



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

Análisis filosófico, histórico y jurídico de la Responsabilidad del Estado Colombiano desde la perspectiva del principio de Inmunidad Jurisdiccional*

David Fernando Rojas Rocha**
Universidad Católica de Colombia

Resumen

El presente artículo resultado de investigación, presenta al lector un estudio filosófico, histórico y jurídico de la teoría de la Responsabilidad del Estado desde el paradigma del derecho internacional e interno y, expone la relación que tiene la Ley 6° de 1972 que aprobó la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas suscrita el 18 de abril de 1961, con la no aprobación en el contexto colombiano de la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 2004 y, con el Auto proferido el 24 de Enero de 2018 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el marco del proceso identificado con No. Rad. 79239 en relación con la demanda ordinaria laboral que R.P.S. adelanto contra la Embajada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Esto con el propósito, de examinar la incidencia e influencia práctica que tiene en el ordenamiento jurídico colombiano, específicamente en el juicio de responsabilidad del Estado, el no reconocimiento de la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes aprobada en el año 2004, así como la relación que tiene dicha situación con la aplicabilidad del derecho consuetudinario en donde se considera que los asuntos laborales son de conocimiento de la jurisdicción laboral, con lo cual se ha dado paso a una nueva teoría basada en el reconocimiento de la costumbre mercantil por parte de los operadores judiciales evitando con ello la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado colombiano.

Palabras clave: Responsabilidad del Estado; Relaciones Diplomáticas; Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados; Derecho Consuetudinario; Jurisdicción Laboral; Costumbre Mercantil.

* Artículo de Reflexión elaborado como Trabajo de Grado para optar al Título de Abogado, bajo la dirección del Dr. Jorge Enrique León Molina, docente Facultad de Derecho Universidad Católica de Colombia. Bogotá D.C. 2018

** David Fernando Rojas Rocha. Optante al Título de Abogado. est.2b2derecho@gmail.com,

Philosophical, historical and legal analysis of the Responsibility of the Colombian State from the perspective of the principle of Jurisdictional Immunity

Abstract

This article results from research, presents to the reader a philosophical, historical and juridical study of the theory of the responsibility of the state since the paradigm of the international and internal law. It analyses the law 6 ° of 1972 that approved the Vienna Convention on Diplomatic Relations and, the antecedents and circumstances that gave way to the original constituent to establish expressly in the article 90 superior the duty and the obligation in charge of the State, to repair patrimonial or symbolically the antilegal damages that are caused by action or omission of the agents and civil servants of the public administration. This in order to examine the impact and practical influence it has on the Colombian legal system, the non-recognition of the Convention on the Jurisdictional Immunities of States and their property, approved by the General Assembly of United Nations in the year 2004, as well as the relationship that has this situation with the applicability of the customary law where it is considered that the labor matters are of knowledge of the labour jurisdiction, with which it has given way to a new theory Based on the recognition of the mercantile custom by the judicial operators.

Keywords: State responsibility; Diplomatic relations; jurisdictional immunities of States; Customary law; Labour jurisdiction; Mercantile Custom.

Sumario

Introducción. **1.** Análisis filosófico de la Responsabilidad del Estado. **2.** Análisis histórico de la Responsabilidad del Estado. **3.** Análisis jurídico de la Responsabilidad del Estado, **4 .** Análisis sistemático de la aplicabilidad de la Ley 6° de 1972 que aprobó en el sistema colombiano la Convención sobre Relaciones Diplomáticas hecha en Viena el 18 de abril de 1961. **5.** Consideraciones finales: Examen del Auto proferido el 24 de Enero de 2018 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el marco del proceso identificado con N° Rad. 79239. Conclusiones. Referencias

Introducción

La inmunidad de jurisdicción es un asunto de tipo diplomático que, ha sido regulada en el ámbito del derecho internacional, por medio de instrumentos como la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas suscrita el 18 de abril de 1961 y, la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, proferida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2004. Por su categorización, es un tema que reviste especial importancia en el ámbito jurídico pues, se sustenta en el principio de igualdad soberana e, impone el deber de los Estados de adecuar las normas del sistema interno, teniendo en cuenta la prohibición de enjuiciamiento de un Estado extranjero, con lo cual se puede llegar a limitar el ejercicio de la función jurisdiccional que es efectuada por los operadores judiciales en los casos concretos.

Dicha inmunidad, fue incorporada en el sistema colombiano interno en 1972, año en el cual se expidió la Ley 6° en donde se aprobó la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas suscrita el 18 de abril de 1961 y, se estableció la tesis de la inmunidad absoluta del Estado colombiano bajo el entendido de que, los Agentes diplomáticos no pueden ser juzgados por la jurisdicción colombiana. Dicha inmunidad jurisdiccional absoluta, fue reconsiderada en el año 2005, por medio de la interpretación jurisprudencial que efectuó el magistrado Eduardo López Villegas en el salvamento de voto de la sentencia 25.679 de la Corte Suprema de Justicia (M.P: Francisco Javier Ricaurte Gómez) en donde explicó que son asuntos diferentes pero conexos, la inmunidad de los Estados y la inmunidad jurisdiccional de los Agentes diplomáticos, por tal motivo, señaló que podría existir responsabilidad del Estado a título de daño especial, en aquellas situaciones en donde dicha diferenciación no se tuviera en cuenta, y con ello se generará la afectación de derechos o garantías fundamentales de los ciudadanos.

Luego, en el año 2007, nuevamente se generó un importante cambio, específicamente en el caso radicado con el número 32.096 en donde, la Corte Suprema de Justicia consideró que era competente para conocer de la demanda laboral incoada por Adelaida García de Borrisow en contra de la Misión Diplomática del Líbano, para ello el alto tribunal, tuvo como fundamento el establecimiento tácito de la costumbre internacional en la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes,

con lo cual se generó un importante cambio de paradigma en torno a la protección de los derechos laborales de aquellas personas que encuentren inmersas en un litigio en contra de una misión diplomática. A pesar de dicho intento de actualización del derecho laboral colombiano, no existe una línea consolidada que permita efectivizar el derecho de competencia que fue reconocido en la sentencia del año 2005 (No. 25.679), pues se han expedido sentencias como la 43.581 de 2010 M.P: Camilo Humberto Tarquino Gallego, 38.147 de 2013 M.P: Rigoberto Echeverri Bueno, 62.866 M.P: Luis Gabriel Miranda Buelvas y 50.793 M.P: Rigoberto Echeverri Bueno de 2015, en donde la Corte se declara incompetente para conocer de este tipo de litigios argumentando que aún se encuentra vigente la inmunidad jurisdiccional establecida en la Ley 6° de 1972. Recientemente, el Auto proferido el 24 de Enero de 2018 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el marco del proceso identificado con No. Rad. 79239 proferido en el marco del proceso ordinario laboral que R.P.S. adelanto contra la Embajada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el alto tribunal manifestó que por fuerza de la costumbre internacional vigente, los Estados extranjeros y sus órganos de representación, carecen de inmunidad jurisdiccional frente a reclamaciones laborales relacionadas con contratos de trabajo ejecutados en territorio nacional, esto teniendo en cuenta los principios de respeto a los derechos humanos, de reciprocidad y de la conveniencia nacional.

Por ello es necesario determinar ¿Cuál es la responsabilidad del Estado colombiano por el no reconocimiento efectivo de los derechos y garantías fundamentales de los trabajadores al servicio diplomático? Dicho en otras palabras, se pretende examinar si el privilegio conferido por el Estado a una persona, por sus cualidades diplomáticas, produce un desequilibrio simultáneo en su favor y, en contra de otra persona que resulta damnificada ante la imposibilidad de demandar un hecho dañino ante su juez natural; adicionalmente se busca estudiar las limitaciones del derecho de acceso a la jurisdicción y, la influencia que ha tenido la costumbre internacional en la garantía de los derechos humanos y fundamentales laborales y, se propone la necesidad de que el Congreso realice una nota aclaratoria a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas suscrita el 18 de abril de 1961, en donde se manifieste de forma expresa que en el sistema colombiano y, con ocasión a la protección de los trabajadores del servicio diplomático, se reguló la

inmunidad de jurisdicción, lo cual implica que los países suscritos a la mencionada convención deben realizar las respectivas aclaraciones para que se tengan en cuenta y se respeten las garantías fundamentales a dicho sector de la población, lo anterior en aras de no chocar con los instrumentos internacionales, y, en atención a que por vía jurisprudencial no es posible modificar o dejar sin efectos un tratado internacional.

Para resolver el problema y la pregunta de investigación planteada, se realizará en primer lugar un análisis filosófico, histórico y jurídico del Régimen de Responsabilidad del Estado colombiano, para ello, se parte de un estudio del origen de la responsabilidad en el ámbito del derecho internacional e interno, en donde se estudiará su esencia, las propiedades, las causas y sus efectos, así como el sustento constitucional y normativo, que ha permitido configurar en el sistema colombiano un régimen específico que regula la reparación de daños antijurídicos causados a los individuos por los agentes o funcionarios del Estado.

Luego, de precisar el origen y el fundamento normativo superior de la responsabilidad del Estado, se abordarán los elementos que permiten su configuración en el ámbito procesal, a saber, el daño antijurídico y, el título de imputación; para ello se examinará la doctrina que ha sido proferida en el ámbito del derecho público, las disposiciones normativas que han sido creadas por el órgano legislativo colombiano con el fin de garantizar la aplicabilidad de la cláusula contenida en el artículo 90 del plexo constitucional y, la jurisprudencia que ha sido emitida por el Consejo de Estado al respecto. Posteriormente, se realizarán algunas consideraciones en torno a la Ley 6° de 1972 y, se analizará de forma específica el reconocimiento que se le debe dar a la inmunidad jurisdiccional en el sistema jurídico colombiano interno.

1. Análisis filosófico de la Responsabilidad del Estado

El análisis del lenguaje del derecho, es un proceso que ha sido ampliamente estudiado por la doctrina jurídica especializada en la disciplina filosófica, en donde se han tenido en cuenta criterios como la ciencia jurídica y la práctica jurisdiccional. Por ello, el análisis filosófico de la Responsabilidad del Estado constituye un importante punto de partida, el propósito es presentar al lector un estudio semántico de la naturaleza de la

responsabilidad desde la perspectiva de las teorías que han sido proferidas tanto en el ámbito del derecho internacional como en el interno colombiano, en donde existe por disposición del constituyente originario (artículo 90 C.P) el derecho o la facultad de toda persona a reclamar ante el juez contencioso administrativo, la reparación de los daños antijurídicos que le sean ocasionados por algún funcionario público o agente del Estado en ejercicio de sus funciones, para lo cual es imperativo tener en cuenta principios filosóficos como el de solidaridad, dignidad humana, debido proceso, igualdad, entre otros, los cuales en conjunto blindan los derechos humanos y fundamentales del sistema que pueden llegar a ser violentados o transgredidos con la generación de un daño antijurídico a un particular por un funcionario del Estado.

