

Precedente Judicial: una Reevaluación Teórica para los Derechos Humanos

Carlos Eduardo Bohórquez Caro

Trabajo de grado para optar por el título de Magíster en Derecho Público

Dirigido por:

Carlos Alberto Cárdenas

Doctor en Derecho

Universidad Santo Tomás

Facultad de Derecho

Bogotá

2020

PRECEDENTE JUDICIAL Y DERECHOS HUMANOS

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	10
Capítulo I: El precedente jurisprudencial	15
1.1. Sistema Jurídico del <i>common law</i> como base para el trasplante jurídico del precedente judicial en Colombia	15
1.1.1. Antecedentes.	15
1.1.2 Origen.....	17
1.1.3. Noción y naturaleza.....	17
1.2. Aspectos Conceptuales del Precedente Judicial y de la Jurisprudencia.	19
1.2.1. Concepto de Jurisprudencia.	19
1.2.2. Concepto de precedente Judicial.....	21
1.3. Elementos estructurales del Precedente Judicial.....	23
1.3.1. <i>Decisum</i>	25
1.3.2. La ratio decidendi.....	27
1.3.3. Criterios de identificación de la ratio decidendi.....	29
1.3.4. Las obiter dicta:	31
1.4. El precedente Judicial como Fuente del Derecho.....	34
Capítulo II: El precedente Judicial en la Corte Constitucional	38
2.1. Análisis conceptual del Precedente Judicial desde el punto de vista del Alto Tribunal Constitucional	38
2.2. Principios que justifican la aplicación del precedente judicial en la jurisprudencia de la Corte Constitucional	43
2.2.1. Principio de igualdad.....	46
2.2.2. Principio de Confianza Legítima.	50

PRECEDENTE JUDICIAL Y DERECHOS HUMANOS

2.2.3. La seguridad jurídica.....	52
2.3. Clasificación del precedente Judicial planteada por la Corte Constitucional	56
2.3.1. Precedente judicial vertical.	58
2.3.2. Precedente judicial horizontal.	59
2.4. Carácter vinculante del precedente Judicial.....	61
2.5. Deber de los jueces de aplicar el precedente Judicial	68
2.5.1. Sobre el delito de prevaricato por desatender el precedente judicial.	70
2.6. Cambio de precedente.....	72
2.7 Acción de Tutela contra providencia judicial por desconocer el precedente judicial.....	79
Capítulo III. Derechos Humanos una Nueva Perspectiva de Aplicación en Colombia	82
3.1. Aproximación a una Definición de Derechos Humanos.....	82
3.2. De los derechos Humanos y su diferencia con los derechos fundamentales	93
3.3. La Importancia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la Protección de los Derechos Humanos	96
3.3.1. Control de Convencionalidad.....	97
3.3.2. Control de constitucionalidad	101
3.4. Función Contenciosa de la Corte Interamericana de derechos Humanos.....	102
3.5. Elementos de reconocimiento en la competencia de la Corte IDH	103
3.5.1. De Los compromisos de los Estados.....	105
3.6. Dos visiones de las sentencias de la Corte IDH.....	106
3.6.1. Colombia y las sentencias de la Corte IDH	107
3.7. Bloque de Constitucionalidad y el Precedente internacional de la Corte IDH.	111
3.8 Criticas Finales al Valor Jurídico de las Sentencias de la Corte IDH.....	114

PRECEDENTE JUDICIAL Y DERECHOS HUMANOS

3.9 Una Visión Internacional: algunos casos exitosos de aplicación y cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH	118
Conclusiones	124
Bibliografía	136

Índice de Tablas

Tabla 1.....	95
Tabla 2.....	113

Introducción

El respeto por los derechos humanos en Colombia pasa por una evidente crisis. La sociedad civil, las organizaciones defensoras, la rama judicial, la academia y diversos funcionarios del Estado, han mostrado su preocupación por el creciente número de líderes sociales y defensores de derechos humanos asesinados en Colombia. Por otro lado, a pesar del esfuerzo masivo por consolidar la paz en Colombia, la guerra y el narcotráfico siguen siendo realidades complejas que traen consigo, vulneraciones masivas a los derechos humanos. Mientras lo anterior sucede, la ciudadanía tiene una percepción de inseguridad general frente a la protección de los derechos por la vía judicial, en la última investigación realizada por Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad (Uprimny, et al., 2017, pp. 1-11) que realizó una encuesta nacional de necesidades jurídicas, arrojó en sus análisis que, la resolución de los conflictos por las vías del sistema de justicia es de tan solo el 13% de los casos. Estos problemas señalan, en un nivel multidimensional, la importancia de defender los derechos humanos en Colombia, asimismo, la necesidad de fortalecer el sistema de justicia y las herramientas que el ordenamiento jurídico y los jueces necesitan, para garantizar el cumplimiento de los derechos humanos de una manera más ágil y estén acordes con el cumplimiento de los distintos tratados internacionales ratificados por el Estado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, como único tribunal en materia de derechos humanos de América, a la fecha ha emitido 39 sentencias contra Colombia, 114 medidas provisionales y existen actualmente 4 casos en trámite a la espera de una sentencia, siendo uno de los países con más casos registrados y con mayor número de pronunciamientos,

superando a países como Brasil, que tiene casi 3 veces el territorio colombiano, o Argentina que atravesó por una dictadura (Corte IDH, 2020).

Este cuerpo colegiado ha estudiado, interpretado y dado lectura oficial a la Convención Americana de Derechos Humanos y a sus protocolos durante muchos años, su trayectoria refleja el trabajo judicial, investigativo y de personal humano que ha consolidado a la Corte IDH como un importante referente del derecho internacional, además convertirse en un implacable órgano de memoria histórica, instrumento que afianza la defensa de las democracias y los derechos políticos, defensor de las víctimas de la violencia en América, garante de la no repetición de actos que vulneran los derechos humanos, y en muchas ocasiones, en la única salida judicial para la protección de los derechos humanos de las comunidades o personas víctimas.

No obstante, y a pesar de que en países como México, den pasos importantes para afianzar el trabajo que ha desarrollado la Corte IDH reconociendo, de manera íntegra, las decisiones del ente (incluso en casos en donde México no ha sido parte) (Lagner, 2015, p.1) Colombia y otros países de la región, ponen trabas, a través de figuras jurisprudenciales e interpretaciones legislativas, que restan valor jurídico a la interpretación oficial de la Convención Americana de Derechos Humanos y sus protocolos.

Teniendo en cuenta lo anterior, la presente investigación, plantea un nuevo escenario teórico en materia de derechos humanos. El objetivo general es: configurar la institución del precedente jurisprudencial en relación a las sentencias de la Corte IDH, con el fin de reconocer en este órgano la lectura oficial de la Convención Americana de Derechos Humanos, con el fin de consolidar los principios de igualdad y seguridad jurídica en materia de derechos humanos, y desmitificar con elementos conceptuales y argumentativos, la interpretación que señala la

vinculatoriedad directa solo con los pronunciamientos donde Colombia haya sido parte de un juicio contencioso.

La historia jurídica de Colombia, deja ver la intención de traducir diversos sistemas universales de derechos y figuras jurídicas a la lectura local. La tradición jurídica colombiana refiere que, el país ha pasado de un sistema como el *civil law* cuyo efecto es el sometimiento al imperio de la ley, a una mixtura de elementos, instituciones y figuras traídas del *Common law* contextualizadas a nuestra realidad. Con la creación de la Constitución Política de 1991 se abrió el debate del Estado Social de Derecho, y en esta medida han sido muchos los cambios importantes en la forma de ver la justicia y de argumentar las decisiones, por estas razones la Corte Constitucional transformó de manera importante el derecho en Colombia con figuras jurídicas tales como la *ratio decidendi*, la *obiter dicta*, *decisum* etc., trasplantadas del sistema de *common law*. El precedente judicial, tiene el mismo origen, y su finalidad es alcanzar los principios de seguridad jurídica y derecho a la igualdad, bajo la pretensión de proteger derechos en casos donde la argumentación utilizada para saldar un problema jurídico determinado ya esté consolidada, objetivos que ,contrario sensu y a la realidad, parecen ser pasados por alto, por algunos de los operadores judiciales, a pesar de la amplia jurisprudencia sobre el tema, sumado a lo anterior, se puede observar que las providencias en materia de derechos humanos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no son estudiadas desde la teoría del precedente, sino con otros criterios de adecuación al sistema jurídico colombiano, estas particularidades abren una posibilidad académica de plantear la idea de un precedente judicial internacional, que se desarrollará a lo largo del presente texto.

El documento está dividido en tres capítulos, en los capítulos I y II se desarrolla el estudio del precedente, con el fin de determinar su origen y la forma en que se comporta dentro del

sistema jurídico colombiano. Este primer aspecto permite entender en términos académicos, dogmáticos, y jurídicos, la figura del precedente en Colombia, su importancia para la protección de los derechos, así como la jurisprudencia que lo define y configura y, algunas reglas importantes para su aplicación.

Uno de los fenómenos jurídicos más estudiados por el neo-constitucionalismo ha sido, precisamente, la búsqueda de una identidad en las constituciones contemporáneas que permita mediar las garantías a las que los Estados se comprometen, con la ratificación de un tratado internacional, y las fuentes del derecho interno y su propia constitución, con el fin de interpretar los derechos de una manera distinta, buscando que la argumentación, la ponderación y la razonabilidad de los operarios judiciales, a la hora de fallar, esté nutrida con los suficientes elementos lógicos para resolver sus juicios.

En el capítulo III se desarrollan dos objetivos a saber: *conceptualizar una visión propia de los derechos humanos y su importancia social y jurídica en un sistema de derechos; * plantear la discusión de fuentes de derecho, en donde las sentencias de la Corte IDH tengan una nueva connotación, al punto de ser consideradas como precedentes, de obligatorio cumplimiento para todos los jueces, dejando claro que la interpretación y conceptualización de los tratados y protocolos que estudia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no requiere de ninguna clase de adecuación o interpretación por parte de órganos nacionales. Finalmente, se presentan una serie de ejemplos de adecuación de las sentencias de la Corte IDH en países que como México y Chile las han adoptado plenamente, sin restricciones modales o interpretativas.

La hipótesis de trabajo de la presente investigación, parte de la premisa de que la interpretación que hace la Corte IDH, sobre los derechos humanos, no es circunstancial, ni relativa, por el contrario, , la parte interpretativa de cualquier sentencia de la Corte IDH debe

hacer parte efectiva del derecho propio de cada país, y para que eso ocurra en Colombia, las sentencias de la Corte IDH deben constituirse en precedentes internacionales de obligatorio cumplimiento, para que de este manera, se consoliden como garante de los derechos humanos en la jurisprudencia interna colombiana. .

El modelo metodológico empleado para el desarrollo de la presente investigación es mixto, porque se hace uso de varias herramientas de investigación, a saber: 1. Descripción conceptual, a partir de la cual se busca el marco doctrinal desde el cual se aborda el problema de estudios, y se definen los conceptos básicos. 2. Rastreo bibliográfico o de las fuentes, con el que se busca hacer un análisis de las distintas fuentes, en las que se condensan o se aclaran los conceptos básicos (sentencias, tratados, artículos, Constitución Política entre otros) dentro de la jurisprudencia nacional y los marcos jurisprudenciales internacionales. 3. Finalmente, a modo de estudios de caso se hace la descripción de los sistemas que adoptaron las sentencias de la Corte IDH plenamente. Por la naturaleza del tema, fue de suma importancia el uso de fuentes que, desde la filosofía del derecho y la historia, dieron luces en la comprensión de los conceptos (específicamente el de derechos humanos).

Capítulo I: El precedente jurisprudencial

1.1. Sistema Jurídico del *common law* como base para el trasplante jurídico del precedente judicial en Colombia

En este capítulo se presenta el estudio del precedente, a través de la ubicación de aspectos esenciales tales como su origen, su definición y naturaleza, los aspectos conceptuales más importantes del precedente judicial y de la jurisprudencia, así como sus especificidades al interior del sistema jurídico colombiano.

1.1.1. *Antecedentes.*

Uno de los elementos característicos del sistema jurídico colombiano, es la influencia del derecho inglés y, de otros países de tradición anglosajona que, en la consolidación de sistemas normativos, crearon y adoptaron una doctrina jurídica para estudiar y aplicar el derecho, conocida como *common law*. Su inicio se remonta al siglo XII en Inglaterra, durante los reinados de Enrique I y Enrique II quienes, luego de consolidar el poder político y territorial de Normandía, quisieron establecer a través de distintos documentos, una serie de libertades y garantías que permitieran a la Corona disputar, por medio de los Tribunales Reales, las funciones administrativas y judiciales, que para entonces eran controladas por los señores y barones de cada territorio (Jaramillo, et al., 2018.p. 107). De esta manera, se fueron estableciendo leyes comunes en todos los tribunales reales, que permitieron dar un estándar de juzgamiento más o menos homogéneo en todo el reino, o por lo menos, con la pretensión de homogeneidad, de ahí

nace la ley común entre los tribunales del reino, para luego transformarse en un complejo sistema de normas con la pretensión de un solo estándar de justicia.

Dicha doctrina, como toda construcción teórica, está organizada por diversas instituciones que caracterizan y dan forma a la idea principal del *common law* o derecho común, entre sus principales características se resaltan tres: 1. “No siempre existe una constitución escrita o leyes codificadas” (Word Bank, 2016, p. 1) a diferencia de otros sistemas jurídicos, donde la positivización del derecho a través de textos es estrictamente necesaria; 2. La amplia libertad individual, lo que se traduce, por ejemplo, en pocas restricciones a la liberalidad de las partes a la hora de contratar, o en el respeto por la libre decisión de los individuos con relación a su culto, a sus finanzas, etc.; 3. “Las decisiones judiciales son forzosas - las decisiones del tribunal de última instancia pueden ser anuladas por el mismo tribunal o a través de legislación; generalmente, todo está permitido si no está prohibido por ley” (Word Bank, 2016, p. 1).

La doctrina del *common law*, es un referente del denominado precedente judicial, que ha tenido aplicación en el derecho romano germánico como en el colombiano, ya que el *common law*, es un derecho basado en las decisiones de los jueces que se ha venido tomando por muchos años, a través de la codificación y que se materializan en la resolución de los casos. De lo anterior se puede resumir que, el juez tiene un papel complejo, pero a la vez fundamental, posicionando sus decisiones, como fuente del derecho mismo y resaltando su ejercicio más allá de una simple pieza del sistema jurídico. No obstante, esta práctica, pese a que hace parte del modelo asumido parece estar desvinculada del ejercicio en Colombia y, que diversas oportunidades son degradadas a la simple operación casi matemática, en la toma de decisiones.

1.1.2 Origen.

Hasta el siglo XVIII se puede afirmar que, como un ejercicio orgánico, estructurado y serio de normas, sólo existía el derecho inglés. René refiere que el *common law*, como concepto formador del derecho se ligó a las instituciones normandas, hasta el año 1066 y, posteriormente, comenzó una segunda etapa del derecho que se mantuvo hasta 1485 que fue conocida como el sistema de derecho nuevo que “era común a todo el reino y se desarrolla y substituye a las costumbres locales” (René, 2010, p. 211).

La formación del *common law*, no desconocía el derecho dado por el órgano legislativo y por el rey, por ello, ante la ausencia de una ley, como lo afirma Jolowicz:

Sir William Blackston, Juez quien fue el primer profesor de derecho inglés, más de un siglo después habló de las decisiones judiciales como “la prueba principal y de máxima autoridad que puede darse sobre la existencia de una costumbre, que forma parte del Common Law” (Jolowicz, 1967, p. 505)

1.1.3. Noción y naturaleza.

La regla general del *common law* como pensamiento jurídico o sistema legal, en la tradición angloamericana, consiste en seguir rigurosamente las decisiones judiciales comprendidas en la doctrina de precedentes (*doctrine off precedent*), llamada a veces también como *stare decisis*, basada históricamente en la teoría de la supremacía del derecho. Este sistema legal tiene dos características: a. un elemento antiguo, tradicional y habitual, sobre el cual se procede por analogía y por lógica, y que atiende de manera precisa, a los hechos del pasado y experiencias de justicia, como si tratara de releer el derecho, b. un elemento estatutario, si se quiere, imperativo, que parece tender a ser un elemento predominante (cf. Santapinter, 1956). Para Simon Whittaker el derecho inglés,

principal sistema jurídico dentro del *common law*, basa su sistema del precedente en la máxima latina “*stare decisis et non quieta movere*” y que normalmente se abrevia en la forma “*stare decisis*” de este modo la base del precedente reside en la certeza y el concepto de “justicia” en la ley, en la que no existe único texto en el *common law*, si no de recopilación de sentencias que abarcan un periodo que puede extenderse durante más de dos siglos[...] el *stare decisis* del *common law* se basa, por tanto, en el carácter práctico de los diferentes casos juzgados en el *common law*. Ante esta situación, el jurista del *common law* se encuentra ante un sistema menos férreo y carente de rigidez, en donde prima la decisión del Judge, basada en casos con situaciones jurídicas similares juzgado en ese momento; un Judge de manera individual, considerando los precedentes, dicta un fallo. Durante siglos los Judges se han situado en la primacía de un razonamiento jurídico que, en palabras de Sir William Blackstone, pasaron a ser los “oráculos vivientes” del derecho: “en verdad los jueces hacen y cambian el derecho. La totalidad del *common law* es creación del Juez y, solo mediante la modificación judicial en el derecho, el *common law* conserva su vigencia en un mundo cambiante” (Whittaker, en Godoy, 2019, p. 521).

Ahumana, siguiendo a Poud, afirma que el *common law*:

Es un modo de pensamiento jurídico, una manera de argumentar y una forma de tratamiento de problemas legales, antes que un cuerpo de reglas definidas y más o menos fijas, un método capaz de modelar normas, cualquiera sea su origen para adecuarlas a sus principios. Por tanto, la aparición de precedentes constitucionales como la aparición de una constitución no es más que la consecuencia de la aplicación judicial de la Constitución de acuerdo con la técnica de la *common law adjudication* (Ahumana, 2003, p. 351).

Por su parte Kemp, (1969) examina que, solo hacia 1883 se reconoció que las decisiones de los tribunales más altos, vinculaban a los tribunales inferiores, a menos que fueran claramente irrazonables e inconvenientes, y que ningún juez estaba en libertad de apartarse de un principio establecido una vez, simplemente en base a que no fuera tan conveniente y razonable, como él mismo hubiera imaginado, y ya para mediados del siglo XIX se simplifica el sistema de la judicatura con las siguientes reglas:

a) Todo tribunal está vinculado por las decisiones de los tribunales superiores y las cámaras de los Lores y el Tribunal de Apelación están obligados por sus propias decisiones, aunque con ciertas excepciones concretas en el Tribunal de apelación, b) cualquier opinión relevante de un tribunal constituye un argumento fuerte que merece una respetuosa consideración, c) Un juicio tiene autoridad únicamente en cuanto a su *ratio decidendi*, d) Un precedente no se deroga con el transcurso del tiempo, e) Los precedentes muy antiguos

no son en la práctica comúnmente aplicables a las circunstancias modernas., f) Puede citarse un precedente de cualquier fuente que el tribunal considere fidedigna (Kemp, 1969, p. 58).

Garapón y Papadopoulos (2006) señalan que la jurisprudencia es la principal fuente del derecho, y designa el conjunto de reglas susceptibles de ser subsumidas, a partir de decisiones particulares. En el fondo del *common law* se encuentra, entonces la regla del precedente.

1.2. Aspectos Conceptuales del Precedente Judicial y de la Jurisprudencia.

En el presente acápite se llevará a cabo un análisis conceptual desde el punto de vista doctrinal de las figuras jurídicas del precedente judicial y jurisprudencia, adoptando una metodología teórico- descriptiva, para una mayor comprensión de los conceptos básicos que se emplean en esta investigación.

1.2.1. Concepto de Jurisprudencia.

En principio, podría entenderse por jurisprudencia a un conjunto de sentencias emitidas por las autoridades judiciales, encargadas de aplicar las normas jurídicas, e interpretar derechos, en los casos que presentan los mismos supuestos trazando con ello, una línea argumentativa, hasta que ésta presente un giro o cambio de tesis hermenéutica normativa.

El vocablo jurisprudencia, como tal, proviene del latín *jurisprudencia*, el cual se compone de las raíces latinas *ius*, derecho y *prudens, tis*, sabiduría o conocimiento. Desde el punto de vista etimológico significa sabiduría del derecho, en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra jurisprudencia proveniente del latín *ius prudentia*, debe ser entendida, por un lado, como ciencia del derecho, consistente en el conjunto de sentencias propias de los

tribunales judiciales y doctrina que contienen, y por el otro, como criterio sobre un problema jurídico establecido por diversas sentencias que presentan similitudes (RAE, 1992).

En un sentido general, se ha dicho que la palabra jurisprudencia es definida como el conjunto de providencias (sentencias o autos), dictados por los órganos jurisdiccionales del Estado; mientras que, en sentido restringido, se entiende como el conjunto de sentencias uniformes que orientan la actividad judicial y que fijan una regla del derecho. Para doctrinantes como Alejandro Nieto, la palabra jurisprudencia presenta dos acepciones principales, la primera se encuentra vinculada con la idea de conocimiento del derecho, y la segunda, tiene que ver con la actividad de los órganos jurisdiccionales. Esta última contiene a su vez tres significados que consisten en lo siguiente:

El primero de ellos alude al conjunto de fallos o decisiones de un tribunal de justicia cualquiera, que han sido dictados sobre una similar materia o asunto, sobre la base de aplicar un mismo criterio acerca del derecho concerniente a esa materia y al modo como debe interpretárselo. El segundo se utiliza para aludir a una serie de fallos concordantes dictados por los tribunales superiores de justicia en casos o asuntos similares, los cuales permiten establecer el o los criterios que esos tribunales observan uniformemente en presencia de casos similares. Y finalmente, un tercer uso de la palabra jurisprudencia hace referencia a “las normas jurídicas concretas y singulares que producen los jueces por medio de las sentencias con las que ponen término a las controversias y demás gestiones que ante ellos se promueven. (Squella, 2002, pp. 260-267)

Siguiendo esta última definición, a palabra jurisprudencia hace alusión a un criterio o línea decisoria mantenida en el tiempo, en presencia de casos semejantes, sostenida por cualquier tribunal y en especial por los tribunales superiores de justicia. Es decir, es un criterio constante y uniforme de aplicar el derecho mostrado en las sentencias, generalmente emitidas en los tribunales superiores (entiéndase Altas Cortes). Por tanto, “jurisprudencia” y a lo que se alude con ella, se diferencia del precedente en que, éste posee carácter vinculante y la jurisprudencia no, y en que para que exista precedente, basta una sentencia anterior en un sentido determinado;

en cambio, para que exista jurisprudencia, es necesario la reiteración de fallos en un mismo sentido (González, 2007, p. 7). No obstante, la jurisprudencia no tiene el carácter de vinculatoriedad para los jueces, pues en palabras del jurista Diego Eduardo López Medina, en su libro *El Derecho de los Jueces*, “la jurisprudencia ha sido tradicionalmente definida en Colombia como fuente meramente auxiliar o secundaria del derecho” (López, 2012, p.40).

En este punto, es válido traer a colación una definición concreta del término jurisprudencia, que recoge los planteamientos antes señalados:

Por jurisprudencia no debe entenderse cualquier aplicación del derecho en forma aislada, sino la repetida y constante, uniforme, coherente, de tal modo que revele un criterio o pauta general, de aplicar las normas jurídicas. La jurisprudencia se inspira en el propósito de obtener una interpretación uniforme del derecho en los casos que la realidad presenta a los jueces y en designar el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales. (Cienfuegos, 2005, p.80).

De lo anterior, es pertinente concluir, que la expresión “jurisprudencia”, se utiliza para indicar el contenido de las decisiones de los tribunales jurisdiccionales y que sirven de fundamento para resolver cuestiones análogas o semejantes, en otras palabras, es empleada como criterio de interpretación por parte de los operadores judiciales, para la aplicación de normas jurídicas, y el reconocimiento de derechos que, además, deben prevalecer en las providencias de los tribunales de superior jerarquía.

1.2.2. Concepto de precedente Judicial.

En términos generales, el precedente judicial debe comprenderse como aquellas decisiones que, de manera previa, han sido instituidas para casos semejantes a las cuales se les otorga un valor vinculante (Atianza, 1993, p. 6). Desde el punto de vista restrictivo, se entiende

por precedente, el supuesto ya resuelto en un caso similar (Diez, 1982, p. 7) el cual goza de relevancia jurídica (Castillo, 2008, p. 4).

Adoptando la tesis de Michele Taruffo: “el precedente, hace referencia a una decisión, relativa a un caso particular, mientras que cuando se habla de Jurisprudencia, se hace referencia a una pluralidad, a menudo bastante amplia, de decisiones relativas, a varios y de esos casos concretos” (Taruffo, 2010, p. 87). En otras palabras, es posible entender el precedente judicial, como aquellas decisiones judiciales emitidas con anterioridad, que representan de alguna manera, cierto valor para el juez a la hora de resolver situaciones jurídicas, este valor no es un simple argumento con relación a un derecho, sino que debido a su trascendencia para la lectura del derecho no se puede ni se debe dejar pasar como aspectos complementarios, sino que se deben asumir como una base sólida para impartir justicia. Ahora bien, la noción de precedente, con base a la doctrina, predica el cumplimiento de una serie de requerimientos o aspectos, de los cuales se distingue su origen así:

- a) Cuando se refiere a cualquier sentencia o auto sin distinción, el operador escoge alguna cuando se presenta similitud con otro caso concreto y se le denomina precedente- sentencia;
- b) Cuando se refiere a una parte de la sentencia decisoria y c) cuando se refiere a una parte de la decisión o sentencia a la cual se le denomina *ratio decidendi*, la que establece una norma aplicable al caso concreto. El precedente es una técnica de argumentación, que permite evaluar, ponderar, analizar las razones por las cuales una determinada resolución judicial (llámese auto o sentencia), influye en un caso posterior y resulta determinante para el Juzgador (Castillo, 2008, p. 6).

Para González¹ el precedente: “en la tradición romano germánica no ha sido clasificado como fuente del derecho, sin ningún efecto vinculante, puesto que las sentencias proferidas por

¹ Dice Viviana Andrea González, citando a Gastón Abellán Marina, en su libro La técnica del precedente y la argumentación judicial, que “la raíz está en la revolución francesa donde se produce una fuerte reacción contra la admisión de la jurisprudencia como fuente del derecho, debido principalmente, a la supremacía otorgada a la ley, y al

las Cortes tienen apenas un valor persuasivo y carácter argumentativo de los jueces inferiores” (González Bahamonte, 2007, p.4).

Así las cosas, el precedente judicial es una institución jurídica de gran valor, que está compuesta de un conjunto de criterios derivados de las resoluciones judiciales que juega un papel relevante en los sistemas jurídicos y que, en virtud de su naturaleza, se convierten en una regla del derecho que determina el sentido de una decisión judicial.

1.3. Elementos estructurales del Precedente Judicial

En este apartado se abordarán los elementos constituyentes propios del precedente judicial, a partir de la jurisprudencia constitucional, sobre la cual el alto Tribunal Constitucional ha sentado una línea jurídico-argumentativa, que permite identificar, sin mayor esfuerzo, los eventos en los que se está en presencia de un precedente judicial, con el cual el operador judicial pueda aplicar la norma e interpretar derechos.

La Corte Constitucional mediante Sentencia T 292 de 2016 dispuso dentro de los criterios a tener en cuenta por parte del juez, para determinar si el caso es aplicable o no, o si esa sentencia anterior constituye un precedente, los siguientes aspectos:

(a) que, en la sentencia, la *ratio decidendi* se encuentre una regla jurisprudencial aplicable al caso a resolver (b) que esa ratio resuelva un problema jurídico semejante al propuesto al nuevo caso (c) que los hechos del caso sean equiparables a los resueltos anteriormente (Sentencia T-292, 2016).

dogma de la separación de poderes y, por tanto, a la separación entre creación y aplicación de normas. A partir de esto, a los jueces sólo se les asignó la función de juzgar y de hacerlo con sujeción estricta a la ley, quedando la creación de las normas reservada al poder legislativo. A esto hay que agregar la desconfianza que existía hacia los jueces, vinculados al antiguo régimen, lo que depositó la legitimidad de la decisión democrática al parlamento, además la creencia, inspirada por la forma de pensar racionalista de filósofos y juristas, de que se podían crear códigos perfectos, cerrados y completos, capaces de suministrar todas las soluciones posibles y que, por tanto, las normas no requerían interpretación. De este modo, a partir de la revolución se consagra el principio de que los jueces no pueden dictar normas generales y sus sentencias solo sientan derecho respecto a los casos concretos que deciden” (González, 2007, p. 10).

