

ANDRÉS JULIÁN VÁSQUEZ PENAGOS

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO COLOMBIANO EN VIRTUD
A LA INMUNIDAD DEL ESTADO EXTRANJERO**

(Maestría en Derecho Constitucional)

**Bogotá, Colombia
2019**

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

Rector: Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Secretaria General: Dra. Marta Hinestrosa Rey

Decana Facultad de Derecho: Dra. Adriana Zapata Giraldo

Directora Departamento

Derecho Constitucional: Dra. Magdalena Correa

Director de Tesis: Dr. Wilfredo Robayo Galvis

Examinadores: Dr. Eric Tremolada Álvarez

Dr. Bernardo Vela Obregón

Abogado de la Universidad de Cauca y Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Estudiante de Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia.

“El vencido pertenece al vencedor, con su mujer y sus hijos, con sus bienes y con su sangre. La fuerza prima al derecho y no hay derecho que en su origen no sea demasía, usurpación violenta”¹

¹ Nietzsche, Friedrich, *Ensayo sobre los griegos*. 2ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: EGodot Argentina, 2015, p. 18.

Contenido

| | |
|---|-----------|
| 1. RESUMEN | 6 |
| 2. INTRODUCCIÓN | 7 |
| 3. RESULTADOS | 15 |
| 3.1 De la responsabilidad estatal sobre el hecho generador del daño y su reparación | 15 |
| 3.2 De la inmunidad de jurisdicción y de ejecución | 24 |
| 3.3 Instrumentos Internacionales sobre Inmunidad de los Estados | 32 |
| 3.3.1 Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas | 33 |
| 3.3.2 Convención de Viena sobre Relaciones Consulares | 34 |
| 3.3.3 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados | 34 |
| 3.3.4 Corte Internacional de Justicia | 35 |
| 3.4 Inmunidad y Efectividad de los Derechos Fundamentales | 39 |
| 3.5 Precedente Jurisprudencial de la Inmunidad diplomática en las altas Cortes Judiciales de Colombia. | 43 |
| 3.5.1 De la Corte Constitucional | 44 |
| 3.5.2 De la Corte Suprema de Justicia | 57 |
| 3.5.3 Del Consejo de Estado | 59 |
| 4. CONCLUSIONES | 67 |
| 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 71 |

1. RESUMEN

En el presente Documento se efectúa un estudio respecto de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución que gozan los Estados extranjeros, y si su aceptación por parte de Colombia conlleva a la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano. Para ello se abordarán como temas centrales, los diferentes títulos de imputación de responsabilidad estatal desarrollados por el Consejo de Estado en su jurisprudencia, las tesis que la doctrina internacional ha desarrollado respecto de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los Estado, el marco normativo internacional respecto a la jurisdicción y de ejecución, la concepción jurisprudencial sobre dichos conceptos por parte de la Corte Internacional de Justicia, lo que las altas Cortes Colombianas han edificado frente al tema y la materialización de los derechos fundamentales en ese panorama.

Palabras Claves: Inmunidad, Jurisdicción, Ejecución, Jurisprudencia, Tratados Internacionales, *Ius Cogens*, Daño Especial, Corte Internacional de Justicia, Derechos Fundamentales.

2. INTRODUCCIÓN

En la actualidad existe una constante tensión entre las normas internas y/o ordenamientos jurídicos propios de los Estados, respecto de las normas de carácter internacional y a su vez, entre los tribunales nacionales y los internacionales. Casos como los de Gelman Vs Uruguay², Abdulsamet Yaman V. Turkey³, entre otros, y en distintas latitudes, afinan la visión de una confrontación

² Demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 21 de enero de 2010, contra la República Oriental del Uruguay en relación con el caso Juan Gelman, María Claudia García de Gelman y María Macarena Gelman García, “caso Gelman Vs. Uruguay”. La génesis se presenta en la desaparición forzada de la señora María Claudia García Iruretagoyena de Gelman desde finales del año 1976, actos cometidos por agentes estatales uruguayos y argentinos en el marco de la “Operación Cóndor”, sin que se conozcan el paradero de María Claudia García y las circunstancias en que su desaparición tuvo lugar. Igualmente, en el caso se presentaba la existencia de la Ley No. 15.848 o Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, promulgada en 1986, en la que se caducaba la acción penal respecto de los delitos cometidos hasta el 1 de marzo de 1985, por parte de militares y policía; para el 16 de abril de 1989, se propuso referéndum contra la Ley, la cual no fue aprobado por los votantes; posteriormente, el día 25 de octubre de 2009, se llevó a cabo votación de un proyecto de reforma constitucional por el cual se buscaba introducir una disposición especial en la constitución, mediante la cual se declaraba nula la ley, norma que no fue aprobada por los votantes. Pese a la “convalidación popular” de la Ley No. 15.848, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ordenó al Estado del Uruguay que debía dejar sin efectos jurídicos a la citada Ley (Ver numeral 11 del aparte VIII. PUNTOS RESOLUTIVOS. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs Uruguay. SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2011. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

³ Se originó por la solicitud ciudadano turco, Sr. Abdülsamet Yaman ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; como hechos destacados, alega el solicitante que había sido sometido a tortura mientras estaba bajo custodia policial y que no había habido una investigación adecuada o efectiva sobre sus denuncias. El 16 de marzo de 1999, el Tribunal de Seguridad del Estado de Adana condenó al solicitante a tres años y seis meses de prisión. El 19 de septiembre de 2000, el Tribunal de Casación confirmó la sentencia de 16 de marzo de 1999. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resuelve estableciendo que existió efectivamente malos tratos por parte de los agentes del Estado hacia el señor Yaman y no existió investigación alguna por parte del aparato judicial del Estado Turco, de las denuncias presentadas por los hechos de tortura puestos en conocimiento por parte del señor Abdülsamet Yaman. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos. CASE OF ABDÜLSAMET YAMAN v. TURKEY. Judgment of 2 November 2004, Application No. 32446/96. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-67228%22%7D>]

constante entre las normas de raigambre local⁴ respecto de los preceptos normativos de carácter internacionales⁵.

Ante la situación descrita, los Estados han incorporado a su ordenamiento interno, disposiciones normativas en sus constituciones que contienen cláusulas de reenvío, ya sea a una norma de carácter internacional específica, a un conjunto de normas o un cúmulo de principios foráneos. Conceptos jurisprudenciales internos como el Bloque de Constitucionalidad⁶, son muestra de la búsqueda de armonización entre el derecho interno y el internacional. Pese a ello, cuando el que actúa como sujeto de derecho dentro de un Estado es otro Estado, la tensión se hace aún mayor, debido al principio de igualdad soberana⁷ y soberanía absoluta existente entre los Estados.

El desarrollo del principio de igualdad soberana y de libre auto determinación de los Estados, ha conllevado a lo que se conoce en derecho internacional como la inmunidad estatal, la cual a su vez puede ser clasificada o desarrollarse bajo dos formas con implicaciones prácticas y teóricas diferentes, haciendo relación con

⁴ Aquellas disposiciones que cumplen con el trámite dispuesto por el ordenamiento jurídico de determinado Estado, para que se les pueda considerar como tales.

⁵ Los cuales son adoptados y de obligatorio cumplimiento para los Estados mediante tratados internacionales, costumbre internacional o principios internacionales.

⁶ Concepto que nace en la jurisprudencia del Consejo Nacional Francés, cuando le dio valor normativo al preámbulo de la constitución de 1958 y adoptó como normas de rango constitucional la Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano de 1789. Ver decisiones D-39 del 19 de junio de 1970 y D-44 del 16 de julio de 1971. En Colombia el nacimiento como concepto de "Bloque de Constitucionalidad" se da con la Sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero; se advierte que la sentencia mencionada fue la primera en la cual se establece como tal el concepto de "Bloque de Constitucionalidad", empero en anteriores fallos se había hecho alusión al tema, como lo son:

- Sentencia T-409 de 1992, M.P. Jose Gregorio Hernandez Galindo, se analiza la libertad de conciencia a la luz del criterio de la obediencia debida, citándose para dicho fin Convenio de Ginebra I, del 12 de agosto de 1949, aprobado por la Ley 5a. de 1960.
- Sentencia C-574 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, se analiza la constitucionalidad del protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.
- Sentencia T-426 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, se analiza como elemento de interpretación normas internacionales.

⁷ Carta de la Organización de las Naciones Unidas, 26 de junio de 1945, artículo 2 numeral 1.

ello, a la inmunidad de jurisdicción⁸ y por otro lado a la de ejecución⁹; con todo ello, la inmunidad estatal encuentra su consagración jurídica en la costumbre internacional, la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961, Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares de 1963¹⁰ y la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969, los Estados y sus agentes diplomáticos¹¹ gozan de inmunidad al no poderse alegar normas internas para el desconocimiento de un tratado¹² y al existir inmunidad de jurisdicción en asuntos penales, civiles y administrativos¹³.

En virtud a dicha convención, y al desarrollo jurídico y principalmente doctrinario a nivel internacional, se ha concebido que los Estados, y claramente los representantes de aquellos a nivel diplomático y en territorio o en relación con el Estado receptor, efectúan dos tipos de actos y/o actuaciones, tal como lo reseña Gutiérrez Espada¹⁴; el primero es conocido como *iure imperii* (actos de imperio), el cual tiene que ver con aspectos netamente políticos como lo son la representación de un Estado dentro de otro; el segundo, llamado *iure gestionis* (actos de gestión), que tienen relación con la facultad del agente para adquirir bienes y servicios como si fuese un particular; en punto a ello, la discusión actual se presenta en

⁸ Se entiende por ejercicio de la jurisdicción de un Estado, aquella prerrogativa que permite a “*los jueces de cada Estado la potestad de adoptar decisiones vinculantes de acuerdo con sus normas y procedimientos internos en relación con las disputas que surjan por hechos ocurridos dentro de su territorio, o en ciertos casos, que tengan efectos dentro del mismo*”. (República de Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-443 del 18 de agosto de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. P. 21. Considerando No. 4)

⁹ La Ejecución “*es otra de las prerrogativas en favor de los Estados como consecuencia de la soberanía, la cual tiene como objetivo impedir que el Estado receptor despliegue medidas coercitivas en contra de los agentes y de la propiedad de un Estado extranjero (siendo por ejemplo, el caso de cuentas de ahorros o corrientes, o inmuebles)*.” (República de Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-443 del 18 de agosto de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. P. 25. Considerando No. 17)

¹⁰ Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares de 1963. Artículo 43.

¹¹ La Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares, en el numeral 1º del artículo 43, establece: “*1. Los funcionarios consulares y los empleados consulares no estarán sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado receptor por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares.*”

¹² Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961. Artículo 31.

¹³ Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961. Artículo 27.

¹⁴ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. Derecho Internacional Público. 1ª.ed.,Madrid: Trotta, 1995.

determinar con exactitud si estos actos tienen o son objeto de inmunidad absoluta, de haber excepciones normativas, conocer si respecto de aquellos que ostenta en principio (conforme la norma internacional) inmunidad absoluta, si también se han desarrolla jurisprudencialmente en colombiana excepciones especialísimas o particulares, y finalmente, determinar el estado de la materialización del acceso a la administración justicia para quien al pretender reclamar, ser compensado o indemnizado por un perjuicio presuntamente causado, se encuentra con la inamovible barrera de la inmunidad de jurisdicción y/o de ejecución, que resguarda a un Estado o a un agente diplomático que represente y ostente la soberanía estatal en territorio del Estado receptor.

Tal como lo señalan las Convenciones de Viena¹⁵, las misiones diplomáticas gozan de inmunidad de jurisdicción y de ejecución, es decir, que los jueces del país receptor, prima facie, no podrían conocer de procesos adelantados contra las misiones diplomáticas de los diferentes Estados, ello en la medida que dicha inmunidad tiene un raigambre histórico que va a la par con el desarrollo de aptitudes y principios esenciales de la creación de los Estados, uno de ellos, su soberanía; así pues, el concepto de inmunidad estatal nace de la costumbre internacional desde comienzos del Siglo XIX, clara confirmación de ello, se encuentra en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos referente al caso *Schooner Exchange v/s M'Faddon* de 1812, decisión judicial en la cual se afirmó que la Corte carecía de jurisdicción en atención a la costumbre internacional de inmunidad de jurisdicción que gozan los otros Estados; aun así, dicha costumbre es codificada posteriormente en la Convenciones de Viena¹⁶.

Empero como ya se adujo, en la actualidad hace carrera la tesis que bajo la diferenciación de la clase de actos desplegados, es decir, establecer si estos corresponden al *iure imperii* o al *iure gestionis*, se comienza a cuestionar la eficacia y el alcance de la inmunidad frente a un contexto de globalización que parece demandar una jurisdicción de magnitudes más amplias o por lo menos, un medio especial para la protección de los derechos de los ciudadanos de un Estado frente a otro y de la intervención adecuada de aquellos, sin la desmejora de derechos individuales de los administrados en determinado Estado y asumiendo también, que en las sociedades modernas los derecho humanos han adquirido preponderancia, especialización e incluso unificación de concepto en múltiples

¹⁵ La de relaciones diplomáticas de 1961, la de relaciones consulares de 1963 y la de derecho de los tratados.

¹⁶ *Ibidem*.

Estados, siendo uno de ellos, el del acceso a la efectiva administración de justicia; el cual en el caso particular de Colombia, es un valor, principio y derecho fundamental.

El anterior planteamiento, se hace actualmente más evidente (como se observará en el desarrollo del presente trabajo) sobre los actos desarrollados en virtud del *iure gestionis*, pues existen dos tesis; la primera tiene que ver con que dichos actos gozan de una inmunidad absoluta, en atención al concepto de “inmunidad de ejecución absoluta contra misiones diplomáticas”, ejemplo de la aplicación de esta tesis son países como Bulgaria, China, Hungría, Japón, Portugal, entre otros, tal como lo estudio la Corte Constitucional¹⁷; pero en oposición a dicha proposición, se ha observado en múltiples pronunciamientos, incluyendo los de la Corte Constitucional, la premisa de que los Estados acreditantes deben atender las normas locales en materia comercial y laboral , para lo cual gozan de una inmunidad relativa.

Hoy en día de manera general en el derecho internacional se ha establecido la tesis de la inmunidad relativa para aquellos actos desplegados en atención al *iure gestionis*, así pues, se observa en la Sentencia SU-443 de 2016 que la Corte Constitucional, afirma que: “Conforme a esta teoría, la inmunidad no es extensible a actos de gestión, en relación con los cuales los Estados no estarían actuando en ejercicio de su soberanía” ¹⁸; Por lo tanto, se habla de inmunidad jurisdiccional relativa; como aspecto relevante a nivel de derecho comparado, diferentes Estados como Estados Unidos, Reino Unido, Singapur, Pakistán, Sudáfrica, Australia, Canadá y Argentina, dentro de su ordenamiento interno han instituido diferentes disposiciones normativas tendientes a regular la inmunidad de jurisdicción relativa, observándose ejemplos como el *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 en Estados Unidos, en Canadá¹⁹ *State Immunity Act*²⁰ de

¹⁷ República de Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-443 del 18 de agosto de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ Government of Canada: <https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/S-18.pdf>.

²⁰ La State Immunity Act o en español, Ley Estatal de inmunidad, dispone que los Estados extranjeros no gozarán de inmunidad, cuando renuncia expresamente a ella, en cualquier actividad comercial que realice el Estado extranjero en Canadá, al causarse muerte, daño, lesión o pérdida de propiedad o cuando se presta apoyo al terrorismo.

1985, Foreign States Immunities Act 1985 en Australia²¹, en Singapur²² State Immunity Act de 1979, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda de Norte con la State Immunity Act de 1978, la Foreign States Immunities Act, 1981 de Sudáfrica y Argentina con la Ley 24.488 sancionada con fecha 31 de mayo de 1995²³, entre otros, son claros esfuerzos estatales para constituir dentro de sus ordenamientos

²¹ Australian Government: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C00947>.

²² Singapore Government: <https://sso.agc.gov.sg/Act/SIA1979>.

²³ Dicha normatividad establece exegéticamente las excepciones a la inmunidad de jurisdicción de los Estados Extranjeros:

“ARTICULO 2º — Los Estados extranjeros no podrán invocar inmunidad de jurisdicción en los siguientes casos:

a) Cuando consientan expresamente a través de un tratado internacional, de un contrato escrito o de una declaración en un caso determinado, que los tribunales argentinos ejerzan jurisdicción sobre ellos;

b) Cuando fuere objeto de una reconvencción directamente ligada a la demanda principal que el Estado extranjero hubiere iniciado;

c) Cuando la demanda versare sobre una actividad comercial o industrial llevada a cabo por el Estado extranjero y la jurisdicción de los tribunales argentinos surgiere del contrato invocado o del derecho internacional;

d) Cuando fueren demandados por cuestiones laborales, por nacionales argentinos o residentes en el país, derivadas de contratos celebrados en la República Argentina o en el exterior y que causaren efectos en el territorio nacional;

e) Cuando fueren demandados por daños y perjuicios derivados de delitos o cuasidelitos cometidos en el territorio;

f) Cuando se tratare de acciones sobre bienes inmuebles que se encuentren en territorio nacional;

g) Cuando se tratare de acciones basadas en la calidad del Estado extranjero como heredero o legatario de bienes que se encuentren en el territorio nacional;

h) Cuando, habiendo acordado por escrito someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, pretendiere invocar la inmunidad de jurisdicción de los tribunales argentinos en un procedimiento relativo a la validez o la interpretación del convenio arbitral, del procedimiento arbitral o referida a la anulación del laudo, a menos que el convenio arbitral disponga lo contrario.

jurídicos normas que regulen los actos desarrollado por las misiones diplomáticas bajo el iure gestionis y la relatividad que tiene la inmunidad jurisdiccional respecto a dichos actos.

En Colombia como se expondrá, no existe legislación interna sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados, los esfuerzos para edificar un criterio frente a esta han sido netamente jurisprudenciales por parte del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, preexistiendo diferentes concepciones sobre el tema dentro de los órganos colegiados. La tesis que se abordara, consiste en determinar la disparidad de criterios frente a los escenarios y alcances en que opera la inmunidad de jurisdicción y de ejecución frente a ciertos actos, pues conforme la jurisprudencia del Consejo de Estado, de la Corte Suprema de Justicia y de manera relevante de la Corte Constitucional, existen diferentes concepciones sobre el tema dentro de los órganos colegiados, permitiendo dicho contexto problemático abordado y conceptualizado a la vez por dichas Cortes, identificar la existencia de la problemática relevante y objeto de estudio, referida a la responsabilidad del Estado colombiano ante el inaccesso a la administración efectiva de justicia de aquellos que por virtud de la inmunidad estatal así ratificada y vigente en Colombia, no logran el restablecimiento o la reparación de los daños que agentes diplomáticos y en general el Estado extranjero genere.