Para comenzar, es necesario señalar que los sistemas jurídicos han sido clasificados por la doctrina en diversas ramas o sectores, por tal motivo, el derecho ha sido clasificado desde la perspectiva de los sujetos que intervienen como público y privado y, desde el punto de vista de su contenido en derecho constitucional, derecho civil, derecho mercantil, derecho penal, derecho administrativo, entre otros. Contemporáneamente, se considera que el derecho – junto con las ramas que lo componen – tiene fundamento en los principios, en las directrices y en los valores que se otorgan a cada rama de forma específica, en otras palabras, cada categoría tiene sustento o cimiento en postulados superiores que operan como imperativos de obligatoria observancia, que permiten interpretar y aplicar las normas que han sido creadas por el legislador con el propósito de regular las diversas categorías del derecho antes mencionadas.

Por dichas razones, en el contexto colombiano, el estudio filosófico de la Responsabilidad del Estado, implica examinar por un lado el marco teórico del derecho público colombiano – pues como se mencionó, en dicho caso necesariamente alguno de los sujetos es un agente o funcionario del aparato estatal el que ocasiona el daño – así, como el conjunto de principios filosóficos y valores del derecho internacional que han permitido su incorporación en el sistema normativo los cuales, se han constituido contemporáneamente como un elemento de tipo nuclear en la determinación del daño y del título de imputación ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En ese orden de ideas, es importante iniciar precisando que la unidad lingüística responsabilidad es aquella que implica un compromiso o una obligación que tiene origen en la acción de un sujeto que ocasiona un mal a otro, de lo cual se desprende la posible equivocación cometida por un individuo en un asunto específico y la obligación de reparar dicho error compensando el perjuicio causado. Es un término que ha sido relacionado con el concepto de moral y, con el principio de justicia correctiva, el cual se ha analizado principalmente por Kant – filósofo alemán, considerado por muchos como el pensador más influyente de la era moderna – y por Hegel, el cual planteó la teoría del idealismo absoluto, la dialéctica y, la dialéctica del amo y el esclavo en donde se estudia la relación desigual entre los seres humanos. Razón por la cual, para analizar la relación que posee el concepto de responsabilidad con la moral, es necesario estudiar primero el concepto que la doctrina jurídica ha aportado respecto de dicho término, así como la diferencia y nexos que con la ética.

La moral es un término que proviene de la lengua de la rama itálica denominada latín en la cual se denominó como *morālis*. Ha sido definida desde la perspectiva semántica como una “doctrina del obrar humano que pretende regular el comportamiento individual y colectivo en relación con el bien y el mal y los deberes que implican” (Abbagnano, 1998, p. 1563). Desde la perspectiva de la doctrina jurídica, Rojas explica que de forma es “como lo indica su etimología las costumbres los valores vigentes las normas estatuidas que forman parte de la vida social de los seres humanos” (2000, p. 121). Al respecto, Cortina (1993) señala que se entiende de forma general como “la tematización de los principios universales de la moralidad” (p. 208), de ello es dable inferir que la moral hace referencia a los usos y costumbres que han sido establecidos de forma progresiva en la sociedad, los cuales pueden ser religiosos, políticos, económicos y culturales.

Por su parte, la ética es aquella que tiene como propósito fundamental evaluar de forma crítica, racional e individual los usos y costumbres del conglomerado social. Es una “formación del juicio acerca del valor de los fines o de la cuestión esencial del sentido la racionalidad y la rectitud moral de las acciones humanas” (Kant, 1921, p. 161) razón por la cual “no todas las normas morales son éticas y no todas las normas éticas son morales” (Zan, 1999, p. 271). En este punto, es necesario tener en cuenta lo que Galán explica en

su artículo titulado *Entre justicia y moralidad criterios metateóricos en cuanto a la justicia* en donde se señala que la ética, puede tener una esfera pública la cual “puede entenderse desde una perspectiva de universalidad que combina la racionalidad y la dignidad humana representada en derecho humanos” (Galán, 2016, p. 111), de lo cual se infiere que se otorga doble validez en el tiempo y en el espacio.

Ahora bien, Hegel señala en su obra que “aunque moral y ética sean sinónimos según su etimología, esto no impide usar estas dos palabras diferentes, para conceptos diferentes” (1993, p. 569). Siguiendo la línea argumental planteada, Maliandi explica que “convendría tomar recaudos aclaratorios para evitar la confusión original ambigüedad del término o en los dos sentidos diferentes con los cuales se usa (...) escribiré la palabra ética como un concepto que se define de forma diferente a la moral” (2004, p. 75). Por lo anteriormente señalado, podría señalarse que la ética es un campo de la filosofía que establece la “tematización del *ethos* histórico particular de cada comunidad” (Cortina, 1993, p. 210), ha sido definida como aquella ciencia que “se encarga de estudiar los actos humanos en el estricto sentido de la palabra, es decir como una práctica que como una especulación teórica” (Brajnovic, 1978, p. 17) o, como aquella que determina el “carácter o aquellas acciones por las que una persona lleva a cabo su proyecto de vida” (Boff, 2003, p. 25).

Es decir, la ética es una ciencia que tiene el objetivo de analizar las acciones que son ejecutadas por los sujetos e individuos en cuanto se relacionan con los fines individuales, pretende determinar una conducta ideal del hombre en el contexto social, lo cual se relaciona inexorablemente con el argumento de que “la ética se encarga de estudiar los actos humanos en el estricto sentido de la palabra, es decir como una práctica que como una especulación teórica” (Brajnovic, 1978, p. 17). Por dichas razones, desde la perspectiva de la ética, las decisiones que toma el individuo generalmente son escogidas de forma libre y consciente, por tanto, son elecciones que se encuentran sustentadas en las preferencias de tipo objetivo que tiene el sujeto o, en las convenciones de tipo individual, en otras palabras, las decisiones no constituyen actos de pretensiones de validez por ello la exigencia de su reconocimiento se limita a la propia esfera privada de la vida individual o de grupo social al cual pertenece el sujeto.

Ahora bien, precisado el concepto de la moral, así como la relación y diferencia que posee con la ética, es necesario examinar ahora el vínculo que existe entre moral, responsabilidad y justicia correctiva. Como se señaló anteriormente la moral se traduce en la voluntad del individuo de asumir las consecuencias de sus decisiones con el propósito de beneficiar a la sociedad, dicha situación se relaciona inexorablemente con la responsabilidad – pues de acuerdo a lo analizado, esta implica un cargo u obligación de reparar el daño que ha sido causado por un sujeto a otro – y, especialmente con el postulado de justicia correctiva que ha sido objeto de estudio desde la antigüedad griega, hasta la actualidad.

La justicia correctiva, es un mandato que ha tenido un papel trascendental en la formación de la teoría de la responsabilidad jurídica, pues a partir de ella, se ha estructurado el concepto y la categorización de la misma en los diferentes sistemas jurídicos que existen, por ello, han sido numerosos los autores que la han tomado como punto de referencia en la construcción del denominado derecho de daños, sin embargo antes de analizar su aporte teórico, es necesario ahondar en el tema de la justicia correctiva.

En primer lugar, es importante conocer algunas consideraciones que se han realizado respecto del concepto de justicia, para lo cual es imperativo tener en cuenta a Aristóteles – polímata, filósofo, lógico y científico de la Antigua Grecia – el cual señala en su obra *Ética a Nicómaco*, que “la justicia es la más perfecta de las virtudes, por la que se predica lo justo y por la que se hace al hombre justo” (Aristóteles, 1992, p. 119). Siguiendo el argumento planteado por el filósofo griego, Cortina (1996) señaló que el término justicia es “aquello que es exigible a cualquier ser racional que quiera pensar moralmente (...) aquello que cualquier ser racional que no se deje llevar por sus intereses individuales o grupales sino por intereses universales tiene por justo” (p. 117). Por su parte, el Catedrático español de Filosofía del Derecho Juan García explicó algunas de las maneras de comprender el concepto de justicia señalando que:

El término justicia, en griego se nombra con tres vocablos. 1) *dikaiosýne* : la justicia-virtud: la virtud de la justicia, el hábito y calidad personales que posee aquel que es justo; 2) *Dike* : la justicia-aparato o justicia-institución: el aparato o la institución de la justicia: por antonomasia y en primera instancia, los tribunales que sientan lo que es justo e injusto pero por extensión, y en última instancia, el ordenamiento jurídico;

3) *tò díkaion*: la justicia-regla o justicia-canon: las reglas o cánones que establecen lo que es justo e injusto por excelencia, las leyes (García, 2013, p. 79)

De ello resulta necesario afirmar que, el concepto de justicia admite diversas significaciones, “todas ellas son significaciones propias de la justicia, lo son según una razón causal diversa” (Cobo, 2011, p. 49), sin embargo, el factor común es que es un principio moral que lleva a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece. Ahora bien, para establecer lo justo Aristóteles plantea una clasificación del concepto de justicia en distributiva y en correctiva. La justicia distributiva, ha sido considerada como una categorización que establece una proporción geométrica en “el término medio entre lo más y lo menos y lo igual según su proporción, que será distribuido de acuerdo con la forma o régimen de distribución establecido” (Acciarri, 2013, p. 365).

Por su parte, la justicia correctiva “tiene lugar en los modos de trato sean éstos voluntarios o involuntarios” (Keren-Paz, 2013, p. 137), se relaciona con la responsabilidad pues, a partir de que se produce el daño, se pierde la igualdad entre los sujetos, motivo por el cual este tipo de justicia se constituye como el término medio entre la pérdida y la ganancia, que es señalado por los operadores judiciales en sus sentencias cuando se restablezca y corrija la igualdad que se ha perdido entre los sujetos involucrados en el proceso de reparación. Para comprender lo anteriormente señalado Aristóteles explica que:

Lo mismo da, en efecto, que un hombre bueno haya defraudado a un malo que uno malo haya defraudado a un bueno, o que el adulterio haya sido cometido por un hombre bueno o malo: la ley sólo mira a la especie del daño y trata como iguales al que comete la injusticia y al que la sufre, al que perjudica y al perjudicado (Aristóteles, 1992, p. 67)

Junto al postulado de justicia correctiva, se encuentran los principios de igualdad, dignidad humana y solidaridad, los cuales han fundamentado el proceso de incorporación de disposiciones constitucionales específicas relacionadas con el tema de la responsabilidad que “suponen un acto de confianza de uno mismo con los otros, pues nos hacemos cargo de la contingencia de nuestras acciones y realizaciones” (Solórzano, 2013, p. 66). No obstante, antes de analizar de forma desagregada el concepto de cada uno de los principios, y la

relación que poseen con el tema de la responsabilidad es necesario examinar la definición que poseen los principios de forma individual.

Los principios en el ámbito jurídico son mandatos que poseen valor vinculante en el modelo escalonado normativo de cada sistema, pues operan como fundamento o sustento de las normas superiores contenidas en los plexos constitucionales y en las diversas leyes y, normas de inferior jerarquía. Han sido definidos desde dos perspectivas, por un lado, se encuentra aquella que señala que los principios son mandatos de obligatorio cumplimiento por ello “son considerados como normas jurídicas” (Prieto, 1992, p. 63), “normas finalistas” (Ávila, 2011, p. 70) o, como “normas jurídico - morales” (Alexy, 1993, p. 87) que “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (Alexy, 1993, p. 89).