En este orden de ideas, debemos partir de la base de cuáles serían los elementos que conforman una sentencia, pues por medio de ello el juez, cuando trata de resolver un nuevo caso, debe concretar y deducir la *ratio decidendi*, es decir esa regla jurisprudencial o regla del derecho, y una vez determinado el problema jurídico semejante o análogo, aplicarlo siempre y cuando, los hechos del caso guarden una similitud, de tal manera que solo quede un margen limitado de discrecionalidad en su apreciación.

En este punto, resulta pertinente traer a colación la Sentencia T 433 de 2018 mediante la cual el máximo Tribunal Constitucional determinó los elementos que conforman un precedente, o las partes de una sentencia constitucional que se califican como tal:

(i) ***el decisum***, también denominado parte resolutive, la cual obliga, o regla general a las partes de un proceso; (ii) ***la ratio decidendi***, que se refiere a los argumentos que tratan estricto nexo causal con la decisión, es decir la “regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive y, por último, (iii) ***los obiter dicta*** que son razones que ayudan al juez a tomar la decisión, pero que no es fundamento de esta última, por lo que no pueden ser usados como precedentes para otros casos” (Sentencia T-433, 2018).

Al respecto, la Corte Constitucional ya había establecido los aspectos que constituyen la estructura de una sentencia, para que ésta se conformara de consideraciones, que sirvieran de base para el juez constitucional, a la hora de tomar una decisión, como son: *decisum* o la decisión del caso; la *ratio decidendi* o razones directamente vinculadas de forma directa y necesaria con la decisión y, finalmente, los argumentos accesorios o secundarios que van dando forma al fallo judicial o la *obiter dicta*.

En tal sentido, es de suma relevancia analizar de manera particular cada uno de los elementos constitutivos de un precedente judicial, con el fin de reconocer y detallar sus características, fijando criterios concretos que faciliten su identificación (*ratio decidendi*).

1.3.1. *Decisum*.

Es una sentencia que tiene que ver con la resolución del caso en concreto, es decir, el fallo o la decisión que toma el juez, la cual genera efectos jurídicos *erga omnes* o inter partes, según la clase de proceso. Para comprender el *decisum*, la propia Corte Constitucional en la sentencia SU047/1999 además de definirlo como la resolución concreta del caso, lo ejemplificó en los siguientes términos:

La determinación de si el acusado es o no culpable en materia penal, si el demandado debe o no responder en materia civil, si al peticionario el juez le tutela o no su derecho, si la disposición acusada es retirada o no del ordenamiento (Sentencia SU-047, 1999).

No obstante, debe tenerse en cuenta que, de dicho elemento no se predica el carácter de precedente. Así lo refirió la Corte Constitucional, en sentencia de Unificación Jurisprudencial 047 de 1999, donde sentó jurisprudencia en relación al *decisum*, e indicó que una vez en firme, es decir, cuando ha hecho tránsito a cosa juzgada, esta parte en sí misma no constituye el precedente, y por ende: “no vincula a los otros jueces por la sencilla razón de que a estos no les corresponde decidir ese problema en específico, sino de otros casos que pueden ser similares, pero jamás idénticos” (Sentencia SU-047, 1999). De suerte que *el decisum*, en términos de la Corte, constituye entonces en principio, un criterio auxiliar, pero no obligatorio para los otros jueces.

Más adelante, el mismo Tribunal Constitucional emitió la sentencia C 241 de 2010, donde definió el concepto de *decisum* o lo que es lo mismo, de la parte resolutive de una sentencia, como la solución concreta a un caso de estudio, es decir, la determinación de si la norma es o no, compatible con la constitución de la que emerge el efecto propio, que no es otro que el *erga omnes* cuando se refiere a sentencias de constitucionalidad, y nace la fuerza

vinculante para los operadores jurídicos. Esto mismo fue referido y reiterado posteriormente, mediante Sentencia T 489 de 2013, en la que la Corte Constitucional definió *el decisum* o la resolución en concreto del caso como “la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento en materia constitucional, tiene efectos *erga omnes* y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos” (Sentencia T-489, 2013).

Así las cosas, en la labor y técnica interpretativa que debe realizar el juez, con miras a escoger el precedente constitucional, resulta imperioso armonizar los apartados de una o varias sentencias que resultan vinculantes a los jueces de la República para los casos ulteriores, pues dentro de estos, está el *decisum*, el cual aparece de manera concreta en los numerales posteriores al resuelve.

Ya en la sentencia de constitucionalidad C-539 del año 2011, la Corte advirtió que además de la parte resolutive de los fallos de constitucionalidad, la expresión de la parte *motiva* de estos, guarda “*una relación estrecha, directa, e inescindible con la parte resolutive*” y, además, tienen fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos (Sentencia C-539, 2011). En otras palabras, el *decisum* y la *ratio decidendi* deben guardar una correlación o mejor aún, deben ser inescindibles, a fin de establecer la declaratoria de exequibilidad, inexequibilidad o la protección del derecho, que constituyen la parte resolutive de la sentencia, pues, a fin de cuentas, esto es lo que determina el verdadero alcance del fallo.

Es importante mencionar que, a través de los mentados elementos, el juez relaciona el fallo en específico, con lo que ha expresado argumentativamente en la *ratio decidendi* de los fallos de constitucionalidad. De igual manera, cabe agregar que estos elementos terminan siendo los que componen la herramienta fundamental, para que, en casos posteriores, los operadores judiciales, dado su poder vinculante, tengan el deber de acogerlos. De lo anterior se puede

colegir, que el *decisum* obliga a las partes del litigio, pues por la naturaleza misma de la sentencia, esa parte resolutive incumbe exclusivamente a ellas y a nadie más, cuando se trata de una sentencia de carácter ordinario, claro está, reconociendo las excepciones como la Corte expresamente hace hincapié, en lo que respecta a las acciones colectivas, así como a las sentencias de constitucionalidad.

1.3.2. La *ratio decidendi*.

En lo que se refiere al segundo elemento de una sentencia, es importante traer a colación lo dicho por la Corte Constitucional referente a la *ratio decidendi*, que en sentencia de unificación jurisprudencial 058 de 2015 se define como “aquella regla judicial con las que se responde a los problemas jurídicos planteados a partir del caso que debe resolver la Corte” (Sentencia SU-058, 2015).

Esta definición que se extrae de la sentencia concreta la *ratio decidendi* en la regla jurídica y la une inescindiblemente tanto con el *decisum* como con el problema jurídico central que va a ser abordado por el Juez. De suerte que los hechos guardan una relación coherente con esa regla que se ha construido a lo largo de la decisión. Es significativo en este momento, tener en cuenta que la Corte Constitucional asume este concepto desde la sentencia SU 047 de 1999, en la que se reconoce por *ratio decidendi*, todo aquello que contenía “la regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica, o si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive” (Sentencia SU-047, 1999).

En la sentencia T-163 de 2003 se precisó el alcance de la *ratio*, como el fundamento de la decisión, o de la norma que aplica el juez al caso objeto de controversia, que no es otra cosa que el resultado, de un “ejercicio hermenéutico en el cual el juez justifica tanto la interpretación del derecho positivo como la aplicación de la norma al caso concreto” (Sentencia T-163, 2003).

En ese orden de ideas, dicho alcance *prima facie* conlleva a que tal interpretación de la disposición positiva se encuentre sujeto a la *ratio* de la sentencia aplicable al caso concreto. No obstante, tales interpretaciones, en algunas ocasiones, no necesariamente siguen la suerte de la *ratio*, es decir, que no se limitan a casos análogos, si no que pueden trasladarse a otras situaciones, cuando quiera que no existan argumentos que permitan justificar decisiones, dentro del mismo ámbito temático. Por ello, es necesario establecer la manera en la que el máximo Órgano Constitucional, presenta a la *ratio decidendi* que, además, adquiere la virtualidad de ser vinculante a casos futuros o que resuelva las mismas situaciones fácticas.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha indicado que la *ratio decidendi* cumple ciertas funciones sobre un tema jurídico, como quiera que dispone una regla de derecho, que puede ser o no, reafirmada en diversos casos dependiendo de la finalidad del operador judicial, por tal razón, en sus providencias señala que:

Son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la *ratio decidendi* en un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente puede o no ser la *ratio decidendi* que el juez que decidió que el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores. (Sentencia C-032, 2007).

En tal sentido, resulta claro comprender que el denominado juez posterior, adopta una decisión precedente en aquellos casos en los que haya similitud de circunstancias fácticas, empero, dicha decisión está sustentada por un razonamiento argumentativo que, finalmente, se convierte en la base fundamental, para que el referido servidor judicial, la aplique en la parte resolutive de su caso posterior. Dicha base fundamental o razonamiento, según el Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo del Alto Tribunal Constitucional “es lo que se conoce como *ratio decidendi*, la cual es el juicio lógico-jurídico que en esencia contiene, el principal pilar de una decisión judicial”. (Sentencia T- 148, 2011).

En este punto, con el objeto de reforzar la definición del concepto *ratio decidendi*, es necesario abordar el referente jurisprudencial de la sentencia SU 071 de 2018, en el que la Corte sentó jurisprudencia en la materia, y es a partir de dicha sentencia que la *ratio decidendi* se entiende como el conjunto de razones expuestas en la parte motiva de la sentencia, que se establece tanto en la regla definitoria del sentido de la decisión, como en su contenido específico; en otras palabras, es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla, o razón general, lo que constituye la base de la decisión judicial específica y por lo tanto, se convierte en el fundamento normativo directo de la parte resolutive (Sentencia SU-071, 2018).

En resumen, la *ratio decidendi*, que bien podría entenderse como razón de la decisión, es el resultado de un examen detenido por parte del juez del ordenamiento jurídico que, al ser adecuado y pertinente para la resolución de un litigio, se configura en precedente, y en virtud del cual, un juez al identificar las razones que fundaron el sentido de un fallo anterior, puede aplicarla a un caso posterior. Esta identificación lógica del argumento, que decide la confrontación de un derecho, o el alcance de un derecho en un contexto determinado, tiene una manera específica de identificación, por lo que resulta preciso indicar, de manera expresa, los criterios establecidos por la Corte Constitucional para identificar la *ratio decidendi* y que se señalan a continuación.

1.3.3. Criterios de identificación de la ratio decidendi.

Es relevante anotar que, para que el juez pueda determinar de manera precisa la *ratio decidendi* que fundamentó el sentido de la decisión judicial, debe atender a una serie de elementos, que el profesor Carlos Bernal Pulido explica de la siguiente manera:

En la Sentencia SU-047 de 1999, la Corte indicó que el juez o tribunal que ha proferido una sentencia no es el llamado a determinar la *ratio decidendi*. La *ratio decidendi* será más bien aquella que los jueces posteriores identifiquen en una sentencia anterior y apliquen en un caso posterior. Esta es una consecuencia de la estructura del derecho como una práctica compleja. Sólo el juez posterior puede evaluar cuáles son las razones que fundamentaron el sentido de los fallos anteriores. Para tal fin, y como aparece expuesto en la Sentencia C-039 de 2003, el juez posterior debe atender a tres elementos: 1. el objeto de la decisión judicial anterior; 2. el referente en las fuentes del derecho que sirvió de base a la decisión y 3. el criterio determinante de la decisión. Sólo con base en un análisis de los hechos, pretensiones, disposiciones jurídicas relevantes y los criterios determinantes de la decisión puede el juez posterior determinar cuál fue la *ratio decidendi* de un caso anterior y, de esta manera, decidir sobre su aplicación ulterior (Bernal, 2008, p. 91).

Lo anterior, es de suma relevancia, ya que con ello, existe mayor factibilidad para establecer qué clases de sentencias constituyen propiamente un precedente, con fundamento en la *ratio decidendi* que las compone y en este aspecto, el Máximo Órgano Constitucional (mediante auto 144 de 2012) dispuso que en principio, no todo el contenido de una sentencia es pertinente para la definición de un caso particular, y además, aunque se identifique en un fallo la *ratio decidendi*, resulta imperioso que tal decisión judicial, sea de constitucionalidad o de tutela, determine el contenido específico de la *ratio*.

Muchas veces no es fácil para el juez posterior, deducir la *ratio decidendi* de una sentencia, por lo que la especificidad, se convierte en una herramienta para establecer si la *ratio decidendi* anterior de una sentencia de constitucionalidad, sirve de fundamento para el caso posterior. Por ello en la sentencia T-292/2006 establece qué puede considerarse y bajo qué condiciones de interpretación se puede identificar en forma adecuada la *ratio decidendi*:

(i) la solo *ratio* constituye en sí misma una regla con un grado de especificidad suficientemente claro, que permite establecer si la norma juzgada se ajusta o no a la constitución, lo que resulte ajeno a esa identificación inmediata no debe ser considerada como ratio del fallo; (ii) la *ratio* es asimilable al contenido de la regla que implica, en sí misma, una autorización, una prohibición o una orden derivada de la constitución, (iii) la *ratio* generalmente responde al problema jurídico que se plantea en el caso y se enuncia

como una regla jurisprudencial que fija el sentido de la norma constitucional, en la cual se basó la corte para abordar dicho problema jurídico (Sentencia T-292, 2006).

De esta manera, los elementos que deben estar presentes en la sentencia anterior, de la que resulta aplicable el precedente, deben estar concretados en la regla que fue utilizada para resolver el caso, y deben guardar estrecha relación con los hechos y el problema jurídico que fue tratado del que se pretende resolver.

1.3.4. Las *obiter dicta*:

Un tercer y último elemento del precedente judicial, que *ratio decidendi* forma parte de la estructura de la decisión, es la denominada *obiter dicta*, que hace referencia en términos de la Corte Constitucional a “aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión, y constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso segundo del artículo 230 de la constitución” (Sentencia C-836, 2001).

Dicho concepto fue reforzado más adelante por la Corte Constitucional, cuando resaltó, que a diferencia de la *ratio decidendi* y del *decisum*, éste elemento no era de carácter vinculante, pues no es el fundamento directo de la decisión final del juzgador, tal y como se enuncia a continuación:

(...) las *obiter dicta* aluden a todas aquellas reflexiones u opiniones más o menos incidentales propuestas por el juez al momento de motivar o argumentar su fallo, que carecieren de carácter vinculante, en cuanto no constituyen el principio, la regla o la razón general que sirven de soporte a la decisión judicial (Sentencia C-189, 2006).

Se advierte, que las *obiter dicta* no necesariamente deben ser descartadas como materiales insignes en la interpretación del derecho. En efecto, permiten interpretar, cuestiones jurídicas importantes en casos posteriores que tengan situaciones de hecho distintas, aunque no

necesariamente deban ser seguidos en posteriores decisiones. En tal sentido, la Corte ha dispuesto que puede ocurrir que “carezcan completamente de relevancia jurídica, que contengan elementos importantes pero no suficientes ni necesarios para sustentar la respectiva decisión” (Sentencia C-836, 2001), que de ella sirvan algunos elementos para resolver aspectos tangenciales que se plantean en la sentencia, pero que no se relacionen directamente con la decisión adoptada, lo que quiere decir, que su relevancia en relación al problema jurídico, seguramente, apoya alguna hipótesis del caso, sin embargo no lo define, esta figura también puede poner “de presente aspectos que serán esenciales en decisiones posteriores, pero que no lo sean en el caso que se pretende decidir” (Sentencia C-836, 2001)

La *obiter dicta* como parte de una sentencia o providencia, no está inescindiblemente ligada con la decisión judicial, ya que su objeto es adentrarse, jurídicamente hablando, al problema jurídico, y en la propia sentencia lo concreta en “los resúmenes de la jurisprudencia sobre la materia general para ubicar la cuestión precisa a resolver” (Corte Constitucional, T 249, 2003), por tal razón, carece de fuerza vinculante, pero en últimas constituye el criterio auxiliar de interpretación. En otras palabras, la *obiter dicta* o mero *dictum* se compone de las reflexiones llevadas a cabo por el juzgador para motivar su fallo, pero las cuales no son indispensables para tomar la decisión, debido a que sus opiniones son incidentales en el ejercicio argumentativo judicial (Sentencia T-175, 2014).

No en pocas oportunidades, los jueces en la toma de decisiones, y al hacer uso de las sentencias no solo de la Corte Constitucional, sino de los órganos de cierre, se ven inmersos en la dificultad de concretar qué parte de la sentencia es *obiter dicta* y qué parte es la *ratio decidendi* ello debido a la extensión de la sentencia. No obstante, la *orbiter dicta* se puede apreciar en las

sentencias de constitucionalidad, así como en las consideraciones generales, los resúmenes de la jurisprudencia y todo aquello incidental, labor que no resulta de fácil, porque en los términos jurisprudenciales, la *orbiter dicta* no tienen una conexión directa con el *decisum*, en tanto que no son los argumentos centrales y pertinentes para que puedan servir de sustrato fundamental en los precedentes judiciales.

A manera de conclusión, es menester indicar que la *orbiter dicta* tiene un carácter persuasivo, y dicho elemento se reconoce como criterio auxiliar de interpretación, como fuente teórica general y abstracta, pues su papel en la labor judicial de resolución de conflictos jurídicos es secundario, por tal razón, no puede constituir un precedente. Sin embargo, aunque las observaciones del juzgador para emitir su fallo no son vinculantes, si pueden generar un efecto persuasivo para otros servidores judiciales.

Conforme con lo expuesto, la Corte ha entendido que el precedente debe ser anterior a la decisión y debe existir una semejanza de problemas jurídicos, cuestiones constitucionales, hechos del caso, normas juzgadas o puntos de derecho. En ausencia de uno de estos elementos, no puede predicarse la aplicación de un precedente (Sentencia SU-054, 2015).

Es por ello que el precedente se forma a partir, de todas y cada una de las reglas y sub-reglas que han sido elaboradas por los diferentes órganos de cierre y, que han sido consideradas en un caso en concreto, así como los elementos fácticos, es decir en los hechos jurídicamente relevantes del caso de que fue objeto de consideración. En ese sentido, los hechos se convierten para el fallador, en el primer elemento de estudio hermenéutico asumiendo que éstos se tuvieron en cuenta en casos precedentes, lo que implica que, superado este primer estudio, las reglas jurídicas que se construyeron en la decisión precedente y aquellas que van a aplicarse en el

nuevo caso, se convierten en la aplicación del precedente judicial. No de otra manera se puede construir el precedente, cuyos efectos pretenden que sean acogidos por los jueces.

1.4. El precedente Judicial como Fuente del Derecho.

Las fuentes del derecho han sido entendidas como todo aquello que contribuye a la creación de un conjunto de reglas jurídicas y, en especial, a las que debe ceñirse el juez y que tienen la aptitud, dada su vocación jurídica, de servir de herramienta en la construcción de argumentos para el juez. Para el caso, el análisis estará limitado al precedente, específicamente, al elaborado por la doctrina constitucional, atendiendo a la reiteración jurisprudencial frente al valor normativo del precedente constitucional y judicial.

Dentro de las fuentes del derecho la jurisprudencia le reconoce al precedente la fuerza vinculante, dándole un alcance superior al del criterio meramente auxiliar de interpretación, como lo establece el artículo 230 constitucional.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C- 634 de 2011, trajo consigo un argumento adicional, para justificar al precedente como fuente del derecho, como se puede observar a continuación:

(...) se basa en el reconocimiento del carácter vinculante del precedente, en especial si es fijado por órganos cuya función es unificar jurisprudencia. Como lo ha explicado esta Corte tal reconocimiento se funda en una postura teórica que señala que el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX (...), sino una práctica argumentativa racional (Sentencia C-634, 2011).

Desde luego, la jurisprudencia constitucional le ha concedido el valor de fuente del derecho al precedente judicial, con la salvedad de que tal calidad es definida de acuerdo a cada ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia comprende un conjunto de decisiones adoptadas por las autoridades a quienes se les ha sido atribuido el ejercicio de la función judicial, y goza de la fuerza vinculante gracias a que “el precedente judicial tiene una posición especial en el sistema de fuentes, en atención a su relevancia para la vigencia de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de las personas” (Sentencia C-284, 2015).

En la citada providencia, se estableció que la jurisprudencia está por encima de la doctrina, ya que se consideró un proceso insuficiente, acudir a las disposiciones doctrinales, cuando la misma jurisprudencia fija el sentido y el alcance de las instituciones, mientras que la doctrina: “(i) impide a los jueces constitucionales apreciar cuál es el significado real de las normas juzgadas dentro del proceso de adjudicación” (Sentencia C-284, 2015), esta aseveración es compleja pues, si bien es cierto que la jurisprudencia presupone un ejercicio previo a la aplicación del derecho, que representa los derechos ya no en el papel sino en la justicia material o real, también es cierto que muchas de las construcciones jurisprudenciales requieren de una base doctrinal, sobre la cual se construyen los argumentos, a lo que se refiere la Corte en este punto es, a la preponderancia de la justicia material sobre la doctrina en un juicio, pero además añade que la doctrina: (ii) “no brinda elementos de juicio relevantes para realizar la función que estas cumplen en el Estado y en la sociedad” (Sentencia C-284, 2015). Esta afirmación, lo que busca es el afincamiento de la seguridad jurídica de origen jurisprudencial; no se puede afirmar que la doctrina no aporte juicios relevantes en los términos en que los expresa la Corte, sino que alimenta nuevos debates, que bien podrían ser en un futuro, la base para un cambio jurisprudencial.

De la misma manera, la fuerza vinculante del precedente constitucional, en el trámite de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la sentencia SU- 068 de 2018, precisó:

“como el precedente posee fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos, como los jueces, teniendo en cuenta que su función es materializar los principios de igualdad, la supremacía de la carta política, el debido proceso y la confianza legítima” (Sentencia SU-068, 2018).

La Corte ha venido señalando que dentro de la teoría del derecho se ha considerado a la jurisprudencia, como fuente formal, en razón a que la ley, no en muchos casos carece de sentido unívoco, y de cara a ello, los jueces cuando deciden aplicar la ley se pueden ver inmersos en los diferentes significados que tiene un enunciado normativo, gracias a los procesos de interpretación, y cuando la hermenéutica, que es desarrollada en especial por las autoridades judiciales, cumplen la función de unificar la jurisprudencia, a la luz de las normas superiores, tales interpretaciones ostentan el carácter vinculante, para todos los operadores jurídicos. Dentro de ese contexto, se pretende despertar el significado de fuerza del precedente judicial, tal como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional colombiano, al interior de los operadores jurídicos judiciales, como fuente del derecho en sentido material, teniendo como punto de partida la jurisprudencia constitucional, que forma parte de lo que se ha llamado, la producción del derecho.

Es importante resaltar, que la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, no puede ser considerada como una mera fuente auxiliar del derecho, como se ha señalado anteriormente, sino que a ella se debe acudir en forma obligatoria, cuando la ley en su sentido estricto, ha guardado silencio o denota ambigüedad, y las Altas Cortes hayan fijado una regla de derecho. De tal manera, se va creando una línea jurisprudencial, que tenga en cuenta la parte fáctica y la jurídica, puesto que el derecho, al ser aplicado a un caso en especial, el usuario de la justicia con base en el principio de igualdad de ley y trato, así como confianza

legítima, debe prever que su caso se le aplicará el mismo efecto jurídico a un caso similar o igual, por cuanto esa es una expectativa legítima del sujeto de la justicia. De no ser así, tal como lo enunció la Corte Constitucional, desde la sentencia C-836 de 2001, están en juego los valores de igualdad, de garantía a la estabilidad, de coherencia y reducción a la discrecionalidad, principios que deben ser la constante para que una persona acuda ante los tribunales con una verdadera expectativa de seguridad.

Se observa una mayor restricción de la discrecionalidad del operador jurídico, cuando existen sentencias que hayan resuelto un caso anterior, que encierran los presupuestos de interpretación de las normas ordinarias y, comparan en ese contexto, un caso similar con otro caso concreto a futuro en términos expresados por las Altas Cortes.

De tal manera, la jurisprudencia entendida como esa decisión de un órgano de cierre, al realizar un criterio interpretativo, resulta de ineludible fundamento para el juez, puesto que se reconoce sin lugar a dudas, que esos argumentos jurídicos “actúan mediante la analogía y la distinción”, tal como sucede con la jurisprudencia, y que tienen una relación directa con los:

hechos de las decisiones pasadas, así como los supuestos de hecho de un caso similar en el futuro para aplicar la regla de la decisión fijada y resolver la disputa. En síntesis, según se ha visto, resulta importante resaltar que la Corte Constitucional misma, en reciente jurisprudencia, manifestó que dada la relevancia y el alcance que tiene el precedente judicial en el ejercicio judicial hermenéutico, se le debe otorgar la categoría de fuente directa del derecho, aplicable a los casos concretos (Sentencia T-296, 2018).

Capítulo II: El precedente Judicial en la Corte Constitucional

Llegado a este punto de la investigación, resulta oportuno brindar una exposición de la línea que ha llevado hasta ahora el Máximo Tribunal encargado de la guarda y supremacía de la Constitución, en lo que respecta al tema central de este capítulo, que no es otro que el precedente judicial.

En ese orden de ideas, con el fin de seguir una metodología argumentativa y analítica, en primer lugar, se plantearán las disposiciones conceptuales presentadas por la Corte Constitucional sobre el precedente judicial, posteriormente se indicarán los principios que soportan la aplicación del mismo en las decisiones judiciales, y para finalizar se hará una exposición de la clasificación propuesta por la mentada corporación judicial al precedente judicial.

2.1. Análisis conceptual del Precedente Judicial desde el punto de vista del Alto Tribunal Constitucional

La Corte Constitucional ha sido la que ha sentado las bases para la definición y creación del precedente constitucional como judicial, para lo cual, se vale de la exigencia de los jueces, de que sus providencias estén cimentadas en la motivación como fundamento del Estado Social de Derecho, para así eliminar la arbitrariedad y alcanzar la realización de valores como la igualdad, la racionalidad y la predictibilidad de las decisiones.

En diversas oportunidades el máximo órgano constitucional, ha señalado la importancia de desarrollar el concepto del precedente y su fuerza vinculante, es por esto que desde la sentencia T-292/2006 definió al precedente como: “aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que habrá de resolver que, por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia” (Sentencia T-292, 2006). En otra ocasión, la misma Corte explicó el atento uso del precedente judicial que implica que:

un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación. (Sentencia T-158, 2006).

Las decisiones de los tribunales han de cumplir con el requisito de la motivación, de no ser arbitrarias y de tratar igualmente a todos los ciudadanos. En palabras de Víctor Ferres si en un caso se halla una solución razonable o justa, esa solución será también razonable o justa para un caso posterior semejante a ese, en sus aspectos relevantes (Ferres, 2009).

La Corte también dispuso, que el precedente se debe entender como aquella sentencia previa, que mantiene cierta relevancia al momento de solucionar un caso ulterior, en el contexto de un examen judicial, ya que contiene un pronunciamiento sobre un problema jurídico basado en hechos similares desde un punto de vista jurídicamente notable. De esta manera, agregó que: “como los supuestos de hecho similares deben recibir un trato jurídico similar, la sentencia precedente, debería determinar el sentido de la decisión posterior” (Sentencia T-175, 2014).

La Corte Constitucional, ha definido el precedente judicial como un conjunto de los fallos anteriores a un caso determinado que, por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, deben necesariamente, considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir una decisión judicial.

En efecto, el referido tribunal reconoció, con ocasión a la incorporación del *common law*, que el precedente judicial es el mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio *stare decisis*, lo que se traduce en la acepción *estar a lo decidido*, y que consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares. La definición del precedente vino a ser corroborada en la sentencia de unificación SU 068 de 2018 y la contrae afirmando que es aquella sentencia anterior, pertinente para resolver una cuestión jurídica, y en la cual sostuvo que lo que tiene fuerza vinculante es su *ratio decidendi* (Sentencia SU 068, 2018).

Lo anterior implica que la sentencia que existe y, es anterior al caso que está resolviendo el asunto, debe ser pertinente, en tal sentido se busca que el significado de las normas que rigieron en el pasado, sea aplicable al caso similar que se está decidiendo, para lo cual debe hacer un análisis con plena observación en la formulación del problema jurídico y que, dada la naturaleza del asunto anterior, va a tener la fuerza vinculante, en la *ratio decidendi*.

