia de tipicidad (…), confundiendo la justificación con el elemento subjetivo de lo injusto que para él afecta a su vez al tipo. (Jiménez de Asua, 1961, P. 583)

Otro representante de esta postura es Alfonso Reyes Echandía quien hace un análisis de esta institución, no precisamente desde el Código Penal sino desde el artículo 39 de la Constitución Política de Colombia, que garantiza el derecho al libre ejercicio de profesión u oficio. Plantea Reyes que: "tener un título profesional conlleva la facultad de ejecutar aquellos actos necesarios para el logro de los fines propios de la respectiva profesión, aun en el caso de que la realización de tales fines implique lesión de bienes jurídicamente protegidos. En tales condiciones, el abogado que en un alegato se ve precisado a exponer hechos que lesionan el honor o la fama de un tercero, no ejecuta acción antijurídica. (P.19)

También el profesor español Santiago Mir Puig no habla como tal del ejercicio de una actividad lícita, sino del ejercicio de un oficio o cargo. Y como ya se ha dicho anteriormente, el ejercicio de una actividad lícita hace referencia precisamente a estos; por tanto, queda claro que estamos hablando de una misma situación.

Sin embargo, Mir Puig habla de estos supuestos mirados desde el cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho que, hacen referencia a la obediencia debida pues dice el autor, que no obstante que en su ordenamiento jurídico se enumeran cuatro supuestos (a). cumplimiento de un deber. b). ejercicio de un derecho. c). ejercicio de un oficio y d). Ejercicio de un cargo) no se toman como instituciones aparte el ejercicio de un cargo u oficio pues son más bien fuentes de posibles derechos y deberes.

> Para este autor:
> Cuando el derecho impone a alguien el deber de realizar un hecho previsto en un tipo penal o le confiere un derecho que se lo permite, es evidente que no puede considerarse contrario a derecho, esto es, antijurídica la realización de aquel hecho. Una clase especial de deber impuesto por el derecho que puede dar lugar a esta situación es el deber de obedecer determinadas órdenes" y es aquí donde deja claro que desde su posición entiende que estos presupuestos excluyen de responsabilidad penal por no ser antijurídico. (Smir Puig, 1998, P. 484)

Como se desprende de lo dicho en este apartado, por regla general. los autores que defienden esta teoría lo hacen apoyados en el supuesto de que tales instituciones se encuentran amparadas por el ordenamiento jurídico, y que, por tanto, se consideran como normas permisivas las cuales tienen un análisis en el ámbito de la antijuridicidad como justificantes.

## 10. POSTURAS QUE SOSTIENEN QUE SU NATURALEZA ES MIXTA

Siendo este tema de la naturaleza jurídica del legítimo ejercicio de una actividad lícita de tratamiento escaso en la doctrina colombiana, sí que ha sido mucho más difícil encontrar autores que defiendan esta institución desde esta Teoría de la naturaleza jurídica mixta.

En Colombia, esta ha sido planteada por Fernando Velásquez Velásquez, quien dice que el ejercicio de una actividad lícita posee una naturaleza mixta: como causal de atipicidad y de justificación, pues en muchos casos el ejercicio de una actividad conforme al derecho no representa ninguna amenaza o lesión para el bien jurídico y se está en frente a situaciones de evidente adecuación social de la conducta en las que faltaría la imputación objetiva (P. 744).

Otro autor que asume que el ejercicio de una actividad lícita posee una naturaleza mixta, es el profesor Juan Fernández Carrasquilla quien, aunque no habla precisamente de la institución objeto de este ensayo, da una forma de unificar las justificantes con la tipicidad e incluso con la culpabilidad entendiéndose aquí incluido el legítimo ejercicio de una actividad lícita. Según esto, propone Fernández Carrasquilla:

> Para lograr el concepto de tipo total, compuesto de la suma de conducta típica (tipo de acción), antijuridicidad típica (tipo de injusto) y culpabilidad típica (tipo de culpabilidad, pero exceptuando reprochabilidad), expone que la antijuridicidad de la conducta está patente antes de la descripción legal, por lo que "el injusto se tipifica", mientras que para la tradición es el tipo el que se justifica o injustifica, con el resultado paradójico de que una misma conducta estaría a un mismo tiempo prohibida y permitida (tipificada y justificada), o bien, inexorablemente, permanecería prohibida (tipificada) pese a estar autorizada".
>
> Dice finalmente Fernández Carrasquilla que "el tipo penal no abarca hechos permitidos, lícitos y autorizados o mandados, como tampoco hechos inocuos, insignificantes o socialmente adecuados.
>
> Al tratar sobre las causales de justificación que él llama "tipo permisivo", se refiere a ellas como excluyentes no solo de

antijuridicidad sino también de tipicidad, en razón a que "la antijuridicidad es el más importante complemento objetivamente valorativo del tipo de la acción conminada con pena (Fernández Carrasquilla citado por Gómez Pavajeau, 2005, P. 77).

## 11. TOMA DE POSTURA

Parece correcto indicar que a la luz del Código Penal colombiano vigente, el legítimo ejercicio de una actividad lícita debe ser entendido como una causal de exclusión de la tipicidad, pues la ubicación sistemática del concepto de la imputación objetiva situado como requisito de la estructura del tipo lleva aparejada la necesidad de entender que una actividad que se ejerza lícita y legítimamente no pueda sobrepasar el filtro del requisito de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, porque aunque tal actividad esté causando una lesión o un peligro al bien jurídico cumpliendo con el nexo de causalidad entre la conducta y el resultado, lo cierto es que dicha lesión o peligro queda dentro del contexto del riesgo permitido.

De otro lado, sea cual sea la naturaleza que se le otorgue al legítimo ejercicio de la actividad lícita, lo cierto es que el entendimiento que un sector de la doctrina hace en cuanto a que los criterios de la Teoría de la imputación objetiva deben ser analizados dentro del aspecto objetivo de los tipos, lleva a pensar que la discusión acerca de la teoría de las normas penales que se acoja (bien sea la Teoría Monista de los imperativos o la Teoría Dualista), debe ser puesta al día y reactualizada de cara a la moderna Teoría de la imputación objetiva desarrollada principalmente por Jakobs y Roxin en Alemania.

Todo parece indicar que se hace necesario reestructurar y repensar la Teoría de la conducta punible, ante la posibilidad de asumir una absorción por parte de la tipicidad de las causales de justificación (causales generadoras de riesgos permitidos), que se entienden por un sector de la doctrina como de exclusión del aspecto formal de la antijuridicidad y, por otro sector, como causales de justificación conglobantes, es decir, que a la vez dichas causales tendrían la potencialidad de excluir la tipicidad o la antijuridicidad, dependiendo de la perspectiva analítica que se adopte.

Quizás por ello un autor tan representativo como Günther Jakobs ha señalado: "no es que mantenerse dentro del riesgo permitido sea una causa de justificación". (Marcial Pons, 1997, p. 245), con lo cual pareciera situarse en la idea de que un comportamiento ejecutado dentro del contexto propio de una actividad lícita no puede estimarse siquiera como típico.

Del mismo modo Claus Roxin (1997), afirma:

Aquí se va a entender por riesgo permitido una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye la imputación al tipo objetivo (p. 371).

# Conclusiones

Es evidente el déficit teórico existente en cuanto a la institución del legítimo ejercicio de una actividad lícita, que no solo se da en el ordenamiento jurídico colombiano, en el que

la doctrina no se ha interesado en profundizar sobre la cuestión, para intentar dar una solución acerca de su naturaleza jurídica.

Cuando el ordenamiento jurídico tiene estas fisuras, no solo está corriendo el riesgo de que los operadores judiciales puedan tomar decisiones carentes de fundamento, sino también, generar inseguridad jurídica.

Ante ese panorama han de adelantarse estudios jurídicos encaminados a propiciar el adecuado entendimiento de las instituciones jurídicas, para nuestro caso, relacionadas con la Teoría del Delito. A ello, modestamente queremos contribuir con este trabajo que constituye apenas el embrión y la semilla de la aproximación al tema desarrollado.

## Refrencias


Bustos Ramírez, J. (1994). *Manual de derecho penal, parte general.* Cuarta edición. Editorial PPU, S.A. Barcelona España.

Gómez Pavajeau, C. A. (2005). *El principio de la antijuridicidad material.* 4 edición. Editorial giro editores LTDA, Bogotá Colombia. P.77. Citando a Juan Fernández Carrasquilla. Derecho penal fundamental tomo 2 editorial Temis Bogotá Colombia 1998.

Jackobs. (1997). *Derecho parte general, fundamentos y teoría de la imputación.* Apartado 16. Segunda edición, Editorial Marcial Pons, Madrid.

Jiménez de Asua, L. (1961). *Tratado de derecho penal*. Tomo 4, editorial losada S, A, Buenos Aires Argentina.P.583.

Mir Puig, S. (1998). *Derecho penal parte general*. Quinta edición, editorial corregrafic SL, Barcelona España. P. 484

Reyes Alvarado, Y. (2005). *Imputación objetiva.* Tercera edición. Editorial Temis, Bogotá Colombia. P. 108 citando a Wolfgang Frisch. Tatbestandsmäbiges

Reyes Alvarado, Y. (2005). *Prólogo. Imputación objetiva.* Tercera edición. Editorial Temis, Bogotá Colombia.

Reyes Echandía, A. (1974).*Derecho penal parte general, Tercera edición,* Editorial publicaciones universidad externado de Colombia, Bogotá Colombia.

Roxin, C. (1997).*Derecho penal parte general fundamentos.* La estructura de la teoría del delito, segunda edición, editorial civitas SA.Madrid España.

Salazar Marín, M. (2007). *TEORIA del delito, con fundamento en la escuela dialéctica del derecho penal,* editorial Ibáñez, Bogotá Colombia.

Velázquez, F. (2009). *Derecho penal, parte general*. Cuarta edición. Editorial Comlibros, Bogotá Colombia.

Velázquez, F. (2009). *Derecho penal, parte general.* Cuarta edición. Editorial Comlibros, Bogotá Colombia.

Zaffaroni, E. R. (2000). *Derecho Penal, parte general. Fundamentos y relación con la anti normatividad.* Editorial Ediar, Buenos Aires Argentina.

Zaffaroni, E. R. (2000). *Derecho Penal parte general.* Editorial Ediar, Buenos Aires Argentina.

# La regresividad de derechos pensionales en Colombia a partir de la sostenibilidad fiscal:

## ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS SU 1073 DE 2012 Y SU 230 DE 2015

**Natalia Juliana Pacheco Quintero,**
**María Alejandra Jaimes Sanguino***

Recibido: 21 de noviembre de 2016
Aprobado: 25 de marzo de 2017

*Ganadoras del *PRIMER PUESTO* en la decimocuarta versión del Concurso Nacional de Ensayo Octavio Arizmendi Posada (2016) organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. Estudiantes de quinto semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Correos electrónicos: *npacheco697@unab.edu.co; mjaimes816@unab.edu.co.*

## Sumario

Resumen. Palabras clave. Abstract. Key words. Introducción. 1. La regresividad de los derechos sociales. 1.1. Hipótesis de regresividad. 1.2. La invalidez de la regresividad que persigue la disciplina fiscal. 2. Sentencia C-288 de 2012: el primer momento de la sostenibilidad fiscal. 3. Sentencias analizadas. 3.1. SU 1073 de 2012: la regresividad del derecho a la indexación de la primera mesada pensional de quienes adquirieron el estatus de pensionado antes de la Constitución de 1991. 3.2. SU 230 de 2015: la regresividad del derecho a que las mesadas pensionales se liquiden y paguen conforme al ingreso base de liquidación previsto en los regímenes de transición conforme al principio de inescindibilidad. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

## Resumen

La promesa se ha roto: la sostenibilidad fiscal, figura incorporada al sistema constitucional colombiano mediante el Acto Legislativo 03 de 2011, está siendo utilizada como un principio para disminuir los derechos sociales fundamentales. No ha resultado ser la sostenibilidad fiscal una herramienta marco para cumplir los compromisos incorporados por la cláusula de Estado Social de Derecho y no un principio jurídico que pueda ponderarse con los derechos fundamentales, según dijo la Corte Constitucional inicialmente en la sentencia C-288 de 2012. Por el contrario, en las sentencias SU 1073 de 2012 y SU 230 de 2015, la sostenibilidad fiscal fue utilizada como un argumento para promover la regresividad de los derechos sociales a la indexación de la primera mesada de quienes adquirieron el estatus de pensionados antes de la Constitución de 1991 y a la liquidación del monto pensional conforme al principio de inescindibilidad.

**Palabras clave:** Sostenibilidad fiscal, derechos fundamentales, regresividad, Corte Constitucional.

## Abstract

The promise has been broken: fiscal sustainability, incorporated into the Colombian constitutional system by Legislative agreement (Acto Legislativo) 03 2011, is being used as a principle to reduce fundamental Social Rights. It has not been, according to the Constitutional Court (Corte Constitucional) stated initially in sentence C-288, 2012, the fiscal sustainability a framework tool to fulfill the commitments embodied by the clause of social State and not a legal principle that can be balanced with the fundamental rights. By contrast, in the sentences SU 1073 in 2012 and 230 in 2015, fiscal sustainability was used as an argument to promote the regressivity of Social Rights to the indexing of the first monthly paiments of those who acquired the status of pensioners before the Constitution 1991 and the liquidation of the pension amount under the principle *of inescindibilidad.*

**Key words:** Fiscal sustainability, fundamental rights, regressivity, Constitutional Court.

# Introducción

En este escrito, se exponen los resultados de los análisis jurisprudenciales de tres sentencias de la Corte Constitucional colombiana en las que se han abordado las características y la aplicación de la sostenibilidad fiscal, figura incorporada a la Constitución de 1991 mediante el Acto Legislativo 03 de junio 1 de 2011.

El ensayo persigue demostrar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido errática en cuanto al alcance de la sostenibilidad fiscal frente a la garantía de los derechos fundamentales. Ello es resultado de los contenidos disímiles de las sentencias C-288 y SU 1073 de 2012, y SU 230 de 2015. Ello es así, debido a que a partir de la primera, se puede sostener que: (i) la sostenibilidad fiscal no tenía estructura de principio jurídico, que por el contrario (ii) tenía un carácter instrumental y subordinado a la aplicación de todo el elemento ideológico que incorpora la cláusula social de Derecho en el Estado colombiano y que (iii) frente a la actividad judicial solo sería aplicable luego de que se profirieran las sentencias si se promovía el incidente de impacto fiscal, ya que (iv) la sostenibilidad fiscal no podía afectar el contenido de las sentencias sino sus efectos.

Por el contrario, en las SU 1073 de 2012 y 230 de 2015, la Corte utilizó la sostenibilidad para justificar el contenido de sus decisiones, reduciendo el margen de las prestaciones que con anterioridad había reconocido a quienes se pensionaron bajo la vigencia de la Constitución de 1991 y quienes eran beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 con aplicación del principio de inescindibilidad. Y así, reducir el coste de los derechos pensionales a cargo del Estado, como apuesta para optimizar los recursos públicos.

Que la sostenibilidad fiscal se aplique en el ámbito del Derecho Laboral y más concretamente afecte los derechos pensionales es de la mayor importancia. Carvajal (2012) defiende la idea de que el principio de dignidad humana hizo su aparición en el sistema jurídico colombiano mucho antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, a través de leyes que dignificaron las relaciones laborales. De tal suerte, la merma de los derechos pensionales para garantizar la sostenibilidad fiscal indica que la salida de la dignidad humana empieza por donde entró.

Este escrito es un resultado parcial de la investigación titulada "La regresividad de los derechos sociales a partir de la sostenibilidad fiscal en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Colombia (2012-2016)", cuyo objetivo general es identificar si la Corte Constitucional ha promovido la regresividad de los derechos sociales con fundamento en la reforma constitucional de 2011. Esta investigación es desarrollada en el Semillero de Investigación en Hermenéutica Jurídica –HERMES– de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

Para los fines expositivos, este escrito se divide en cuatro partes. En la primera, se hace una precisión teórica acerca de cuándo ocurre la regresividad de los derechos sociales fundamentales con apoyo en Abramovich y Courtis. Luego, se expone el análisis de la sentencia C-288 de 2012 que caracteriza a la sostenibilidad fiscal como un elemento constitutivo de la

parte orgánica de la Constitución de 1991 al servicio del Estado Social de Derecho. Enseguida, se analizan individualmente las sentencias SU 1073 de 2012 y SU 230 de 2015, precisando la hipótesis en la que se aplica y la argumentación utilizada por la Corte para (i) desligarse de sus precedentes y (ii) reconfigurar los anotados derechos con apoyo en la sostenibilidad fiscal. Finalmente, se recaban conclusiones.