Sin embargo, junto a la concepción de los principios como normas jurídicas, se encuentra aquella que establece que son mandatos superiores que no poseen la estructura lógica propia de las normas y que por tanto, no pueden ser considerados como tal. Al respecto, Barros explica que son “pautas de conducta” (1984, p. 268) y, Carrió señala que son “particulares pautas jurídicas” (1970, p. 21), por su parte, Dworkin explica que son “entidades lógicas distintas a las normas, y en ese sentido serían ya un estándar de comportamiento” (1977, p. 61) de lo cual se infiere que desde esta perspectiva son mandatos de derecho vigente, así no medie un instrumento jurídico que los positivice.

Al ser considerados como derecho vigente, los principios adquieren el carácter de fuente de derecho, lo cual se sustenta en la idea de que “estarían generalmente formulados en forma expresa en los diversos textos normativos vigentes; pero otras veces, ellos no estarían expresamente formulados y formarían parte de un llamado derecho supra legal” (Margarita, 1994, p. 115), razón que sustenta en el hecho de que son fuentes mixtas, que simultánea o alternativamente sirven al saber jurídico y al ordenamiento jurídico en el proceso de interpretación y sistematización del sistema.

Alf Ross –filósofo del derecho dinamarqués considerado el exponente más importante del realismo escandinavo – analiza en su obra *Sobre el derecho y la justicia*, las fuentes del derecho las cuales define como un “conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en que éste basa su

decisión” (Ross, 1973, p. 75). A causa de lo anteriormente, Ross explica que son tres las categorías de las fuentes del derecho, las cuales se clasifican dependiendo del grado de influencia que tengan en la formulación de la regla que el operador judicial utilizará para proferir la sentencia. Para explicar dicha situación, el filósofo explica que el grado de objetivación de las fuentes se realiza por medio de un proceso en donde el juez realiza en primer lugar, formulaciones revestidas de autoridad similares a las proferidas por el legislador en el proceso de creación normativa; en segundo lugar, formulaciones basadas en la costumbre y en precedente judicial; y, en tercer lugar, formulaciones carentes de objetivación en donde el eje central es la razón o convicción interna o la tradición de cultura.

A pesar de que Ross no lo señala de forma expresa, se infiere que los principios jurídicos, bajo este paradigma, se ubican en el nivel de las fuentes carentes de objetivación pues, hacen parte de la razón y de la tradición del derecho, por tal motivo, poseen injerencia en el proceso de formulación de las reglas que el juez utiliza para fallar y “permiten su uso disciplinado en la construcción normativa de ese modo, tendrían un lugar en la argumentación jurídica” (Aldunate, 2011, p. 153).

Analizado el concepto de los principios, es necesario ahondar un poco en el estudio específico de los principios de igualdad, dignidad humana y solidaridad, los cuales como se señaló de forma previa se relacionan de forma inexorable con el concepto de responsabilidad que fundamenta de forma simultánea el del daño antijurídico. En primer lugar, se encuentra el principio de igualdad, el cual ha sido considerado desde la perspectiva de la doctrina jurídica como un mandato “proporcional universalmente considerado se corresponde específicamente con la justicia distributiva y correctiva” (Muinelo, 2011, p. 44), que se relaciona “no una cualidad de una persona, de un objeto, o de una situación cuya existencia pueda ser afirmado negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada” (Petzold, 1974, p. 22), de lo cual se sigue que:

Es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones (...) Es siempre el resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos entre los cuales debe existir al mismo tiempo alguna diversidad aunque sólo sea espacial y temporal Pues de otro modo como es obvio no cabría hablar de

pluralidad (...) La diferencia al menos numérica entre los elementos comparados es condición de posibilidad del juicio de igualdad (Rubio, 1993, p. 640)

Es decir, la igualdad consiste en que las diferencias que se dan en el trato y en la convivencia de los individuos no pueden encontrarse sustentadas en criterios como la raza, el sexo, la nacionalidad o el origen social – entre otros – razón por la cual, es un principio que implica excluir de la conducta humana todo trato discriminatorio y desigual que no se pueda justificar en el plexo constitucional. En el ordenamiento jurídico colombiano, el principio de igualdad fue establecido por el constituyente originario inicialmente en el preámbulo de la Constitución Política de 1991 y, luego en el artículo 13 de dicho plexo en el cual se estipula que:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

Al respecto, el alto tribunal constitucional colombiano señaló que el principio de igualdad es un postulado fundante del Estado Social de Derecho que, de acuerdo con el artículo 13 Superior comporta un conjunto de mandatos como la igualdad ante la ley – relacionada con el carácter general y abstracto de las normas creadas por el órgano legislativo en ejercicio de sus funciones – y la prohibición de discriminación, en donde:

En términos generales, ordena dar un trato igual a quienes se encuentran en la misma situación fáctica, y un trato diverso a quienes se hallan en distintas condiciones de hecho. Sin embargo, esta formulación amplia no refleja la complejidad que supone su eficacia en un orden jurídico orientado bajo los principios del Estado Social de Derecho, ni deja en claro qué elementos son relevantes, al momento de verificar las situaciones, personas o grupos en comparación (Corte Constitucional, 2017)

Al respecto, el catedrático de Filosofía del Derecho León, explica en su artículo titulado *Elementos para la composición de sistemas jurídicos maestros* que el argumento de la igualdad consiste en que “cuando los jueces aplican las leyes emanadas del legislativo todos los casos del mismo tipo recibirán la misma solución en consecuencia la exigencia del ideal político de igualdad justifica también la separación de poderes” (2013, p. 90).

Ahora bien, otro de los principios que se relaciona directamente con el concepto de responsabilidad es el de dignidad humana. Este principio, ha sido ampliamente analizado por la doctrina jurídica, la cual ha señalado que es un principio fundante del Estado Social y Democrático de Derecho que le da un valor a los individuos, lo cual desde la filosofía propuesta por el filósofo prusiano Immanuel Kant en su obra *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* es “aquello que está por encima de todo precio, y por lo tanto no tiene ningún equivalente, posee dignidad” (1921, p. 265). Por su parte Nino explica que es un principio que “determina las condiciones necesarias para la elección y realización de ideales personales y planes de vida basados en esos ideales” (1997, p. 77), es decir, implica una facultad de los individuos de realizar elecciones y tomar decisiones personales a lo largo de su vida, basadas en su propia concepción de bien, sin influencias externas indebidas, de ahí que deba arribar a la conclusión de que equivale:

Al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado (Corte Constitucional, 2016)

Siguiendo dicha línea argumental, Riaño & Agudelo explican que “la transgresiones a la dignidad humana informan, delatan y evidencian condiciones de vida intolerables, un trato desigual y caprichoso, así como los ruegos y plegarias de miles de personas que sufren de agresiones y crueldad por parte del Estado” (2016, p. 71). Finalmente, es necesario examinar el principio de solidaridad partiendo de la premisa argumentativa de que es “principio universal de la ayuda recíproca para todos los periodos históricos y sociedades, e incluso en el reino animal” (Durkheim, 1993, p. 111) que tiene el propósito fundamental de “responder a las cuestiones de la integración y la desigualdad sociales, que se plantean de nuevo en el impulso de liberación de la industrialización” (Tezano, 2002, p. 93). Razón por la cual, es considerado como:

Como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; Como un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales; Como un límite a los derechos propios (Corte Constitucional, 2004)

Dichos principios, en conjunto cimientan el concepto de responsabilidad pues, ante la generación de un daño a un individuo es imperativo que se repare a la persona sin tener en cuenta aspectos que pueden llegar a ser constitutivos de actos discriminatorios, y teniendo como sustento por un lado, el hecho de que todo ser racional, existe como un fin en sí mismo, no solo como medio para usos y, por otro lado, teniendo como fundamento el deber impuesto a toda sujeto, por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, lo cual se relaciona con la vinculación del propio esfuerzo y con la actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. Con ello se genera seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico colombiano y, se establecen de forma simultánea garantías que les permiten a los ciudadanos acudir al aparato jurisdiccional, en aquellas situaciones en donde agentes o servidores públicos generan daños antijurídicos a los particulares que pueden ocasionar afectaciones físicas, morales e incluso la transgresión de principios y de derechos constitucional y convencionalmente protegidos tanto por el derecho internacional de los derechos humanos, como por el derecho interno colombiano. Por ello el fundamento filosófico de la responsabilidad, relacionado con los principios de solidaridad, igualdad, dignidad humana y justicia es un aspecto transversal y central que necesariamente deben tener en cuenta los operadores jurídicos en el juicio de responsabilidad del Estado.

2. Análisis histórico de la Responsabilidad del Estado

La responsabilidad del Estado – denominada por algunos juristas como responsabilidad de la Administración Pública – se remonta al Siglo XIX, en donde los súbditos de los Monarcas, cansados de la desigualdad social reinante de la época y, de las condiciones extremas de pobreza en las que vivían, contradijeron el postulado absolutista del origen divino del poder, así como la imposición de la soberanía real sin compensaciones ni prerrogativas en favor de los individuos y, establecieron un nuevo paradigma, en donde el eje central es la protección de los derechos universales y el reconocimiento de la obligación a cargo de los Estados de indemnizar los daños que cause a los ahora denominados ciudadanos, por el ejercicio del poder público.

Como era de esperarse, dicho cambio de modelo generó múltiples incongruencias y ambigüedades en el contexto social europeo, lo cual generó incertidumbre

e incluso inseguridad jurídica en los diferentes sistemas. Por ello, la doctrina jugó un papel determinante para solucionar el problema, ya que estableció parámetros de interpretación para cada uno de los postulados que habían sido incorporados en el nuevo sistema, especialmente, en relación con la responsabilidad del Estado y, la reparación económica de los daños causados a los particulares. Una de dichas obras proferidas por la doctrina, es la magna construcción teórica del *Fisco*, en donde se representaba el Estado; y este de manera simultánea representaba los derechos inherentes a las personas, por medio de la categorización de una persona moral que, lleva al Estado a los Tribunales a responder por los actos y omisiones que generan perjuicios a los ciudadanos de manera injustificada.

Otro de los antecedentes históricos de dicho proceso de responsabilidad, es la firma del Tratado de Versalles efectuada el 28 de junio de 1919, en donde se puso fin a la Primera Guerra Mundial que se gestó entre las potencias mundiales de Reino Unido, Francia y Rusia y, Alemania y Austria – Hungría por otro lado. En dichas negociaciones, se determinó que la paz es un derecho universal, que debe ser protegido y garantizado por los Estados, por medio de cláusulas de tipo punitivo reparatorio que generaron en Alemania disgusto y resentimiento el cual, luego se materializó con la Segunda Guerra Mundial; dentro de dichas medidas se encontraban por ejemplo, el pago de indemnizaciones a los aliados por la cifra aproximada de 31,4 millones de dólares.

La Segunda Guerra Mundial, generó daños antijurídicos irreparables especialmente a los individuos judíos y, además ocasionó la transgresión masiva y sistemática sus derechos universalmente reconocidos, por ello durante el periodo del 20 de Noviembre de 1945 al 1° de octubre de 1946 se realizaron los juicios del Tribunal de Núremberg – creados por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, los Estados Unidos de América, Francia y la Unión Soviética – en donde se juzgaron a los criminales nazis por violaciones masivas de derechos humanos que fueron ejecutadas por dichos dirigentes, por medio de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad que quedarán marcados en la historia del planeta.