Es conveniente indicar que el mismo Tribunal Constitucional dispuso que el precedente se puede determinar en los eventos en que una sentencia o varias presenten similitud con el caso a resolver, desde el punto de vista fáctico y con el problema jurídico del cual se desarrolla la *ratio decidendi*, debido a que con ello se configura una regla jurídica para resolver litigios hacia el futuro (Sentencia T-643, 2017). Ello significa y en los términos de la Corte que, del precedente fijado por ese órgano en su labor interpretativa, puede consolidarse en línea jurisprudencial, es

decir, que la misma *ratio decidendi* se mantiene en forma constante para que sea tenida en cuenta en problemas jurídicos similares.

De los anteriores planteamientos se deduce que, cuando el operador jurídico, en especial los jueces van a tomar una decisión propia del ámbito de su competencia, en el ejercicio propio jurisdiccional como administradores de justicia, no están haciendo cosa diferente que resolver el asunto, partiendo de los hechos que son aducidos en el proceso y las normas jurídicas que el legislador ha previsto en el reconocimiento de las pretensiones, que se le han puesto de presentes. En la toma de esas decisiones que, no son, únicamente en la sentencia, ya que a lo largo del proceso el juez se ve compelido a resolver incidentes propios de las etapas procesales, entre los cuales están los autos bien de sustanciación ora de carácter interlocutorio, como previos a la sentencia, el juez se encuentra ante diferentes interpretaciones en el uso de la norma jurídica y los hechos jurídicamente relevantes, pero al decidir de fondo, resuelve la cuestión jurídica adoptando uno u otro criterio. En tal sentido, crea una regla del derecho, que posteriormente, ante hechos similares o análogos, va a resolver, convirtiéndose así en precedente.

Por lo tanto, el precedente pleno es todo aquello aplicable a esa sentencia anterior y pertinente en la que la *ratio decidendi* ha establecido la regla del derecho, ya sea de prohibición, de autorización u orden, y que va a ser concluyente para solucionar el caso; pues los hechos y el problema jurídico resultan ser semejantes.

Aun cuando las disposiciones ya enunciadas de la Corte Constitucional, en principio, dan a entender que todas las decisiones anteriores que tengan una similitud de hechos y, que se aborden de conformidad con el mismo problema jurídico, se convierten en las sentencias con probabilidad de selección, por parte del operador judicial al momento de reconocer un derecho, la doctrina de la Corte ha sido enfática en que no toda sentencia resulta pertinente o mejor aún

relevante, lo que implica que, el juez deberá establecer esa relevancia para que se constituya en precedente.

En atención a ello, dicha preeminencia o relevancia, se desarrolla a partir de un proceso de investigación jurídico, con el cual se logre identificar la regla del derecho que se ha construido y, que tiene nexo de argumentación con los hechos. Para ello, el tribunal constitucional ha elaborado unas reglas que se deben tener en cuenta para la selección y uso del precedente:

(i) en la *ratio decidendi* de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente y; (ii) la ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico relevante o a una cuestión constitucional semejante; (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. (Sentencia T-643, 2017).

En tal sentido la Corte acoge la misma definición en la sentencia T-380/2018, así como en la sentencia T-022/2019. Y es que no de otra manera puede entenderse el precedente judicial, ya que los problemas jurídicos que se pretenden resolver deben estar claramente definidos y los hechos del caso han de ser concretados, de suerte que no queden dudas, frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, ya que de su analogía o similitud surgen los puntos de derecho, objeto de debate.

En síntesis, el funcionario judicial debe concretar los hechos puestos a su consideración, y entrar a analizar las sentencias potencialmente adecuadas y oportunas en sentido fáctico, además, decantar en forma concreta la cuestión a resolver, lo que en otros términos significa la regla del derecho que trae consigo ese precedente y, que va a ser el sustento para resolver el caso.

Es menester traer a colación la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la que la corporación ha planteado la definición de precedente judicial, y en la que se precisó que dicha figura jurídica, garantiza la preservación de la confianza en el ordenamiento jurídico de los

ciudadanos, ya que además de predecir las consecuencias jurídicas de determinados actos jurídicos, materializa el principio de igualdad en la aplicación de derechos:

la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que, por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo (Sentencia T-109, 2019).

2.2. Principios que justifican la aplicación del precedente judicial en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

En este acápite con base en un método descriptivo, y analítico, se empleará la jurisprudencia constitucional, para precisar los criterios de interpretación o principios, con los cuales se ha defendido la tesis que aprueba la aplicación del precedente judicial, partiendo de una base general a una particular, en otras palabras, en primera medida, se expondrán los argumentos que ha indicado la Corte Constitucional para predicar la importancia del precedente, y posteriormente, se explicarán uno a uno, los principios que rigen tal figura jurídica.

En este orden de ideas, el Máximo Órgano de la Jurisdicción Constitucional, en sentencia de unificación jurisprudencial 047 de 1999 expresó que los Tribunales y, especialmente los jueces, deben obedecer al precedente judicial, por lo cual sus decisiones previas tienen que ser consecuentes con las disposiciones que constituyen el precedente, frente a lo cual planteó tres razones o principios de importancia constitucional para el ordenamiento jurídico, que soportan y justifican la aplicación del precedente judicial: seguridad jurídica, libertad e igualdad.

En primer término, la Corte en la mentada providencia, dispuso que el precedente judicial cuenta con un carácter vinculante para el operador judicial, pues de esta manera se logra garantizar la seguridad jurídica y la coherencia del ordenamiento jurídico, ya que, por un lado, las normas jurídicas deben tener una interpretación estable, sólida e invariable, y por otro, las

decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. Así mismo, se afirma que dicha seguridad jurídica es elemental para garantizar la protección de la libertad ciudadana, pues en caso contrario, la variación de los razonamientos hermenéuticos del ordenamiento jurídico, pone en riesgo la libertad individual, por lo cual, la conducta de los ciudadanos queda supeditada a los criterios judiciales constantemente cambiantes (Sentencia SU 047, 1999).

En relación con el principio de igualdad, se dispuso que los casos con similitudes fácticas deben ser resueltos de la misma manera por el juzgador y finalmente, en lo que respecta al principio de la igualdad, se señaló que el precedente ha de ser empleado como mecanismo de control de la actividad judicial, teniendo en cuenta el deber de los jueces de mantener una mínima racionalidad y universalidad en sus providencias. De esta manera, los jueces deben tomar las mismas decisiones sobre problemas jurídicos y casos con caracteres análogos. Lo anterior, de conformidad con el modelo de Estado de Derecho, que requiere la interpretación normativa y la resolución de litigios de manera uniforme y equivalente; por tal razón, es completamente válido para la corporación exigir el respeto y atención a sus decisiones previas (Sentencia SU 047, 1999).

Hechas las consideraciones anteriores, es menester tener en cuenta que no siempre la ley establece con claridad su alcance, frente a su aplicación en los hechos a juzgar y que asimismo, los jueces, en su autonomía e independencia, según lo establece la Constitución, a veces adoptan soluciones dispares, cayendo en la posible vulneración de derechos fundamentales tales como la igualdad, la previsibilidad y la seguridad jurídica, que como se mencionó previamente, terminan siendo los principios que soportan y justifican la urgencia de la aplicación del precedente judicial. Es por ello que la doctrina constitucional en forma reiterada y consistente, ha otorgado a la jurisprudencia el valor de fuente de derecho, aludiendo a los principios de igualdad y

seguridad jurídica, a la que están obligados los jueces, como la mejor forma de interpretar el derecho en sus providencias judiciales.

Lo anterior es posible corroborarlo, a partir de las disposiciones de la reciente jurisprudencia constitucional, según la cual establece la Corte que, dado que la relación del derecho con el operador jurídico, se encuentra ligada al lenguaje y, considerando que esta última, no tiene contenidos semánticos únicos, el intérprete del derecho se ve enfrentado a una pluralidad de significados e interpretaciones, que conllevan a ambigüedades y vacíos jurídicos, por lo cual, las instancias de unificación de jurisprudencia se convierten en fuentes forzosas y claves para la labor judicial, que acompañadas de herramientas constitucionales, promueven la garantía de los derechos fundamentales. En tal sentido, es importante señalar que la aplicación del precedente favorece el ordenamiento jurídico, pues su función estriba en el cumplimiento de fines específicos, que se destacan en la Sentencia T 093 del 2019, de la siguiente manera:

a) Lograr una concreción del principio de igualdad en la aplicación de las leyes; b) Constituir una exigencia del principio de confianza legítima, que prohíbe al Estado sorprender a los ciudadanos con actuaciones imprevisibles y; c) garantizar el carácter normativo de la Constitución y la efectividad de los derechos fundamentales, así como la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico (Sentencia T-093,2019).

No solo el principio de igualdad es el soporte para el ejercicio de hermenéutica judicial de los órganos jurisdiccionales de cierre (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado), sino que, además, deben agregarse los principios de seguridad jurídica, y de confianza legítima, porque facilitan la labor interpretativa del operador judicial, considerando la ambigüedad normativa que puede aparecer en ciertos casos. Estos principios son de gran utilidad a la hora de solucionar los casos, porque de la mano de los mandatos de optimización, se materializa la armonización del ordenamiento jurídico y, se crean reglas de derecho para soportar

la decisión final del juzgador, dando prevalencia a la materialización de los derechos fundamentales.

2.2.1. Principio de igualdad.

Éste se constituye, en el marco del Estado Social de Derecho, en uno de los más notables, al exigir y dar un trato igual frente a todas las personas que se encuentran en una misma situación de hecho y, trato desigual a quienes se hallan en distintas condiciones.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Corte Constitucional ha sostenido que la igualdad cumple un papel tripartito en nuestro ordenamiento constitucional, por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental. Gracias a su carácter múltiple, que se deriva de su consagración en preceptos de diferente densidad normativa, cumple con distintas funciones en nuestro ordenamiento jurídico. Como puede apreciarse en el preámbulo constitucional, en donde se refirió a la igualdad como uno de los valores que pretende asegurar el nuevo orden constitucional (Sentencia C 250, 2012).

De igual manera, la Corte dispuso que el principio de la igualdad posee un carácter relacional, es decir, que para identificar su aplicación se deben concretar los siguientes supuestos:

(i) establecerse dos grupos o situaciones de hecho susceptibles de ser contrastadas, antes de iniciar un examen de adecuación entre las normas legales y ese principio; (ii) debe determinarse si esos grupos o situaciones se encuentran en situación de igualdad o desigualdad desde un punto de vista fáctico, para esclarecer si el legislador debía aplicar idénticas consecuencias normativas, o si se hallaba facultado para dar un trato distinto a ambos grupos; (iii) debe definirse un criterio de comparación que permita analizar esas diferencias o similitudes fácticas a la luz del sistema normativo vigente; y (iv) debe constatarse si un tratamiento distinto entre iguales o un tratamiento igual entre desiguales es razonable; es decir, si persigue un fin constitucionalmente legítimo y no restringe en exceso los derechos de uno de los grupos en comparación. En otras palabras, debe acudirse a un juicio integrado de igualdad que parte de un examen del régimen jurídico de los sujetos en comparación y permite determinar si hay lugar a plantear un problema de trato

diferenciado por tratarse de sujetos que presentan rasgos comunes que en principio obligarían a un trato igualitario (Sentencia C-284, 2015).

A partir de los supuestos que constituyen el principio de igualdad, para el caso específico del precedente judicial, el operador judicial lleva a cabo un examen de las circunstancias fácticas del caso (objeto de análisis), para determinar si se trata de similitudes fácticas, que dan lugar a consecuencias normativas idénticas, para así brindar un trato igualitario, con fundamento en fallos precedentes, o si por el contrario, no son aplicables, cuando se trate de circunstancias diferentes que ameriten un trato distinto.

Por tal razón, quienes acuden al aparato judicial, en ejercicio de sus acciones, para lograr el reconocimiento de ciertos derechos, o cuando el Estado ejerce la acción penal, tienen la expectativa de que la administración de justicia tiene sus fundamentos en la ley. Pero, la ley en si misma considerada, y de acuerdo a la situación de hecho que le sea presentada al Juez, no necesariamente representa la univocidad que se reclama, ya que el juez ejerce la función interpretativa, pues no siempre la ley resulta clara, por ende partiendo de que el juez natural, ya tuvo la oportunidad de pronunciarse de una u otra manera, le asiste la obligación de resolver los casos con las mismas reglas, en los eventos en que se comparta la similitud de situaciones fácticas y jurídicas, de cara a mantener una coherencia en un sistema de fuentes como es la jurisprudencia.

Cabe agregar que el principio de igualdad alcanza especial preeminencia a la hora de interpretar el derecho o de construir el fallo, si se tiene en cuenta que, un trato desigual por parte de los jueces a los ciudadanos, cuyos casos se fundamentan en iguales supuestos de hecho y derecho, quebrantaría ese principio constitucional. Al respecto, la Corte, sentó jurisprudencia, y resaltó:

(...) es preciso reiterar que el principio de igualdad es a su vez expresión del principio de legalidad, en tanto el ejercicio de las funciones administrativa y judicial transcurre en el marco del Estado Constitucional de Derecho y entraña la concreción del principio de igualdad de trato y protección debidos a los ciudadanos, en cumplimiento del fin estatal esencial de garantizar la efectividad de los derechos, y en consideración a la seguridad jurídica de los asociados, la buena fe y la coherencia del orden jurídico. Lo que conduce al deber de reconocimiento y adjudicación igualitaria de los derechos, a sujetos iguales, como regla general de las actuaciones judiciales y administrativas (Sentencia SU-336, 2017).

La anterior precisión ya había sido decantada por la Corte Constitucional, en la Sentencia T-883-2012, en la que se puso de manifiesto que, conforme al artículo 113 constitucional, los diversos órganos del Estado si bien tienen funciones separadas, esto no obliga a ejercerlas armónicamente, considerando que están constitucionalmente encaminados a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución para así, asegurar la vigencia del orden justo, y la prevalencia del derecho sustancial que, conforme al principio, exige igualdad ante la ley e igualdad de protección y trato por parte de las autoridades del Estado.

La Corte Constitucional en la Sentencia SU-072 de 2018, también estableció, que el juicio de igualdad no incumbe solamente al legislador, por el contrario, son los jueces de la República, quienes deben garantizar la materialización del derecho frente a casos similares que han sido ya evaluados, en la función unificadora de las Altas Cortes, sin que se pueda llegar a conclusiones diferentes, puesto que al fin y al cabo, los funcionarios representan a la justicia como fin es sí mismo del Estado Social de Derecho y en tal sentido argumentó:

La igualdad de trato desde el punto de vista normativo es útil para continuar con el análisis propuesto: la naturaleza vinculante de la jurisprudencia de las Altas Cortes, así como la igualdad frente a las actuaciones de las autoridades judiciales, comoquiera que el juicio de igualdad no es un asunto exclusivo del legislador, sino que a él debe acudir cuando en virtud de la aplicación de una ley una autoridad administrativa o judicial arriba a conclusiones diferentes en casos en principio análogos (Sentencia SU-072, 2018).

Por lo tanto, las normas, así como las decisiones judiciales, con las cuales se interpretan y aplican, deben ofrecer garantías de certeza y uniformidad, pues solo de esta manera es posible predicar que el ciudadano va a ser tratado conforme al principio de igualdad (Sentencia SU-072 2018).

Resulta pertinente resaltar que, partiendo de la base de que el precedente judicial se construye a partir de los hechos de la demanda, y que el principio general en el cual se soporta el juez para dictar su sentencia, contenida en la *ratio decidendi*, está compuesta por un supuesto de hecho y, una consecuencia jurídica que se deriva de ello, es que: “*el supuesto de hecho define el ámbito normativo al cual es aplicable la sub-regla identificada por el juez*” (Auto A196A, 2011). Lo que significa que la regla del derecho, no solo tiene una línea de interpretación de los derechos, sino que, además, una base sustancial sobre los sujetos, las condiciones, el contexto o cualquier otro elemento determinante que cambie su aplicación, por tanto:

Cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez está legitimado para no considerar vinculante el precedente. Lo anterior se apoya en el principio de igualdad, que obliga aplicar la misma regla a quienes estén en la misma situación de hecho (Auto A196A, 2011).

La importancia del precedente, ha sido reconocida en la Sentencia SU-053 de 2015, al señalar que cuando emana de los Altos Tribunales de Justicia, adquiere un carácter ordenador y unificador *que* busca formalizar los principios de primacía de la Constitución: igualdad, confianza, certeza del derecho y debido proceso. De la misma manera, el respeto del precedente obedece, entre otros: “(i) a la protección del derecho fundamental a la igualdad (art. 13 Constitucional), en virtud del cual resulta arbitrario resolver casos con elementos fácticos similares o análogos de manera diferente” (Corte Constitucional, 2018).

Es por ello que los jueces no pueden, de ninguna manera, so pena de autonomía e independencia, proferir fallos arbitrarios, cuando estando en su consideración casos iguales, o por lo menos con elementos similares y análogos, tomar decisiones diferentes, lo que entrañaría un desconocimiento del principio de igualdad.

2.2.2. Principio de Confianza Legítima.

La confianza legítima, es un principio que pretende proteger a los administrados frente a las decisiones que se esperan adopten sus jueces, cuando se ha iniciado una demanda y que, existiendo antecedentes, espera que sus pretensiones salgan adelante, sin que sea sorprendido súbitamente frente a las expectativas favorables que se tenía.

En este propósito, el alto tribunal constitucional, desde que empezó a involucrar el tema del precedente judicial, además de reconocer como argumento válido, que justifique el trato igualitario en la toma de decisiones, reconoció el principio de la confianza legítima, como un valor por excelencia, cuando de la función de administrar justicia se trata. En tal sentido ha expresado la Corte:

En esencia, la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario. Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. (Sentencia C 131, 2004).

De igual manera, cabe señalar que la Corte Constitucional ha considerado que el principio de la confianza legítima se irradia a la actividad judicial, cuyo fin consiste en garantizar

a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a responder con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que, al compararlas, resulten contradictorias.

En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación. Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina *venire contra factum proprium non valet* (Sentencia C-836, 2001).

Por otro lado, la Corte se ha pronunciado, en distintas decisiones, sobre este principio, mediante las cuales sostuvo que la confianza legítima permite a los ciudadanos prever las reglas que les serán aplicadas; también indicó, que este principio, en la interpretación y aplicación del derecho, es una condición necesaria para la realización de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos pues, permite que los ciudadanos establezcan, en relación de esta garantía, una serie de límites a sus actuaciones con la posibilidad de identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite (Sentencia SU-336, 2017).

Es por ello que darle valor al precedente, es considerado como el pilar axial del Estado de Derecho, pues busca asegurar la coherencia en la aplicación del ordenamiento jurídico, a través de decisiones judiciales que sean razonablemente previsibles. Y dado su alcance, se constituye en una herramienta de protección de la confianza legítima y la buena fe (Sentencia SU-336, 2017).

La anterior línea jurisprudencial ha sido mantenida y profundizada por la Corte, al estimar que la interpretación judicial debe estar acompañada de certeza, claridad y uniformidad y, que el fallador debe abstenerse de operar cambios intempestivos en la interpretación que de las

normas jurídicas venga realizando, pues con ello, el ciudadano puede invocar a su favor, en estos casos, el respeto al principio de la confianza legítima.

De acuerdo con lo anterior es evidente, que cuando el ciudadano acude a la administración pública, en procura de obtener el reconocimiento de algún derecho, o prebenda, económica o no, mantiene cierta expectativa; no obstante, cuando concurre ante los jueces de la República, lo hace bajo la garantía de reclamar Justicia como fin del Estado Social de Derecho y, para ello, su pretensión debe estar amparada en un orbe judicial sólido y previsible, en el que pueda confiar. Ahora bien, esa confianza nace del conocimiento que pueda tener de la forma en que sus jueces interpretan el derecho, lo que a su vez genera seguridad jurídica, que es la que se debe predicar de los ciudadanos, frente a las decisiones de sus jueces, es decir, que en aquellos eventos en los que los jueces acogen los postulados jurisprudenciales de las Altas Cortes, el sistema jurídico adquiere mayor confianza por parte de los administrados.

2.2.3. La seguridad jurídica.

Finalmente, en lo que respecta al principio de la seguridad jurídica, vale mencionar que la Corte Constitucional ha expresado importantes consideraciones sobre el mismo, al señalar que es un instrumento de ordenación social, orientado a regular ciertos aspectos de las relaciones humanas, para lo cual se requiere que los miembros de la sociedad tengan en palabras de la Corte cierto nivel de certeza respecto de los comportamientos aceptados dentro de la comunidad. Sin embargo, en un Estado contemporáneo, establecido como Social de Derecho, en el cual la labor de creación del derecho es compartida, la estabilidad de la ley en el territorio del Estado y en el tiempo, no son garantías jurídicas suficientes. En nuestro Estado actual, es necesario que la estabilidad sea una garantía jurídica, con la que puedan contar los administrados y que cobije también a la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. Sólo así se puede asegurar la

vigencia de un orden justo, y garantizar la efectividad de los derechos y deberes (C.P. 1991, art. 2º).

Vale resaltar, que la Carta Política establece en su artículo 83 que la seguridad jurídica se encuentra relacionada en su aspecto subjetivo, con la buena fe, a partir del principio de la confianza legítima. Dentro del principio constitucional de la buena fe, los ciudadanos esperan que sus jueces, no vayan a defraudar la expectativa en la resolución de un caso y, por ende, la seguridad jurídica implica que las decisiones que profieran las autoridades públicas en el ámbito de su competencia han de ser coherentes e igualitarias, atendiendo las decisiones que en el pasado se han tomado frente a otros usuarios de la administración de justicia. Así cuando el particular decide acudir a los estrados judiciales, pero de ante mano conoce de las reglas jurídicas que el juez ha considerado y, que su caso se halla en las mismas condiciones, no solo desde el punto de vista fáctico sino jurídico, espera que la decisión se mantenga, puesto que no de otra manera puede albergar la expectativa en el principio de la justicia. Por ende, no puede verse compelido a que se le administre justicia siendo sorprendido con la emisión de decisiones judiciales con tratamientos diferentes.

La línea jurisprudencial, en relación a este punto, tiene consenso, pues en la última unificación interpretó el alcance, desde el punto los derechos fundamentales, del reconocimiento de la buena fe, como soporte al principio de la seguridad jurídica, que debe ser acogido por los jueces de la República al momento de decidir sobre un derecho, respecto de la cual es menester extraer lo siguiente:

La seguridad jurídica también encuentra fundamento en el principio de la buena fe, que impone a las autoridades del Estado el deber de actuar de manera coherente y de abstenerse de defraudar la confianza que depositan en ellas los ciudadanos (art. 83), y se vincula con la igualdad de trato bajo el entendido que “si las decisiones judiciales no fueran previsibles o las reglas y soluciones adoptadas en el pasado resultaran cambiantes e inestables, los

ciudadanos no podrían esperar que el asunto que someten a la jurisdicción sea resuelto de la misma forma”, por lo que la seguridad jurídica es una condición necesaria para garantizar el mandato de igualdad previsto en el artículo 13 de la Constitución (Sentencia SU-336, 2017).

En la misma providencia, el alto tribunal agregó, que ya ha venido fijando diferentes instrumentos, para determinar el principio de seguridad jurídica en la jurisprudencia, que aluden en primer lugar a que la Constitución reconoce, que la actividad de los jueces está sometida al imperio de la ley, “lo que constituye no solo una garantía de autonomía e imparcialidad, sino también de igualdad en tanto el punto de partida y llegada de toda la actuación judicial es la aplicación de la ley” (Sentencia SU-336, 2017); en segundo lugar, señaló que la ley establece un conjunto de pautas orientadoras, para resolver los diferentes problemas que se suscitan al interpretar y aplicar las normas jurídicas; en tercer lugar, sostuvo que la Constitución ha previsto órganos judiciales que tienen entre sus competencias “la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico” (Sentencia SU-336, 2017); y finalmente, afirmó que la jurisprudencia constitucional ha incorporado un grupo de doctrinas que, tal como la cosa juzgada y el deber de respeto del precedente judicial, “tienen entre sus propósitos garantizar la estabilidad de las decisiones y reglas judiciales fijadas con anterioridad” (Sentencia SU-336, 2017).

En este sentido, los jueces cuando interpretan y aplican el derecho, deben ofrecer garantías de certeza y uniformidad, es decir, certeza que sus decisiones no van a ser objeto de revisión arbitraria, en tanto que la uniformidad se predica para todas las personas que se encuentren en las mismas situaciones de hecho y derecho, por ende, ya se conoce previamente que no se va violentar su derecho a la igualdad.

La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce al desorden social, debido a que los ciudadanos no conocen el contenido de sus derechos y de sus obligaciones, por lo tanto, resulta de suma relevancia tener la certeza del contenido material de los derechos y las obligaciones consignadas, en el ordenamiento jurídico. Esto es solo posible a partir de la previsibilidad de las decisiones de los jueces, pues teniendo la garantía de que el juzgador ya ha interpretado el ordenamiento jurídico de una manera consistente y uniforme, sin dar lugar a variaciones originadas de distintos ejercicios exegéticos, se conserva un nivel de certeza que permite actuar libremente con la convicción de que dicho comportamiento está protegido por las disposiciones de ley. A partir de ello, y aunque es posible que, de conformidad con la autonomía judicial, el operador judicial interprete el ordenamiento jurídico y lo aplique de manera distinta, ello no implica que lo haga en casos de similares supuestos fácticos, y que, por tal razón, requieran el mismo trato, de tal forma que no se preste para dar lugar a interpretaciones que contraríen la ley. Como fundamento de lo referido previamente, la Corte Constitucional establece una regla sobre el valor normativo del precedente de las Altas Cortes, consistente en que:

si bien son obligatorios para los jueces de instancia y aún para ellos mismos, los precedentes en materia de interpretación de derechos fundamentales emanados de la Corte Constitucional tienen un valor preponderante y deben ser seguidos por los demás tribunales y jueces del país (Sentencia SU-336, 2017).

A manera de conclusión, la verdadera materialización del derecho que les asiste a todas las personas que acuden al aparato judicial, en procura de obtener la vigencia de orden justo, en virtud del principio de seguridad jurídica, es que las decisiones de los jueces preserven el derecho a la igualdad, ante casos similares, donde las reglas que en un caso precedente se irradian frente a las mismas situaciones de hecho, y en la construcción de esas reglas, los administrados

tengan vigente su expectativa legítima que su resolución no va a ser objeto de decisiones inesperadas y caprichosas, pues dada las consideraciones que anteceden, la seguridad jurídica se relaciona directamente con el principio de igualdad y, este a su vez, con la confianza legítima, lo que conduce a deducir que los principios ya analizados se encuentran armónicamente relacionados, con el fin de justificar la relevancia de la aplicación del precedente judicial en la garantía efectiva de derechos y situaciones jurídicas.

En definitiva, no es menos cierto afirmar que los jueces están obligados a mantener los mismos argumentos jurisprudenciales, a fin de garantizar el derecho a la igualdad, ya que con sus decisiones y el conocimiento que tienen los usuarios de la administración de justicia, frente a casos fallados con anterioridad, se garantiza el principio de la seguridad jurídica y confianza legítima.

2.3. Clasificación del precedente Judicial planteada por la Corte Constitucional

En este apartado se presentará brevemente la clasificación que ha desarrollado la jurisprudencia constitucional, sobre el precedente judicial, con el fin de identificar al sujeto que le corresponde la obligación y/o el deber de aplicar la jurisprudencia unificada o el precedente judicial, para así comprender la importancia de aplicarlo en las decisiones judiciales. En este aspecto, el Máximo Tribunal Constitucional, distinguió dos tipos de precedente judicial (el horizontal y el vertical):

Esta Corte ha diferenciado dos clases de precedentes, el horizontal y el vertical, para lo cual tomó como parámetro diferenciador la autoridad que profiere el fallo que se tiene como referente. En esa medida, el precedente *horizontal* hace referencia al respeto que un juez debe tener sobre sus propias decisiones y sobre las tomadas por jueces de igual jerarquía, mientras que, el *vertical* apunta al acatamiento de los fallos dictados por las instancias superiores en cada jurisdicción, encargadas de unificar la jurisprudencia (Sentencia T-296, 2018).

Dicha clasificación, además, está sujeta a quién profiere la providencia previa. Al respecto, en diversos fallos constitucionales, la Corte Constitucional ya había señalado que el precedente judicial horizontal, hace referencia a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial, mientras que el precedente judicial vertical está relacionado con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional².

