

Marco Gerardo Monroy Cabra (Colombia) *

Concepto de Constitución

1. Introducción

El concepto de constitución escrita es relativamente reciente y data del siglo XVIII, en que aparecen documentos para regir la organización política de la sociedad. Sin embargo, el término *constitución* referido a la política es antiquísimo; la reflexión sobre la organización política se halla en la Antigüedad clásica, en la Edad Media y en la Modernidad.

Por esta razón, desde el punto de vista de la evolución de las ideas políticas es posible hablar, en términos generales y sin la precisión que hoy tiene el concepto de constitución, de una constitución antigua, una constitución medieval y una constitución moderna.

Debido a lo anterior se abordará primero la evolución histórica desde el punto de vista de las ideas políticas, para luego precisar el concepto de constitución desde los distintos puntos de vista.

Igualmente, se analizará la Constitución entendida como norma jurídica, las distintas clases de constituciones, y la Constitución como principal fuente material y formal de todo el ordenamiento jurídico.

De otra parte, se hace una síntesis de las teorías modernas sobre la Constitución.

Por último, se deducirán algunas conclusiones sobre el trabajo realizado.

* Ex presidente y magistrado de la Corte Constitucional. Ex presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Profesor emérito del Colegio Mayor del Rosario. Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. <mgmonroy@cable.net.co>.

2. La constitución en Grecia y en Roma

2.1. Concepto de Constitución en Grecia

Desde el punto de vista histórico, como lo expresa Enrique Álvarez Conde:¹ “Normalmente suele atribuirse a los hebreos el primer concepto de Constitución, en el sentido de existir una norma suprema a los gobernantes y gobernados que, a su vez, actuaba como límite a la acción de aquéllos. Esta norma suprema se identificaba con la ley divina, conteniendo una fuerte carga ética o moral, cuya actualización era realizada a través de los profetas”. En la época griega predomina la idea de una Constitución en sentido material. En esta época la forma de gobierno no supone concepto de soberanía ni de Estado, sino simplemente, como lo advierte Mauricio Fioravanti,² se hace referencia a “un sistema de organización y de control de los diversos componentes de la sociedad históricamente dada, construido para dar eficacia a las acciones colectivas y para consentir, así, un pacífico reconocimiento de la común pertenencia política”.

Este autor expresa que la forma griega y especialmente la ateniense era la forma democrática. Cita a Clístenes primero, y su reforma constitucional de 508-507, y luego a Pericles, de 460 a 430, y expresa que la forma democrática significaba primacía absoluta de la asamblea de todos los ciudadanos atenienses para la asunción de las decisiones de relevancia colectiva; derecho de palabra concedido a todo ciudadano sin discriminación, atribución por suerte de los cargos públicos y las magistraturas, alternación de los gobernantes, obligación de éstos de rendir cuentas (binomio *demokratía*-isonomía o democracia-igualdad).

Un siglo después Platón y Aristóteles hablan de *politeía*, que los modernos han traducido en el sentido de constitución.³

Expresa Rolando Tamayo y Salmorán:⁴ “Bajo el nombre de politeia los antiguos conocían una colección de tratados de Aristóteles que exponían las instituciones políticas de un gran número de poleis griegas o bárbaras. Numerosos de esos fragmentos fueron publicados por Newman bajo el título *Aristoteli rerum publicarum reliquiae*, en 1827. Con el nombre de ‘La constitución de Atenas’ se conoce un trabajo en que Aristóteles analiza la forma y estructura del gobierno y administración de Atenas”.

¹ Enrique Álvarez Conde: *Curso de derecho constitucional*, vol. 1, Tecnos, Madrid, 3ª ed., 1999, p. 145.

² Mauricio Fioravanti: *Constitución*, Trotta, Madrid, 2001, p. 17.

³ J. Bordes: *Politeia dans la pensée grecque jusqu'à Aristote*, París, 1982.

⁴ Rolando Tamayo y Salmorán: *Introducción al estudio de la Constitución*, 1ª ed. corregida, Fontamara, México DF, 1998, p. 24.

Por su parte, Remedio Sánchez Ferriz⁵ dice: “En conclusión, podemos con Passerin definir la polis como un Estado ciudadano cerrado en su particularismo y concebido como suprema expresión del bien colectivo, es decir, como un hecho asociativo; con palabras modernas, cabría decir que la polis es, a su vez, un Estado y una Iglesia. Con el tiempo, la oposición entre las diversas ciudades, sus rivalidades y luchas, darán lugar a un nuevo tipo de organización (la Hegemonía), que, no obstante, es compatible con las ideas que se acaban de subrayar respecto de la polis”.

La constitución para Aristóteles no es un mero arreglo de funciones, sino también gobierno o administración de la ciudad, y se asocia con la legislación.

Aristóteles distinguía entre *politeía*, *nomos* y *psefisma* (constitución, ley y decreto).