## 1. LA REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Un aporte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) a la construcción del Estado Social de Derecho son los principios de progresividad y de no regresividad de derechos sociales (Upegui, 2009). Las rupturas democráticas o constituyentes que derrumbaron el frío Estado legalista y liberal de Derecho asignaron al Estado la obligación de garantizar un mínimo vital y la igualdad material de los asociados. El cumplimiento de este objetivo implica una planificación e inversión de recursos económicos que no se agotan en un solo acto, o con la expedición de una norma jurídica, o mediante la adopción de una decisión, sino que demanda la realización de actividades de satisfacción de manera progresiva y según los recursos disponibles hasta llegar a los estándares de protección más amplios posibles.

Las diferentes disposiciones del DIDH prevén que los derechos sociales se deben satisfacer (i) bajo la cooperación internacional, (ii) adoptando medidas económicas y técnicas para lograrlo, (iii) "hasta el máximo de los recursos" disponibles o posibles, (iv) por cualquier medio apropiado (PIDESC, entre otras) que no solo se representa en medidas legislativas. Pero también, no puede perderse de vista que las condiciones a partir de las cuales los Estados establecen unos estándares o márgenes de protección de los derechos sociales fundamentales pueden cambiar, lo que tiene la potencialidad de disminuir las garantías otorgadas. Este riesgo no es desconocido por el Derecho, pues de manera general ningún derecho es absoluto y menos los sociales, y este es regulado por el principio de no regresividad de los derechos sociales. Este principio impone la exigencia de desarrollar criterios que fundamenten la regresividad de manera que sea razonable, y no el resultado de una decisión discrecional, arbitraria o caprichosa.

### *1.1. Hipótesis de regresividad*

Una medida estatal es regresiva, dicen Abramovich y Courtis (2004) cuando se "limite, restringa o reduzca la extensión o el sentido de un derecho social, o le imponga a su ejercicio condiciones que con anterioridad no debían sortearse" (p.112). Lo primero es la disminución de las garantías establecidas en el derecho social, esto es una afectación a las consecuencias jurídicas ya reconocidas, y lo segundo impacta su supuesto de hecho adicionando condiciones de aplicación que obstaculizan el acceso a él –ser titular– o su ejercicio. También se incurre en regresividad cuando se derogan o suspenden las normas jurídicas que consagran el derecho social.

### *1.2. La invalidez de la regresividad que persigue la disciplina fiscal*

La adopción de medidas regresivas de los derechos sociales es considerada en el DIDH per se contrario al principio

de progresividad y, por tanto, como un desconocimiento de las obligaciones internacionalmente asumidas. Pero tal prohibición no es absoluta, debiéndose justificar altamente las medidas regresivas, que desde luego son excepcionales.

Abramovich y Courtis (2004) a partir de la lectura del DIDH, señalan que la validez material de las decisiones regresivas a los derechos sociales reposa en cumplir tres exigencias, que son: (i) la existencia de un interés estatal permisible, (ii) el carácter imperioso de la medida, y (iii) la inexistencia de alternativas menos restrictivas del derecho. Los simples "argumentos generales de política pública, disciplina fiscal… [o de] otros logros financieros o económicos" son inadmisibles (p.113); y, por tanto, son prohibidos o son malas razones para dar sustento a una medida regresiva al derecho social.

Se tiene, así, que no cualquier argumento es admisible para retroceder las garantías de un derecho social, como los de simple sostenibilidad fiscal, debido a que el otorgamiento de esas garantías supone una obligación al Estado para cumplir lo prometido, de buscar los medios para asegurar el derecho reconocido, aún en los malos tiempos, de modo que no cualquier situación pueda llevarlo a retirar los estándares de protección que un día otorgó.

## 2. SENTENCIA C-288 DE 2012: EL PRIMER MOMENTO DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL[1]

En este pronunciamiento la Corte Constitucional niega que el Acto Legislativo 03 de 2011 sea una sustitución a la Constitución, como lo planteaba el demandante. La Corte interpreta a la sostenibilidad fiscal como una herramienta que permite un alcance material de los derechos fundamentales para todas las personas, de tal manera que se aseguren las condiciones necesarias para que genere el cumplimiento de las prestaciones derivadas de los derechos fundamentales. Con la sostenibilidad fiscal se va a reducir, resalta la Corte, la discrecionalidad de los Gobiernos a la hora de la toma de decisiones que tengan que ver con la política económica, y va a vincular a toda entidad pública que tenga competencia en activar el gasto público. Los jueces que en sus decisiones ordenan al Gobierno la inversión del erario para pagar los derechos fundamentales, también están vinculados a garantizar la sostenibilidad fiscal.

La sostenibilidad fiscal, en síntesis, destaca la Corte, es un criterio rector del ejercicio del poder público, que busca que los recursos públicos tengan un uso racional de suerte que los ingresos se armonicen con el gasto permanente que exige cumplir el contenido de los derechos. Así, el principio de progresividad de los derechos sociales encuentra en la regla fiscal un instrumento para la optimización de los recursos que su puesta en práctica exige de ir siempre hacia adelante a la consecución del goce pleno de los derechos fundamentales.

La Corte niega expresamente que la sostenibilidad pueda: (i) redefinir los fines esenciales del Estado, (ii) ponderarse con los derechos fundamentales, pues (iii) "carece de la jerarquía normativa suficiente para desvirtuar

[1] Un análisis más extenso de esta providencia judicial, puesta en diálogo con sus implicaciones en el carácter que tiene la Corte Constitucional frente a la satisfacción de derechos fundamentales que implican se presentó en el V Intercambio y Concurso de Semilleros de Investigación organizado por la Universidad Sergio Arboleda –Sede Santa Marta– en el mes de noviembre de 2015.

la vigencia de dichos principios, limitar su alcance o negar su protección por parte de las ramas y órganos del Estado, al punto que (iv) "no puede plantearse un conflicto normativo, ni menos aún una antinomia constitucional, entre la sostenibilidad fiscal y los principios fundamentales del Estado Social de Derecho". En conclusión, la sostenibilidad fiscal se ubica en la parte orgánica y no en la dogmática de la Constitución de 1991.

Frente al incidente de impacto fiscal, la Corte resalta que en su trámite no se puede llegar a modificar el contenido del fallo sino diferir su cumplimiento. Con esta lectura se puede sostener que el Gobierno o el Procurador General de la Nación, primero, presentan a la Corte Constitucional el impacto en las finanzas públicas de sus sentencias y los problemas que podría tener su efectivo cumplimiento, y esta, luego, valora si es pertinente o no cambiar los efectos del fallo –pero no su contenido–, a partir de una deliberación que permita obtener una decisión equilibrada que incorpore, después de esta interlocución entre las Altas Cortes y los funcionarios mencionados, "un ámbito de protección de los derechos reconocidos judicialmente".

## 3. SENTENCIAS ANALIZADAS

Que se aborde el estudio de la sostenibilidad fiscal en sentencias de unificación de la Corte y no en autos proferidos en el trámite de incidentes de impacto fiscal, el cual no está regulado cuando las decisiones aborden los derechos fundamentales, dice mucho sobre que lo dicho en la sentencia C-288 de 2012 no se está cumpliendo.

### *3.1. SU 1073 de 2012: la regresividad del derecho a la indexación de la primera mesada pensional de quienes adquirieron el estatus de pensionado antes de la Constitución de 1991*

**Supuesto fáctico.** Aquí se deciden varios casos de pensionados que obtuvieron tal estatus antes de la expedición de la Constitución de 1991, es decir bajo la vigencia de la Constitución de 1886. Los demandantes se caracterizan por haberse retirado del servicio antes de cumplir el requisito de edad para acceder a la pensión de jubilación, pues el tiempo de servicio ya lo satisfacían. A todos ellos, el monto de su pensión fue establecido sin actualizar el valor de sus aportes desde el momento en que se retiraron del servicio y cuando le es reconocida su pensión. El paso del tiempo hace que esa pensión así liquidada no refleje el valor actual del salario sobre el cual cotizó el pensionado.

**Precedente judicial.** La Corte recuerda que sus decisiones frente a casos parecidos han reconocido que desde los años setenta el legislador colombiano incorporó la indexación monetaria, como una medida para hacer que los efectos inflacionarios no afecten los ingresos de los asalariados. Precisa también, que con diferentes reformas al Código Sustantivo del Trabajo fue reconocido, por ejemplo, que las mesadas pensionales se reajustaran conforme al aumento del salario mínimo, para finalmente ser la Ley 100 de 1993 la que consagra la actualización del ingreso base para la liquidación de las pensiones de vejez, de invalidez y de sobreviviente.

Tras esto, la Corte manifiesta que no quedaba claro si existía una regla jurídica que regulara la indexación de la primera mesada pensional de la pensión de jubilación de quien se retire

o sea retirado del servicio sin cumplir la edad requerida, pero cuyo reconocimiento pensional es hecho en forma posterior. Quedaba cimentado el primer argumento de la Corte para promover la regresividad del derecho a la indexación de la primera mesada.

Luego, la Corte hace un excurso por la jurisprudencia de la Corte Suprema para resaltar que no es sino hasta poco antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, que con la indexación de la primera mesada pensional se cubría un daño emergente sufrido por el pensionado que se retiraba del servicio antes de cumplir el requisito de edad.

Lo anterior vendría a ser refrendado por la Constitución de 1991 cuando consagró: (i) en el artículo 53 que la remuneración del trabajador debía ser móvil, y (ii) en su artículo 48 dispuso que las pensiones debían mantener "su poder adquisitivo constante". Pese a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia en 1999, prosigue el Tribunal Constitucional patrio, cambió su jurisprudencia al sostener que para que procediera la indexación de la primera mesada pensional, debía existir norma legal que la estableciera, lo que solo ocurrió en 1993, con la Ley 100.

Pese a lo anterior, el excurso de la temática por la jurisprudencia de la Corte Constitucional terminó por reconocer en la sentencia C-862 de 2006 que existe "un derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional" a partir de la interpretación sistemática de distintas disposiciones constitucionales. Esta interpretación, recuerda la Corte, permite (i) proteger el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad, (ii) garantizar que los pensionados reciban una pensión acorde con el esfuerzo realizado en su etapa productiva y (iii) otorga un tratamiento igual, por cuanto todos los pensionados se ven afectados por la pérdida del poder adquisitivo del dinero, y por tanto, todos merecen la misma protección. La indexación de la primera mesada va a permitir que ese poder adquisitivo del pensionado se mantenga sin importar cuánto tiempo pase entre su retiro del servicio y el momento que cumple el requisito de la edad de pensión.

**Cambio de precedente.** A pesar de la claridad del precedente constitucional, la Corte va a sostener, en la SU 1073 de 2012, que la indexación de la primera mesada pensional no era predicable en los mismos términos para todas las categorías de pensionados. Este derecho varía, va a concluir la Corte, frente a aquellos que adquirieron el derecho a gozar de una pensión con anterioridad a la vigencia de la Constitución.

La Corte reconoce que los pensionados bajo la vigencia de la Constitución de 1886 tienen derecho a que su primera mesada se indexe, pero solo recibirán el pago de la mesada actualizada desde la misma SU 1073 de 2012, y no aplicando la prescripción trianual por lo siguiente: (i) por muchos años hubo incertidumbre sobre la titularidad del derecho, lo que solo viene a ser aclarado en esta sentencia con ayuda del recuento de la línea jurisprudencial tratada en esta sentencia, trayendo a colación la C-862 del 2006, en la que se determina que la titularidad de este derecho constitucional se extiende a aquellas personas pensionadas antes y después de la expedición de la Constitución de 1991, sin que sobre el particular existiera distinción o discriminación alguna, teniendo en cuenta la interpretación de los artículos 48 y 53 de la misma Constitución; y (ii) se irriga un gasto

contrario a la sostenibilidad fiscal, tomando como fundamento el riesgo existente a la hora de realizar los pagos producto de la actualización pensional a quienes les fue concedido este derecho, pues, se genera una vulneración al principio en mención, dado que se dispone de recursos limitados para distribuirlos de acuerdo con las necesidades de la población.

El salvamento de la Magistrada María Victoria Correa Calle explota las deficiencias de la SU 1073 de 2012. Ella recuerda que en la SU 120 de 2003, la Corte había considerado que también las personas que gozaban de un reconocimiento pensional previo a la Constitución de 1991 eran titulares del derecho a la indexación de la primera mesada, y además que en fallos de constitucionalidad se defendió la universalidad del derecho, quiere decir, la procedencia de la actualización sin importar el tipo de pensión ni la fecha de reconocimiento de la prestación.

### *3.2. SU 230 de 2015: la regresividad del derecho a que las mesadas pensionales se liquiden y paguen conforme al ingreso base de liquidación previsto en los regímenes de transición conforme al principio de inescindibilidad*

**Supuesto fáctico.** Aquí se resuelve un único caso en el que un pensionado que es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 demanda por vía de tutela contra providencia judicial, que el monto de su mesada pensional sea tasado con el ingreso base de liquidación (en adelante IBL) previsto en la Ley 33 de 1985 y no como lo ordenó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esto es con el IBEL del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

**Precedente construido.** La Corte Constitucional comienza reconociendo que es jurisprudencia en vigor, merced a más de 20 sentencias de tutela, el considerar que los regímenes pensionales previos a la Ley 100 de 1993 son reconocidos por esta como de transición y deben aplicarse a la luz de la inescindibilidad e integralidad de los regímenes pensionales especiales, a partir de los cuales no es posible combinar elementos normativos de uno y otros regímenes pensionales para regular el pago de las pensiones.

Esta pacífica interpretación que había sido acogida por la Corte Constitucional y que vinculaba a todos los jueces fue dejada atrás. En un claro salto argumentativo, la Corte afirma haber realizado en la sentencia C-258 de 2013 una interpretación al régimen, que distingue entre monto pensional y el ingreso base de liquidación: el primero atañe al porcentaje del salario sobre el cual la pensión va a ser pagada y el IBL es la franja temporal que se tiene en cuenta para calcular el promedio de ingresos del trabajador que sirve para fijar el valor de la mesada pensionada. Sostiene la Corte que desde aquella vez se reconoció que el IBL no es un elemento sometido a la transición, como sí lo fue el monto. Tal interpretación se aplicaba, sostuvo la Corte, no solo a los beneficiarios del régimen pensional especial de ex congresistas y exmagistrados de Altas Cortes, sino también a todos los regímenes de transición. Así pues, los beneficiarios de la Ley 33 de 1985 se pensionan, no con el promedio de lo devengado en el último año de servicio, sino con el promedio de los últimos diez (10) años, según dispone la Ley 100 de 1993.

Como argumento para sostener este cambio, afirma la Corte que, pese a

existir la jurisprudencia en vigor con las características ya anotadas, no se contaba con un pronunciamiento frente al artículo 36 de la Ley 100 en sede control abstracto de constitucionalidad.

Los salvamentos de voto señalaron que el régimen pensional de la Ley 33 1985 no es un régimen de privilegios, ni se tiene evidencias que promueva ventajas desproporcionadas. Así, las razones para la toma de la decisión basándose en la C-258 de 2013 no son procedentes, pues en esta se examinó una norma referente al régimen pensional especial de los congresistas, según expusieron los magistrados María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio. Frente al caso en concreto, exponen que lo pedido por el accionante no demuestra una diferencia que por sí misma fuera contraria a la igualdad, o a la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, pues no concede al actor una pensión que él mismo no hubiera financiado; así pues, queda fuera cualquier argumento relacionado con el propósito de evitar ventajas o privilegios inconstitucionales, ya que estos son inexistentes, mas sí cambia la jurisprudencia constitucional, porque el ingreso base de liquidación aplicable a los beneficiarios del régimen de transición es el previsto en el régimen anterior al cual estuvieran afiliados los solicitantes.

El magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, por su parte, secunda lo ya dicho en el párrafo pasado, considerando que la decisión adoptada se fundamentó en una interpretación incorrecta del alcance de la sentencia C-258 de 2013. Recuerda que ésta había sentado un precedente aplicable a algunos regímenes en específico, entre los que no se toma el de la Ley 33 de 1985, pues no guarda relación con los supuestos estudiados en aquella oportunidad. Así, concluye este magistrado, la Sala Plena extendió los efectos de la sentencia C-258 de 2013 mediante un ejercicio hermenéutico que no se corresponde con la competencia de las Salas de Revisión. Adicional a esto, nunca se dijo que todos los valores de las mesadas conseguidas en virtud de regímenes exceptuados o de transición debían ser considerados contrarios a los principios constitucionales, en virtud de aquellos que no implican una "ventaja injustificada", los cuales están acordes con los postulados constitucionales y por tanto deben ser reconocidos. Se pondera entonces a todos los regímenes, incluso los excluidos de manera explícita como iguales, afectando negativamente los derechos sociales no solo del accionante en cuestión, sino aquellos cuyas mesadas dista de poder ser consideradas como una "ventaja injustificada".

