

CIRCULAR EXTERNA No. 26

Para: Entidades públicas del orden nacional y territorial

De: **CÉSAR PALOMINO CORTÉS**
Director General
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado -ANDJE-

Asunto: Recomendaciones para el ejercicio de una representación judicial respetuosa de los derechos humanos

Fecha: 06 NOV 2024

De conformidad con la Ley 1444 de 2011¹ y el Decreto-Ley 4085² del mismo año, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) cuenta con competencias en materia de prevención del daño antijurídico y le corresponde impartir lineamientos y recomendaciones para que las entidades públicas adelanten una adecuada defensa de los intereses de la Nación³.

Por otra parte, el artículo 206 de la Ley 2294 de 2023⁴ creó el Sistema de Defensa Jurídica del Estado como el conjunto de actores, políticas, estrategias, principios, normas, rutas de articulación e instrumentos jurídicos, técnicos, financieros y gerenciales orientados a garantizar de manera coordinada la eficacia de la política pública del ciclo de defensa jurídica del Estado, en las entidades públicas del orden nacional y territorial, sin importar su naturaleza y régimen jurídico, asignándole a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado su coordinación.

En cumplimiento de lo mencionado, a través de este documento, la Agencia emite una serie de recomendaciones dirigidas a los Comités de Conciliación, los/las jefes de oficinas jurídicas, los/las abogados/as que ejercen la representación judicial de las entidades públicas, y demás personas que participan en la construcción, revisión y aprobación de las estrategias de defensa judicial que se deben adoptar al interior de las entidades públicas, con el fin de

¹ «Por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones».

² «Por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado».

³ Ver: numeral 1º, artículo 6º del Decreto-Ley 4085 de 2011, modificado por el artículo 1º del Decreto 2269 de 2019.

⁴ «Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 "Colombia potencia mundial de vida"».

que no estén fundamentadas en discursos negacionistas, estigmatizantes ni revictimizantes.

Si bien esta entidad expidió el Protocolo de Actuación en los Procesos Judiciales por Crímenes Atroces: Masacres por Estigmatización⁵; se consideró importante expedir estas recomendaciones, las cuales tienen un alcance mayor al Protocolo mencionado, porque están dirigidas a todas las entidades públicas y buscan evitar los discursos negacionistas, estigmatizantes y revictimizantes en la representación judicial, en general, y no solo en aquellos casos en donde se demande la reparación del daño ocasionado como consecuencia de masacres.

El documento está dividido así: (1) generalidades de las políticas o estrategias generales de defensa; (2) recomendaciones dirigidas a evitar que la representación judicial de las entidades públicas esté basada en argumentos negacionistas, estigmatizantes o revictimizantes y (3) conclusiones.

1. Generalidades de las políticas o estrategias generales de defensa

1.1. De acuerdo con lo previsto en el numeral 2º de la Ley 2220 de 2022⁶, es función del Comité de Conciliación⁷ o del representante legal⁸, según corresponda, «diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la entidad». La política de defensa se refiere a los lineamientos sustanciales y procesales que emite el Comité de Conciliación o el/la representante legal, para determinar el actuar de los/las apoderados/as de la entidad en el proceso judicial cuando esta es demandada o demandante.

1.2. Para la formulación de las políticas que orientarán la defensa de los intereses de la entidad, esta Agencia ha recomendado⁹:

1.2.1. Identificar y priorizar los temas que requieren políticas de defensa. En esta actividad es necesaria la participación de los/las abogados/as que representan los intereses de la entidad. Posteriormente, se debe priorizar el tema sobre el que se formularán las políticas de defensa, para tal efecto, pueden aplicarse los siguientes criterios:

⁵ Protocolo de actuación en los procesos judiciales por crímenes atroces: masacre por estigmatización: www.defensajuridica.gov.co/docs/BibliotecaDigital/Documentos%20compartidos/0719.pdf.

⁶ «Por medio de la cual se expide el estatuto de conciliación y se dictan otras disposiciones».

⁷ En los casos en que exista la obligación de constituir dicha instancia administrativa o se haya constituido de manera voluntaria, según lo previsto en el artículo 115 de la Ley 2220 de 2022.

⁸ Para los casos en que no exista la obligación de conformar dicho Comité y no se haya hecho de manera facultativa, de conformidad con el parágrafo 1º del artículo 120 ibidem.

⁹ Lo relativo a las actividades sugeridas por la Agencia para la formulación de las estrategias de defensa judicial, se pueden consultar en el documento que desarrolla las funciones del Comité de Conciliación previstas en el artículo 120 de la Ley 2220 de 2022: https://www.defensajuridica.gov.co/caja_herramientas/actuaciones.html

- Reiteración¹⁰: se refiere a los casos generados por hechos similares /iguales (p.ej. asuntos salariales, prestacionales o pensionales) o que implican para cada entidad situaciones frecuentes o permanentes de reclamación judicial (p.ej. accidentes con vehículo oficial, daños con armas de dotación oficial, privación injusta de la libertad, daños sufridos por reclusos, configuración del contrato realidad, entre otros).
- Complejidad: tiene en cuenta la dificultad para conseguir o valorar las pruebas, estructurar una argumentación jurídica en contra de precedentes jurisprudenciales, el carácter estructural o coyuntural de la fuente del daño antijurídico, entre otros.
- Impacto: puede determinarse a partir de la consideración de los siguientes factores: (i) valor de las pretensiones en dinero; (ii) posibilidad de éxito total o parcial de acuerdo con los precedentes; (iii) visibilidad ante los medios de comunicación o el daño potencial a la reputación de las instituciones; (iv) potenciales "incentivos perversos"¹¹ para una mayor litigiosidad en caso de fijarse un precedente en contra de los intereses de la institución.