De igual manera, es oportuno citar cómo la sentencia T 148 del 2011 de la Corte Constitucional había distinguido ambos tipos de precedentes:

La Corte ha distinguido entre precedente horizontal, que es aquel que debe observarse por el mismo juez o corporación que lo generó o por otro(a) de igual jerarquía funcional, y precedente vertical, que es el que proviene de un funcionario o corporación de superior jerarquía, particularmente de aquellas que en cada uno de los distintos ámbitos de la jurisdicción se desempeñan como órganos límite. De manera que, para garantizar un mínimo de seguridad jurídica a los ciudadanos, los funcionarios judiciales deben tener en cuenta que, al momento de fallar, se encuentran vinculados en sus decisiones por la regla jurisprudencial que para el caso concreto ha dictado el órgano unificador – en la jurisdicción ordinaria o en la constitucional. Si pretenden apartarse del precedente, en ejercicio de la autonomía judicial, pesa sobre ellos una carga de argumentación más estricta, pues deben demostrar de manera adecuada y suficiente las razones por las cuales se apartan, de lo contrario, se presenta un defecto que hace procedente la acción de tutela” (Sentencia T 148, 2011).

A partir de dicha clasificación se pueden distinguir dos tipos de precedente, teniendo en cuenta su fuerza vinculante para cada uno de los juzgadores de instancia, el primero alude al precedente vertical, y el segundo al precedente horizontal.

² Véase entre otras, las sentencias T-148 de 2011, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-211 de 2008 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-082 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

2.3.1. Precedente judicial vertical.

Al hablar de los precedentes judiciales, como fuente material del derecho en los términos expresados por la Corte Constitucional, las sentencias de los órganos superiores, sean bien de la misma, de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado, tienen su fuerza vinculante para todos los falladores de instancia.

En ese orden de ideas, al establecer la existencia de dos tipos de precedentes, como se mencionó con anterioridad, es pertinente definir al precedente vertical, como la obligación que tienen los jueces de inferior jerarquía, de acoger las interpretaciones y el alcance de las disposiciones legales que han realizado sus superiores funcionales. En sentencia de unificación jurisprudencial 354 de 2017, la Corte, como protectora de la supremacía constitucional, frente al precedente vertical sentó jurisprudencia expresando que:

(ii) el precedente vertical, se refiere a las decisiones adoptadas por el superior jerárquico o la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia. Asimismo, el precedente vertical, al provenir de la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia dentro de cada una de las jurisdicciones, limita la autonomía judicial del juez, en tanto debe respetar la postura del superior, ya sea de las Altas Cortes o de los tribunales (Sentencia SU-354, 2017).

De lo anterior se desprende que el precedente vertical, cobra mayor vigencia en la praxis judicial moderna, que en la realización verdadera del derecho por parte de los jueces, sino que se debe reconocer que la ley, en su sentido genuino, está sometida a diferentes interpretaciones, ya que no todas las veces el juez puede establecer la claridad, y ante tales vacíos, cuando los mismos han sido analizados por un órgano superior, o aún por el mismo funcionario, redundan en una verdadera coherencia del sistema. Por otra parte, la ley expedida por el Congreso que, al ser general y abstracta, no necesariamente se subsume típicamente en el caso por el juez, es decir puede ser amplia o requerir de la interpretación de otra norma, y en estos casos, cuando el juez

de mayor jerarquía le ha dado sentido a la disposición legal y, los supuestos de hecho se acoplan a los decididos por ese órgano, la obligación de seguirlo, asegura un mejor derecho para los asociados.

Más adelante, para el año 2018, el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional sentó jurisprudencia, a través de la sentencia SU-113, en lo que respecta al precedente judicial vertical, sobre el cual sostuvo que:

(...) se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales es determinado por la Corte Suprema de Justicia o por el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción. En los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores (Sentencia SU-113, 2018).

Por lo anterior, es posible concluir que, su utilidad y eficacia, estriba en que el juez de instancia, conozca de la jurisprudencia emitida por los órganos de cierre, también de que realice la comparación de los supuestos de hecho y de derecho, y la revisión de las reglas que se han fijado por esas corporaciones, con el fin de reconocer la previsibilidad que esperan, quienes acuden ante los jueces, y de paso ofrecer garantías en la defensa de los derechos fundamentales y los principios referidos renglones atrás.

2.3.2. Precedente judicial horizontal.

Resulta oportuno empezar señalando, que el precedente horizontal plantea que los operadores judiciales deben acatar sus propias disposiciones judiciales y, de igual modo dicha obligación debe endilgarse a los juzgadores de la misma jerarquía.

Al respecto, la Corte previamente sentó jurisprudencia en sentencia de unificación jurisprudencial 354 de 2017, mediante la cual resaltó la existencia de las dos categorías de

precedente, y al referirse al horizontal argumentó que: “ hace referencia a las decisiones proferidas por autoridades del mismo nivel jerárquico o, incluso, por el mismo funcionario; el precedente horizontal tiene fuerza vinculante, atendiendo a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima” (Sentencia de Unificación Jurisprudencial 354, 2017).

Posteriormente, la Corte Constitucional, al distinguir el precedente vertical del horizontal, sostuvo que este último, alude a aquellos factores que se tienen que observar por el mismo juez o corporación que lo profiere, o por otro de igual jerarquía funcional (Sentencia T-296, 2018). Como puede observarse, en lo que respecta al precedente horizontal, los jueces dentro de su labor hermenéutica, deben acoger sus propias líneas jurisprudenciales en casos análogos, porque esta acción impulsa la garantía al derecho y a la igualdad material que les asiste a los usuarios de la administración de justicia.

Sin embargo, la dificultad que se observa en el precedente horizontal dentro de los jueces de igual jerarquía, es que cada juez, asume su decisión como la correcta, y no en pocas ocasiones los profesionales del derecho de menor jerarquía encuentran sentencias distintas frente a un mismo problema. Ante tales eventualidades, los usuarios de la administración de justicia deben utilizar como herramienta jurídica, la pretensión de un mejor convencimiento racional, pero muchas veces no es acogido por los propios funcionarios judiciales. Es en este tipo de contingencias, la vinculación del precedente vertical, sirve como herramienta auxiliar para reforzar el sentido de las providencias judiciales, como fuente material del derecho. No obstante, la realidad colombiana y la experiencia refieren a que son pocos los tribunales que, en ejercicio, se preocupan por unificar criterios, y en muchas ocasiones se puede observar que, un mismo órgano colegiado depende del magistrado ponente y de ello, se derivan un sinnúmero de las subjetividades e intereses propios que pueden afectar un proceso.

En síntesis, lo que resulta indiscutible es que el funcionario judicial, cuando ha estudiado un caso precedente, donde se fijó una regla de derecho y ante casos similares futuros, eche mano a sus propias decisiones, claro está, que el apego a su precedente se debe mantener a menos que las circunstancias hayan variado, bien porque la norma ya fue eliminada del mundo jurídico, o por las modificaciones o derogatorias que realiza el legislador, o porque se encuentre una mejor interpretación que esté en consonancia a las circunstancias que en su momento, no pudieron ser tenidas en cuenta.

El precedente judicial es de obligatorio cumplimiento, ya que fija los efectos de los derechos fundamentales y, el sentido de interpretación de la Carta Política, lo que obliga a que todas las autoridades judiciales guarden respeto por éste, y asuman una actitud de independencia responsable. Cualquier juzgador que se aparte del mismo, debe presentar una justificación clara de las razones que sustentan la toma de decisión y, en caso contrario, se origina un defecto sustantivo en la decisión (Sentencia SU 354, 2017), convirtiéndose en una causal especial de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales.

2.4. Carácter vinculante del precedente Judicial

Sentadas las premisas elaboradas por la Corte Constitucional en lo que respecta a la aplicación del precedente judicial, se deben establecer cada uno de los argumentos expresados por ese tribunal constitucional, para que se pueda justificar la vinculatoriedad del precedente, con el fin de fijar la postura jurisprudencial sobre los fallos, que son de obligatoria aplicación, en la hermenéutica judicial para el reconocimiento de derechos.

A pesar de que, en Colombia, el tema sobre el carácter vinculante del precedente judicial tiene una larga historia en el país, las oposiciones, críticas y reticencias frente a su

implementación siguen existiendo. Desde hace varios años el neo-constitucionalismo ha estudiado esta dicotomía, a partir de 1991, la Corte comienza a asumir que sus textos contenían un innegable valor pedagógico, e incluso, normativo general, al que no se le atribuía a priori fuerza vinculante, sino que estimaba que tal imperio apenas empezaba a vislumbrarse en el panorama jurídico nacional (López, 2001, p. 32). Paulatinamente se ha implantado un sistema fuerte de precedentes vinculantes, que nace de una interpretación amplia del artículo 230 de la Constitución, contraponiéndose a lo que Bernal llama “escépticos del precedente”, quienes no aceptaban la interpretación amplia, aludiendo a que el constituyente era exegetico y, de manera literal, en el artículo 230 de la Constitución, se advierte que la ley es la única fuente del derecho, y que en el derecho colombiano no existe disposición alguna que obligue al juez a seguir las decisiones de las Altas Cortes, sino que por el contrario, se debe garantizar su independencia y, por último afirman, que este modelo no se puede acoplar al colombiano (Bernal, 2008, p. 85).

En contraposición, existe una visión más amplia sobre el artículo 230 de la Constitución Política, en la que poco a poco se va reconociendo que, el concepto de ley señalado en el citado, se refería no solo a la norma positivada, sino a los límites que se trazaba de ella en la jurisprudencia, de lo que se desprende mayor coherencia y estabilidad, en el principio de igualdad, además de romper con el argumento de la independencia judicial, señalando que “la independencia judicial se garantiza, cuando el juez está vinculado, a un sistema de fuentes del derecho, y no a las opiniones o intereses de personales de otras autoridades del Estado” (Bernal, 2008, p. 85).

Finalmente, es importante señalar la cronología de la línea jurisprudencial establecida por el alto tribunal constitucional, que dispone y soporta las razones por las cuales existen sentencias que deben ser acatadas por los operadores judiciales, en casos concretos. Cabe resaltar, que las

primeras providencias de la Corte Constitucional no consideraban a la jurisprudencia constitucional ni a la jurisprudencia de las Altas Cortes como vinculante, pues eran vistas como criterios auxiliares del quehacer judicial, como se puede observar en la sentencia C 083 de 1995, mediante la cual la referida Corporación afirmó:

Al referir a la jurisprudencia, en tanto que "criterio auxiliar de la actividad judicial", debe entenderse que el constituyente del 91 le da al término un alcance más amplio que el que tiene en la ley 69 de 1896, puesto que no sólo la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, crea hoy, con sus fallos, pautas plausibles de orientación a los tribunales y jueces de niveles subalternos. Lo hacen también otras corporaciones judiciales no existentes aún hace un siglo, como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Queda dicho ya, que las orientaciones así trazadas no son vinculantes sino optativas para los funcionarios judiciales (Sentencia C-083, 1995).

No obstante, más adelante, las decisiones del Tribunal Constitucional empezaron a ser de obligatorio cumplimiento, por un lado, con la *ratio decidendi* de las acciones de tutela, y por el otro, con el *decisum*, y con las *ratio decidendi* de las sentencias de constitucionalidad.

A partir de lo anterior, cabe agregar, que la acción de tutela y las sentencias de exequibilidad, se han convertido en herramientas fundamentales del quehacer jurídico de todos los operadores del derecho, y para ello, ha venido haciendo curso la obligatoriedad del precedente constitucional, cuya fuerza vinculante, hoy resulta indiscutible sobre todo, en lo que respecta a las sentencias de constitucionalidad, ya que se ha pregonado irrefutablemente, el alcance de cosa juzgada y los efectos *erga omnes* que se originan de ellas.

Hoy uno de los temas que ha ocupado la atención de juristas, es el relativo a la fuerza vinculante de la jurisprudencia, tanto la desarrollada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, y el Consejo de Estado, como principales órganos jurisdiccionales de cierre, que defienden la postura que asiente dicha obligación, y que se traduce, en que los operadores jurídicos frente a los casos individualmente considerados, deben utilizar como

herramienta, en su argumentación, no solo la voz de la ley cuando la interpreta, sino el sentido dado por la jurisprudencia en un caso específico y, que haya sido ya objeto de valoración en anterior oportunidad, teniendo como base el *factum*, (los hechos objeto del litigio) para así, posibilitar que ésta extienda sus efectos al interior de la escala judicial.

Sobre la base de dichas consideraciones, la Corte Constitucional, en los primeros años de jurisprudencia observó la función de los precedentes en el sistema de fuentes como es el *civil law*, y justificó no solo la existencia de los mismos sino también, las razones de elemental consideración, para que los precedentes deban ser acogidos no solo por los jueces de inferior jerarquía, sino por los mismos órganos de cierre. Es importante resaltar en este punto, como se cuestiona la supremacía de la ley en la soberanía de los parlamentos, en contra de una revaluación de las fuentes del derecho, en donde el neoconstitucionalismo³ es la corriente que abandera el activismo judicial, para así “asignarle un mayor valor a la jurisprudencia, especialmente a la jurisprudencia constitucional y de los órganos de cierre de la jurisdicción” (González, et al., 2014, p.157)

Del mismo modo, la Corte ha sido enfática en señalar que, la obligación de los operadores judiciales de seguir el precedente judicial en sus decisiones, no está limitada a la jurisprudencia de la corporación constitucional, sino que se extiende a las demás Altas Cortes y todos los órganos de cierre jurisdiccional, también se reiteró el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte en los siguientes términos:

³ Se trata de una corriente en que se retoma la relevancia o fuerza gravitacional de los principios generales del derecho en el razonamiento jurídico y, reconociendo las tesis de la indeterminación del lenguaje del legislador, se otorga una gran importancia a la necesidad de justificar racionalmente la interpretación del derecho positivo. Por su parte Paolo Comanducci, en los apartes del libro denominado Neoconstitucionalismo, Editorial Trotta pagina 75 la define como “se designa como un modelo constitucional, es decir el conjunto de mecanismos normativo e institucional, realizado en un sistema jurídico político históricamente determinado, que limitan el poder del Estado y protegen los derechos fundamentales.

Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redundaría en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares (Sentencia SU-072, 2018).

Surge entonces la idea de introducir mecanismos para reducir la diversidad de posiciones jurídicas y, para ello los tribunales jerárquicamente superiores, en su función unificadora, le deben dar sentido a las diferentes normas, atendiendo a los casos que llegan a su conocimiento, en apoyo al mejor conocimiento que estos puedan brindar, mientras que los jueces de inferior jerarquía, en principio, dejen de lado su propia interpretación, o asuman una posición diferente frente a unos hechos similares, con consecuencias jurídicas diferentes.

En el marco de las observaciones anteriores, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-816 de 2011, al sostener que la fuerza vinculante de las Altas Cortes surge de su definición constitucional como órganos de cierre, “condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones” (Sentencia C-816, 2011).

Esto significa que la jurisprudencia que se profiere al interior de dichas colegiaturas, no solamente debe garantizar la legalidad de las sentencias, sino que, además, unifica criterios para que sean tenidas en cuenta por todos los jueces. Ello implica que, dentro de la estructura de la Rama Judicial, los órganos de cierre como son la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura, desde el punto de vista jerárquico, están en la cúspide de cada una de sus jurisdicciones, de manera que, además de proveer la realización del derecho objetivo y la protección de la ley, tienen la pretensión de establecer criterios uniformes en la interpretación de las leyes, lo que obliga a los operadores judiciales a acogerlas, sin que ello

implique el no separarse del mismo, cuando se tenga una carga argumentativa superior, en garantía al principio de la autonomía e independencia judicial.

Esto último fue expresado mediante salvamento de voto de la de la magistrada María Victoria Calle Correa en la sentencia SU 490 de 2006, en el que señaló que los jueces deben interpretar la jurisprudencia antecedente en ejercicio de su autonomía para restringir o ampliar su ámbito de aplicación.

Ahora bien, resulta oportuno señalar que aún para la Corte Constitucional, sus propias decisiones le resultan vinculantes, ya que a la luz del principio *stare rationibus decidendi*, ha de acogerse a las reglas que han sido concretadas en decisiones pasadas (*rationes decidendis*), en razón a que la obligación transferida al operador judicial, de aplicar lo previamente decidido, proviene de la fuerza vinculante del precedente judicial. Al respecto, dicha colegiatura expresó que a los juzgadores:

se les impone el deber de estarse a lo resuelto y no variar lo ya decidido, crean precedente judicial, y se vinculan aún para la propia Corte Constitucional a título de jurisprudencia en los asuntos que sobre la misma materia se dicta en el futuro (Sentencia C-497, 2016).

Cabe agregar, que no solo son los hechos de la demanda los que, posteriormente, van a definir el ámbito normativo, sino que también hechos que han sido probados por parte del juez y la aplicación de las normas jurídicas serán los que van a construir las sub-reglas plenamente identificadas por el juez y que, en su proceso de interpretación, darán criterios para determinar si le resulta o no vinculante el precedente. De tal manera, los hechos se constituyen en el primer análisis que debe realizar el juez, frente al caso de estudio y su cotejo con los del caso precedente, de considerar que existen puntos disímiles, se debe excluir el precedente.

Es importante mencionar que, dado el caso en el que el juzgador desconozca el precedente judicial, se origina con ello una vulneración de derechos y principios tales como la

igualdad, la seguridad jurídica y la confianza legítima, previamente expuestos, y a su vez excluye las reglas jurisprudenciales fijadas por un órgano de cierre sin justificación alguna, desequilibrando de esta manera la estabilidad y uniformidad del ordenamiento jurídico.

Se debe aclarar que no toda decisión previa posee un carácter vinculante, pues existen decisiones anteriores o que han precedido casos objeto de estudio o sujetos a resolución, que son en principio calificadas como antecedentes; por tal motivo, es menester distinguir entre el antecedente y el precedente jurisprudencial, diferencia que se destaca en la sentencia T-022 del año 2019, en los siguientes términos:

el antecedente se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no, unas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importantes es que contiene algunos puntos de derecho e.g. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc., que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter orientador lo que no significa (a) que no deben ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar (b) que lo eximan del deber de argumentar las razones para apartarse en virtud de los principios de transparencia e igualdad (Sentencia T-022, 2019).

Se concluye que, con base en la regla que ha expresado la Corte Constitucional, el precedente ostenta el carácter de obligatorio, pero no solo el que se realiza en sede de interpretación de la Corte Constitucional, sino además de los diferentes órganos de cierre, por ende, el antecedente judicial tiene una función orientadora y no vinculante, que de alguna manera es reiterativa, pero constituye el alcance general de principios, las definiciones y las características entre otros aspectos de menor relevancia.

2.5. Deber de los jueces de aplicar el precedente Judicial

La labor que cumplen los jueces en sus diferentes jurisdicciones, no es otra cosa que la función pública de administrar justicia, y conforme con los artículos 228 y 230 de la Carta Política, gozan de autonomía e independencia, al momento de aplicar la ley, como su fuente principal por excelencia.

No obstante, esa labor supone necesariamente, que el juez deba hacer una interpretación permanente de las disposiciones jurídicas, en atención a los procesos a su cargo, lo que implica que en general, al funcionario judicial le corresponde determinar la norma que aplicará a un caso en concreto. A partir de esta consideración, es importante analizar el deber que tienen los jueces de aplicar las reglas de derecho contenidas en la jurisprudencia, que como ya hemos explicado constituyen el precedente judicial, de tal forma que garanticen la estabilidad al ordenamiento jurídico, la protección a los principios y a los derechos fundamentales.

En este punto, es importante considerar como lo ha expresado en ciertas oportunidades la Corte Constitucional, los operadores judiciales, pueden, en algunos casos, tengan puntos de vista distintos frente al contenido de una misma prescripción jurídica, provocando efectos disímiles (Sentencia T-330, 2005).

Esta afirmación tiene fundamento en una realidad que conduce a determinar que no siempre existe certeza y claridad sobre ciertas disposiciones legales, ni de alcance de las mismas en relación con su aplicación a los hechos objeto de decisión, y que además, en virtud del principio de autonomía e independencia judicial, en muchas ocasiones los juzgadores adopten soluciones dispares, llegando a la posible vulneración de derechos fundamentales tales como la igualdad, previsibilidad y seguridad jurídica.

Para ello, surge entonces la idea de introducir mecanismos para reducir la diversidad de posiciones jurídicas, que consisten en otorgar a los tribunales jerárquicamente superiores, la función unificadora jurisprudencial. A partir de dichos mecanismos, los jueces de inferior jerarquía, dejan de lado su propia interpretación, o asumen por su parte, una posición diferente frente a unos hechos similares, con consecuencias jurídicas diferentes.

Conforme a lo anterior, en efecto, los jueces de inferior jerarquía están sometidos a la interpretación que de una norma se realice, por ejemplo, por la Corte Suprema de Justicia en sede de casación ora bien la revisión, o por las demás Altas Cortes, lo que supone que el órgano que se encuentra funcional y jerárquicamente superior, controla y restringe la interpretación de los funcionarios inferiores. En tal sentido, no pueden asumirse las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, en simples insinuaciones jurídicas para todos los operadores jurídicos, puesto que se desnaturaliza el principio de jerarquización, y su efecto no sería otro, que el caos de la seguridad jurídica y la previsibilidad.

Finalmente, debe indicarse que la Corte Constitucional ha reconocido en reiterada jurisprudencia, la labor que cumplen los jueces en su función judicial y, en especial, en esa tarea de interpretación que se hacen de las prescripciones legales no desconocen, la función innovadora que hace un sistema más coherente como garante de los derechos fundamentales en sede constitucional y desde la sentencia C-836 de 2001 dicha colegiatura afirma:

la función creadora del juez en su jurisprudencia se realiza mediante la construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo. Ello supone un grado de abstracción o de concreción respecto de normas particulares, para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausar este ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales. De ahí se derivan la importancia del papel del juez como un agente racionalizador e integrador del derecho dentro de un Estado (Sentencia C-836, 2001).

2.5.1. *Sobre el delito de prevaricato por desatender el precedente judicial.*

Sobre las consecuencias de no aplicar el precedente judicial, la sala penal de la Corte Suprema de Justicia se ha manifestado mediante la compulsa de copias para la investigación por el delito de prevaricato y eventuales infracciones al poder disciplinario por parte de jueces que han venido desconociendo el precedente constitucional en sede de tutela, y que no ha establecido el precedente vinculante como fuente del derecho.

Por su parte, la Corte Constitucional como legal intérprete de la Carta Política, no ha sido ajena al estudio del tipo penal de prevaricato, en especial, cuando se trata de funcionarios judiciales que se han mantenido ajenos a la incorporación del precedente judicial, y que han considerado a la ley como única fuente formal y material de derecho.

En tal sentido, la referida Corporación, en la sentencia C-335 de 2008, luego de realizar un recorrido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, considera como “manifiestamente contrario a la ley”, toda acción de los servidores públicos, dentro de los cuales se encuentran los jueces de la República, que se apartan de una jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia, o del Consejo de Estado y de la sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, bajo la figura de “subsunción”, esta postura está sujeta a una acción penal, por ser contraria a la Constitución, como se puede observar en la siguiente sentencia:

La situación resulta ser completamente distinta cuando se está ante una disposición constitucional o legal que admite diversos significados, es decir, de aquélla derivan distintas normas jurídicas. En tales situaciones, estima la Corte que la existencia de mecanismos en el ordenamiento jurídico encaminados a controlar jurídicamente a los jueces de inferior jerarquía en el sentido de acatar la precedentes sentados por las Altas Cortes, como lo es el recurso extraordinario de casación, son suficientes para

garantizar el carácter vinculante de la jurisprudencia sentada por aquéllas, sin tener que recurrir a una medida tan drástica de intervención en el derecho fundamental de la libertad individual, como lo es un proceso penal por la comisión de un delito de prevaricato por acción. Así mismo, para el caso de los demás servidores públicos no se podría afirmar que, en tales casos, estuvieran actuando de manera “manifiestamente contraria a la ley”. En efecto, en tales situaciones no puede hablarse realmente de una resolución “manifiestamente contraria a la ley”, por cuanto, a la luz de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el acto del servidor público o la providencia del juez no resultan ser ostensiblemente arbitrarios o irrazonables. De hecho, suele igualmente suceder que, dado el elevado carácter abierto que ofrece la disposición constitucional o legal, algunas salas de las Altas Cortes hayan derivado unas normas jurídicas y otras unas distintas, con lo cual ni siquiera se cuente con una jurisprudencia considerada constante en la materia (Sentencia C 335, 2008).

La jurisprudencia de la Corte frente al tipo penal de prevaricato, puso de manifiesto que el desconocimiento del precedente elaborado por la Corte Constitucional, en lo concerniente a la exequibilidad o *ratio decidendi* de las tutelas, cuando los jueces deciden apartarse del mismo sin que se realice el apartamiento, origina una violación de la propia Constitución.

En lo que respecta al apartamiento que se hace de la jurisprudencia de una alta corte, cuando se está ante una jurisprudencia constante, puede eventualmente considerarse *in extremo* la posibilidad de adelantar un proceso penal.

2.6. Cambio de precedente.

Teniendo en cuenta que el derecho va cambiando de acuerdo a las condiciones sociales, en la medida en que van surgiendo no solo avances de orden tecnológico, sino además la misma evolución y surgimiento de nuevos hechos en el acontecer de las relaciones humanas, la Corte de suyo ha venido sosteniendo la postura según la cual el derecho debe estar acorde a esos cambios, de suerte que la jurisprudencia y los fallos que emite el órgano constitucional también puede ser objeto de revisión, y para ello puede existir una nueva interpretación, de lo cual emana la facultad encargada a los jueces de cambiar los precedentes, siempre que se cumplan ciertos supuestos. Al efecto, el Alto Tribunal Constitucional, mediante auto 208 del año 2006, expresó:

Sin embargo, tal necesidad de reiteración opera sin perjuicio del ejercicio de la autonomía interpretativa de la que es titular la Sala Plena de la Corte, la cual está facultada para modificar la jurisprudencia constitucional bajo la existencia de condiciones específicas, entre ellas (i) los cambios que el Constituyente introduzca en la normatividad; (ii) la evolución que vayan mostrando los hechos de la vida en sociedad y (iii) los nuevos enfoques que promueva el desarrollo del pensamiento jurídico (Auto 208, 2006).

Posteriormente, la jurisprudencia constitucional señaló dos categorías de diferenciación para la restricción de la interpretación judicial: la fuerza del precedente en sentido vertical, y la fuerza del precedente en sentido horizontal. Frente a la primera, debe indicarse que “se acepta que un juez inferior después de hacer referencia expresa al precedente y de resumir su esencia y razón de ser, se aparte de él exponiendo razones poderosas para justificar su decisión” (Sentencia C 836, 2001), y el segundo caso, alude a que los jueces pueden apartarse del precedente, pero tienen la obligación de exponer argumentos razonables para ello; de esta manera, “el precedente no es formalmente obligatorio pero tiene cierta fuerza en la medida en que los jueces deben tenerlo en cuenta y referirse a él en el momento de fallar” (Sentencia T-688, 2003).

Lo anterior no implica que en todos los casos los jueces deban acogerse al precedente judicial, ya que existe una regla general que dispone la obligatoriedad de acogimiento al precedente judicial, soportada en que la observancia del precedente busca salvaguardar los derechos a la seguridad jurídica y a la igualdad, con miras a evitar que casos similares se resuelvan de manera diferente.

Por ello, todos los jueces, en especial las Altas Cortes y los tribunales superiores de cada uno de los distritos judiciales, deben reconocer tales principios cuando toman decisiones, porque posteriormente se convertirán en precedentes judiciales. La obligación de someterse al precedente no es absoluta, existen reglas de excepción, que consistente en que los jueces pueden apartarse del precedente siempre que argumenten y sustenten claramente las razones por las que deciden proceder de ese modo.

La Corte Constitucional explicó que el “apartamiento judicial del precedente es la potestad de los jueces, de distanciarse de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de cierre, como expresión de la autonomía judicial constitucional” (Sentencia T-309, 2015) pero para que tenga validez, es necesario el previo cumplimiento del preciso deber de consideración del precedente en la decisión, ya que la jurisprudencia de las corporaciones judiciales de cierre no puede ser sencillamente ignorada frente a situaciones similares a las falladas en ella.