## Conclusiones

**En el caso de la sentencia SU 1073 de 2012.** Inicialmente, se tiene que dentro de la sentencia sí existió o sí se pudo evidenciar una regresividad en la garantía del derecho social; esto se ve reflejado en las diferentes modificaciones al concepto y legislación en lo que respecta a la indexación de la mesada pensional, es decir, a lo largo del análisis de esta jurisprudencia se notan cambios que no favorecían al titular del derecho, en este caso al trabajador pensionado.

Dado el análisis de la sentencia, se identifica que existe la regresividad de este derecho constitucional, según se desprende de la colisión con la sostenibilidad fiscal desde el momento en que se ordena el primer pago indexado de la mesada pensional. Se dice que esto genera una alteración a la

estabilidad financiera del Sistema General de Pensiones, la cual se produce por la limitación de recursos de esta entidad, degradando, en primer lugar, el principio de sostenibilidad fiscal, consagrado en el artículo 334 de la Constitución, el cual, resalta que "debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica", y además, degradando el principio de eficiencia, el cual actúa como criterio orientador de la sostenibilidad financiera autónoma del sistema integral de seguridad social en pensiones, a fin de garantizar el pago oportuno y reajuste periódico de las pensiones legales.

Es por lo anterior que se concluye que la Corte promovió la regresividad de este derecho social pues los pagos con la mesada indexada van a ser menores si se trata de pensionados antes de la Constitución de 1991. Con ello se va a mantener el flujo de los recursos del Sistema General de Pensiones, que no se destinarán a pagar las pensiones como en un comienzo se debería hacer.

**En el caso de la sentencia SU 230 de 2015.** Se promovió la regresión de este derecho pensional bajo la idea de no pagar mesadas pensionales, apoyado en el cálculo de las pensiones en ciertos casos con base en dicha interpretación del IBL, ya que conduciría a pensiones de una cuantía que puede ser difícil de pagar. Al final, se termina cambiando de forma expresa y directa una postura jurisprudencial que considera inconstitucionales los regímenes que otorgan privilegios excesivos y ventajas desproporcionadas, cuando el IBL aplicable a los beneficiarios del régimen de transición debe ser el previsto en el régimen anterior al cual estuvieran afiliados los cotizantes, inclusive sin que ello redunde en pensiones desproporcionadas como la Ley 33 de 1985.

Una vez más, la Corte termina promoviendo la regresividad de un derecho social de carácter vital para la subsistencia del individuo, inclinándose hacia la desmejora de los mismos.

En una y otra decisión, el fundamento de la regresividad es garantizar la disciplina fiscal. La Corte ni siquiera aborda el estudio de las exigencias del principio de no regresividad de los derechos sociales. Con todo, ambas decisiones las incumplen.

## Refrencias


Abramovich, V. y Courtis, C. (2004). Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Trotta.

Carvajal, B. (2012). La dignidad de la persona humana antes de la Constitución de 1991: pequeña historia de un gran principio. En Barbosa, F. (Ed.), Historia del Derecho Público en Colombia. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-288 de 2012 (M. P. Luís Ernesto Vargas Silva: abril 18 de 2012).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU- 1073 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: diciembre 12 de 2012).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-230 de 2015 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: abril 29 de 2015).

Upegui, J. (2009). Doce tesis en torno al concepto de Estado social de Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

# Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la evolución del pacto colectivo en desarrollo con el derecho de asociación sindical:

# ENTRE EL RECHAZO Y LA REINVENCIÓN DE LA CORTE (1991-2015)

**Paula Andrea Daza Caballero***

Recibido: 07 de abril de 2017
Aprobado: 23 de julio de 2017

* Estudiante de sexto semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, miembro del semillero de Derecho Laboral.
Correo: *paulaandreadazac@hotmail.com.*

## Sumario

Introducción. 1. Aproximaciones de una naciente Corte (1991-1992). 2. Acercamientos al pacto colectivo vs. garantía a asociarse en sindicatos (1993). 3. Derecho de negociación colectiva (1994). 4. Primeros cambios cardinales (1995). 5. El sí total al pacto colectivo (1996). 6. Aclaraciones de mecanismos garantes de pactos colectivos (1997). 7. Despidos por afiliar a pacto colectivo (1998). 8. Más allá de la acción de tutela al pacto colectivo (1999). 9. Renovación de la importancia del pacto colectivo (2000). 10. Renace la convención colectiva (2001). 11. Mal uso del pacto colectivo vuelve a presentarse (2002). 12. Uso inadecuado del pacto colectivo (2003). 13. Mayor inclusión a sindicatos (2004). 14. Reconocimiento de negociaciones alternas al pacto colectivo (2005). 15. La acción de tutela (2006). 16. Precisiones del pacto colectivo (2007). 17. Negociación de pliegos por parte del sindicato (2008). 18. Vías alternas modernas (2010). 19. Principios de importancia del contrato sindical (2011). 20. Tutelas en contra de pactos colectivos (2012). 21. Ampliación de la acción de tutela (2013). 22. De temeridad a conversaciones colectivas, y algunas precisiones (2014). 23. Lo más reciente (2015). Conclusiones. Referencias bibliográficas. Anexo.

## Introducción

En Colombia se definen tres tipos de negociación colectiva: la convención colectiva, el pacto colectivo y el contrato sindical. La primera de ellas establecida en el artículo 467 del Código Sustantivo de Trabajo (en adelante CST), entendido como aquel celebrado entre uno o varios patronos con uno o varios sindicatos o federaciones de trabajadores. Por pacto colectivo, en segundo lugar, se entiende, a la luz del artículo 481 del CST, como aquel acuerdo entre empleadores y trabajadores no sindicalizados, que a su vez se rigen por lo establecido para las convenciones colectivas. Y, por último, el contrato sindical, fijado en el artículo 482 del CST, es la celebración entre uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores con el fin de prestar un servicio o ejecutar una obra específica.

Para entender el grado de significancia en la actualidad de la negociación colectiva, es conveniente acercar con lupa a la evolución del pacto colectivo a lo largo de los años en Colombia. Para lo anterior, se propondrá en las siguientes páginas una nutrida línea jurisprudencial con el fin de resolver la siguiente pregunta: ¿es vigente el pacto colectivo en términos de utilización adecuada para la integración de todos los trabajadores en una misma empresa? Lo anterior, debido a que, según estudios sindicales, los pactos colectivos y los planes de beneficio están siendo utilizados por los empleadores como estrategia preventiva ante el surgimiento de sindicatos y para que los ya conformados desistan de su capacidad de negociación y huelga.

De acuerdo con el texto "Contratación colectiva, privatización y estrategias

sindicales en Colombia: La evolución de la contratación colectiva en Colombia", de Julio Puig F y Beatrice Hartz S, *"en un 80% de los casos, los pactos colectivos no son efectivamente negociados entre los patronos y representantes auténticos de los colectivos de trabajadores, sino que son impuestos por aquellos. En los medios de la dirigencia sindical el porcentaje señalado es mucho más elevado".* Lo anterior permite establecer que la gran mayoría de los pactos colectivos se reducen a contratos de adhesión que contribuyen a la tendencia universal de la individualización de la relación de empleo. Y, además, suele exponer al pacto colectivo como una manifestación de lucha anti sindical en las empresas, pues tal como lo expresa el CST y el artículo 70 de la Ley 50 de 1990, el pacto colectivo se prohíbe cuando el sindicato o sindicatos agrupe más de la tercera parte de los trabajadores de una empresa, esta no podrá suscribir pactos colectivos o prorrogar los que tenga vigentes. Por ende, se permite la coexistencia de un pacto y una convención cuando la tasa sindical sea inferior a la tercera parte de los trabajadores. Normalmente, la situación anterior ocurre cuando una empresa no ha podido conciliar con sindicatos o estos mantienen una actitud de obstrucción. De igual manera, la Escuela Nacional Sindical ha afirmado reiteradamente en medios de comunicación, su profunda preocupación ante la figura de los pactos colectivos, pues también afirma que el único objetivo de ese tipo de negociación colectiva es debilitar a las organizaciones sindicales (El Tiempo, 2014). Los efectos del pacto colectivo se dan únicamente a quienes se adhieran a él, por eso la OIT ha afirmado su intención frente al gobierno, de prohibir la celebración de estos pactos cuando exista la presencia de un sindicato en la empresa en cuestión.

Esta figura del Derecho Colectivo consiste en la potestad constitucional de discutir y crear condiciones de un contrato de trabajo, donde intervengan tanto trabajadores como empleadores. Y obtener como fin último la justicia e igualdad entre los agentes económicos, siguiendo así los parámetros del CST, pues en su artículo 1 hace referencia al equilibrio social y la coordinación económica que debe existir entre las partes. Así mismo, tiene profunda relación el derecho de asociación sindical, que posteriormente en las siguientes líneas será explicado. La negociación colectiva nace con el fin de acabar la desigualdad y, por consiguiente, establecer un equilibrio en las relaciones laborales, dada la posición inequitativa que pueden llegar a sostener las partes en el trabajo.

La negociación colectiva, como derecho, está relacionado con el derecho de asociación sindical; *"la libertad de asociación se caracteriza porque es voluntaria, relacional e instrumental para la consecución de sus fines. Y precisamente entre sus fines principales, además de la defensa de sus asociados, está el mejoramiento de las condiciones de trabajo, vale decir el derecho a la negociación colectiva".* (Ochoa Moreno, 2011). Por su parte, el derecho de asociación sindical se entiende como el libre albedrío que posee el trabajador para vincularse a un sindicato o no, y no puede estar sujeta a presiones por parte del empleador. Lo anterior, porque el primero permite que el segundo desarrolle la misión de proteger los derechos y la dimensión instrumental del mismo. A pesar de ese vínculo, la negociación colectiva tiene autonomía frente a la asociación sindical, por cuanto que aquel es un medio que regula las relaciones laborales y carece de naturaleza fundamental, salvo que se vincule con la asociación sindical. (CC, T-069 de 2015)

A lo largo de las sentencias analizadas, la Corte intenta respaldar los derechos de los trabajadores frente a situaciones engorrosas que puedan ocurrir entre el empleador y el trabajador. Así mismo, es notoria la respuesta proteccionista que la Constitución Política de 1991 (en adelante CP) da a la asociación sindical como un derecho de forma expresa. Dado que, en los años anteriores a la Carta, era reconocido implícitamente en las normas, pero sin garantías ni instrumentos de protección a quienes se afiliaran a asociaciones sindicales en empresas.

## 1. APROXIMACIONES DE UNA NACIENTE CORTE (1991-1992)

La negociación colectiva opera, según la Corte Constitucional, como un derecho inherente al de asociación sindical consagrado en el artículo 39 de la CP, que reza lo siguiente: *"Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución. La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos. La cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo procede por vía judicial. Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión. No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública".*

De lo anterior, es importante rescatar que los titulares del derecho son tanto los empleadores como trabajadores. Y de igual manera, el artículo 55 consagra la negociación colectiva no como un derecho fundamental, estableciendo que: *"Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo".* Es más bien, un derecho ligado a otros y que, del mismo modo, se encuentra implícito en casos donde hay abuso del empleador, o abusos hacia sindicatos, o abusos ligados a la conformación y establecimiento de beneficios a trabajadores.

Un año después de la expedición de la Carta Magna de Colombia en el año 1991, en 1992 la sentencia SU-597, donde se plantea inicialmente que deben existir recíprocas potestades entre empleadores y trabajadores frente a actitudes laborales y con único fin de concertar intereses para ambas partes. Si bien, el artículo 55 consagra como un derecho la negociación colectiva, también es cierto que los titulares de éste son todos aquellos que hagan parte de una relación laboral. Posteriormente, hacia el año 1994, la Corte ahonda en el tema que recoge lo establecido en el CST y en la CP, como la unión de normas vigentes que se tramitan para acuerdos de trabajo conformado por todo tipo de trabajadores (más adelante se tocará el tema a profundidad).

Por su parte, la recién creada Corte empieza a establecer aclaraciones sobre aspectos descritos en la CP. En la sentencia T-418 de 1992, la Corte decide formular sus primeros lineamientos sobre los sindicatos y emite las siguientes tres grandes diferencias entre el derecho de sindicalización y el derecho de asociación: *"El derecho de asociación general corresponde a todos los hombres siempre que se persigan fines lícitos; forma parte de los derechos individuales*

*del hombre. El sindical o de asociación profesional corresponde sólo a los hombres que integran la relación laboral, o sea a los trabajadores y patronos. 2) El de asociación general es un derecho frente al Estado. El de asociación sindical es, ante todo, un derecho de una clase frente a la otra, pero sin dejar de ser también un derecho frente al Estado, ya que, si faltara la autonomía sindical, se llegaría a un sistema jurídico similar al de los regímenes totalitarios. 3) El de asociación sindical corresponde a la libertad de formar asociaciones para la realización de todos los fines que no sean contrarios al derecho, con excepción a los fines a que se refiere la asociación profesional. El de sindicalización corresponde a la libertad de unirse para la defensa y mejoramiento de las condiciones del trabajo y de la economía".*

Apreciamos que los primeros lineamientos estaban dirigidos únicamente a acercarse a definir un tema específico. Más bien, denota la Corte, conceptos básicos acerca de la asociación sindical en este caso, a pesar de que es importante resaltar que era al menos, en este entonces, tenido en cuenta por los altos magistrados la garantía de preservar derechos de trabajadores. Es por lo anterior, que la sentencia T-441 de 1992 se arriesga a definir características expresas acerca del derecho de asociación sindical. La primera de ellas consiste en ser un derecho subjetivo cuya función es realizar y reafirmar lo social y democrático integrando a un individuo en determinado grupo social, en cualquiera de las ramas de poder público. La segunda refiere al carácter voluntario que debe existir para ingresar, conformar o retirarse de una asociación sindical. En tercer lugar, el derecho de asociación sindical exige un acuerdo de voluntades y libertades. Su carácter instrumental, como cuarto aspecto, se crea bajo la base de un vínculo jurídico necesario para conformar un fin de desarrollo personal dentro de un entorno grupal.

De igual manera, la sentencia le reconoce a la asociación sindical ciertas manifestaciones explicativas del trasfondo de dicho derecho; concede libertad individual de organizar sindicatos sustentado en el artículo 2º del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT); libertad de sindicalización, pues en palabras del artículo 358 del CST, es de libre decisión vincularse o no a un sindicato; y por último, establece la autonomía sindical cuya facultad consiste en organizarse internamente según sus propios parámetros.

Es también importante añadir que la Corte caracteriza el derecho de asociación sindical en pro de derechos y libertades. La sentencia T-418 de 1992 establece que el sindicato es un método representativo de participación pública que, a su vez, es una institución jurídica que fomenta el derecho a la libertad (art.13), derecho a una remuneración mínima y vital (art.53), el derecho al trabajo (art.25), el derecho de asociación (art.38), derecho a la capacitación laboral (art.54), derecho a la negociación colectiva (art.55) y la conformación de asociaciones sindicales (art.103). De lo anterior, se puede inferir que los sindicatos, para la Corte, también poseen el derecho de negociar colectivamente.

Así mismo, la T-441 de 1992 reitera que *"la protección especial que la Carta le confiere al trabajo comprende la garantía al derecho de asociación sindical y, como un elemento derivado, también al derecho a la negociación colectiva a partir de la consideración según la cual no puede conferírsele igualdad de trato al patrono y a cada uno de los trabajadores en sus relaciones contractuales; por lo tanto se hace necesario asegurar el derecho de*

*asociación para equilibrar la relación capital-trabajo".*

Para este año la Corte demuestra ser un órgano que define los primeros acercamientos de derechos sindicales en Colombia. Al ser una Corte reciente, intenta establecer parámetros para ampliar lo escrito en la CP y, por consiguiente, otorgar nuevos aires a la aplicación de los derechos allí consagrados.