1.2.2. Formular las estrategias en un documento -cuya naturaleza es reservada¹²-. Se sugiere tomar como insumos los lineamientos de defensa, las líneas jurisprudenciales y los conceptos de extensión de jurisprudencia expedidos por la ANDJE¹³, así como las líneas jurisprudenciales o documentos

¹⁰ A efectos de dar aplicación al criterio de reiteración se sugiere: «*Identificar en una matriz o ficha los casos reiterados o recurrentes con base en: 4.1. Sentencias condenatorias y laudos arbitrales. 4.2. Decisiones de conciliación extrajudicial o judicial tomadas por el Comité de Conciliación. 4.3. Actividad pre contractual, contractual o pos contractual, entre otras. 4.4. Valores de los pagos que realice la entidad u organismo por casos resultantes de la sumatoria de las sentencias, conciliaciones y reclamaciones realizadas en cada caso. 4.5. La frecuencia con que se presentan los casos, esto es, la cantidad de veces que se repite en un lapso de tiempo determinado por la entidad u organismo, conforme al numeral 3 de este paso. 4.6. Priorizar los casos, tanto en virtud de la cuantía como de la frecuencia (...)*». Al respecto, consultar: conocimientojurídico.defensajurídica.gov.co/buenas-prácticas/formulación-y-adopción-de-la-política-de-prevención-del-dano-antijurídico-por-parte-de-los-comités/

¹¹ Son aquellos que estimulan la presentación de demandas contra el Estado en donde hay un provecho para un tercero/a, por ejemplo, el/la abogado/a más que para las víctimas. Esto es lo que ocurre cuando, pese a ser procedente el mecanismo de la conciliación los/las abogados/as deciden no conciliar e iniciar el proceso judicial para lograr mayores rendimientos con ocasión del tiempo que pueda demorar en resolverse el proceso.

¹² Ver: artículo 129 de la Ley 1955 de 2019 «Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad», en concordancia con el artículo 372 de la Ley 2294 de 2023, relacionado con la reserva legal de las estrategias de defensa jurídica nacional e internacional».

¹³ Los lineamientos de defensa expedidos por la Agencia se pueden consultar: <https://www.defensajurídica.gov.co/docs/BibliotecaDigital/Páginas/ANDJE.aspx>. Por su parte, las líneas jurisprudenciales se pueden consultar en el Módulo de Jurisprudencia dispuesto en el eKogui: <https://ekogui.defensajurídica.gov.co/Pages/NEW/index.aspx#>. Finalmente, los conceptos de extensión de jurisprudencia se encuentran en: https://www.defensajurídica.gov.co/gestión/publicaciones-andje/extensión_jurisprudencia/Páginas/default.aspx

similares elaborados por la entidad en relación con los temas de defensa judicial priorizados.

1.2.3. Aprobar y adoptar las estrategias de defensa. Una vez formuladas estas estrategias, el Comité de Conciliación o el/la representante legal, según el caso, las debe aprobar de conformidad con los parámetros señalados en su reglamento. En el acta de la sesión debe quedar constancia expresa de dicha aprobación, pues de esta manera quedan formalizadas y cobran vinculatoriedad. El documento que contiene las estrategias se debe socializar entre los/las abogados/as que ejercen la representación judicial de la entidad, bajo el secreto profesional.

1.3. A su turno, el artículo 129 de la Ley 2220 de 2022 dispuso que, si la decisión de no conciliar implica señalar total o parcialmente la estrategia de defensa jurídica de la entidad, el documento en el que conste la decisión gozará de reserva, conforme a lo dispuesto en los literales e)¹⁴ y h)¹⁵ y el parágrafo¹⁶ del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014 o la norma que los modifique, adicione o sustituya.

Las estrategias de defensa jurídica nacional e internacional son los documentos, conceptos, lineamientos e información a los que acuden la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y/o las entidades públicas encargadas de hacer efectiva la defensa jurídica del Estado y de proteger sus intereses litigiosos.

1.4. Con relación a las estrategias de defensa, el Consejo de Estado ha indicado que no pueden ser construidas a partir de argumentos o discursos negacionistas, que revictimicen, estigmatizan o atenten contra la dignidad humana de las personas¹⁷. Lo anterior, por cuanto ello constituye una vulneración de los

¹⁴ Relacionado con el debido proceso y la igualdad de las partes en los procesos judiciales.

¹⁵ Relacionado con la estabilidad macroeconómica y financiera del país.

¹⁶ Documentos que contengan las opiniones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los/as servidores/as públicos.