Pese a que el presente trabajo va encaminado a hacia lo que la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa -Consejo de Estado- ha sostenido sobre la responsabilidad patrimonial del Estado en atención al artículo 90 de la Constitución Política, resulta indispensable efectuar el estudio y análisis de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones, referente a la interpretación y aplicación del principio y derecho de inmunidad jurisdiccional y de ejecución, pues claramente cuando se esté ante dicho escenario, probablemente habrá lugar a una responsabilidad del Estado colombiano.

La Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido uniforme en prescribir que la inmunidad de jurisdicción no es absoluta, cosa distinta, la inmunidad de ejecución. Por su parte, el Consejo de Estado²⁴ ha mantenido una misma línea en su

²⁴ República de Colombia. CONSEJO DE ESTADO, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "B". Sentencia radicada 2525000-23-26-000-2002-01720-01(31952), del 09 de agosto de 2016. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

Jurisprudencia desde el año 1998²⁵, cuando la Sala Plena en la primera sentencia donde se trataba la responsabilidad civil extracontractual de un agente diplomático, prescribió que existió daño especial por parte del Estado Colombiano, como consecuencia de la denominada teoría del “hecho del legislador”, reconociendo además, una inmunidad absoluta a las misiones diplomáticas, tesis que en otros casos no ha aceptado el Tribunal de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ejemplo, en materia tributaria y/o frente a enunciados normativos que posteriormente son declarados inexecutable por parte de la Corte Constitucional, demostrando un criterio diferencial. Por último, la Corte Suprema de Justicia es la que ha presentado mayores cambios en su jurisprudencia a lo largo de los años, en especial en su sala de Casación Laboral.

En virtud a lo expuesto, se realizará una breve reseña sobre la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, los regímenes de aquella y los principales títulos de imputación existentes, seguidamente se abordara el estudio de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución teóricamente desarrollada para seguidamente, analizar el precedente judicial vigente de las altas cortes respecto a la inmunidad, indagando si esta es un hecho generador de daño antijurídico que da lugar a una responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, observando discusiones jurídicas planteadas en sentencias.

El problema planteado en el presente trabajo y en atención al cuál se desarrollarán los títulos de este escrito, será:

¿La aplicación de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución es un hecho generador de daño antijurídico imputable al Estado Colombiano?

Para dar respuesta el problema planteado, se adoptará como metodología del presente trabajo, la dogmática jurídica²⁶, para lo cual se analizar el marco jurídico de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, se examinarán los elementos dogmáticos que integran la inmunidad de los Estados y se identificará el precedente jurisprudencial de la inmunidad diplomática en las altas cortes judiciales de Colombia.

²⁵ República de Colombia. CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente IJ-001, sentencia del 25 de agosto de 1998, rad. IJ-001, actor: Vitelvina Rojas Robles, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

²⁶ CURTIS, Cristian, “Observar la Ley: ensayo sobre metodología de la investigación jurídica. Primera Edición: 2006, Primera Reimpresión: 2016. Madrid. Editorial Trotta. 2006, 2016.

3. RESULTADOS

3.1 De la responsabilidad estatal sobre el hecho generador del daño y su reparación

En primer momento, resulta trascendental identificar el marco conceptual al que pertenece tanto el hecho generador del daño, como el daño ontológicamente hablando que, bajo la operación de atribuibilidad o imputación jurídica hacia el Estado, generan la responsabilidad de este, y por conducto de ello, el deber de reparar, que sinalagmáticamente se convierte en un derecho para el afectado o dañado.

En atención a ello, la figura jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado se encuentra consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, según el cual: *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

(...)”²⁷

Dicha responsabilidad por aquellos daños antijurídicos imputables por la acción o la omisión, es atinente a un marco en que previamente no existe cláusula de responsabilidad contractual, de ahí, que esa responsabilidad se denomine “extra contractual”, al respecto, ha indicado de manera reiterativa el Consejo de Estado, que:

La responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el daño, tal como ha sido definido por la jurisprudencia de esta Corporación. Verificada la ocurrencia de un daño, surge el deber de indemnizarlo plenamente, con el fin de hacer efectivo el principio de igualdad ante las cargas públicas, resarcimiento que

²⁷ República de Colombia.1991. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 90.

debe ser proporcional al daño sufrido. Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración²⁸.

Los profesores Perdomo Vidal y Molina Betancur²⁹, identifican como elementos esenciales de la responsabilidad del Estado, aquellos a su vez establecidos por el Consejo de Estado Francés, tales son: i) Una actuación o intervención estatal, ii) el daño o perjuicio (análogamente entendidos), iii) un nexo causal entre dicha actuación pública y el daño. Con todo ello, y sin adentrarnos en las discusiones jurídicas, referidas a los elementos que integran la responsabilidad extracontractual del Estado, en lo cual, existirán escenarios que abogaran por la precisión de tres elementos: i) el hecho o actuación de la administración, ii) el daño antijurídico, y iii) el nexo causal o imputación jurídica, u otros que simplemente, consideraran elementos fundamentales: i) el daño antijurídico y ii) la imputación jurídica; lo cierto es que, la comprensión de la fuente generadora de daño, resulta relevante para su atribubilidad estatal en los escenarios objeto de estudio de esta investigación, de hecho, a criterio del suscrito autor, este es el elemento primario al momento de realizar cualquier análisis de un evento complejo y aparentemente correspondiente a un daño antijurídico.

Ahora bien, el hecho generador del daño o la fuente del daño, es el fenómeno fáctico que da lugar a una afectación, es decir, la causa, la cual en principio debe estar claramente identificada, tema distinto y altamente complejo es su plena probación, ello en atención a elementos técnicos o imposibilidades humanas, con todo ello, resulta importante citar algunas intervenciones que en casos puntuales organismos como la Procuraduría General de la Nación presentan ante el Consejo de Estado como resultado de su intervención neutral en procesos judiciales; al respecto, se encuentra el concepto no. 279 del 2012 acerca del expediente nº 44462 relativo a una acción de reparación directa, en el cual, la Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo De Estado, manifestó:

(...) las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo, circunstancia que se avizora en el caso en comento toda vez que al no quedar demostrado la ocurrencia del hecho decimos que al faltar el requisito principal para estructurar la

²⁸ República de Colombia. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia Nº 25000-23-26-000-2001-02692-01 20 de octubre de 2014. C.P. Olga Melida Valle De La Hoz.

²⁹ PERDOMO VIDAL, Jaime, y MOLINA BETANCUR, Carlos. Derecho Administrativo. Bogotá: Legis S.A, 2016.

responsabilidad del Estado como lo pretenden los accionantes ya que es sabido que para que exista la responsabilidad se requieren tres elementos absolutamente indispensables y necesarios: el daño, **el hecho generador del mismo** y un nexo de causalidad que permita imputar el daño a la conducta (acción u omisión) del agente generador. (negrilla fuera del texto original)³⁰

Seguidamente, se encuentra el elemento relacionado con el daño antijurídico, concerniente a la visible consecuencia del hecho generador, y el cual no encuentra una definición jurídica en la normatividad colombiana, sino en la doctrina española, ello como un ejemplo recurrente de la transcripción, utilización o reproducción de figuras jurídicas españolas en el derecho latinoamericano, y en especial, el Colombiano; en punto a ello, autores tales como Eduardo García Enterría han expuesto conceptualizaciones sobre el daño antijurídico, que han sido a su vez, acogidas por el Consejo de Estado, al respecto se encuentra el proceso con radicación número: 21294 de 2011, con consejero ponente Hernán Andrade Rincón, de la sección tercera, subsección A, de la sala de lo contencioso administrativo, en la cual se cita su conceptualización de daño antijurídico como: “el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”³¹

Claramente, dicha definición es bastante concreta, pero también sucinta y acertada, pues se encuentran múltiples textos y sentencias judiciales que comprenden de manera similar e intrínsecamente e igual el concepto de daño antijurídico, véase entonces como la Corte Constitucional mediante la sentencia C-333 de 1996, recordó la estructuración del artículo 90 constitucional y el criterio teleológico e histórico que contiene la noción de daño antijurídico, así pues, reseñó lo siguiente:

La doctrina española ha definido entonces el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

³⁰ PROCURADURÍA CUARTA DELEGADA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO: https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/index.jsp?option=co.gov.pgn.relatoria.frontend.component.pagefactory.PirelTesauroPageFactory&action=consultar_pirelTesauro&letra=D. 2012.

³¹ República de Colombia. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia N° 21294 del 07 de Julio de 2011. C.P. Hernán Andrade Rincón.

Esta concepción fue la base conceptual de la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90³².

Igualmente, recordó la Corte Constitucional³³, en dicha sentencia, que desde los debates y ponencias de la Asamblea Nacional Constituyente se sentaban conceptos referidos a la responsabilidad del Estado por los daños que le fuesen imputados, y la responsabilidad de los funcionarios, todo ello, bajo la base de que el Estado es el guardián tanto de los derechos como de las garantías sociales, y en virtud a ello, debe por tanto, reparar las lesión que sufra un administrado como resultado de su gestión, toda vez que aquel no tiene ningún deber jurídico o legítimo de soportar aquella mengua en su condición de vida y en el estatus de protección de derechos.

Mencionan los autores Perdomo Vidal y Molina Betancur³⁴, que en la formula colombiana, la noción de daño antijurídico es elemento indispensable para precisar el alcance de la responsabilidad, a la vez que en como en la doctrina española, el daño antijurídico se concibe cuando no existe justificación de actividad administrativa dañina con relación al titular del patrimonio afectado, es decir, de la víctima.

La importancia de la plena identificación del daño está dada en que una vez establecido, se logra determina sus características para así ser indemnizado, es decir que no es suficiente que exista un daño para que sea indemnizable a una persona, este por lo menos debe ser i) directo, ii) personal, iii) cierto, iv) anormal, y finalmente, v) antijurídico.³⁵

En punto a ello, y comprendiendo las implicaciones del daño antijurídico, surge la responsabilidad estatal, que más que derivarse de la actuación del agente de la administración, simplemente se deriva del efecto de la acción administrativa del Estado, de ahí que la Corte Constitución resalte lo abordado en la estructuración de la cláusula de responsabilidad patrimonial del Estado, en la cual se concluyó que la razón de ser de la responsabilidad extracontractual del Estado se soporta

³² República de Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-333 del 01 de agosto de 1996. M.P: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

³³ *Ibíd.*

³⁴ PERDOMO VIDAL y MOLINA BETANCUR. Op. Cit.

³⁵ *Ibíd.*

en la posición jurídica de las víctimas y no en la conducta del actor del daño, siendo esto último, un presupuesto de responsabilidad entre particulares.³⁶

Finalmente, y como se ha observado reiteradamente, hablar del juicio de atribuibilidad es ineludible al abordar la temática de responsabilidad extracontractual; en virtud a esto, resulta importante analizar lo relacionado al nexo de causal, hoy replanteado nominalmente como “imputación jurídica”, de manera tal que su reformulación es referida a la comprensión de la palabra causal, toda vez que está asociada a un evento de tipo naturalístico, mientras que la imputación jurídica responde a razonamientos de tipo jurídico y normativo que imputan o atribuyen determinada sanción a una conducta, para comprender mejor aquello se hace necesario citar en primer momento al autor Müller³⁷, para quien el nexo es un tercer elemento, siendo el daño y la imputación otros, y argumenta su aseveración referenciado autores como Kelsen, para quien, según el autor, la palabra causa pertenece a un plano natural, y la palabra imputación a uno jurídico, ello en virtud a que las leyes naturales deber adaptadas a los hechos, mientras los hechos de acción y de abstención del hombre deben ser adaptados al derecho.

Para Müller, aunque el Consejo de Estado, ha observado la causalidad como un aspecto fáctico importante en el análisis del daño y actualmente no como un tercer elemento de la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado, aquel plantea que:

Sin perjuicio de la tesis expuesta por ese sector de la jurisprudencia nacional, el presente artículo se fundamenta en la necesidad de analizarlo como un elemento independiente, con características propias que lo diferencian de los otros dos presupuestos, esto es, del daño y de la imputación, cuya importancia deviene de la imposibilidad de elevar el juicio de responsabilidad sin su concurrencia³⁸.

³⁶ República de Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-333 del 01 de agosto de 1996. M.P: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

³⁷ MÜLLER, Nancy Ángel, Responsabilidad del Estado por el conflicto armado ¿imputación o causalidad?, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2015.

³⁸ *Ibíd.* p.14.

Los autores Perdomo y Molina Betancur³⁹, exponen que una vez se identifica el daño producto de una actividad u omisión de la administración, debe estar concertada también la conexión entre ambas, pues para estos autores ello es imputación causal, y esta debe ser actual, determinante e idónea para causar el daño, a la vez que permita observar que el agente causante de este no se encuentra en una causal eximente de responsabilidad como lo sería la fuerza mayor, el caso fortuito, la intervención de un tercero o la culpa de la víctima.

Otro aspecto, que surge cuando se han analizado y verificado los elementos estructurales de la responsabilidad es el deber de reparar, compensar o indemnizar a la víctima del daño antijurídico, en relación a ello resulta interesante citar lo en su entonces expuesto por el doctor Ledesma⁴⁰, para quien la noción de reparación del daño concebía como: “la acción encaminada a enmendar o componer lo efectos nocivos de un hecho, satisfaciendo de esa manera la ofensa causada a otro”⁴¹.

En el mismo orden de ideas, la indemnización entonces sería una forma o medio para reparar el daño por equivalencia representada en términos monetarios, pero con todo ello, no se puede estar bajo similar hipótesis cuando los perjuicios no son de tipo material sino de naturaleza moral, ante lo cual el autor Ledesma, postula que son irreparable en especie, y frente a estos escenarios, la indemnización tiene como finalidad la de proporcionar una satisfacción de reemplazo, e igualmente considera que a fin de su cuantificación se guía por una finalidad compensatoria, al respecto y desde ya hace varios años (esto es, desde 1994) el autor Ledesma, indica:“(…) resulta imposible medir la angustia, la aflicción, el dolor y los sentimientos de inferioridad, abandono y desprotección que en un momento dado sufre una persona, la reparación pecuniaria del daño solo puede entenderse como una compensación que sustituye en parte el bien lesionado”⁴²

Actualmente, dicha noción de la reparación sigue siendo objeto de exigencia en su reconocimiento como instrumento compensatorio, más no de mendicidad o subsidio estatal que por ende debe ser tabulado o estandarizado, con todo ello, en la actualidad los medios de reparación no son única y exclusivamente pecuniarios,

³⁹ PERDOMO y MOLINA BETANCUR. Op. Cit.

⁴⁰ LEDESMA, Álvaro Bustamante. Derecho Administrativo Colombiano. Bogotá: Editora jurídica de Colombia, 1994.

⁴¹ Ibíd.p.685.

⁴² Ibíd.p.687.

pues se hacen exigibles otros, de tipo simbólico y representativo, tales como las disculpas públicas por parte de los agentes o servidores estatales causantes del daño, también el reconocimiento de la omisión o de la aquiescencia en el actuar dañino de terceros, al igual que las acciones representativas a nivel histórico o cultural, como lo son el establecimiento de un fecha bajo el nombre de las víctimas o del hecho representativo causante del daño, también monumentos o creaciones artísticas que representen memoria, personas, reparaciones o garantía de no repetición, entre otros medios de reparación que trascienden el ámbito pecuniario y se inmiscuyen en lo que desde hace muchos años ha expuesto el doctor Ledesma, referido al daño inmedible y que rompe las fibras humanas de honra y se perpetua en ella con impotencia, dolor y desprotección.

Conforme a la aceptación de la responsabilidad y el deber de indemnizar los daños causados por parte del Estado, se han creado a la par los regímenes para realizar la operación lógica de endilgar dicha responsabilidad, teniendo en consideración el macro marco de actividades estatales, es decir, i) la actividad administrativa, ii) la judicial, iii) la legislativa, e incluso, para algunos autores, la referida a iv) la personal de los funcionarios públicos; con todo ello, los regímenes de imputación que se adecuaran en cada macro marco, son el régimen objetivo y subjetivo de responsabilidad, citando para ello, al autor Mendoza, quien afirma que:

En Colombia se ha implementado un régimen subjetivo, que exige la presencia de la culpa de la administración para poder imputar al Estado por el comportamiento de sus agentes. Es decir, la regla general en la jurisprudencia colombiana para declarar la responsabilidad del Estado requiere que se demuestren el daño, la imputación (incluyendo la culpa) y la relación de causalidad entre los dos anteriores.

Al lado de este régimen tradicional de la falla por servicio, en el derecho colombiano se ha acogido la posibilidad de que el Estado reconozca también los daños causados sin culpa, por funcionamiento normal de los servicios públicos o por actividad legítima, bajo los títulos objetivos de imputación de daño especial y riesgo excepcional ⁴³.

En atención a lo anterior, resulta importante reseñar brevemente los títulos de imputación más usuales en el desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad

⁴³ MENDOZA, Hugo Andrés Arenas. El régimen de responsabilidad objetiva. Bogotá: Legis Editores S.A., 2017, p. 36.

extracontractual en Colombia, teniendo en cuenta, pues su comprensión nominal es relevante a fin de generar un diagrama mental que permita determinar las teorías conceptuales y probatorias aplicables.

Respecto a los títulos de imputación propios *del régimen objetivo*, se encuentran de manera principal i) el de responsabilidad por daño especial, ii) por expropiación y ocupación temporal de inmueble en caso de guerra, iii) por el riesgo excepcional, iv) por obras públicas o trabajos públicos, v) por depósito, bodegaje o almacenaje.

Refiriendo en particular *al daño especial*, resulta pertinente citar a Teissier (en su libro titulado “La Responsabilité de la puissance” de 1906) como se citó en Sánchez, quien precisó: “no es justo que los ciudadanos de un país tengan que sufrir, en una proporción desigual, actos de poder público y del funcionamiento de los servidores públicos de interés general establecidos por el bien de todos” ⁴⁴

Véase entonces, como aparecen de dicha proclamación y razonamiento, unos elementos propios de un escenario particular, cuales son:

- 1) Que la administración despliegue una actividad legítima, es decir, de interés general,
- 2) se produzca para un particular, la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas,
- 3) Que entre aquello exista nexo de casualidad.⁴⁵

La autora Sánchez⁴⁶, indica respecto a la subsidiaridad de aquel título de imputación, que: “Lo dicho permite establecer que este régimen de responsabilidad excluye la ilegalidad del acto administrativo, los casos de responsabilidad por falta o falla del servicio de la administración y también la derivada de las vías o actuaciones de hecho” (p.310).