Al respecto, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se recogen las reglas para que el juez pueda apartarse del precedente judicial, teniendo en cuenta que tales requisitos no están a la libre discrecionalidad del funcionario, sino por el contrario, se convierten en una carga irrefutable:

El juez solo puede apartarse de la regla de decisión contenida en un caso anterior cuando demuestre y cumpla los siguientes requisitos: (i) haga referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo inadvertido como

si nunca hubiera existido (principio de transparencia); y (ii) ofrezca una carga argumentativa seria mediante la cual explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía (Sentencia T-794, 2011).

La anterior fue reafirmada, mediante sentencia de unificación jurisprudencial del 2017, en donde la Máxima Corporación protectora de la Constitución, argumentó que en cumplimiento a la protección de los derechos, nacidos del principio de la buena fe, la seguridad jurídica y la previsibilidad de las decisiones, y a fin de mantener firmeza en las posiciones adoptadas, en razón a que no resultaría justo que casos similares se resuelvan de manera diferente, los tribunales y las Altas Cortes deben considerar estos principios al momento de tomar sus decisiones, toda vez que estas se convertirán en precedente judicial para los administradores de justicia..

En ese entendido, al concretarse la autonomía e independencia, nacida del propio texto constitucional, que implica que los jueces están sometidos al imperio de la ley y que sus decisiones no están sujetas a intromisiones de otros órganos del Estado, los jueces pueden apartarse de un precedente, pero no de forma caprichosa, por lo que le resulta de obligatorio cumplimiento que se expongan razones y argumentos superiores con tal fuerza que la nueva interpretación en términos de derecho, resulta más apropiada a los intereses de la justicia.

Hechas las consideraciones anteriores, cabe agregar que la Corte Constitucional sentó jurisprudencia, en la sentencia SU 113 de 2018, en la que aprovechó para subrayar que los jueces deben cumplir con dos requisitos para que sea procedente apartarse del precedente judicial. El primero, denominado requisito de transparencia dispone que apartarse del precedente depende de la autoridad de quien lo profirió, y de la conciencia por parte del operador, teniendo el deber de referirlo expresamente en su decisión. En el segundo, alusivo al requisito de suficiencia, el juez debe exponer las razones suficientes y válidas “a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos

fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial”, es decir, que no basta con ofrecer argumentos contrarios a la posición de la cual se aparta, sino que debe demostrarse que el anterior precedente ha perdido vigencia para resolver asuntos futuros, bien sea por el cambio normativo o por la simple transformación social (Sentencia SU 113, 2018).

Acorde a lo anterior, bajo el principio de presunción de legalidad que ostentan las providencias judiciales, ha de entenderse que el ejercicio hermenéutico implica que toda decisión judicial esté cimentada en argumentaciones de racionalidad y razonabilidad y, cuando el funcionario judicial decide apartarse de un precedente judicial, deben mantenerse incólumes tales presupuestos al exponer las circunstancias razonadas y razonables que lo llevan a cambiar de postura jurídica, es decir no es cualquier clase de motivación argumentativa, sino que ostente la seriedad y ausencia de capricho o arbitrariedad.

Al respecto, en sentencia T-114 de 2002 la Corte explicó que uno de los elementos básicos para que una argumentación judicial se estime suficiente es que sea coherente y, por consiguiente, no incurra en contradicciones.

En este orden de ideas, se debe partir del conocimiento que tenga el juez de la existencia del precedente, no sólo como juez de forma personal, sino además institucional, ya que cuando hace el arribo un determinado funcionario judicial a una corporación judicial, puede conocer cuál ha sido el criterio de su predecesor en uno u otro sentido, frente a un tema jurídico, pero también, en principio, puede acogerlo o no, pues la decisión en últimas es de orden de autoridad que involucra al funcionario en sí mismo considerado.

Es importante precisar que la jurisprudencia constitucional sostiene que el juez únicamente puede apartarse del precedente a través de un proceso de contraargumentación, en el

cual explique las razones que conllevan a no aplicar el precedente y que estén contempladas en las siguientes:

(i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga (Sentencia C-621, 2015).

La contraargumentación que debe realizar el juez para apartarse del precedente judicial ha de ser seria y razonable en tanto, el primer requisito es establecer que los hechos jurídicamente relevantes del caso que está fallando, disienten del fallo precedente, y de los aspectos que eventualmente no les resultan semejantes. Para ello, se requiere demostrar qué hechos de la demanda, y aquellos que se acreditaron en el transcurso del proceso, no son idénticos o semejantes a los que se fallaron como precedente.

De la misma manera, debe concretar por qué las interpretaciones normativas le resultan inadecuadas al caso que está analizando y, finalmente, si la regla del derecho construida en el caso precedente, resulta de diferente aplicación al caso de estudio. Con ello sin lugar a dudas se protege el carácter dinámico del derecho y la autonomía e independencia de la cual gozan los jueces.

Por otro lado, la Corte mencionó que para apartarse del precedente fijado por la Corte Suprema de Justicia o por el Consejo de Estado, el fallador no puede apoyarse en reflexiones individuales, sino que debe ser el resultado de un análisis y reflexión sobre los argumentos y criterios expuestos por los referidos órganos colegiados. Para tal fin, el Alto Tribunal estableció las razones con las cuales es posible llevar a cabo dicho proceso de apartamiento del precedente:

(a) que se establezca que la *ratio* no se aplica al caso concreto, por existir elementos relevantes en el caso que obligan a distinguir; (b) que la Corte Suprema no haya considerado elementos normativos relevantes, que alteran la admisibilidad del precedente; (c) que desarrollos dogmáticos posteriores al pronunciamiento del tribunal de Casación, basados en la discusión con tal decisión, lleven a la convicción de que es posible adoptar una postura que mejor responde a la institución jurídica; (d) que tribunales superiores, como la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se hayan pronunciado de manera contraria a la postura de la Corte Suprema de Justicia; o (e) que sobrevengan cambios normativos que tornen incompatible con el ordenamiento jurídico, el precedente (Sentencia T-688, 2003).

Los jueces y magistrados, aunque gozan de independencia y autonomía en cada una de sus decisiones, ésta es relativa, ya que al apartarse del precedente fijado por los tribunales superiores y/o las Altas Cortes, debe hacer reconocimiento expreso de la interpretación que se ha sido proferida por los mismos, reconociendo la *ratio decidendi* en la sentencia precedente y argumentar porque no le resulta ajustable al caso, ante la existencia de los aspectos fácticos disímiles. En este sentido, tales argumentos tienen que ver, en primer lugar, con identificar si la sentencia del juez ad-quem dejó de aplicar aspectos normativos que resultaban apreciables, en segundo lugar, si los aspectos dogmáticos han tenido una variación con posterioridad a la sentencia que se reputa precedente, o si finalmente, otra corporación judicial como la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han pronunciado de manera contraria a la postura de la Corte Suprema, por lo que dicho cambio normativo pone en desuso la decisión precedente.

Importante es agregar que, para la Corte, en atención a la doctrina propia del derecho anglosajón, el cambio de precedente es válido únicamente si se presenta uno de los siguientes tres casos:

(i) que la jurisprudencia vigente haya sido errónea porque fue adecuada en una situación social determinada, [que no responde] adecuadamente al cambio social posterior; (ii) que la jurisprudencia resulta errónea por ser contraria a los valores, objetivos, principios y

derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico, y (iii) si hubo un cambio en el ordenamiento jurídico positivo (Sentencia C 111, 2019).

En síntesis, frente a la separación de la doctrina como del precedente, resulta menester que el funcionario judicial se refiera al precedente anterior, lo que supone que desatiende cualquier arbitrariedad, en la medida en que su apartamiento supone el conocimiento de su existencia, ya que el usuario de la administración de justicia sabe de ante mano, cuál han sido las reglas jurídicas que se han venido aplicando, es decir, conoce de su tradición jurídica y por ende, le resulta relevante que se realicen peticiones, garantía propia de la previsibilidad y confianza que se tiene de las diferentes posiciones jurídicas de los órganos judiciales.

Ahora bien, cuando el funcionario judicial decide apartarse de un precedente, no solo se deben tener en cuenta los contraargumentos, dadas las nuevas condiciones de cambio legislativo, sino de los cambios sociales como el desarrollo tecnológico y demás aspectos que puedan poner a prueba la interpretación de los contextos, por ello, se deben usar y apropiar de elementos como la prueba digital, que de manera plausible son circunstancias que obligan al operario judicial a adecuar elementos estandarizados del derecho, a un mundo que cambia cada día por medio del desarrollo tecnológico.

La aplicación del precedente en Colombia a pesar de los diversos pronunciamientos de las Altas Cortes del país presenta varios retos, diversos académicos como Carlos Bernal Pulido reconocen algunos:

Por lo menos dos obstáculos, uno institucional y uno fáctico, que dificultan su desarrollo. El institucional es la carencia de una delimitación de competencias entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, que determine con rigor los ámbitos de vinculación de la jurisprudencia de una y de otra. El fáctico es la carencia de compilaciones exhaustivas de la jurisprudencia, que permitan su divulgación, y de una dogmática que la analice, la construya en forma de sistema y la critique (Bernal, 2008, p. 92)

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede decir que por medio de diversos pronunciamientos, el obstáculo institucional sigue presentando dificultades, con el denominado “choque de trenes” que tiene muchísimos conflictos que se presentan al momento de una interpretación, la Corte Constitucional ha mediado para reconocer el precedente cuyo origen no es de sus providencias sino de otra alta corte, como la Corte Suprema de Justicia o Consejo de Estado, pero sigue sin puntualizar en cierre de muchos debates jurídicos específicos, en donde termina abrogándose la “palabra final” por vía de la guarda a la Constitución, decisión que por demás es molesta para otras cortes y no permite que se armonice la normatividad en el derecho colombiano, obligando al retroceso del proceso, que aumenta la inseguridad jurídica. Por otra parte el problema fáctico aún no tiene una solución posible, sin restar valor al creciente interés de las altas cortes por una mayor producción de sentencias de unificación, porque aún no existe una dogmática seria que, como dice Bernal la analice, la construya en forma de sistema y, a su vez, la critique.

2.7 Acción de Tutela contra providencia judicial por desconocer el precedente judicial

Partiendo de la base de que los jueces definen el derecho, que es objeto de controversia, sus providencias judiciales deben estar sometidas al imperio de la ley y los precedentes judiciales emitidos por los órganos de cierre, y si la acción de tutela de creación constitucional protege derechos fundamentales contra las autoridades, la misma tiene vocación de prosperidad, cuando con la decisión del juez- singular o plural- ha sido ajena o contraria a las reglas jurisprudenciales fijadas por dichas instancias judiciales.

En tal sentido, la Corte Constitucional ha reconocido la excepcionalidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y, para ello, ha creado una línea jurisprudencial, donde se consignan las causales de procedibilidad de la acción constitucional dentro de las cuales también se contempla el “desconocimiento del precedente judicial”.

Si la Corte Constitucional es el órgano de cierre, en relación a la protección de los derechos fundamentales, la acción de tutela se convierte en la garantía real para la restauración de los derechos fundamentales. En el caso específico del desconocimiento del precedente, que es el tema que nos ocupa, conforme a la jurisprudencia constitucional, procede la tutela cuando los jueces en sus decisiones se apartan del precedente constitucional, es decir cuando actúan como tribunal en control abstracto, de suerte que continua frente a la *ratio decidendi* de las sentencias de tutela que tienen el efecto unificador, y en tal sentido la Corte se ha expresado de la siguiente manera:

Se presenta generalmente cuando la Corte establece el alcance de un derecho fundamental o señala la interpretación de un precepto que más se ajusta a la Carta, y el juez ordinario al resolver un caso limita sustancialmente dicho alcance o se aparta de la interpretación fijada por esta Corporación. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerando u otros mandatos de orden superior. (Sentencia T-309, 2015)

Siguiendo las reglas fijadas por la Corte Constitucional, el cambio de un precedente judicial, y en especial, el emitido por dicha colegiatura, resulta válido solo cuando se presentan uno de los siguientes aspectos:

(i) que la jurisprudencia vigente haya sido errónea porque fue “adecuada en una situación social determinada, [que no responde] adecuadamente al cambio social posterior”; (ii) que la jurisprudencia resulta errónea por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico, y (iii) si hubo un cambio en el ordenamiento jurídico positivo (Sentencia C-111, 2019).

Dentro del ordenamiento jurídico interno, si las decisiones judiciales son objeto de acción de tutela, por incumplir el precedente judicial, también procede la eventual acción constitucional, en aquellos casos en que los jueces discrepen de la interpretación y alcance fijado por la Corte IDH, ya que si el caso sometido a consideración del juez, tiene la naturaleza de incumplir el alcance fijado por dicho organismo internacional, frente a un derecho humano, la acción de tutela como figura jurídica de protección de los derechos, se convierte en la herramienta pertinente, lo que lleva a una nueva causal de procedibilidad de la acción de tutela. Así, por ejemplo, en asuntos propios del juez control de garantías como es la causal de libertad provisional, y bajo las sub-reglas o principios del plazo razonable, se ha construido toda una línea jurisprudencial en sede del organismo internacional que no puede, de manera alguna, ser desconocida por los funcionarios judiciales.

Capítulo III. Derechos Humanos una Nueva Perspectiva de Aplicación en Colombia

El presente capítulo tiene como objetivo, delimitar el alcance de los derechos humanos expresados a través de las sentencias de la Corte Internacional de los Derechos Humanos (Corte IDH) dentro del sistema jurídico colombiano, específicamente a partir de una nueva lectura de la Constitución Política. Por otra parte, se busca reunir elementos tales como la obligatoriedad del precedente y el cumplimiento de los Estados de las sentencias de la CIDH para plantear porque desde una perspectiva universal de los derechos se puede reconocer líneas argumentativas teóricas de la Corte Interamericana con el mismo valor de un precedente pero, en este caso, internacional, con miras a una integralidad relativa, por lo menos en materia de derechos humanos, que permita darle coherencia medianamente responsable al sistema jurídico mediante el principio de fiabilidad, en dado caso de que se cumpliera.

3.1. Aproximación a una Definición de Derechos Humanos

Los derechos humanos son los principios rectores de toda sociedad, y actúan como garantía inherente al ser humano, en razón de su dignidad. Su importancia y reconocimiento, se ha alcanzado de manera progresiva, a través de ingentes luchas y revoluciones entre las más reconocidas, la Revolución Francesa (siglo XVIII) que tuvo como afortunado resultado la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, documento en el que se proclamaron los derechos naturales inalienables del hombre y las condiciones necesarias para el ejercicio de estos derechos, como condición fundamental en todo proceso social, y como base de los estados modernos.

El reconocimiento de los Derechos Humanos atravesó por varias etapas históricas, a saber:

i. La primera etapa durante la modernidad, que coincide con el auge de la burguesía, y en la que surgen diferentes declaraciones en las que se precisaron derechos civiles y políticos, de carácter individualista y liberal, en oposición al poder absoluto de las monarquías.

Como documentos hito y antecedentes directos de la primera etapa se encuentran la Carta Magna promulgada en Inglaterra en 1215 en donde se conceden una serie de normas jurídicas en favor de los nobles; el *habeas corpus act* creado por la ley inglesa en 1679 que obligaba a las autoridades a dar cuenta de las personas privadas de la libertad y la Carta de Derechos británica de 1689 que limitaba el poder del monarca y lo repartía entre la nobleza. En estos documentos, aunque no hay una concepción de derechos humanos, sí se da reconocimiento de algunos derechos individuales que posteriormente, dará paso a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia, que en su primer artículo invoca: “todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”, asimismo, influyen directamente en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos en 1776, que entre otros derechos, establece que “todos los hombres han sido creados iguales” y que son provistos por Dios de ciertos derechos inalienables”. Estas declaraciones marcaron trascendentalmente el inicio de los derechos de igualdad y libertad inherentes al ser humano, y dieron paso a que Francia y EEUU se constituyeran como Repúblicas y promulgaran las primeras constituciones modernas.

ii. La segunda etapa se desarrolla durante la Primera Guerra Mundial (1914) época en la que surgen los derechos sociales, económicos y culturales que propugnan por el aseguramiento de unas condiciones dignas para toda la sociedad y, por la garantía del acceso a bienes indispensables para el buen vivir. Estos derechos son producto también de corrientes de

pensamiento y políticas de carácter liberal, individual, capitalista y democrático que promueve los derechos del hombre.

iii. Un tercer momento se produce por los resultados de la Segunda Guerra Mundial (1939 a 1945) la violación sistemática de derechos humanos obligó a universalizar e internacionalizar los derechos, a fin de tener una mayor garantía de los mismos. Se constató que no bastaba con que los derechos tengan garantía a nivel estatal, puesto que su reconocimiento no podía quedar sujeto a la potestad del Estado. Como consecuencia de ello se proclamó en 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴, por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), documento en el que se reconoce que todos los seres humanos son titulares de los derechos humanos por razón de su condición humana.

Es en esta misma etapa que los derechos humanos, adquieren mayor importancia en el plano internacional, y se comienzan a establecer límites al Estado y, especialmente a su soberanía, porque no era admisible recurrir al precepto de soberanía estatal, como excusa para amenazar, vulnerar, o mitigar los derechos humanos, ni siquiera bajo el pretexto de la figura de Estados de Excepción. Como antecedentes documentales de esta etapa se encuentran la Convención de La Haya (1907), la Convención de Ginebra (1929). Cerrando este periodo, aparecen las cuatro convenciones de Ginebra de (1949) y sus protocolos complementarios de 1977, que protegen a las poblaciones civiles, los prisioneros de guerra, los náufragos, los heridos, entre otros.

iiii. La cuarta etapa, se desarrolla en el último tercio del siglo XX con el surgimiento de los Derechos de Solidaridad o de la Tercera Generación como consecuencia de la

⁴ El texto completo: [La Declaración Universal de Derechos Humanos | Naciones Unidas](http://www.un.org). En línea: [www.un.org]

industrialización, el capitalismo, las nuevas formas de comunicación e incluso los impactos ecológicos y que posteriormente revestirán de trascendental importancia.

Por la multiplicidad de propósitos que impulsaron, en cada época, su desarrollo, y la polisemia del concepto de derecho humano, existen diferentes polémicas que intentan establecer sus parámetros y limitaciones, no obstante, a pesar de ser reconocidas las causales y prácticas que menoscaban o vulneran los derechos humanos, y los actos que transgreden la dignidad humana, aún se perciben las paradojas al momento de definir y hacer aplicables, de manera universal, los derechos humanos. Actualmente, esta tarea se impone en igual grado de importancia al establecimiento de las garantías de su protección. Sin una definición universal y unívoca, la subjetividad seguirá siendo un obstáculo para la aplicación transparente y la condición de obligatoriedad de defenderlos al interior de los estados.

Algunos autores se han dado a la tarea de definir los derechos humanos, a partir de diferentes enfoques o claves rectoras, como es el caso de la dignidad humana, o el enfoque moral, otros enfoques persiguen la definición a partir del establecimiento de sus características. Cabe mencionar, que el más usado es el primer enfoque (dignidad humana) y es a partir de éste que se definen los derechos humanos, como aquellos que le pertenecen al individuo por su condición de ser humano y con fundamento en su dignidad humana por esta definición desde el enfoque de la dignidad humana se decanta La Organización de las Naciones Unidas, que define los derechos humanos como:

los derechos inherentes a todas las personas, que definen las relaciones entre los individuos y las estructuras de poder, especialmente el Estado; y delimitan el poder del Estado y, al mismo tiempo, exigen que el Estado adopte medidas positivas que garanticen condiciones en las que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos (ONU, 2016, p.19)

De este mismo parecer es Pinilla quien considera que los derechos humanos son:

los derechos o facultades que, constituyendo exigencias inherentes a la dignidad del hombre, encuentran su fundamento en la libertad (valor incontrovertido desde la perspectiva de la fundamentación de los derechos humanos), la igualdad (valor controvertido) y la solidaridad (valor controvertido) (Pinilla, 2013, p.104).

Desde este enfoque de la dignidad humana, se anexan un conjunto de atribuciones reconocidas en los instrumentos internacionales y en las Constituciones para hacer efectiva la idea de que la dignidad es inherente a todas las personas que conduzcan a la realización de los derechos en los diferentes escenarios políticos, sociales, personales etc.

La dignidad humana es la cualidad que separa a los seres humanos del resto de seres vivos, gracias a que el individuo es un ser racional, único y singular. Carpizo infiere que: “la dignidad humana singulariza y caracteriza a la persona de los otros seres vivos, debido a su razón, voluntad, libertad, igualdad e historicidad” (Carpizo, 2011, p.1). Por otra parte, para Nogueira:

La dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarlo de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad (Nogueira, 2009, p.11)

La dignidad humana es la base del ordenamiento político, jurídico y social de toda nación y de la comunidad internacional, por ejemplo, en Colombia, la dignidad humana es el principio rector del Estado Social de Derecho, de la Constitución y de las leyes, asimismo es el principio fundante de la Corte Interamericana de Derechos humanos.

La primera vez que se reconoció en un documento jurídico el concepto de dignidad humana fue en el ámbito internacional, en la Carta de las Naciones Unidas de 1945, que inicia de

la siguiente manera “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres...”

Más adelante, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948⁵ en su preámbulo manifestó que: “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”. En este mismo año la Declaración Universal de los Derechos Humanos enuncia dos veces a la idea de la dignidad humana en su preámbulo:

[...] Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana [...]

Posteriormente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966 reitera, también en su preámbulo que: “[...] reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana [...]” (ACNUDH, sf).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo año, destaca que:

[...] los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables. Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana [...] (ACNUDH, sf)

⁵ El texto completo se encuentra: [OEA :: CIDH :: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre \(oas.org\)](http://www.oas.org)

En el contexto mundial, la primera Constitución que incorporó el concepto de dignidad humana en su legislación interna fue la Ley Fundamental de Bonn de 1949 en el artículo 1º: “La dignidad del hombre es intangible. Los poderes públicos están obligados a respetarla y protegerla”.

En el ámbito americano se encuentra la Convención Americana de Derechos Humanos, de San José de Costa Rica (1969), que en su artículo 11 sobre protección de la honra y de la dignidad, expresa: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

En Colombia es hasta la Constitución de 1991 que se incorpora el concepto de dignidad humana, en el artículo 1º expresa: “Colombia es un Estado Social de Derecho...fundada en el respeto de la dignidad humana [...]”. Así mismo, la Corte Constitucional en sentencia de tutela No. 077 de 2013, el actor alega vulneración de los derechos fundamentales al agua, a la dignidad humana, a la vida y a la salud por parte de la autoridad penitenciaria y carcelaria. Al respecto la Corte sostiene que

De todas las obligaciones que surgen para el Estado como consecuencia de ejercicio del legítimo del poder punitivo deben estar guiadas por el respeto del principio de dignidad humana, pues es el pilar fundamental que debe guiar las relaciones entre las autoridades penitenciarias y los internos y, además, es una norma de *jus cogens*, es decir, norma imperativa de derecho internacional obligatoria para todos los Estados y de inmediato cumplimiento reconocida en múltiples instrumentos internacionales⁶ (Sentencia de Tutela 077, 2013)

⁶ Otras convenciones en que se hace énfasis en el principio de dignidad humana son: la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños (1921); la Convención sobre Condición de los Extranjeros (1928); la Convención sobre Nacionalidad de la Mujer (1933); la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948); la Convención sobre Estatuto de los Refugiados (1951); la Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer (1953); la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954); la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad (1968); la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (1960); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes (1984); la Convención sobre los

Desde este enfoque, los derechos humanos constituyen los mínimos de existencia y, contar con la garantía de que serán respetados y promovidos, dota a la persona de libertad y seguridad para vivir con dignidad.

El segundo enfoque define a los derechos humanos como derechos morales universales y no como derechos legales, a estos últimos se les denominaría derechos fundamentales, pues son los incorporados por el ordenamiento jurídico en cada legislación.

Un derecho implica la obligación moral de un agente externo, en este sentido un derecho universal conlleva a su vez la obligación universal de carácter negativo, específicamente de abstenerse a trasgredir estos derechos y la obligación universal de carácter positivo de velar por su garantía y respeto, tal como ocurre con los derechos humanos.

Al respecto Laporta al referirse a los derechos humanos infiere que son derechos “absolutos”, es decir, que se tratan de requerimientos morales que, en caso de entrar en conflicto con otros requerimientos morales, los desplazan y anulan, quedando éstos como la exigencia moral que hay que satisfacer (Laporta 1987, p. 39).

Otros autores asimilan el concepto, en el hecho en que los derechos humanos se soportan en bienes de gran importancia para los seres humanos, como lo sugiere Hierro, quien define los derechos humanos como “las afirmaciones de intereses o necesidades básicas” (Hierro, 1982, p.46) o Kleinig que los define como aquellos que “representan esas mínimas condiciones bajo las que los seres humanos pueden prosperar y que deben ser aseguradas para ellos, si es necesario, con la fuerza” (Kleining, en: Laporta,1987).

Derechos del Niño (1989); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994), y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994).

El último enfoque, define los derechos humanos de acuerdo a sus características, sin embargo, no hay consenso en la selección de las categorías, pero se alcanza a observar que existen conceptos isotópicos que permiten clasificarlas de la siguiente manera:

- Universales: Todos los individuos como seres humanos son titulares de los derechos humanos, con independencia de la raza, el color, el sexo, la etnia, el origen social, la religión, el idioma, la nacionalidad, la edad, la orientación sexual, la discapacidad u otra calidad distintiva. Kofi al respecto expresa que: “Los derechos humanos no son ajenos a ninguna cultura y son naturales de todas las naciones; son universales” (Kofi, 1997. Obtenido de: www.segib.org/?document=discurso-del-secretario-general-de-las-naciones-unidas-kofi-annan).
- Inalienables: Pertenecen al ser humano por su condición de tal, y no se le pueden sustraer de su titularidad bajo ningún concepto, ni siquiera bajo el consentimiento del titular, de lo que se desprende su irrenunciabilidad. Esto implica dos obligaciones, la de no arrebatar un derecho humano ajeno y la de no renunciar a un derecho humano propio
- Históricos: Los derechos humanos no son estáticos, por el contrario, surgen y evolucionan como consecuencia de los cambios históricos del hombre como sujeto a una sociedad.
- Progresivos: Cada vez es más amplio el margen de protección y la eficacia de control sobre los derechos humanos, ejemplo de ellos son los distintos tribunales internacionales que propugnan por su respeto, y las figuras creadas como el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad.
- Irreversibles: Es decir que una vez reconocidos no se pueden sustraer de la titularidad del ser humano.

- Supremos: Esto quiere decir que, en caso de conflicto frente a otros preceptos normativos, primarán siempre los derechos humanos; tanto así que es deber del legislador en cada país, desarrollar garantías legales para su protección, derogar o eliminar aspectos que limiten o prohíban derechos humanos y, por último, ratificar instrumentos internacionales que precisen y protegen los derechos humanos.
- Protectores: Esencialmente los derechos humanos surgen por la necesidad de protección del ser humano ante las visibles agresiones a que han sido expuestos
- Indivisibles e interdependientes: Todos los derechos conforman una unidad, y son necesidades básicas interrelacionadas entre sí. Es decir, que cada derecho presume la existencia de otro, por ejemplo, los derechos sociales presuponen la existencia del derecho a la libertad de expresión, reunión y asociación.
- Eficaces de manera directa: Los derechos humanos vinculan obligatoriamente a todos los países sin requerir de una ley que los desarrolle o ratifique
- Absolutos: Los derechos humanos son absolutos dada su exigencia y necesidad apremiante, que no permite vulneración bajo ninguna circunstancia. Gewirth al respecto expresó que: “Un derecho es absoluto cuando no puede ser desplazado en ninguna circunstancia de forma tal que nunca puede ser infringido justificadamente y debe ser satisfecho sin ninguna excepción” (Gewirth, 1978., en Spector, H. 2001, p. 12)
- Supra y trasnacionales: No dependen de la nacionalidad del individuo, ni del territorio en que se encuentran, tanto así que los derechos humanos limitan la soberanía y poder del Estado, a su protección
- Preferentes: Todo Estado está en función de los derechos humanos, y su prevalencia sobre leyes que los limiten o prohíban

- Tienen eficacia *erga omnes*: Son aplicables a todos los particulares y estados, los valores incorporados a los derechos fundamentales se vinculan al ordenamiento jurídico de manera integral.

Vistas sus características, se encuentra que, no se oponen entre sí, por el contrario, todas son complementarias, en especial, al momento de definir los derechos humanos.