¹⁷ En la sentencia del 28 de abril de 2014, radicado 08001-23-31-000-1994-08613-01 (21896), el Consejo de Estado «señaló que las conductas y actuaciones fundamentadas en la raza, el sexo, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, las preferencias sexuales, la opinión política o filosófica o las adicciones que en un momento dado terminan afectando la salud mental y física de una persona, doblegando en algunos casos y circunstancias su voluntad, no pueden ser nunca la base de una política de defensa judicial de una entidad estatal la cual, por el contrario, debe guiarse siempre en respeto y la más alta consideración para con el ser humano y su dignidad, en garantía de la tutela efectiva de los derechos fundamentales de los que son titulares». Subrayas fuera del texto original. En similar sentido, se pronunció el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 27 de agosto de 2019, expediente: 15001-23-31-000-2003-03453-01(44240)A que decidió, entre otros: «Enviar copia de esta sentencia al Director de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, para que, de acuerdo con el artículo 18.3 del Decreto 4085 de 2011 y teniendo en cuenta lo expuesto en el acápite 2.4 de esta sentencia, expida un protocolo con directrices de actuación para los procesos judiciales que se sigan contra el Ministerio de Defensa por la ocurrencia de crímenes atroces. Estas directrices deberían contribuir a la prevención del litigio abusivo, garantizando que las estrategias de defensa estatal en casos de crímenes de guerra y de lesa humanidad, observen los precedentes judiciales de esta Corporación y no recurran en discursos negacionistas, estigmatizadores y revictimizantes».

derechos de las víctimas previstos en el ordenamiento jurídico colombiano y en disposiciones internacionales.

Las víctimas son sujetos sometidos a un nivel mayor de riesgo¹⁸, vulnerabilidad, debilidad y discriminación, lo cual, impone a las autoridades¹⁹ la obligación de enfocar sus actuaciones en su protección y asistencia y no, en la imposición de barreras, límites o exigencias que, en lugar de garantizar los objetivos del Estado, generan mayores vulneraciones que les impiden su recuperación e inclusión social y las revictimizan.

1.5. Con relación a los discursos negacionistas es preciso señalar que son aquellos a través de los cuales se niegan realidades y hechos históricos o naturales²⁰. Prevenirlas hace parte del deber de recordar a cargo de los Estados²¹. El deber de recordar busca preservar las pruebas relativas a violaciones de derechos humanos y del derecho humanitario, con el fin de facilitar el conocimiento de tales violaciones, preservar del olvido la memoria colectiva y evitar que surjan tesis revisionistas²² y negacionistas²³.

Al respecto, es importante aclarar desde la perspectiva procesal que, lo señalado previamente, en cuanto a los discursos negacionistas, no se puede confundir con la facultad que tienen las entidades públicas en la contestación de la demanda de negar los hechos, cuya prueba se pretende en el proceso²⁴.

1.6. A su turno, la revictimización, ha sostenido la Corte Constitucional, se materializa cuando las instituciones encargadas de proteger a una víctima no atienden sus necesidades y tampoco facilitan los medios para su recuperación plena²⁵. Así, un ejemplo de revictimización se presenta cuando una mujer

¹⁸ Ver: Corte Constitucional, sentencia T-236 de 2021, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

¹⁹ El artículo 2º de la Ley 1437 de 2011 dispone que «*son autoridades todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas*».

²⁰ Al respecto se puede consultar definición de negacionismo prevista en el Diccionario de la Real Academia Española.

²¹ Así lo sostuvo el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de agosto de 2019, radicado: 15001-23-31-000-2003-03453-01(44240)A, C.P. Alberto Montaña Plata.

²² El Diccionario de la Real Academia Española define el revisionismo como la: «*Tendencia a someter a revisión metódica doctrinas, interpretaciones o prácticas establecidas con el propósito o de actualizarlas y a veces de negarlas*». A partir de lo anterior, podría señalarse que, las tesis revisionistas están relacionadas con el negacionismo, puesto que a través de ellas se revisan, por ejemplo, interpretaciones o hechos, con el propósito de negar lo que sobre ellos ya había sido revisado.

²³ Con relación a este punto, se puede consultar el artículo 3º del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad.

²⁴ Ver: inciso final del artículo 167 del Código General del Proceso.

²⁵ Ver: Corte Constitucional, sentencia C-470 de 2016; M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En lo que tiene que ver con la victimización, en el ámbito penal, las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, establecen: «*5.- Victimización (10) A efectos de las presentes Reglas, se considera víctima toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. El término víctima también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa. (11) Se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de*

víctima de violencia acude al Estado en busca de protección, pero la respuesta de este no es la esperada, de hecho, algunas veces se basa en estigmas sociales, lo cual incentiva la discriminación y la violencia en su contra²⁶.

1.7. En lo referente a la estigmatización, ha dicho el Consejo de Estado²⁷ que: (i) desvaloriza a unas personas y enaltece a otras; (ii) es incompatible con la dignidad humana, de ahí que sienta las bases para la vulneración de los derechos humanos; (iii) puede entenderse como la deshumanización, degradación, desacreditación y desvalorización de algunas personas; (iv) presenta a la persona estigmatizada como un ser “que no es del todo humano”; (v) es el resultado de una creación que reordena la percepción social de personas y pueblos y designa lo indeseable, lo anormal y libera al perpetrador de una culpa que traslada a las víctimas y a sus familias²⁸.

justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Destacan a estos efectos, entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta. (12) Se alentará la adopción de aquellas medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos negativos del delito (victimización primaria). Asimismo se procurará que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria). Y se procurará garantizar, en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo a favor de aquéllas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada o repetida (una misma persona es víctima de más de una infracción penal durante un periodo de tiempo). También podrá resultar necesario otorgar una protección particular a aquellas víctimas que van a prestar testimonio en el proceso judicial. Se prestará una especial atención en los casos de violencia intrafamiliar, así como en los momentos en que sea puesta en libertad la persona a la que se le atribuye la comisión del delito».