## 2. ACERCAMIENTOS AL PACTO COLECTIVO VS. GARANTÍA A ASOCIARSE EN SINDICATOS (1993)

Bajo el pronunciamiento de la sentencia C-112 de 1993, se define por primera vez la negociación colectiva, de la siguiente manera: *"La negociación colectiva es inherente al derecho de sindicalización y está considerado como el mecanismo idóneo para fijar las condiciones de empleo de quienes están ligados por contrato de trabajo. La negociación colectiva no es entonces un instrumento residual para regular las relaciones laborales, sino el instrumento por antonomasia, que desplaza el sistema de fijación por el Estado de las condiciones de trabajo". Además, reitera la relación entre la negociación colectiva y la asociación sindical, cuyos protagonistas son los empleados públicos que no tenían en ese momento en su mayoría, acceso a una de las mencionadas facultades, sobretodo el referido a la negociación. Por ende, refiere que, "En cuanto atañe a los trabajadores oficiales, compete al Gobierno, con sujeción a la ley establecer el régimen salarial y prestacional mínimo que ha de regir los contratos, de manera que cualquier pacto por debajo de dichos mínimos es nulo y carece de validez".* Esta sentencia emite definiciones claras sobre los derechos y su aplicabilidad, ampliando así la regulación de los mismos. Por ser una sentencia constitucional, ésta emite definiciones claras sobre derechos y su aplicabilidad. Así mismo, la Corte aprovecha para ampliar y aclarar algunas características descritas en la ley.

Dicha sentencia puntualiza que los pactos colectivos deben cumplir con el objeto de regular asuntos directa o indirectamente referidos a las relaciones laborales en los distintos sectores de la economía, es decir, esta sentencia aprueba el uso de pactos colectivos, pero con determinadas especificaciones. Y deben interpretarse los pactos a la luz de lo previsto en los artículos 53 y 93 de la Constitución, según los cuales hacen parte únicamente del derecho interno de cada empresa.

En la sentencia T-161 de 1993, la Corte emite una precisión de la asociación sindical y configura la importancia de constituirlos, de forma autónoma e independiente, es decir, sin que el Estado o los patronos intervengan, a pesar de que su estructura y funcionamiento deben estar guiadas por el ordenamiento legal y los principios democráticos. Conforme a lo anterior, la intromisión de patronos en la creación y funcionamiento de estas agrupaciones corresponde a la violación del derecho de asociación sindical.

Por otro lado, la sentencia C-593 de 1993 constituye el antecedente directo al derecho de asociación sindical en el Estado Social de Derecho, pues afirma que las garantías para los sindicatos son más amplias en la CP de 1991 en comparación con la de 1886. Y cuyo fin último es establecer la armonía y convivencia pacífica de un orden justo, en las organizaciones de nuestro país, declarando la inexequibilidad del artículo 409 del CST.

Esta expresión judicial reitera la facultad de los miembros del poder público de gozar de fuero sindical como manifestación de su derecho adquirido como trabajadores, exceptuando únicamente a los miembros de la Fuerza Pública. Hasta el momento, no existían mecanismos ante la jurisdicción ordinaria para hacer valer sus acciones, a pesar de habérsele reconocido el fuero sindical.

## 3. DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA (1994)

Avanzan los años y con ellos el alcance del ejercicio del derecho a la negociación colectiva. En la sentencia C-009 de 1994, se establece que los convenios y acuerdos de trabajo no pueden menoscabar los derechos de los trabajadores, asintiendo lo dicho en el artículo 53 de la CP. Lo anterior se interpreta a la luz de que la negociación colectiva permite modificar, sustituir o eliminar derechos que antes reconocía una convención, para que en una nueva se ubique el reconocimiento exacto de los trabajadores; donde adquieran derechos iguales o superiores a los que obtuvieron en principio, y que su revisión sea de carácter imperiosa.

Así mismo, la Corte indica que el derecho de negociación colectiva sirve para regular las relaciones laborales pues opera a través de la celebración de acuerdos o convenios de trabajo, denominados pactos colectivos o convenciones colectivas de trabajo. Que se constituyen como mecanismos idóneos para solucionar pacíficamente conflictos de trabajo. Y frente a la relación entre el derecho de asociación sindical con el derecho de negociación colectiva, considera la Corte Constitucional en esta sentencia que *"su ejercicio potencializa la actividad de la organización sindical, en cuanto le permite a ésta cumplir la misión que le es propia de representar y defender los intereses económicos comunes de sus afiliados, y hacer posible, real y efectivo el principio de igualdad (art. 13 C.P.), si se tiene en cuenta, que dicha organización, por su peso específico, queda colocada en un plano de igualdad frente al patrono. Se busca cumplir así la finalidad de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social" (art. 1o. C.S.T.)".*

Por otra parte, la sentencia incluye que cuando en las regulaciones convencionales o en pactos colectivos se señalen beneficios mínimos para los trabajadores, no es posible renunciar a ellas en una nueva convención colectiva o pacto de la misma índole, pues tales beneficios quedan amparados por el principio de irrenunciabilidad.

En el año 93, la sentencia C-112 hace énfasis en el artículo 55 de la CP pues consagra el derecho de negociación colectiva cuyos titulares son todas las personas que sean parte de una relación laboral a excepción de las mencionadas en la ley. En efecto, la Corte lo entendió como un rango abierto tanto para trabajadores particulares como para oficiales. Por lo anterior, en la sentencia C-110 del año subtitulado, la Corte aclara que de acuerdo con las normas vigentes, las organizaciones sindicales conformadas por los empleados públicos no pueden presentar pliego de peticiones, mientras que aquellas que tengan miembros caracterizados como trabajadores oficiales tienen las mismas atribuciones que los demás sindicatos y los conflictos colectivos de trabajo que presenten se deben tramitar de acuerdo con las normas

generales, a pesar de no estar facultados para declarar una huelga.

Esta sentencia reitera lo establecido en la C-593 de 1993, pues se pone de presente que los empleados públicos tienen derecho de constituir sus sindicatos sin intervención estatal, y también pueden tener representantes sindicales a los cuales se les concedió el fuero y garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.

La sentencia C-272 de 1993 define, por primera vez, el derecho de asociación sindical como *"una especie particular del derecho de asociación general y consiste en la garantía que se les reconoce tanto a los trabajadores como a los empleadores de formar organizaciones con el fin de fomentar y defender intereses comunes de sus miembros que nacen de las relaciones laborales y profesionales".* Esta sentencia se caracteriza también por fijar los criterios diferenciadores entre derecho de asociación en general y el derecho de asociación sindical, uno de ellos es el criterio organizacional. Y el sindicato tiene como fin defender los intereses y derechos de los trabajadores en las relaciones laborales.

De acuerdo con lo anterior, para este año, la Corte muestra una tendencia de aprobación del derecho de negociación colectiva para las asociaciones sindicales. Y es cuando, por primera vez, y expresamente, emite una definición sobre el derecho de asociación sindical; esto consiste en un avance fundamental para la resolución de conflictos en relaciones laborales y con todo tipo de trabajadores.

## 4. PRIMEROS CAMBIOS CARDINALES (1995)

Considerada como la más relevante de las providencias que refieren al tema laboral, la sentencia SU-342 de 1995 describe la potestad del derecho de negociación colectiva pues a pesar de estar ligada por conexidad al derecho fundamental de asociación sindical, no consiste en un derecho de este tipo. La Corte establece que puede ser protegido por acción de tutela *"porque su desconocimiento puede implicar la violación, amenaza o vulneración del derecho al trabajo, teniendo en cuenta que entre las funciones de los sindicatos es presentar pliego de peticiones que luego pueden constituir la celebración de una convención de trabajo".*

Esta sentencia se considera dentro de los parámetros judiciales como dominante pues contiene los criterios vigentes e imperiosos, por medio de los cuales la Corte resuelve un conflicto de intereses en un escenario constitucional que involucre derechos fundamentales colectivos de los trabajadores. Para este caso, los criterios allí plasmados se siguieron usando hasta el día de hoy. Ejemplo de ello son las sentencias de Tutela 201 de 1996 y 330 de 1997 (que se analizarán en las siguientes páginas).

Su importancia radica en que reconoce las diferencias entre convención y el pacto colectivo, y establece los siguientes términos:

***a)*** *"Los pactos y convenciones son instrumentos o mecanismos para la negociación colectiva, con el fin de dar solución y poner fin a conflictos colectivos de trabajo sin necesidad de recurrir a la huelga".*

***b)*** *"Los pactos y las convenciones colectivas tienen como finalidad fijar las condiciones que regirán en los contratos de trabajo durante su vigencia".*

***c)*** *"Los pactos y convenciones se rigen por normas jurídicas comunes".*
***d)*** *"La diferencia entre los pactos y convenciones es que aquellos se celebran entre patronos y trabajadores no sindicalizados, por una parte, uno o varios sindicatos o federaciones sindicales por la otra".*
***e)*** *"El patrono goza de libertad para celebrar con los trabajadores no sindicalizados pactos colectivos, que pueden coexistir con convenciones colectivas de trabajo. A pesar de tener como excepción el artículo 70 de la Ley 50 de 1990".*

Así mismo, establece que los pactos colectivos de trabajo no pueden estipular condiciones distintas a las plasmadas en las convenciones. De esta manera, se constituye el derecho a la igualdad, a la negociación colectiva y a la libre asociación sindical y, por lo anterior, se permite la acción de tutela cuando se han violado estos derechos, a pesar de que algunos no son fundamentales.

La sentencia introduce un cambio de perspectiva para la jurisprudencia constitucional colombiana, pues modifica los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, ya que añade la violación al derecho de asociación sindical como causal. Se determina aquí que, el juez de tutela resuelve aquellos conflictos que afectan o amenazan un derecho fundamental, mientras que un juez ordinario responde a la vulneración legal del derecho en conflicto. Por tanto, la acción de tutela debe ser aceptada siempre y en todos los casos donde haya un acercamiento o la vulneración total del derecho de asociación sindical.

Al respecto, la Corte habla en esta sentencia sobre las alternativas posibles a la acción de tutela en el siguiente párrafo. En primer lugar, refiere a las autoridades administrativas de trabajo y en segundo lugar, refiere a la vía penal con fundamento en los arts. 354 del CST (subrogado por el art. 39 de la ley 50 de 1990) y 292 del Código Penal. Cabe aclarar que el medio idóneo debe ser el judicial, en tercer lugar, debe ser eficaz según la valoración que haga el juez de tutela para amparar el derecho fundamental amenazado o violado. La Corte demuestra en esta sentencia la importancia de proteger el derecho de asociación sindical, en su totalidad por la acción de tutela, pues es el mecanismo más viable como protección de derechos, a pesar de ser un mecanismo excepcional. Por ejemplo, es un buen mecanismo para resolver la utilización inapropiada de pactos colectivos donde se le otorgue mayores beneficios a aquellos trabajadores no sindicalizados, es decir, que se perjudiquen derechos laborales por disposiciones discriminatorias de dichos pactos. Allí se afectaría, en principio, el derecho a la igualdad, cuando el pacto colectivo contiene cláusulas que crean condiciones de trabajo no sindicalizados y las circunstancias fácticas no son justificables para un tratamiento distinto. Así mismo se viola el derecho a la asociación sindical, porque las aludidas diferencias en las condiciones de trabajo estimulan la deserción de los miembros del sindicato.

La importancia de esta sentencia se expresa en todo lo anterior, considerándose una sentencia fundadora de línea. En estas sentencias, la Corte plantea su posición sobre la interpretación de derechos, lo que las hace ambiciosas en doctrina. Para el caso, extiende el campo de aplicación de la acción de tutela, a derechos que no necesariamente son fundamentales, y emite una definición clara y concreta de la asociación sindical y de

la aplicabilidad del pacto colectivo. Es decir, extiende la potestad del derecho a la igualdad a los casos de conflicto en el campo laboral. Así mismo, por medio del salvamento de voto, la Corte ordenó que a los trabajadores sindicalizados se le concedan todos los beneficios de los pactos colectivos consagre para los no sindicalizados. Por consiguiente, el salvamento refiere a que se ha omitido el texto del artículo 481 del CST.

Por otra parte, y en este mismo año, la Corte emite también otro concepto de asociación sindical con la sentencia unificadora (SU-599), dado que se analiza un abuso por parte del empleador hacia un trabajador sindicalizado, ya que fue presionado para desistir de dicha organización sindical. En el fallo se analiza cómo Avianca viola derechos invocados individualmente, siendo una situación claramente discriminatoria. Aquí operó el fracaso directo de la etapa de negociación directa y del derecho a huelga o del dictamen de árbitros. Entonces la Corte reitera lo pronunciado sobre utilizar la acción de tutela como recurso garante de protección. Y se condena, por último, a Avianca, por contrariar los preceptos constitucionales de asociación sindical. Con este tipo de actuaciones por parte de empresas, lo que se obtendría en la práctica al no ser sancionadas, conforme al salvamento de voto de la sentencia, sería acabar con los pactos colectivos y desde luego con la negociación colectiva a que tienen derecho constitucionalmente los trabajadores no sindicalizados, lo cual es inconsecuente con los principios que enmarcan la justicia social y con el precepto constitucional citado.

Este año, entonces, sirvió de debate para consagrar el apropiado uso de los pactos colectivos en una organización con trabajadores sindicalizados y trabajadores que no lo están. Se da por entendido que los pactos colectivos pueden coexistir con convenciones colectivas de trabajo, y que además se puede recurrir a la acción de tutela cuando el trabajador considere que su derecho a la libertad y a la asociación sindical se encuentre violado.

## 5. EL SÍ TOTAL AL PACTO COLECTIVO (1996)

La ratificación inmediata de la sentencia SU-342 de 1995 fue indudablemente escrita en la sentencia T-201 de 1996, dada la similitud en sus hechos. A pesar de que no tiene una visión compartida sobre la utilización de la tutela para los derechos tratados, para ello afirma que: *"La acción de tutela no es el mecanismo judicial apropiado para hacer retroactivos los beneficios de una convención colectiva a una fecha en la cual faltaba el sindicato que la celebró".* En este caso, el sindicato que aboga por la protección de sus derechos fundamentales no existía al momento de consolidar el beneficio de aumento salarial del pacto colectivo. Por lo tanto, en ese caso el propósito no fue desestimular el ejercicio de la acción sindical. En este caso en particular, los trabajadores que no se adhirieron al pacto colectivo decidieron sindicalizarse y de allí entonces reclamar por medio de la acción de tutela sus derechos como sindicatos. Las relaciones de trabajo en este caso, se guiaban por un pacto colectivo y dicho pacto estaba abierto a recibir nuevas personas que quisieran los beneficios allí expuestos. Por ende, no se les concede el derecho reclamado a los sindicados a través de la tutela, y prevalece entonces lo constituido en el Pacto Colectivo.

En el mismo perfil se encuentra la sentencia SU-569 estableciendo que cuando

coexisten pactos y convenciones colectivas, sobre condiciones de trabajo que ofrece la empresa, deben ser iguales a las del pacto, con el fin de garantizar el derecho a la igualdad. La Corte aclara que no se opone a las diferencias salariales, pero sí aplicando el principio de "a trabajo igual entonces salario igual". La problemática aquí radica en esconder la utilización de un pacto colectivo, llamándolo como Plan. Afirma la sentencia, *"Unilateralmente la empresa, a través del Plan, ha producido unos efectos iguales a los de un pacto colectivo, suscrito con los trabajadores no sindicalizados; ello es así, porque como el Plan contiene una oferta dirigida por la empresa a los trabajadores de acogerse o no a unas determinadas condiciones económico-laborales, la aceptación de dicha oferta por cada trabajador produce unos efectos jurídicos en el campo de las obligaciones laborales y al ser aceptado por un número plural de trabajadores, jurídica y materialmente, produce los mismos efectos de un pacto colectivo de trabajo. Es obvio, que el establecerse en el Plan mejores condiciones laborales se revela el inocultable propósito de discriminar a los trabajadores sindicalizados, desestimular su afiliación al sindicato, o promover su deserción del mismo".*

La Corte emite otra sentencia (SU-570) y reitera que *"al celebrar pactos colectivos y convenciones colectivas que regulen las relaciones laborales tanto para los trabajadores no sindicalizados firmantes de dichos pactos como para los trabajadores sindicalizados, o al establecer en forma unilateral y en forma general, beneficios o incentivos en favor de los trabajadores, como los que se pretenden en la llamada Política Administrativa de Prestaciones Extralegales, se abstenga de fijar condiciones que impliquen discriminación contra los trabajadores sindicalizados y que conduzcan a la violación no sólo del derecho a la igualdad sino a la asociación sindical y a la negociación colectiva".* Por lo anterior, se sigue fijando la utilización de pactos colectivos, pero con ciertas excepciones tales como las planteadas en estas sentencias, donde se fije una garantía de protección de derechos para todos los trabajadores.