⁴⁴ SÁNCHEZ, Ángela Biviana Reyes. “Responsabilidad del estado: tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad por daño especial y la teoría del riesgo”. Revista Iter Ad Veritatem, 2011, pp. 299-318.

⁴⁵ MESA, Santiago Díaz Granados. “Responsabilidad del Estado por Daño Especial”, (2001). Disponible en: (Consultada: 19 de febrero de 2019).

⁴⁶ SÁNCHEZ, Op. Cit., p.310.

El otro título de imputación es el *riesgo excepcional*, el cual es definido por García, de la siguiente forma: “la responsabilidad por riesgo no es más que la aplicación de la teoría del riesgo a la responsabilidad civil extracontractual”⁴⁷

En relación con el régimen subjetivo, se encuentran títulos de imputación como la falla o falta en el servicio y también la falla presunta, en los cuales, predomina el elemento culpabilístico, de ahí que el autor Caldas, identifique la responsabilidad por falla del servicio: “cuando una persona pública, no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado tardíamente”⁴⁸. Con todo ello, recuerda el precitado autor que dicha culpa o es personal sino orgánica o funcional, es decir, que, para su concreción o identificación como el hecho generador del daño, no es necesario demostrar cual fue la acción u omisión de determinado agente o funcionario público, sino tan solo, la falla en si funcional, orgánica y en conclusión anónima, es decir, es el servicio público en su conjunto que ha funcionado mal.

Así pues, los múltiples tipos de imputación más allá de los conceptos no abordados pero tratadas en los análisis que sobre la casuística propia de la labor judicial se suscitan en temas responsabilidad extracontractual del Estado, terminan siempre abordando la pregunta macro referente a si la responsabilidad es directa o indirecta, si está fundada en la culpa, en el riesgo o es objetiva, si se está frente a una falla del servicio, si se logra determinar los grados de imputación del hecho dañoso al ente público, y en general, como lo postulan los autores Perdomo y Molina Betancur⁴⁹, se desarrolló un debate respecto el grado de autonomía del derecho administrativo frente a los principios incluso propios del derecho civil.

En relación con lo anterior, el fenómeno de la culpa anónima, la prestación de los servicios públicos frente a lo cual se habla de la teoría de la falla o falta en el servicio, al igual que el propósito prevalente y siempre vigente en cualquier análisis casuístico referido a no dejar a la víctima sin indemnización, van según Perdomo Vidal y Molina Betancur: “orientando la responsabilidad del Estado hacia una responsabilidad objetiva, que se aleja de la culpa”⁵⁰

⁴⁷ GARCÍA, Saúl Uribe. “La responsabilidad por riesgo”. Revista Ratio Juris, 2004, p.29

⁴⁸ CALDAS, Jorge Enrique Ayala, Elementos de derecho administrativo colombiano, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1994.

⁴⁹ PERDOMO VIDAL, Jaime y MOLINA BETANCUR, Carlos. Op. Cit.,

⁵⁰ Ibíd. p.503.

3.2 De la inmunidad de jurisdicción y de ejecución

Ahora bien, consolidado de manera genérica y breve el marco conceptual y jurídico que rige la responsabilidad extracontractual del Estado Colombia, resulta oportuno ahondar sobre la temática propia de estudio en el presente trabajo, referida a la inmunidad diplomática, su materialización en múltiples direcciones que incumban o relacionen a Colombia, junto con otros aspectos puntuales que permitan abordar inquietudes propias de una figura como lo es la “inmunidad jurídica”.

En principio resulta no complejo y propio de la existencia de los Estado modernos, el desarrollo de cualidades propias de la soberanía, una de ellas es la inmunidad del Estado, al respecto reseñan Mccausland Echeverry y Corredor Vásquez⁵¹, que ello es una norma de costumbre internacional arraigada en la práctica actual de los Estados, bajo lo cual, ninguno de los Estados puede estar en principio sometido al ejercicio jurisdiccional de tribunales extranjeros, regla internacional que ha sido codificada y desarrollada con minuciosidad desde el siglo pasado, mediante la suscripción de convenciones internacionales sobre la materia.

El primer instrumento internacional es la Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados, reconocida por sus siglas CEIE, llevada a cabo el 16 de mayo de 1972, y seguidamente se encuentra la Convención de la ONU sobre inmunidad de los Estados y sus Bienes de 2004; ambas comportan una alta importancia en la medida que son el resultado de numerosos estudios adelantados tanto por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU durante más de treinta años, como por el Comité de Cooperación Legal Europeo durante ocho años, pesquisas relacionadas con los modelos y figuras legislativas pertinentes para codificar la normatividad inmaterializada de la inmunidad de los Estados.

Con todo ello, el resultado de las normatividades internacionales representa una influencia en los ordenamientos jurídicos interno de múltiples Estados, en atención a que impone limitaciones al ejercicio de la jurisdicción territorial de sus tribunales, es ahí donde se encuentra el punto álgido de investigación en este trabajo, toda vez que el alcance y los efectos concretos de dicha figura están dados por las legislaciones internas, las decisiones judiciales domésticas y el reconocimiento de

⁵¹ MCCAUSLAND ECHEVERRY, Rafael Enrique; CORREDOR VÁSQUEZ, Manuela, Inmunidad soberana de los Estados, Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2014.

la inmunidad por los Estados junto con la aceptación a su vez, de las excepciones alegadas a esta.⁵²

El autor Echandía, expone: *“de acuerdo con tales preceptos, los funcionarios de gobierno extranjero son inviolables en su persona, residencia y bienes y, por lo mismo, no pueden ser procesados ni juzgados sino por los tribunales de sus respectivos Estados de origen; esta inmunidad se extiende al personal oficial de la misión y a sus familiares”*⁵³

Ahora bien, la inmunidad de la jurisdicción de los Estados para el siglo XIX se traducía en una inmunidad absoluta, bajo lo cual de ninguna forma o excepcionalidad un Estado podría ser demandado ante las cortes nacionales de otro Estado, a menos que así lo dispusiera y cediera voluntariamente; pero para finales del siglo XIX y comienzos del XX, tal como lo relatan Mccausland Echeverry y Corredor Vásquez⁵⁴ las relaciones cada vez más variadas, complejas e importantes entre Estados propiciadas por el auge de las transacciones comerciales interestatales, comenzaron a adoptar lo que se llamaría “La teoría restringida de la inmunidad de la jurisdicción”, bajo lo cual se acepta la aplicaciones de la inmunidad para aquellos actos soberanos de los Estados o *iure imperio*, pero en relación con aquellos en los cuales el Estado actúa como un particulares, *iure gestionis*, sería válido abrogarla.

Frente a ello, indican los mencionados Mccausland Echeverry y Corredor Vásquez, que: *“Lo anterior teniendo en cuenta que, antiguamente, cuando un Estado entraba en una transacción de carácter comercial con un particular de otro Estado e incumplía alguna de sus obligaciones fruto de dicha transacción, el individuo quedaba completamente desprovisto de cualquier mecanismo para hacer valer sus derechos”*⁵⁵

En atención a lo deprecado, se podría considerar que hay un consenso en aceptar que frente a ciertas actuaciones por su naturaleza “privada”, sería contrario a derecho y desigual o sin fundamento teleológico justo (toda vez que aquellos

⁵² Ibíd.

⁵³ ECHANDÍA, Alfonso Reyes, Derecho Penal, Parte General; Undécima Edición, Bogotá: Editorial Temis S.A. 2017, p. 85.

⁵⁴ Ibíd.

⁵⁵ Ibíd. p. 25.

temas privados no están directamente relacionada con la soberanía estatal), y por ende, la inmunidad debe ser restringida, para que en virtud de ello, se pueda someter un Estado a la jurisdicción de otro Estado extranjero; pero entonces, la discusión o la ausencia de una postura unificada está dada en estandarizar o caracterizar cuales actos son *iure imperii* y cuales *iure gestionis*. Aun así, mencionan los autores Mccausland Echeverry y Corredor Vásquez, que la doctrina ha establecido dos criterios para guiar la clasificación de dichos actos, tales son:

- a. Finalidad del acto: si el acto tiene una finalidad pública, será *iure imperio* y si no la tiene será *iure gestionis*. Esta postura es criticada ya que existen actos de carácter privado que tienen una finalidad pública y viceversa.
- b. Naturaleza del acto: se debe tener en cuenta la esencia de lo que se busca con la transacción, de forma que, si el Estado se sitúa en el papel de un particular, aunque lo que se desea persiga fines estatales, la naturaleza del acto será *iure gestiones*⁵⁶.

Resulta trascendental el criterio bajo el cual, si el acto solo puede emanar del Estado, claramente es *iure imperii*, pero si también puede ser realizado por un particular, sería *iure gestionis*.

Planteado así lo anterior, y antes de analizar de manera particular y personal la forma en que opera la inmunidad en el agente diplomático, debe entonces analizarse cuales son los escenarios de excepción de la cualidad soberana de inmunidad jurisdiccional, al respecto deben identificarse los elementos de *ratione personae* como el *ratione materiae*, teniéndose certeza del sujeto (a quien se buscaría demandar) y la naturaleza de la conducta (presuntamente antijurídica), adicionalmente, y según los precitados autores, dichas excepciones a la inmunidad debe estar válidamente sustentada e incorporadas como tal ya sea en : i) el derecho internacional, ii) la costumbre, iii) tratados en vigor, o iv) acogida por los Estados en su desarrollo legal interno.⁵⁷

La principales y más relevantes excepciones son:

⁵⁶ *Ibíd.* p. 26.

⁵⁷ *Ibíd.*

- a. Las transacciones mercantiles relacionadas con los actos de comercio que realiza un Estado, ya sean para compraventa de bienes, prestación de servicios, o temas financieros, industriales o profesionales, para lo cual hay que tener en cuenta la jurisdicción donde se esté realizando la transacción, también el propósito del contrato.

- b. Contratos de trabajo, siempre y cuando estos sean celebrados entre un Estado y un particular para ser ejecutados en el territorio de otro Estado, habiendo entonces dos Estados involucrados, el Estado Empleador, y el Estado Foro en el cual se va a ejecutar el contrato de trabajo, siendo el vínculo efectivo para el ejercicio de la jurisdicción, el territorio del contrato de trabajo, así como la nacionalidad o residencia del trabajador. Con todo ello, se encuentra que de acuerdo a los comentarios a la Convención de la ONU, existen a su vez excepciones a esta excepción, o aplicación de la inmunidad de jurisdicción del Estado empleador, cuando: i) a raíz del contrato se desempeñan laborales directamente gubernamentales, ii) se está en funciones de contratación, renovación del contrato o reintegración de la persona elegida bajo facultades discrecionales del Estado empleador, y iii) cuando el trabajador no es nacional o residente del Estado del foro; con todo ello, considera la Corte Europea de Derechos Humanos (como se citó en Mccausland Echeverry y Corredor Vásquez), que estas inmunidad solo aplica para altos cargos más no para miembros de misiones diplomáticas y consulares.

- c. Otra excepción a la inmunidad jurisdiccional es cuando los funcionarios del Estado hayan cometido en el territorio del Estado del foro lesiones o graves daños a la propiedad privado, ejemplo de ello sería los accidentes automovilísticos entre otros. Para Mccausland Echeverry y Corredor Vásquez ⁵⁸, existe una postura jurídica de países como Estados Unidos y también doctrinaria, en considerar que esta excepción aplica sin distinción de acto *iure imperii* o *iure gestionis*, pero con todo ello, se observa como la Corte Internacional de Justicia, en el caso Alemania v/s Irlanda de fecha 2001, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Letelier v/s

⁵⁸ *Ibíd.*

República de Chile de fecha 1980, han considerado que esta excepción no aplica para daños o lesiones causada por miembros de la fuerza armadas de un Estado extranjero en el territorio del Estado foro.

- d. La renuncia expresa a la inmunidad.
- e. Cuando se está ante violaciones a normas de IUS COGENS o perentoria de derecho internacional, que por carácter jerárquico superior prevalece, y de ahí que permitan a una corte conocer de aquello, pues la violación a una norma de ius cogens no está sujeta a inmunidad. Valga decir que dichos escenarios al ser tan excepcionalísimos cuentan con un escaso, pero controversial desarrollo dogmático y jurisprudencial.

Ahora bien, junto con la inmunidad de jurisdicción también se aborda la *inmunidad de ejecución*, la cual es transcendental para nuestro tema de estudio pues plantean los académicos Mccausland Echeverry y Corredor Vásquez⁵⁹, que como consecuencia inseparable de la inmunidad de jurisdicción esta la inmunidad de ejecutar fallos contra los bienes públicos extranjeros que se encuentren incluso en el territorio del Estado de foro, afirma los señalados autores que:

El hecho de que exista una excepción válida para que se pueda abrogar la inmunidad de jurisdicción, y por lo tanto que un tribunal pueda ejercer competencia sobre un estado extranjero, no significa que pueda también levantar la inmunidad de ejecución, ya que estas tienen esferas de protección diferentes. Así mismo, el hecho de que un Estado haya renunciado a su inmunidad de jurisdicción no debe ser interpretado bajo ninguna circunstancia como una renuncia a la inmunidad de su ejecución a la que tiene derecho⁶⁰.

Así pues, la inmunidad de jurisdicción es de tipo procesal ya que genera la incompetencia de los tribunales internos de un Estado para juzgar a otros sujetos

⁵⁹ Ibíd.

⁶⁰ Ibíd. p.34.

de Derecho Internacional, y tal como lo indica Colome⁶¹, la inmunidad de ejecución impide la materialización de un fallo en atención a la conclusión del proceso judiciales, pero este tipo de inmunidad tiene como excepciones las siguientes: “I) cuando se trate de bienes adscritos a una actividad comercial y a la vez guarden relación con el objeto de la demanda o con el organismo o la entidad contra la que se haya promovido el proceso. II) cuando hayan sido asignados o designados por el estado a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso”.

En concordancia con ello, se encuentra también que, bajo un análisis de derecho comparado, diferentes Estados como lo son Estados Unidos, Reino Unido, Singapur, Pakistán, Sudáfrica, Australia, Canadá y Argentina, dentro de su ordenamiento interno han instituido diferentes disposiciones normativas tendientes a regular la inmunidad de jurisdicción relativa, observándose ejemplos tales como el *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 en Estados Unidos, que conforme su traducción al español se refiere a la “Ley de Inmunidades Soberanas Extranjeras de 1976”, mediante la cual se codifica la doctrina de inmunidad soberana y se precisa que un Estado Extranjero, claramente haciendo referencia a una subdivisión política, a una agencia o en general algún instrumento del Estado extranjero, en principio se presumen inmunes a la jurisdicción estadounidense, y por ende no podría acatar ninguna de sus jurisdicciones, pero de manera específica y en casos precisos, esta inmunidad no es aplicable, de manera tal que se está ante lo que se ha denominado inmunidad relativa, y en el caso puntual de la precitada ley, el portal jurídico Thomson Reuters, reseña nueve casos, algunos son:

- Una renuncia implícita o explícita por parte del estado extranjero de su inmunidad soberana.
- Actividades comerciales (como el préstamo de dinero, la venta y compra de bienes y el arrendamiento de bienes inmuebles). Las actividades comerciales no son inmunes si son: realizadas por el estado extranjero en los Estados Unidos; actos realizados por el estado extranjero en los Estados Unidos en relación con la actividad comercial realizada por el estado extranjero en otro lugar; o actos realizados por el estado extranjero fuera de los EE. UU. en relación

⁶¹ COLOME, Angeles Ruiz, “La inmunidad de ejecución de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Españoles en la reciente jurisprudencia constitucional” en Revista de Derecho Privado y Constitución, núm. 2, 1994, pp. 369-392.

con actividades comerciales realizadas fuera de los EE. UU. que tienen un efecto directo en los EE. UU.

- Cuando el estado extranjero inicia una acción en los EE. UU. Para hacer cumplir un acuerdo de arbitraje o confirmar un laudo arbitral, sujeto a ciertas limitaciones y condiciones⁶².

La FSIA es la sigla de aquella normatividad, conforme la cual se precisan o se reiteran algunos eventos que ya están consignados en la Convención de Viena, tales como la renuncia a dicha aptitud legal, pero también se observan otras causales relacionadas con el comercio, ello en virtud a un requisito necesario para lograr acuerdos transfronterizos, tales como cláusulas compromisorias, de arbitraje y demás para lo cual debe garantizarse no ostentar ningún tipo de inmunidad.

Otro ejemplo de inmunidad relativa, es el británico de la “Ley Estatal de Inmunidad de 1978”, en la cual, Reino Unido, bajo una doctrina de jurisdicción relativa precisa la aplicación de excepciones a la inmunidad diplomática, se debe aclarar que con anterioridad a ésta, el desarrollo del tema había sido dado por parte de comités judiciales del consejo real, quienes en asuntos como el “The Philippine Admiral”, llevado a cabo en los años de 1957, decidieron marca un hito jurisprudencial dictaminando que: “un Estado extranjero no podía reclamar la inmunidad de jurisdicción en una acción in rem contra un buque si éste era utilizado por el gobierno de dicho Estado para prestar servicios comerciales”⁶³

Reino Unido es un país de análisis interesante, ello en la medida que la soberanía del Rey y del Estado es históricamente absolutista e ideológicamente sacramentada, aspecto aun persistente, claro está en menor medida, de ahí que las relaciones para con los Estados extranjeros, o para cuando este sea de dicha calidad en un Estado foro, resulta generar un amplio margen de discusión e interpretación normativa, en virtud a ello, el autor García J. A, reseña:

⁶² REUTERS, Thomson. “Ley de inmunidades soberanas extranjeras”, 2019, Disponible en: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-5025645?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-5025645?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1) (Consultada: 19 de julio de 2019).

⁶³ OGISO, Motoo. “Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes”, 1989, Disponible en: http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_422.pdf. p. 66. (Consultada: 10 de agosto de 2019).