²⁶ La Corte Constitucional también ha hecho referencia a la violencia institucional, la cual es «ejercida por autoridades administrativas y judiciales, ocurre cuando “el Estado se convierte en un segundo agresor de las mujeres que han sido víctimas de violencia y que acuden a sus instituciones para lograr su protección y la restitución de los derechos fundamentales que les han sido vulnerados.”». Ver: Corte Constitucional, sentencia T-172 de 2023, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

²⁷ Al respecto, se puede revisar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de agosto de 2019, radicado: 15001-23-31-000-2003-03453-01(44240)A, C.P. Alberto Montaña Plata. En esta providencia el Consejo de Estado toma en consideración lo dicho por el Consejo de Derechos Humanos en el Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, del 2 de julio de 2012, que frente a la estigmatización señaló: (i) es la causa de violaciones a los derechos humanos y ubica en desventaja a grupos enteros de población; (ii) está relacionada con la discriminación. En otras palabras, el estigma precede, motiva y “justifica” la discriminación, trayendo como resultado que esta parezca que es natural, se requiere y se desea; (iii) contribuye al silencio e impone una cultura de invisibilidad y vergüenza que propicia que las violaciones de los derechos humanos persistan en el tiempo y (iv) se manifiesta de diferentes maneras, por ejemplo: rechazo, exclusión, intimidación, desacreditación, culpabilización, entre otras. Su origen está en el proceso de desvalorización y deshumanización de determinadas personas. El informe mencionado se puede consultar: www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-42_sp.pdf

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de agosto de 2019, radicado: 15001-23-31-000-2003-03453-01(44240)A, C.P. Alberto Montaña Plata. En esta oportunidad, el Alto Tribunal señaló que: «*El estigma obedece a una creación que reordena la percepción social de personas y pueblos, y designa lo indeseable, lo anormal. El estigma disminuye la humanidad de quien lo carga y autoriza a los demás a obrar en consecuencia, por lo que es el inicio de cadenas de violaciones de sus derechos, por lo general acompañadas de rasgos de desprecio y humillación. El estigma legitima socialmente la comisión de dichas violaciones, pues una vez instalado funciona como referente de valoración ética que justifica los ataques a quienes son catalogados como anormales o indeseables. Contribuye a la deshumanización de personas y pueblos, y abre*

De otro lado, es preciso mencionar que la no estigmatización parte del principio de igualdad, no discriminación y respeto por las diferencias e implica un lenguaje y comportamiento de respeto que contrarreste escenarios de racismo y discriminación, a través de acciones que prevengan actitudes de deshumanización de grupos, personas y territorios, fomentando mensajes, narrativas y contenidos audiovisuales que conlleven a la promoción, prevención y eliminación de cualquier forma de discriminación y racismo²⁹.

1.8. Precisamente, en relación con las víctimas, es oportuno recordar que sus derechos a la verdad³⁰, la justicia³¹ y la reparación³² tienen un marco de protección contemplado en la Constitución Política³³, dentro del que se encuentran, entre otros: (i) el principio de dignidad humana³⁴; (ii) el deber de protección de las autoridades de los derechos de todos/as los/as residentes en el país³⁵; (iii) las garantías del debido proceso judicial y administrativo³⁶; (iv) la cláusula general de responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que causen los/as servidores/as³⁷ públicos/as, y (v) el reconocimiento de los

la puerta a la cadena de conductas atroces contra ellos, que como efecto del estigma aparecen ante los demás como individuos o colectivos sin derechos, indeseables, anormales o peligrosos».

²⁹ Ver: artículo 2.4.5.1.10. del Decreto 1444 de 2022 «*Por el cual se adiciona el Título 5 de la parte 4 del libro 2 Decreto 1066 de 2015 Único Reglamentario del Sector Interior, denominado "Política Pública de Reconciliación, Convivencia y no Estigmatización».*

³⁰ La Corte Constitucional en sentencia C-180 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos sostuvo que el derecho internacional ha reconocido dos dimensiones del derecho a la verdad: una individual (derecho a saber) y una colectiva (derecho inalienable a la verdad y deber de recordar). Con relación a este derecho también se pueden consultar: Corte Constitucional, sentencia C-116 de 2021, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, y la sentencia del caso integrantes y militantes de la Unión Patriótica vs. Colombia del 27 de julio de 2022 de la Corte IDH. Serie C No. 455.

³¹ Corte Constitucional, sentencia C-180 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos: «*Su garantía impone al Estado la obligación de investigar, juzgar y condenar a penas adecuadas a los responsables de las conductas delictivas y evitar la impunidad. (...)».* Frente al derecho a la justicia, también se puede consultar: Corte Constitucional, sentencia C-080 de 2018, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

³² Con relación al derecho a la reparación, la Corte Constitucional, sentencia SU150 de 2021, M.P. Alejandro Linares Cantillo ha señalado que: (i) su finalidad es devolver a las víctimas al estado en el que se encontraban antes del hecho que dio lugar a tal condición; (ii) se materializa a través de múltiples medidas, por ejemplo, la restitución, la compensación, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición y (iii) tiene una faceta individual y colectiva. La primera se refiere a la restitución, indemnización y rehabilitación de la víctima, mientras que la segunda comprende las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición.

³³ Al respecto se puede consultar: Corte Constitucional, sentencia C-180 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos.

³⁴ Previsto en el artículo 1º de la Constitución Política.