Finalmente, hay que destacar que existen distintos tipos de derechos humanos, están los derechos civiles y políticos o de primera generación, soportados en el principio de libertad. También están los derechos sociales, económicos y culturales o de segunda generación con base en el principio de igualdad. Por último, se encuentran los derechos difusos o de tercera generación que aluden al principio de solidaridad.

Entre los derechos de primera generación se encuentra el derecho a la vida, el derecho a no sufrir tratos crueles e inhumanos, el derecho a la libertad y el derecho a la vida privada entre otros. Al segundo grupo pertenece el derecho al trabajo, el derecho a la seguridad social, el derecho a la salud y el derecho a la familia. Finalmente, los derechos de tercera generación hacen referencia a los derechos de los pueblos a la libre determinación, al desarrollo, a la paz, a un medio ambiente saludable y otros derechos colectivos como los derechos de los pueblos indígenas.

En conjunto, los derechos humanos impactan en todos los aspectos de la vida, y su cabal ejercicio permite a los individuos determinar su vida bajo los criterios de libertad, igualdad y el respeto por su dignidad humana.

3.2. De los derechos Humanos y su diferencia con los derechos fundamentales

Cabe resaltar que la definición de Derechos humanos y Derechos fundamentales se suele confundir. Por un lado, los derechos humanos son universales y no requieren ser incorporados al sistema jurídico, caso contrario sucede con los derechos fundamentales, los cuales requieren ser positivizados en cada ordenamiento jurídico.

Carpizo, desarrolla mejor esta distinción, invocando los postulados positivistas y naturalistas. Sobre el positivismo, asegura que es:

el orden jurídico es el que otorga la calidad de persona al ser humano; es decir, persona es una categoría jurídica que se puede conceder o no, o de la cual se puede excluir a un ser humano o a un grupo de ellos, como pueden ser los esclavos, los extranjeros, las mujeres, por razones de raza o por preferencias sexuales (Carpizo, 2011, p.4).

Así mismo, explica cómo el derecho natural se erige sobre la base de que:

el ser humano, por el solo hecho de existir, es persona y posee derechos y obligaciones; o sea, el Estado no puede desconocer esta situación, lo único que realiza es el reconocimiento de este hecho, y a partir de él se garantizan diversas series de derechos, a los cuales en la actualidad se les denomina derechos humanos, denominación sobre la que reflexiono más adelante (Carpizo, 2011, p.4).

En este entendido, el positivismo formula el concepto de derecho fundamental, mientras que el naturalismo desarrolla el concepto de derecho natural.

El caso del Genocidio que tuvo lugar en Europa durante la Segunda Guerra Mundial, bajo el régimen de la Alemania Nazi, en el que se ocasionó la persecución y muerte sistemática de millones de judíos, demuestra como aun cuando no se vulneraron derechos fundamentales conforme a la postura positivista, porque los judíos, gitanos y otros grupos étnicos asesinados y torturados, no se les consideraba como persona de acuerdo al ordenamiento jurídico alemán que regía en el momento, si se violaron los derechos humanos con las masacres cometidas.

También para Carpizo la relación entre derechos humanos y derechos fundamentales consiste en que

los primeros implican un mayor matiz filosófico, guardan una connotación prescriptiva y deontológica, y aún no han sido objeto de recepción en el derecho positivo, mientras que los derechos fundamentales son los derechos y libertades reconocidos y garantizados por el derecho positivo de los Estados (Carpizo, 2011, p.14).

Por su parte para Nogueira los derechos fundamentales son: “Los derechos de la persona, reconocidos y garantizados por el derecho internacional, se reserva generalmente a los derechos de la persona, que se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico de un Estado en la carta fundamental” (Nogueira, 2003, p. 58)

Para Valle son derechos fundamentales el “conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo” (Hernández Valle, 1990, p. 13)

Aunque, consistan en conceptos diferentes, en muchos casos, los derechos humanos se convierten en derechos fundamentales cuando son garantizados por el ordenamiento jurídico positivo. Ejemplo de ello, son los muchos casos en que se integran en la normativa constitucional de un país, dotándoles de una tutela reforzada.

En Colombia la Carta Política de 1991 en el artículo 93, expresa que: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. Es decir que se positivizan los derechos humanos, dotándoles la categoría de derechos fundamentales, en el ámbito interno. A continuación, se recapitulan algunas de las diferencias, que los autores resaltan entre derechos humanos y derechos fundamentales:

Tabla 1.

Derechos Humanos y Derechos Fundamentales diferencias conceptuales

DERECHOS HUMANOS	DERECHOS FUNDAMENTALES
Precisados y referidos en los instrumentos internacionales.	No se emplea mucho este concepto en el ámbito internacional, caso contrario ocurre en el derecho interno de cada país.
Los derechos humanos son universales, y no admiten discriminación, por motivos raciales, religiosos, diferencias físicas, políticas, de sexo, de edad, de condición física o mental u orientación sexual. Es decir que no está restringido a determinado número o grupo de personas	Los derechos fundamentales, son aplicables solo a quienes son considerados como personas, discriminando como lo demuestra la historia a esclavos, mujeres, extranjeros.
Incorporados y protegidos en el ordenamiento jurídico mediante tratados, convenios, convenciones o pactos ratificados por cada país.	Incorporados al ordenamiento jurídico interno por las constituciones o demás normas de carácter interno. (algunas constituciones se refieren a los derechos humanos y a los derechos fundamentales como sinónimo)
Dotan de unidad el derecho internacional.	Disimiles en cada país, pues atienden a factores como la evolución política, la cultura, la idiosincrasia, las características y particularidades de su nación
Vinculan jurídicamente a los estados a nivel internacional	Vincula jurídicamente al estado que los promulga o reconoce a nivel nacional
La norma jurídica no los crea, sino que los reconoce, los vuelve obligatorios y los garantiza	Nacen al ser positivizados
Son fuente de interpretación sobre las cuales se deben desarrollar o aplicar todas las normas del ordenamiento jurídico.	Son fuente de interpretación, pero solo aplicables a la legislación en que fueron creados.
Sometidos a control internacional, estatal y regional.	Sometidos a control estatal, regional o interno

Fuentes: Hernández Valle, R (1990). La tutela de los derechos fundamentales. San José de Costa Rica; Juriscentro / Nogueira Alcalá, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México;

Universidad Nacional Autónoma de México./ Carpizo, J. (25 de julio-diciembre de 2011). Los Derechos Humanos: naturaleza. En línea www.juridicas.unam.mx

3.3. La Importancia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la Protección de los Derechos Humanos

La Corte IDH es un tribunal regional con sede principal en San José de Costa Rica, que propugna por la protección de los derechos humanos, de la mano de la Corte Europea de Derechos Humanos y de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Su objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue creada en 1959, pero inicio labores un año después, luego de que la OEA aprobara su estatuto y eligiera sus miembros. Establecida la CADH, en 1979 los Estados Parte eligieron a los primeros jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washington, D.C.; y el 3 de septiembre del mismo año se celebró la primera ceremonia en la actual sede principal en San José de Costa Rica.

La CIDH está integrada por jueces nacionales de los estados miembros de la OEA y actualmente Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay; son los países que han ratificado o se han adherido a la corte.

Entre sus funciones más importantes se encuentran, la resolución de conflictos y la supervisión de sentencias, es por esto que la Corte IDH es considerada como un órgano jurisdiccional de naturaleza reparativa, mientras que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es un órgano cuasi-jurisdiccional de naturaleza preventiva.

Las sentencias emitidas por la Corte IDH cumplen la función de precedente jurisprudencial, en las mismas se adoptan decisiones para evitar la vulneración de derechos humanos, y por tanto, es deber de los jueces a través de la interpretación, integrar estos fallos al derecho interno, en cada una de sus sentencias. Aquí radica la incidencia que la Corte IDH ha tenido sobre la legislación interna.

Frente al caso colombiano, el 28 de mayo de 1973 se suscribió y ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos, obligando al país a respetar derechos y libertades que se reconozcan en la misma, sin distinción alguna, sometiéndolo incluso a mecanismos como el control de convencionalidad, a fin de que la legislación colombiana sea compatible con los derechos humanos y su interpretación propugnados por la CIDH.

3.3.1. Control de Convencionalidad.

El control de convencionalidad, busca dejar de aplicar normas incompatibles con normas del derecho internacional, y le asigna al juez interamericano la obligación de verificar que los Estados Parte, se ajusten a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Para Castro, el control de convencionalidad es:

un mecanismo que pretende adoptar medidas de protección de Derechos Humanos y para coadyuvar a que los Estados cumplan con sus obligaciones internacionales” Además su función interpretativa la convierte en una herramienta hermenéutica, que integra valores, principios y normas contenidos en tratados internacionales, al ordenamiento interno de cada país (Castro, 2016, p. 49)

Por su parte para la CIDH: “Es una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal” (CIDH, 2018, p. 21)

Conforme a los derechos humanos se debe analizar la validez de las normas y actos, y es precisamente esto, lo que pretende el control de convencionalidad, como instrumento que busca el respeto, la garantía y la efectividad de los derechos humanos. Su objeto es desarrollar un *ius commune* interamericano en materia de derechos humanos.

Actualmente es notable, que el ordenamiento jurídico de cada país, representa un derecho propio, sin embargo, surge desde finales del siglo XI la necesidad de integrar y recopilar estas formas de derecho y es así como surge el *ius commune*, es decir un derecho común para todos los países. Aunque es una figura antigua, sigue siendo actualmente uno de los principales enfoques especialmente para el derecho internacional, de unificación del ordenamiento jurídico, que no solo comprende los derechos humanos, sino todas las ramas jurídicas, entiéndase derecho privado, procesal, internacional, penal y público.

El control de convencionalidad, consiste en que los órganos del aparato judicial, realicen un control entre las normas internas y las normas del derecho internacional. Este concepto fue empleado por primera vez en el caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala* en 2003, como se puede observar:

[...] No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional [...]” (Corte IDH, 2003, pgr. 27)

Esta figura de responsabilidad convencional somete a los Estados a adecuar las obligaciones que el pacto internacional impone a su derecho interno.

Más adelante, con el Caso *Tibi vs Ecuador* en 2004, la CIDH expresó al respecto, “Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal

internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos...”

precisó en este caso, la competencia sobre control de convencionalidad en el plano internacional y control de constitucionalidad en el ámbito interno.

Y en el caso *Vargas Areco vs. Paraguay* del 2006, se aclara que:

[...] La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el “control de convencionalidad” fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende —jamás lo ha hecho—, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno [...] (Corte IDH, 2006, Sentencia, p. 4)

Esta precisión, ha sido retomada en varias ocasiones, aclarando que la Corte no pretende inmiscuirse dentro de la administración de justicia de cada país, es por ello que otorga a los jueces nacionales, la obligación de ejercer este control en cada una de las jurisdicciones.

Pero fue en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. gobierno de Chile* en 2006 en el que se desarrolló mejor esta figura jurídica.

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad (Corte IDH, Control de Convencionalidad, 2006)

Vuelve a reafirmar la Corte IDH en este caso, el objeto del control de convencionalidad y, el efecto vinculante que los tratados internacionales implican para los Estados Parte.

Revisados algunos de los pronunciamientos de la CIDH sobre este control, hay que hacer claridad acerca de sus características, es decir: ¿quién lo ejerce? ¿sobre qué normas se aplica? ¿qué tipos de controles existe? y ¿por qué debe realizarse este control?

Los competentes que ejercen este control, son: 1° los jueces internos de cada país; 2° el Tribunal Internacional, entendiendo que el control de los jueces es previo y supeditando al Tribunal Internacional a una labor subsidiaria.

Este control se aplica a las normas del ordenamiento jurídico interno de cada país, entendiéndose por norma, cualquier regla jurídica doméstica, es decir ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución y quedan supeditadas al control de convencionalidad, para determinar si es o no “convencional”, en el caso negativo, comportaría la invalidez de la norma nacional.

Existen dos tipos de control de convencionalidad, el primero en sede internacional ejercido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es el Control de Convencionalidad Concentrado. Este se aplica en determinados casos en que se alegue la vulneración de derechos humanos, y exige el requisito de procedibilidad de agotar los mecanismos internos de defensa de los derechos humanos, para de manera subsidiaria acudir a la jurisdicción internacional. Este control tiene efectos *erga omnes*, dado que modifica la normatividad interna de cada país y su vez impacta a todos los integrantes del Estado.

Por otra parte, se encuentra el Control de Convencionalidad Difuso, que se ejerce en sede nacional por los jueces internos y las autoridades públicas de cada país. Este control busca que la administración de justicia, compare la ley interna y la ley internacional, a fin de que sean compatibles.

Finalmente, la CIDH explica por qué se debe ejercer este control, con las siguientes razones: “las obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe”; se agrega que “no es posible alegar el derecho interno para incumplirlas”. Al momento de ejercer el control de

convencionalidad es menester integrar no solamente el tratado internacional, sino la interpretación que la CIDH realizó sobre el mismo.

Al respecto, los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, establecen obligaciones para los Estados Parte. El artículo primero, esboza: “a) respetar los derechos de la Convención, y b) [garantizarlos], sin discriminación alguna”, mientras que el segundo artículo obliga a adoptar: "disposiciones legislativas o de otro carácter necesarias para efectivizar aquella garantía”

Estos dos artículos, que encuentran su desarrollo en el control de convencionalidad, imponen la obligación a los jueces nacionales a decretar invalidas sus normas internas, incluso hasta la propia Constitución, cuando ésta contravenga disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que el derecho interno no se puede alegar para no aplicar este control.

3.3.2. Control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad ha sido entendido como aquel mecanismo jurídico que asegura la vigencia de la Constitución Política, y que deviene del artículo 4º, al señalar que la misma es norma de normas y, en caso de incompatibilidad entre esta y la ley u otra norma, debe prevalecer la Constitución. Por ende, todas las normas del ordenamiento jurídico, deben ajustarse a los principios y derechos constitucionales y, en caso de que la misma la contravenga, deviene la posibilidad de su inaplicación, en cuyo caso en Colombia, se ha establecido que el control de la constitución política es mixto, porque, por un lado su carácter concentrado lo radica en cabeza de la Corte Constitucional como supremo guardián de la Carta Política cuya habilitación y competencia se encuentra enmarcada en el artículo 241 y por otro, la posibilidad que tienen los jueces para que en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, aseguren el orden constitucional,

siempre y cuando en el caso, el juez al encontrar esa discrepancia entre la norma llamada a regular al asunto y la Constitución, deduzca su incompatibilidad, a este control se le ha llamado difuso.

La Corte Constitucional reconoce su facultad para proponer las acciones que se puedan adelantar ante dicha corporación, con miras a dejar sin valor ni efecto aquellas normas que atenten contra la seguridad constitucional enmarcada en las disposiciones constitucionales:

Atendiendo a la supremacía y fuerza vinculante de la Constitución (art.4 C. Pol), la producción y contenido de las disposiciones jurídicas es susceptible de control judicial a través de los procedimientos y las autoridades previstas para el efecto. A la Corte Constitucional, de ese modo, se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Carta en los precisos términos del artículo 241 superior, y al mismo tiempo, funge como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional (Sentencia C-187,2019).

Ahora bien, observando la denominada figura del bloque de constitucionalidad, podemos decir que, además de la Constitución Política existen otros instrumentos de carácter internacional que tienen el mismo rango constitucional que se convierten en verdaderas fuentes del derecho.

3.4. Función Contenciosa de la Corte Interamericana de derechos Humanos

Con el objetivo de afianzar la idea principal del texto, se enunciará de manera somera el procedimiento mediante el cual un caso es remitido a la Corte IHD, para centrarse en la validez y obligatoriedad de sus pronunciamientos contenciosos.

El Origen contencioso de la Corte IDH parte de sus propios estatutos que la estructuran como órgano supranacional encargado del estudio de la violación a los derechos humanos. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, Convención Pacto de San José), por su parte y específicamente en sus artículos 61 a 63, faculta para: “decidir si en un caso sometido a su competencia, existió o no violación de un derecho o libertad protegido en la Convención”

(Miranda, 1994, p.130), la lectura del artículo 62.3 de la CADH define las facultades litigiosas y la competencia para resolver los casos a través de una sentencia, en ese orden este Tribunal

Internacional:

puede conocer de contiendas por supuesta o “alegada” violación de derechos humanos imputable a un Estado, una vez que se han agotado los procedimientos internos para el esclarecimiento y la solución del hecho, así como el procedimiento internacional previsto en los artículos 48 a 50 de la CADH (Fix, et al., en: Miranda, 1994, p.130).

Lo que traduce que en todos los casos, como ha ocurrido hasta ahora, es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, Comisión) la que presenta las demandas contra los distintos Estados (Miranda, 1994, p.130) carece de esta manera de cualquier competencia oficiosa, o para conocer por cuenta propia, sino que existe tras sus facultades una serie de estudios previos del caso concreto, y todo un proceso de investigaciones exhaustivas por parte de la CIDH, para decidir llevar el caso ante la Corte, esto traduce un ejercicio serio de investigación, un cumplimiento de requisitos previos y complejos, y una serie de elementos probatorios necesarios para la consideración de su complejidad y necesidad de llevar a un juicio y de participación en proceso litigioso en los términos establecidos en el artículo 28 del Estatuto de la Corte (OEA, 1979).

3.5. Elementos de reconocimiento en la competencia de la Corte IDH

Para que se reconozca en la Corte IDH una competencia legítima se requiere que los Estados previamente hayan cumplido una serie de requisitos a los cuales se adhieren de manera libre y que reconozcan entre otros factores, como una muestra política a un compromiso global para la protección de los derechos humanos.

Una teoría crítica de los derechos humanos reconoce, además de ciertos elementos de poder en las relaciones que se establecen entre los países, basados en el hecho de reprobare que potencias mundiales como Estados Unidos no reconozcan este tipo de tribunales y por el contrario se reusen a participar de una manera activa en procesos de reconocimiento y juzgamiento de su actuar como Estados. Sin desconocer lo anterior, una visión más positiva de este tipo de tribunales, observa en este tipo de organizaciones o ejercicios internacionales, elementos sumamente importantes para Colombia, y para cualquier Estado que se precie de garantista de los derechos humanos, básicamente porque permiten demostrar que, independientemente de los gobiernos, uno de los elementos verticales, o las columnas que sostienen el Estado que se adhiere a la Corte IDH, tienen sin distinción política, un compromiso por proteger los derechos humanos, permitiendo mayores garantías para el disfrute de los derechos en general y la prevención del autoritarismo y las violaciones por parte de los gobiernos.

La ratificación de la competencia emanada del texto convencionalmente adoptado en 1979 fue reconocida por Colombia en el año 1985 (Min Salud, 2020), desde entonces se reconoce como una instancia internacional de la que Colombia hace parte y susceptible de ser investigada y condenada como Estado responsable de cualquier violación a los derechos humanos que protege la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus protocolos, estos derechos son:

Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; derecho a la vida; derecho a la integridad personal; prohibición de la esclavitud y la servidumbre; derecho a la libertad personal; principio de legalidad y retroactividad; derecho a la indemnización; protección de la honra y de la dignidad; libertad de conciencia y de religión; libertad de pensamiento y de expresión; derecho de rectificación o respuesta; derecho de reunión; libertad de asociación; protección a la familia; derecho al nombre; derechos del niño; derecho a la nacionalidad; derecho a la propiedad privada; derecho de circulación y residencia; derechos

políticos; igualdad ante la ley; protección judicial y desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales (Corte IDH, 2018)

Los anteriores derechos refieren una competencia y un juez especializado, solo en esa carta de derechos humanos, lo que debe entenderse como un margen de aplicación de la justicia interamericana, otros derechos que no pertenezcan o no estén enunciados de manera taxativa por la Convención y sus protocolos, no podrán ser ni investigados, ni sancionados por la Corte IDH, lo que se traduce en una serie de líneas argumentativas limitadas en estos temas.

3.5.1. De Los compromisos de los Estados

Del artículo 68 de la Convención se desprende la obligatoriedad del cumplimiento de los fallos emitidos por la Corte en los siguientes términos:

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado (Corte IDH, art. 68, 2018)

Esto refiere tres obligaciones o compromisos: 1° afrontar la posibilidad de comparecer ante la Corte, convocados por ésta, a título de demandados, es decir como una parte dentro del juicio; 2° someterse al juicio respectivo, lo que implica afrontar el desgaste procesal, probatorio, litigioso, gastos de defensa y demás dificultades que refiere un proceso; 3° estar obligados a la aceptación de las decisiones contenidas en la sentencia, que tienen carácter imperativo para los contendientes en el proceso (Miranda, 1994, p. 129). Por lo cual, las medidas de verdad, reparación, justicia y garantía de no repetición del caso concreto deben ser necesariamente acatadas, bajo estrictos protocolos de cumplimiento, que son seguidos minuciosamente y que se van actualizado, con informes de gestión, en cada caso. En los anteriores argumentos no existe

alguna duda, pues resulta claro que luego de encontrar responsable a un Estado de cualquiera de los derechos humanos que le fueron obligados a “guardar” a la Corte IDH éste debe cumplir lo señalado en la parte resolutive de la sentencia, incluso si esto significare reformar presupuestos legislativos, que atenten contra la Convención IDH y sus protocolos.

El debate jurídico se concentra en las decisiones sobre derechos humanos tomadas por el mismo órgano convencional, pero en el que el Estado Parte no es un extremo procesal, en este sentido Colombia se ha negado a reconocer el carácter vinculante de estas piezas jurisprudenciales, incluso ha desconocido el reconocer un juicio de convencionalidad con respecto a sus leyes, decretos y demás piezas jurídicas.

3.6. Dos visiones de las sentencias de la Corte IDH

Diversos debates se han suscitado a lo largo de estos años con relación a la Carta Política y su visión del derecho internacional, logrando permear todas las instancias judiciales y los debates constitucionales y académicos más importantes del país

Es claro que existe una dicotomía, entre los argumentos que presenta Colombia para desconocer que la sentencia de la Corte IDH en la que no es parte, y las visiones de los derechos humanos de Estados como México, que sí reconocen como presupuestos propios de su jurisdicción las sentencias de la Corte. La anterior afirmación no niega la utilización argumentativa de elementos convencionales, por parte de los jueces colombianos, no obstante, refuta la forma en que es tomada en cuenta una sentencia de la Corte IDH en Colombia.

3.6.1. Colombia y las sentencias de la Corte IDH

Según la jurisprudencia colombiana, ningún elemento internacional, o lectura de la Convención Americana de Derechos Humanos, o de cualquier otro estamento internacional, “no puede ser trasplantada automáticamente” (Sentencia C-442, 2011) con el fin de que haga parte de nuestra Constitución o nuestras normas, sino que se requiere de un protocolo previo que haga una lectura a la luz de la Constitución. En palabras de la Corte Constitucional en sentencias como la C-442 (2011) del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, o la C-327 (2016) de la Magistrada Gloria Estela Ortiz: “una decisión proferida por este organismo internacional no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno”, esto quiere decir que existe una serie de barreras nacionales que impiden una interpretación directa y plausible de los argumentos que componen una sentencia de la Corte IDH, esta “barrera de adecuación” a nuestro sistema propio al hacer una “lectura constitucional” de los elementos que se pretenden traer al país, refiere a que lo leído de los textos convencionales por la Corte IDH, requiere un contexto, como si se tratara de un control sobre lo ya expresado por la Corte IDH, que permita darle vía libre para su interpretación en Colombia, argumentando que la última palabra sobre determinado derecho Convencional la tiene la Corte Constitucional, luego de que esta, se pronuncie sobre su trasplante y adecuación al sistema jurídico colombiano.

La Corte Constitucional menciona que Colombia tiene unas particularidades, un argumento que parece obvio, pues bajo la autonomía sobre su territorio el Estado tiene la potestad de crear su propio sistema normativo, de darle una forma, de reconocer libertades, garantías, y derechos que en otros Estados puede que no estén reconocidos, o lo estén con interpretaciones distintas a las que el legislador y los jueces le han dado, teniendo en cuenta las

realidades y necesidades sociales, pero también los intereses políticos, económicos y culturales de un país, inclusive con relación a visiones de determinadas políticas públicas o económicas, y en general a una infinidad de factores que determinan los derechos en un territorio.

El Alto Tribunal Constitucional ha señalado a lo largo de su jurisprudencia argumentos favorables en relación a la importancia de los derechos humanos y de la Corte IDH con ocasión a la promulgación de sus sentencias, y de conformidad con las piezas normativas que son competencia de la Corte IDH, pero al mismo tiempo, pareciera contradecirse porque luego de señalar su importancia y de reconocer a la Corte IDH como el intérprete de la CADH le resta validez a sus lecturas, aludiendo que, a pesar de esas competencias, no se pueden tomar esos elementos argumentativos tal y como fueron escritos por la Corte, a modo de ejemplo en la sentencia C-370 de 2006 al estudiar los derechos a la justicia, a la verdad, a la reparación y a la no repetición de las víctimas en el marco de graves atentados contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, se tomó como referencia algunas de las decisiones adoptadas por la Corte IDH, por considerar que éstas son una fuente de derecho internacional **vinculante** para Colombia, ya que son decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos. En dicha oportunidad también sostuvo:

si un tratado internacional obligatorio para Colombia y referente a derechos y deberes consagrados en la Constitución prevé la existencia de un órgano autorizado para interpretarlo, como sucede por ejemplo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, su jurisprudencia resulta **relevante** para la interpretación que de tales derechos y deberes se haga en el orden interno (Sentencias C-327, 2016; C-370, 2006).

Se pensará que la Corte Constitucional reconoce la importancia de lectura que la Corte IDH hace en sus fallos y, que tal y como hizo con el precedente, se debería estandarizar el respeto a los pronunciamientos dados por la Corte, pero luego contrapone los argumentos

señalando que de todas formas esos elementos o piezas jurisprudenciales, no pueden ser “trasplantados de manera automática”, por razón de la propia Corte Constitucional se pueden distinguir dos argumentos, que se contraponen; por una parte señala que los fallos de las sentencias de la Corte IDH son “fuente de derecho internacional vinculantes” (Sentencias C-327, 2016; C-370, 2006), provienen de un Tribunal que expresa “la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos”, en palabra de la misma Corte Constitucional, en la sentencia C-010 de 2000, la Corte IDH es el “órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Americana de Derechos Humanos”, o en las sentencia C-442 de 2011, reiterada por la sentencia C-269 de 2014: “la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la CADH, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad ”(Sentencias C-442, 2011; C-269, 2014). Pero, al mismo tiempo, refiere que si bien, existen estas competencias se requiere definir un alcance de las mismas con relación al sistema jurídico colombiano, al respecto señala; hablando la Corte Constitucional de los argumentos a favor del reconocimiento de las sentencias de la Corte IDH:

Una decisión proferida por este organismo internacional “no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno (...)”, ya que es necesario revisar las circunstancias del caso que se analiza y la relevancia del precedente para el particular. Con fundamento en lo anterior, se apartó de la interpretación que la Corte Interamericana le había dado a los derechos a la honra y a la libertad de pensamiento y expresión. Esta posición ha sido reiterada por la Corte en varias oportunidades (Sentencia C-327, 2016).

Bajo estos mismos argumentos y, existiendo ya bastantes pronunciamientos de la Corte IDH al respecto, Colombia ha negado tener control de Convencionalidad, es decir, en esta oportunidad la Corte señala que “no existe” control de convencionalidad en el ordenamiento

jurídico Colombiano (Sentencia C-327, 2016), es decir juez que se aparte de un presupuesto normativo por violación a la CADH y su protocolos, lo está haciendo bajo la sistematización previa que ha hecho la Corte Constitucional y, que este ejercicio no es un control de convencionalidad, sino un control propio de constitucionalidad: “las normas convencionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad no constituyen parámetro autónomo de control abstracto”, sino que se deben interpretar en armonía con la Constitución ya que (además de lo expuesto), “en nuestro ordenamiento no existe control de convencionalidad” (Sentencias C-327, 2016; C-028, 2006).

Con referencia a esta sentencia, cabe aclarar que, implicó serios debates alrededor de la corporación con 4 Salvamentos de Voto en donde se resalta de manera especial la posición de la Magistrada María Victoria Calle Correa quien se opone a la consideración de que en el ordenamiento jurídico colombiano no exista un control de convencionalidad:

Acompaño la decisión adoptada por la Sala Plena en la sentencia C-327 de 2016, según la cual el artículo 90 del Código Civil no desconoce el artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, aclaro mi voto en torno a dos aspectos contenidos en su motivación. Primero, la afirmación según la cual el control de convencionalidad “no existe” en el ordenamiento jurídico colombiano; y, segundo, la presentación de la jurisprudencia sobre el bloque de constitucionalidad. (Salvamento de Voto, C-327-2016)⁷.