La actitud con que enfrenta un magistrado una controversia del tipo de que se trata, estará influida por factores jurídicos y políticos. En cuanto a lo primero, hay razones de orden constitucional. Por ejemplo, en el Reino Unido, ha jugado un papel decisivo la máxima de derecho: "El Rey no puede ser demandado ante sus propios tribunales"; ya que el mismo fue aplicado a los soberanos extranjeros. En los casos "Prins Frederik" y "De Haber c. Queen of Portugal", las Cortes inglesas declinaron su jurisdicción, en atención a que el Estado extranjero personificado en el soberano extranjero, representante de una nación de la que es su autoridad suprema, era igualmente soberano e independiente, por lo que demandarlo importaría una ofensa a su dignidad⁶⁴.

Con todo ello, Reino Unido junto a Estados Unidos son ejemplo internacional de regulaciones internas y precedentes judiciales que rechazan la teoría absoluta de la inmunidad, por una inmunidad restrictiva, ello por sus intereses en aspectos comerciales, laborales, y en general, transfronterizos.

A nivel Latinoamericano, la Argentina con la Ley 24.488 sancionada con fecha 31 de mayo de 1995, representan claros esfuerzos estatales para constituir dentro de sus ordenamientos jurídicos normas que regulen los actos desarrollado por las misiones diplomáticas bajo el iure gestionis y la relatividad que tiene la inmunidad jurisdiccional respecto a dichos actos; como aspecto llamativo de la citada Ley, se tiene que establece como una de las excepciones a la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros, cuando estos son demandados por cuestiones laborales, por nacionales argentinos o residentes en el país, derivadas de contratos celebrados en la Argentina o en el exterior, medida que redundo en la protección de los derechos fundamentales⁶⁵. Otro ejemplo es el caso de Chile, al respecto García J. A, afirma: "Chile, en el continente latinoamericano tiene el mérito de ser uno de los precursores de una regulación de los contratos internacionales celebrados por el Estado o sus organismos, instituciones o empresas, permitiendo insertar cláusulas sobre sujeción a una legislación y jurisdicción extranjeras; y admitiendo la renuncia de la inmunidad"⁶⁶

⁶⁴ GARCÍA, Juan Aníbal Sarria. "Comentarios sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados y sus Bienes", en Revista Themis, núm. 26, 1993, pp. 46-62, p.54.

⁶⁵ La Nación Argentina. Ley 24.488 sancionada con fecha 31 de mayo de 1995. (Inmunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos). Artículo 2º literal d).

⁶⁶ GARCÍA, Juan Aníbal Sarria. Op. Cit., p.55.

Lo anterior quizás en relación a que Chile, se ha impulsado en las últimas décadas como un país por excelencia exportador y a su vez, negociador con países extranjeros, escenario entonces que demanda la suscripción de cláusulas que garanticen la resolución de controversias y el cumplimiento de compromisos, y en dicho escenario la figura de la inmunidad es un obstáculo para el desarrollo de la relación mercantil; pero entonces, podría observarse que tanto a nivel latinoamericano como a nivel de países con posturas controversiales internamente (es decir, para ciertos asuntos su direccionamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial será el de una inmunidad restringida, pero para otros, será la presunción de la inmunidad absoluta) pero que marcan hito en lo que refiere a la inmunidad restringida, como lo son Estados Unidos y Reino Unido, se lleva a la aplicabilidad esta flexibilidad en virtud a intereses generales de la sociedad y de los Estados capitalistas, mercantilistas y comerciantes.

3.3 Instrumentos Internacionales sobre Inmunidad de los Estados

Tal como se ha citado, algunos Estados han optado por establecer dentro de sus ordenamientos internos, normas positivas que regulen la inmunidad de jurisdicción y de ejecución, que tal como se verá, podría conllevar *per se* a la inaplicación de dichas disposiciones en virtud de la normatividad internacional existente; a contrario sensu, otros Estados se atienen a las fuentes de derecho internacional⁶⁷, a los tratados internacionales y jurisprudencia emanada por la Corte Internacional de Justicia.

En la práctica, la costumbre internacional y las convecciones de Viena, sobre Relaciones Diplomáticas, 18 de abril de 1961, Relaciones Consulares de 1963 y la

⁶⁷ Respecto al tema de fuentes de derecho internacional existe conceso mayoritariamente, que se tienen como tales, las contenidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que son: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como. prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones. Corte Internacional de Justicia –icj- por sus siglas en inglés: <https://www.icj-cij.org/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-es.pdf>

del derecho de los tratados de 1969, son instrumentos que contienen disposiciones claras respecto de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución.

3.3.1 Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas

La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas del 18 de abril de 1961, fue aprobada bajo la Ley 6 de 1972⁶⁸ por Colombia. La convención establece la inviolabilidad de los bienes inmuebles del Estado acreditante, así como la inembargabilidad o “medida de ejecución”⁶⁹ de los mismos, inclusive, esta medida recae sobre los bienes muebles de la misión, como el inmobiliario, los medios de transporte etc⁷⁰. Igualmente decreta la inviolabilidad de la residencia de los

⁶⁸ Por disposición de la Constitución Política de la República de Colombia, para que un tratado internacional haga parte del ordenamiento jurídico colombiano, requiere, en síntesis: a) haber sido celebrado por el presidente de la república (Art. 189, No.2 C.P.); b) haber sido aprobado por el Congreso de la República mediante Ley (Art. 150, No. 16 y 224 C.P.); c) ser declarado exequible por parte de la Corte Constitucional (Art. 241, No. 10 C.P)

⁶⁹ Al respecto la Corte Suprema de Justicia señaló:

“Aceptar la viabilidad de imponer medidas coercitivas, amén del inició de un trámite de ejecución, implicaría una interferencia en la actividad de la misión diplomática, contraria a las reglas de Derecho Internacional Público, pues no se trata aquí del reconocimiento de unos derechos, sino de una situación, consagrada en una convención que adoptó el legislador, y a través de la cual se limitó la ejecución de las sentencias.

No puede ignorarse que admitir esta vía de apremio quebrantaría, además, lo señalado en el artículo 25 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas entre los Estados, en la que se contemplan plenas facilidades para el cumplimiento de la misión extranjera, pues es diáfano que cualquier trámite de tal estirpe interferiría con los derechos del Estado extranjero, razón por la que en la práctica sólo un grupo de países minoritarios ha accedido a iniciar procesos de ejecución forzosa, con amplias restricciones.

Así las cosas, si bien el título ejecutivo, consistente en la sentencia dictada por esta Sala, cumple con los requisitos legales, lo cierto es que la República de Indonesia, está amparada con inmunidad absoluta de ejecución, de lo que deviene improcedente cualquier orden de esta Corte en ese sentido.” (República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Auto Radicación N°: 50458, Acta N° 12 del diecisiete (17) de abril de dos mil doce (2012). Magistrado Ponente: Camilo Tarquino Gallego.

⁷⁰ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas del 18 de abril de 1961. Artículo 22.

agentes diplomáticos⁷¹, la inmunidad de jurisdicción en materia penal, civil y administrativa⁷².

3.3.2 Convención de Viena sobre Relaciones Consulares

La Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963, fue ratificada por Colombia bajo Ley 17 de 1971, en su artículo 31⁷³ determina la “inviolabilidad de los locales consulares” en prácticamente los mismos términos de lo dispuesto en Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, como novedad, se fija la posibilidad de expropiación ante lo cual se debe pagar al Estado “*una compensación inmediata, adecuada y efectiva*”. En igual sentido, se instala la inmunidad de jurisdicción tanto de autoridades judiciales, como administrativas⁷⁴.

3.3.3 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Por su parte, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados 23 de mayo de 1969, aprobada mediante Ley 32 de 1985, convención que aplica a todo tratado en el que hagan parte los Estados que ratificaron el instrumento internacional⁷⁵, dispone claramente en su artículo 27 que “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”, es decir, prescribe la prevalencia del derecho y obligaciones internacionales respecto a las normas internas de cada Estado; norma que impide a los Estados “desconocer” cualquier precepto normativo internacional y a que en detrimento de éste, se prefiera la aplicación del

⁷¹ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas del 18 de abril de 1961. Artículo 30.

⁷² Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas del 18 de abril de 1961. Artículo 31.

⁷³ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963. Artículo 31.

⁷⁴ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963. Artículo 43.

⁷⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969. Artículo 1.

ordenamiento interno, aun incluso, cuando se esté presente de una norma fundamental -léase constitución-⁷⁶.

3.3.4 Corte Internacional de Justicia

Es el principal órgano judicial de la Organización de las Naciones Unidas –ONU-, cuya génesis se encuentra en los artículos 92 a 96 de la Carta de las Naciones Unidas del 26 de junio de 1945 y su Estatuto⁷⁷, aprobados por Colombia mediante Ley 13 de 1945. La principal función de la Corte Internacional de Justicia es la resolución de controversias entre los Estados⁷⁸; igualmente emite opiniones consultivas respecto de “cuestiones jurídicas” por solicitud de cualquier organismo autorizado por la Carta de las Naciones Unidas⁷⁹. De los seis órganos principales que componen las Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Seguridad, Consejo Económico y Social, Consejo de Administración Fiduciaria y Corte Internacional de Justicia, la Corte es el único que no se sitúa en Nueva York (Estados Unidos)⁸⁰.

Respecto al tema de inmunidad de jurisdicción y de ejecución, el 3 de febrero de 2012, la Corte Internacional de Justicia dictó fallo en el caso relativo a las Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania contra Italia)⁸¹, providencia

⁷⁶ Ejemplo claro, es el fallo del 19 de noviembre de 2012, emanado por la Corte Internacional de Justicia en el caso Nicaragua contra Colombia. Según el artículo 101 de la Constitución Política de Colombia, los límites territoriales del Estado Colombiano “*sólo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la República*”. El proceso inicia el 6 de diciembre de 2001, cuando la República de Nicaragua presenta en la Secretaría de la Corte una demanda por la cual se iniciaba un procedimiento contra la República de Colombia (con respecto a una controversia “ateniente al título sobre el territorio y a la delimitación marítima” en el Caribe occidental. En dicha sentencia se modifican los límites territoriales del Estado Colombiano, en los modos y formas previstos en el párr. 251 del fallo.

⁷⁷ Corte Internacional de Justicia: <https://www.icj-cij.org/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-es.pdf>

⁷⁸ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, del 26 de junio de 1945. Artículo 34.

⁷⁹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, del 26 de junio de 1945. Artículos 65 al 68.

⁸⁰ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, del 26 de junio de 1945. Artículo 22.

⁸¹ Corte Internacional de Justicia. Caso n.º 143 del 3 de febrero de 2012. Inmunidades Jurisdiccionales Del Estado (Alemania C. Italia; Grecia (Interviniente)).

trascendental sobre la preponderancia que tiene en el derecho internacional la inmunidad de jurisdicción y de ejecución, aún frente a alegaciones de normas del *ius cogens*; fallo que se pasa a analizar⁸²:

Como presupuestos fácticos se tienen, el 23 de diciembre de 2008, la República Federal de Alemania presentó en la Secretaría de la Corte una demanda contra la República Italiana respecto a la controversia originada en “incumplimientos de las obligaciones en virtud del derecho internacional” cometidos por Italia por conducto de su aparato judicial al no haber respetado la inmunidad de jurisdicción de la que goza Alemania.

La Litis tiene su partida, al haberse permitido entablar una serie de demandas civiles contra Alemania ante los tribunales italianos en las que se solicitaba la reparación por perjuicios causados ante la violación del derecho internacional humanitario cometidas por el tercer Reich alemán durante la segunda guerra mundial y la decisión del Estado Italiano de declarar ejecutable en Italia, las decisiones de los tribunales civiles griegos dictadas contra Alemania, con igualdad fundamentos de las demandas interpuestas ante los tribunales italianos, lo que generó la “confiscación” de Villa Vigoni, propiedad de Estado Alemán.

Se analiza por parte de la Corte, tres tipos de casos, de los cuales se desprende la actuación de los tribunales italianos; el primero tiene que ver con la muerte de 203 civiles en territorio italiano por miembros de la división “Hermann Göring” perpetradas el 29 de junio de 1944 en Civitella in Val di Chiana, Cornia y San Pancrazio; el segundo, tiene que ver con la deportación de civiles italianos con destino a Alemania, los cuales eran esclavizados por el tercer Reich; por último, la tercera causa tiene relación con miembros de las fuerzas armadas italianas a quienes se les negó la calidad de prisionero de guerra y fueron esclavizados.

Prosigue su análisis, indicado que entre los dos Estados no existe un tratado vigente sobre inmunidad de jurisdicción, por lo tanto, se hace necesario dar aplicación al derecho internacional consuetudinario, en atención al artículo 38 de

⁸² Abello-Galvis, Ricardo; Ferrer Acuña, Cristhian, (2013), “Traducción del Fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso de las “Inmunidades Jurisdiccionales del Estado” (Alemania c. Italia; Grecia interviniente) Decisión sobre el Fondo”. Disponible en: [file:///Users/julianvasquez/Downloads/DialnetTraduccionDelFalloDeLaCorteInternacionalDeJusticia-4941869%20\(2\).pdf](file:///Users/julianvasquez/Downloads/DialnetTraduccionDelFalloDeLaCorteInternacionalDeJusticia-4941869%20(2).pdf). (Consultada: 20 de noviembre de 2019).

su Estatuto; concluyendo, que es una costumbre internacional reconocida de manera general por los Estados, la inmunidad de jurisdicción.

Ahora bien, Alemania pretendía que fuese aplicado el concepto de inmunidad vigente para la fecha de los hechos, es decir, 1943-1945, petición que fue denegada en virtud a que, para la Corte, el caso puesto en conocimiento, nace de una presunta omisión a sus obligaciones por parte del Estado Italiano, en hechos acaecidos entre los años 2004 a 2011, y ese es el espacio de tiempo en el que la Corte entrará a definir si existió o no las trasgresiones, donde se dará uso al concepto de inmunidad vigente, para esa fecha (2004 a 2011).

La República de Italia propuso como argumentos de defensa: *i) Alemania no tiene derecho a inmunidad por cuanto a los actos jure imperii no tienen ninguna relación con actos ilícitos o delitos cometidos por las fuerzas armadas que producen la muerte, lesiones personales o daños a la propiedad cometidos en el territorio del Estado del foro; ii) Alemania no tiene derecho a inmunidad en virtud a que los actos debatidos, son violaciones a normas imperativas del derecho internacional - jus cogen-. Respecto al primero de los argumentos, dispone la Corte que el derecho internacional consuetudinario confiere inmunidad a un Estado en las actuaciones judiciales del Estado del Foro, incluso, en actos cometidos en territorio de otro Estado por sus fuerzas armadas, por lo tanto, concluye que la decisión adoptada por los tribunales italianos de negar la inmunidad a Alemania, no puede fundarse sobre el argumento rebatido.*

En tratándose de la segunda manifestación, la grave violación de los derechos humanos y un presunto conflicto entre normas de jus cogens y la regla de derecho consuetudinario sobre inmunidad, la Corte zanja dicha “antinomia” al establecer que los dos regímenes se aplican a situaciones diferentes, ya que la inmunidad de los Estados es una regla de carácter procesal, cuyo fin único es determinar si los tribunales de un Estado son competentes para conocer cuestiones respecto otro Estado y en nada tiene que ver con las responsabilidades o no sobre violaciones del *jus cogens*.

Por último, la Corte pasa a analizar la medida de “embargo” sobre el predio denominado Villa Vigoni, impuesta por el Tribunal de Apelación de Florencia que declaró ejecutable en Italia la sentencia Tribunal de Primera Instancia de Livadia, en Grecia; frente a lo anterior, la Corte fue tajante en afirmar que, a la luz del derecho internacional, existió una violación de la inmunidad de ejecución y de

jurisdicción, al concederse el exequátur por parte de los tribunales italianos, en desmedro de la inmunidad de jurisdicción del Estado Alemán.⁸³

Concluye la Corte⁸⁴ que la República Italiana ha incumplido su obligación de respetar la inmunidad de que goza la República Federal de Alemania en virtud del derecho internacional al permitir que se interpongan contra ella demandas civiles fundadas en violaciones del derecho internacional humanitario, al tomar medidas de ejecución forzada, embargo, frente a la una propiedad del Estado Alemán, al haber declarado ejecutables en el territorio italiano las decisiones judiciales griegas fundamentadas en las violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en Grecia. Igualmente ordena a República Italiana promulgar una ley o cualquier otro mecanismo, tendiente a que las decisiones de las autoridades judiciales italianas que van en contra de las normas internacionales sobre inmunidad, dejen de producir efectos.

En la sentencia se ve claramente el esfuerzo hecho por parte de la Corte Internacional de Justicia, para afinar la inmunidad de jurisdicción como una prerrogativa inalienable de todo Estado, dejando presente que pese a no existir tratado Internacional vigente, el derecho consuetudinario internacional o la costumbre internacional, confiere inmunidad de jurisdicción a los Estados.

Llama la atención, que pese al alegato de la República Italiana, respecto a que los hechos base del argumento para denegar la inmunidad de jurisdicción por parte de sus Tribunales, son constitutivos de violaciones graves al ius cogens, y teniendo en cuenta la naturaleza jerárquica que goza dentro del derecho internacional estas disposiciones, deben aplicarse prevalentemente sobre cualquier otra; pese a ello, la Corte en su análisis, bajo un argumento perspicaz, enfatiza que reconoce a la gravedad de los hechos expuestos, empero, la inmunidad de jurisdicción es de contenido procesal y nada tiene que ver con los bienes jurídicos protegidos por las normas del ius cogens, por lo tanto, pese a la gravedad de los hechos, un Estado goza de inmunidad de jurisdicción y de ejecución, respecto de los tribunales del Estado de foro.

⁸³ Corte Internacional de Justicia. Caso n.º 143 del 3 de febrero de 2012. Inmunidades Jurisdiccionales Del Estado (Alemania C. Italia; Grecia (Interviniente)). Párr. 131.

⁸⁴ Corte Internacional de Justicia. Caso n.º 143 del 3 de febrero de 2012. Inmunidades Jurisdiccionales Del Estado (Alemania C. Italia; Grecia (Interviniente)). Párr. 139.

3.4 Inmunidad y Efectividad de los Derechos Fundamentales

Se haga necesario reseñar el paradigma entre inmunidad v/s acceso efectivo a la justicia, para ello se debe recordar la diferenciación entre “justicia” y “acceso a la administración de justicia”, y observar si estos se configuran a través de aplicación de normativas restrictivas y sancionatorias.