³⁵ Ver artículo 2º del texto constitucional, que al tenor dispone: «*(...) Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares».*

³⁶ Ver artículo 29 de la Constitución Política: «*El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable».* (...)

³⁷ Ver artículo 90 Constitucional que señala: «*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste».*

derechos de las víctimas como derechos de rango constitucional³⁸. En el ámbito internacional, los derechos mencionados son protegidos a través de, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁹ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁰.

1.9. La Agencia no pasa por alto que, desde la perspectiva procesal, la carga de prueba respecto de los hechos contenidos en la demanda corresponde a la parte actora, según los términos del artículo 167 del Código General del Proceso⁴¹. Asimismo, no puede olvidarse con relación a las pruebas que, a los/as representantes legales de las entidades públicas, cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas, les está prohibida la confesión⁴².

En consecuencia, cuando la parte demandante no logre acreditar los hechos que fundamentan las pretensiones, el/la apoderado/a del Estado, de conformidad con el estatuto procesal puede alegarlo sin que ello implique vulneración de los derechos de las víctimas, siempre que se exprese de una manera respetuosa con los derechos de estas personas.

Hechas las anteriores precisiones, a continuación, se mencionan algunas recomendaciones encaminadas a evitar discursos negacionistas, estigmatizantes o revictimizantes en las estrategias de defensa judicial de las entidades públicas.

2. Recomendaciones dirigidas a evitar que la representación judicial de las entidades públicas esté basada en argumentos revictimizantes y estigmatizantes

El papel del/la abogado/a que ejerce la defensa judicial del Estado es primordial. Las actuaciones que realicen en representación de los intereses estatales deben obedecer a criterios de eficiencia y probidad que conduzcan al cumplimiento de los principios constitucionales y legales, a la observancia del ordenamiento jurídico en general y a la realización de los fines del Estado. Para ello, y en virtud

³⁸ Ver artículos 229 (derecho de acceso a la administración de justicia), 250 numerales 6 y 7 (funciones de la Fiscalía General de la Nación) y 66 transitorio (relativo a los instrumentos de justicia transicional) de la Constitución Política.

³⁹ Ver: artículos 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial). Frente al derecho a la reparación, el artículo 63.1 dispuso que, ante una violación a un derecho o libertad protegidos en la Convención, la Corte dispondría que se garantice el derecho o garantía vulnerados y, si lo encuentra procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización.

⁴⁰ Ver: artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, en relación con el derecho a la justicia compromete al Estado a garantizar la interposición y resolución de recursos cuando los derechos o libertades reconocidos en dicho Pacto hubieren sido violados.

⁴¹ En los eventos previstos en el inciso final del artículo 167 del Código General del Proceso, se establece que los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba, razón por la cual en estos eventos se podría justificar un trato diferente, previa aclaración que, en estas situaciones la valoración corresponde hacerla al juez por competencia.

⁴² Ver: artículos 195 del Código General del Proceso y 217 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

del mandato conferido, los/las apoderados/as de las entidades públicas deben defender los intereses de estas de manera diligente, técnica y respetuosa, conforme con las reglas, los ritos procesales, los principios y las obligaciones que regulan el ejercicio de la profesión de abogado/a⁴³.

El ejercicio del derecho a la defensa, en este caso de las entidades públicas, supone, entre otras garantías: (i) enfrentar los cargos en su contra, (ii) presentar su relato de los hechos, (iii) suministrar las explicaciones o justificaciones que considere pertinentes a su favor, y (iv) ejercer actos positivos de solicitud, presentación y oposición a las pruebas⁴⁴.

Del mismo modo, el rol del Comité de Conciliación y del/la representante legal de la entidad pública, en los eventos en que no se tenga la obligación de constituir dicho Comité y no se haya realizado de manera facultativa, también es clave a la hora de construir las estrategias de defensa judicial, dadas las funciones que le fueron asignadas⁴⁵.

El Comité de Conciliación es la instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas de prevención del daño antijurídico y de defensa de los intereses de la entidad. Igualmente, se encarga de decidir en cada caso específico sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro mecanismo de solución de conflictos, adhiriéndose estrictamente a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, a las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado y a la jurisprudencia de las altas cortes para cada caso particular. Lo anterior, con el fin de evitar que se lesione el patrimonio público⁴⁶.

Debido a lo anterior, las recomendaciones señaladas en este documento están dirigidas a todas las personas, instancias y dependencias al interior de las entidades públicas, cuyas funciones imponen el deber de elaborar y aprobar las estrategias de defensa judicial o de aplicar las ya aprobadas. Es importante mencionar que, con estas recomendaciones no se busca evitar que las entidades ejerzan su derecho a una adecuada representación judicial, por ejemplo, a través de la proposición de excepciones previas, lo que se pretende es que dicha representación sea ejercida dentro de un marco respetuoso de los derechos de las víctimas.

⁴³ Ver: www.defensajuridica.gov.co/docs/BibliotecaDigital/Documentos%20compartidos/0415.pdf

⁴⁴ Al respecto, se puede consultar el Protocolo de actuación en los procesos judiciales por crímenes atroces: masacre por estigmatización:

www.defensajuridica.gov.co/docs/BibliotecaDigital/Documentos%20compartidos/0719.pdf

⁴⁵ Ver: artículo 120 de la Ley 2220 de 2022.

⁴⁶ Consultese: artículo 117 de la Ley 2220 de 2022.

