

REFORMA CONSTITUCIONAL: ¿LÍMITES DERIVADOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

*HÉCTOR HERNÁN PINZÓN LÓPEZ**



CONSTITUTIONAL REFORM: LIMITS DERIVED FROM THE CONVENTIONALITY CONTROL?

RESUMEN

La importancia capital de la reforma constitucional es terreno fértil para una polémica profunda, que deriva del debate en torno a la posibilidad de fijar límites al poder reformador, pues de su existencia o inexistencia devendrá la inconstitucionalidad o no de una modificación constitucional. Corolario de lo anterior, ha sido la formulación de límites formales o procedimentales y límites materiales o sustanciales, cuya fuente no sólo se supeditaría al texto de la ley superior, sino que sería posible predicar la existencia de límites heterónomos, los que se afincarán en el control de convencionalidad.

Palabras clave: Reforma constitucional; Poder de reforma; Límites materiales; Límites formales; Bloque de constitucionalidad; Control de convencionalidad.

ABSTRACT

The capital importance of the constitutional reform is a fertile ground for a deep controversy, derived from the debate about the possibility of setting limits to the reforming power, be-

* Abogado de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia –UPTC–, Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. En la actualidad es estudiante del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ha estado vinculado a la Superintendencia de Notariado y Registro y a la Gobernación de Cundinamarca. Hoy en día es funcionario de carrera en la Contraloría General de la República; *e-mail*: gun_her2@yahoo.com].

cause of its existence or non-existence will depend the constitutionality of a constitutional amendment. Corollary of the above, it has been the formulation of formal or procedural limits and material or substantial limits, whose source would not only be subordinated to the text of the higher law, but it would be possible to preach the existence of heteronomous limits, which would be based on the control of conventionality.

Keywords: Constitutional Reform; Reforming Power; Material Limits; Formal Limits; Block of Constitutionality; Control of Conventionality.

Fecha de presentación: 9 de agosto de 2016. Revisión: 4 de octubre de 2016. Fecha de aceptación: 13 de octubre de 2016.



I. PRESENTACIÓN

En términos generales, al hablar de reforma constitucional, de manera necesaria se alude a la existencia y a la configuración de un poder, bajo cuyo ejercicio aquélla se concreta. Ahora bien, al amparo de los presupuestos del Estado constitucional contemporáneo, erigido sobre las bases impuestas por la democracia y consignadas en la Constitución, la discusión en torno a los límites del poder de reforma cobra vital relevancia, en tanto que de por medio se halla la integridad y vigencia del pacto político original.

¿Hasta dónde puede predicarse su contención y bajo qué condiciones? Interrogante que ha inspirado buena parte de los esfuerzos de la dogmática constitucional y que alienta el desarrollo de este modesto escrito.

Dicho esto, el propósito de este corto periplo académico consiste en lograr una aproximación a la naturaleza y al alcance de los límites a la reforma, para luego, desde una perspectiva que desborda el mero texto constitucional, analizar la procedencia de limitaciones materiales derivadas del control de convencionalidad, lo cual requerirá hacer expresa referencia al denominado bloque de constitucionalidad, materia que será abordada tanto desde la doctrina como de la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional colombiana.

II. PODER DE REFORMA: LÍMITES Y CONTROLES

Al desarrollar y precisar el concepto de reforma constitucional, el profesor RAÚL GUSTAVO FERRERYRA parte de la noción de

“cambio formalizado” del sistema normativo constitucional, el que implica la modificación de sus texto producida por acciones voluntarias, intencionadas y regladas por la propia Ley Mayor¹.

Bajo esos presupuestos, en seguida destaca las expresiones que puede tener la reforma constitucional²:

a. *Expansión*: cuando se agrega una disposición al conjunto; b. *Contracción*: cuando se elimina alguna disposición normativa de la nómina de ese conjunto; y c. *Revisión*: cuando se elimina alguna disposición normativa y luego se agrega otra incompatible con la eliminada.

En suma, la reforma constitucional sería aquella que “produce un cambio en el contenido del sistema, pero no produce la destrucción del preexistente al mantener la continuidad”³. Por su parte, la trascendencia del tema de la reforma constitucional, es planteada por el profesor MIGUEL CARBONELL en los siguientes términos:

El de la reforma de la Constitución es uno de esos temas “encrucijada” del derecho constitucional. En él se percibe como pocos, la frontera difusa entre derecho y política, mezclándose consideraciones de orden puramente normativo con otras de carácter filosófico-ideológicas y hasta sociológicas.

Y difícilmente puede ser de otra forma, porque estudiar la revisión constitucional [...] es tocar el límite equívoco en que el derecho y el Estado enlazan con su supuesta prehistoria constituyente; es por ello aproximarse a la pregunta [...] por la soberanía y apuntar al núcleo primario, en la ideología y en la estructura social, de una colectividad organizada”⁴.