La *politeía* aparece como un elemento configurador de la polis, significando la ordenación del Estado, la organización de sus diferentes magistraturas. En el tercer libro de la *Política* de Aristóteles se utiliza *politeia* como forma de la unión política y en este sentido se puede traducir por constitución.⁶

Según Fioravanti⁷ la constitución mixta era la conciliación entre la democracia, y la forma regia y aristocrática. Para Aristóteles, todas las formas de gobierno eran potencialmente justas y legítimas: la monarquía, la aristocracia o gobierno de los pocos y la democracia o gobierno del pueblo.

Lo que no puede aceptarse es la degeneración de estas formas: las del rey que se convierte en tirano; las de la nobleza que se convierte en oligarquía o gobierno de los ricos; las del pueblo, en el seno del régimen democrático.⁸ Aristóteles se refiere a la virtud, la ciudadanía activa, la politeia o justo equilibrio entre la oligarquía y la democracia para obtener la constitución ideal.

Aristóteles utiliza el término *constitución* para referirse a las distintas formas de gobierno, y analiza el poder político.

2.2. La Constitución en Roma

Observa Remedio Sánchez Ferris⁹ que “La ciudad romana tiene en su origen caracteres muy similares a los de la polis griega (grupo social reducido, unidad religiosa y participación ciudadana) que, a diferencia del griego, el romano tiene conciencia de la existencia de una *res publica* diversa de los intereses privados y la proyecta sobre la distinción entre un derecho ‘público’ y un derecho ‘privado’”.

⁵ Remedio Sánchez Freís: *Introducción al Estado constitucional*, Ariel Derecho, Barcelona, 1993, p. 33.

⁶ Aristóteles: *Política*, III 3, 1276b, pp. 1-16.

⁷ Mauricio Fioravanti: o. cit., p. 22.

⁸ Aristóteles: *Política* III, 7, 1279^a 22-42, 1279b1-11.

⁹ Sánchez Freís: o. cit., p. 33.

Cicerón en sus grandes obras políticas, *De republica* y *De legibus*, habla de conciliación y concordia entre la forma oligárquica y los excesos populares.

La definición ciceroniana habla de *res publica* como *res* que es del pueblo; pero con la condición que no sea considerado “pueblo toda multitud de individuos agregados de cualquier manera, sino sólo aquella que está reunida sobre la base de un consenso sobre el derecho y de una comunidad de intereses”.¹⁰

La *res publica* no puede tener un origen unilateral y violento, sino pacífico y consensuado.

En Roma el nombre de *constitutio* indica el acto legislativo en general o su resultado: *constituere iura*. En el Digesto 1.4.1 se establece que *constitutio* es lo que el emperador ordena (*principi placuit*) y que tenía fuerza (vigor) de una ley (*lex*). Posteriormente, evolucionó hacia el “estatuto de una *civitas*”.

Roma es una *res publica*, con lo cual se señala la estructura específica de la *civitas* romana.

Expresa Enrique Álvarez Conde¹¹ que “La aportación del mundo romano, a través del concepto de ‘rem publicam constituere’, no significa un elemento de ruptura con la tradición helénica. Así pues, el Estado se entenderá como algo preexistente al pueblo y la Constitución como uno de los elementos de aquél, siendo considerada como el instrumento eficaz para organizar la comunidad política. Como pusiera de relieve Polibio, la Constitución de un pueblo debe considerarse como la primera causa del éxito o fracaso de toda acción”.

3. La constitución en la Edad Media

Si bien la concepción del poder divino de los reyes hace que algunos consideren que en la Edad Media no existió la concepción de constitución, puede hablarse sin embargo del concepto de Ley Fundamental, que puede ser considerado como el antecedente de la Constitución.

El Medioevo perdura diez siglos (siglo V al siglo XV). Si bien no existe una forma típica de ejercicio del poder, como lo anota Fioravanti, “Existen rey, príncipes y señores, laicos y eclesiásticos, que derivan sus poderes de manera más o menos segura y lineal de los poderes orientados en sentido universalista, y que, a su vez, de manera más o menos clara, tienden a considerar el objeto de su dominio como un territorio más o menos unificado, o como un simple conjunto de tierras unidas por relaciones de carácter feudal. Existe, finalmente, sobre todo a partir del siglo XI, el extraordinario fenómeno de la constitución de los ordenamientos de las ciudades, que se dictan de formas de gobiernos también en gran medida participativas”.¹²

¹⁰ Cicerón: *De re publica*, I, XLV.

¹¹ Álvarez Conde: o. cit., p. 146.

¹² Fioravanti, o. cit., p. 34.

Según este autor, la primera característica general de la constitución medieval es la intrínseca limitación de los poderes públicos.