En dicha oportunidad, el Tribunal realizó acusaciones concretas y acusaciones en contra del Estado, las cuales organizó en diferentes cargos, dentro de ellos se destacan las prácticas de conspiración para la ejecución de planes contrarios a la paz, en donde hubo

participación solidaria de la Administración Pública, del Gobierno y del Partido Nazi de Alemania en la ejecución de los programas de política pública, en la expedición de leyes que imponían límites arbitrarios al pueblo judío y, en la expansión de la guerra hasta convertirla en una guerra general de agresión considerada como una de las más grandes violaciones de derechos humanos en el mundo.

Cinco años y ocho meses de guerra, junto con la presión del ejército soviético en Berlín bastaron para que Alemania se rindiera. Por dichas razones, el mencionado tribunal consideró que la destrucción de la estructura democrática de la República de Weimar, y su reemplazo por un régimen totalitario nacionalsocialista que permitía ejecutar sin oposición las políticas que se habían proclamado, constituyó el punto de partida de la situación bélica. De ello surgen importantes conclusiones, Hitler con ayuda del Partido Nazi, alcanzó el poder del Estado Alemán, que luego le permitió cometer las atrocidades que se imputaban. Es decir, fue determinante la participación del partido político en el cumplimiento de los objetivos pactados, sin embargo, no fue el único que participó en dichos acontecimientos, además existió intervención del legislativo y de la rama judicial los cuales cooperaron en el cumplimiento de los planes de gobierno propuestos. En el primer caso, por ejemplo se expidió la Ley de Habilitación de 1933 en donde, se le dieron facultades legislativas a Hitler que incluso podían contrariar lo establecido en la Constitución.

Con ello la centralización del poder tomó impulso en el contexto alemán, ya que se estableció la dirección del gobierno por los dirigentes del partido Nazi, se buscó la unificación de todos los alemanes, la abolición del Tratado de Paz de Versalles, y se obtuvo el control absoluto de la administración pública, lo cual generó de forma simultánea la mutación política radical del control del poder judicial, que se materializó con la adopción de medidas correctivas encaminadas a la remoción, arresto y reclusión de aquellos funcionarios y particulares que no apoyaban las políticas raciales del gobierno.

Otro elemento histórico, que influyó directamente en la implementación de la responsabilidad estatal por el ejercicio del poder, fue un desafortunado acontecimiento que ocurrió luego de la segunda guerra mundial en un campo de minas inglés, que durante la última guerra había sido colocado cerca de Liverpool; dicho campo luego de la guerra perdió las señales que advertían del peligro, por dicha razón, unos jóvenes ingresaron al

lugar a recoger una pelota, sin embargo, uno de ellos resultó muerto y los otros dos gravemente heridos. En dicho caso, se inició el juicio de responsabilidad en contra de la Corona inglesa, para lo cual se designó un representante que tendría papel de demandado. El problema surgió cuando el proceso llegó en apelación a la Cámara de los Lores, pues no fue posible condenar al Estado porque el funcionario que había sido designado para actuar como parte demandada no aparecía formalmente como ocupante del inmueble sino la Corona, en dicha oportunidad, se aplicó la regla *The King can do not wrong*, por no se pudo satisfacer las pretensiones de las víctimas ni de las familias afectadas.

Dicho dogma y, la adopción de la teoría *ius publicista* de la teoría civilista en el contexto europeo, luego motivó la reforma del sistema anglosajón, con lo cual se empezó a establecer la diferencia entre los actos de autoridad realizados directamente por el Estado y, entre los actos de gestión efectuados por los funcionarios estatales, al respecto Garrido (1989) explica que en 1497 cuando se aprobó la *Crown Proceedings Act* – con la finalidad de abolir la regla *The King can do not wrong* – se implementó el nuevo modelo de responsabilidad en donde:

Se sujeta a la Corona a responsabilidad por daños, como si se tratase de persona mayor de edad y con capacidad jurídica en los siguientes casos: Con respecto a los daños cometidos por sus funcionarios o agentes; Respecto a la infracción de aquellos deberes que, según el derecho común, tiene todo patrono para con sus sirvientes o agentes; y Respecto a la infracción de los deberes que, según el derecho común, tiene toda persona por razón de dominio, ocupación, posesión u otra forma de control sobre una propiedad (p.14)

Luego, de dicha categorización surgió el siguiente elemento, el cual implica reconocer que cada agente del Estado debe responder de forma directa por los daños que cause a los ciudadanos por el ejercicio de su función, o por las omisiones en las que incurra en el desarrollo de esta.

En el contexto norteamericano la situación fue similar, primero se consideraba que el Estado como suprema autoridad no estaba llamado a responder por los daños causados a los ciudadanos, no obstante, la aprobación en 1946 de *la Federal Tort Claims Act*, cambió el paradigma pues estipuló que “los Estados Unidos serán responsables, siempre que haya culpa, de la misma manera y tan ampliamente como un particular en las mismas

circunstancias”(Garrido, 1989, p. 15), con ello se estableció un nuevo modelo de responsabilidad, en donde el Estado asume directamente la reparación de los daños antijurídicos que causen sus agentes a los particulares. Las circunstancias, por tanto, necesarias para que la responsabilidad se declarará en esta época eran las siguientes:

1. Que el funcionario administrativo haya cometido una falta;
2. Que el reclamante haya sufrido un daño; y
3. Que exista una relación de causa a efecto entre la falta y el daño provocado

Dicho proceso de incorporación del modelo de responsabilidad patrimonial de los Estados, en el contexto colombiano se generó en el año 1991, en donde el constituyente originario elevó a canon constitucional la responsabilidad estatal. Para comprender los motivos y razones que motivaron dicho proceso de constitucionalización, es necesario hacer uso del método de interpretación histórica. Bajo dicho modelo, se requiere analizar el proyecto de artículo constitucional No. 72 presentado por el constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero, el cual fue presentado en marzo 8 de 1991.

En dicho documento, titulado Responsabilidad del Estado, el constituyente propone la implementación de un artículo en el plexo constitucional que señalara que tanto el Estado como los funcionarios públicos y los particulares que cumplan funciones públicas o presten servicios públicos, debían ser responsables de los daños antijurídicos que, por acción u omisión, causarán con ocasión o con pretexto de sus tareas. Adicionalmente, proponía el constituyente que la infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona no eximía de responsabilidad al agente que lo ejecutaba, por ello precisaba que los militares en servicio quedaban exceptuados de la aplicación de la aplicabilidad de dicha disposición pues, respecto de ellos, la responsabilidad recaía únicamente en el superior que daba la orden. En la exposición de motivos Esguerra señaló que:

Una de las piedras angulares del moderno Estado de Derecho es, junto con el sistema de control judicial de los actos administrativos, la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado. Uno y otra son corolario del postulado fundamental del sometimiento estatal a la ley. No obstante, por curiosa paradoja, la Constitución

Política de Colombia jamás ha contenido disposición alguna que estatuya dicha responsabilidad de manera expresa. En cambio, se ha limitado a declarar que, mientras los particulares solamente son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución y de las leyes, los funcionarios públicos lo son, además, por extralimitación de funciones o por omisión en su ejercicio (...) En tales condiciones, y ante la circunstancia de que la ley tampoco contiene un mandato en ese sentido, tuvo que ser la jurisprudencia de nuestros dos máximos tribunales de justicia la que, de modo análogo a como ocurrió en otros países y singularmente en Francia, construyera – a base de encomiables esfuerzos de imaginación y sindéresis – el esquema actual de la responsabilidad de las personas públicas (Esguerra, 1991)

Dicha propuesta, fue acogida por el Constituyente originario, pues en el texto final de la Constitución se estipuló de forma expresa en el artículo 90 que:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

Sin embargo, resulta conveniente concluir esta parte del escrito señalado que, si bien es cierto en el año 1991, en el contexto colombiano se generó la constitucionalización de la responsabilidad del Estado con la incorporación realizada por la Asamblea Nacional Constituyente del artículo 90 al plexo superior; dicha propuesta, tiene como antecedente inmediato la situación ocurrida en Francia, en donde los fallos proferidos por Cortes de Casación Civil fueron trascendentales para la determinación por ejemplo de la falla en la prestación del servicio (Fallo Blanco), o para la configuración de la competencia del Consejo de Estado en asuntos administrativos (Fallo Cadot) y también para el establecimiento de la responsabilidad solidaria entre el Estado y el funcionario según el caso (Fallo Pelletier), por ello podría afirmarse que el proceso de constitucionalización de la responsabilidad del Estado colombiano, se fundamentó en la jurisprudencia que fue proferida inicialmente en el contexto europeo y luego en el colombiano por la Corte Suprema o por el Consejo de Estado que para la época de vigencia de la Constitución de 1886 hacía parte del primer órgano colegiado mencionado.

3. Análisis jurídico de la Responsabilidad del Estado

La categorización de la responsabilidad del Estado colombiano, tiene sustento en el deber de reparar que se configura como una obligación emergente de las obligaciones internacionales relacionadas con la salvaguarda de los derechos humanos; es decir, es un proceso que se identifica con la noción misma de la responsabilidad, que de acuerdo a lo señalado previamente depende del daño antijurídico ocasionado y de la gravedad del acto u omisión que lo ocasiona. Es decir, los Estados pueden responder en el sistema interno e internacionalmente por los daños que les son causados a los particulares por violación del derecho internacional y convencional y, por el incumplimiento del deber de reparar los daños causados.

Para comprender mejor dicho argumento, es necesario traer a colación el caso de Guinea v. R. D. del Congo – sentencia del 19 de junio de 2012 – en donde la Corte Internacional de Justicia (CIJ) ordenó reparar los daños sufridos como individuo del señor A. S. Diallo ocasionados por expulsión arbitraria de su país de residencia, en dicha oportunidad los daños fueron causados al Sr. A. S. Diallo, como víctima individual, no a su Estado de nacionalidad u origen. Para fundamentar dicha condena la CIJ tuvo en cuenta principalmente el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 12.4 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y el derecho a la información sobre asistencia consular consagrado en el artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, por ello el ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Antonio Cançado señala que “esta fue la primera vez en su historia que la Corte declaró violaciones de los derechos humanos, conforme a dos tratados de derechos humanos, además de la importante cláusula del aludido Tratado de Viena de 1961” (2013, p. 19).