Dicho así, la justicia como un concepto a estudiar y determinar, tiene una alta complejidad, pues su significación ha sido punto de debate desde los inicios mismos de la estructuración del derecho occidental, en mención a ello, el concepto de justicia más recordado, es aquel elaborado por Aristóteles bajo un esquema de distribución, es decir: “La Justicia como igualdad proporcional: Dar a cada uno lo que es suyo, o lo que le corresponde. Dice que lo que le corresponde a cada ciudadano tiene que estar en proporción con su contribución a la sociedad, sus necesidades y sus méritos personales”⁸⁵

En la actualidad, la comprensión de la justicia como un concepto social elaborado, tiene un máximo exponente de obligatoria citación si sobre dicha temática se habla, este es *John Rawls*, quien en su libro titulado “Teoría de la justicia”, el cual entre otros aspectos, precisa que: “Las diversas concepciones de la justicia son el producto de diferentes nociones de sociedad ante el trasfondo de opiniones opuestas acerca de las necesidades y oportunidades naturales de la vida humana”⁸⁶. Entre las múltiples acepciones que Rawls, realiza en su estudio de la justicia, postula un estudio sobre la justicia como imparcialidad, frente a ello, indica los siguiente:

Justicia como imparcialidad: transmite la idea de que los principios de justicia se aceran en una situación inicial que es justa. El nombre *no significa* que los conceptos de justicia y equidad sean los mismos (...)

Cada persona se encuentra desde su nacimiento, en una posición determinada de alguna sociedad determinada, y la naturaleza de esta posición afecta materialmente su perspectiva de vida. Aun así, una sociedad que satisfaga principios de justicia como imparcialidad se acerca en lo

⁸⁵ CALDERÓN CISNEROS, Juan T; ALCÍVAR TREJO, Carlos; ROCA PACHECO, Ernesto. “La justicia en el entorno social y en la fundamentación del derecho ecuatoriano”, 2014. Disponible en: <http://www.eumed.net/rev/cccss/29/derecho-ecuatoriano.html>. (Consultada: 01 de septiembre de 2019).

⁸⁶ RAWLS, John, Teoría de la justicia, 1ª ed., Fondo de Cultura Económica, 1975.

posible a un esquema voluntario ya que cumple con los principios que consistirían *personas libres e iguales en condiciones que son imparciales*⁸⁷.

El autor Rawls⁸⁸, desarrolla así, múltiples aspectos de complejidad de la concepción de una justicia como imparcialidad, entre ellos, lo relativo a las diferencias pues considera que las instituciones (familia, orden público, etc.) deben comprender las diferencias y proporcionar las condiciones particulares, aspecto que menciona en su capítulo de “Posiciones pertinentes”, en el cual explica entre otros asuntos, que existen derechos básicos desiguales fundados en características naturales fijas, estas desigualdades determinan posiciones pertinentes, y debido a que *dichas características no pueden ser modificadas*, es decir, no pueden haber sociedades con integrantes uniformes, las posiciones que definen contarán como lugares iniciales en la estructura básica, las distinciones basadas en el sexo son de este tipo, así como las de raza y cultura.

De lo anterior, se puede observar la complejidad de hablar de justicia, pues en dicho termino también confluyen valores, y principalmente concepciones de lo que es justicia para cada sector o persona conforme su posición; lo cierto es que hay un conceso mayoritario en comprender el funcionamiento de la justicia como un fin o meta de obtener equilibrio en las relaciones en sociedad, y para ello, se deben *proveer recursos particulares a aquellos en posiciones desventajosas*, de ahí, que autores como John Rawls se refieran a un justicia igualitaria entre desiguales, abordando con ello el principio de equidad.

En punto a ello, se tiene que los más indefensos en la sociedad y en los núcleos esenciales de ella, también requieren dichas condiciones particulares que permitan superar su posición desventajosa y no soportar la condiciones de inferioridad frente a otros con características predominantes o dominantes, como lo pueden ser los hombres o en general, victimarios, de ahí, que se cuestionen las problemáticas de protección y de acceso por parte de las víctimas ante las instituciones que pueden procurar dichas medidas de “justicia”, aspecto tendiente al acceso a la administración de justicia y a la tutela efectiva de derechos, el cual abordan los autores Pineda Duque y Otero Peña, así:

Durante los años noventa, con la nueva Constitución de 1991 y la ratificación de convenios internacionales en la materia por parte del Estado colombiano,

⁸⁷ Ibíd.

⁸⁸ Ibíd.

se inició un conjunto de reformas normativas y del Estado, a fin de intervenir en la problemática, abriendo de manera clara la negociación de concepciones de lo público y lo privado y creando campos de acción para la protección de derechos humanos en lo doméstico. No obstante, dado lo reciente de las normas y de la intervención pública, el debate sobre el alcance y características de dicha normatividad e intervención apenas se abre⁸⁹.

Frente a la debida diligencia y el acceso a la administración de justicia, indica la Federación Iberoamericana del ombudsman, lo siguiente:

La infraestructura y los recursos humanos resultan factores predominantemente cuantitativos que pueden resultar ineficaces si no se atienden aspectos tales como la existencia de vías y regulaciones procesales apropiadas ajenas al mero ritualismo formal y a las dilaciones innecesarias, la debida formación y capacitación de los funcionarios y funcionarias de justicia en las materias correspondientes —verbigracia la violencia contra las mujeres—, así como la erradicación de los fenómenos de corrupción. Ya desde el ángulo de los justiciables, comprende su información y conocimiento —al menos básicos— sobre las posibilidades que brindan los Servicios de Justicia, así como su orientación y asesoramiento idóneos, tanto antes como durante y a la conclusión de los procesos judiciales⁹⁰.

En ese orden de ideas, los autores consideran que una “Tutela Jurisdiccional Efectiva”, es concebida como: “La posibilidad real o material de todas las personas, sin distinción, en cuanto a exigir y obtener del Estado con prontitud y bajo procedimientos razonables, las prestaciones necesarias para lograr el respeto y protección eficaz de sus derechos, incluidas, según corresponda, las medidas de reparación apropiadas”⁹¹.

⁸⁹ PINEDA DUQUE, Javier; OTERO PEÑA, Luisa. “Género, violencia intrafamiliar e intervención pública en Colombia”, en Revista de Estudios Sociales, núm. 17, 2004, pp. 19-31, p.20.

⁹⁰ FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DEL OMBUDSMAN. (2015), “Debida diligencia en el acceso a la justicia y tutela judicial efectiva de las mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar: Alcances, limitaciones y propuestas”. Disponible en: https://www.profo.info/.../Debida%20Diligencia%20Violencia%20Familiar_text%20final. p. 31.

⁹¹ Ibíd. p.32.

Observado así, el hecho de no poder accionar o de lograr accionar, pero no obtener la ejecución de la sentencia o fallo que restablezca, sancione o repare los perjuicios acreditados, resulta a todas luces violatoria del principio de acceso a la administración de justicia, de ahí que dicho paradigma entre inmunidad v/s acceso a la justicia encuentra aún más confrontación cuando se está ante violaciones del derecho internacional, de ahí, que se considere que el respeto al menos por parte del Estado Colombiano de este derecho y principio constitucional, está dado en la debida diligencia judicial y legal para que el administrado pueda reclamar en los eventos excepcionales de inmunidad y seguidamente, ante la imposibilidad de accionar o ejecutar al Estado extranjero, sea el Estado colombiano quien garantice y satisfaga sus derechos fundamentales, al respecto precisan Mccausland Echeverry y Corredor Vásquez, lo siguiente:

Por lo tanto, la inmunidad estatal debe ser reconocida únicamente cuando no se esté frente a uno de los casos en los cuales se puede desconocer dicha prerrogativa. En los demás casos, el Estado que renuncia al ejercicio de su jurisdicción deberá proveer mecanismos alternos de justicia y reparación a las víctimas. De esta manera se evitan los nefastos resultados de equiparar la inmunidad con la impunidad⁹².

Dicha premisa es de alta importancia en la medida que los movimientos académicos y jurídicos actuales, abogan por la aplicación sin vacilaciones de una inmunidad estatal restringida cada vez más, al respecto autores como Núñez Ramos y Cifuentes Sandoval⁹³, indican que es necesaria la evolución y el cambio de “mentalidad”, para en su lugar armonizar lo relacionado con la inmunidad jurisdiccional y de ejecución con la era de los derechos humanos y su efectivo goce, pues se ha tornado delgada la línea entre inmunidad e impunidad.

Es en razón a esta nueva tendencia se debe evolucionar y cambiar la antigua mentalidad absolutista en materia de inmunidad jurisdiccional que venía imperando, armonizándola con la era de los derechos humanos y su efectivo goce, pretendiendo definir esa delgada línea que separa Inmunidad de Impunidad, y esto solo se logrará cuando el legislador y los jueces, quienes son los encargados de proferir y hacer cumplir las leyes que rigen a los ciudadanos y a los extranjeros

⁹² MCCAUSLAND ECHEVERRY, Rafael Enrique; CORREDOR VÁSQUEZ. Op. Cit., p.37.

⁹³ NÚÑEZ RAMOS, Luisa Fernanda; CIFUENTES SANDOVAL, German Eduardo. “Cambio de mentalidad frente a la inmunidad de jurisdicción”, en Revista Viei via inveniendi et ludicandi, 2016.

que se encuentren dentro del país, entiendan la importancia y necesidad de sentar un precedente jurídico frente a este tema.

3.5 Precedente Jurisprudencial de la Inmunidad diplomática en las altas Cortes Judiciales de Colombia.

Para lograr determinar de manera puntual el alcance, desarrollo y concreción legal de la inmunidad estatal en el Estado colombiano resulta importante realizar una revisión del precedente vigente de las altas cortes judiciales, recordando que antes de expedición de la Constitución Política colombiana de 1991 y aun a la fecha actual, como se indicó, sigue en vigor la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961, ratificada y aprobada mediante la Ley 6 de 1972, conforme lo cual, Colombia acepta e incorpora a su ordenamiento jurídico la figura de la inmunidad estatal a nivel internacional, según la cual, los agentes diplomáticos gozan de inmunidad de ejecución en la jurisdicción penal, civil y administrativa, con excepción de tres casos puntuales, establecido en el artículo XXXI de la Ley 6 de 1972, que consagra:

1. El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará también de inmunidad su jurisdicción civil y administrativa, excepto si se trata:
 - a) de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático lo posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión;
 - b) de una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario;
 - c) de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales.
2. El agente diplomático no está obligado a testificar.
3. El agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución, salvo en los casos previstos en los incisos a), b) y c) del

párrafo 1 de este artículo y con tal de que no sufra menoscabo la inviolabilidad de su persona o de su residencia⁹⁴.

4. La inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado receptor no lo exime de la jurisdicción del Estado acreditante.

Tal como se observó en el numeral 1.2.3.1 y 1.2.3.2 del presente escrito, la ratificación de las Convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas y sobre relaciones consulares, las disposiciones de inmunidad ahí insertadas son en principio de obligatorio cumplimiento para los estados parte, razón por la cual un juez nacional no podría dejar sin efecto la inmunidad reconocida por el Estado.

En punto a ello, el artículo el artículo 27, del PARTE III Observancia, aplicación e interpretación de los tratados de la SECCION PRIMERA Observancia de los tratados, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, indica: "27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46"⁹⁵

Claramente, lo anterior sin desconocer el análisis teórico, jurídico y doctrinario abordado sobre aspectos y criterios puntuales que reducen o extiende las excepciones a la inmunidad del Estado extranjero en el sistema jurídico del Estado receptor o del administrado que considere violentado algún interés o derecho.

De lo anterior entonces, que la aplicación de esta normatividad bajo criterios de interpretación exegéticos, históricos, teleológicos, etc. será de gran interés y debate en los precedentes a observar.

3.5.1 De la Corte Constitucional

La jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional ha sido relevante en lo que se refiere a la *materia laboral*, en atención a ello, se encuentra de forma

⁹⁴ República de Colombia. Ley 6 de 1972 (Por la cual se aprueba la "Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas hecha en Viena el 18 de abril de 1961"). Artículo XXXI.

⁹⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. 1969. <https://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/glossary/vienna-convention-es.pdf>

importante la sentencia T- 932 de 2010⁹⁶, con magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, referente a una acción de tutela contra la misión diplomática de la República bolivariana de Venezuela en Colombia, en virtud a que aquella suspendió sin causa justa el pago de mesada pensional de jubilación a una trabajadora colombiana que había laborado en tiempos anteriores por más de 20 años; en dicha ocasión la Corte Constitucional colombiana establece que la inmunidad diplomática es relativa en materia laboral ya que de acuerdo al artículo XXXI de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961, los agentes diplomáticos tienen inmunidad absoluta en asuntos de materia penales, civiles y administrativa (con excepciones), pero no en materia laboral, incluso dispone que los Estados extranjeros deben someterse a las normas de seguridad Social del Estado receptor⁹⁷.

Además señala que la teoría de Inmunidad restringida en materia laboral ha sido incorporada en nuestro país por medio de la Convención de las Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados Miembros de las Naciones Unidas de 2 de diciembre de 2004 y así reafirmado por nuestro derecho interno, puesto que el Ministerio de Relaciones Exteriores elaboró una Nota Verbal en 2004 dirigida a las embajadas, consulados y organismos internacionales acreditados en Colombia, en la cual reitero la obligación de cumplir las normas laborales internas frente a los nacionales y residentes permanentes en el territorio colombiano⁹⁸.

En otro pronunciamiento similar, sentencia T-180 de 2012, la Corte Constitucional⁹⁹, manifiesta que en concordancia con la interpretación de los tratados (convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961) la cual fue ratificada por la ley 6ª de 1972 por el Estado colombiano, los agentes diplomáticos

⁹⁶ República de Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 932 de 2010 del 23 de noviembre de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹⁷ “Ahora bien, la Convención de Viena de 1961 al no ocuparse de regular la inmunidad de jurisdicción de los Estados en materia laboral, estipuló en sus considerandos que las normas del derecho internacional consuetudinario han de continuar rigiendo las cuestiones que no hayan sido expresamente reguladas en las disposiciones de dicha Convención. De tal forma que, aplicando el literal b) del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, dentro de las fuentes interpretativas del derecho se encuentra la costumbre internacional, que se entienden como una práctica seguida por los sujetos internacionales y generalmente aceptada por ellos como derecho”.

⁹⁹ República de Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 180 del 08 de marzo de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

o de delegaciones acreditadas en un país extranjero no gozan de inmunidad diplomática en jurisdicción laboral ya que como lo establece el artículo XXXIII de la convención los agentes diplomáticos están en la obligación de cumplir las normas de seguridad social del Estado receptor, obrando así el denominado principio de inmunidad restringida en el ámbito laboral, aplicable cuando los trabajadores cumplan con alguno de los siguientes requisitos:

1. Nacionales del estado receptor (Colombia)
2. Tengan su residencia permanente en dicho Estado.

Además, señala la alta corporación, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 235 de la Constitución Política Colombiana a quien corresponde la competencia para conocer de estos asuntos es la Corte Suprema de Justicia ya que dentro de sus atribuciones está la de conocer todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la Nación, en los casos previstos por el derecho internacional¹⁰⁰.

Resulta conceptualmente interesante lo esbozado por la Corte Constitucional¹⁰¹, en la sentencia **T- 901 de 2013**, toda vez que reconoce que si bien es cierto que la inmunidad diplomática tiene su origen en el derecho internacional público del siglo XIX, época en la cual se consideraba que el principio involucra una prohibición absoluta de juzgamiento en los actos realizados por el Estado acreditante o sus agentes en territorio del Estado de foro, sin importar su naturaleza, lo cierto es que, con el paso del tiempo empezó a variar dicha inmunidad que se consideraba absoluta tanto en la comunidad internacional, ejemplo de esto es la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 y la jurisprudencia de los distintos países miembros estableciendo una inmunidad relativa dependiendo de la distinción entre actos políticos (**de iure imperium**) encaminados al cumplimiento de los fines estatales y los actos particulares (**actos de iure gestionis**), actos en el que el Estado o sus agentes actúan como particulares

Estableciéndose entonces que la inmunidad solo cobra sentido ante actos de iure imperii, pues solo estos concretan la independencia, autonomía e igualdad que el

¹⁰⁰ Ibíd.

¹⁰¹ República de Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 901 del 03 de diciembre de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa.

principio persigue preservar, mientras que en los actos que desarrolle un Estado o sus agentes que involucran asuntos comerciales o laborales no están encaminados a la protección de su soberanía, por lo cual no es admisible privilegiarlos bajo una inmunidad absoluta ya que ocasionarían una restricción a los derechos de los ciudadanos del Estado del foro y, especialmente, a la posibilidad de exigirlos judicialmente.

Para el año 2016, la Corte Constitucional¹⁰² expide la sentencia de unificación SU 443 de 2016, la cual claramente es un hito jurisprudencia en lo que tiene que ver con la tensión existente en la efectividad de los derechos humanos¹⁰³ y la inmunidad jurisdiccional y de ejecución en Colombia, en dicha sentencia la honorable Corte Constitucional, plantea el siguiente contexto de sentencias nodales y contradictorios que demandan la concreción de subreglas y del precedente judicial ante dichas situaciones, pues en primer momento, considera necesario hacer una revisión a tutelas proferidas en atención a decisiones judiciales de la Sala de Casación Penal y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al igual que de fallos de tutela dictados por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y la Sala Dual Quinta de Decisión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en procesos contra la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; es decir, involucra directamente la forma en que tanto han fallado estas cortes, como las decisiones de tutela contra ellas, lo cual podría observarse de manera prejuiciosa, como una unificaciones de precedente de las altas cortes, si miramos la fuente de análisis y las eventuales implicaciones de las sentencias de unificación en las otras cortes. Lo anterior, es considerado así toda vez que, los expedientes revisados arrojan la siguiente situación jurídica:

| Expediente | Hechos | Sub regla de la Corte aplicada |
|------------------------|---|--|
| Expediente T-3.290.326 | ciudadana colombiana, que laboró entre el 1º de abril de 1981 y el 22 de enero de 1991, al servicio de la Embajada del Líbano en Colombia, demando en jurisdicción ordinaria laboral contra esa | La Embajada del Líbano goza de inmunidad absoluta de ejecución |

¹⁰² República de Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU- 443 del 18 de agosto de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁰³ Léase fundamentales.

| | | |
|---|---|---|
| | <p>misión diplomática, con el propósito de obtener el reconocimiento y pago de prestaciones.</p> <p>La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 2 de septiembre de 2008, resolvió declarar la existencia de la relación laboral entre la demandante y la Embajada del Líbano.</p> <p>Esta última no cumplió, por lo cual la accionante promovió demanda ejecutiva laboral, pero en Auto del 25 de mayo de 2010, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dispuso el rechazo de la demanda</p> | <p>conforme lo establece la Convención de Viena de 1961, lo que se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas coercitivas en su contra para obtener el cumplimiento de una decisión judicial dictada por ese alto tribunal.</p> |
| <p>Expediente T-3.631.261</p> | <p>Ciudadano colombiano, laboró al servicio de la Embajada de los Estados Unidos de América (EE. UU.) en Colombia, con sede en la ciudad de Bogotá, desde el 26 de julio de 1986 hasta el 6 de noviembre de 2006; en virtud a ello, formuló demanda ordinaria laboral contra esa misión diplomática para obtener el pago de emolumentos laborales adeudados.</p> <p>La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, en sentencia del 10 de marzo de 2010, despacho favorablemente al demandante, pero dicha embajada no cumplió la sentencia.</p> <p>Por lo anterior, demandó ejecutivamente, pero la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia rechazó la demanda.</p> | <p>Consideración de que la Embajada de los Estados Unidos de América goza de inmunidad absoluta de ejecución.</p> |
| <p>En estos dos procesos, los demandantes consideraron que dichas las</p> | | |

providencias judiciales mediante las cuales se rechazaban sus demandas ejecutivas, desconocían y violentaban sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, por lo anterior, interpusieron acciones de tutela, con la finalidad de que sus demandas fuesen admitidas y, en consecuencia, se expidieran los mandamientos de pago junto con el decreto de medidas preventivas.