Para tal efecto, en aras de evitar que la representación judicial de las entidades públicas esté basada en argumentos negacionistas, revictimizantes y/o estigmatizantes que atenten contra la dignidad de las personas, se recomienda:

- ✓ Diseñar las políticas generales que orienten la defensa de los intereses de la entidad⁴⁷, para lo cual, se puede consultar el documento⁴⁸ para la gestión del Comité de Conciliación en el que se mencionan algunas actividades para el cumplimiento de esta función, las cuales fueron mencionadas en numeral 1.2. de este escrito.
- ✓ Tener en cuenta que la norma jurídica fundamental es la Constitución⁴⁹, lo cual implica que toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de esta última, por lo tanto, las estrategias jurídicas que adopten las entidades públicas en defensa de sus intereses litigiosos deben ser concordantes con lo previsto en dicha norma fundamental. En ese orden de ideas, es importante:
 - Estructurar la estrategia de defensa de las entidades públicas a partir de los postulados, valores, principios y derechos⁵⁰ que fundamentan el ordenamiento jurídico colombiano, como es el caso, por ejemplo, de la dignidad humana y la igualdad⁵¹.
 - Recordar que las entidades públicas, por mandato constitucional, están instituidas para proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades⁵². Por lo tanto, todas las actuaciones administrativas y judiciales deben ir encaminadas a garantizar la dignidad humana y la no discriminación, así como, a tener en cuenta los enfoques de derechos humanos, género, interseccional y diferenciales (p. ej. étnico, discapacidad, ciclo de vida)⁵³.

⁴⁷ De conformidad con lo previsto en el numeral 2º del artículo 120 de la Ley 2220 de 2022.

⁴⁸ Lo relativo a las actividades sugeridas por la Agencia para la formulación de las estrategias de defensa judicial, se pueden consultar en el documento que desarrolla las funciones del Comité de Conciliación previstas en el artículo 120 de la Ley 2220 de 2022: https://www.defensajuridica.gov.co/caja_herramientas/actuaciones.html

⁴⁹ Artículo 4º de la Constitución Política.

⁵⁰ Así, por ejemplo, se pueden mencionar los artículos constitucionales: (i) 2º relativo a los fines del Estado y al deber de las autoridades de proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades; (ii) 13 que establece el derecho a la igualdad; (iii) 95, numeral 4º que dispone como deber de todas las personas defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica.

⁵¹ De acuerdo con lo previsto en el artículo 1º de la Constitución Política.

⁵² Véase: inciso 2º del artículo 2º de la Constitución Política.

⁵³ Corte Constitucional, sentencia T-236 de 2021, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

- Abstenerse de fundamentar la defensa judicial en términos insultantes y despectivos de la vida humana, basándose en situaciones que han padecido o padecen las personas, como, por ejemplo, puede ser el caso del consumo problemático de sustancias psicoactivas⁵⁴.
 - No acudir a argumentos en los que, por ejemplo, en el caso específico de la violencia contra las mujeres, las culpabilicen, se "justifiquen" los hechos demandados o denunciados por su actitud, comportamiento o sus relaciones sentimentales anteriores, se cuestione su honra o se utilice un vocabulario sexista⁵⁵.
- ✓ Observar, además de las disposiciones internas, los diversos instrumentos internacionales ratificados por Colombia, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, puesto que, en ellos también existen obligaciones para el Estado en relación con la protección de los derechos de las víctimas, como, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás instrumentos internacionales mencionados en el numeral 1.8. de este documento.
- ✓ Ser cuidadosos/as con los argumentos fácticos que se exponen en la contestación de la demanda, en los alegatos y en la sustentación de los recursos, pues estos no pueden estar elaborados a partir de hechos, situaciones o argumentos negacionistas, que revictimizan o estigmatizan a las presuntas víctimas. En ese orden, los argumentos de tales escritos deben concentrarse en el problema jurídico y no en las particularidades personales de los/as actores/as y/o víctimas⁵⁶.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de abril de 2014, radicado: 08001-23-31-000-1994-08613-01, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. El Ministerio de Salud ha indicado que: «*Un consumo es problemático cuando este afecta la salud, las relaciones con la familia y amigos. También cuando altera las actividades diarias como el trabajo o el estudio, o cuando implica problemas económicos o con la ley*». <https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/SMental/Paginas/convivencia-desarrollo-humano-sustancias-psicoactivas.aspx>

⁵⁵ La CIDH se ha referido puntualmente al caso de las mujeres cuando estas acuden a denunciar casos de violencia sexual, pues considera que la ruta también resulta revictimizante cuando se le discrimina por su orientación sexual, origen étnico, nivel de escolaridad, nacionalidad, entre otros. Al respecto, se puede consultar: CIDH, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, 9 de diciembre de 2011.