Pareciera entonces que la Corte reconoce en un primer momento, la relevancia de estas piezas jurisprudenciales, pero luego niega su aplicación, argumentando tener un precedente distinto a lo señalado por el órgano internacional, lo anterior quiere decir que la Corte Constitucional estudia los argumentos de la Corte IDH, pero al definir su vinculatoriedad no les da la suficiente fuerza normativa para ser aplicados, y hace una lectura distinta de los derechos.

⁷ Algunos de los apartados del mencionado salvamento, serán utilizados en un ejercicio académico que permitirá aunar más puntos al debate, con relación al control de constitucionalidad y convencionalidad, y en general al valor del precedente internacional

Esto desconoce la CADH, además de dar una idea errónea de contextualización de los derechos humanos, como si se tratara de simples libertades. Por otra parte, deslegitima una autoridad reconocida intencionalmente por muchos países de manera directa y sin “adecuaciones” y, da a entender que la lectura convencional de la Corte IDH no puede ser utilizada, con el rango constitucional adecuado, en las providencias de los jueces. Es muy importante aclarar que, la idea de contraponerse al argumento de la Corte Constitucional requiere afirmar que, la forma en que se busca la aplicación del precedente internacional, de manera directa por parte de los jueces en Colombia, no está exenta de un ejercicio casuístico, probatorio y contextualizado, del derecho humano que el juez pretende aplicar a su caso, es decir, se presume la lectura juiciosa y racional del juez en aplicar un precedente internacional, siempre que se encuentre en un caso igual al que se enfrentó en su momento cualquier Estado Miembro, por esta razón, es que luego de explicar de manera extensa como se reconoce y aplica un precedente en Colombia, estos mismos criterios se deben aplicar, pero esta vez, en el plano internacional.

3.7. Bloque de Constitucionalidad y el Precedente internacional de la Corte IDH.

Como se expuso, la Corte ha dicho que reconoce en la Corte IDH un legal intérprete de la CADH, pero que, para que haga parte del ordenamiento jurídico colombiano, se debe sistematizar con la Constitución y los precedentes establecidos en Colombia, a juicio de utilizar la línea argumentativa construida en sus salas y, dejando sin estimar a qué se refiere cuando señala que las sentencias de la Corte IDH son “criterio interpretativo relevante que se debe tener en cuenta” para fijar el alcance y contenido de los derechos y deberes que se encuentran consagrados en el ordenamiento jurídico interno” (Sentencia C-327, 2016). Si son solo un

criterio de interpretación, su aplicación no se puede comparar a la de un precedente, ni tampoco se comporta como tal. Entonces, pareciera referirse, a que solo hace parte guía de una línea argumentativa, pero no decide de fondo un derecho humano.

Para argumentar la necesidad de reconocer en las sentencias de la Corte IDH como parte misma de la Constitución, pero a la vez, como precedente internacional de obligatorio cumplimiento, es necesario mencionar el denominado Bloque de Constitucionalidad, un concepto ampliamente desarrollado por doctrinantes y por la propia Corte Constitucional. Para explicar de manera esquematizada el concepto de Bloque, la Corte Constitucional ha utilizado dos sentidos, uno en sentido estricto y el otro en sentido lato, así lo explica Rodrigo Uprimny:

la Corte tiene conciencia de las ambigüedades semánticas de la categoría e intenta entonces precisar la naturaleza y función del bloque de constitucionalidad, por lo cual distingue progresivamente entre bloque “en sentido estricto”, que corresponde únicamente a las normas de jerarquía constitucional, y bloque en sentido lato, que incorpora además las otras disposiciones, que sin tener rango constitucional, representan sin embargo un parámetro de constitucionalidad de las leyes, ya que pueden acarrear la invalidación de una norma legal sometida a control [...] (Uprimny, 2001, p.3)

Posteriormente, en la sentencia C-191 de 1998 se consolida esta diferenciación conceptual, ya que la Corte distingue expresamente entre el bloque en sentido estricto (normas de rango constitucional) y en sentido lato (parámetros de constitucionalidad) (Uprimny, 2001, p. 3). En palabras de La Corte Constitucional:

Es posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. El primero: *stricto sensu*, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario. De otro lado, la noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que "tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias", aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional (Sentencia C-191, 1998).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha tenido que estructurarse, a lo largo de estos años, dando como resultado ejercicios académicos como el del maestro Rodrigo Uprimny y quien intentando conceptualizar de manera más precisa las normas que componen el bloque de constitucionalidad, afirma:

bloque en sentido estricto (i) el Preámbulo, (ii) el articulado constitucional, (iii) los tratados de límites ratificados por Colombia, (iv) los tratados de derecho humanitario, (v) los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, (vi) los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta, y (vi) la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales. Como es obvio, esta lista genérica incluye específicamente los convenios de la OIT y la doctrina elaborada por los órganos de control de esa organización internacional. Y de otro lado, para integrar el bloque en sentido lato, habría que agregar a las anteriores pautas normativas (i) las leyes estatutarias y (ii) las leyes orgánicas, en lo pertinente. (Uprimny, 2001, p. 25)

A continuación, se presenta un esquema del conjunto de definiciones que ha desarrollado la Corte en torno al bloque de constitucionalidad y el valor de la jurisprudencia de la Corte IDH:

Tabla 2

Bloque de constitucionalidad y valor de la jurisprudencia de la Corte IDH

Bloque de Constitucionalidad	
Concepto	Conjunto de normas, reglas y principios, consagrados explícitamente en la Constitución, o incorporados a partir de remisiones contenidas en el texto superior, que operan como parámetro de control de constitucionalidad de las leyes.
Bloque en sentido estricto (Composición)	BSE1: Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia y no susceptibles de suspensión en estados de excepción (intangibles). BSE2: Los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. BSE3: Todos los tratados de derechos humanos.
Bloque en sentido lato	BSL1: Las leyes estatutarias y orgánicas. BSL2: Algunas leyes estatutarias y orgánicas.

	BSL3: Leyes estatutarias y orgánicas y tratados de derechos humanos que no incorporan derechos intangibles. BSL4: todo lo expresado en BSL3, más principios de DIDH que no hacen parte de tratados (Sentencias C-035 de 2016, C-330 de 2016, T-821 de 2007, entre otras).
Funciones	<i>Integradora:</i> hace referencia a la manera en que las normas de los tratados se incorporan a la Carta. <i>Interpretativa:</i> alude a normas que deben utilizarse como apoyo hermenéutico para comprender el alcance de las cláusulas de la Constitución Política.
Jurisprudencia de la Corte IDH	Criterio relevante de interpretación.

Fuente: Corte Constitucional (2016) Salvamento de Voto. [M.P. Gloria Ortiz] en <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30021714>

3.8 Críticas Finales al Valor Jurídico de las Sentencias de la Corte IDH

En lo anterior se puede distinguir una argumentación lógica que reconoce el valor de la jurisprudencia de instancias internacionales, luego de una lectura más amplia de la Constitución y los artículos que desarrollaron el concepto de bloque de constitucionalidad. “Es claro que la jurisprudencia de las instancias internacionales, como la Corte Interamericana o el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, tiene una cierta fuerza jurídica interna” (Uprimmy, 2001, p. 6), sin embargo, pareciera que existe una conformidad por el estándar y valor que la Corte Constitucional le ha dado a las sentencias de las Corte IDH, al definir las como “relevantes sobre la interpretación de los derechos constitucionales”, para el año 2001 fecha en que el profesor Rodrigo Uprimmy reflexionaba a cerca de estos temas y en la que señala:

Esa evolución representa un avance notable en la consolidación de una cultura jurídica de los derechos humanos en el país, sobre todo si comparamos la actual situación con la práctica jurídica existente antes de 1991, cuando los jueces negaban cualquier fuerza jurídica a los tratados en la materia (Uprimmy, 2001, p. 9).

Actualmente, se requiere de un capítulo nuevo, que permita reconocer en Tribunales tan importantes como la Corte IDH un mayor grado de compromiso nacional con los derechos humanos a través del reconocimiento del precedente internacional, que de la misma manera en como la Corte Constitucional ha evaluado el valor del precedente nacional, y que permita a los jueces reconocer en jurisprudencia internacional, una aplicación directa de los elementos argumentativos que la Corte IDH toma para decir algo sobre los derechos humanos, jueces como Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2014) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien además pertenece al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en México, ha realizado diversos ejercicios académicos de reconocimientos, que permiten observar las líneas jurisprudenciales de la Corte IDH. En su más reciente publicación al respecto titulada *Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal* (2014) hace un estudio metódico y exhaustivo de los 140 casos en materia penal que existían a la fecha, de los 172 casos contenciosos que había resuelto la Corte IDH, permitiendo reconocer de manera clara y plausible, precedentes internacionales, en materias como: “(1) tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; (2) ejecución extrajudicial; (3) desaparición forzada de personas; (4) jurisdicción militar; (5) leyes de amnistía; (6) responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión, y (7) pena de muerte” (Ferrer, 2014, p.30).

Este ejercicio académico entre otros muchos, deja ver la necesidad de reconsiderar el valor normativo de las sentencias de la Corte IDH bajo la premisa de incorporar un sistema orgánico interamericano que afiance las normativas en torno a los derechos humanos. La propuesta teórica, que se puede plantear al respecto, es a través del reconocimiento y asimilación de los componentes de un precedente de naturaleza internacional, porque si en Colombia se

constituye como precedente, “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que, por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo” (Sentencia T-109, 2019). Si traemos la noción de precedente y la aplicamos a la jurisprudencia de la Corte IDH, se podría señalar que será precedente internacional la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que, por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo, sin perjuicio de que Colombia sea parte o no, solo bajo la clarificación de que el conflicto suscitado debe cumplir los estándares ligados para la aplicación del precedente en Colombia, y no como es hoy un “criterio de interpretación”, que por cierto, la Corte Constitucional no define, ni cómo es, ni cómo se puede utilizar de manera plausible por los jueces en Colombia.

Por ultimo si del precedente en Colombia se puede distinguir que la *ratio decidendi* es de obligatorio cumplimiento, las sentencias de la Corte IDH tienen un acápite especial que de manera directa responde a ese mismo concepto, el doctor, Víctor Rodríguez Rescia (2009) ha definido en las sentencias de la Corte IDH un modelo de lectura y estructura, que bastaría con estandarizar y divulgar entre los jueces para afianzar su aplicación, en cualquier contexto nacional.

Una lectura completa de las sentencias, nos permite señalar que su estructura es similar a la de una sentencia interna, y que no existe ninguna limitante estructural que restrinja su lectura taxativa.

Por otra parte, se ha enfatizado en una lectura crítica de la forma en que se han tomado dos fuentes del derecho en Colombia, el final del documento solo podría hacer una aproximación a una idea de reconocimiento de derechos partiendo de la crítica ya expuesta. La Constitución del 1991, hace una reforma sustancial en la manera como se leen los derechos, las sentencias y los tratados, en este orden de ideas, se trae a colación la importancia del precedente, de su valor como fuente real de justicia, de su tradición, su obligatoriedad, sus críticas y sus ventajas en el sistema normativo, además de ilustrar de manera óptima al lector, para que comprenda, como se reconoce un precedente, como se utiliza y, como debe armonizar el sistema normativo colombiano.

Si se acogiera esta modalidad de inserción de las lecturas de la Corte IDH en el sistema jurisprudencial colombiano, y se comenzara a asumir su valor, a modo de precedente (internacional), se lograría salvar una brecha que se ha abierto entre los países miembros que acogen plenamente los conceptos de la Corte IDH y los que, como el nuestro, aún continúan en el debate sobre cómo implementarlas y que, tanto para la sociedad, como para la institucionalidad, implica un retraso, en su aplicación y su reconocimiento, aspectos que son esenciales en un contexto de violencia y vulneración de los derechos humanos como es el caso de Colombia, dónde por sus condiciones históricas y políticas, actualmente, es considerado como el país donde más se violan derechos humanos en América Latina, salta a la vista, la preocupante situación por la que atraviesa la defensa de los derechos humanos, Michel Fost afirma al respecto: “Colombia sigue siendo el país con el mayor número de personas defensoras de los derechos humanos asesinadas en América Latina, y las amenazas en su contra se han disparado, en un contexto de altos índices de impunidad, pese a avances en esta materia.” (BBC News, 2020, p. 1)

3.9 Una Visión Internacional: algunos casos exitosos de aplicación y cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH

A continuación, se presentan dos casos importantes en América Latina de inserción, en medio de singularidades jurisprudenciales, de las lecturas de la Corte IDH con el fin de presentar modelos que se pueden ajustar para el caso colombiano.

A. México: Una Luz de Esperanza.

A pesar de ser uno de los Estados con más casos de violación a la Convención Americana de Derechos Humanos, México ha avanzado en una dirección esperanzadora con relación al cumplimiento de los distintos pronunciamientos de la Corte IDH, de manera paulatina ha ido acatando los fallos, con algunas críticas las cuales siempre son necesarias, pero con relativa innovación en el tema. Lo más interesante del ejercicio mexicano ha sido su compromiso por establecer de manera unívoca la obligación de cumplir todos los fallos de la Corte IDH así no haya sido parte, el debate se dio hace unos años, en sus inicios la Suprema Corte de Justicia Nacional hacía las siguientes consideraciones:

Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional. De este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos. (SCJN, 2011, p. 550)

Esto señala que la aplicación de las sentencias se debía a un elemento casuístico que ponderaba las opciones que se derivaban del caso, aun teniendo como opción alejarse del precedente de la Corte IDH. El hecho de que una solución al caso a la luz del artículo 1° de la Constitución mexicana resultara más favorable, pero luego en el año 2015 se refuerzan estos criterios y se toma la opción por el reconocimiento del precedente internacional lo que llevó a su implementación hace 5 años apostando a un sistema normativo respetuoso de los derechos humanos o por lo menos con esa pretensión, todavía más clara:

Por mayoría de ocho votos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), determinó que todas las sentencias emanadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) son obligatorias para el Estado Mexicano, aunque el país no haya sido la parte demandada. El Alto Tribunal inició la discusión de un expediente varios, recursos mediante el que determinará cómo debe el Poder Judicial de la Federación (PJF) acatar las sentencias y las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH. (Lagner, 2015, p.1).

El reconocimiento a la labor de la Corte IDH ha sido amplio, incluso el proyecto que luego sería aprobado señalaba la obligación de una especie de control de convencionalidad: “el proyecto propone que el PJF tiene la obligación de inaplicar aquellas normas de legislación nacional que se opongan de manera directa a las disposiciones de los tratados internacionales de los que México es parte” (Lagner, 2015, p. 1). Este tema, aunque difiere del debate principal del texto, referencia un elemento importante, como parte del compromiso mexicano en esta materia. El diario mexicano *El Economista* (2015) muestra cómo el debate tuvo una amplia y necesaria participación académica: “Sobre el caso, el Centro de Derechos Humanos de la Montaña, Tlachinollan exhortó a la SCJN analizar desde una perspectiva amplia e integral, favorable a la más amplia tutela de los derechos humanos, las obligaciones que imponen las sentencias de la Corte IDH” (Lagner, 2015, p. 1).

En Colombia, éste debate poco ha sido tratado más allá de algunos cuestionamientos académicos de organizaciones de justicia, pero sin una teorización exhaustiva, y lo más importante sin un debate crítico ante la Corte Constitucional, la cual parece estar muy enclaustrada en su teoría y sin abrir la posibilidad a un debate interamericano más amplio.

El caso mexicano por su parte avanza muchos más allá de la simple enunciación del cumplimiento de los fallos de la Corte IDH. En reciente jurisprudencia la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señaló que para el cumplimiento de los pronunciamientos de las decisiones de la Corte IDH no era necesario ningún tipo de protocolo, requisito, pronunciamiento, ni instancia a nivel nacional para su obligatorio cumplimiento, sino que el propio fallo de la Corte debe ser cumplido directamente luego de su pronunciamiento en el territorio:

La SCJN resolvió que no se necesita una orden judicial adicional interna expedida por el Poder Judicial de la Federación para cumplir una sentencia de la CIDH.

En sesión del Tribunal Pleno, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determinó que no es necesaria una orden judicial interna para cumplir la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Martiano, 2020 en Diario Jurídico, p. 1)

Esta posición se dio a raíz del caso *García Cruz y Sánchez Silvestre Vs. México* (26 de noviembre de 2013) en el que se ordenó la eliminación de antecedentes penales de dos personas, al encontrar que el Estado era responsable de utilizar métodos de tortura en las declaraciones obtenidas en los procesos penales, y de los cuales debieron ser excluidos (Martiano, 2020, en Diario Jurídico, p. 1). Desde este suceso se da el pronunciamiento de la alta corte mexicana, que decide eliminar toda discrecionalidad nacional en la implementación de las sentencias, y elimina cualquier ritualidad o interpretación de los jueces de la República Federal Mexicana.

B. Chile: Un modelo con algunas críticas

El caso chileno presenta varios elementos particulares, difiere del sistema colombiano, en casos importantes, por ejemplo, el inciso 2 del artículo 5 de la Constitución Política de la República Chilena se señala que:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (C.P.CL. en: [Constitución Política. Capítulo I: Bases De La Institucionalidad - Senado - República de Chile](#)).

Existe un rango constitucional de los tratados internacionales ratificados por Chile, no obstante Jorge Aguayo Ibáñez considera que es todo lo contrario:

Se debe recordar, eso sí, que la jurisprudencia constitucional chilena (a modo de ejemplo STC 2387 de 2012) ha considerado en reiteradas oportunidades, que la interpretación correcta del artículo 5 de la Constitución, no permite atribuirle rango constitucional a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. (Ibáñez, 2016, p. 67)

En este sentido existe una gran diferencia, en Colombia donde en diversas oportunidades las Altas Cortes reiteran el carácter constitucional de los tratados de derechos humanos, Chile parece que recién comienza una apertura mucho más amplia de su constitucionalismo clásico, hacia lo que han hecho otros países en América Latina, y Centro América, sus jueces y Tribunales han estado en varias oportunidades cuestionados de manera respetuosa por la Corte IDH, como en el emblemático caso Almonacid Arellano vs Chile en donde la Corte señaló el compromiso convencional que tenía la Justicia chilena con la CADH y su lectura a la hora de enfrentarse a presupuestos normativos que diferían de los derechos humanos allí mencionados:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio

carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Corte IDH, 2006).

A pesar de estos pronunciamientos, en Chile no existen mecanismos concretos para la ejecución judicial de las decisiones de la Corte IDH (Ibáñez, 2016, p. 67) lo anterior no quiere decir que este país no haya dado cumplimiento a los 9 casos que para 2019 la Corte IDH ha fallado en su contra, lo que refiere es que su cumplimiento a pasado por algunos desafíos que contraponen la soberanía sobre todo en materia de cambios legislativos, que es un punto en donde la gran mayoría de los Estados a los que se les imponen esas sanciones difieren con la Corte IDH, sobre el caso chileno Ivanschitz señala:

en los casos Palamara Iribarne (2005) y Almonacid Arellano (2006), se observa un cumplimiento parcial y tardío, principalmente por la necesidad de adecuación de la legislación interna, es así como en el caso chileno, en la mayoría de las oportunidades se ha dado cumplimiento a las sentencias de la Corte y a las medidas de reparación. Respecto de las medidas de publicación de las sentencias, pago de indemnizaciones, actos de desagravio, etc., no se observan mayores dificultades para su cumplimiento. Sin embargo, cuando consisten en ajustes a la legislación interna o a la Constitución, el tema se complejiza, debido al ineludible proceso de discusión legislativa y al respectivo consenso político que ello implica (Ivanshitz, en Ibáñez, 2016, p. 78)

Chile ha sido en este sentido, un país que poco a poco ha cumplido las experiencias convencionales de las que ha sido parte, pero de manera tajante se ha negado al reconocimiento de sentencias donde no es parte del conflicto, muchos de los juristas chilenos señalan que de ninguna manera se puede esperar considerar extensivos los efectos de estas sentencias como si fueran “*erga omnes*” y que el pensar en este tipo de enunciaciones, sería el reconocimiento de “una subordinación del derecho interno al derecho internacional”(Galindo, en Ibáñez, 2016, p. 78), estas aseveraciones constituyen las barreras de acceso a la interpretación que la Corte IDH

hace de sus sentencias por parte de los sistemas jurídicos como el chileno, entre otros solo puede ser vista como un desconocimiento de las competencias y alcances de los tratados de derechos humanos, que pueden ser, incluso, cómplices de repetir violaciones de derechos humanos que ya se dieron en otros contextos, y que de cualquier manera se pudieran evitar, sin necesidad de esperar que las “justicias propias” que muchas veces son bastante lentas se pronuncien al respecto. Lo que se debe entender es que una lectura amplia de la CADH y de los pronunciamientos de la Corte IDH no son otra cosa que el mismo ordenamiento jurídico, del país que ratificó su competencia y que su lectura interpretativa, no resolutive de las sentencias, son parte de una jurisprudencia internacional que debe ser tomada en cuenta por los jueces del continente.

Conclusiones

La declaración de Colombia como Estado Social de Derecho implicó un cambio fundamental en la protección de los derechos fundamentales, fin último del Estado y, por lo tanto, de la justicia. El derecho a la igualdad supone la seguridad jurídica; sin embargo, la multidisciplinariedad desde la cual se debe abordar el derecho, exige el análisis riguroso de la singularidad y especificidad en cada caso concreto sometido a la Justicia. En este orden de ideas, podemos afirmar que, la visión estática del derecho desde el positivismo jurídico, impide la transformación del mismo y, como consecuencia, ralentiza las transformaciones sociales y políticas, tan necesarias, para una verdadera y profunda renovación del país.

En Colombia el derecho es eminentemente legislativo y, las otras fuentes de creación del derecho, deben estar supeditadas a la prevalencia de la Constitución, por lo tanto, consideramos que el método más asertivo para el análisis jurídico es el de la ponderación, en virtud de que acredita la optimización en la garantía de los derechos fundamentales en cada caso particular.

En los últimos años, se introdujo en la lectura jurídica colombiana el precedente judicial que ha sido abordado en la cultura continental, y en la praxis judicial, en especial en las Altas Cortes, alrededor de la “fuerza normativa”, tal como se expresó desde la sentencia C-836 de 2001 y su reflejo se concentra como un argumento más a tener en cuenta, al momento en que los jueces se pronuncian, no sólo en los autos sino en las sentencias, en cuyo caso se justifica la garantía de los principios jurídicos, como la previsibilidad de la decisión judicial, la seguridad jurídica, la imparcialidad y, el derecho a la igualdad que son los derechos que espera se le respeten a todo ciudadano que acude a la administración de Justicia.

Luego entonces, el precedente se ha convertido, en la práctica judicial, en una constante para los abogados en las audiencias, en los alegatos y en el sustento de impugnación, al invocar los recursos; no obstante, en muchas ocasiones se limitan las consideraciones al precedente – como una simple regla jurídica- “ una norma general (regla, principio, criterio) que se encuentra expresamente en un enunciado del texto de precedente-sentencia, o implícita en éste”, (Pierluigi, en Bernal, et al., 2015, p. 34), sin que se analice el *factum* y por ello, los jueces, en algunos casos, - tienen la labor de analizar las similitudes y diferencias del caso precedente, el que siendo sometido a consideración y en un ejercicio distinguir –distinguish- los hechos, encontrar en ellos la *ratio decidendi*, que es aplicable.

La investigación desarrollada nos permite concluir que:

1. La aplicación de los precedentes judiciales expresados en las Sentencias de unificación y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, obedece a una lógica jurídica que es consecuente con el artículo 241 que impone a la Corte Constitucional salvaguardar la integridad y la supremacía de la Constitución. En ese orden de ideas, el sistema del precedente no abarca únicamente la obligación de sujeción de los jueces, a la construcción de reglas elaboradas por las Altas Cortes, sino que abarca, además, a aquellas nacidas en el seno de la Corte IDH, cuya finalidad es darle sentido a la norma convencional como es la CIDH.
2. En los últimos años se ha acuñado el término de *control de convencionalidad* cuyo instrumento internacional resulta vinculante como consecuencia del bloque de constitucionalidad, puesto que forma parte de la Constitución misma. Por lo tanto, es menester reconocer, en cabeza del órgano internacional como es la Corte IDH, su condición como máximo órgano de cierre en materia de derechos humanos. En este

- sentido, los jueces en sus decisiones están sometidos al imperio de la ley y al precedente judicial, no solo al emitido por la Corte Constitucional, sino además a los precedentes emitidos por los órganos de cierre como son la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado y ahora con la entrada en vigencia del bloque de constitucionalidad, también se deben someter a los precedentes fijados por el organismo internacional – Corte IDH- como supremo garante de los derechos humanos, lo que sin lugar a dudas asegura los derechos y libertades, reconocidos desde el instrumento internacional, de cara a no hacer nugatorios, los principios de seguridad jurídica, igualdad, previsibilidad y confianza legítima.
3. Dentro de las de fuentes del derecho, la guía en las decisiones judiciales y administrativas es la Constitución Política y su bloque de constitucionalidad lo que impone afirmar, que los tratos internacionales de derechos humanos no pueden convertirse en una muletilla retórica, de nula aplicabilidad, , tal como sucede actualmente, con la CIDH cuya vigencia material solo tiene reconocimiento cuando su intérprete legal así lo decida, porque la Corte IDH, ha fijado el alcance y sentido de la CIDH.
 4. Se pudo establecer, que ha sido en el seno de dicho órgano jurisdiccional que se ha venido señalando el acatamiento de la interpretación que se haga de la CIDH por parte de los jueces en cada uno de los Estados Parte, lo que significa, que están vinculados, no solamente a la Convención misma, sino a la interpretación que de esta se haga sin que por ello se pierda su autonomía e independencia.
 5. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha diseñado toda una estructura jurisprudencial de reglas y subreglas, recogidas del sistema del *common law*, con el

- fin de que los jueces acojan los precedentes de las Altas Cortes y, sean la fuente no solo formal sino material del proceso, sin que con ello implique la pérdida de la autonomía e la independencia a la que tienen derecho los jueces, por cuanto también, se han expresado constitucionalmente en qué casos los jueces se pueden apartar, no solo de su propio precedente sino además, del precedente vertical. Salvo, en algunos casos, los funcionarios judiciales han sido objeto de condenas penales, porque han desconocido los precedentes de las Altas Cortes sin motivación, o sin que se hiciera referencia al precedente judicial.
6. La Sentencia C-625/2015, deja claro que la Constitución es la fuente formal del ordenamiento jurídico colombiano, como lo consagra el artículo 230. La ambigüedad que se hace evidente, entre el derecho legislativo y la autonomía del juez como fuente de creación de derecho y, que incide directamente en la aplicabilidad o inaplicabilidad del precedente judicial, puede superarse con la sistematización de la jurisprudencia de las Altas Cortes y la asignación de la función consultiva que, además, sea vinculante a uno de los órganos ya constituidos como el Consejo de Estado, la misma Corte Constitucional o el Consejo Superior de la Judicatura.
 7. En la presente investigación no se hicieron juicios a la naturaleza del precedente, se pretende determinar es cómo el precedente, al estar conformado por la *ratio decidendi* y la *obiter dicta* ha de ser acogido como una sentencia integral que, al haberse proferido con anterioridad, asume un carácter de vinculante. Para que ello ocurra, las Altas Cortes deben guardar una línea argumentativa, que de sentido a las leyes, para que los jueces acojan las reglas o principios que se han desarrollado en esos órganos, porque “no es posible ligar el postulado a la seguridad jurídica (como hacía Bentham)

a una estrecha vinculación con la ley, no es posible degradar al juez a ser, boca que pronuncia las palabras de la ley” (Schmitt, 2018), sino que, al crear la regla del derecho en su labor de interpretación, los jueces de instancia deben buscar con claridad, precisión y distinción su acogimiento.

Así las cosas, los jueces deben hacer una reconstrucción racional de la *ratio decidendi*, y para el caso, la norma (regla o principio), llamada también premisa normativa, para que se convierta en necesaria y suficiente y que, en los términos de la Corte Constitucional, pueda ser explícita o tácita, sin que ello implique que se trate de identificar una o varias reglas que se van extrayendo en su labor hermenéutica, que posteriormente se convertirá en vinculante.