De ahí que la Sala de Casación Penal y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al igual que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y la Sala Dual Quinta de Decisión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al resolver las tutelas deciden en ambos casos considerar improcedente el amparo solicitado.

Conforme lo anterior, la Corte Constitucional, indica luego de realizar un recorrido jurídico sobre la inmunidad y su consagración en instrumentos internacionales, lo siguiente:

No obstante, pese a que la diferencia entre un acto de *imperio* y un acto de *gestión* conceptualmente parece clara, en la práctica sigue siendo complejo establecer, de forma tajante, esta distinción. No siempre es fácil establecer si un acto específico de un Estado constituye de imperio o de gestión, o si un determinado bien está destinado a llevar a cabo actos de una u otra naturaleza. Por lo tanto, no siempre es claro cuándo un acto o un bien está cobijado por la inmunidad de jurisdicción¹⁰⁴.

En virtud a lo anterior, y a fin de unificar lo puesto a revisión, establece y también reitera algunas sub reglas que, a la vez, estructuran el actual precedente:

Primero:

A pesar de que el carácter limitado de la inmunidad de jurisdicción es la tesis predominante en el derecho internacional público contemporáneo, lo cierto es que este concepto, eminentemente procesal, **no implica per se la facultad de adelantar medidas coercitivas para garantizar el**

¹⁰⁴ República de Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU- 443 del 18 de agosto de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Párr. 12.

cumplimiento de las decisiones judiciales proferidas en el Estado receptor (negrilla fuera del texto original) ¹⁰⁵.

Precisó entonces la Corte, que dicha teoría no ha sido adoptada como norma aceptada por los Estados como modificación al derecho internacional público; y que incluso, de ser adoptadas mediante doctrina o incluso buscándose ser aplicadas bajo futuras fuentes de costumbre internacional, ello no es jurídicamente viable, así pues: “La inmunidad de ejecución restringida no puede considerarse costumbre internacional aplicable en el presente caso”¹⁰⁶

Segundo:

Afirmó la Corte Constitucional¹⁰⁷ que, aunque no es no es competente para ordenar la ejecución de las sentencias, por todo lo antes relacionado con la inmunidad de ejecución, lo cierto es que si se está ante un escenario de desprotección de derechos; esto conforme las potestades legales que le otorga el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, en virtud de lo cual, cuando el afectado no cuente con otro medio para la protección de sus intereses, el fallo que conceda la tutela puede incluso de oficio, ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente así como el pago de las costas del proceso.

Tercero:

Debido a que el medio idóneo debe ser la reparación directa, la corte para el caso particular, en atención a la caducidad de esta acción, procedió a ordenar el pago de los perjuicios causados por la inejecución de las sentencias laborales.

Cuarto:

¹⁰⁵ República de Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU- 443 del 18 de agosto de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Párr. 16.

¹⁰⁶ República de Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU- 443 del 18 de agosto de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Párr. 29.

¹⁰⁷ República de Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU- 443 del 18 de agosto de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Párr. 37.

Recuerda también la Corte¹⁰⁸ la posibilidad o el medio de defensa judicial con que también cuentan los colombianos ante estos eventos, referidos a la “homologación de sentencias extranjeras en el territorio nacional a través del trámite de exequátur”. En dicho escenario, las sentencias dictadas por jueces extranjero pueden ser ejecutadas en otro siempre y cuando se atiende a las formalidades de la ley corriente, y a la autorización judicial para darle efecto y asegurar su cumplimiento, analizado así, la Honorable Corte también reconoce lo complejo de aquello y lo sujetó a la voluntad y disposición del otro país en cada caso particular, de ahí que incluso dicho medio sea altamente inoperante e improbable de funcionar, sumado a los altos costos que ello acarrearía.

Quinto:

El medio adecuado para el restablecimiento de los derechos conculcados con la inejecución de un fallo judicial, en virtud a la inmunidad del Estado infractor y extranjero, es la de reparación directa por daño especial.

Observado así, la Corte unifica y aunque acepta las implicaciones antijurídicas de las inmunidades diplomáticas y la imposibilidad de ejecutar sentencias, en derecho y bajo postulados de equidad, justicia y dignidad humana, asume con ello dicha responsabilidad extracontractual y patrimonial, acudiendo a lo establecido por el Consejo de Estado en relación al daño especial.

Pese al esfuerzo loable por parte de la Corte Constitucional de armonizar las obligaciones internacionales del Estado Colombiano con la necesidad de materializar los derechos fundamentales de los actores, llama la atención que haya traído a colación dentro de sus consideraciones¹⁰⁹, la sentencia del 3 de febrero de 2012, emanada por la Corte Internacional de Justicia, caso relativo a las Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania contra Italia), no porque no pueda hacerlo, sino por la manera en que encausó su argumentación.

¹⁰⁸ República de Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU- 443 del 18 de agosto de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Párr. 37.

¹⁰⁹ República de Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU- 443 del 18 de agosto de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Párr. 31.

Al respecto señaló¹¹⁰:

31. Uno de los más recientes casos en materia de inmunidad de ejecución es el de *Alemania v. Italia* resuelto por la Corte Internacional de Justicia en el 2012. Los motivos por los cuales Alemania consideró vulnerada su inmunidad de ejecución fueron tres. En primer lugar, que las cortes italianas condenaron a Alemania a indemnizar a varios ciudadanos italianos por distintas violaciones del Derecho Internacional Humanitario efectuadas por el Tercer Reich durante la Segunda Guerra. Adicionalmente, la corte italiana ordenó el embargo de Villa Vigoni, un inmueble perteneciente al Estado alemán, ubicado en territorio italiano. El tercer motivo fue que Italia aceptó su facultad para ejecutar en Italia una decisión de un juez griego que condenaba a Alemania también por violaciones del derecho internacional humanitario. Alemania adujo que estas tres situaciones vulneraron, entre otras, la inmunidad de ejecución de la cual goza, conforme al derecho internacional.

(...)(...)

(...)(...) En primer lugar, hizo referencia al alcance del principio de inmunidad de ejecución. Así, la Corte en dicha oportunidad reiteró que las reglas atinentes a la inmunidad de jurisdicción son sustancialmente diferentes a las que rigen la inmunidad de ejecución. Por lo tanto, la aceptación de la jurisdicción del Estado de foro no implica que el Estado sujeto a ella renuncie a su inmunidad de ejecución. Específicamente, señaló:

*“113. Antes de examinar el fondo de las pretensiones del demandante sobre este punto, la Corte señala que **la inmunidad de ejecución de la que gozan los Estados en lo relativo a sus bienes situados en territorio extranjero va más allá de la inmunidad de jurisdicción que tienen esos mismos Estados ante los tribunales extranjeros. Aún si un fallo ha sido emitido de forma regular en contra de un Estado extranjero en circunstancias tales que este último no podía prevalerse de la inmunidad de jurisdicción, no surge ipso facto que el Estado condenado pueda ser objeto de medidas de fuerza, sobre el territorio del Estado de la jurisdicción o en aquel de un tercer Estado, en aras de hacer ejecutar el fallo en causa.** Igualmente, la eventual renuncia de un Estado a su inmunidad de jurisdicción ante un tribunal extranjero no es válida per se como renuncia a la inmunidad de ejecución con relación a los bienes que le pertenecen y que se encuentran en territorio extranjero”.* (Subraya y negrilla fuera del texto)

¹¹⁰ República de Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU- 443 del 18 de agosto de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

(...)(...)

32. Sin embargo, sí estableció que los siguientes elementos constituían la costumbre vigente en materia de inmunidad de ejecución:

118. En efecto, le **basta constatar que existe al menos una condición que debe ser llenada para que una medida de fuerza pueda ser tomada frente a un bien perteneciente a un Estado extranjero: que el bien en causa sea utilizado para las necesidades de una actividad que no persiga fines de servicio público no comerciales, o que el Estado propietario haya consentido expresamente en la aplicación de una medida de fuerza, o también que este Estado haya destinado el bien en causa a la satisfacción de una demanda judicial** (una ilustración de esta práctica consolidada se puede observar en la decisión de la Corte Constitucional alemana (Bundesverfassungsgericht) del 14 de diciembre de 1977 (BverfGE, vol. 46, p. 342), por la sentencia del Tribunal Federal suizo del 30 de abril de 1986, Reino de España c. Sociedad X (Anuario Suizo de Derecho Internacional, vol. 43, 1987, p. 158), al igual que en la sentencia de la Cámara de los Loes, Alcom Ltd v. República de Colombia, ([1984] 1 AC 580; ILR, vol. 74, p. 180) y la sentencia del Tribunal Constitucional Español, Abbott c. República de Sudáfrica, 1 de julio de 1992 (Revista Española de Derecho Internacional, vol. 44, 1992, p. 565).

(...)(...)

120. En estas condiciones, la Corte concluye que **la inscripción de un embargo judicial sobre la Villa Vigoni constituye una violación por parte de Italia de su obligación de respetar la inmunidad de Alemania**. (subrayado fuera de texto original)

34. De lo anterior se puede concluir que de conformidad con el derecho internacional consuetudinario un bien perteneciente a un Estado está sujeto a la inmunidad de ejecución, salvo que se cumpla alguna de las siguientes condiciones: 1), que el bien no sea utilizado para desarrollar actividades que no persigan fines de servicio público no comerciales, 2) que el Estado haya expresado su consentimiento frente al embargo o a la medida coercitiva sobre sus bienes, o 3) que haya destinado el bien al pago de la acreencia judicial respectiva.”

De lo dicho por la Corte Constitucional en el texto transcrito anteriormente, se destaca que para ésta, el quid de la alegación de la República Federal de Alemania es la violación de la **inmunidad de ejecución** al ordenarse por parte de los Tribunales italianos indemnizaciones a favor de unos connacionales y en contra de Alemania, el embargo de un bien de propiedad del Estado Alemán y

aceptar la ejecución de una sentencia “de un juez griego” (sic). Afirma la Corte, que en el derecho internacional un bien perteneciente a un Estado está sujeto a la inmunidad de ejecución, salvo cuando se esté presente a los casos citados en el argumento 34 de la referida sentencia.

De lo deprecado por la Corte, debe decirse que el argumento central de la República Federal de Alemania fue la violación de su **inmunidad de jurisdicción** por parte de los Tribunales italianos, y la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, prácticamente se desarrolla entorno a ello, ya en sus últimos aportes (párrafos del 121 al 133) se despliega el tema de la medida de embargo sobre un bien del Estado Alemán; los aspectos fácticos en sentido estricto no son los de la sentencia, pues solo son dos presupuestos en torno a la sentencia, las condenas impuestas por los Tribunales Italianos contra el Estado Alemán que ordenan indemnizaciones y el declarar ejecutable en Italia, las decisiones de los tribunales civiles griegos dictadas contra Alemania, lo que generó el “embargo” de un inmueble denominado Villa Vigoni, propiedad de Estado Alemán.

Respecto a la sub regla prescrita en el párrafo 35 de la sentencia analizada, donde textualmente se dice por la Corte “(...) (...) *se puede concluir que de conformidad con el derecho internacional consuetudinario un bien perteneciente a un Estado está sujeto a la inmunidad de ejecución, salvo que se cumpla alguna de las siguientes condiciones:*” ya en los argumentos 35 a 36, analiza la posibilidad de embargar o ejecutar una actuación de ese tipo sobre bienes del Líbano y de Estados Unidos, concluyendo que en el “*derecho internacional consuetudinario es posible embargar bienes siempre que sean de aquellos utilizados para actos de gestión, los demandantes no cumplieron con la carga mínima como sería la de identificar los bienes y demostrar que son utilizados para este tipo de actos*”¹¹¹.

Tesis que no se encuentra sustentada en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia y existe un yerro en el alcance dado por parte de la Corte Constitucional, pues para que opere las excepciones expuestas, se hace necesario prima facie que el Estado expresamente haya renunciado previamente a su inmunidad de jurisdicción, esta no opera *ipso iure*, como claramente lo indica la C.I.J, en el argumento 113¹¹² de su decisión “*la eventual renuncia de un Estado a su*

¹¹¹ República de Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU- 443 del 18 de agosto de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Párr. 36.

¹¹² Corte Internacional de Justicia. Caso n.º 143 del 3 de febrero de 2012. Inmunidades Jurisdiccionales Del Estado (Alemania C. Italia; Grecia (Interviniente)). Párr. 113.

*inmunidad de jurisdicción ante un tribunal extranjero no es válida per se como renuncia a la inmunidad de ejecución con relación a los bienes que le pertenecen y que se encuentran en territorio extranjero*¹¹³ máxime cuando la *ratio decidendi* de la providencia, plantea que la inmunidad de jurisdicción es inviolable.

Ahora bien, otra concepción errada que se encuentra en la SU-443 de 2016, es el advertir que de acuerdo con lo consagrado en el “*artículo 38.1 b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, **las disposiciones del Proyecto de Artículos que corresponden a una codificación de la costumbre internacional existente, son vinculantes.***”¹¹⁴ (Negrilla y subrayado propio) Situación que no corresponde a la realidad jurídica actual.

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, delimita las fuentes de derecho internacional, en su literal b) prescribe que será fuente de derecho internacional *la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho*¹¹⁵. Para comprobar la existencia de una costumbre internacional, en los modos señalados en el literal b) ejusdem, se requiere que confluyan dos elementos, una *práctica efectiva* (elemento objetivo) *acompañada de una opinio juris*¹¹⁶ (elemento subjetivo). Se entiende por práctica efectiva, aquellas conductas generalizadas, constantes y uniformes por parte de los Estados, tales como leyes, jurisprudencia de los tribunales, las declaraciones, las intervenciones en escenarios diplomáticos de los representantes de los Estados,¹¹⁷ respecto al tema, será práctica efectiva de inmunidad de jurisdicción,

¹¹³ Abello-Galvis, Ricardo; Ferrer Acuña, Cristhian, (2013), “Traducción del Fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso de las “Inmunidades Jurisdiccionales del Estado” (Alemania c. Italia; Grecia interviniente) Decisión sobre el Fondo”. Disponible en: [file:///Users/julianvasquez/Downloads/DialnetTraduccionDelFalloDeLaCorteInternacionalDeJusticia-4941869%20\(2\).pdf](file:///Users/julianvasquez/Downloads/DialnetTraduccionDelFalloDeLaCorteInternacionalDeJusticia-4941869%20(2).pdf). (Consultada: 20 de noviembre de 2019).

¹¹⁴ República de Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU- 443 del 18 de agosto de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Párr. 10.

¹¹⁵ Corte Internacional de Justicia: <https://www.icj-cij.org/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-es.pdf>

¹¹⁶ Corte Internacional de Justicia. Caso n.º 143 del 3 de febrero de 2012. Inmunidades Jurisdiccionales Del Estado (Alemania C. Italia; Grecia (Interviniente)). Párr. 55.

¹¹⁷ Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto; Cazallas Méndez, Óscar Orlando. (2014). “Una gran medida de ‘opinio juris’ y práctica estatal al gusto: ¿la receta de la costumbre internacional contemporánea?”. Disponible en:

la jurisprudencia de los tribunales internos respecto de la inmunidad de un Estado extranjero, las leyes adoptadas por los Estados que legislaron en el tema relativo la inmunidad de otros Estados frente a sus tribunales.

El segundo elemento, la llamada *opinio juris* tiene relación con la *creencia o convicción que tienen los sujetos de derecho Internacional, de que un comportamiento específico, corresponde al cumplimiento de una obligación jurídica internacional pre-existente*¹¹⁸; en materia de inmunidad, es la convicción por parte de los Estados, que al invocar la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otros Estados, pueden beneficiar en virtud del derecho internacional¹¹⁹.

Por su parte, se entiende por tratado un *acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*¹²⁰, para que sea exigible o entre en vigor¹²¹, debe cumplir con lo instituido en el artículo 24 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969¹²².

https://revistas.urosario.edu.co/xml/4295/429554204004/429554204004_visor_jats.pdf.
(Consultada: 22 de noviembre de 2019). pp. 87-130.

¹¹⁸ Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto; Cazallas Méndez, Óscar Orlando. (2014). "Una gran medida de 'opinio juris' y práctica estatal al gusto: ¿la receta de la costumbre internacional contemporánea?". Disponible en: https://revistas.urosario.edu.co/xml/4295/429554204004/429554204004_visor_jats.pdf.
(Consultada: 22 de noviembre de 2019). P.117.

¹¹⁹ Corte Internacional de Justicia. Caso n.º 143 del 3 de febrero de 2012. Inmunidades Jurisdiccionales Del Estado (Alemania C. Italia; Grecia (Interviniente)). Párr. 55-56.

¹²⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969. Artículo 2, literal (a).

¹²¹ En Colombia para que un tratado entre en vigor se necesita: la negociación, la firma, los controles internos por parte del Congreso (Ley aprobatoria) y la Corte Constitucional (sentencia de exequibilidad) y finalmente la ratificación.

¹²² 24. Entrada en vigor.

1. Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en el se disponga o que acuerden los Estados negociadores.
2. A falta de tal disposición o acuerdo, el tratado entrara en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado.