A. Los límites a la reforma

En ese orden de ideas, la importancia capital de la reforma es terreno fértil para una polémica profunda que deriva del debate en torno a la

1 RAÚL GUSTAVO FERRREYRA. *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2014, p. 95.

2 Ídem.

3 Ibíd., p. 98.

4 MIGUEL CARBONELL. “Reforma constitucional: límites y controles”, en *Publicación electrónica*, n.º 1, 2011, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 1, disponible en [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2955/4.pdf>].

posibilidad de fijar límites al poder reformador, pues de su existencia o inexistencia devendrá la inconstitucionalidad o no de una modificación constitucional⁵. Es una discusión que se mueve dentro de los extremos propuestos por dos posturas: *la esencialista y la sustancialista*:

La discusión se mueve entre dos puntos extremos: por un lado, quienes afirman que el poder de reforma solo debe ser limitado procedimentalmente, y confían la garantía de los derechos y las libertades individuales en el principio democrático de la mayoría parlamentaria, lo cual implica que este poder tendría la facultad de modificar cualquier contenido de la Constitución, siempre y cuando se agote un procedimiento especial señalado en el mismo texto constitucional, consecuencia de lo cual, este no contemplaría ningún límite de tipo material. En el otro punto se ubican quienes afirman que el poder de reforma se encontrará siempre limitado, tanto procedimental como materialmente y, por tanto, al reformador le estaría vedada la reforma de determinados contenidos del texto constitucional, los cuales operan como límites y parámetros de legitimidad para todos los poderes constituidos, y solamente podrían ser modificados por la actuación de un poder constituyente⁶.

De lo dicho se colige la formulación de límites constitucionales formales o procedimentales y límites materiales o sustanciales.

Las disposiciones normativas que contienen límites formales establecen condiciones orgánicas y procedimentales, disponiendo los órganos (Convención Constituyente) y procedimientos (iniciación, debate, etc.) para llevar a cabo la creación normativa suprema. Los límites formales a la reforma son la consecuencia de la fuerza normativa de la Constitución: la juridicidad de la Ley Mayor implica la juridicidad del poder de reforma [...] Desde esta perspectiva, por lo tanto, los límites formales a la reforma de la Constitución establecen condiciones que hacen posible la programación normativa constitucional. Tales límites, pues, cumplen una función selectiva afirmativa en la determinación de las expectativas normativamente garantizadas, puesto que de ellos se deducen los cauces por los cuales debe discurrir la producción del sistema jurídico al más alto nivel⁷.

5 Cfr. FERREYRA. *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, cit., p. 421.

6 JUAN ESTEBAN JARAMILLO GIRALDO. "La problemática de los límites al poder de reforma de la Constitución Política de Colombia de 1991", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 43, n.º 118, pp. 309 a 348, Medellín, enero-junio de 2013, p. 312 disponible en [<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/1952/1794>].

7 FERREYRA. *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, cit., p. 430.

Dentro del constitucionalismo argentino, el profesor FERREYRA distingue como límites al poder constituyente, la estricta observancia de las siguientes etapas del proceso de reforma: 1. Iniciación; 2. Debate público y elecciones; y 3. Creación constitucional. Se trata de etapas que, para asegurar su constitucionalidad, deben gozar de conexión, esto es, acaecer de forma sucesiva, siguiendo una secuencia específica⁸.

Así las cosas, de una reforma constitucional será predicable su invalidez formal si no se sujetó a los presupuestos, sentados por las reglas que ordenan el proceso de reforma⁹.

En relación con los límites materiales, el autor en comento precisa:

... las disposiciones que contienen límites materiales a la reforma consisten en enunciados deónticos que, prohibiendo la supresión, sustitución o introducción de nuevas disposiciones que alteren determinados contenidos constitucionales o estableciendo la perpetuidad e inalterabilidad de algunos de ellos, otorgan garantía contrafáctica a la expectativa de que no se constitucionalicen determinadas regulaciones. Este tipo de decisiones define que ciertos contenidos o materias no pueden ser objeto de constitucionalización futura¹⁰.

De la revisión de la dogmática constitucional argentina, FERRERYRA¹¹ extrae los siguientes límites materiales:

- La forma de Estado democrático;
- La forma de Estado Federal;
- La forma republicana de Gobierno;
- La confesionalidad del Estado;
- La eliminación de la esclavitud, de la pena de confiscación de bienes o la pena de muerte por causas políticas y toda especie de tormento y azotes;
- La admisión de que existen derechos naturales de los hombres y de las sociedades, superiores y anteriores a cualquier Constitución;

8 Ibid., pp. 433 a 434.

9 Ibid., pp. 491 a 492.

10 Ibid., p. 430.

11 Ibid., pp. 467 a 469.

– La prohibición de conceder facultades extraordinarias o la suma de poder público; Y

– El cumplimiento y observancia de los compromisos internacionales adquiridos y vigentes, tales como los derivados de la Convención Americana de Derechos Humanos –CADH– o la autoridad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –Corte IDH–.