⁵⁶ Tomado de: Guía para la Defensa Judicial del Estado Aspectos Procesales y Probatorios. Elaborada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. La Guía se puede consultar en: www.defensajuridica.gov.co/docs/BibliotecaDigital/Documentos%20compartidos/0415.pdf. Sobre el deber de los apoderados del Estado de evitar discursos estigmatizantes, es importante resaltar la decisión proferida por el Juzgado 37 Administrativo de Bogotá, el 1 de agosto de 2023, expediente 11001 33 36 037 2015 00678-00, en la demanda de responsabilidad por el conjunto de hechos y omisiones en el desarrollo de las obligaciones de debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar efectivamente la violencia sexual y de género contra la mujer, en la que señaló: "el Despacho no puede pasar por alto los argumentos presentados por la Secretaría Distrital de Gobierno, entidad que propuso la excepción de "culpa exclusiva de la víctima"

- ✓ Evitar, al momento de elaborar las estrategias de defensa y de realizar las intervenciones caso a caso, utilizar argumentos discriminatorios, ya que ello genera escenarios de revictimización y estigmatización. Al/la apoderado/a le corresponde plantear una teoría del caso que incluya un fundamento fáctico adecuado, el cual respalde la aplicación de la teoría jurídica correspondiente, sin que ello implique que se acuda a los argumentos mencionados previamente.
- ✓ Eliminar prejuicios y estereotipos de las estrategias de defensa derivados del género, orientación sexual, identidad de género, ocupación laboral, nacionalidad, origen étnico o cualquier otro criterio sospechoso de discriminación⁵⁷.
- ✓ Usar siempre en la contestación de demandas, alegatos y sustentación de recursos un lenguaje cortés y respetuoso con la contraparte, en lugar de un discurso que profundice asimetrías de poder⁵⁸, reste legitimidad a la contraparte o utilice estrategias de desprestigio y estigmatización⁵⁹.
- ✓ Elaborar los argumentos que sustentan la defensa en las pruebas⁶⁰ efectivamente recaudadas en el proceso para sustentar los hechos que se

argumentando que, [la víctima] decidió salir con [el agresor], a pesar de los indicios que existían sobre él, por lo que ella puso en riesgo su integridad y su vida.

Los argumentos expuestos por la entidad demandada contribuyen a perpetuar la violencia y discriminación contra la mujer a través de manifestaciones de sexismo, las cuales deben ser erradicadas de los procesos judiciales y de la sociedad en general, como quiera que, resultan revictimizantes.

La excepción propuesta pretende endilgar culpa a la propia víctima, quien sufrió de manera directa el cruel ataque a su vida e integridad, situación que justifica la violencia contra la mujer.

Por lo expuesto, se insta a la entidad demandada a evitar la inclusión de argumentos discriminatorios y que estereotipen a las víctimas de violencia sexual. Las autoridades y los distintos organismos de todos los órdenes del Estado son los primeros llamados a crear un entorno de apoyo que aliente a las mujeres a reclamar sus derechos, tal como lo establece la Recomendación No. 33 de la CEDAW".

⁵⁷ Tiene fundamento en el reconocimiento del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, prevista en el artículo 13 de la Constitución Política. La Corte Constitucional, mediante sentencia T-033 de 2024, M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera, indicó que «*las diferenciaciones basadas en criterios sospechosos de discriminación solo son compatibles con el principio de igualdad cuando sean imprescindibles para cumplir con los fines constitucionalmente imperiosos*». A partir de lo expuesto se podría decir que, un criterio sospechoso de discriminación es aquel que impone distinciones que atentan contra el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación a que hace referencia el artículo 13 Superior.

⁵⁸ Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que el «*análisis centrado en el género es la herramienta para equilibrar las asimetrías de poder existentes y "dejar al descubierto prejuicios, estereotipos y precomprensiones que minusvaloran a las mujeres y terminan por convertirse en obstáculos para la plena realización de sus derechos*». Sentencia T-219 de 2023, M.P. Cristina Pardo Schlesinger que, a su vez, citó la sentencia T-140 de 2021, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁵⁹ Ver el Protocolo de actuación en los procesos judiciales por crímenes atroces: masacre por estigmatización: www.defensajuridica.gov.co/docs/BibliotecaDigital/Documentos%20compartidos/0719.pdf

⁶⁰ Al respecto, es preciso señalar que, si bien la Corte Constitucional ha determinado que en casos de graves violaciones a los derechos humanos debe aplicarse un criterio de flexibilización probatoria en la apreciación y valoración de los medios de prueba, el nexo causal como elemento esencial de la responsabilidad patrimonial del Estado no se presume en ningún caso.

afirman y abstenerse de presentar medios probatorios⁶¹ que busquen desacreditar, silenciar, estigmatizar, revictimizar a las víctimas o convencer a los demás de que algo anormal había en ellas que llevó a que se generara el daño por el que se demanda⁶².

- ✓ Tener en cuenta, cuando se presente la excepción de hecho de la víctima en los procesos donde se discute la responsabilidad extracontractual del Estado, que: (i) la descripción de la conducta en que incurrió la víctima debe basarse en las pruebas que estén en el expediente; (ii) la valoración probatoria no debe basarse en las condiciones personales, y (iii) nunca sustentar la defensa en apreciaciones subjetivas, ya sea las provenientes del/la abogado/a defensor/a, del/la acusado/a, del/la victimario/a o de un/una tercero/a⁶³.
- ✓ Evitar que el proceso se convierta en una medición de poderes en el que: (i) se intente justificar la conducta cometida por un/a agente del Estado, cuando esta es constitutiva de algún delito, como ocurre con los crímenes de guerra y de lesa humanidad⁶⁴; (ii) se dificulte la construcción de la verdad y se obstruye el camino hacia la reparación⁶⁵, y (ii) las víctimas

⁶¹ En relación con los medios de pruebas, la revictimización o estigmatización también se tiene que evitar en su práctica. La Corte Constitucional, en sentencia T-116 de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, por ejemplo, llamó la atención de la Fiscalía General de la Nación en aquellos procesos en los que menores de edad tienen la calidad de víctimas, e incluso en aquellos en los que son terceros/as, con el fin de que, se haga uso de la prueba anticipada «para que los menores rindan testimonio dentro del proceso, evitando la revictimización que puede significar volver sobre hechos delictivos acontecidos tiempo atrás». También, en sentencia T-351 de 2021, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, en el caso de los/as niños/as sostuvo el máximo Tribunal Constitucional que se deben «evitar interrogar a los niños más de lo necesario para evitar circunstancias de revictimización». Igualmente, en relación con la valoración probatoria, la Corte Constitucional, en sentencia T-129 de 2023, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, ha dicho que se «debe valorar las pruebas con perspectiva de género, teniendo en cuenta los indicios del caso y las imposibilidades probatorias en las que muchas veces se encuentran las mujeres».