Por dicho argumento, podría afirmarse que el deber de responder y de reparar los daños que son causados por la acción u omisión de los Estados en el ámbito internacional se relaciona directamente con las raíces del derecho de las naciones y con el *ius gentium* o derecho de gentes, en donde son premisas elementales el hecho de que “el enemigo que ha causado el daño está obligado a dar toda la reparación (...) hay un deber, incluso en medio de hostilidades armadas, a restituir las pérdidas y brindar la reparación por todos los daños”

(Cançado, 2013, p. 21). Razón por la cual, es claro que la responsabilidad internacional implica una relación jurídica interestatal, en donde la transgresión de los derechos humanos de los ciudadanos del mundo implica la ofensa indirecta del Estado que tiene el deber de garantizar dichas prerrogativas fundamentales; es decir, un Estado es responsable y por tanto tiene el deber de reparar al afectado o a su familia cuando se ocasionan daños antijurídicos a un nacional de otro Estado, por ello, el resarcimiento de los sujetos afectados es un efecto indirecto de la responsabilidad internacional. En ese sentido, es importante tener en cuenta que:

La violación del orden jurídico internacional cometida por un Estado sujeto a este orden origina así un deber de reparar, que consiste en general en el restablecimiento del orden jurídico quebrantado (...) El daño se encuentra comprendido así implícitamente en el carácter antijurídico del acto. La violación de la norma siempre constituye un desajuste respecto al interés que ella protege (Olivan, 1935, p. 454)

En ese sentido, los artículos 35 y 41 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que representa a todos los miembros que integran a la OEA, señalan que los Estados partes pueden denunciar ante la Comisión, con base en el artículo 45.1 las violaciones de derechos humanos en que haya incurrido otro Estado Parte, y que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de la Convención por un Estado parte como lo determina expresamente su artículo 44.

Ahora bien, contemporáneamente se entiende que la Constitución Política es una norma jurídica fundante que se encuentra integrada por reglas y principios que operan como postulados de tipo superior, que fundamentan las normas restantes de inferior jerarquía que integran el sistema. Por lo anteriormente señalado, se explicó previamente que los principios han sido considerados como atributos especiales que cimientan de forma integral el orden jurídico que adicionalmente ayudan a interpretar el lenguaje y, la cultura jurídica de los sistemas jurídicos que existen actualmente. Luego resulta necesario dejar establecido que, la Constitución es una manifestación del orden objetivo que establece de forma expresa las reglas los principios y los valores que en el ámbito normativo operarán

como mandatos *prima facie* en las decisiones que profieran los funcionarios y servidores públicos de los órganos y organismos del poder público en el ejercicio de sus funciones. Dentro de dichas disposiciones, se encuentra el artículo noventa superior, en el cual se estatuye la denominada cláusula general de responsabilidad en donde, se determina que el Estado colombiano es responsable por los daños antijurídicos que sean ocasionados a los individuos por funcionarios o agentes estatales. Al respecto, Gil Botero explica que el artículo 90 de la Constitución Política:

No es más que la mera consecuencia de la filosofía que traza la carta política, circunscrita por principios y valores superiores del ordenamiento jurídico, como la dignidad, la igualdad, la libertad, la justicia, el pluralismo político, la solidaridad, la equidad, el Estado Social de Derecho (2010, p. 125)

De ello puede inferirse que la finalidad del constituyente originario al establecer dicho mandato fue otorgar garantías al pleno ejercicio de los derechos humanos que han sido positivizados e incorporados al sistema normativo colombiano como derechos fundamentales, los cuales pueden ser transgredidos con la acción u omisión de las mencionadas autoridades. En ese sentido, la Corte Constitucional ha precisado que el artículo 90 de la Constitución estableció la “responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, por la acción o la omisión de las autoridades públicas, responsabilidad que se proyecta indistintamente en los ámbitos precontractual, contractual y extracontractual” (Corte Constitucional, 2011), lo cual se relaciona con lo explicado por Penagos en su obra, en donde señala que “el estudio de la responsabilidad comprende la precontractual, la contractual y extracontractual, de la rama legislativa la judicial y la administrativa” (1989, p. 595).

Tal responsabilidad, abarca todos los ámbitos en donde el Estado interviene y, su graduación depende necesariamente del nexo que tenga con el sujeto afectado. En algunas situaciones, la responsabilidad se determina teniendo en cuenta lo pactado por la partes – como en el caso de la responsabilidad contractual – evento en donde media una igualdad relativa entre los sujetos, sin embargo, existen casos en donde la responsabilidad se deriva del desequilibrio de las cargas públicas que los sujetos están obligados a soportar, con el propósito de contribuir al bienestar general, como en aquellas situaciones en donde se

causan daños a los sujetos en cumplimiento de un deber legal o constitucional, por ejemplo en la prestación del servicio militar obligatorio o en aspectos relacionados con el pago de impuestos o en cumplimiento de la función de jurado de votaciones.

Es necesario señalar en este punto, que el artículo 90 además de señalar las clases de Responsabilidad del Estado, establece de forma tácita los elementos que la constituyen, a saber, la existencia el daño antijurídico, la acción u omisión desplegada por las autoridades públicas y, la relación de causalidad entre el daño y el órgano del Estado involucrado, los cuales en conjunto permiten realizar un adecuado proceso de imputación que en la praxis se materializa con la reparación del perjuicio causado por el daño. El daño antijurídico, ha sido considerado desde la perspectiva de la doctrina como “un elemento indispensable para la existencia de la responsabilidad pero cuya sola presencia no convierte de suyo a quien lo sufre, en acreedor de una indemnización” (Gil, 2010).

Ha sido definido como “la alteración negativa de un estado de cosas existentes” (Henaó, 1998, p. 38) que genera un “detrimento, menoscabo, perjuicio a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona sus bienes espirituales y corporales o patrimoniales sin importar que la causa sea un hecho” (Gil, 1989, p. 105). Es regla de toda sociedad, que la reacción frente a los daños sufridos sea garantizada por el ordenamiento jurídico, que se proceda a su reparación como alternativa para la convivencia social. En ese sentido, “el efecto jurídico causado con el daño consiste en una reacción que el derecho facilita para lograr la represión del daño” (Cupis, 1970, p. 82), lo cual se garantiza con el principio de solidaridad – analizado de forma previa – pues, dicha reacción es consecuencia del deseo de auxiliar a quien se le ha causado un daño, por ello se afirma que “el daño está presente en la vida social y es un presupuesto de su desarrollo” (Henaó, 1998, p. 27).

Desde la perspectiva de la Responsabilidad del Estado, el daño se constituye como el primer elemento que se debe estudiar en el proceso, por ello debe ser probado – en principio – por quien lo sufre, sin embargo, es un requisito necesario mas no suficiente para que se declare la responsabilidad, pues “sin perjuicio no hay responsabilidad (...) la ausencia de perjuicio es suficiente para hacer vano cualquier intento de comprometer la responsabilidad del Estado” (Henaó & Ospina, 2015, p. 112). Ha sido definido como una

“lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido en la merma patrimonial de la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja” (Hinestrosa, 1967, p. 529) que genera de forma simultánea un perjuicio, el cual ha sido considerado como “una minoración o alteración de una situación favorable” (Cupis, 1970, p. 81).

Por su parte, las acciones han sido analizadas desde la perspectiva de la lógica jurídica partiendo de la premisa de que los sistemas jurídicos-normativos están establecidos como esquemas que tienen el propósito de realizar la interpretación de conductas, las cuales se ejecutan teniendo en cuenta criterios de tipo subjetivo que en la praxis describen las acciones. Para explicar lo anteriormente señalado, Agudelo analiza en su artículo titulado *El cálculo de las acciones* la Teoría de la Acción propuesta Von Wright que opera como noción central de la teoría de las normas. Inicialmente, el mencionado autor explica que el contenido de la norma jurídica se satisface por su acción u omisión, según se haya determinado, razón por la cual explica que la acción:

Se circunscribe a la acción humana, la manera de satisfacer el contenido de una norma jurídica ha de ser mediante la acción que implica el cambio de un estado de cosas en el mundo o mantener aquel estado, sin intervenir en el cambio por medio de una omisión; por tal razón, esta manera de satisfacer la norma jurídica aplica para las denominadas reglas de acción y no para las reglas ideales (Agudelo, 2013, p. 111)

Luego resulta necesario tener presente que “actuar es provocar o evitar un cambio intencionalmente en el mundo” (Lagier, 1995, p. 49), dichos cambios se materializan con los hechos, los cuales poseen un estado inicial y uno final de cosas, por ejemplo, causarle un daño antijurídico a una persona que no tenía la obligación de soportar un carga legitimada constitucional o legalmente. Como se explicó previamente, son tres los elementos que han sido considerados fundamentales para realizar el proceso de responsabilidad estatal, el daño antijurídico, la acción u omisión y, el nexo causal entre dichos elementos. En cuanto al nexo causal es conveniente señalar que es un concepto complejo que implica una relación originada en un acontecimiento específico, en este caso la relación se genera entre el daño y la acción u omisión. Al respecto, la doctrina ha señalado que el nexo causal es:

Conditio sine qua non o de la equivalencia de las condiciones, la cual se enuncia diciendo qué causa es el conjunto de condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado; y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce (García, 1999, p. 36)

Analizados los conceptos estructurales de la responsabilidad del Estado, es necesario ahora examinar la parte subsiguiente del proceso, la determinación del título de imputación aplicable para el caso. Como su nombre lo indica, los títulos de imputación son herramientas de tipo procesal que el legislador colombiano estableció con el propósito de que los afectados o las víctimas de daños antijurídicos causados por las autoridades públicas puedan atribuir la responsabilidad al Estado, y de esta manera se pueda reparar patrimonialmente los perjuicios causados. Al respecto, Esguerra explica en su obra que los particulares tienen “derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios” (2004, p. 293) y, Zambonino (2010) afirma que es un deber y, una obligación que tiene el Estado que opera como:

Un mecanismo de garantía de carácter estrictamente patrimonial, como un instrumento tendente a evitar o cubrir los sacrificios que la actividad administrativa genera a los particulares. En muchas ocasiones puede ser, además el único instrumento de garantía de que disponga el particular frente a la actividad de la Administración (Zambonino & Restrepo, 2010, p. 218).