Con esto, se quiere dejar claro que la costumbre internacional, es derecho consuetudinario cuando convergen sus elementos constitutivos¹²³ y un tratado, es fuente de derecho cuando entra en vigor; pese a que los dos conceptos son fuentes de derecho internacional, no se puede equiparar el uno con el otro.

Por último, pese a las imprecisiones expuestas, y al señalarse dentro de la sentencia¹²⁴ que la inmunidad de jurisdicción no es absoluta, cuando la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ha sido enfática en determinar la inviolabilidad de la costumbre internacional de la inmunidad de jurisdicción, con excepción claro, cuando se renuncia a la misma por parte del Estado extranjero; se debe destacar la protección que hace la Corte Constitucional de los derechos fundamentales de los accionantes y la materialización efectiva de estos en el caso de estudio.

3.5.2 De la Corte Suprema de Justicia

Conforme lo relatado y observado en múltiples sentencias y en particular, lo reseñado por el Consejo de Estado¹²⁵, es menester indicar que hasta hace varios años, esto es, desde 13 de diciembre de 2007, la Corte Suprema de Justicia denegaba demandas instauradas contra embajadas y misiones diplomáticas por considerar que su inmunidad era absoluta, incluso en asuntos laborales, con todo ello, y de manera concreta con finalidad de conocer el precedente actual, la evolución jurisprudencia y la interpretación de convenios después de aquella fecha

3. Cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se haga constar en una fecha posterior a la de la entrada en vigor de dicho tratado, este entrará en vigor con relación a ese Estado en dicha fecha, a menos que el tratado disponga otra cosa.
4. Las disposiciones de un tratado que regulen la autenticidad de su texto, la constancia del consentimiento de los Estados en obligarse por el tratado, la manera o la fecha de su entrada en vigor, las reservas, las funciones del depositario y otras cuestiones que se susciten necesariamente antes de la entrada en vigor del tratado se aplicarán desde el momento de la adopción de su texto.

¹²³ práctica efectiva y opinio juris.

¹²⁴ República de Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU- 443 del 18 de agosto de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹²⁵ República de Colombia. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia N° 44516. Del 10 de noviembre de 2017. C.P: Marta Nubia Velásquez Rico.

permitieron que dicha Corte, acepte demandas en contra de estos diplomáticos en el entendido de que la inmunidad no es absoluta para ellos, sino relativa en temas laborales ya los derechos laborales son irrenunciables por lo cual se modifica la postura de la CSJ, e incluso, como se verá en el párrafo siguiente, el cambio de precedente ha sido constante de manera tal, que la postura se ha modificado de modo completo.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia¹²⁶ mediante su Sala laboral en auto AL2343, declaró que si contaban con competencia los jueces laborales del circuito de Bogotá para conocer y resolver la demanda de una ciudadana colombiana contra el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Consejo Británico, pues esta alegaba haber sido despedida mientras se encontraba en situación de discapacidad; frente a ello, la Corte recordó que la inmunidad diplomática no puede ser absoluta e ilimitada al punto de no permitir el acceso a la justicia y violar la garantía de los trabajadores, ya que se debe proveer de mecanismos actos para la solución de estos conflictos ya se por tribunales ordinarios, jurisdicción arbitral o jurisdicciones internacionales con garantías optimas (mecanismos alternativos de justicia efectiva).

Pero fue más allá de aquella premisa garantista y afirmó bajo una nueva postura frente a la inmunidad jurisdiccional en material laboral, que esta inmunidad de jurisdicción y de ejecución no debe ser aplicada a trabajadores nacionales o residentes en el país, apoyado esto en el hecho de que aunque el Estado Colombiano no ha ratificado **la Convención de las Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes del 2004**, esto no quiere decir que se encuentre desprotegido

Los fundamentos que utiliza la Corte para cambiar su tesis sobre la inmunidad de jurisdicción, consistieron en:

- La inmunidad relativa o restringida de los Estados en asuntos del trabajo, se adecua mejor a los contenidos de la Constitución Política de Colombia.
- Sí tribunales internos extranjeros nos enjuician por reclamaciones de orden laboral instauradas en contra del Estado colombiano, no estaría

¹²⁶ República de Colombia. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto AL- 23432016 (72569). Del 20 de abril de 2016. C.P: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

mal visto que nosotros hagamos lo propio en virtud del principio de reciprocidad, **la costumbre internacional imperante** y la regla de ius cogens según la cual los derechos sociales fundamentales deben tener vocación de ser justiciados y salvaguardados.

- Parece más coherente asegurar que el incumplimiento del orden interno por parte de las delegaciones diplomáticas y oficinas consulares podría afectar en mayor grado las relaciones amistosas entre Estados y constituir un factor de conflictividad.
- La aceptación de la jurisdicción del Estado del foro en materia laboral responde a una razón pragmática y que ya había sido anunciada por la Comisión de Derecho Internacional en 1991: no es realista pretender que un empleado local interponga una demanda en un país diferente al del Estado del foro. (recuérdese también lo observado por la Corte Constitucional en evento similar, referido al proceso exequatur).
- Con esta nueva doctrina y fundamento jurídico, se supera la vieja discusión jurisprudencial referente a las excepciones previstas en el artículo XXXI de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas.
- Como consecuencia de esta nueva postura, se libera al Estado de una carga económica que no debía asumir, como lo es su responsabilidad patrimonial por los daños derivados del cumplimiento de los tratados - actos complejos- y que había sido desarrollada por la Sala Plena del Consejo de Estado, en fallo de fecha 25 de agosto de 1999, rad. IJ-001¹²⁷.

3.5.3 Del Consejo de Estado

Sea lo primer indicar, en relación puntual con la responsabilidad patrimonial del Estado, conforme el desarrollo jurisprudencial que en el capítulo anterior se refirió de manera aligerada, que desde antaño, y adoptando la doctrina y jurisprudencia

¹²⁷ Ibíd.

extranjera, autores como Ledesma¹²⁸, exponen el paradigma jurídico referido a considerar que el Estado no puede ser responsable por los daños que naturalmente se generan con la expedición de una Ley, ello con fundamento en la soberanía estatal, dado que el Legislador es el depositario de la voluntad soberana, y seguidamente, el carácter general de la Ley excluía de ipso facto la especialidad del daño, de ahí que esos eventuales daños derivados de una Ley, son cargas públicas que todos los ciudadanos deben soportar y mientras esa ruptura no rompa la igualdad de cargas, aquellos daños no serían tampoco indemnizables; de manera tal, que excepcionalmente puede existir responsabilidad por el hecho de las Leyes, cuando esa igualdad se quebrante y en virtud a ello, un ciudadano no tenga entonces ningún deber jurídico de soportar tal carga desigual, es decir, tal daño que quebrante sus bienes jurídicos tutelados de manera injusta, desproporcional y única.

Al respecto, plantea el autor Ledesma, que: “sostener que el ejercicio de una función legislativa nunca da lugar a la responsabilidad del Estado por cuanto constituye la máxima expresión del poder soberano y que soberanía es sinónimo de impunidad(...)”¹²⁹

La responsabilidad por el hecho de las Leyes, es una temática de impacto claramente nacional y genérico y así mismo la complejidad en cada ley o norma concreta, es decir, no son tipo de eventos (como de cuando se habla de fallas) que se puedan estandarizar o fundamentar en casos análogos, de ahí que el análisis en cada caso concreto o en cada afectación concreta, resulta complejo y jurídicamente enriquecedor, pues debe entonces acudir obligatoriamente a la doctrina y a la jurisprudencia extranjera que sobre dicha responsabilidad ha fallado en ciertas ocasiones reconociendo su existencia frente a un daño, o considerando el daño una carga pública jurídicamente soportable.

En atención a ello, los autores Perdomo y Molina Betancur¹³⁰, reseñan casos particulares que pueden exponer de manera aún más sucinta así:

1) El francés León Duguit (como se citó por Perdomo y Molina Betancur), realiza una crítica a la soberanía estatal y a la reducción del reconocimiento de la

¹²⁸ LEDESMA, Álvaro Bustamante, Derecho administrativo colombiano. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 1997.

¹²⁹ *Ibíd.* p. 79.

¹³⁰ PERDOMO VIDAL y MOLINA BETANCUR. *Op. Cit.*

responsabilidad por los daños que la Ley genere, pareciendo entonces primar principios generales como la supremacía de la Ley y la negación normativa a cualquier tipo de indemnización.

2) Con todo ello, resulta importante citar un evento en que el consejo de Estado francés, condenó al Estado a indemnizar los daños ocasionados con la expedición de una ley que fomentaba productos lecheros prohibiendo otros que aunque inofensivos contenida poco ingrediente lechero, utilizando para ello, principios tales como: i) no hay indemnización si el legislador la ha rechazado, ii) la actividad afectada o reprimida debe ser lícita, iii) el perjuicio debe sobrepasar el normal de las cargas públicas que impone la ley, iv) y debe considerarse el interés de un grupo más no el general.

Este último ejemplo, dado que como lo exponen los autores Perdomo y Molina Betancur no debe haber reparación para el sacrificio impuesto en interés público, ejemplo son: i) medidas de limitación de precios, ii) reglamentación de importaciones, etc. Recuerdan los académicos citados, que, en vigor de la constitución de 1886, operaba el control de constitucional de las leyes bajo el mandato de su artículo 31 que consagraba que: ninguna ley que establezca un monopolio podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita. ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de ley. Solo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación ¹³¹.

Observado así, el Consejo de Estado en su reciente jurisprudencia reitera o confirma la viabilidad y procedencia decantada desde hace ya años, tal como se analizó previamente en la doctrina aportada, relativa a la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano como consecuencia de la Ley 6 de 1972 mediante la cual se aprueba y ratifica la Convención de Viena; o dicho de otra forma, en eventos que resultado de una interpretación esbozada por la Corte Constitucional, se genere un daño antijurídico, ello toda vez, que podrá estar ante eventos en que por adopción del precedente de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, en auto su AL2343 del 2016, los alcances de la Ley 6 de 1972, son diferentes, al menos es temas laborales.

¹³¹ *Ibíd.* p.498.

Al respecto, se tiene como la primera sentencia en esta materia la proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 25 de agosto de 1998, rad. IJ-001¹³², que por su importancia se pasará a desarrollar.

En la demanda se reclama mediante la otrora acción¹³³ de reparación directa por parte de los actores, indemnización a la Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores y el Congreso “*como consecuencia del acto legislativo consistente en haber expedido, sancionado y promulgado la ley 6ª. de 1.972, la cual aprobó la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, ley que estableció la inmunidad de jurisdicción diplomática.*”¹³⁴; los hechos tienen ocurrencia en la muerte de un ciudadano colombiano producto de un accidente de tránsito, ocasionado por un vehículo de propiedad de la Embajada de Estados Unidos. Se destaca del fallo:

“(…)(…)”

La Convención de Viena, aparte de su claridad normativa sobre la inmunidad jurisdiccional de los agentes diplomáticos, fue incorporada a la legislación nacional y por tanto no hay duda sobre su aplicación al caso sub-análisis, para que por contera, se abra camino la causa de responsabilidad patrimonial que contra el Estado nos ocupa.

(…)(…)”

La Convención obedece a un acto complejo del Estado Colombiano integrado por la intervención de las voluntades de dos autoridades estatales, a saber, el Congreso y el presidente de la República en ejercicio de sus funciones de conformidad con los artículos 189 y 150 de la C.P.

(…)(…)”

¹³² República de Colombia. CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente IJ-001, sentencia del 25 de agosto de 1998, rad. IJ-001, actor: Vitelvina Rojas Robles, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

¹³³ Hoy medio de control bajo: República de Colombia. Ley 1437 de 2011. (Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo). Art. 140.

¹³⁴ *Ibíd.*

Si del cumplimiento del Tratado, que como en el caso particular que nos ocupa deviene para los actores un perjuicio cuya autoría material radica en cabeza de un agente diplomático, la Nación Colombiana debe asumir las consecuencias patrimoniales derivadas del cumplimiento de sus obligaciones y respecto de las relaciones diplomáticas entre los Estados. Entonces, se encuentra claramente establecido **el factor de imputación de la responsabilidad** impetrada respecto del ente demandado **por su titularidad jurídica exclusiva y excluyente para el manejo de las relaciones internacionales** que constitucionalmente implican una operación compleja con participación de las tres ramas del poder público, a saber, el ejecutivo encabezado por el Presidente de la República a quien corresponde la dirección de las relaciones internacionales y por ende la negociación de los tratados; el legislativo que incorpora los tratados internacionales como texto de derecho interno mediante leyes y el judicial representado en el caso por la Corte Constitucional mediante el control automático que ejerce sobre dichas leyes.

(...)(...)

En todo caso, **la garantía de acceder a la administración de justicia (art. 229 de la C.P) no puede sufrir excepción** y para que se haga efectiva en el caso sub-judice se abre paso la demanda contra el Estado Colombiano quien legítimamente conduce sus relaciones internacionales, asume obligaciones de la misma estirpe mediante tratados, promulga, cumple y hace cumplir sus propias leyes.

En el sub-judice, estima la Sala, que es pertinente aplicar el régimen de **la responsabilidad por daño especial**, que es el que corresponde aplicar cuando por la actividad legítima del Estado se causa un daño. En el caso presente la incorporación a la legislación nacional del texto de la convención de Viena de fecha del 18 de abril de 1961, en desarrollo de una operación compleja de naturaleza pública consistente en la negociación y firma del dicho tratado, su incorporación como ley nacional y la sujeción a los controles jurisdiccionales de conformidad con la constitución y su aplicación produjo un daño consistente en el desequilibrio de las cargas públicas que los actores no deben soportar.

La aplicación del texto normativo en el sentido de **conferir la inmunidad conduce a un enfrentamiento de derechos reconocidos por el ordenamiento colombiano**; de un lado la condición del diplomático que goza de la inmunidad para ante los jueces colombianos y de otro lado el derecho que tienen todos los residentes en Colombia para accionar ante sus jueces naturales para que se respeten sus derechos, se les proteja o se les garantice conforme al derecho positivo vigente, y demandar y ser

demandados. Si excepcionalmente como en este caso y por un tratamiento de privilegio conferido por el Estado a una persona, atendidas sus calidades, se produce un desequilibrio en su favor y en contra de otro que resulta damnificado y sin la posibilidad de demandar con fundamento en el hecho dañino ante su juez natural, es claro que hay un desequilibrio de las cargas públicas y que por ello **el particular está habilitado para demandar al Estado** en reparación con fundamento en su actuar complejo como ya se dijo.

(...)(...)

(...) (...) Esta solución no es cosa distinta que el cabal desarrollo y ejecución lógica del principio de la igualdad ante la ley, previsto en el artículo 13 de la C.P. (Negrilla y Subrayado fuera del texto)

Es claro el Consejo de Estado en señalar que pese a existir una prerrogativa hacia los Estados extranjeros, ello no es óbice para deslegitimar los derechos amparados en el ordenamiento jurídico interno, como el acceso a la justicia y la igualdad material. El Consejo de Estado observa que se configuran los elementos constitutivos del daño especial, esto es, que la administración despliegue una actividad legítima, representada en el *sub lite* en la incorporación de un tratado de derecho interno, amparado en los artículos 150 No. 16, 189, 221 No.2, 224 y 241, No. 10 de la Constitución Política y la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas¹³⁵, al no poder acceder a la administración de justicia, debido a la inmunidad contenida en el tratado incorporado. Se advierte, que desde la fecha de la sentencia en comento, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido uniforme.

Como últimos pronunciamientos en la materia, se encuentra la sentencia con radicado N° 31952 de 2016, en la cual se evidencia que el Consejo de Estado¹³⁶, considera que la acción de reparación directa debe dirigirse contra el Ministerio de relaciones exteriores ya que los daños causados tuvieron origen en el marco de funciones de esta entidad gubernamental que encuentra su respaldo constitucional en el artículo 226 de la carta política, pues establece que es deber del Estado promover: “la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales

¹³⁵ MESA, Santiago Díaz Granados. “Responsabilidad del Estado por Daño Especial”, (2001). Disponible en: (Consultada: 19 de febrero de 2019).

¹³⁶ República de Colombia. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia N° 31952 del año 9 de agosto de 2016.M.P: Danilo Rojas Betancourth.

y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”¹³⁷; de lo que se infiere la obligación de mantener las relaciones diplomáticas en los términos acordados en la precitada Convención, y por ende de asumir las consecuencias patrimoniales que puedan surgir de su cumplimiento.

En este orden de ideas, la entidad llamada a sumir las consecuencias patrimoniales derivadas del ejercicio legítimo de las actividades administrativas concernientes al mantenimiento de las relaciones diplomáticas, no es otra que la Nación, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, cartera que tiene dentro de sus funciones las relacionadas con la materia.

Precedente confirmado por la sentencia 44516 del 2017, en la cual, el Consejo de Estado resuelve sobre los hechos de una señora que prestó sus servicios laborales en la embajada de Israel en Colombia, desde el 01 de febrero de 1991 al 31 de diciembre de 2003, pero dicha embajada canceló de manera incompleta las prestaciones y demás factores a febrero de 2014, y en este evento su demanda fue rechazada por la Corte Suprema de Justicia en atención a “falta de competencia ante la inmunidad diplomática que ostentas las embajadas”; es decir, aplicaron una inmunidad absoluta de jurisdicción, actuación aún más gravosa de lo observado en los precedentes analizados; con todo ello, la demandante acude ante el Consejo de Estado en ejercicio de la acción de reparación directa, en esta ocasión la sala de Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado¹³⁸, resolvió establecer que la acción es contra Ministerio de Relaciones Exteriores¹³⁹ ya que se busca la reparación de un daño originado en el quebrantamientos de las cargas públicas por un hecho del legislador, ello en virtud de que cuando se está ante embajadas o misiones

¹³⁷ República de Colombia. 1991.CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 226.

¹³⁸ República de Colombia. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia N° 44516 noviembre 10 de 2017.M.P: Marta Nubia Velásquez Rico.

¹³⁹ “(...) de la lectura de la demanda se puede inferir que la Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores y el Senado de la República fueron demandados por la parte actora en virtud de la intervención conjunta en la suscripción de tratados y convenios internacionales, específicamente, frente a la inmunidad de jurisdicción respecto de los cuerpos diplomáticos acreditados en Colombia, la cual fue aceptada por el Estado colombiano con la suscripción de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961.

