

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

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

Andrés David Jiménez Rodríguez*
Lesly Carolina Ocampo Acosta**
Luis Felipe Pulido González***
Dilia Paola Gómez Patiño****

Abstract

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

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

Historial del artículo:

Recibido: 19 de mayo de 2021

Aceptado: 10 de octubre de 2021

Cómo citar este artículo:

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

Resumen

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

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

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

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

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

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

I. Introducción

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

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

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

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

II. Competencia de la conciliación en la remediación de daños

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4 *Id.*

5 *Id.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

16 Ley 640 de 2001, art. 19.

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

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

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

20 *Id.*

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

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

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

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

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

21 Ley 84 de 1873, art. 2341.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

28 Ley 84 de 1873, art. 1613.

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

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

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

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

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

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

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

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

32 Ley 23 de 1991, Cap. V.

33 Ley 466 de 1998.

34 Ley 640 de 2001.

35 Ley 1285 de 2009, art. 13.

36 Ley 270 de 1996, art. 42A.

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

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

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

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

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

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

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

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

38 *Id.* en 3.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

45 Ley 23 de 1991, art. 76.

46 Ley 640 de 2001, art. 1.

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

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

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

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

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

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

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

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

50 *Id.* en 4.

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

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

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

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

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

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

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

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

EMPRESA 18 (2018).

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

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

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

IV. Algunas problemáticas

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

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

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

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

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

57 Decreto 1716 de 2009, art. 16.

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

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

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

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

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

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

60 *Id.* en 3.

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

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

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

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

V. Conclusión y recomendaciones

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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