Precisado lo anterior, es importante señalar que los títulos de imputación se encuentran clasificados en dos categorías, por un lado, se encuentra la categoría de tipo subjetivo, en donde la falla en la prestación del servicio es el elemento central; y por otro lado, se encuentra el régimen objetivo comprendido por el título de daño especial y, riesgo excepcional en donde en análisis de la culpa no posee trascendencia. La falla en la prestación del servicio, es un título de imputación que analiza las anomalías y deficiencias que son ejecutadas por las autoridades de la administración, tiene origen en la teoría francesa la *faut du service*, en donde se estableció que, el daño antijurídico causado por la actividad de la administración no se le atribuye al funcionario o agente estatal de forma directa, sino al Estado u ente público, bajo dicha perspectiva:

Le surge al Estado de indemnizar aquellos perjuicios causados producto de las irregularidades en su actividad, la cual, si bien es cierto era ejecutada a través de servidores no debía atribuírsele a estos sino al ente público ya que tal sistema jurídico no separaba la actividad pública del servidor público (Saavedra, 2003, p. 231)

En el ordenamiento jurídico colombiano, dicho título de imputación ha sido considerado como un régimen subjetivo en donde “predomina la culpa de la administración por extralimitación de funciones, retardo en el cumplimiento de obligaciones, obligaciones cumplidas de forma tardía o defectuosa, o por el incumplimiento de obligaciones a cargo del Estado” (Orjuela, 2016, p. 1), de lo cual puede inferirse que, es un título enmarcado por acciones u omisiones que se ejecutan en el desarrollo de la administración pública, que generan de daños imputables al Estado por el actuar culposo del funcionario o agente en el ejercicio de sus funciones. Al respecto el Consejo de Estado ha señalado que la falla en el servicio, es el principal régimen de imputación de responsabilidad y, es aplicable cuando se prueba:

1) El daño antijurídico sufrido por el interesado, 2) la falla del servicio propiamente dicha, que consiste en el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, 3) una relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio (Consejo de Estado, 2006)

Ahora bien, el título de imputación de daño especial tiene como requisito fundamental que la administración ejecute una acción legítima, la cual genera el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, bajo ese entendido, es necesario primero analizar en los casos concretos si se configura o no el título de falla en el servicio, evento en donde es imperativo examinar el funcionamiento normal o anormal de la administración. Al señalarse que el daño especial requiere de una actuación legítima, se está haciendo referencia a que la acción es ajustada al derecho vigente, razón por la cual en este caso no es posible analizar el actuar culposo del causante del daño. En ese orden de ideas, el Consejo de Estado ha precisado que es un título de imputación que se relaciona con la ruptura de las cargas públicas, que se fundamenta en el principio de solidaridad e

igualdad – estudiado y analizados en la parte inicial del presente artículo – en donde el que sufre el daño se encuentra obligado a sufrir el daño, bajo esa tesis:

Aquel que se inflige al administrado en desarrollo de una actuación legítima del Estado ajustada en un todo a la legalidad pero que debe ser indemnizado por razones de equidad y de justicia distributiva, en la medida en que la administración se ha beneficiado de un daño anormal, desmesurado o superior a aquel que deben sufrir los administrados en razón a la naturaleza particular del poder público, el cual entraña de esta suerte un rompimiento de igualdad ante las cargas del poder público (Consejo de Estado, 2008)

Contemporáneamente el título de imputación de daño especial es aplicado generalmente en los casos de daños antijurídicos que son causados a los particulares con ocasión de la construcción de obras públicas o, en aquellos eventos en donde la generación y conducción de energía eléctrica, las cosas peligrosas – como los atentados terroristas – causan un daño antijurídico. El último título de imputación es el de riesgo excepcional, el cual también hace parte del régimen objetivo, sin embargo, se diferencia del daño especial en la medida de que es indispensable que el daño antijurídico se genere durante la ejecución de una actividad de la cual se puede inferir que se puede generar un riesgo a la sociedad, es decir que en sí misma es peligrosa, razón por la cual a ser ejecutada por el Estado – sabiendo el grado de peligrosidad – este se ve obligado a reparar dichos daños.

Al respecto, Díaz, ha precisado que en este caso “la administración no sólo tiene que generar un riesgo excepcional, sino que además debe haber un nexo causal entre la actividad riesgosa y el daño causado al administrado” (2011, p. 40), lo cual se relaciona directamente con la idea que “quien incorpora un riesgo al cuerpo social debe reparar los perjuicios operados consecuentemente o, en otras palabras, que quien obtiene los beneficios debe soportar las cargas” (Tamayo, 1997, p. 110). Para finalizar esta parte, es necesario tener en cuenta el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, en donde se hizo referencia a los títulos de imputación que ha creado la jurisprudencia para atribuirle responsabilidad extracontractual al Estado colombiano, explicando que necesariamente se deben analizar dos esferas clasificadas en **a)** El ámbito fáctico, y; **b)** la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico, que opera conforme a los distintos títulos de imputación de:

- Falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-;
- Daño especial –desequilibrio de las cargas públicas,
- Daño anormal-; riesgo excepcional.

De ahí que deba señalarse que, es posible imputar responsabilidad al Estado Colombiano cuando un sujeto es víctima de un daño antijurídico que genera afectaciones en su persona o en sus bienes y patrimonio económico lo cual se puede realizar teniendo en cuenta el actuar culposo de la administración, el riesgo que el Estado crea en un actuar legítimo, o el daño generado por el Estado en ejercicio de actividades que crean un riesgo para la comunidad.

El artículo 90 superior, como cláusula general de la responsabilidad del Estado constituye el punto de partida en el juicio de imputación del daño, no obstante, además de dichos elementos como se ha venido analizando, es necesario tener en cuenta si el daño antijurídico causado constituye de forma simultánea una afectación de los principios y derechos constitucionales y de los principios y derechos convencionales que han sido integrados por el Congreso al Bloque de Constitucionalidad. A causa de lo anterior, podría afirmarse que contemporáneamente el Régimen de responsabilidad del Estado colombiano tiene como elementos fundamentales la determinación del daño antijurídico, la determinación del título de imputación – en donde como se explicó se atribuye la responsabilidad al Estado solicitando una reparación de tipo económico o simbólico – y la determinación de la afectación de los derechos que han sido constitucional o convencionalmente protegidos en el derecho interno, para lo cual es necesario tener en cuenta los criterios de determinación del daño moral, corporal, estético, a la salud, a la vida en relación en el paradigma de la reparación patrimonial y simbólica.

4. Análisis sistemático de la aplicabilidad de la Ley 6° de 1972 que aprobó en el sistema colombiano la Convención sobre Relaciones Diplomáticas hecha en Viena el 18 de abril de 1961

La Ley 6° de 1972, fue creada por el legislador colombiano con el propósito de aprobar la Convención sobre Relaciones Diplomáticas hecha en Viena el 18 de abril de 1961. En dicho plexo normativo, se regulan aspectos relacionados con el reconocimiento

del estatuto de los funcionarios diplomáticos en el ordenamiento interno, y elementos como la igualdad soberana de los Estados, el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacional y, el fomento de las relaciones de amistad entre las naciones por ello su imperioso análisis en el presente escrito.

Para comenzar, es necesario tener en cuenta que la Ley 6° de 1972 es una creación legislativa que marcó los resultados del proceso de adecuación sistemática del instrumento internacional (Convención de Viena) al derecho interno colombiano, por lo cual, resulta conveniente realizar algunas consideraciones en torno a dicho proceso de coordinación entre el ejecutivo y, el Congreso de la República. Como se mencionó anteriormente, la Convención sobre Relaciones Diplomáticas fue realizada en Viena en 1961, con el propósito de establecer criterios y parámetros generales en el orden internacional que permitieran garantizar el ejercicio de las funciones del cuerpo diplomático de los Estados parte, en territorios extranjeros y, con esto materializar la salvaguarda y primacía de los derechos humanos, los cuales han sido considerados como derechos “universales, indisponibles, pertenecientes a las personas por el hecho de su existencia humana, establecidos en la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, en los Pactos Internacionales de 1966 y demás convenciones internacionales sobre derechos humanos” (Ferrajoli, 2008, p. 43).

Por tal motivo, podría afirmarse que la Convención de Viena suscrita el 18 de abril de 1961 es un instrumento internacional que abarca el análisis de las relaciones diplomáticas entre Estados y, el envío de misiones diplomáticas y permanentes. Para ello, el plexo de la convención establece de forma expresa las funciones que tiene una misión diplomática, dentro de las cuales se encuentran, representar al Estado acreditante ante el Estado receptor; negociar con el gobierno del Estado receptor; desarrollar las relaciones económicas, culturales y científicas entre el Estado acreditante y el Estado receptor, entre otras estipuladas en el artículo 3. También se estipula, que los agentes diplomáticos, jefes de la misión o miembros del personal diplomático de la misión tienen inmunidad de jurisdicción, dicha inmunidad se aplica de igual forma en el ámbito jurisdiccional del Estado receptor, en el ámbito penal, civil y administrativo, sin embargo, en estas dos últimas jurisdicciones existen algunas limitaciones a la aplicabilidad de la inmunidad,

dentro de ellas se encuentran las estipuladas en el artículo 31, en donde se señala que son excepciones:

a) La 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) La 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) La acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales.

En ese sentido, es dable señalar que la inmunidad de jurisdicción es un asunto de tipo diplomático que se ejecuta en el ámbito internacional que tiene gran importancia y trascendencia pues, impide poner en marcha el aparato jurisdiccional colombiano con el fin de reclamar por ejemplo un derecho laboral adquirido y que no fue reconocido ni pagado por el agente diplomático implicado, caso que se examinará en el presente capítulo. Desde el punto de vista de la doctrina, la noción de inmunidad de jurisdicción de los Estados ha sido considerada como un principio del derecho internacional de vieja data y que, actualmente se encuentra vigente. Mathieu (2001), señala que la inmunidad de jurisdicción, se puede definir como “el atributo de todo Estado soberano, que impide que otros Estados ejerzan jurisdicción sobre los actos que realice en ejercicio de su potestad soberana, o bien sobre los bienes de los cuales es titular o utiliza en ejercicio de dicha potestad soberana” (p.25). De lo cual se desprende la idea de que la inmunidad desde una perspectiva general implica el ejercicio de un acto derivado del poder político del Estado, no obstante, la inmunidad jurisdiccional es aquella que se integra por privilegios que un Estado le otorga a un Agente diplomático, como la prerrogativa que señala que dichos agentes no están, y no pueden ser obligados a testificar, o aquella que estipula que no puede ser menoscabados en la inviolabilidad de su persona o de su residencia.

Junto a dicho reconocimiento del Estado colombiano, de la Convención sobre Relaciones Diplomáticas hecha en Viena suscrita el 18 de abril de 1961, efectuado en el año 1972 por medio de la expedición de la Ley 6° de 1972, se encuentra, el no

reconocimiento de la Convención de las Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes en 2004. Al respecto, conviene señalar que es una situación que puede llegar a incidir en la aplicabilidad de dicho instrumento en el ordenamiento jurídico colombiano, pues al no estar reconocida en principio podría considerarse que no tiene efecto vinculante ni vigencia, no obstante, es necesario señalar que puede tener aplicabilidad por medio del proceso de interpretación que ejercen los operadores judiciales, para comprender dicha afirmación es necesario tener en cuenta el salvamento de voto de la sentencia 25.679 proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia M.P: Francisco Javier Ricaurte Gómez, en donde el Magistrado Eduardo López precisó que:

Bien observo que la Convención de las Naciones Unidas de 2004 aludida no tiene fuerza de vigencia en Colombia, por no estar suscrita y aprobada por nuestro país, pero sí le concedo valor por ser medio de interpretación de las normas sobre inmunidad jurisdiccional, y más del derecho consuetudinario internacional, al hacer explícito lo que los estados entienden, es la inmunidad que ellos reclaman para sí (Corte Suprema de Justicia, 2005)

De ello es dable afirmar que, el no reconocimiento en el ordenamiento colombiano de la Convención de las Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes en 2004, implica que los operadores judiciales colombianos están obligados a respetar la inmunidad jurisdiccional incluso en procesos laborales, esto porque dicha convención aún no ha sido ratificada en el sistema interno. No obstante, dicho argumento debe ser analizado de forma sistemática teniendo en cuenta la Sentencia 74.637 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el año 2016 M.P: Gerardo Botero Zuluaga, en donde se determinó que:

El Derecho Internacional no agota sus fuentes en los tratados o convenios. De conformidad con el literal b) del núm. 1) del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, instrumento que vincula a Colombia por formar parte integral de la Carta de las Naciones Unidas, aprobada mediante la Ley 13 de 1945, la costumbre internacional también se erige como fuente de derecho primaria. En ese sentido, cabe señalar que la circunstancia de que Colombia no haya aprobado la Convención de las Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus bienes de 2004, que en su artículo 11 permite que los jueces asuman el conocimiento de los conflictos relacionados con los contratos de trabajo, no significa

que exista una laguna o una ausencia de regulación (Corte Suprema de Justicia, 2016)

Por dichas razones, si bien Colombia no ha reconocido la norma que restringe la inmunidad de jurisdicción en el ámbito laboral, los jueces de la república la han aplicado a los casos teniendo en cuenta el derecho consuetudinario que determina que los asuntos laborales son de conocimiento de la jurisdicción laboral, con lo cual se ha dado paso a una nueva teoría basada en el reconocimiento de la costumbre mercantil que se ha aplicado a asuntos o conflictos relacionados con los contratos laborales que son efectuados en el contexto interno colombiano.