Según Rolando Tamayo y Salmorán,¹³ “Constitución en el medioevo va a adquirir progresivamente el significado de ‘legislación’; pero de una legislación que fundamenta y explica las relaciones de poder de los individuos en la comunidad política (ciudades y reinos). Durante la Edad Media, a mi juicio, surge un nuevo concepto de ‘constitución’. La Iglesia tomó el término *constitutio* del derecho romano y lo aplicó a las reglamentaciones eclesiásticas válidas para toda iglesia o para alguna provincia eclesiástica particular. De la Iglesia o, posiblemente, de las obras del derecho romano mismas o de ambas —lo cual parece más probable—, el término ‘constitución’ volvió a ponerse en uso en la Edad Media para aplicarse a las disposiciones legislativas del poder temporal”.

En España el término *constitución* se usó en la guerra de conquista del territorio español contra los moros, para designar las cartas, fueros, etc. otorgados por los monarcas a regiones, ciudades y villas.

En la Edad Media se usó el término *constitución* para referirse a la legislación del príncipe. Como España, Francia e Inglaterra fueron reinos de ciudades, el término *constitución* se utiliza como instrumento de carácter legislativo por medio del cual se daban franquicias o privilegios a los individuos de una comunidad política —burgos, villas o ciudades—. Las constituciones se entendieron como pacto y por éste se define el estado jurídico de una colectividad, de un territorio, de una ciudad.

En Inglaterra, *constitution* también se refiere a franquicias y privilegios de ciertos estamentos como la Iglesia. Igualmente, las constituciones se consideran como leyes fundamentales del reino.

El profesor Enrique Álvarez Conde,¹⁴ después de hablar del concepto de Ley Fundamental en la Edad Media, agrega: “El contenido de la Ley Fundamental, que en un principio estaba integrado por las reglas de sucesión monárquicas, por la necesidad de convocar a los diferentes estamentos y por la imposibilidad de enajenar el patrimonio real, fue posteriormente identificándose con la idea de limitación del poder, que cristalizará en las teorías del *ius resistendi*. Es la idea del pacto entre el Rex y el Regnum, que dará lugar al llamado constitucionalismo sinalagmático (García Pelayo). Bajo estas ideas habría que mencionar las cartas medievales —que eran concesiones por parte del soberano a determinados estamentos y corporaciones, los Fueros, las Bulas, los Estatutos, etc.”.

En el siglo XI aparecen los mercaderes, las ciudades dotadas de regímenes políticos; se hace una relectura del derecho romano de Justiniano y florecen centros de educación y de estudio, de la filosofía, la teología.

¹³ Rolando Tamayo y Salmorán: *Introducción al estudio de la Constitución*, Fontamara, México DF, 1998, p. 52.

¹⁴ Álvarez Conde: o. cit., p. 146.

La doctrina, especialmente santo Tomás de Aquino, sostuvo la supremacía de la comunidad política con un principio de autoridad encarnado en el príncipe.

La limitación de los poderes del rey se pone de presente en la Carta Magna de 1215, un contrato suscrito por el rey y todos los ricos, laicos y eclesiásticos, que tenía por objeto el conjunto de los derechos que por tradición correspondían al clero, a los vasallos del soberano, a todos los hombres libres, a los mercaderes y a la comunidad de la ciudad de Londres. Se trataba de limitar algunas prerrogativas del rey, como el condicionamiento de la imposición de tributos, o de cargas de distintos género, a su aprobación por parte de los obispos, de los condes y de los barones mayores.

En el siglo XIII aparecen el Parlamento inglés, los Estados generales en Francia, las Cortes en la península ibérica, los Landtage —las asambleas territoriales— en Alemania. Asimismo, surge el fenómeno de los Municipios (*Comuni*) formados por una progresiva agregación de familias de origen señorial, y después por otros estamentos de origen popular, por las corporaciones de las artes y de los oficios, así como por los mercaderes.

La constitución mixta medieval se dirige a limitar los poderes públicos.

4. La constitución en la Edad Moderna

La noción moderna de constitución como *la Constitución*, según Rolando Tamayo y Salmerón,¹⁵ “aparece como resultado de ciertos acontecimientos, de los cuales algunos de los más importantes son: a) aparición de los conceptos de comunidad y Estado; b) la protección jurídica de los pactos y el nacimiento de los civil rights; c) la aparición de las Cartas de las colonias inglesas de Norteamérica; y d) el auge de la doctrina moderna del derecho natural”.

Según Jellinek,¹⁶ los orígenes de la Constitución moderna son los siguientes:

Bajo el influjo de la doctrina aristotélica encuéntrase ya la concepción del *dominium politicum*, o sea de la autoridad limitada por la Constitución, como opuesta al *dominium regale*. En el siglo XVI aparece por vez primera el concepto de ley fundamental, *lex fundamentalis*.

La *lex fundamentalis* tiene una fuerza superior a las demás leyes. El propio rey está obligado respecto de ella y no la puede modificar por sí solo. En la época de Enrique IV, declaró en Francia Loyseau que las “lois fondamentales de l’État” constituyen una limitación estricta del poder del rey. En Inglaterra, Jacobo I es quien habla por vez primera de fundamental laws, la cual considera como derecho divino. En la época de su hijo desempeña el concepto de ley fundamental un gran papel, en las luchas parlamentarias. El conde de Strafford fue acusado y juzgado porque quiso cambiar las leyes fundamentales de la monarquía. En el Derecho Público alemán se conoce el concepto de la ley fundamental desde la paz de Westfalia.