⁶² Al respecto se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de agosto de 2019, radicado: 15001-23-31-000-2003-03453-01(44240)A, Alberto Montaña Plata. En esta oportunidad, el Consejo de Estado advirtió que el Ejército Nacional «en efecto, presentó como anexo a su demanda una copia de un fragmento del libro *Epitafio de los inocentes*, publicado en 2001 aparentemente el propio ejército. En ese libro se presenta información difamatoria que tiende un manto de sospecha sobre todos los pasajeros del bus y señala especialmente a uno de ellos».

⁶³ Ver el Protocolo de actuación en los procesos judiciales por crímenes atroces: masacre por estigmatización: www.defensajuridica.gov.co/docs/BibliotecaDigital/Documentos%20compartidos/0719.pdf.

⁶⁴ En sentencia del 16 de agosto de 2022, radicado 73001-23-31-000-2009-00370-01 (55.563), M.P. Alberto Montaña Plata, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado concluyó que: «Las imprecisiones y contradicciones entre lo narrado por el ejército y las pruebas técnicas permiten a la Sala inferir con certeza la intención de ocultar la verdad y aparentar un enfrentamiento que nunca sucedió. La ausencia de pruebas sobre la calidad de combatiente de la víctima y la acreditación suficiente de su condición de civil, trabajador del campo y persona apreciada por sus familiares y vecinos, evidencian que el ejército buscó estigmatizarlo y restarle valor a su vida. En este caso se advierte un esfuerzo de la entidad para justificar la barbarie del crimen que se cobró la vida (...).» Subrayas fuera del texto.

⁶⁵ En otras palabras, se incumple la obligación del Estado de garantizar los derechos de las víctimas.

terminen en una posición de sometimiento y de devaluación social de su experiencia⁶⁶.

- ✓ Estructurar las estrategias de defensa a partir de los precedentes judiciales sobre la materia expedidos por las Altas Cortes⁶⁷.
- ✓ Aprobar y adoptar el documento que contiene las estrategias o políticas de defensa de conformidad con los parámetros señalados en el reglamento del Comité de Conciliación o por el/la representante legal, según el caso, para lo cual se pueden seguir las recomendaciones dadas por esta Agencia⁶⁸.
- ✓ Hacer seguimiento a las estrategias adoptadas, con el fin de verificar que se dé absoluto cumplimiento a lo aprobado por parte de las instancias responsables y, en caso de encontrar argumentos negacionistas, estigmatizantes y revictimizantes, realizar los ajustes a que haya lugar.

3. Conclusiones

Finalmente, a modo de conclusión es preciso indicar que:

1. Las políticas o estrategias de defensa judicial deben ser elaboradas y aprobadas por el Comité de Conciliación o el/la representante legal, según el caso, de acuerdo con lo previsto en el numeral 2º y el parágrafo 1º del artículo 120 de la Ley 2220 de 2022 (Estatuto de Conciliación).
2. Dichas estrategias no pueden estar fundamentadas en hechos, situaciones, argumentos que revictimicen o estigmatizan a las víctimas, pues ello va en contra de los postulados constitucionales, de los compromisos adquiridos por Colombia en diferentes instrumentos internacionales y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que ha sido enfática al señalar que este tipo de actuaciones no son admisibles en un Estado social de derecho que tiene

⁶⁶ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de agosto de 2019, radicado: 15001-23-31-000-2003-03453-01(44240)A, C.P. Alberto Montaña Plata.

⁶⁷ Al respecto, es importante recordar que el artículo 10º de la Ley 1437 de 2011 impone a las autoridades el deber de aplicar de manera uniforme las disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias y las sentencias de unificación a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. De otro lado, el numeral 5º del artículo 120 de la Ley 2220 de 2022 asignó al Comité de Conciliación el análisis de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad jurisprudencial con los supuestos. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de agosto de 2019, radicado: 15001-23-31-000-2003-03453-01(44240)A, C.P. Alberto Montaña Plata.

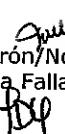
⁶⁸ Al respecto se puede consultar el documento que desarrolla las funciones del Comité de Conciliación previstas en el artículo 120 de la Ley 2220 de 2022: https://www.defensajuridica.gov.co/caja_herramientas/actuaciones.html

como uno de sus pilares fundamentales el respeto por la dignidad humana.

3. Una vez son aprobadas las estrategias de defensa se debe hacer seguimiento constante para verificar su efectivo cumplimiento por parte de los/as destinatarios/as.


CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Director General

Aprobó:  Julie Carolina Armenta Calderón/Nohora Patricia Rodríguez Barrera
Revisó:  Liliana Palacio Álvarez/Yuliana Falla Castellanos/Leonardo Romero Mora 
Proyectó: Yosira Alejandra Daza Gullo 