8. Si bien en el derecho del *common law*, se han propuesto diferentes técnicas de interpretación del precedente, para fijar el alcance normativo de una *ratio decidendi*, la investigación no se centra en este análisis, éste será labor de las Altas Cortes para buscar y perfeccionar tanto las técnicas como los instrumentos de aplicación, pero sí es muy importante, para el desarrollo de la investigación, hacer aclaraciones conceptuales, como es el caso de la distinción- *distinguishing*- entre los hechos y la *ratio decidendi*, es decir con relevancia de hechos, de acuerdo a las normas jurídicas indicadas por el organismo judicial respectivo. Es que no de otra manera puede entenderse el precedente, puesto que no basta con la sola *ratio decidendi*, sino que debe estar complementada, necesariamente, por el estudio de los hechos, tanto en el caso de estudio como el que se pretende allegar como precedente.

El precedente crea certeza y estabilidad al sistema jurídico y, por ende, la previsibilidad de la decisión de los ciudadanos, se puede adecuar a las pretensiones,

basados en las reglas de derecho que se han construido y que, al estudiar la jurisprudencia de la corte constitucional, el principio de igualdad emerge, puesto que ante los mismos supuestos de hecho y derecho, el juez debe dispensar el mismo resultado en las mismas condiciones.

9. El principio de la función dispensadora, es decir “cuando se aplica el criterio jurídico de un precedente, no se necesita mayor justificación, porque ésta ya se dio en el caso previo en el que se resolvió, relevándose de una pesada carga”. (Gascón, en Bernal, et al., 2015, 74), Ello contribuye necesariamente a la economía procesal, y a que las decisiones sean más concretas a la hora de pronunciar la decisión de fondo.
10. De implantarse el precedente judicial, tal como ha sido propuesto en la última reforma a la justicia presentada por el gobierno nacional, cuyo texto en el artículo 230, señala: “Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley y deberán acatar el precedente judicial en los términos que establezca la ley” (Ministerio de Justicia, s.f.). Esta reforma, trae consigo planteamientos que deberán ser desarrollados por las Altas Cortes, tales como los efectos retroactivos y prospectivos frente a la revocatoria de un precedente, la vigencia del precedente en el tiempo y en el espacio, así como las reglas para el reconocimiento de los precedentes vinculantes y cuál es el grado de vinculatoriedad de un precedente y más aún, como se puede identificar. Este análisis supera los límites de la presente investigación, pero se deja como propuesta de estudio para futuros trabajos académicos con los que se pueda profundizar en este tema en específico. Si bien, la Corte Constitucional en sus últimos pronunciamientos no ha reconocido en la jurisprudencia de la Corte IDH, un poder vinculante, desconociendo la vertiente universal de los derechos humanos, desde la perspectiva

de supranacionalidad que ostenta la Corte IDH, es necesario que se comience a aceptar como un verdadero órgano de “Tribunal de precedente” siguiendo el ejemplo de Europa, en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia de la Unión europea, son precedentes para todos los tribunales, sin excepción, de los países miembros, tal como lo señala Michelle Taruffo: “esas decisiones constituyen un precedente para todos los tribunales y cortes de justicia de los estados que intervienen en las controversias, pero también para los órganos jurídicos que se han adherido a los respectivos convenios o tratados”. (Taruffo. 2018, p. 21).

Por ese mismo sendero argumentativo, conforme al artículo 32 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, la competencia asumida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se extiende a la interpretación que del instrumento se haga, por su legal interprete, por ende, los efectos propios de sus decisiones resultan de obligatorio cumplimiento por los Estados Parte y en tal sentido la disposición consagra: “1. La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del convenio y de sus protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33,34,46 y 47 (Convenio Europeo de Derechos humanos, 1950).

Conforme a lo anterior, la doctrina europea ha creado la denominada figura de efecto de cosa interpretada, que en palabras de Argelia Queralt Jiménez es “la *res interpretata* es el vehículo de diálogo con el que cuenta el TEDH en esta comunidad de intérpretes en la que se desarrolla hoy, la tutela de los derechos fundamentales, estos efectos interpretativos, pro futuro, de las sentencias del TEDH permiten afirmar

que esta jurisdicción es la responsable de un proceso de armonización de los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo”.(Queralt, 2017, p. 696)

El enfoque armonioso de la decisión del TEDH y su plena acogida por los tribunales tanto ordinarios como constitucionales, en el continente europeo, está fundamentado, especialmente, en la interpretación que se hace por el organismo internacional y tal como lo recuerda Sarz: “la jurisprudencia del TEDH su interpretación de los derechos presentes en el convenio, se proyecta sobre los Estados, sobre sus órganos jurisdiccionales, en la medida en que estos asumen, sin eludir en ningún momento el efecto de la cosa interpretada, los contenidos y los límites que para aquellos derechos resultan del *case law* del tribunal de Estrasburgo” (Sarz, 2004, p. 24).

En esas condiciones de irrestricta aplicación de los derechos humanos en Europa, genera confianza y antecedente, para que esta misma actitud sea asumida en el contexto americano, puesto que al fin y al cabo, dada la condición de ser un derecho humano, siendo su principal característica la universalidad, la interpretación que se haga de la CIDH debe ser acatada por todos los funcionarios públicos y en especial por las autoridades judiciales, bien por jueces singulares o plurales, desde el nivel municipal hasta la alta corte, incluida la Corte Constitucional, ya que se trata de la realización y efectividad del *ius cogens*, y por ende la aplicación del principio “*prohomine*”.

11. Cuando un tribunal internacional de los derechos humanos profiere una sentencia, poco o mucho nos interesa la parte resolutive, - no sucede lo mismo para el Estado condenado- ya que la misma, se trata de ordenes bien para retirar normas del ordenamiento interno, ora de reparación, cese de actos, de restitución etc., lo que

debe interesar es su motivación, su regla jurídica, que en últimas es su *ratio decidendi*, y es aquí cuando se proyecta a todos los jueces de los países miembros y un claro ejemplo de ello, corresponde a las causales de libertad provisional, que en términos de la Corte IDH, impone unas sub reglas desarrollando el principio del plazo razonable y en tal sentido, ningún juez puede desconocer esas sub-reglas.

Huelga acotar, como una ley en tanto no ha sido despachada del mundo jurídico por el órgano constitucionalmente creado con tal finalidad, o bien que no haya sufrido modificación legal, permanece en el tiempo, y por su lado el precedente creado por un órgano judicial, donde se fija la regla del derecho y que mantendrá su vigencia, si el juez no encuentra motivo alguno para ser modificado, atendiendo a las nuevas circunstancias, por ende, los precedentes dan vida, y construyen el derecho.

12. Es muy frecuente, en la praxis judicial, que abogados, soliciten de los jueces la aplicación de la excepción de convencionalidad, frente a una norma local, lo que lleva a que el juez local, entre a resolver no solo con el fundamento de la CIDH, sino además el precedente, -entendido como la regla de derecho creada por ese órgano- y que siendo del orbe internacional se proyecta para todos los funcionarios públicos, quienes en últimas representan al Estado.

Así las cosas, frente a los derechos humanos y en especial, en asuntos de violación como torturas, y otros tratos o penas crueles como desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, régimen disciplinario, enjuiciamiento penal por jurados, jurisdicción militar, pena de muerte, leyes de amnistía etc., la Corte IDH ha creado unas reglas y sub reglas en cuyo caso el alcance de la norma Convencional tienen ese carácter vinculante, ya que se trata de un órgano creado con una finalidad específica, la cual

es, aplicar e interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos que forman parte del sistema Interamericano de Derechos humanos.

Por ende, siguiendo la convención de Viena sobre el derecho de los tratados que se señala en el artículo 31.1: si un Estado firma un tratado internacional- específicamente en el terreno de los derechos humanos, el tratado deberá interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse, de lo que se deduce que el tratado es ley para las partes, es decir se aplica la regla de *pacta sunt servanda*, y bajo esa égida, la interpretación que forma parte de la sentencia tiene efectos jurídicos frente a las partes en conflicto y se proyecta con un efecto no persuasivo sino obligatorio para todos los estados partes, ya que la naturaleza de la Corte IDH es internacional, por ende sus fallos mantienen tal condición.

Las sentencias de un organismo internacional, específicamente de la Corte IDH, que fija el sentido y alcance de la CIDH no puede convertirse para los jueces locales, en simples enunciados jurídicos, sino en verdaderos precedentes, lo que robustece la argumentación y la confianza legítima de las partes, creado seguridad jurídica contribuyendo así a la vigencia de un orden justo y, que contrario, restringe la discrecionalidad de los jueces, por suerte que la interpretación que hace el organismo internacional tiene el efecto dominó en los Estados.

13. De otro lado, se ha podido constatar cómo, con los mismos argumentos utilizados por la Corte Constitucional para darle vigencia al precedente judicial, son los mismos principios (la previsibilidad y la confianza legítima) que hacen de los instrumentos de carácter internacional, y aún los denominados tratados “blandos”, sean obligatorio

recurso judicial, a la hora de decidir el derecho, y en tanto que la jurisprudencia es inherente a la CIDH, resulta lógico afirmar que las decisiones de ese órgano colegiado como es la Corte IDH, son vinculante para los jueces, ya que internacionalmente es un órgano que interpreta, da alcance, sentido a las disposiciones de la convención. Con la posición jurisprudencial vigente de la Corte Constitucional, en el sentido que no está facultada para realizar el control de convencionalidad y que las decisiones del organismo internacional solo pueden ser acogidas cuando el Estado Colombiano es parte en el proceso contencioso, la sentencia de ese órgano internacional es verdadera fuente del derecho interno, y vinculante ya que se trata de auténticos precedentes, lo que contribuye a una mejor eficacia interpretativa, la legítima realización de la justicia.

El ordenamiento jurídico encuentra su eje no solo en la Constitución, sino en el tratado internacional de los derechos humanos ya que forma parte de la Constitución, lo que significa que ya no se puede expresar que la Corte Constitucional ejerce el control de constitucionalidad, en tanto que la Corte IDH realiza el control de convencionalidad y, acogiendo las líneas de los tratadistas Juan Carlos Hitters y Juan Manuel Hitters: “la dimensión supranacional del derecho del proceso y de la justicia, con la evidente intención de que el respeto de las libertades humanas logra nivel metanacional y uniforme (*lex universali*)” (Hitters, et al., 2018, p. 1).

14. Es importante que los observatorios de derechos humanos del país, la academia y en general, todos los órganos y miembros de la comunidad jurídica colombiana estudiemos a profundidad, en un ejercicio comparado el caso de México y sus experiencias de más de 5 años de adoptar un sistema normativo que obliga a todos los

jueces de México a respetar todos los pronunciamientos de la Corte IDH, permitiendo hacer un balance socio jurídico, de los impactos de tomar este tipo de determinaciones, con el objeto de estudiar el referente, y plantear desde una experiencia continental, la idea planteada en este trabajo.

15. De maneras diversas el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y sus decisiones pueden irse acoplando al mundo jurídico colombiano todo depende del grupo amplio de actores vinculados a la Administración de Justicia, que conforman jueces, litigantes, organizaciones del Estado, etc. Para ir reconociendo el grado de legitimidad y autoridad que merecen las decisiones de la Corte IDH, sin lugar a dudas, los puntos de entrada son los escritos de mandatorios de derechos los cuales deben estructurarse y argumentarse, con la suficiente claridad para que el juez pueda tomar estos elementos y agregarlos a sus decisiones, bajo la propuesta metódica de este escrito como si fuera un precedente internacional, o bajo cualquier otra propuesta académica que lleve a la legitimidad y autoridad de las decisiones de la Corte IDH a otro nivel.

Bibliografía

- Atianza, M. (1993). Tras la Justicia en Atianza, M. *Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona; Editorial Ariel SA.
- Ahumana, M. A. (abril, 2003). Stare decisis y creación judicial del derecho constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*. (23) (67), 351-365
- Ara Pinilla, I. (1993). Hacia una definición explicativa de los derechos humanos. *Revista Derechos y libertades B.D.L.C.* (1) 101-111. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174986>
- Bernal, C. (2007). *Bases críticas para una discusión. En U. E. Colombia, Teoría Constitucional y Políticas Públicas*. Bogotá; Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (enero, 2008). El Precedente en Colombia. *Revista Derecho del Estado* (21), 81 - 94
- Bernal, C. Bustamante, T. (2015). *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*. Bogotá; Universidad Externado de Colombia (Primera edición).
- Castillo Alva, J. (2008). *El uso de los precedentes judiciales en materia penal como técnica*. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_46.pdf
- Castro, C., Cubides, J., Martinez, A. (2016). *El Control de Convencionalidad (CCV): Fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá; Universidad Católica. <https://repository.ucatolica.edu.co>
- Carpizo, J. (25 de julio-diciembre de 2011). Los Derechos Humanos: naturaleza. *Revista Jurídicas*. www.juridicas.unam.mx

Castillo, J. I. (2008). *El precedente judicial y el precedente constitucional*. Perú: Ara Editores.

Cienfuegos, D. (2005). *La Doctrina y la Jurisprudencia. Reflexiones acerca de una relación indispensable*. México; Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigación Jurídica <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1624/6.pdf>

Díez- Picazo, L. M. (mayo-agosto 1982). La doctrina del precedente administrativo. *Revista de la Administración Pública*, (96), 7-46

Ferrer, E. (julio-diciembre, 2014). Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal. *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. (59), 29-118

Ferres, V., Xiol, J. A. (2009). *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Fost, M. (4 de marzo 2020). *Derechos Humanos en América Latina*. BBC News <https://www.bbc.com/>

González. J. (2006). *El problema de las fuentes del derecho: una perspectiva desde la argumentación jurídica*. Bogotá; Pontificia Universidad Javeriana.

Garapón, A., Papadopoulos, I. (2006). *Juzgar en Estados Unidos y en Francia*. (L. E. Fraternité, Ed., & V. D. Perilla, Trad.) Bogotá; Editorial Legis.

Godoy, F. (2019) Los subsistemas jurídicos británicos (derecho consuetudinario inglés o *common law*) y el sistema judicial español (*civil law*). *Revistas Jurídicas*. (52) (154) <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/issue/archive> DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.154.14152>

- González Bahamonde, V. A. (2007). *El precedente judicial en la práctica: Constitucional chilena, estudio crítico: Tribunal Constitucional*. [Tesis de maestría en derecho, Universidad Austral de Chile]. Repositorio Institucional. Obtenido de: <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2007/fjg643p/doc/fjg643p.pdf>
- González Jaramillo, J., Macías González, O. (julio-diciembre, 2014). De la soberanía de la ley al precedente judicial: una mirada desde el neoinstitucionalismo económico. *Estudios de derecho*. (LXXI) (158), 4-25. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/23112>
- Hernández Valle, R (1990). La tutela de los derechos fundamentales. San José de Costa Rica; Juriscentro
- Hitters, J.C., Hitters J, M. (2018). *Derecho procesal constitucional trasnacional*. Buenos Aires; Corte IDH (LXXXII) (156). www.corteidh.or.cr
- Instituto de Investigación Jurídica UNAM (s.f.). *La legitimación procesal del procurador fiscal de la federación en el juicio de amparo: I. La Jurisprudencia*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2460/4.pdf>.
- Ibáñez, J., (2016). Cumplimiento y aplicación de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Panorama general. *Revista Derecho y Justicia*. (7), 67-78.
- Jaramillo, J.F., García, M., Rodríguez, A., Uprimny, R., (2018). *El Derecho Frente al Poder Surgimiento, Desarrollo y Crítica del Constitucionalismo Moderno*. Bogotá; Universidad Nacional de Colombia.
- Jolowicz, J. (septiembre-diciembre 1967). Vistazo al common law. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*. (20). <http://www.juridicas.unam.mx>.
- Kemp, A. (1969). *Las fuentes del derecho*. Madrid: Gráficas Espejo-Tomás Breton.

- Kofi A. Annan. (10 de diciembre de 1997) “Discurso del Día de los Derechos Humanos”. Teherán; Naciones Unidas. www.segib.org/?document=discurso-del-secretario-general-de-las-naciones-unidas-kofi-annan
- Martiano, A. (2020). México – La SCJN se expidió acerca del cumplimiento de una sentencia de la CIDH. *Diario Jurídico*. <https://www.diariojuridico.com/mexico-la-scjn-se-expidio-acerca-del-cumplimiento-de-una-sentencia-de-la-cidh/>.
- Miranda, M (s.f.) La Ejecución de Sentencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Ordenamiento Interno. *Revista IIDH*. (60), 129-130. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34021.pdf>
- Nogueira Alcalá, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México; Universidad Nacional Autónoma de México. <https://www.usmp.edu.pe>
- Lagner, A. (21 de abril de 2015). *Sentencias de la Corte IDH, obligatorias para México: SCJN*. Periódico El Economista. <https://www.eleconomista.com.mx/politica/Sentencias-de-la-Corte-IDH-obligatorias-para-Mexico-SCJN-20150421-0166.html>.
- Laporta Sanmiguel, F. J. (1987). *El concepto de derechos humanos*. <https://doi.org/10.14198/DOXA1987.4.01>
- López. D. (2001). *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá; Ediciones Uniandes. Legis Editores.
- López. D. (2012). *El derecho de los Jueces*. Bogotá: Legis.
- López. D. (30 de noviembre de 2015). Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como

- fuelle del derecho. *Precedente* (7), 9-42. <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/2202/2833>
- Pilonieta Pinilla, E. (2007). Obligatoriedad del precedente jurisprudencial en el sistema jurídico colombiano. *Vis Iuris Revista*. (1) (Vol. 1), 89-116
- Queralt Jiménez, A. (2017). *El efecto de cosa interpretada y la función de armonización*. Estrasburgo: Estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. <http://biblio.juridicas.UNAM.Mx/bjv>.
- RAE (1992). *Diccionario de la Lengua Española* tomo II, 21ª Ed., Madrid; Espasa, Calpe.
- René, D., Jauffret, C., (2010). Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. México; Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad nacional Autónoma de México. <http://bibliotecavirtualceug.files.wordpress.com/2017/06/los-grandes-sistemas-juridicos-contemporaneos.pdf>
- Rodriguez Gomez, E. (12 de Julio de 2007). *Universitas*. (2) (Vol. 18), 1-21. <https://www.redalyc.org/pdf/916/91625870002.pdf>
- Rodríguez, V. (2009) Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: guía modelos para su lectura y análisis. *Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Primera edición. San José de Costa Rica.
- Santapinter, J. J. (1956). *Sistema del derecho anglosajón*. Buenos Aires; Editorial Roque de Palma.
- Sarz Arnaiz, A. (julio-septiembre 2004). *El convenio europeo de derechos humanos y la garantía internacional de los derechos*. Revista Foro Constitucional. (7), 187-226. <https://hdl.handle.net/1001619170>

Schmitt, C., (2018) *Posiciones ante el derecho*. (Traducción y notas Montserrat Herrero). Madrid; Editorial Tecnós.

Squella, A. (2002). *Introducción al derecho*. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.

Spector, H. (15 de octubre de 2001). Filosofía de los Derechos Humanos. *OSONOMÍA* (15). Buenos Aires; Universidad Torcuato de Tella. [1405-0218-is-15-00007.pdf \(scielo.org.mx\)](https://doi.org/10.1405/0218-is-15-00007)

Taruffo, M. (abril 2010). Precedente y jurisprudencia. *Revista Jurídica* [file:///C:/Users/USER/Downloads /1434-Texto%20del%20art%C3%ADculo-4481-1-10-20130227.pdf](file:///C:/Users/USER/Downloads/1434-Texto%20del%20art%C3%ADculo-4481-1-10-20130227.pdf)

Taruffo, M., (2018). *Aspectos del precedente judicial. Primera edición*. Bogotá; Coordinación Editorial. DRG Consejo de la Judicatura.

Uprimny, R. (2001) El Bloque de Constitucionalidad en Colombia: Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf.

Uprimny, R., La Rota, M., Lalinde, S. (2017). Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas. Análisis general y comparativo para tres poblaciones. Colombia; Dejusticia. Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad. En línea www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_618.pdf

Fuentes Jurídicas

Alto Comisionado Naciones Unidas Derechos Humanos [ACNUDH]. (s.f). “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos”. En línea [ACNUDH | Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales \(ohchr.org\)](#).

Alto Comisionado Naciones Unidas Derechos Humanos [ACNUDH] (s.f). “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En línea [ACNUDH | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos \(ohchr.org\)](#)

Constitución Política de la República de Chile. (2005). En línea www.constituciondelarepublica.dechile.com.cl

Constitución Política de la República de Chile. (2012). *Ley N° 21.221*. En línea <https://www.senado.cl/constitucion-politica-capitulo-i-bases-de-la-institucionalidad/senado/2012-01-16/093048.html>

Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (2018) “ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana. Preguntas frecuentes” #4. San José de Costa Rica; Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Convenio Europeo de Derechos Humanos [CEDH] (1950). “Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. En línea www.echr.coe.int

Convención de Viena (27 de enero de 1980). “Sobre el Derecho de los Tratados”. En línea https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

Corte Constitucional de Colombia. (1 de marzo de 1995, sentencia C- 083, [M.P. Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional de Colombia. (29 de enero de 1999), sentencia SU- 047, [M.P. Carlos Gaviria Díaz & Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional de Colombia. (9 de agosto de 2001), sentencia C-836, [M.P. Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional de Colombia. (23 de Octubre de 2012), sentencia T-833, [M.P. Luís Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional de Colombia. (21 de febrero de 2002), sentencia T-114, [M.P. Eduardo Montealegre Lynett].

Corte Constitucional de Colombia. (26 de febrero de 2003), sentencia T-163, [M.P. Eduardo Montealegre Lynett].

Corte Constitucional de Colombia. (18 de septiembre de 2018), sentencia T-380, [M.P. Antonio Jose Lizarazo Ocampo].

Corte Constitucional de Colombia. (21 de marzo de 2003), sentencia T-249, [M.P. Eduardo Montealegre Lynett].

Corte Constitucional de Colombia. (26 de enero de 2006) sentencia C-028 de 2006, [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional de Colombia. (28 de noviembre de 2003), sentencia T 1130, [M.P. Jaime Córdoba Triviño].

Corte Constitucional de Colombia. (8 de agosto de 2003), sentencia T-688, [M.P. Eduardo Montealegre Lynett].

Corte Constitucional de Colombia. (19 de febrero de 2004), Sentencia C-131, [M.P. Clara Inés Vargas Hernández].

Corte Constitucional de Colombia. (4 de abril de 2005), sentencia T-330, [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional de Colombia. (1 de agosto de 2006), Auto 208, [M.P. Jaime Córdoba Triviño].

Corte Constitucional de Colombia. (22 de junio de 2016), sentencia C-327, [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado]

Corte Constitucional de Colombia. (6 de abril de 2006), sentencia T-292, [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa].

Corte Constitucional de Colombia. (2 de marzo de 2006), Sentencia T-158, [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional de Colombia. (15 de marzo de 2006), sentencia C-189, [M.P. Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional de Colombia. (8 de noviembre de 2007), sentencia C-932, [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra].

Corte Constitucional de Colombia. (16 de abril de 2008), sentencia C-335, [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional de Colombia. (7 de abril de 2010), sentencia C 241, [M.P. Juan Carlos Henao Pérez].

Corte Constitucional de Colombia. (7 de marzo de 2011), sentencia T 148, [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Corte Constitucional de Colombia. (8 de septiembre de 2011), Auto A196A, Salvamento de Voto magistrado Juan Carlos Henao Ruiz, [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Corte Constitucional de Colombia (24 de agosto de 2011), sentencia C- 634, [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional de Colombia. (6 de julio de 2011), sentencia C 539, [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional de Colombia. (20 de octubre de 2011), sentencia T-794, [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Constitucional de Colombia. (1 de noviembre de 2011), sentencia C-816, [M.P. Mauricio González Cuervo].

Corte Constitucional de Colombia. (21 de junio de 2012), Auto 144, [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional de Colombia. (1 octubre de 2015), Sentencia SU-625, [M.P. Mendoza Martelo, Gabriel Eduardo]

Corte Constitucional de Colombia. (29 de enero DE 199), Sentencia SU-047, [M.P. Gaviria Diaz, Carlos Y Martinez Caballero, Alejandro]

Corte Constitucional de Colombia. (28 de marzo de 2012), sentencia C 250, [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional de Colombia. (25 de julio de 2013), sentencia T 489, [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Corte Constitucional de Colombia. (25 de marzo de 2014), sentencia T-175, [M.P. Nilson Pinilla Pinilla].

Corte Constitucional de Colombia. (12 de febrero de 2015), sentencia SU-053, [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado].

Corte Constitucional de Colombia. (12 de febrero de 2015), sentencia SU-054, [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez].

Corte Constitucional, (12 de febrero de 2015), SU 058, [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez].

Corte Constitucional de Colombia. (13 de mayo de 2015), sentencia C-284, [M.P. Mauricio González Cuervo].

Corte Constitucional de Colombia. (22 de mayo de 2015), sentencia T-309, [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional (22 de junio 2016) Salvamento de Voto. [M.P. Gloria Ortiz]

Corte Constitucional de Colombia. (30 de septiembre de 2015), sentencia C-621, [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional de Colombia. (3 de septiembre de 2015), sentencia SU567, [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Corte Constitucional de Colombia. (2 de junio de 2016), sentencia T 292 de 2016, [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Corte Constitucional de Colombia. (14 de septiembre de 2016), sentencia C-497, [M.P. Alberto Rojas Ríos].

Corte Constitucional de Colombia (18 de mayo de 2017), sentencia SU 336, [M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo].

Corte Constitucional, (25 de mayo de 2017), sentencia SU 354, [M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo].

Corte Constitucional de Colombia. (17 de octubre de 2017), sentencia T-643, [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez].

Corte Constitucional de Colombia (21 de junio de 2018), sentencia SU 068, [M.P. Alberto Rojas Ríos].

Corte Constitucional de Colombia (4 de julio de 2018), sentencia SU 071, [M.P. Alejandro Linares Cantillo].

Corte Constitucional de Colombia (24 de julio de 2018), sentencia T-296, [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado].

Corte Constitucional de Colombia. (31 de agosto de 2018), sentencia T-360, [M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo].

Corte Constitucional de Colombia. (29 de octubre de 2018), sentencia T 433, [M.P. Alejandro Linares Cantillo].

Corte Constitucional de Colombia. (5 de julio de 2018), sentencia SU-072, [M.P. José Fernando Reyes Cuartas].

Corte Constitucional de Colombia. (8 de noviembre de 2018), sentencia SU 113, [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez].

Corte Constitucional de Colombia. (28 de enero de 2019), sentencia T-022, [M.P. Cristina Pardo Schlesinger].

Corte Constitucional de Colombia. (26 de febrero de 2019), sentencia T 078, [M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo].

Corte Constitucional de Colombia. (5 de marzo de 2019), sentencia T 093, [M.P. Alberto Rojas Ríos].

Corte Constitucional de Colombia. (13 de marzo de 2019), sentencia T-109, [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado].

Corte Constitucional de Colombia. (13 de marzo de 2019), sentencia C-111, [M.P. Carlos Bernal Pulido].

Corte Constitucional de Colombia. (8 de mayo de 2019), sentencia C-187, [M.P. José Fernando Reyes Cuartas].

Ministerio de Salud de Colombia. (2020). Víctimas. Corte IDH. <https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/promocion-social/Victimas/Paginas/corte-interamericana-de-derechos-humanos-dih.aspx>.

Ministerio de Justicia de Colombia. (s.f.). ABC - Propuesta de Reforma a la Justicia. Bogotá. [https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/pdfs/ABC%20 del%20Proyecto%20de% 20Ref orma%20a%20la%20Justicia.pdf](https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/pdfs/ABC%20del%20Proyecto%20de%20Reforma%20a%20la%20Justicia.pdf)

Organización de los Estados Americanos [OEA]. (s.f.). *Más Derechos para la Gente*. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>

Organización de Estados Americanos [OEA]. (octubre de 1979). *Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Aprobado mediante* [Resolución N° 448]. La Paz, Bolivia.

Unión Interparlamentaria y las Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. (2016). Derechos Humanos. *Manual para parlamentarios* (26): <https://www.ohchr.org/>

World Bank Toolkit (2006). (Last Updated : Sun,2016-09-18).- Approaches to Private Participation in Water Services, presentation to IFC on Some Differences between Civil Law and Common Law in a "nutshell" - Gide Loyrette Nouel 2007. Recuperado de <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/ley-regulacion/common-law-derecho-civil>.