¹⁵ Tamayo y Salmerón: o. cit., p. 62.

¹⁶ Georg Jellinek: *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1970, p. 383.

Agrega este autor que la concepción de ley fundamental va unida a la antigua del contrato constitucional entre el rey y el país, “especialmente en Inglaterra, donde la concepción medieval de las relaciones contractuales entre rex y regnum ha permanecido muy viva a causa de las innumerables confirmaciones de los derechos y libertades por la corona”.¹⁷

Luego explica:

Mediante la transmisión de la doctrina calvinista de las comunidades eclesiásticas al Estado, y de la aplicación de la doctrina bíblica de la alianza entre Dios y su pueblo, nace entre los puritanos independientes la concepción de que la comunidad cristiana, así como el Estado, descansan sobre su covenant, sobre su contrato social, que necesita ser llevado a cabo con unanimidad por todos los miembros de la comunidad.¹⁸

Esta concepción fue llevada a efecto por los colonos americanos que acordaron un contrato para la colonia en virtud del cual fundaron una comunidad, instituyeron una autoridad y expresaron obediencia a ella.

Hay que poner de presente que fue la doctrina del derecho natural la primera que investigó el problema de las leyes fundamentales.

El concepto moderno de constitución está vinculado a las doctrinas de la soberanía. Hay que citar la obra de Bodino (1529-1596), autor de *Los seis libros de la República*, publicados por primera vez en París en 1576.

En síntesis, Bodino¹⁹ dice que el rey no es soberano porque sea titular de múltiples y vastos poderes, sino porque esos poderes están dotados de un carácter particular que es el de la soberanía. Para que tal carácter esté presente es necesario que el poder del soberano sea perpetuo y absoluto. Es decir, el rey puede hacer la ley, modificarla, derogarla, pero no puede prescindir de ella. La ley es un límite al poder real, pero no le sirve de fundamento porque éste radica en la soberanía divina.

El absolutismo parte de que el poder es perpetuo, en el sentido de originario.

Bodino enumera los poderes que no pueden ser compartidos y que constituyen el núcleo duro de la soberanía: el poder de dar y anular leyes, el poder de declarar la guerra y de firmar la paz, el poder de decidir en última instancia sobre las controversias existentes entre los súbditos, el poder de nombrar a los magistrados, y el poder de imponer tributos.

De estas características derivan dos límites que según Fioravanti,²⁰ a quien hemos seguido en la exposición histórico-filosófica, son los siguientes:

El primero viene unido a la distinción entre rey y Corona, con la consecuente imposibilidad de cambiar las leyes que regulan la sucesión al trono y de alienar los bienes que forman parte de la hacienda pública.

¹⁷ Ibídem, p. 384.

¹⁸ Ibídem, p. 385.

¹⁹ J. Bodino: *I sei Libri dello stato*, ed. de M. Isnaroli Parente y D. Quagliani, Torino, 1964-1967, I, caps. 8 y 9.

²⁰ Fioravanti: o. cit., p.74.

El segundo, aún más importante, viene unido a la existencia de un derecho profundamente radicado en las cosas y en los bienes, que regula la pertenencia de éstos a los súbditos tomados individualmente, a las familias, a las comunidades rurales y urbanas. Este “derecho de los particulares”, como podemos decir usando un lenguaje de tiempos más recientes, no está a disposición del soberano, no puede ser libremente alterado por su voluntad discrecional.

Bodino sostiene que el régimen político puede asumir tres formas: la monárquica, la aristocrática y la democrática, pero prefiere la soberanía monárquica. La fórmula que prefiere es la del régimen monárquico provisto de un gobierno “mixto y temperado” capaz de valorar los componentes populares y aristocráticos.

Thomas Hobbes en su *Leviatán*, publicado en 1651, expresa que existe una única ley fundamental, que exige preservar la integridad de los poderes soberanos. En esta obra Hobbes²¹ dice: “[...] ley fundamental es en todo Estado aquella que, si se anula, el Estado se derrumba y disuelve por completo, lo mismo que un edificio cuyos cimientos son destruidos. Por tanto, una ley fundamental es aquella en virtud de la cual los súbditos están obligados a mantener todo poder dado al soberano, ya sea éste monarca o una asamblea soberana, sin el cual el Estado no puede subsistir. Tal es el poder de hacer la guerra y la paz, el de judicatura, el de elección de oficiales y el de procurar todo lo que sea necesario para el bien público”.