Al respecto, la posición asumida por FERREYRA se asienta en considerar a la regla democrática como asidero de los límites materiales. Ello por cuanto dicha regla indica una forma de Estado, el ejercicio de la soberanía popular con base en la regla de la mayoría y respeto de las minorías, elecciones con sufragio universal, la vigencia del pluralismo fundamentado en los derechos de libertad y la división de poderes¹².

Finalmente, concluye:

... Al sostenerse la existencia de límites materiales, la capacidad de regulación normativa no deja de ser ilimitada. Ello implica que si bien todo es mudable, cambiante, siempre que se decida por el procedimiento de autogobierno y respeto de la autonomía personal, es la propia racionalidad la que, como paradigma, indica que no debería tramitarse por el procedimiento democrático una demanda que pretenda borrar la propia positividad de igualdad y libertad que establece la decisión democrática como propia¹³.

Luego, la invalidez material de una reforma constitucional derivará de la afectación generada a “una materia considerada intangible por la Constitución, de imposible modificación por infringir una limitación material”¹⁴.

Sobre este punto, coincidimos en la idea de que todo puede ser susceptible de reforma, siempre y cuando los cambios no rompan la continuidad de la Constitución, aclarando que ésta no sólo se garantiza con la no intervención o modificación de los límites materiales, sino que es viable su reforma bajo la hipótesis de que, con ella, se vean reafirmados o reforzados, por ejemplo, la ampliación de los mecanismos de participación ciudadana contenidos en el texto constitucional.

12 *Ibíd.*, pp. 480 a 485.

13 *Ibíd.*, p. 485.

14 *Ibíd.*, p. 492.

Para culminar con la caracterización de los límites al poder de reforma, es pertinente traer a colación una clasificación adicional y que puede ser útil, según la cual pueden ser contenidos en tres grupos: 1. Heterónomos y autónomos; 2. Explícitos e implícitos; y 3. Absolutos y relativos¹⁵.

Los heterónomos devienen de fuentes exógenas a la Constitución, cuya génesis puede ubicarse en el iusnaturalismo y en el orden jurídico internacional. Por su parte, los autónomos, son impuestos por la propia norma constitucional y dentro de ellos se incluyen los límites explícitos e implícitos y los absolutos y relativos.

A los explícitos se les conoce como cláusulas de intangibilidad y son establecidos de forma expresa por el texto constitucional. A su turno, los implícitos se deducen de la Constitución, “ya sea como consecuencia de los fundamentos mismos de orden constitucional, ‘bien como como correlato de las singulares cualificaciones que se producen en determinados preceptos de la Constitución’”¹⁶.

Entretanto, de la procedencia y viabilidad de la modificación de un límite, se predicará su carácter relativo o absoluto:

La clasificación de los límites a la reforma en absolutos y relativos se refiere a la posibilidad o imposibilidad de que tanto los límites explícitos como los implícitos puedan ser superados; es decir, si los límites pueden ser modificados por procedimientos especiales, entonces estaremos frente a un límite relativo, mientras que si un límite no puede ser superado bajo ninguna circunstancia (jurídica, desde luego) entonces se trata de un límite absoluto¹⁷.

B. El control de la reforma

La importancia de abordar lo relativo al control de la reforma, estriba en las funciones atribuídas a éste¹⁸:

a. como instrumento garantizador de la vigencia y eficacia de la reforma constitucional; b. como sistema de garantía de cumplimiento formal de las

15 CARBONELL. “Reforma constitucional: límites y controles”, cit., p. 28.

16 Ídem.

17 Ídem.

18 *Ibíd.*, p. 32.

normas que regulan su procedimiento; c. como un medio para asegurar los límites al poder reformador.

Ahora, considerando que dentro del ordenamiento constitucional colombiano cobra vigencia la posibilidad de controlar el poder reformador, es de precisar que a ella subyace la idea de “que el poder constituyente es distinto –y superior– a los poderes constituidos y, además, que el poder reformador es un poder constituido”¹⁹.

Como se observa, el contenido y alcance del ejercicio del control a la reforma viene determinado, justamente, de los límites impuestos al poder de reforma.

1. El control de constitucionalidad a la reforma en Colombia

De conformidad con el Título XIII de la de la Constitución Política de Colombia de 1991, ésta sólo podrá ser reformada por el Congreso a través de actos legislativos, por una asamblea constituyente o por el pueblo mediante referendo.