Para el caso de ambas sentencias unificadoras, la Sala Plena de la Corte estudió casos de discriminación que consistieron en que las empresas reconocieron mayores beneficios a los trabajadores no sindicalizados que a los empleados que pertenecían a las asociaciones. Además, establecieron como condición para acceder a las ventajas de los pactos colectivos la renuncia a los sindicatos. En ambas providencias se señaló que afectaba el derecho a la asociación sindical y a la igualdad celebrar pactos colectivos en los que se crean condiciones de trabajo más favorables para esos trabajadores, dado que ello contribuye a desestimular la afiliación al sindicato y lo convierten en una organización minoritaria. Así mismo, defendieron un criterio material del concepto de pacto colectivo para identificar un acto discriminatorio en un acuerdo extra-legal entre la empresa y los trabajadores. La Sala Plena desechó concepciones formalistas que pretendían hacer pasar un pacto colectivo por unos beneficios que el empleador decidió entregar a los trabajadores no sindicalizados. En esa labor, la Corte acudió a evaluar los efectos que tenían los presuntos convenios en las relaciones laborales. De ahí que advirtió que dichos acuerdos eran iguales a un pacto colectivo, puesto implicaba la negociación de la empresa con empleados no sindicalizados, escenario que significaba asumir el régimen de pacto individual y de renunciar a la convención, puesto que son incompatibles.

La sentencia C-710 de 1996, finalmente, y dado a su concepto constitucional, establece que *"cuando en una misma empresa coexistan un pacto colectivo y una convención colectiva de trabajo, los derechos de los trabajadores, sin importar si son sindicalizados o no, deben ser respetados. En especial, el derecho a la igualdad, pues bajo el ropaje de un acuerdo, cualquiera que él sea (convención o pacto), no puede el patrono ofrecer prerrogativas o concesiones que mejoren las condiciones de unos trabajadores en desmedro de los otros, si no existe razón objetiva para la diferenciación".*

## 6. ACLARACIONES DE MECANISMOS GARANTES DE PACTOS COLECTIVOS (1997)

Posteriormente, la jurisprudencia constitucional en 1997, por medio de la sentencia T-330, aclara que *"tratándose de conflictos jurídicos de carácter laboral que versan sobre la aplicación de una norma, de una convención colectiva de trabajo o de un pacto colectivo, corresponde a la justicia laboral el conocimiento y decisión de la acción pertinente a través del juicio ordinario laboral, en desarrollo de lo estipulado en el artículo segundo del Código Procesal del Trabajo, el cual se encuentra vigente"*. Por consiguiente, siguen desarrollándose medidas para respaldar la adecuada utilización de los pactos colectivos en empresas, si bien, con sus respectivas condiciones.

Sin embargo, precisa la Corte en su sentencia SU-547 de este mismo año que existe determinado déficit de recursos ordinarios para proteger los derechos a la asociación sindical y a la igualdad. Señala que: *"frente al objetivo prevalente de asegurar el respeto a los derechos fundamentales por la vía judicial, no es lo mismo cotejar una determinada situación con preceptos de orden legal que compararla con los postulados de la Constitución, pues la materia objeto de examen puede no estar comprendida dentro del ámbito de aquél, ni ofrecer la ley una solución adecuada o una efectiva protección a la persona en la circunstancia que la mueve a solicitar el amparo, encajando la hipótesis, en cambio, en una directa y clara vulneración de disposiciones constitucionales. La Corte recalcó esa diferencia, respecto de la magnitud del objeto de los procesos, haciendo ver que una es la dimensión de los ordinarios y otra la específica del juicio de protección constitucional en situaciones no cobijadas por aquéllos".*

En este año entonces, la Corte recalca que determinadas situaciones deben ser resueltas por determinados jueces, en este caso, ante situaciones conflictivas de trabajo, deben remitirse a jueces laborales especialistas en la materia, y de igual manera, respectar los derechos fundamentales y no necesariamente acudir siempre a la acción de tutela.

## 7. DESPIDOS POR AFILIAR A PACTO COLECTIVO (1998)

En el año 1998, la Corte se dedica a reiterar la doctrina constitucional acerca del pacto colectivo pues para el caso de la sentencia T-050, se presenta una diferencia en los salarios de los trabajadores afiliados al sindicato y aquellos que se acogieron al Pacto Colectivo de la empresa, a pesar de tener igual categoría, cargo y funciones. Y entonces afirma lo ya establecido, que cuando el pacto colectivo tiene cláusulas que crean condiciones de trabajo para los trabajadores no sindicalizados y otras diferentes para los

trabajadores sindicalizados, incurre en una afectación al derecho a la igualdad. Este tipo de circunstancias fácticas se prohíben dado la racionalidad y razonabilidad del tratamiento distinto que se les da a los trabajadores ya mencionados. Y a su vez, se viola el derecho de asociación sindical proporcionado a la estimulación de deserción de los miembros del sindicato. En este caso, la parte demandada tuvo que reembolsar aquel saldo que no se le pagó a los trabajadores sindicalizados que accedieron al pacto colectivo.

Problema por crear pacto colectivo es lo que se presenta en la sentencia T-476 y para lo que la parte demandada impidió que se concretara la presentación, negociación y puesta en marcha del pacto colectivo de trabajo, instrumento que prevé la ley para regular las relaciones entre trabajadores y la empresa, propuesto por los trabajadores. Y se dio mediante el despido de los promotores de la propuesta. De allí nace la tutela, en que la parte demandada vulneró los principios fundamentales del Estado Social de Derecho. Por eso se le acusa de adoptar medidas represivas amparadas por prerrogativas de orden legal que el legislador le reconoce al empleador como lo es terminar unilateralmente el contrato de trabajo sin que medie justa causa. Si bien es cierto que no se nota un impedimento de conformar sindicato o a que los empleados se afiliaran o no a él, también es cierto que las acciones de la parte tutelada pretendían impedir ejercer el derecho a la asociación y a la negociación colectiva, los cuales aspiraban hacer efectiva la elaboración y negociación de un pacto colectivo de trabajo. Aquí los peticionarios reclaman su derecho a la libre asociación para adelantar una negociación respecto de sus condiciones de trabajo violadas al ser amenazados con despido, y por ende, el derecho al trabajo. En este caso se presenta una relación inversa a lo que se ha ido analizando a lo largo del texto, debido a que quienes protagonizan la creación de pactos colectivos, no son los empleadores, sino que son los trabajadores.

En consecuencia, la utilización del pacto colectivo se expande en su manejo, pero siempre con el mismo fin de garantizar medidas adecuadas dentro de la relación laboral, teniendo en cuenta que, para este caso, no fue el empleador quien decidió crearlo a pesar de poner trabas para su presentación y realización.

## 8. MÁS ALLÁ DE LA ACCIÓN DE TUTELA AL PACTO COLECTIVO (1999)

En la sentencia de tutela T-013, la Corte le aclara a quien impone la demanda que, no se puede solicitar la aplicación del pacto colectivo si no se demuestra que lo suscribió o se adhirió a él. Y, por ende, no puede reclamarse por vía de tutela la violación al derecho a la igualdad, dado que quienes suscriban el pacto se someten a un trato distinto y con sus debidas repercusiones. La Corte, entonces, consideró pertinente, luego de 3 años de haber emitido la sentencia donde le confiere a la acción de tutela tratar los derechos que comprometen relaciones laborales, realizar la respectiva aclaración de quienes pueden cobijarse bajo dicha medida con criterios tales como evaluar la vulnerabilidad del derecho a la igualdad por la no aplicabilidad del pacto colectivo por la empresa o la necesidad de mantener el poder adquisitivo del salario.

Posteriormente, mediante la sentencia SU-036, la Corte fijó un mecanismo alterno y

eficiente a la acción de tutela, frente a las acciones contrarias a derechos laborales. Allí sostuvo que la acción de reintegro o de reinstalación es más ágil y expedito que la acción de tutela, cuando se trata de protegerle derechos fundamentales a trabajadores que tienen fuero sindical. De esta manera, no necesariamente se debe recurrir a las vías judiciales, si no que dentro de la empresa deben imperar mecanismos que regulen las relaciones por medio de conversaciones de mutuo acuerdo. Hacia este año entonces, la Corte empieza a mirar las relaciones laborales de manera diferenciada a como lo ha venido haciendo, dado que se propone una alternativa a la acción de tutela cuando por medio de los pactos se violan derechos fundamentales. Alternativas que como dice la Corte, suplen y actúan más eficiente. Por consiguiente, a mi juicio, esta es la sentencia reconceptualizadora de línea, pues se revisa un antecedente jurisprudencial en conjunto y lo afirma, aunque introduce una nueva teoría o interpretación que explica mejor, el sentido general manejado por la Corte. Son esfuerzos de reconstrucción conceptual, que hacen parte de un poder que tiene la Corte de redefinir la ratio decidendi de fallos anteriores.

En ese mismo año, en la sentencia U-169 la Sala Plena *"concedió el amparo a los trabajadores sindicalizados a la Asociación Nacional de Trabajadores y Empleados de Hospitales y Clínicas, Consultorios y Entidades Dedicadas a Procurar la Salud de la Comunidad -ANTHOC, porque su empleador la Fundación Clínica Abood Shaio inició actuaciones que discriminaron a los actores de ese entonces. El citado conflicto colectivo estaba siendo discutido en un tribunal de arbitramento"*. Sin embargo, frente a este caso la Corte consideró que un laudo arbitral es un mecanismo idóneo para proteger derechos, en este caso, los motivos de discriminación. Resaltó que *"los árbitros simplemente se les exige que fallen en equidad, según su leal saber y entender y apreciando con cierto margen de libertad los motivos que determinan la divergencia entre las partes, sin que exista un parámetro exacto para determinar en un caso concreto lo que es equitativo para solucionar un conflicto económico. Por ello, la jurisprudencia laboral reiteradamente ha sostenido que el fallo que producen los árbitros es intangible, a menos que él resulte manifiestamente inequitativo"*. Entonces aquí se demuestra una alternativa posible y avalada por la misma Corte Constitucional, frente a conflictos laborales. Es decir, en esta sentencia no obró correctamente la empresa al otorgar mayores beneficios a quienes se afiliaran al pacto colectivo y que lo mismo ocurrió en la T-602 del mismo año, donde el empleador abusó de la figura del pacto colectivo.

Por último, en la sentencia T-648 la Corte establece algunos criterios importantes. El primero de ellos, es que el trabajador no es solamente quien se encuentra vinculado a un empleador por medio de contrato laboral, sino toda aquella persona que realice actividades para una determinada empresa. Por ende, el derecho de asociación sindical se aplica incluso a personas con contratos civiles como el de agencia. La jurisprudencia entonces demuestra la protección hacia el trabajador en todos los ámbitos, ya sea público o privado. Y, en segundo lugar, la Corte establece que la admisibilidad de la acción de tutela podría ser extrema cuando a defender la asociación sindical se refiere. Dado que, en este caso en particular, la acción de tutela procede más bien en desarrollo al principio de favorabilidad del trabajador en caso de duda de que norma

aplicar, y no por la subordinación presentada por el demandante. Posteriormente la T-677 de 1999, reafirma este criterio y niega la acción de tutela debido a que no considera vulnerado el derecho de asociación sindical y además recalcó la existencia de otros mecanismos más adecuados y efectivos para proteger el derecho de sindicatos.

## 9. RENOVACIÓN DE LA IMPORTANCIA DEL PACTO COLECTIVO (2000)

De acuerdo con la sentencia C-797 del 2000, es deber del Estado estimular y fomentar el pleno desarrollo y el uso de procedimientos de negociación voluntaria, con el fin de reglamentar las condiciones de empleo por medio de convenciones colectivas. Los sindicatos, por su parte, tienen la potestad de representar los intereses comunes de los trabajadores frente al empleador, lo cual es notorio ver cuando se presentan pliegos de peticiones o en negociaciones colectivas o en la celebración de contratos colectivos (tal y como lo ha establecido el CST). *"Las federaciones y confederaciones sindicales son una manifestación expresa del derecho de asociación sindical consagrado por el artículo 39 de la Carta Política y, como quiera que la propia Constitución establece, entre otros derechos de los trabajadores los de "negociación colectiva para regular las relaciones laborales" y el de "huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador", consideramos que la ley no puede, a pretexto de la regulación propia del derecho colectivo del trabajo, cercenar, ni prohibir, como lo hace en la segunda parte del numeral primero del artículo 417 del Código Sustantivo del Trabajo el derecho a la declaración de huelga de los trabajadores cuyos sindicatos de primer grado se encuentren afiliados a federaciones o confederaciones de ese carácter.* Aquí la Corte enfatiza la importancia de los sindicatos en empresas como fuente de mejoras y cambios a políticas ya establecidas y por eso, como personas naturales, pueden hacer valer el ejercicio de sus derechos por medio de la huelga, por ejemplo.

Con la sentencia C-1491, se le da un giro al precedente constitucional, dado que la Corte retoma nuevamente el significado y el fin del pacto colectivo. Su importancia descrita radica en que puede proteger a los sindicatos minoritarios, es decir, se renueva la posición del uso del pacto colectivo en las relaciones laborales. *"Es innegable que la coexistencia, dentro de una misma empresa del pacto colectivo y la convención colectiva, lo único que hace es desarrollar los instrumentos internacionales ya que constituyen fuente de derecho laboral encaminadas a desarrollar la libertad sindical y por lo mismo no son violatorias de la contratación colectiva, sino lo contrario, en el sentido de proteger a los sindicatos minoritarios".*

En este orden de ideas, es cierto entonces que tanto el pacto colectivo como convención colectiva deben regular objetivamente las relaciones de trabajo de la empresa, de forma tal que las condiciones de trabajo que regulen unos y otros deben ser equiparables, con el propósito de garantizar el derecho a la igualdad, por cuanto este se perturba cuando frente a unas mismas situaciones de hecho objetivas en materia de relaciones de trabajo, se otorga un trato diferencial que no tiene fundamento objetivo y razonable. Es así como, cuando los pactos colectivos contienen cláusulas que crean condiciones beneficiosas de trabajo para los trabajadores no sindicalizados diferentes a las pactadas para los trabajadores sindicalizados, se

vulnera el derecho de asociación sindical, porque las diferentes condiciones de trabajo estimulan la deserción del sindicato, con el resultado de que un ente sindical que antes era mayoritario se torne en minoritario, con las consecuencias jurídicas negativas que ello implica, incluso su desaparición.

## 10. RENACE LA CONVENCIÓN COLECTIVA (2001)

En la sentencia C-1050 de 2001, la Corte replantea al pacto colectivo como mecanismo resolutivo para conflictos laborales, pero también menciona otros mecanismos. Textualmente lo dice: *"Se solicita poner punto final a la interpretación jurisprudencial que por vía del recurso de homologación ha permitido los contra-pliegos al asociarlos o confundirlos con la figura de la denuncia presentada por los empleadores. Los empresarios cuentan con otros medios para plantear y sustentar la necesidad de revisar la convención: la revisión de la convención colectiva o pacto colectivo (art. 480 CST) y la concertación de condiciones laborales temporales especiales (Ley 550/99)".*

La sentencia SU-1185 se hace relevante frente al estudio pues define la convención colectiva como *"una norma jurídica dictada por la empresa y los trabajadores, a través de un acuerdo de voluntades reglado y de naturaleza formal, que se convierte en fuente autónoma de derecho, dirigida a regular las condiciones individuales de trabajo, con sujeción a los derechos mínimos ciertos e indiscutibles de los trabajadores con el fin de expedir normas que disciplinan las condiciones del trabajo subordinado.* A su vez, recalca que dentro de sus formalidades se encuentra acudir ante una autoridad laboral, lo que denota un seguimiento a los respectivos acuerdos de voluntades que allí se plasmen. *"La Sala Plena de la Corte consideró que las convenciones tienen la naturaleza de solemnes, porque la ley ha previsto para su eficacia ciertas formalidades: debe constar por escrito y el acta debe depositarse oportunamente ante la autoridad laboral".* Así mismo, recalca las formalidades del artículo 469 del CST.

## 11. MAL USO DEL PACTO COLECTIVO VUELVE A PRESENTARSE (2002)

Nuevamente, se demuestra la inconformidad por el mal uso del pacto colectivo en determinadas empresas. Esta vez, se dio mediante la sentencia T-135 de 2002, donde el demandante destaca dicho pacto como una de las maniobras patronales encaminadas a debilitar la naciente organización sindical, así como el despido de trabajadores y la sustitución patronal. Lo anterior porque se infundió tanto en los trabajadores vinculados como en los no vinculados el temor de correr la misma suerte en caso de permanecer en el sindicato o de afiliarse al mismo. En este caso, el pacto colectivo estaría restringiendo la autonomía de los trabajadores para vincularse a la organización sindical. En dicho pacto se establecía que, luego de haberse adherido a él, no podrían entonces hacer uso de su derecho de asociación sindical. Finalmente, la Corte decide reintegrar al personal expulsado, y posteriormente hacer valer sus derechos adquiridos por ser trabajadores.