La doctrina popular del contrato social es acogida por Hobbes y sobre ella funda su teoría de la doctrina del Estado. La ley fundamental se identifica con el contrato sobre el cual se funda el Estado, así como con las consecuencias que se desprenden inmediatamente de él. En el contrato social va implícita la cláusula de someterse a aquel príncipe que designe la mayoría.

Hobbes afirma que los individuos absolutamente iguales en el estado de naturaleza deciden, para evitar los conflictos, salir de esa precaria condición e instituir un poder soberano común a través de la autorización y la representación.

En 1762 fue publicado el *Contrato social* de Juan Jacobo Rousseau (1712-1778),²² que atribuía el poder soberano directamente al pueblo.

Pero ni Hobbes ni Rousseau previeron la división del poder soberano ni la posibilidad de oponer a esos poderes una norma fundamental.

El iusnaturalismo racionalista (Locke, Rousseau, Althusius...) concibió la Constitución como la expresión del pacto social entendido como acuerdo general de sus miembros, lo que conllevó la distinción entre pacto social y acto constitucional. Mediante el pacto social la sociedad civil se convierte en sociedad estatal. Mediante el acto constitucional se realiza la organización de esa sociedad estatal.

La solución equilibrada y moderada de gobierno la dio John Locke (1632-1704) con sus *Dos tratados sobre el gobierno*, publicados en 1690. El resumen de su pensa-

²¹ Thomas Hobbes: *Leviatán*, edición de Carlos Mellizo, Madrid, 1989, cap. 29.

²² J. J. Rousseau: *El contrato social*, edición de María José Villaverde, Madrid, 1999.

miento lo hace Fioravanti,²³ quien dice que Locke parte del estado de naturaleza pero que: “A los hombres les faltaba sin embargo lo que Locke llamaba una *standing rule*, una regla fija y consolidada, capaz de asegurar en el tiempo la *property* ya adquirida en el estado de naturaleza. Por esto, los hombres deciden salir del estado de naturaleza e instituir la sociedad política. En ella esos hombres veían esencialmente un instrumento de perfeccionamiento de la condición ya existente, que permitía poner al servicio de la misma *property*, de sus derechos, algunas instituciones políticas que como tales nunca habrían podido establecerse en el estado de naturaleza: un legislador y una ley capaz de representar la ‘medida común’ en la determinación de la sinrazón y de la razón en las controversias entre los individuos, un juez ‘cierto e imparcial’ con el que siempre se pueda contar para la aplicación de la ley, y un poder ulterior, el ejecutivo, que tenga en sí de manera incontestable la fuerza necesaria para hacer cumplir las sentencias”.²⁴

Locke distingue entre el poder absoluto, en que un único sujeto, sea el rey o la asamblea, tiene el poder legislativo y el ejecutivo, y un poder moderado, en que los dos poderes son distintos y pertenecen a sujetos distintos.

Después de Locke y a lo largo del siglo XVIII se va formando la idea de que la constitución era en realidad la Constitución inglesa, que había sabido equilibrar los poderes del Parlamento y de la monarquía, y garantizar los derechos. Se afirmaba que la Constitución inglesa era capaz de impedir toda absolutización del poder y de distinguir y contrapesar los poderes (*checks and balances*).

Estas ideas fueron defendidas y divulgadas por Montesquieu²⁵ (1689-1755).

Expresa Montesquieu que tanto la monarquía como la democracia pueden asumir una configuración despótica. Por tanto, un régimen político moderado es aquél dotado de una constitución capaz de mantener diferenciados y en una posición de equilibrio esos mismos poderes.

Sostiene este ilustre pensador que “el poder frena al poder”, significando que el legislativo puede y debe controlar la ejecución de la ley, pero sin entrometerse en los asuntos que competen al ejecutivo; y este segundo puede oponer su veto a la ley, pero sólo en sentido negativo, y sin que se configure la participación del ejecutivo en la formación de la voluntad legislativa. Afirma que los derechos de los individuos sólo pueden existir dentro de un régimen político moderado, dotado de una constitución semejante a la inglesa. Al respecto expresó: “La libertad política se encuentra en los gobiernos moderados”.

Las revoluciones del siglo XVIII, la norteamericana y después la francesa, aplican un nuevo concepto que es el del poder constituyente, que ejercieron los norte-

²³ Fioravanti, o. cit., pp. 91-92.

²⁴ J. Locke: *Segundo tratado sobre el Gobierno*, edic de Pablo López Álvarez, Madrid, 1999, II, cap. 9, par.124.

²⁵ Montesquieu: *El espíritu de las leyes*, Madrid, 2000, II, 4, y VIII, 2.

americanos para declarar su independencia de la madre patria inglesa y que ejercieron los revolucionarios franceses con la finalidad de destruir las instituciones del antiguo régimen y de generar una nueva forma política.