Por su parte, dentro de las funciones atribuidas a la Corte Constitucional, en el artículo 241 *ibídem*, se contemplan:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.

De las disposiciones constitucionales referidas, es evidente la expresa consagración, únicamente, de límites formales al poder reformador, de modo que la validez formal del acto reformativo devendrá de la inexistencia de vicios de procedimiento en su formación.

19 Ídem.

Ahora, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional desarrollada a partir de 2003, dentro de los vicios de procedimiento se incluyó la revisión de los actos reformatorios por sustitución o por falta de competencia del órgano reformador.

Con este fundamento, en tres ocasiones ha declarado inexecutable reformas constitucionales en las que, según esta corporación, el Congreso excedió sus facultades al sustituir la Carta Política en vez de reformarla (sents. C-551 de 2003, C-1040 de 2005 y C-588 de 2009). En esta dirección, la sustitución del modelo constitucional o de sus valores esenciales –sin que sean precisadas las normas que comprende–, solamente resulta ser de competencia del constituyente primario; o con mayor precisión según la misma Corte, de una asamblea constituyente que fuese convocada por el Congreso mediante ley, solución que también excluye las decisiones que pueda adoptar el pueblo por vía de referendo²⁰.

En la Sentencia C-1040 de 19 de octubre de 2005²¹, la Corte definió la sustitución en los siguientes términos:

El fenómeno jurídico de la sustitución de la Constitución se presenta cuando un elemento definitorio de la esencia de la Constitución de 1991, en lugar de ser modificado, es reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente. Así, después de la sustitución de la Carta, como es imposible reconocerla en su identidad básica, no cabe afirmar que la Constitución reformada sigue siendo la Carta de 1991. Al Congreso de la República le está vedado sustituir la Constitución, en forma total o parcial, permanente o transitoria. Por supuesto, le está prohibido reemplazar la Constitución de 1991 por una completamente nueva y diferente. Pero tampoco puede sustituir la Carta mediante un cambio parcial de tal magnitud que haga imposible, de manera permanente o transitoria, reconocer en la Constitución los elementos esenciales definitorios de su identidad originaria, lo cual no obsta para que el Congreso efectúe reformas importantes para adaptar la Carta a la evolución de la sociedad y responder a las expectativas de los ciudadanos.

A su vez, la Corte concluyó sobre la inexistencia de límites materiales o cláusulas pétreas en la Constitución y, por ende, de su falta de competencia para declarar la inconstitucionalidad de una reforma a partir de ellas:

20 JAVIER HENAO HIDRÓN. *Constitución Política*, 21.^a ed., Bogotá, Temis, 2015, p. 184.

21 MM. PP.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA, HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, ÁLVARO TAFUR GALVIS y CLARA INÉS

A la Corte le está vedado controlar las reformas constitucionales por su contenido material, es decir, que no puede ejercer un control de fondo para juzgar si la reforma es contraria al contenido de la Constitución. En la Carta de 1991 no existen cláusulas pétreas, normas intangibles o principios inmodificables. Todas las normas de la Constitución tienen la misma jerarquía y no es posible juzgar si una norma de la Constitución viola otra norma de la misma Constitución considerada superior, sin perjuicio de que unas normas constitucionales sean más importantes que otras, lo cual es un asunto diferente. Tampoco existen en Colombia normas supraconstitucionales que sirvan de parámetro para juzgar la validez del contenido de una reforma constitucional. *Los tratados internacionales sobre derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad orientan al juez constitucional en la identificación de los elementos esenciales que definen la fisonomía insustituible de la Constitución de 1991, pero no son tales tratados un referente autónomo y supraconstitucional para juzgar el contenido material de una reforma de la Carta.* (Resaltado fuera de texto).

En esta sentencia, la argumentación de la Corte es poco convincente en tanto incongruente, si de establecer la ausencia de límites materiales se trata. Si bien parte de la denominada falta de competencia del órgano reformador, el análisis de fondo es netamente sustancial y se sustrae a dar por hecho lo que luego pretende negar: la fijación de límites materiales que aseguran la continuidad de la Constitución.

Así mismo, para ese entonces, la Corte anota algo relevante para la tesis puntual que aquí se pretende desarrollar, al considerar que los tratados que integran el denominado bloque de constitucionalidad no son referentes autónomos de los que se pueda seguir la existencia de límites materiales.

III. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

A efectos de lograr una aproximación a este concepto, un referente ineludible es el trabajo del profesor argentino PABLO MANILI, quien luego de hacer un juicioso análisis del ordenamiento constitucional de su país, concluyó²²:

VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm>].