## 12. USO INADECUADO DEL PACTO COLECTIVO (2003)

Vuelve a presentarse violación a los deberes y funciones del pacto colectivo,

esto por medio de la sentencia de tutela T-742 de 2003. Los recientes casos han demostrado que, cada vez más, se agravan las violaciones a los trabajadores por medio de este tipo de pactos, lo que implica un desgaste para el Estado dado el alto grado de sentencias de tutela presentadas con hechos similares. Esto denota un retroceso en las facultades planteadas en cuanto a igualdad de los trabajadores frente a los demás. En este caso, *"la empresa demandada realiza el aumento solo al personal del Pacto Colectivo es decir de los trabajadores no afiliados al sindicato, dejando fuera a los trabajadores sindicalizados, la base y la junta directiva, hecho que atenta contra la organización sindical debido a que los afiliados viendo las garantías que tiene el Pacto Colectivo, estimula a abandonar la organización sindical".* Es importante traer esta sentencia a la investigación debido a su gran relevancia respecto de la discriminación económica que comúnmente se muestra por parte de los empleadores hacia sus empleados, pues hay un aumento de salario para los no sindicalizados mientras que a los sindicalizados se les mantiene su pago.

## 13. MAYOR INCLUSIÓN A SINDICATOS (2004)

De acuerdo con la sentencia T-168 de 2004, *"hay violación si se afecta el salario del trabajador sindicalizado para hacerle pagar cuotas a otros sindicatos. Por consiguiente, no puede imponérsele a un trabajador perteneciente a un sindicato que adelanta un proceso de negociación, la obligación de cotizarle a otro sindicato minoritario, cuando en el futuro de los beneficios que resulten del Tribunal de Arbitramento se le descontará la cuota llamada de beneficio convencional".*
La Corte considera que es esencial la protección del derecho colectivo de trabajo en las convenciones colectivas y por ende, dentro de las normas económicas que allí se den. De esta manera, se intenta respetar la vigencia de la Convención fijada por las partes y, por eso, no tiene justificación que el empleador le ordene a un trabajador que se acoja a pactos con sindicatos extraños cuando está de por medio la discusión de un conflicto colectivo con el propio sindicato. Configurándose así, una grave afectación al derecho de libertad sindical.

También, se presenta como problemática que a los sindicatos y a sus afiliados se les violan sus derechos cuando se les impone un ordenamiento extraño. Esto ocurre cuando se denuncia una convención colectiva por un sindicato, pues hasta que no se firme otra, esa anterior estará vigente. Lo normal para la Corte es que todo conflicto colectivo de trabajo finalice con la firma de una convención colectiva, es decir, ya se va dejando más a un lado el uso del pacto colectivo o en última instancia, acudir al Tribunal de Arbitramento.

La Corte Constitucional, posteriormente, se dedicó a describir las situaciones de conflicto que pueden presentarse en una relación laboral. La sentencia T-1166 afirma que *"los conflictos que tienen origen en la relación laboral, pueden ser de dos tipos. De un lado, los llamados conflictos jurídicos o de derecho, que versan sobre la interpretación o alcance de una norma jurídica –ley, convención colectiva, contrato individual-. De otra parte, los conflictos económicos o de intereses, entendidos como las controversias que surgen, no por la interpretación en torno a un derecho, sino sobre las reivindicaciones tendientes a crear un nuevo derecho, o a modificar los existentes. Así mismo, en los conflictos colectivos de trabajo, no se acude a procedimientos judiciales, sino a*

*la negociación colectiva entre el grupo de trabajadores y el empleador –o asociación patronal-, a la huelga o a la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento. La solución a este tipo de conflictos se da mediante la firma de una Convención Colectiva entre las partes, o por laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento, en los casos en los que haya lugar a él. Así las cosas, esta Corte ha aceptado la hipótesis según la cual hay dos formas de iniciación del conflicto colectivo: i) la denuncia de la convención colectiva de trabajo y la presentación del pliego de peticiones por parte de la organización sindical; o ii) la denuncia de ambas partes separadamente. En ambas situaciones, el conflicto se extiende hasta cuando se celebre una nueva convención colectiva de trabajo o se emita el correspondiente laudo arbitral".*

Por su parte, la sentencia C- 934 que analiza el artículo 39 de la C.P, declara que la máxima expresión del derecho de asociación es el derecho de negociación colectiva, y éste último resulta garantizado en la medida en que el escenario propio para negociar las condiciones de trabajo es la convención y el pacto colectivo. La Corte finalmente resuelve para esta Sentencia que *"en aquellas disposiciones del reglamento de trabajo que afecten directamente a los trabajadores, como son las escalas de sanciones y faltas y el procedimiento para formular quejas, debe el empleador escuchar a los trabajadores y abrir el escenario propio para hacer efectiva su participación".* Esto es una medida alterna que la Corte pone de presente para dirimir conflictos sin necesidad de acudir a la jurisdicción, sino más bien una solución conversada entre las partes.

## 14. RECONOCIMIENTO DE NEGOCIACIONES ALTERNAS AL PACTO COLECTIVO (2005)

De acuerdo con la sentencia Constitucional C-878, se analiza un caso donde presuntamente se viola el derecho a la igualdad por parte de una empresa que afirma tener un pacto colectivo bastante excluyente de la asociación sindical. Pero la Corte finalmente, termina argumentando que se trata de una intervención legítima del legislador y justificada en la Constitución con el fin de proteger al trabajador para que no renuncie a la justicia ordinaria al suscribir la cláusula compromisoria estipulada específicamente en el caso. Por ende, no es cierto que *"al trabajador no sindicalizado o que no lo cobije un pacto colectivo no pueda acceder a la justicia arbitral, pues el propio artículo 51, en la parte no acusada, establece que, a través del compromiso, se puede acceder a la justicia en mención".* En esta providencia queda demostrado que las partes pueden acordar que sea un árbitro y no un juez quien decida el proceso, es decir, se omite la figura de la acción de tutela y además, la Corte no exige que dicho compromiso conste en un pacto colectivo o convención. Lo anterior significa que, en primer lugar, se aparta el pacto colectivo de los métodos de solución de conflicto y en segundo lugar, cualquier trabajador que no esté sindicalizado o que no se cobije por un pacto colectivo, puede acceder a los medios de justicia descritos.

Así lo reafirma la sentencia C-1234, que considera que la negociación colectiva a pesar de tener un contenido y definición clara en los Convenios de la OIT hasta en la misma legislación colombiana, también se somete a una enumeración más variada y amplia de

su contenido, pues intrínsecamente autoriza otros instrumentos de resultado distintos al pacto colectivo, por ejemplo. Dicha sentencia resuelve que, para el caso de empleados públicos, estos deberán acudir a otros medios que garanticen la concertación de las condiciones de trabajo a partir de las solicitudes que formulen las organizaciones sindicales.

## 15. LA ACCIÓN DE TUTELA (2006)

La Corte afirmó que la tutela es el mecanismo idóneo para decidir sobre asuntos que implican una protección efectiva del derecho a la igualdad en las relaciones de trabajo. Dados los casos como desigualdad salarial, o desigualdad entre trabajadores y trabajadores sindicalizados. Aquí, en la sentencia T-097 nuevamente la Corte recurre a la vía judicial como fundamento resolutivo de relaciones laborales. Pero una vez más, omite el pacto colectivo dentro de las posibles respuestas a la problemática que se presenta a diario entre empleadores y empleados.

## 16. PRECISIONES DEL PACTO COLECTIVO (2007)

A pesar de no tratar directamente la temática relacionada con el pacto colectivo, es acertado traer a colación una tutela fallada en la sentencia T-345 de 2007. Allí la Corte estudió las demandas presentadas por los trabajadores sindicalizados de la Caja de Compensación Familia Cafam (SINALTRACAF), dado que la empresa omitió realizar el incremento salarial de acuerdo al IPC, ajuste que sí efectuó a los empleados que no pertenecen al sindicato. Aquí la Corte puntualiza la importancia de proceder por vía de acción de tutela, pues los derechos violados fueron el de igualdad, asociación sindical y movilidad del salario, y frente a los cuales la protección por vía ordinaria es insuficiente e ineficaz. De acuerdo con el análisis fijado por la Corte, es notorio presenciar que la tutela es el medio efectivo siempre y cuando los derechos vulnerados sean fundamentales de acuerdo a la CP, o en su defecto, vulneren por conexidad algún derecho de la parte demandada. Las sentencias sustentaron esa decisión en que *"el derecho fundamental a la asociación sindical se vulnera cuando se crean estímulos directos o indirectos para que los afiliados del sindicato se retiren de él o para desincentivar la afiliación al mismo. Por lo tanto, no puede el empleador suscribir pactos colectivos con los trabajadores no sindicalizados en los que les conceda más beneficios que a los trabajadores que pertenecen al sindicato, a no ser que demuestre que las diferencias se encuentran sustentadas en razones objetivas y razonables".* La persecución de beneficios para trabajadores no sindicalizados configura una vulneración directa al derecho de igualdad, pues mediante ese trato se promueve la deserción sindical.

Por su parte, la sentencia T-570 enfatiza en la importancia de la vía de tutela dado que al vulnerarse el derecho a la igualdad nuevamente, pero esta vez, el de los trabajadores sindicalizados. Ellos recurrieron al Tribunal de Arbitramento para que las partes negociaran, pero no tuvo frutos resolutivos. En este evento, se concedió el amparo reclamado por el accionante y ordenó a la Universidad San Buenaventura de Cali reconocer a favor del actor *"los beneficios conferidos mediante pacto colectivo a los trabajadores no sindicalizados, excepto respecto de los cuales la universidad y el*

*sindicato al cual pertenece el señor (…) ya hubieren llegado a un acuerdo directo".* En este caso, los planes ofertados por la empresa implican que los empleados no asociados quedan con mejores condiciones que los que si se asociaron a sindicatos.

Más adelante, la Corte dedica algunas de las líneas de la Sentencia T-765 para ahondar en algunas características del pacto colectivo. Allí, reitera que es de origen legal pero basado en la autonomía de la voluntad. Por eso, se da la suficiente libertad a los empleadores para regular a través el desarrollo de una negociación colectiva sobre las relaciones de trabajo con los no sindicalizados. La Corte sustenta que cuando se perfecciona un pacto colectivo que beneficia exclusivamente a los trabajadores no sindicalizados, deberá justificarse y no puede constituirse en medio desproporcionado e irrazonable de discriminación en contra del trabajador sindicalizado.

## 17. NEGOCIACIÓN DE PLIEGOS POR PARTE DEL SINDICATO (2008)

Posteriormente, la T-100 de 2008 concede las tutelas interpuestas, dado que por medio de un pacto colectivo se firmaron violaciones a las asociaciones sindicales y al principio de igualdad. Por ende, la Corte ordena que a los miembros del sindicato se les confieran los mismos beneficios que a los trabajadores no sindicalizados. Cabe aclarar que dicha orden no procede para aquellos beneficios sobre los cuales ya hubo un acuerdo en la etapa de arreglo directo entre el sindicato y la institución de educación superior demandada.

La sentencia C-465 confiere a la parte demandada la eliminación del pacto colectivo que se presentaba en la empresa Sintranaviera, dado que los organismos sindicales cobraron fuerza, convirtiéndose en agentes negociadores de pliegos con el fin de resolver los conflictos laborales de una manera alterna a la propuesta a lo largo de los años. Es importante resaltar el crecimiento de la asociación sindical en esa empresa. *"Según Jaime Camargo, presidente de Sintranaviera, la afiliación masiva de los 120 trabajadores es clave para el sindicato porque con éstos sube a 175 su membrecía (antes tenía solo 55). O sea que ahora afilia a casi la mitad de la fuerza laboral total de La Naviera, que es de 380 trabajadores".*

## 18. VÍAS ALTERNAS MODERNAS (2010)

La Corte emite una importante precisión en la sentencia T-251 de 2010, pues señala que en los casos en que las empresas se nieguen a iniciar el proceso de negociación colectiva con los sindicatos, procederá la acción de tutela, al evidenciarse la presencia de un perjuicio irremediable, puesto que en el proceso de negociación colectiva se presentó una dilación injustificada. También precisa la relación entre negociación colectiva y asociación sindical, *"derecho de negociación colectiva que es consustancial al derecho de asociación sindical, en cuanto le permite a la organización sindical cumplir la misión que le es propia de representar y defender los intereses económicos comunes a sus afiliados y hacer posible, real y efectivo el derecho a la igualdad".* A pesar de ese vínculo, la negociación colectiva tiene autonomía frente a la asociación sindical, por cuanto que aquel es un medio que regula las relaciones laborales y carece de naturaleza fundamental, salvo que se vincule con la asociación sindical. Sin embargo, la Corte

ha precisado que el derecho de negociación colectiva no se agota simplemente con los acuerdos o pactos, si no con un debido análisis de conciliación entre las partes, con el fin de incluir a todos los trabajadores dentro de los beneficios que ofrezca su empresa específicamente.

De igual manera, la T-882 de 2010 establece que las vías de comunicación del sindicato se deben hacer por medio de su presidente, encargado de representar los derechos de sus afiliados. Para ello, no es necesario aportar poder o manifestación de la facultad de representación, pues bastará demostrar que el demandante pertenece al sindicato. De esta manera, se logrará por medio de conciliación de directivos, los beneficios que ambas partes pueden ofrecer y recibir, sin ser necesaria la firma de un pacto colectivo que no beneficie a sindicatos o algún acuerdo que aleje a las partes y posteriormente vulnere sus derechos.

## 19. PRINCIPIOS DE IMPORTANCIA DEL CONTRATO SINDICAL (2011)

Es notorio que con el pasar de los años, las empresas han dejado de utilizar el pacto colectivo, o puede ser también, a manera de hipótesis que se utilice el pacto colectivo adecuadamente y que no existan entonces violaciones a los derechos fundamentales para concurrir a la figura de la tutela.

En la sentencia T-457 de 2011, se señala que *"dentro de las formas de contratación colectiva, el contrato sindical es una institución jurídica del derecho colectivo del trabajo, a través de la cual los sindicatos pueden participar en la gestión de las empresas y en la promoción del trabajo colectivo".* Lo anterior permite inferir que el precedente jurisprudencial del derecho de asociación sindical ha llevado a que el contrato sindical sea tratado en las Altas Cortes como un mecanismo primordial de contratación laboral.

## 20. TUTELAS EN CONTRA DE PACTOS COLECTIVOS (2012)

La sentencia T-084 reitera lo expuesto en el año 2007, porque concede la tutela a favor del demandado que accionó en contra de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur. En dicha sentencia, se ordena a la empresa accionada extender a los trabajadores sindicalizados los mismos beneficios otorgados a los no sindicalizados por medio del pacto colectivo. La anterior disposición se realizó por medio de pactos individuales, es decir, eliminó por completo la figura del pacto colectivo en esta empresa dado su inadecuada utilización. Considera la Corte también, que las medidas utilizadas por los directivos de esta empresa para dirimir sus conflictos con los del sindicato, debe ser resuelta por medio de conciliación y no suscribiendo pactos que afectan los derechos fundamentales como el de asociación sindical.

Seguido de la sentencia T-340 de 2012, la Corte Constitucional concluyó que el sindicato no tiene la obligación de allegar poder sobre la representación de sus afiliados. *"Lo antepuesto, porque el presidente de la organización actúa para defender los derechos de la asociación que se afectan indirectamente. En esa ocasión, la Corte estimó que el presidente de SINTRABRINKS cumplía con la legitimidad por activa para representar a cinco miembros del sindicato. En la providencia T-616 de ese mismo*

*año, la Corte reiteró la tesis sobre el no requerimiento del poder para que el sindicato abogue por los derechos de sus afiliados que vulneren en mayor medida a la asociación."* La sentencia concede la tutela puesta por los miembros sindicales, dada la explicación anterior del derecho de asociación sindical. Esta sentencia demuestra la reiteración del precedente constitucional emitido desde el año 1991; a pesar de notarse el cambio en las figuras de negociación colectiva, pues para este año se intenta omitir o dejar de usar el pacto colectivo, para abrirle paso a contratos de tipo sindical.