Por ello podría afirmarse que la influencia que ha tenido en el no reconocimiento por parte del Estado colombiano de la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2004 en la aplicabilidad de los principios de responsabilidad, reparación estatal y costumbre internacional, se ha manifestado de diferentes maneras. Por un lado, es una situación jurídica que ha permitido la continuación de la vigencia del precepto de inmunidad jurisdiccional absoluta de ejecución, establecido en la Convención de 1972 lo cual ha afectado en algunas ocasiones el derecho de las personas a reclamar la protección de los derechos fundamentales del cual son titulares. Por tal motivo, los operadores judiciales de altos tribunales como la Corte Suprema de Justicia han buscado implementar un nuevo modelo por medio del proceso de interpretación jurisprudencial, el cual tiene como premisa la protección de los derechos y acreencias laborales (entre otros aspectos), es un tema que ha sido ampliamente discutido, que no tiene una línea uniforme pero que, contemporáneamente está empezando a cobrar nuevamente especial importancia pues se optado por garantizar la protección de los derechos laborales, y con ello se ha evitado el pago de numerosas reparaciones patrimoniales a cargo del Estado.

5. Consideraciones finales: Examen del Auto AL250-2018 proferido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el marco del proceso identificado con No. Rad. 79239

La sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, profirió el 24 de enero de 2018 el Auto AL250-2018 en donde se declaró falta de competencia del mencionado órgano en el

proceso radicado número 79239. En dicha oportunidad, el alto tribunal de la jurisdicción ordinaria resolvió la remisión efectuada por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá a su despacho del mencionado proceso, el cual rechazó la demanda incoada por la parte actora R.S.P en contra de la embajada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en donde se pretendía la declaración de la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el primero de mayo de 2007 hasta el 4 de mayo de 2017. Para fundamentar dicha petición, la parte actora sustentó en el escrito de la demanda que prestó personalmente sus servicios como oficial técnico de soporte en sistemas de información en la embajada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, sometido a la subordinación del empleador por lo cual recibió como contraprestación un salario.

También afirmó el demandante, que el demandado incumplió el respeto de las normas laborales colombianas que determinan la obligación de consignar las cesantías y los respectivos aportes al sistema general de seguridad social en el período comprendido entre los años 2007 y 2010, por lo cual le solicito al operador judicial el pago de las prestaciones laborales adeudadas, los perjuicios materiales ocasionados, la sanción moratoria correspondiente por no haber consignado el valor de las mismas en el término estipulado por el legislador, la indemnización por despido sin justa causa, la indexación de las sumas adeudadas, los aportes a Seguridad Social y, las costas del proceso.

El juez laboral, al realizar el análisis previo del cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa procesal laboral para efectuar la admisión de la demanda, considero que era necesario remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia por lo cual, rechazó la demanda y ordenó la respectiva remisión proceso al alto tribunal en su sala laboral. Para ello, tuvo en cuenta el artículo 70 del Código del Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual interpretó de forma sistemática con el artículo 41 de la Ley 6° de 1972 que aprobó la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas suscrita el 18 de abril de 1961, señalando como resultado interpretativo que el competente para él mencionado asunto no era el juez laboral del circuito de Bogotá sino la Corte Suprema de Justicia.

Una vez fue efectuado el envío de las diligencias, la Sala de la Corte al analizar el caso sub examine determinó desde una perspectiva dinámica del derecho que, actualmente

el criterio de inmunidad de jurisdicción absoluta de los estados extranjeros y de sus misiones diplomáticas y oficinas consulares, se ha orientado hacia la aplicabilidad de la costumbre internacional, que determina que el juez laboral del territorio nacional es competente para conocer de los casos en dónde se solicite por el trabajador el pago de las acreencias laborales adeudadas, el reconocimiento de una relación laboral y/o el pago de los perjuicios materiales causados – entre otros – por los Estados extranjeros y sus órganos de representación en el contexto nacional, para lo cual se cimento en la Providencia CSJAL2343-2016; y, adicionalmente señaló, que la corte sólo es competente para conocer del mencionado asunto cuando se encuentra inmerso en la litis un agente diplomático que se encuentre acreditado ante el gobierno.

Ahora bien, en la parte motiva o considerativa del auto antes mencionado (AL250-2018), la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia analiza algunos aspectos trascendentales en torno a las fuentes normativas de la inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros, la consecuente defensa de la inmunidad restringida en materia laboral y, la protección de los derechos humanos y garantías fundamentales, que fueron incorporados en el ordenamiento jurídico interno colombiano por el Constituyente originario o, por medio del proceso de ratificación de tratados internacionales en materia de Derechos Humanos que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad.

En cuanto a las fuentes normativas que tiene la inmunidad jurisdiccional, el auto señaló que los Estados tienen inmunidad sobre los actos *iure imperii*, por ello la costumbre – además de los tratados o convenios – opera como una herramienta de interpretación restrictiva del principio de igualdad soberana de las naciones, que implica que “los jueces del Estado receptor pueden conocer de los pleitos relacionados con los contratos de trabajo que se susciten con embajadas o consulados de países extranjeros” (Corte Suprema de Justicia, 2018), lo cual, por su valor vinculante tiene aplicabilidad directa en el ejercicio de superación del vacío jurídico que dejó en el contexto colombiano la aprobación de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas suscrita el 18 de abril de 1961, y la consecuente negativa del Estado de aprobar la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, aprobada por la Asamblea General

de Naciones Unidas en el año 2004, que determina en su artículo 11 que los jueces laborales tienen la facultad de conocer los litigios relacionados con los contratos de trabajo.

La costumbre, además de ser una fuente formal del derecho internacional, es un importante mecanismo interpretativo vinculante en el derecho interno colombiano, de tipo garantista de los derechos humanos y fundamentales de categoría laboral de los trabajadores de este sector, pues reconoce y acepta la inmunidad jurisdiccional de los Estados como una facultad relativa en conflictos laborales, por ello suple el vacío jurídico antes mencionado en relación con la competencia de los jueces en dichos litigios. Dicha consideración resulta ser trascendental, pues tiene dos consecuencias jurídicas determinantes, por un lado, se encuentra el hecho de que se estaría haciendo más eficaz el proceso de constitucionalización del derecho laboral el cual tiene como premisa la protección y salvaguarda real de los derechos fundamentales y, por otro lado, se encuentra el posible incumplimiento de los compromisos internacionales que el Estado colombiano adquirió con la ratificación de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas suscrita el 18 de abril de 1961 Convención e incorporada al sistema colombiano por medio de la Ley 6° de 1972.

Por dichas razones, la Corte Suprema de Justicia actuando como juez omnisciente y, de manera similar al Juez Hércules planteado por Dworkin en su obra *Los Derecho Enserio* – en donde se considera que el operador judicial debe ser capaz de solucionar los casos difíciles o controversiales, por medio de una construcción teórica coherente y justa – ha justificado y explicado el derecho vigente relacionado con la inmunidad jurisdiccional de los Estados, en sentido amplio desde un paradigma basado en el reduccionismo de la irracionalidad y, en la concepción garantista de las prerrogativas fundamentales como elementos estructurales del Estado Social de Derecho, lo cual en la praxis ha implicado un aumento de protección de los trabajadores y, la aplicabilidad de la teoría del legislador en sentido positivo que a grandes rasgos implica el ejercicio activo del juez en la creación del derecho.

Por dichas razones, sería conveniente que el Estado colombiano reconociera la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 2004 de manera expresa

por medio de la expedición de una Ley que la incorpore al sistema interno, ya que con dicha regulación existiría más seguridad jurídica en torno a la aplicabilidad de la inmunidad jurisdiccional restringida, lo cual generaría de forma simultánea un mayor margen de protección de los derechos constitucionales laborales de los trabajadores que se pueden ver inmersos en un litigio en contra de un agente acreditado como perteneciente a una misión diplomática.

Ahora bien, teniendo en cuenta que por vía jurisprudencial no se puede efectuar la modificación de un tratado que ha sido incorporado en debida forma al sistema interno y, para evitar que el Estado colombiano se vea inmerso en un evento de responsabilidad internacional al dejar sin efectos algunos puntos de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas suscrita el 18 de abril de 1961 Convención e incorporada al sistema colombiano por medio de la Ley 6° de 1972, resulta conveniente, pero más que todo necesario realizar una nota aclaratoria a la mencionada Convención, en donde se manifieste que en nuestro país es imperativo ejecutar medidas que operen como garantías de protección eficaz de los derechos de los trabajadores que laboran para servicios diplomáticos, lo cual deberá ser sustentado y fundamentado con la jurisprudencia que ha sido emitida por la Corte Suprema de Justicia en donde se precisa que la aplicabilidad de la inmunidad jurisdiccional de los Estados debe ser restringida e interpretada a la luz de las costumbre internacional.

Conclusiones

- En el ordenamiento jurídico colombiano se consagra expresa la responsabilidad del Estado que se origina en la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual se aplica a las tres ramas del poder público por postulados como el de soberanía y por el establecimiento de Colombia como un Estado social de derecho en donde la vigencia efectiva y la supremacía que deben tener los derechos consagrados en la Constitución Política, y su respeto y garantía, se garantizan con la reparación y resarcimiento en caso de vulneración, especialmente, cuando se trate de indemnizar daños antijurídicos.
- La responsabilidad del Estado por la vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia ante la imposibilidad de reclamar del directo responsable los

perjuicios irrogados, dada la inmunidad diplomática que poseen las Embajadas de gobiernos extranjeros acreditados en el territorio Colombiano, quebranta el principio de igualdad frente a las cargas públicas, no obstante, la aplicabilidad de la costumbre internacional como principio rector de los tratados por parte de los operadores judiciales en los casos en donde un particular pretende reclamar los derechos laborales que le han sido vulnerados ha permitido que dichos mandatos no pierdan su efectividad y eficacia en los casos concretos pues, a partir de esta se ha concretado el derecho de competencia jurisdiccional en tales eventos.

- La responsabilidad del Estado se configuraba en dicho caso con el título de imputación del daño especial, sin embargo, ahora los jueces como garantes de los intereses de la Administración y, como activistas judiciales han optado por implementar un nuevo paradigma que busca que la interpretación del principio de costumbre mercantil internacional se efectúe desde un punto de vista amplio teniendo como fundamento los derechos e intereses fundamentales y universales.