22 PABLO LUIS MANILI. *El bloque de constitucionalidad*, 2.^a ed., Buenos Aires, Astrea, 2017, pp. 356 a 359.

a) Se ha creado un bloque normativo, es decir, una comunidad de normas, integrada por la Constitución nacional más los instrumentos internacionales de derechos humanos [...] b) Existen, por lo tanto, normas que están fuera de la Constitución, pero todas ellas tienen la misma jerarquía normativa y, *en conjunto y armónicamente*, sirven de parámetro para el control de constitucionalidad de las normas inferiores, sean federales, nacionales o locales. He allí el fenómeno que describimos como bloque de constitucionalidad. Las normas de derechos humanos que se han incorporado al bloque permanecen fuera de la Constitución, pero en el mismo rango jerárquico; no se incorporan a la Constitución, sino al bloque de constitucionalidad. c) [...] las contradicciones, lagunas o redundancias que puedan existir en el seno del bloque no difieren de las que existen en cualquier sistema normativo, ni de las que ya existían en el seno mismo de la Constitución nacional. Y los mecanismos de solución son los mismos. Es más, se ha demostrado cómo el propio derecho internacional de los derechos humanos, con cuya elevación a la jerarquía constitucional se conformó el bloque, contiene pautas específicas para la solución de esos inconvenientes (los principios *pro homine*, *pro actione* y *favor debilis*, y la obligación de adoptar medidas internas) [...] f) [...] el bloque de constitucionalidad es un concepto con contornos claramente definidos; no hay duda acerca de cuáles son las normas que lo componen. Sin embargo, su contenido no es inmutable, pues nuevos instrumentos internacionales pueden ingresar a él y también puede ocurrir que los que ya están dejen de pertenecer a él por el mecanismo de denuncia. g) El bloque de constitucionalidad [...] nace por mandato expreso del constituyente –en el caso colombiano surge de la jurisprudencia de la Corte Constitucional– [...] i) Como resultado de la creación del bloque, muchos derechos que antes eran implícitos en la Constitución, ahora son explícitos dentro del bloque, y otros se han perfeccionado, aumentado y ampliado. Por lo tanto, su impacto sobre el sistema de derechos fundamentales de la persona humana es a la vez cualitativo y cuantitativo, produciendo un notable enriquecimiento del sistema de derechos. j) Todos los principios que rigen el derecho internacional de los derechos humanos tienen ahora rango constitucional, pues han ingresado al bloque los principales instrumentos de esta materia, que contienen dichos principios [...] k) [...] el antiguo principio de supremacía de la Constitución no se ve afectado por la conformación del bloque.

Por su parte, en Colombia la Corte Constitucional armonizó la aparente contradicción entre el principio de supremacía de la Constitución y la prevalencia en el derecho interno de los tratados internacionales que reconocen derechos humanos no suspendibles en estados de excepción, bajo la adopción de la noción de bloque de constitucionalidad. Al igual que en Argentina, se descartó la atribución de un valor supraconstitucional a dichos tratados, situándolos en el mismo nivel

jerárquico de la Constitución²³. Sin embargo, el panorama se torna complejo en relación con el estatus jurídico de la jurisprudencia de las instancias internacionales derivada de la interpretación y aplicación de los referidos tratados, principalmente de la Corte IDH y de la Comisión IDH.

IV. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La doctrina al respecto empezó a construirse en el seno de la Corte IDH a partir del caso *Almonacid Arellano vs. Gobierno de Chile*²⁴, en donde se establecieron dos importantes lineamientos a efectos de compatibilizar las normas internacionales y nacionales: 1. En caso de contradicción entre una ley una norma del Pacto de San José de Costa Rica, los jueces deben preferir esta última; y 2. Los jueces deben tener en cuenta la interpretación que del mismo ha hecho la Corte en su condición de intérprete última de la Convención Americana²⁵.

Desde entonces, el control de convencionalidad ha venido evolucionando a través de diversos pronunciamientos de la Corte, proceso del cual se puede hacer el siguiente balance²⁶:

... la creación de la doctrina del control de convencionalidad implica la homogeneización de los sistemas constitucionales de todos los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH. Ello en cuanto a lo siguiente: a) La jerarquía de los instrumentos internacionales de derechos humanos, dado que ahora deben ser aplicados con preferencia a toda norma interna que los viole (aun cuando la Constitución nacional no les hubiera reconocido esa jerarquía). b) El valor vinculante que debe reconocerse, en derecho interno, a la jurisprudencia de la Corte IDH, incluidas sus opiniones consultivas. c) La obligación de todos los funcionarios públicos (judiciales o no) de aplicar de manera directa los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH.

23 Ibid., p. 420.

24 Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf].