## 21. AMPLIACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA (2013)

La sentencia T-619 consideró que la acción de tutela es procedente *"cuando se persigue la protección de derechos fundamentales como el de libertad de asociación sindical, movilidad salarial e igualdad, teniendo en cuenta que: (i) los trabajadores sindicalizados se encuentran en una especial situación de subordinación e indefensión respecto a su empleador, y (ii) la vía ordinaria no resulta adecuada ni eficaz para acceder a la protección inmediata de estos derechos".* Por consiguiente, la Corte ha sido clara en señalar que, en ciertos supuestos, la acción de tutela se convierte en el medio correcto para conjurar la vulneración de los derechos a la asociación sindical, a la negociación colectiva, a la igualdad y al trabajo que padecen las organizaciones de trabadores, porque carecen de herramienta procesal ordinaria de naturaleza judicial que detenga la afectación a esos principios constitucionales. Ello ocurre cuando el empleador ejerce actos de discriminación contra los miembros del sindicato o se niega a negociar con la asociación de los trabajadores.

Por otra parte, y en ese mismo año, la sentencia T-947 recrea la imagen de que el conflicto colectivo de trabajo entre SINTRAGMCOL y General Motors Colmotores S. A. fue resuelto satisfactoriamente entre trabajadores y empresa, sin necesidad de acudir a organismos jurisdiccionales. Su importancia radica en el cambio de mentalidad que se está evidenciando en las empresas, donde ya no es tan necesario acudir a pactos si no que más bien, hacen uso de instrumentos más rápidos como las conversaciones entre partes y posterior acuerdo de intereses.

## 22. DE TEMERIDAD A CONVERSACIONES COLECTIVAS, Y ALGUNAS PRECISIONES (2014)

La Corte por medio de la T-248 de 2014, afirma que la negociación colectiva opera como garantía indispensable para las organizaciones sindicales, debido a la imposibilidad que puede llegar a tener un acuerdo entre el empleador y los sindicatos. *"La protección al derecho a la negociación colectiva no implica per se llegar a un acuerdo u obligar a alguna de las partes a acoger las condiciones que no comparten, pues lo que busca la Constitución es garantizar el inicio de las conversaciones correspondientes".* Así, en la Sentencia mencionada consideró que no se configuró temeridad con las demandas promovidas por el presidente del sindicato de la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo con el fin de que la empresa Ecodiesel Colombia S.A iniciara el proceso de negociación colectiva, porque entre una y otra tutela medio un hecho nuevo, que consistió en la resolución del Ministerio del Trabajo que ordenó el inicio de las conversaciones colectivas entre la compañía y el sindicato.

En ese mismo año, la sentencia T-711 recalcó que las organizaciones sindicales no tienen un mecanismo idóneo y eficaz para solucionar la problemática generada por la omisión de los empleadores de negociar con ellos. Esa negativa impide que se adelante el esquema de resolución de conflictos y que inicie la etapa de arreglo directo. Así mismo, señaló que el trámite administrativo adelantado ante el Ministerio de Trabajo no puede ser exigido como agotamiento de medio de defensa, puesto que carece de la naturaleza judicial que requiere la Constitución y la ley para que desplace a la tutela. Frente a la denuncia penal, advirtió que esa herramienta jurisdiccional carece de idoneidad para proteger los derechos de la asociación sindical, puesto que es un simple medio punitivo que sanciona las conductas típicas, antijurídicas y culpables, empero no resuelve los conflictos colectivos. Por último, recordó que los conflictos colectivos se hallan excluidos del conocimiento de la jurisdicción laboral. Con esta Sentencia, la Corte aclara algunos de sus mecanismos expuestos para solución de conflictos laborales.

## 23. LO MÁS RECIENTE (2015)

Este año determina una característica importante para el derecho de negociación colectiva: *Prima facie* no tiene carácter de derecho fundamental, como dice en la Sentencia C-018. Esta providencia judicial puntualiza que el derecho a la negociación colectiva no es absoluto, y que al legislador le corresponde fijar un marco para el desarrollo fructífero de las negociaciones. Para la Corte, la fijación de un tope al número de asesores que puede participar directamente en la mesa de negociaciones durante la etapa de arreglo directo, no configura una medida arbitraria, sino más bien, razonable y proporcionada. Pues se mantiene el margen de decisión en cabeza de las organizaciones de segundo y tercer grado, respecto de la designación de los asesores. Tampoco se impide que exista asesoría por fuera de la mesa de negociación, pero sí mantener un mínimo de orden en las negociaciones para así evitar trabas, haciendo compatible la finalidad del cumplimiento efectivo de las funciones de asesoría encargadas a federaciones y confederaciones.

Ahora, la T-069, que compromete la suma de expedientes de acciones de tutela contra Avianca S.A., podría llamarse la conclusión de la línea jurisprudencial, dado que agrupa y recorre todo el precedente respecto a la legitimidad por activa en las organizaciones sindicales, refiere también a la temeridad, a las reglas de procedibilidad de la acción de tutela para proteger el derecho de asociación y negociación colectiva, las características de pactos colectivos y las reglas jurisprudenciales que se utilizan.

En primer lugar, la sentencia reafirma lo expuesto sobre la acción de tutela, y la describe como una herramienta procesal preferente, informal, sumaria y expedita que pretende la protección de los derechos fundamentales de una persona, cuando son vulnerados por la acción de una autoridad pública o en particular. *"La legitimación en la causa por activa en los procesos de acción de tutela se predica siempre de los titulares de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados".*

En segundo lugar y en cuanto a la temeridad, afirma que se constituye en los eventos en que el demandante presenta varias acciones de tutela frente a hechos idénticos, siendo entonces una actuación dolosa y de mala fe. Aquí la Corte precisa que no

hay temeridad cuando: *"i) los miembros del sindicato y la asociación promueven al mismo tiempo la acción de tutela con base en hechos idénticos; ii) pese a la presencia de dos demandas que se fundan en hechos idénticos, al igual que de las partes, uno de los libelos no tuvo decisión de fondo; y iii) aparece un nuevo hecho que habilita la interposición de una nueva demanda de tutela".* En suma, puntualiza que la temeridad pretende evitar la presentación sucesiva de las acciones de tutela. *"El juez constitucional es el encargado de establecer si se presenta esa figura procesal a partir del análisis de cada caso concreto y teniendo en cuenta la legitimidad por activa en las situaciones en que los sindicatos y sus afiliados concurren a los estrados judiciales para solicitar la protección de sus derechos por vía de tutela".*

En tercer lugar, y en cuanto al tema de subsidiariedad, las reglas de procedibilidad de la acción de tutela para el tema sindical operan de manera especial. Por lo anterior, se concluye que en ciertos eventos los trabajadores carecen de medios idóneos para defender judicialmente sus derechos fundamentales a la asociación sindical, negociación colectiva, a la igualdad y al trabajo. *"Ello ocurre, porque los empleados tienen dos posiciones frente a la empresa. De un lado se encuentran en subordinación directa contra éste, vínculo que se haya mediado por un contrato laboral. De otro lado, los trabajadores como miembros de una asociación sindical quedan en indefensión absoluta en relación con su empleador".* Para proceder con la tutela, se debe evaluar de forma diferenciada en los campos de derecho individual y colectivo de trabajo examinando los comportamientos entre un grupo de empleados y la empresa. De igual manera, y ligado a la subsidiariedad, el principio de inmediatez exige que la acción de tutela sea promovida dentro del plazo razonable al hecho que generó la presunta violación del derecho fundamental de las personas. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, *"el principio de inmediatez surge de la naturaleza de la acción de tutela, pues la finalidad última del amparo es proteger de forma inmediata los derechos constitucionales".*

Como cuarto punto, la Sala profundiza en los actos que se consideran contrarios a la libertad sindical. Verbigracia, ofrecer incentivos a los trabajadores no sindicalizados para acceder a acuerdos individuales, o promover dádivas para que el personal beneficiado de la convención cambie su régimen jurídico, o rebajar sueldos por no afiliarse. Son en general prácticas negativas que configuran dentro del marco de las negociaciones colectivas, específicamente cuando se va a renovar el acuerdo colectivo.

Tal y como se ha reiterado a lo largo de la jurisprudencia analizada, existe una intrínseca relación entre la asociación sindical y la libertad sindical. Esta Corporación ha estimado que el núcleo esencial de ese derecho se identifica con *"la facultad de toda persona para comprometerse con otra en la realización de un proyecto colectivo, libremente concertado, de carácter social, cultural, político, económico, etc. a través de la conformación de una estructura organizativa, reconocida por el estado (…) [y] abstenerse a formar parte de una determinada asociación y la expresión del derecho correlativo a no ser obligado, -ni directa ni indirectamente a ello-, libertad que se encuentra protegida por los artículos 16 y 38 de la Constitución".* De allí nacen los siguientes criterios. El individual, que refiere a la posibilidad del trabajador para afiliarse, de

permanecer o de retirarse de la organización sindical. El segundo corresponde al ámbito colectivo *"en que los trabajadores deciden el gobierno y autogestión del sindicato, labor que debe desempeñarse de forma autónoma sin injerencia del empleador o de otros actores"*. Y el tercer criterio corresponde al instrumental, según el cual el derecho de asociación es el medio para que los trabajadores puedan lograr la consecución de algunos fines correspondientes al mejoramiento de las condiciones laborales. Ello por cuanto, de acuerdo con el artículo 13 del CST, *"las normas de la legislación laboral tan solo constituyen un mínimo de garantías que bien pueden ser mejoradas mediante la negociación colectiva"*.

Las siguientes reglas jurisprudenciales han sido de carácter fundamental para el establecimiento de políticas generales acerca del trato en una relación laboral. De allí la importancia de esta Sentencia, además, con la intención de sintetizar lo ya planteado desde la conformación de la Corte. Las reglas son las siguientes:

> ***i)*** *La creación injustificada de estímulos a los trabajadores no sindicalizados se erige en violación del derecho a la igualdad respecto de los trabajadores sindicalizados. Ello, porque la concesión de beneficios no justificados a los trabajadores que no hacen parte de un sindicato, promueve la deserción del sindicato, habida cuenta que sus miembros se ven discriminados en aspectos de su relación laboral, por el sólo hecho de pertenecer a este tipo de asociaciones.*
> ***ii)*** *El derecho fundamental a la asociación sindical y a la igualdad se vulnera en el evento en que se exige al trabajador la renuncia al sindicato o de los derechos convencionales para acceder a los beneficios de un pacto colectivo.*
> ***iii)*** *La identificación de un pacto colectivo depende de los efectos que tiene sobre las relaciones laborales y no sobre el cumplimiento de las formalidades legales o reglamentarias. Entonces prima un criterio material para evaluar los acuerdos entre los empleados y los empleados, los cuales pretenden resolver los conflictos colectivos.*
> ***iv)*** *Las cláusulas de los acuerdos pueden vulnerar los derechos a la asociación colectiva y a la igualdad cuando excluyen de forma injustificada a algún trabajador o cuando impiden su afiliación al sindicato o a la suscripción de la convención.*
> ***v)*** *El derecho fundamental a la asociación sindical se vulnera cuando se crea estímulos directos o indirectos para que los trabajadores se retiren del sindicato o con el fin de que los empleados no sindicalizados beneficiarios de la convención renuncien a la aplicación del régimen convencional. (T-069 de 2015).*

## Conclusiones

En primera instancia, es notorio el cambio de jurisprudencia que tiene la Corte Constitucional frente al pacto colectivo. Si el pacto colectivo constituye una figura utilizada para mediar las relaciones entre las partes en una organización, las sentencias de los primeros años de instauración de la Corte, muestran una actitud positiva hacia el pacto colectivo. Además de sentar sus principales características y sus modelos de accesibilidad. Posteriormente, entre los años 1998 y 2000, la Corte parece presentar cierta indecisión en cuanto a la línea que desean seguir, de si aceptar el pacto colectivo o no,

como una práctica responsable para dirimir conflictos. Desde el nuevo siglo, tiende a tratar el pacto colectivo en su integridad, pero intentando buscar medidas alternas tales como la conciliación o el arreglo directo. Sin descuidar aquellas tutelas donde se vulneran derechos debido al pacto colectivo, dado que se encuentra ligado al derecho de asociación sindical, de libertad y de igualdad.

En general, hay problemática frente al pacto colectivo, la mayoría de las sentencias demuestran que hay abusos por parte del empleador como estrategia para acabar los sindicatos. Además, es pertinente hacer hincapié en que hacia los años 90 había mayor emisión de sentencias, mientras que desde el nuevo siglo (a excepción de algunos años) solo fallan una o dos veces frente al tema, o en algunos años como en el 2009 no se emite concepto alguno. A pesar de la marcada utilización del pacto colectivo, normalmente la Corte aprovecha las tutelas presentadas para emitir conceptos o re conceptualizar lo ya expuesto. Habitualmente, las tutelas falladas consisten en violaciones de derechos por parte del empleador a los trabajadores sindicalizados, o conflictos para tomar decisiones a partir de negociaciones colectivas. Pero en general, la voluntad de lograr avanzar social y jurídicamente frente a las situaciones que involucran sindicatos. También se le reconoce la severidad con la cual ha juzgado a aquellos empleadores empeñados en excluir a muchos de sus trabajadores de los beneficios estipulados por la empresa en la que se encuentran. De igual manera, aquella abundante protección a los sindicatos y a su derecho de asociación, hizo que, en algunas de las sentencias estudiadas, éstos abusaran de tantas libertades, por ejemplo, cuando impedían que se conformaran sindicatos adicionales a los ya existentes.

La Corte ha mantenido su definición acerca del derecho de asociación sindical, para lo cual podría afirmarse en ese aspecto cierta uniformidad, lo cual se manifiesta en la reiteración de garantizar el derecho en las organizaciones sociales. Para este tema, la jurisprudencia en sus primeros años estableció únicamente criterios diferenciadores para establecer un derecho de asociación y un derecho de asociación sindical. Más adelante empieza a enumerar las características y por último, la Corte enfatiza en la forma en cómo deben protegerse los derechos de los trabajadores por vía judicial, dado que la vía ordinaria no funciona adecuadamente en la mayoría de los casos. Todo lo anterior, se recoge en el único fin de desarrollar los valores y principios del Estado Social de Derecho conformado desde 1991.

Frente al tema de la tutela, la Corte comenzó considerando este mecanismo con el fin de proteger el derecho de asociación sindical en casos excepcionales, dando un giro a lo expuesto, pues finalmente la convirtió en la herramienta de defensa principal de este derecho, dejando a un lado los mecanismos ordinarios de garantía y de protección. Después de algunos enfrentamientos entre magistrados y severos salvamentos de voto en algunas sentencias, se decidió que el juez de tutela no era únicamente el encargado de velar por las tutelas, sino que también debía obligarse al juez ordinario a hacer respetar los derechos fundamentales de las personas que requieran proceso. Así mismo, la Corte estima la posible conexidad entre los derechos fundamentales de igualdad, de asociación sindical y de trabajo, con otros derechos que por ende también podrán ser tutelables, por ejemplo, el trabajo y salario digno.

Finalmente, frente a la negociación colectiva, la Corte suele insistir en que debe ser de manera libre y espontánea, facultando a todas las personas de una organización laboral a no ser subordinadas. Si bien es cierto que la convención colectiva nace del fruto de una negociación, su modificación implica un proceso negociador, que también es cierto que no puede ser vulnerado por el legislador. En consecuencia, las cláusulas de toda convención colectiva deben ser tanto o más favorables a los trabajadores que aquellas contenidas en el pacto colectivo so pena de caer en violaciones al principio de asociación sindical y de igualdad.

## Refrencias


Biblioteca digital de la Universidad Nacional de Colombia, Contratación colectiva, privatización y estrategias sindicales en Colombia: La evolución de la contratación colectiva en Colombia, Julio Puig F y Beatrice Hartz S, 1990.