- Otorgar inmunidad de jurisdicción a los agentes diplomáticos de las embajadas ubicadas en el territorio colombiano genera una tensión entre la condición del diplomático que goza de la inmunidad ante los jueces colombianos y el derecho que tienen todos los residentes en Colombia para accionar ante sus jueces naturales para que se respeten sus derechos, no obstante, dicha tensión actualmente es analizada con un corte garantista teniendo en cuenta especialmente la prevalencia de los derechos humanos y fundamentales que han sido categorizados en el ámbito laboral como elementos y facultades esenciales.

- El Auto AL250-2018. Radicación n.º 79239. Acta 02, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, junto con las sentencias que han sido proferidas por el alto tribunal en su sala plena en torno a la aplicabilidad de la costumbre internacional como un parámetro que limita el principio de inmunidad jurisdiccional en asuntos laborales, constituyen un importante instrumento de interpretación del derecho interno colombiano pues, por un lado cooperan con la solución del vacío jurídico que generó el no reconocimiento de la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 2004; y por

otro lado, permiten la protección de los derechos laborales de los trabajadores de misiones diplomáticas que han sido vulnerados por los empleadores.

- Dicho proceso de creación jurídica por vía jurisprudencial no basta, es necesario que el Congreso realice una nota aclaratoria a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas suscrita el 18 de abril de 1961, en donde se manifieste de forma expresa que en el sistema colombiano y, con ocasión a la protección de los trabajadores del servicio diplomático, se reguló la inmunidad de jurisdicción, lo cual implica que los países suscritos a la mencionada convención deben realizar las respectivas aclaraciones para que se tengan en cuenta y se respeten las garantías fundamentales a dicho sector de la población, lo anterior en aras de no chocar con los instrumentos internacionales, y, en atención a que por vía jurisprudencial no es posible modificar o dejar sin efectos un tratado internacional.

Referencias

- Abbagnano, N. (1998). *Diccionario de filosofía*. México: FCE.
- Acciarri, H. (2013). El análisis económico del derecho de daños. Una aproximación general. En C. Bernal, & F. Jorge, *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual* (págs. 421-451). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Agudelo, O. (Enero - Junio de 2013). El cálculo de las acciones. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 7(1), 1-150.
- Agudelo, O., & Riaño, Á. (2017). Ciudadanía y Nación: Políticas de Control Fronterizo e Inmigración. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 10(2), 57-75.
- Aldunate, E. (2011). Principios jurídicos y neoconstitucionalismo. En F. Carbonell, R. Letelier, & C. Rodrigo, *Principios jurídicos. Análisis y crítica*. Santiago: Legal Publishing- Abeledo Perrot.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. G. Valdés, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Aristóteles. (1992). *Ética Nicomaquea*. (M. A. Marías, Trad.) México: Porrúa.

- Asamblea Nacional Constituyente. (10 de Octubre de 1991). Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional* (114).
- Ávila, H. (2011). *Teoría de los principios*. Madrid: Marcial Pons.
- Barros, B. (1984). Reglas y principios en el Derecho. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social de la Sociedad chilena de Filosofía* (2), 179- 281.
- Bielsa, R. (1694). *Derecho Administrativo* (6ta ed., Vol. III). Buenos Aires: La ley.
- Boff, L. (2003). *Ética y moral: la búsqueda de los fundamentos*. México: Editorial Sal Terrae.
- Bourne, B. (2008). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Brajnovic, L. (1978). *Deontología periodística, Editorial*. Madrid: Universidad de Navarra.
- Cançado, A. (2013). *El deber del Estado de proveer reparación por daños a los derechos inherentes a la persona humana: génesis, evolución, estado actual y perspectivas* (Vol. 10). (S. A. Militello, Trad.) Buenos Aires: Doctrina CIDH.
- Carrió, G. (1970). *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Cobo, M. (2011). *La invención del Derecho en Aristóteles*. Madrid: Dykinson.
- Consejo de Estado. (2006). *Exp. No. 14400 del 11 de mayo. C.P: Ramiro Saavedra Becerra*.
- Consejo de Estado. (2008). *Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 de junio. Expediente. 14999. C.P. Ramiro Saavedra Becerra*.
- Consejo de Estado. (2011). *Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 19 de agosto. Expediente: 63001-23-31-000-1998-00812-01(20144). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa*.
- Consejo de Estado. (2013). *Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de abril, exp. 27.720. M.P. Enrique Gil Botero*.
- Corte Constitucional. (2004). *Sentencia C- 459. Expediente D-4910. M.P: Jaime Araújo Rentería*.
- Corte Constitucional. (2011). *Sentencia C-644. Expediente D-8422. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio*.

- Corte Constitucional. (2016). *Sentencia T - 291. Expediente T-5.350.821. M.P.: Alberto Rojas Ríos.*
- Corte Constitucional. (2017). *Sentencia C-006. Expediente D-11481. M.P: María Victoria Calle Correa.*
- Corte Suprema de Justicia. (2005). *Sentencia 25.679. M.P: Francisco Javier Ricaurte Gómez.*
- Corte Suprema de Justicia. (2016). *Sentencia 74637. M.P: Gerardo Botero Zuluaga.*
- Corte Suprema de Justicia. (2018). *Sala Laboral. Auto AL250-2018. Radicación n.º 79239. Acta 02.*
- Cortina, A. (1993). *Moral dialógica y educación democrática en la ética aplicada y democracia radical.* Madrid: Tecnos.
- Cortina, A. (1996). *El quehacer ético.* Madrid: Santillana.
- Cupis, A. d. (1970). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil* (2º ed.). (Á. Martínez, Trad.) Barcelona: Casa Editorial Bosch.
- Díaz, S. (2011). *Responsabilidad del Estado por Daño Especial.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Durkheim, E. (1993). *La división del trabajo social.* México: Colofón.
- Dworkin, R. (1977). *Los derechos en serio.* (M. Guastavino, Trad.) Barcelona: Ariel Derecho.
- Esguerra, J. (2004). *La Protección Constitucional del Ciudadano.* Bogotá: Legis.
- Esguerra, J. C. (1991). *Propuesta de artículo constitucional sobre responsabilidad del Estado. Comisión primera.* Recuperado el 183 de junio de 2018, de Banco de la República:<http://babel.banrepcultural.org/cdm/collection/p17054coll28/id/372/rec/120>
- Falla, F. (1989). La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del estado. *Revista de Administración Pública* (119), 7-45.
- Galán, R. (2016). Entre justicia y moralidad: criterios metateóricos en cuanto a la justicia. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 10(2), 103-118.

- García, A. (2013). Sobre algunos mitos del derecho de daños. Causas que no causan imputaciones objetivas bastante subjetivas. En H. Guardia, *Derecho de daños* (págs. 65-142). Cizur Menor: Aranzadi.
- García, H. (1997). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Santiago de Chile: Editorial jurídica cono Sur.
- García, M. C. (1999). *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*. Madrid: Marcial Pons.
- Gil Botero, E. (2010). *Responsabilidad Extracontractual del Estado* (4ta ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Gil, E. (2013). La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. En C. Bernal, & J. Fabra, *La filosofía de la responsabilidad civil* (págs. 470-490). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gil, E. (1989). *Responsabilidad Contractual de la Administración Pública*. Bogotá: Temis.
- Hegel, G. (1993). *Filosofía del derecho*. Madrid: LIBERTARIAS-PRODHUFI.
- Henao, J. C. (1998). *El daño* (1° ed.). Bogotá: Universidad Externado.
- Henao, J. C., & Ospina, A. (2015). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Universidad externado de Colombia.
- Hinestrosa, F. (1967). *Derecho de obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kant, M. (1921). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* (Primera ed.). (P. R. Barbosa, Ed., & M. G. Morente, Trad.) San Juan, Puerto Rico: Creative Commons.
- Keren-Paz, T. (2013). La concepción de la justicia correctiva en el derecho de daños según Riesgos y daños: ¿demasiado o muy poco? En D. M. Papayannis, *Derecho de daños, principios morales y justicia social* (págs. 127-152). Madrid: Marcial Pons.
- Laferrère, E. (1972). *Traite de la juridicción administrativa et des recurso contentieux* (Vol. 68). (J. A. Pastor, Trad.) Bogotá: LGDJ.
- Lagier, D. (1995). *Acción y norma en Georg Henrik Von Wright*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Leiva, E. (2010). *La responsabilidad del Estado por el hecho del Legislador - Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Bogotá: Ibáñez Editores.

- León, J. (2017). Operatividad lógica de los sistemas maestros. En O. A. León, M. Prieto, & Y. Reyes, *Lógica aplicada al razonamiento del derecho* (2da ed., págs. 83-106). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Maliandi, R. (2004). *Ética conceptos y problemas*. Buenos Aires: Biblos.
- Mathieu, E. (2010). *Inmunidad de Jurisdicción de los Estados* (1 ed., Vol. 1). Bogotá.
- Margarita, B. (1994). *Los principios jurídicos*. Madrid: Tecnos.
- Marienhoff, M. (2014). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Muinel, S. (2011). *La invención del Derecho en Aristóteles*. Madrid: Dykinson.
- Nino, C. S. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. (M. Valls, Ed., & R. Saba, Trad.) Barcelona: Gedisa.
- Oliván, L. (1935). *Curso de Derecho Internacional Público* (3° ed.). Madrid: Trotta.
- Orjuela, W. R. (2016). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes* (3° ed.). Bogotá: ECOE ediciones.
- Penagos, G. (1989). *Curso de Derecho Administrativo. Parte especial aumentada y actualizada* (2da ed., Vol. II). Bogotá: Ediciones librería del profesional.
- Petzold, P. (1974). *La noción de igualdad en el derecho de algunos Estados de América Latina*. Maracaibo: Universidad de Zulia. Centro de estudios de filosofía del derecho.
- Prieto, L. (1992). *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Rojas, C. (2000). *El asombro del pensar la filosofía en el ámbito de las humanidades*. San Juan, Puerto Rico.: Isla negra Editores. Colección academia contemporánea.
- Rosavallon, P. (1995). *La nueva cuestión social*. Buenos Aires: Manantial.
- Ross, A. (1973). *Sobre el Derecho y la justicia* (II ed.). (G. Carrió, Trad.) Buenos Aires: Eudeba.
- Rubio, F. (1993). *La forma del poder estudio sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Saavedra, R. (2003). *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

- Solórzano, N. (2013). El tribunal europeo de derecho humano a la luz del protocolo 14. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 7(1), 71-85.
- Tamayo, J. (1997). *La Responsabilidad del Estado: El Daño Antijurídico, el Riesgo Excepcional y las Actividades Peligrosas* (Vol. XIV). Bogotá: Temis.
- Tezano, J. (2002). *Clase, estatus y poder en las sociedades emergentes*. Madrid: Sistema.
- Zambonino, M., & Restrepo, M. (2010). *Sistemas de garantías de los ciudadanos ante las administraciones públicas*. Madrid: Iustel.
- Zan, J. (1993). *Libertad poder y discurso*. Buenos Aires: Almagesto.
- Zan, J. (1999). *Identidad y universalidad*. Barcelona: Erasmus.