25 MAXIMILIANO TORICELLI. *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2016, pp. 92 y 93.

26 MANILI. *El bloque de constitucionalidad*, cit., pp. 344 y 345.

A esta altura, pareciera claro que el estatus e implicaciones jurídicas reconocidas al contenido normativo de los tratados de derechos humanos, se haría extensible y cobijaría, por tanto, a la interpretación autorizada que de ellos despliega, principalmente, la Corte IDH, no siendo dable para los Estados apartarse de tal doctrina.

Respecto de la homogeneización o adecuación del orden jurídico interno, el profesor TORICELLI se pregunta si dentro de las normas cuyo contenido debe compatibilizarse con la Convención se incluye la Constitución, a lo cual responde:

En definitiva, según el criterio de la Corte Interamericana, los jueces, en nuestro sistema de control difuso, deben preferir la aplicación de las normas de la Convención Americana y la interpretación que de ella haga ese alto tribunal, por sobre toda norma de derecho interno, incluso de la Constitución federal. Y deben hacerlo de oficio²⁷.

Corolario de lo anterior, es la reconfiguración de las fuentes de validez constitucional, en donde los conflictos entre uno y otro ordenamiento no se dirimen por criterios jerárquicos, sino por las pautas derivadas de la aplicación de los principios *pro homine*, *pro actione* y *favor debilis*, entre otros. Ello implicaría reconocer la instauración de límites materiales heterónomos al poder reformador, afirmados en interpretaciones favorables a los derechos humanos.

V. UNA DISCUSIÓN CONSTITUCIONAL:

LA SENTENCIA C-469 DE 31 DE AGOSTO DE 2016²⁸

A. Antecedentes

En ejercicio de la acción pública consagrada en el numeral 4 artículo 241 de la Constitución Política, el demandante solicita a la Corte de-

27 TORICELLI. *Manual de derecho constitucional*, cit., p. 93.

28 M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-469-16.htm>].

clarar inexequibles los numerales 2 al 7 y, parcialmente, el numeral 1 del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal²⁹.

B. Norma demandada

A continuación se transcribe el artículo demandado, subrayado en los fragmentos y numerales objeto de impugnación.

Artículo 310. *Peligro para la comunidad*. Artículo modificado por el artículo 3.º de la Ley 1760 de 2015. El nuevo texto es el siguiente: Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias: 1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales. 2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos. 3. El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional. 4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional. 5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas. 6. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años. 7. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.

C. La demanda

El demandante considera que los apartados acusados contravienen los artículos 28 y 93 de la Constitución Política y 7.º (núms. 2, 3 y 5) y 8.º (núms. 1 y 2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH–. Sostiene que en Colombia resulta válido privar de la libertad al imputado durante el proceso penal, pero ello no puede ser arbitrario pues está sometido a estrictas exigencias constitucionales y legales, cuya observancia es impuesta al Estado en aras de salvaguardar al ciudadano de injerencias indebidas.

Con base en informes de la Comisión IDH, el impugnante considera que la imposición de la prisión preventiva debe tomar en conside-

29 Ley 906 de 31 de agosto de 2004, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, *Diario Oficial*, n.º 45.658, de 1.º de septiembre de 2004, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14787>].

ración los principios de presunción de inocencia y libertad y, por consiguiente, solo puede ser ordenada en dos situaciones: cuando exista riesgo de que el procesado eludirá la acción de la justicia y ante la probabilidad de que obstaculice la investigación penal.

En esencia, para el accionante las circunstancias anteriores no constituirían factores de riesgo procesal, desconocerían la interpretación de la Convención llevada a cabo por la Comisión IDH. El demandante añade que

los criterios de necesidad de una medida de aseguramiento se deben comparecer con los principios e interpretaciones que se efectúan del ordenamiento supra-nacional por los organismos internacionales autorizados para tal fin [...] resulta obligatorio para el Estado colombiano, por exigencia expresa del bloque constitucional, acoger la interpretación que las autoridades competentes hacen de las normas internacionales e integrar dicha interpretación al ejercicio hermenéutico de la Corte Constitucional...

D. Problema jurídico

El artículo 308 del Código de Procedimiento Penal establece que el juez de control de garantías decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios se infiera razonablemente que el imputado puede ser responsable del delito, siempre y cuando se cumpla uno de los siguientes requisitos: 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; y 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

El citado numeral 2, a su vez, es desarrollado por el artículo 310 del mismo Código parcialmente impugnado en esta ocasión. Según esta disposición, con el fin de estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo

de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional. 4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional. 5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas. 6. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años. 7. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.

La demanda se dirige contra los numerales 2 al 7 y el fragmento resaltado del numeral 1.