La concepción de ley fundamental escrita, esto es, de Constitución, alcanza una significación independiente en las colonias americanas de Inglaterra. Como lo expresa Jellinek:²⁶ “Estas colonias, si son de la corona, reciben de los reyes de Inglaterra, y si no (como sucede en Carolina del Norte y Pennsylvania) de sus señores, cartas de libertad, privilegios, en los que se consignan los principios fundamentales de su gobierno y organización administrativa. Muchas de estas cartas sólo contienen la confirmación de la Constitución que se habían dado con anterioridad los propios interesados”.

En el año de 1776 las colonias independientes se transforman en Estados, y en virtud de la plenitud de los poderes que habían alcanzado publican los Constitucionales basadas en el principio de la soberanía popular y de la división de poderes, o bien transforman sus Cartas en Constituciones.

En estas Constituciones se encuentra el modelo de las Constituciones europeas incluyendo la Constituyente francesa de 1789-91.

Dichas Constituciones en su mayoría van precedidas de un Hill o Declaration of Rights, y luego hay un plan de gobierno, y disposiciones acerca de los órganos supremos del Estado y sobre sus funciones. Algunos de los principios del Hill del Estado de Virginia formaron parte de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 4 de julio de 1776.

La Constitución norteamericana de 1787 es una constitución democrática, fundada sobre el poder constituyente, dirigida a instituir un gobierno limitado y con contrapesos. La exposición de la Constitución norteamericana se encuentra en las páginas del *Federalist*, escritas y publicadas en 1788 con la finalidad de sostener la causa de la Constitución federal, por obra de Alexander Hamilton (1755-1804) y James Madison (1751-1836).

Los norteamericanos introdujeron el régimen republicano que tiene una opción democrática, porque se expresa a través de una Constitución que se funda en el poder constituyente del pueblo soberano. Se preveía un equilibrio entre los poderes, de forma que se obtuviera un gobierno limitado. Se admitía por Hamilton el poder de los jueces a declarar nulos los actos del legislativo contrarios a la Constitución, que en seguida se desarrolló en el control difuso de constitucionalidad.²⁷

“Una Constitución es algo que precede al gobierno y el gobierno es únicamente una creación de la Constitución. La Constitución de un país no es un acto de su gobierno, sino del pueblo que constituye un gobierno”, decía Thomas Paine en *The Rights of Man*.

²⁶ Jellinek: o. cit., p. 389.

²⁷ J. R. Stoner: *Common Law and Liberal Theory. Coke, Hobbes and the Origins of the American Constitutionalism*, Lawrence, Kan, 1992, pp. 197 ss.

Los textos constitucionales de las colonias tras la independencia decían: “Ordenamos, declaramos y establecemos la siguiente Declaración de Derechos y Frame of Government [división de poderes], a fin de que sea la Constitución de esta ‘Commonwealth’ [Constitución de Pensylvania] y la Constitución Federal: [...] Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos [...] ordenamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América”.

Surgió así la imagen de la supremacía de la Constitución querida por el pueblo soberano, que ordena y limita los poderes.

Siéyés (1748-1836) sostiene que la Constitución limita los poderes constituidos pero no puede limitar el poder constituyente. Decía en su obra *¿Qué es el Tercer Estado?*: “Es imposible crear un cuerpo para un fin sin darle una organización, sin darle las formas y las leyes adecuadas para hacerle cumplir las funciones a las que se le quiere destinar. Es lo que se denomina la Constitución de este cuerpo. Es evidente que no puede existir sin ella. Lo es también que todo gobierno constituido debe tener una Constitución”.

Por tanto, según Siéyés el poder constituyente reside siempre en el pueblo, en tanto que los otros poderes, como poderes constituidos, derivan su existencia y competencia del poder constituyente.

La primera Carta constitucional aparecida en Europa fue la promulgada en Francia el 3 de septiembre de 1791.

La Constitución de la revolución francesa fue la Constitución del pueblo soberano. Se concebía el poder legislativo como poder constituido, autorizado y limitado por la Constitución. Sin embargo, en esta Constitución el poder legislativo está colocado en tal forma que el ejecutivo le está subordinado completamente. Además, el Parlamento se compone de una sola cámara, y todo elemento que pudiera entorpecer la legislación es rechazado. Queda prohibido a los miembros de la Asamblea General la entrada al Ministerio. El poder constituyente no se atribuye a la asamblea popular, sino exclusivamente al Parlamento.

Según Jellinek:²⁸ El influjo de la Constitución francesa de 1791 fue muy profundo. Ha servido de prototipo a todas las Constituciones que descansan sobre un principio democrático. Así, las Cortes españolas de 1812 y la Constitución de esta fecha, la portuguesa de 1822 y la noruega, aún en vigor, de 1814, fueron creadas tomando aquélla por modelo, y la misma Constitución belga de 1831 está muy influida en muchos puntos, por la misma”.

El artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano decía: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada y la división de poderes determinada, no tiene Constitución”.

Este concepto francés es el de la Constitución referida al poder estatal.

²⁸ Jellinek: o. cit., p. 395.