En este punto, vale destacar el carácter unitario del Estado, no así el de su representación, pues ésta bien puede recaer en las distintas ramas del poder público; en los órganos de control y aun en diferentes entes que dotados de personería jurídica se vinculan a los procesos de responsabilidad con miras a que, una vez declarada la responsabilidad por el daño antijurídico causado, respondan con su patrimonio por los perjuicios causados”. *Ibíd.*

diplomáticas acreditadas en Colombia, la responsabilidad estatal se endilga bajo el título de imputación del daño especial.

Lo anterior por la existencia de una ineludible contraposición de derechos indiscutible y generales, pues: “(...) de un lado la inmunidad política que tienen los diplomáticos y de otro las garantías constitucionales que tiene los ciudadanos colombianos y residentes en el país, lo cual claramente establece un desequilibrio en las cargas públicas y habilita a los ciudadanos colombianos para demandar al estado en reparación directa”¹⁴⁰

En punto a ello, el Consejo de Estado realiza una conclusión de criterio observable en su jurisdicción y ante el medio de control de reparación directa, pues equívoco sería retomar aspecto de pretensiones laborales de manera principal y única, cuando lo realmente importante según el actual precedente de esta corporación, es identificar la ocurrencia de la “falta de oportunidad de acceso a la justicia”, pues si se está ante un juez, tribunal o ante una sala de la Corte Suprema de Justicia que rechace una demanda ordinaria laboral, lo que se perdió no es la ejecución de una sentencia, sino de acceder desde un inicio a la administración de justicia, de ahí que el Consejo de Estado, afirme que frente a estos eventos:

El daño se configura en pérdida de oportunidad a causa de la imposibilidad de acceder a la administración de justicia para obtener una decisión definitiva sobre sus derechos laborales motivo por el cual se revoca la sentencia en primera instancia y se declara la responsabilidad patrimonial y extra contractual del ministerio de relaciones exteriores y el senado de la república por los daños sufridos por la demandante y la pérdida de oportunidad¹⁴¹

En suma, no existe duda que la aplicación de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución que gozan los Estados dentro de nuestro ordenamiento jurídico, conlleva a un daño antijurídico, al no tenerse un acceso efectivo a la administración de justicia, debido a la inmunidad contenida en el tratado incorporado y/o la costumbre internacional, conllevando a que sea el Estado colombiano el que deba responder por los perjuicios en atención a la teoría del daño especial.

¹⁴⁰ Ibíd.

¹⁴¹ Ibíd.

4. CONCLUSIONES

1. Es indudable la tensión existente entre el derecho interno de los Estados y las obligaciones internacionales que surgen a través de las relaciones públicas y privadas bajo la globalización, la firma de tratados y la aceptación de la jurisdicción de Cortes Internacionales.
2. La inmunidad de jurisdicción hace parte del derecho consuetudinario internacional, regla de mayor preponderancia al emanar del principio de igualdad soberana de los Estados y surge del párrafo 1 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas.
3. Para que exista restricción de la inmunidad de jurisdicción, el Estado extranjero debe renunciar a dicha prerrogativa de manera expresa.
4. En el ámbito del derecho internacional, no es dable manifestar por parte de un Estado, que un procedimiento determinado se llevó a cabo teniendo en cuenta su legislación interna, en la medida que si lo alegado es contrario a lo presupuestado por el derecho internacional, el Tribunal Internacional que resuelva la cuestión, desechará el argumento y ordenará al Estado adecuar su ordenamiento interno al internacional.
5. Es latente que a corto o mediano plazo la Corte Internacional de Justicia revalúe la costumbre internacional respecto a la inmunidad de jurisdicción absoluta de los Estados, la anterior conclusión se sustenta al viraje que han tomado por la jurisprudencia interna de los Estados, la doctrina sobre el tema, las leyes internas en materia de inmunidad de jurisdicción y el cambio de discurso por las organizaciones gubernamentales de los Estados, todos tendientes a relativizar la inmunidad de jurisdicción en algunos temas, de tipo comercial y laboral principalmente, de esta manera afectaría los elementos constitutivos de la costumbre, la práctica efectiva y la *opinio juris*.
6. Son múltiples los Estados, tales como Estados Unidos y Reino Unido, que frente a las temáticas de comercio y negocios transfronterizos precisan la interpretación de algunas permisiones o inaplicaciones de inmunidades propias del derecho internacional, estableciendo incluso como requisitos para firmar tratados bilaterales y acuerdos económicos, la renuncia a dicha aptitud legal de inmunidad, cláusulas compromisorias, de arbitraje y demás

para lo cual debe garantizarse no ostentar ningún tipo de inmunidad, de ahí que se observe un precedente e indicador de la futura o posterior abolición de la inmunidad de todo tipo entre Estados, pues la globalización trae consigo la eliminación de las barreras fronterizas en variados aspectos.

7. Las Cortes colombianas no han sido ajenas a la problemática respecto de la inmunidad de jurisdicción de los Estados Extranjeros, siendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la de mayor fluctuación respecto al tema, yéndose de extremo a extremo en varias oportunidades desde 1936, situación que ha aprovechado el Consejo de Estado para sentar una posición uniforme que hasta día de hoy se mantiene.
8. Los cambios jurisprudenciales constantes en mayor medida, tienen su ocurrencia ante el desconocimiento del orden jurídico internacional por parte de los operadores judiciales colombianos, aseveraciones como las hechas en auto AL- 23432016 (72569)¹⁴² donde se afirma que por aplicación del ius cogens debe restringirse la inmunidad de jurisdicción de los Estados, son abiertamente contrarias a lo ventilado en los tribunales Internacionales y la doctrina, cuando la propia Corte Internacional de Justicia ha indicado que la inmunidad de jurisdicción es una figura procesal cuyo fin único es determinar si los tribunales de un Estado son competentes para conocer cuestiones respecto otro Estado y en nada tiene que ver con las responsabilidad o no sobre la vulneración del ius cogens.
9. La Corte Constitucional por su parte ha sido garante de los derechos fundamentales de las personas respecto al tema de inmunidad de jurisdicción y de ejecución, sin embargo en sus decisiones aparecen imprecisiones dejando en el aire ciertas dudas en sus fallos respecto del derecho internacional. El afirmar que un “proyecto” de artículos que codifican la costumbre internacional son vinculantes, o desarrollar un argumento sin tener en cuenta el contexto de la sentencia de la que se sirve de apoyo, son muestra de ello.
10. Es preocupante que el máximo órgano judicial ordinario -Corte Suprema de Justicia- no tenga una unificación jurisprudencial respecto de la inmunidad

¹⁴² República de Colombia. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto AL- 23432016 (72569). Del 20 de abril de 2016. C.P: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

de jurisdicción de que gozan los Estados, conllevando a la inexistencia real de una estabilidad jurídica para las personas que acuden a esta jurisdicción. Sumado a que uno de los principales problemas que vive la rama judicial de nuestro país es la congestión judicial y la demora en los procesos; según estudio por parte del Consejo Privado de Competitividad¹⁴³, un proceso ordinario puede tomar en promedio 366 días para resolver en una primera instancia, si en un plano hipotético, la jurisdicción ordinaria asume la competencia de una demanda contra un Estado extranjero, bajo el amparo de lo establecido por su órgano de cierre, este proceso llega a segunda instancia y el precedente aplicado es modificado por uno que niegue la competencia para conocer del asunto, el actor de la causa, perdería dos años como mínimo en un proceso infructuoso. Aunado a una posible ocurrencia de la caducidad¹⁴⁴ del medio de control de reparación directa ante la jurisdicción de lo contenciosos administrativo, ultima ratio ordinaria¹⁴⁵ para hacer efectivo sus derechos.

11. La fórmula adoptada por parte del Consejo de Estado en su jurisprudencia respecto del daño especial producto de la inmunidad de jurisdicción y ejecución de los Estados, es la que presenta menos controversia, en virtud a que no se adentra como lo hace la Corte Constitucional a identificar elementos de derecho internacional, es simple y racional, señala que no se le puede al administrado negar el acceso efectivo a la administración de justicia como consecuencia de un acto del Estado y bajo dicho argumento desarrolla su teoría.
12. Resulta inquietante que en virtud a lo señalado por la Corte Constitucional en los argumentos 35 y 36 de la sentencia SU-443 de 2016,¹⁴⁶ un Juez – léase municipal, del circuito o Tribunal- ordene la ejecución de una medida de embargo y secuestro respecto de bienes de un Estado Extranjero en

¹⁴³ Consejo Privado de Competitividad; https://compite.com.co/wp-content/uploads/2019/11/CPC_INC_2019-2020_justicia.pdf. Pág. 12. (Consultada: 20 de noviembre de 2019).

¹⁴⁴ República de Colombia. Ley 1437 de 2011. (Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo). Art. 164, literal (i).

¹⁴⁵ En virtud de la tutela contra decisión judicial, como mecanismo de materialización de derechos fundamentales excepcional.

¹⁴⁶ República de Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU- 443 del 18 de agosto de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

territorio colombiano, cuando la Corte Internacional de Justicia es diáfana al argüir que pese a existir autorización del Estado Extranjero para restringir su inmunidad, ello no genera que se puedan tomar medidas de ejecución contra éste.

13. La aceptación de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución que gozan los Estados dentro de nuestro ordenamiento jurídico, conlleva a un daño antijurídico, al no tenerse un acceso efectivo a la administración de justicia, debido a la inmunidad contenida en el tratado incorporado y/o la costumbre internacional, conllevando a que sea el Estado colombiano el que deba responder por los perjuicios en atención a la teoría del daño especial.
14. De existir una posición clara por parte de la jurisdicción ordinaria respecto al tema de la inmunidad de jurisdicción, de imponerse una u otra visión y ante la imposibilidad de ejecutar cualquier decisión sobre un Estado extranjero, para una efectiva materialización del derecho de acceso a la justicia sin dilaciones, toda demanda que se presente ante la justicia ordinaria, que verse sobre el tema, debería ser rechazada¹⁴⁷ y enviada a la jurisdicción contenciosa administrativa, en atención a la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal de lo Contencioso.

¹⁴⁷ República de Colombia. Ley 1564 de 2012. (Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones). Art. 90.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abello-Galvis, Ricardo; Ferrer Acuña, Cristhian, (2013), "Traducción del Fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso de las "Inmunidades Jurisdiccionales del Estado" (Alemania c. Italia; Grecia interviniente) Decisión sobre el Fondo". Disponible en: [file:///Users/julianvasquez/Downloads/DialnetTraduccionDelFalloDeLaCorteInternacionalDeJusticia-4941869%20\(2\).pdf](file:///Users/julianvasquez/Downloads/DialnetTraduccionDelFalloDeLaCorteInternacionalDeJusticia-4941869%20(2).pdf)
- Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de Colombia; anotada. Francisco Sierra. Vigésima quinta edición.* Bogotá, D.C: Leyer, 1991.
- Australian Government
<https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C00947>
- Caldas, Jorge Enrique Ayala. *Elementos de derecho administrativo colombiano.* Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1994.
- Calderón Cisneros, Juan T, Carlos Alcívar Trejo, y Ernesto Roca Pacheco. *La justicia en el entorno social y en la fundamentación del derecho ecuatoriano*. julio de 2014. <http://www.eumed.net/rev/cccss/29/derecho-ecuatoriano.html>.
- Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto; Cazallas Méndez, Óscar Orlando. (2014). "Una gran medida de 'opinio juris' y práctica estatal al gusto: ¿la receta de la costumbre internacional contemporánea?". Disponible en: https://revistas.urosario.edu.co/xml/4295/429554204004/429554204004_vis_or_jats.pdf. (Consultada: 22 de noviembre de 2019). pp. 87-130.
- Carta de la Organización de las Naciones Unidas, 26 de junio de 1945
https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Carta_NU.pdf
- Colome, Angeles Ruiz. «La inmunidad de ejecución de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Españoles en la reciente jurisprudencia constitucional .» abril de 1994. <https://dialnet.unirioja.es> › descarga › articulo.
- Consejo de Estado. «Acción de reparación directa.» *Expediente N° 21294.* 07 de Julio de 2011.
[http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/23001-23-31-000-1995-37279-01\(21294\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/23001-23-31-000-1995-37279-01(21294).pdf).
- . «Sentencia N° 25000-23-26-000-2001-02692-01 .» *C.P. Olga Melida Valle De La Hoz.* 20 de octubre de 2014. <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/645989705>.
- . «Sentencia N° 31952.» *M.P: Danilo Rojas Betancourth.* 9 de Agosto de 2016.
- . «Sentencia N° 44516.» *Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico.* 2017.
- . «Sentencia Expediente IJ-001.» *Consejera Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.* 1998.
- . «Sentencia N° 21294.» *Consejera Ponente: Hernán Andrade Rincón.* 2011.
- Consejo Privado de Competitividad;

https://compite.com.co/wp-content/uploads/2019/11/CPC_INC_2019-2020_justicia.pdf.

- Convención de Viena Sobre el derecho de los tratados de 1969
https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf
- Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares de 1963
<http://www.oas.org/legal/spanish/documentos/ConvVienaConsulares.htm>
- Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961
<https://www.oas.org/legal/spanish/documentos/convencionviena.htm>
- Corte Constitucional. «Sentencia C-333 .» *Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.* 1 de agosto de 1996.
<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?dt=S&i=32571>
- . «Sentencia SU 443.» *Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.* 18 de agosto de 2016.
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU443-16.htm>.
- . «Sentencia T- 901.» *Magistrado Ponente:María Victoria Calle Correa.* 2013.
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-901-13.htm>.
- . «Sentencia T-180.» *Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.* 2012.
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-180-12.htm>.
- . «Sentencia C-225.» *Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.* 1995.
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>
- . «Sentencia C-574.» *Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.* 1992.
<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-574-92.htm>
- . «Sentencia T-426.» *Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.* 1992.
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-426-92.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gelman vs Uruguay.* sentencia de 24 de febrero de 2011.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf
- Corte Internacional de Justicia
<https://www.icj-cij.org/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-es.pdf>
- Corte Internacional de Justicia. Caso n.º 143 del 3 de febrero de 2012. Inmunidades Jurisdiccionales Del Estado (Alemania C. Italia; Grecia (Interviniente))
- Corte Suprema de Justicia . « Auto AL- 23432016 (72569).» *Magistrada Ponente: Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.* 2016.
http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_d2bf8fe1a2ae4b7f83fe885149ec6a9e.
- . «Auto Radicación N°: 50458.» *M.P:* Camilo Tarquino Gallego. 17 de abril de 2012.
- Curtis, Cristian, “Observar la Ley: ensayo sobre metodología de la investigación jurídica. Primera Edición: 2006, Primera Reimpresión: 2016. Madrid. Editorial Trotta. 2006, 2016.
- Echandía, Alfonso Reyes. *Derecho Penal, Parte General.* Bogotá: Editorial Temis S.A., 2017.

- Estado, Procuraduría Cuarta delegada ante el Consejo de. «Concepto N° 279.»
expediente 4462. 2012.
https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/index.jsp?option=co.gov.pgn.relatoria.frontend.component.pagefactory.PirelTesauroPageFactory&action=consultar_pirelTesauro&letra=D.
- Federación Iberoamericana del ombudsman. *Debida diligencia en el acceso a la justicia y tutela judicial efectiva de las mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar : Alcances, limitaciones y propuestas*. 2015.
https://www.profilio.info/.../Debida%20Diligencia%20Violencia%20Familiar_text%20final...
- García, Juan Aníbal Sarria. *Comentarios sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados y sus Bienes*. 1993. <https://dialnet.unirioja.es>.
- García, Saúl Uribe. «La responsabilidad por riesgo.» *Ratio Juris*, 2004.
- Government of Canada
<https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/S-18.pdf>
- Gutiérrez Espada, Cesáreo. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Trotta, 1995.
- La Nación Argentina. Ley 24.488 sancionada con fecha 31 de mayo de 1995.
- Ledesma, Alvaro Bustamante. *Derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, 1997.
- Ledesma, Alvaro Bustamante. *Derecho Administrativo Colombiano*. Bogotá D.C: Editora jurídica de Colombia , 1994.
- Pineda Duque, Javier, y Luisa Otero Peña. «Género, violencia intrafamiliar e intervención pública en Colombia.» *Revista de Estudios Sociales*, no. 17, 2004: 19-31.
- Mccausland Echeverry, Rafael Enrique, y Corredor Vásquez. *Inmunidad soberana de los Estados*. Bogotá : Grupo Editorial Ibañez, 2014.
- Mendoza, Hugo Andrés Arenas. *El régimen de responsabilidad objetiva*. Legis Editores S.A., 2017.
- Mesa, Santiago Díaz Granados. «Responsabilidad del Estado por Daño Especial.»
Pontificia Universidad Javeriana. 2001.
<https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis46.pdf>.
- Müller, Nancy Ángel. *Responsabilidad del Estado por el conflicto armado ¿imputación o causalidad?* Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2015.
- Nietzsche, Friedrich, *Ensayo sobre los griegos*. 2ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: EGodot Argentina, 2015
- Nuñez Ramos, Luisa Fernanda , y German Eduardo Cifuentes Sandoval. «Cambio de mentalidad frente a la inmunidad de jurisdicción.» *Viei via inveniendi et Iudicandi*. 2016.
<https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/3276/3772>.
- Ogiso, Motoo. *Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes*. 1989.
http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_422.pdf.
- «Organización De Las Naciones Unidas. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. 1969.

- <https://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/glossary/vienna-convention-es.pdf>.» s.f.
- Pineda Duque, Javier, y Luisa Otero Peña. «Género, violencia intrafamiliar e intervención pública en Colombia.» *Revista de Estudios Sociales*, no. 17, 2004: 19-31.
- Perdomo, Jaime Vidal, y Carlos Molina Betancur. *Derecho Administrativo*. Bogotá: Legis S.A, 2016.
- Rawls, John. *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica , 1975.
- República de Colombia. « Ley 6 (Por la cual se aprueba la "Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas hecha en Viena el 18 de abril de 1961").» 1972.
- República de Colombia. Ley 1437 de 2011
- Reuters, Thomson. *Ley de inmunidades soberanas extranjeras*. 2019. [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-502-5645?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhc p=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-502-5645?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhc p=1).
- Sánchez, Angela Biviana Reyes. «Responsabilidad del estado: tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad por daño especial y la teoría del riesgo.» *Iter Ad Veritatem*, 2011: 299-318.
- Singapore Government
<https://sso.agc.gov.sg/Act/SIA1979>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. CASE OF ABDÜLSAMET YAMAN v. TURKEY. Judgment of 2 November 2004, Application No. 32446/96. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-67228%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-67228%22]})