Según dice la Corte Constitucional, el problema de constitucionalidad que debe ser resuelto gira en torno a la admisibilidad o no de la peligrosidad del imputado para la comunidad, como criterio para la imposición de una medida de aseguramiento en el trámite del proceso penal. Según el demandante, en la interpretación que la CIDH hace del artículo 7.º de la Convención Americana, esto no es admisible, por cuanto dicha medida cautelar solo podría tener dos propósitos: evitar la obstrucción del proceso y garantizar la comparecencia del procesado. El criterio basado en la peligrosidad del agente se encontraría excluido, por cuanto no tendría relación alguna con la intangibilidad del proceso y su comparecencia y supondría una mera anticipación de la reacción punitiva.

E. La posición de la Corte

1. De acuerdo con la posición mayoritaria de la Corte Constitucional se puede concluir:

a. En sentido genérico, los tratados internacionales aprobados por el Congreso de la República que reconocen derechos humanos no suspendibles en estados de excepción y la Constitución Política, se fusionan y forman un bloque de constitucionalidad, en virtud de la remisión a aquellos prevista en los artículos 93, 94, 44 y 53 constitucional.

b. La jurisprudencia ha precisado dos conceptos de bloque de constitucionalidad: en sentido estricto y en sentido *lato*. En sentido estricto, el bloque está compuesto por la Carta, los tratados internacionales de derechos humanos no susceptibles de suspensión en estados de excepción, debidamente aprobados por el Estado colombiano, los tratados de derecho internacional humanitario y las normas *ius cogens*. En sentido *lato*, el bloque de constitucionalidad está compuesto

por todas las normas de diversa jerarquía que sirven como parámetro de constitucionalidad, dentro de las que se encuentran la Carta, los tratados internacionales a los que reenvía el artículo 93 Superior, las leyes orgánicas y algunas leyes estatutarias.

c. Los incisos 1 y 2 del artículo 93 constitucional dan lugar a las funciones integradora e interpretativa del bloque de constitucionalidad. En virtud de la función integradora, los tratados sobre derechos humanos no suspendibles en estados de excepción, debidamente aprobados por el Congreso, conforman parámetro de control y se integran al sistema constitucional, incluso si no hay normas de igual contenido material. En virtud de la función interpretativa, los tratados sobre derechos humanos, al margen de si reconocen prerrogativas no suspendibles en estados de excepción, de ser aprobados por el Congreso, sirven de criterios para clarificar el contenido y alcance de los derechos y deberes consagrados en la Constitución.

d. En virtud del carácter judicial de la Corte IDH, su creación por la CADH y su competencia para interpretar con autoridad la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la jurisprudencia que emite posee especial relevancia bajo las funciones integradora e interpretativa del bloque de constitucionalidad.

e. Los criterios interpretativos de la Comisión IDH, si bien no tienen el mismo carácter que aquellos de la Corte IDH, permiten ilustrar y sirven de fuente complementaria en la determinación del alcance de la Convención y como elemento orientador en la adscripción del sentido de los derechos constitucionales fundamentales.

f. Dada la integración de disposiciones sobre derechos humanos que presupone el bloque de constitucionalidad y la importancia que adquiere la interpretación de la CADH que realiza en particular la Corte IDH, deben procurarse interpretaciones conciliadoras y armónicas entre sus textos, que tiendan a ampliar el ámbito de protección de los derechos y a mantener la idea de unidad que subyace a ese estándar normativo.

2. Por su parte, la posición disidente (salvamento de voto), en lo fundamental, plantea que, de conformidad con la construcción y desarrollo conceptual del control de convencionalidad por parte de la Corte IDH, éste exige a todos los jueces internos, incluidos los constitucionales, que apliquen de preferencia el texto de la CADH y la jurisprudencia interamericana, de lo cual se colige su carácter vinculante.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

1. La jurisprudencia de la Corte IDH no es considerada dentro de las funciones integradora e interpretativa del bloque de constitucionalidad: en ambos casos se hace alusión expresa de los tratados de derechos humanos, los cuales conforman parámetro de control y constituyen criterios para precisar el contenido y alcance de los derechos humanos. En cambio, a la doctrina de la Corte IDH se le atribuye una *especial relevancia para el ejercicio de tales funciones*. En suma, no resultaría vinculante.

En este caso, lo accesorio no corre la suerte de lo principal. Esta posición resultaría incongruente con la sentada internamente en relación con el valor de la jurisprudencia constitucional, a la que reconoce vinculatoriedad bajo la figura del precedente judicial, imponiendo, eso sí, cargas de argumentación y transparencia como presupuestos para su inobservancia.

2. En atención al carácter sustancial de las disposiciones contenidas en la CADH, de la función integradora del bloque de constitucionalidad, se desprendería la fijación de límites materiales. Tales parámetros, de conformidad con la Corte IDH, tendrían vocación para, de manera autónoma, supeditar la validez material de los actos reformativos de la Constitución, a través del control de convencionalidad.