El movimiento liberal se inicia con la revolución inglesa del siglo XVII. Como lo dice Enrique Álvarez Conde,²⁹ en este proceso revolucionario “asistimos a la primera Constitución escrita en sentido moderno, el Instrument of Government de 1653 (sin olvidar la *regeriagsform* sueca de 1634), siendo comúnmente aceptada la existencia de un derecho superior al derecho positivo. Así, por un lado, la Carta Magna vino a cumplir la función de una ley natural, función que posteriormente se atribuirá al *common law* en la interpretación que del mismo hizo el juez Coke, con una idea de limitación permanente del poder de la Corona”.

Se empieza con este movimiento a gestar la idea de que la Constitución tiene por finalidad asegurar la libertad del ciudadano frente al poder político a través de principios como el respeto de los derechos individuales y la consagración de la división de poderes.

La idea de la Constitución estatal se encuentra por primera vez en la obra de Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), especialmente en la obra *La Constitución de Alemania*. Hegel decía que Alemania tenía una Constitución jurídica, establecida contractualmente y como tal exigible por las partes ante los tribunales, pero no tenía una Constitución estatal en la que se expresase la existencia de un Estado, de un principio político común dotado de autoridad propia. La Constitución estatal es norma de derecho público que debe prevalecer sobre la Constitución estamental y feudal. La Constitución estatal se afirma sobre la soberanía del Estado y la existencia de un orden fundamental de convivencia civil basado un sólido vínculo entre las fuerzas sociales.

Expresa Fioravanti:³⁰

Las constituciones del siglo XIX no querían ser democráticas y populares, pero tampoco monárquicas como el modelo constitucional prusiano: querían ser simplemente constituciones estatales.

Fue así inevitable, en la cultura constitucional del siglo XIX, que coincidiera la soberanía del Estado con la soberanía del ordenamiento jurídico dado por ese mismo Estado, que con sus reglas anulaba la soberanía política del monarca o del pueblo, transformándola en poderes jurídicamente regulados, insertos en ese mismo ordenamiento. En pocas palabras, esto es el Estado de derecho, que precisamente en los últimos años del siglo asume su forma teórica definitiva, recibida en varios países europeos gracias a la obra de Georg Jellinek (1851-1911), ciertamente el mayor jurista alemán en el cambio de siglo.

Jellinek³¹ dice que la mejor garantía posible para los derechos de los individuos está dada por el Estado de derecho, por el principio del Estado soberano. En el sistema del Estado de derecho los derechos están confiados a la ley del Estado soberano. Expresa que: “La Constitución del Estado comprende los principios jurídicos que

²⁹ Álvarez Conde: o. cit., p. 147.

³⁰ Fioravanti: o. cit., p. 140.

³¹ Jellinek: *Teoría general del Estado*, Granada, 2000, p. 506.

determinan cuáles son los órganos supremos del Estado, el modo de su formación, sus relaciones recíprocas y su esfera de acción y, en fin, la posición fundamental del particular respecto del poder del Estado”.³²

La relación entre Estado y Constitución es tan sólida que no puede existir Estado sin Constitución, pero tampoco Constitución sin Estado. La Constitución existe para organizar y limitar un Estado.

La Constitución alemana de Weimar de 1919 representa el comienzo de las constituciones democráticas del siglo XX. Parte de la base del poder constituyente ejercido por el pueblo alemán. Además, contiene los principios de la inviolabilidad de los derechos fundamentales y el principio de igualdad. Asimismo contiene la separación y el equilibrio entre los poderes, la tutela jurisdiccional de los derechos, el método parlamentario para la asunción de las decisiones políticas.

Para Carl Schmitt (1888-1985) en su *Doctrina de la Constitución*, publicada en 1928,³³ una Constitución es democrática cuando es capaz de representar y hacer vivir, en el plano institucional y político, al sujeto constituyente que le ha dado vida, es decir, al pueblo soberano.

Para Hans Kelsen³⁴ la Constitución democrática es la Constitución que tiende a afirmar el principio del necesario fundamento normativo de todo poder. La Constitución democrática tiende a excluir poderes autocráticos y es esencialmente una Constitución republicana.

Las Constituciones del siglo XX son democráticas, no tienen dueño, y son pluralistas. Además, es necesario poner un límite a la ley que es la Constitución entendida como “principio en el que se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas”.³⁵ Así aparece la institución del control constitucional confiado a los tribunales constitucionales que tienen el poder de declarar inválidas las leyes contrarias a la Constitución. Al respecto dice Kelsen: “Si la esencia de la democracia reside no ya en la omnipotencia de la mayoría, sino en el constante compromiso entre los grupos que la mayoría y la minoría representan en el parlamento, y así en la paz social, la justicia constitucional parece instrumento idóneo para realizar esta idea”.³⁶

Las Constituciones después de la primera guerra mundial se fundamentan en la soberanía popular y no en la soberanía monárquico-constitucional o parlamentaria.

³² G. Jellinek: o. cit., III, p. 508.