Constitución Política de Colombia

Código Sustantivo del Trabajo.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-441 de 1992 (M.P Marco Gerardo Monroy Cabra: mayo 30 de 2002).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-418 de 1992B (M.P Jaime Sanin Greiffenstein, Ciro Angarita Barón: julio 19 de 1991).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-112 de 1993 (M.P Hernado Herrera Vergara: marzo 25 de 1993).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-593 de 1993 (M.P Carlos Gaviria Díaz: diciembre 14 de 1993).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-161 de 1993 (M.P Antonio Barrera Carbonell: abril 26 de 1993).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-009 de 1994 (M.P Antonio Barrera Carbonell: enero 20 de 1994).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-110 de 1994 (M.P José Gregorio Hernández Galindo: marzo 10 de 1994).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-272 de 1994 (M.P Carlos Gaviria Díaz: junio 9 de 1994).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-230 de 1994 (M.P Eduardo Cifuentes Muñoz: mayo 13 de 1994).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-342 de 1995 (M.P Antonio Barrera Carbonell: agosto 2 de 1995).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-599 de 1995 (M.P Fabio Morón Díaz: diciembre 7 de 1995).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-569 de 1996 (M.P Antonio Barrera Carbonell: octubre 29 de 1996).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-570 de 1996 (M.P Antonio Barrera Carbonell: octubre 29 de 1996).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-201 de 1996 (M.P Vladimiro Naranjo Mesa: mayo 9 de 1996).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-710 de 1996 (M.P Jorge Arango Mejía: diciembre 9 de 1996).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-330 de 1997 (M.P José Gregorio Hernández Galindo: julio 17 de 1997).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-547 de 1997 (M.P José Gregorio Hernández Galindo: octubre 30 de 1997).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-050 de 1998 M.P José Gregorio Hernández Galindo: marzo 3 de 1998).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-476 de 1998 1995 (M.P Fabio Morón Díaz: septiembre 8 de 1998).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-169 de 1999 (M.P Antonio Barrera Carbonell: marzo 17 de 1999).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-036 de 1999 (M.P Alberto Beltrán Sierra: enero 27 de 1999).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-648 de 1999 1994 (M.P Carlos Gaviria Díaz: septiembre 2 de 1999).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-602 de 1999 (M.P Carlos Gaviria Díaz: agosto 18 de 1999).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-013 de 1999 (M.P Alberto Beltrán Sierra: enero 21 de 1999).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-797 de 2000 (M.P Antonio Barrera Carbonell: junio 29 de 2000).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1491 de 2000 M.P Fabio Morón Díaz: noviembre 2 de 2000).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-1185 de 2001 (M.P Rodrigo Escobar Gil: noviembre 13 de 2001).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1050 de 2001 (M.P Manuel José Cepeda Espinosa: octubre 4 de 2001).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-135 de 2002 (M.P Álvaro Tafur Galvis: febrero 28 de 2002).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-742 de 2003 (M.P Marco Gerardo Monroy Cabra: agosto 28 de 2003).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-1166 de 2004 (M.P Jaime Araújo Rentería: noviembre 19 de 2004).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-168 de 2004 (M.P Marco Gerardo Monroy Cabra: febrero 27 de 2004).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-934 de 2004 (M.P Jaime Córdoba Triviño: septiembre 29 de 2004).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1234 de 2005 (M.P Alfredo Beltrán Sierra: noviembre 29 de 2005).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-878 de 2005 (M.P Alfredo Beltrán Sierra: agosto 28 de 2005).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-097 de 2006 (M.P Alfredo Beltrán Sierra: febrero 16 de 2005).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-345 de 2007 (M.P Clara Inés Vargas Hernández: mayo 10 de 2007).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-570 de 2007 (M.P Marco Gerardo Monroy Cabra: julio 26 de 2007).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-765 de 2007 (M.P Jaime Araújo Rentería: septiembre 25 de 2007).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-465 de 2008 (M.P Manuel José Cepeda Espinosa: mayo 14 de 2008).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-100 de 2008 (M.P Manuel José Cepeda Espinosa: febrero 8 de 2008).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-882 de 2010 (M.P Jorge Iván Palacio Palacio: noviembre 4 de 2010).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-251 de 2010 (M.P Nilson Pinilla Pinilla: abril 16 de 2010).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-457 de 2011 (M.P Luis Ernesto Vargas Silva: mayo 27 de 2011).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-340 de 2012 (M.P Humberto Antonio Sierra Porto: mayo 10 de 2012).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-084 de 2012 M.P Humberto Antonio Sierra Porto: febrero 16 de 2012).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-947 de 2013 (M.P Nilson Pinilla Pinilla: diciembre 18 de 2013).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-619 de 2013 (M.P Jorge Iván Palacio Palacio: septiembre 9 de 2013).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-711 de 2014 (M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez: septiembre 15 de 2014).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-248 de 2014 (M.P Mauricio González Cuervo: abril 11 de 2014).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-069 de 2015 (M.P Martha Victoria Sáchica Méndez: febrero 18 de 2015).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-018 de 2015 (M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: enero 21 de 2015).

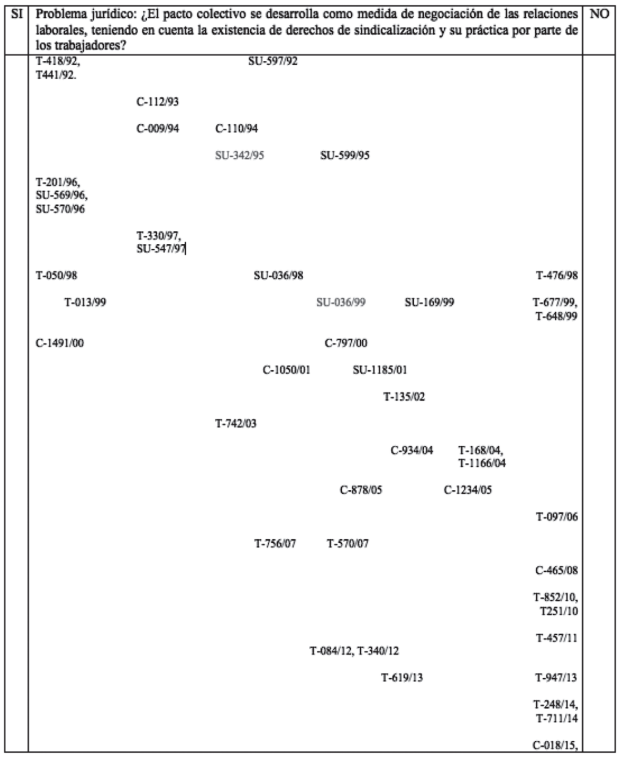
El Tiempo, "Denuncian que pactos colectivos se usan para debilitar sindicatos". Julio de 2014.

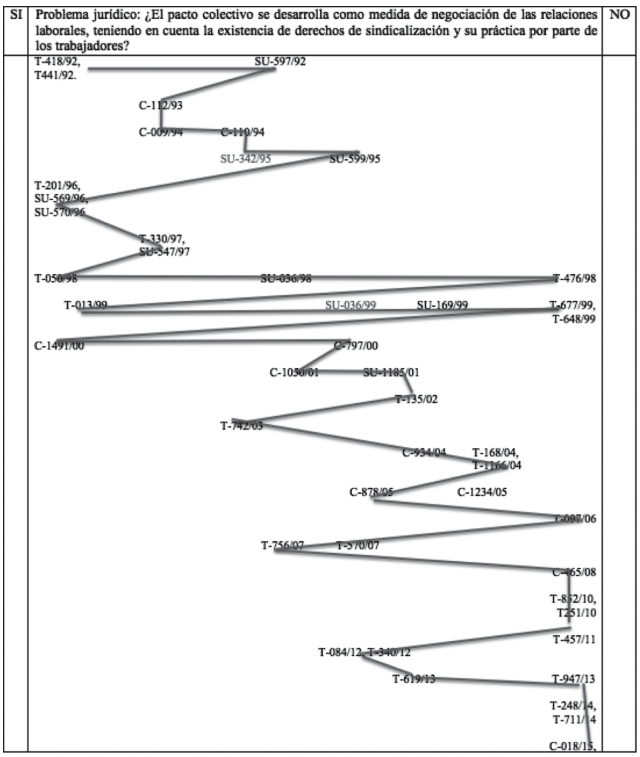
El Tiempo, "Sindicatos en contra de los pactos colectivos". Julio de 2014.

Ochoa Moreno, Benjamín *"Algunas incidencias de la Ley 584 de 2000 y de las sentencias C-567/00 y C-797/00 en la Negociación Colectiva"* No. 53. Diciembre de 2001, Bogotá D.C Editorial Legis.

# Refrencias

## *Gráficos de la Línea Jurisprudencial*



# Reseña del libro

# "La religión en la Razón Pública"

**Valentina Vives Gutiérrez***

Recibido: 10 de julio de 2017
Aprobado: 01 de agosto de 2017

* Estudiante de cuarto semestre del programa de Ciencias Políticas en la Universidad de La Sabana.
Correo electrónico: *mariavigu@unisabana.edu.co.*

"*La religión en la Razón Pública*" es un libro de teoría política que discute de manera crítica y minuciosa cuáles son las características, los límites y las condiciones de la Razón Pública, intentando resolver cómo esta se puede ver influenciada por la religión. El libro fue publicado en el año 2014 por el doctor Iván Garzón Vallejo, cuyo principal propósito era plantear una reinterpretación de la forma como han sido entendidos el liberalismo, la democracia, la laicidad, la tolerancia y el secularismo. Algunas de las preguntas que se plantea el autor, para llegar a conclusiones realistas y aplicables giran en torno a cuál es el lugar que deberían ocupar las creencias religiosas dentro de un estado laico, así como también cuáles son los puntos de encuentro que se hacen visibles entre creyentes y agnósticos y cómo esto puede influir en el desarrollo del estado y la razón pública (Garzón, 2014).

De esta manera, el libro se encarga de desglosar el problema entre la relación de la política y la influencia de la religión, en el seno de las sociedades contemporáneas; esto se realiza a través de tres capítulos que condensan los argumentos del autor; en ellos se abordan temas como la comprensión del liberalismo político, entendido como una propuesta teórica que pretende reconciliar las diversas doctrinas morales, filosóficas y religiosas de los ciudadanos, con el fin de establecer parámetros básicos de justicia; así como también se habla del rol público de la filosofía política dentro de una sociedad democrática. El autor aborda el concepto político de la razón pública, con ánimos de presentarla como una herramienta para vivir en tolerancia, con la premisa de una aceptación frente a aquellos con diferentes creencias y cuyos principios y derechos deben ser siempre reconocidos (Garzón, 2014).

A lo largo del libro, Garzón Vallejo trabaja de la mano con autores como Habermas, y Rawls, quienes bajo la luz de la corriente liberal explican y sustentan en gran medida, algunos de los postulados del autor; por ejemplo, Garzón sitúa su obra en el marco teórico de la obra rawlsiana ya que el filósofo John Rawls parte del pluralismo de las doctrinas morales, filosóficas y religiosas que se encuentran en la sociedad, para presentar una propuesta liberal sin menospreciar la importancia de la fe religiosa (Rawls, 2010). Así pues, uno de los principales objetivos del autor es legitimar el discurso público de los creyentes para que ellos pudiesen ser escuchados. Por esto, buscaba que se partiera de entender al hombre como un ser constitutivamente religioso y a su vez naturalmente político, poseedor de un mínimo de derechos fundamentales que garantizan la igualdad y la libertad de todos los hombres, convirtiendo así la religión en un tema de relevante discusión.

Habiendo entendido a grandes rasgos, cómo está conformado el libro La religión en la Razón Pública y cuáles son sus ejes temáticos, resulta interesante detenerse en dos temas de gran relevancia para la discusión sobre el debate de la libertad, la religión, el consenso, la tolerancia y su relación con la razón pública. El primer punto de discusión encontrado, surge como una pregunta acerca de ¿cuál es la verdadera intención del estado en el momento de reconocer la libertad religiosa de los individuos, es esta una forma de evitar conflictos internos por la diferencia de pensamientos o es verdaderamente un reconocimiento a las libertades individuales de los hombres?

La pregunta anterior surge a partir de una afirmación de Habermas, quien exponía que

la idea de tolerancia moderna buscaba "evitar conflictos entre hombres" (Habermas, 2009) porque esta se convertía en un "modus vivendi" y permitía una mejor convivencia entre ciudadanos. Así pues, sería posible pensar que si se promueve la vivencia de la tolerancia dentro del estado es porque lo que se busca evitar, en gran medida, son los enfrentamientos entre hombres, ya que la diferencia de ideas es propensa a causar agravios e inconvenientes. Pero lo que realmente nos cuestionamos es si el Estado concibe la implementación de la tolerancia como un factor determinante para la vida digna de sus ciudadanos o si se trata más de una estrategia para evitar afectar la seguridad de su pueblo.

A partir de esto, es apropiado retomar a Hobbes quien en su libro *El Leviatán,* expone la seguridad del estado como un aspecto primordial, ya que esta es la única que permite la conformación real del Estado (Hobbes, 1980). Entonces, en ese sentido, sería lógico pensar que los Estados promovieran la idea de tolerancia en la que se apunte a un "reconocimiento recíproco", con el fin de evitar los enfrentamientos entre ciudadanos para alcanzar la seguridad; además, el Estado constitucional busca garantizar el derecho fundamental a la libertad religiosa, porque esto permite que "la interacción de los ciudadanos en el espacio público común no se vea afectada" lo que demuestra que hay una preocupación por la seguridad interna, y si el Estado está concentrado en buscar seguridad, entonces podría pensarse que hay una lógica que no va en función de los ciudadanos pero sí función del interés particular del Estado.

Sin embargo, a partir de los planteamientos anteriores, no es posible negar que la seguridad sea un factor determinante de los Estados, pero más allá de buscar seguridad, lo que el Estado pretende es implantar en la sociedad la idea de igualdad, para que se comprenda que tanto creyentes como agnósticos son políticamente iguales y que por ende deben tolerarse entre sí, evitando los enfrentamientos y velando por la seguridad interna. Además, tampoco se puede desconocer la preocupación del Estado por sus ciudadanos, porque, aunque indudablemente nuestra sociedad esté enmarcada en una pluralidad razonable de creencias que suelen ser conflictivas entre sí, la tolerancia fundamentada en el "tomarse en serio" permite evitar los enfrentamientos y casi que garantiza la seguridad.

Habiendo comprendido lo anterior y continuando en trabajar con el concepto de tolerancia para dar paso al segundo punto de discusión que surge del análisis del texto. Este pretende afirmar que existe un estrecho vínculo entre el liberalismo y la idea de tolerancia, que se hace evidente mediante una relación casi simbiótica entre ambas. Esto se debe a que el pluralismo necesita de la tolerancia para ser considerado como un fenómeno que no sea dañino para la sociedad, en el sentido de que la diversidad no cause inconvenientes entre los ciudadanos. De esta manera, la tolerancia logra cumplir a cabalidad su objetivo, gracia a la existencia de una pluralidad, que en este caso es la pluralidad de las creencias religiosas.

Así pues, que el pluralismo sea una cuestión razonable implica que ninguna de las doctrinas comprensivas, como lo son las creencias religiosas, pretenda imponerse por la fuerza antes que las otras. Además, ninguna de ellas debe querer tener el respaldo oficial del Estado para convertirse en un elemento de cohesión social, porque de ser así, se afectaría el común vivir de los ciudadanos,

basta con preguntarse ¿cómo se logra una convivencia sin jerarquías entre doctrinas filosóficas, si no es gracias a la tolerancia? A decir verdad, resulta interesante ver que para que haya igualdad debe haber tolerancia, y de igual forma, gracias a la relación entre el pluralismo y la tolerancia es que puede haber diversidad pacífica, en la que existe un reconocimiento mutuo, pero que puede no avalar su práctica o no compartir sus ideales. En otras palabras, se comprende que existe un plano de igualdad, que genera un entendimiento recíproco y que les permite a los ciudadanos llevar una vida de acuerdo a lo que se quiere creer, sin afectar o entrar en discusión con los otros.

De esta manera, la relación entre la pluralidad y la tolerancia se hace más clara, ya que no se busca erradicar lo diverso sino aprender a vivir entre la variedad sin entrar en conflictos, acción que se logra gracias a la tolerancia. Por otro lado, Harto de Vera definía la justicia como "la igualdad en cuanto a las libertades como principios" (Harto de Vera, 2005), de manera que, bajo este entendido, si se entiende la libertad de culto como principio, entonces, se hace referencia a una verdadera igualdad entre ciudadanos que conduce a la "justicia", porque para que haya igualdad debe haber primero un reconocimiento de una pluralidad y una aceptación de la tolerancia mutua.

Finalmente, habiendo comprendido los dos temas puestos en conflicto, es necesario decir que el libro *"La religión en la Razón Pública"* le permite al lector un acercamiento a la teoría política de un manera acertada y concreta, en relación a la religión, las libertades individuales, la filosofía política, la tolerancia, la razón política, entre otras.

## Refrencias


Garzón Vallejo, Iván, Bosquejo del laicismo Político, Arequipa, Universidad Católica de San Pablo, 2006.

Garzón Vallejo, Iván, La religión en la razón pública, Bogotá, Universidad de La Sabana, 2004.

Habermas, Jurgen, Carta el papa, Consideraciones sobre la fe. Barcelona, Paidós 2009.

Harto de Vera, Fernando, Ciencia política y teoría política contemporáneas: una relación problemática. Madrid, Trotta, 2005

Habermas, Jurgen Israel o Atenas. Ensayos sobre religión, teología y nacionalidad. Madrid Trotta, 2008.

Hobbes, Thomas, Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. 1980.

Rawls, Jhon, Consideraciones sobre el significado del pecado y la fe sobre mi religión, Barcelona, Paidós, 2010.

Rawls, Jhon, La justicia como equidad, Paidós, 2004.

Universidad de
La Sabana