3. Al partir de la idea de bloque de constitucionalidad como comunidad normativa, se predicaría una armonía relativa, la que, en principio, se aseguraría con el control automático de constitucionalidad³⁰.

4. Por su parte, hay que tener en cuenta que la Corte IDH ejerce una jurisdicción conferida por la propia Convención y por lo tanto, detenta y desempeña una competencia aplicativa e interpretativa de la CADH aceptada por los Estados, de modo que no integra a tal ejer-

30 En Colombia, previo a la ratificación de cualquier tratado, sobre éste se efectúa un control automático de constitucionalidad. Es decir que en principio, la compatibilidad de ambos cuerpos normativos es verificada, de modo que se reduciría ostensiblemente la presencia de conflictos o antinomias. En este punto y al ser evaluada la norma internacional a la luz de la Constitución, cabría preguntarse si es dable hablar, *prima facie*, de infra constitucionalidad del tratado.

cicio hermenéutico texto constitucional alguno, mientras que la Corte Constitucional propende por la articulación y armonización de las dos normativas a partir de interpretaciones sistemáticas.

Así las cosas, al intentar aplicar sin más en el ordenamiento jurídico interno la jurisprudencia de esta instancia internacional, es posible encontrarse con tres escenarios: 1. La jurisprudencia de la Corte IDH es consistente con la interpretación sistemática del bloque de constitucionalidad elaborada por la Corte Constitucional; 2. El contenido de los derechos humanos fijado por la Corte IDH puede ser ampliado a la luz de la interpretación sistemática del bloque; y 3. Los límites a las restricciones de los derechos humanos establecidos por la Corte IDH pueden hallar justificación con base en la interpretación sistemática del bloque. Es decir, que una norma podría ser inconstitucional respecto del tratado, pero no así frente al bloque de constitucionalidad. Es esta hipótesis la más problemática a nuestro parecer, la que sería subsanable si la Corte prohijara ya no tanto la armonización de las disposiciones sino la aplicación de unas u otras con base en los principios *pro homine*, *pro actione* y *favor debilis*, entre otros. Bajo los anteriores términos, emanados de la postura de la Corte Constitucional, se soportaría la no vinculatoriedad de la jurisprudencia. Por tanto, la idea del bloque de constitucionalidad no sería conciliable con el carácter vinculante de la jurisprudencia internacional.

5. No obstante, la *especial relevancia* de la jurisprudencia internacional podría ser compatible con la idea de límite material, al considerarse sus criterios como contenidos mínimos a observar. Quiere ello decir, por lo menos respecto de las dos primeras hipótesis, que no habría sujeción estricta a aquella –la jurisprudencia de la Corte IDH–, en tanto que vía interpretación sistemática del bloque de constitucionalidad, el ámbito de protección allí establecido podría ser ampliado; ante una eventual reforma constitucional que trastocará positivamente los límites materiales fijados por la Corte IDH, generándose, por tanto, una afirmación o refuerzo de los valores por ellos resguardados al verificarse y asegurarse la continuidad de la Constitución, no tendría asidero endilgar algún tipo de invalidez material del acto reformador.

En el escenario propuesto en la Sentencia C-469 de 2016 acá analizada, la Corte con habilidad hace encuadrar el debate en la segunda

hipótesis, al plantearlo no como restricción de los derechos del sindicado, sino como ampliación de la protección de los derechos de los miembros de la comunidad, incluidas las víctimas. Dicho giro argumentativo premeditado, pareciera denotar una aceptación tácita de la jurisprudencia de la Corte IDH como límite material.

BIBLIOGRAFÍA

CARBONELL, MIGUEL. "Reforma constitucional: límites y controles", en *Publicación electrónica*, n.º 1, 2011, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 27 a 37, disponible en [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2955/4.pdf>].

Caso *Almonacid Arellano vs. Gobierno de Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf].

Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 31 de agosto de 2004, "por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal", *Diario Oficial*, n.º 45.658, de 1.º de septiembre de 2004, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14787>].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Sentencia C-1040 de 19 de octubre de 2005, MM. PP.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA, HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, Álvaro Tafur Galvis y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm>].

Sentencia C-469 de 31 de agosto de 2016, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-469-16.htm>].

FERREYRA, RAÚL GUSTAVO. *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2014.

HENAO HIDRÓN, JAVIER. *Constitución Política*, 21.ª ed., Bogotá, Temis, 2015.

JARAMILLO GIRALDO, JUAN ESTEBAN. "La problemática de los límites al poder de reforma de la Constitución Política de Colombia de 1991", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 43, n.º 118, pp. 309 a 348, Medellín, enero-junio de 2013, disponible en [<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/1952/1794>].

MANILI, PABLO LUIS. *El bloque de constitucionalidad*, 2.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2017.

TORICELLI, MAXIMILIANO. *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2016.