³³ C. Schmitt: *Teoría de la Constitución*, ed. de Francisco Ayala, Madrid, 1983.

³⁴ Hans Kelsen: *Problemas capitales de la teoría del Estado*. Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica, México, 1987.

³⁵ Hans Kelsen: “La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)”, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, 1988, pp. 109-155.

³⁶ Kelsen: “La garantía...”, o. cit. p., 202.

5. La Constitución como norma jurídica

Hay que poner de presente que el concepto liberal y burgués de Constitución es diferente en el proceso revolucionario francés e inglés y el concepto revolucionario norteamericano.

En Norteamérica surgió la idea de una Justicia Constitucional y el control constitucional de las leyes. Por su parte, Europa fue reacia al constitucionalismo norteamericano y continuó manteniendo la supremacía de la ley como expresión popular.

La elaboración científica del concepto del carácter normativo de la Constitución se debe a la dogmática alemana del siglo XIX.

Este diferente enfoque es explicado por Enrique Álvarez Conde³⁷ así: “En Europa, por un lado, los ingleses continuaban haciendo del principio de la soberanía parlamentaria una especie de dogma de fe y, por otro, en el continente, el auge del principio monárquico hacía que el rey fuese el titular del poder constituyente, a veces compartido con el Parlamento, no siendo la Constitución más que una declaración de principios, un programa político. Es decir, mientras en Europa se pensó, casi hasta el período de entreguerras, que esos principios o técnicas eran suficientes para asegurar la libertad del ciudadano frente al poder político, en Estados Unidos, sin renunciar a esa utopía liberal burguesa, se va a añadir un nuevo elemento. La Constitución, desde sus inicios, es una norma jurídica que ocupa la posición de suprema del ordenamiento jurídico”.

Asimismo, es un hecho pacífico en la doctrina que las Constituciones modernas son verdaderas normas jurídicas y no simples documentos políticos.

Lo anterior implica que todos y cada uno de los preceptos constitucionales tienen la condición de norma jurídica.

Rafael Díaz Roca³⁸ diferencia cuatro fases generales en el constitucionalismo que permiten fijar el concepto de constitución.³⁹ Estas fases son las siguientes:

Fase revolucionaria (1776-1799/1814). El autor citado dice que: “Aplicando de un modo directo e inmediato la doctrina política que resulta de la Filosofía de la Ilustración y del Liberalismo (Locke, Montesquieu, Kant, Rousseau, Franklin, Jefferson, Siéyès, Hamilton, Constant, etc.) los revolucionarios, tanto europeos como norteamericanos, conciben la Constitución, desde un punto de vista racional normativo, como el instrumento jurídico-político que especifica y garantiza los derechos individuales, que configura una estructura del poder político en el Estado para la salvaguardia de tales libertades y que asegura, en opinión de los liberales más avanzados que pronto desembocan en las tesis democráticas, que la acción política va a

³⁷ Álvarez Conde: o. cit., p. 148.

³⁸ Rafael Díaz Roca: *Teoría general del derecho*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 131 y ss.

³⁹ Otras clasificaciones más prolijas se encuentran en Paolo Biscaretti Di Ruffia: *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1972, pp. 285-304.

responder a los dictados de la voluntad soberana de la Nación que encarna el pueblo en su conjunto”.

Monarquía limitada (1799/1814-1848/1868). En un primer momento (1814-1830/1848) la Constitución es una simple codificación formal del sistema político superior, que representa el compromiso del poder monárquico, al que se le sigue atribuyendo el carácter de soberano, en cuanto a la forma de organizar y legitimar el ejercicio de tal poder (Carta Francesa de 1814, Estatuto Real de 1834, etc.). En un segundo momento, la Constitución como norma representa el pacto entre dos principios legitimadores del Poder: el principio monárquico, que controla el Ejecutivo y el principio popular que controla el Legislativo.

Soberanía parlamentaria (1868-1945). En esta etapa sólo queda en pie el Parlamento. La soberanía se predica de la nación. El Parlamento se expresa a través de la Ley que no está sujeta a ninguna otra norma y por ende no está sujeta a limitación. La ley y la Constitución son igualmente emanación de la voluntad general soberana (Carré De Malhberg). La Constitución no es más que un programa. Desaparece el carácter normativo y directamente aplicable de la Constitución y por ende su papel como fuente material y formal del ordenamiento jurídico.

Constitucionalismo democrático (desde 1945). Como lo expresa Rafael Díaz Roca,⁴⁰ en este concepto la Constitución “es, y únicamente puede ser, el instrumento jurídico supremo en el Estado, que no sólo resume o establece su estructura esencial, sino que lo hace de una manera dada”. Esta forma tiene, según este autor, las siguientes determinaciones básicas: a) reconocimiento de libertades de los ciudadanos que son previas y superiores al Estado que surge para garantizarlas; b) el poder político se concibe y construye como una emanación del pueblo al que pertenece de modo indelegable la soberanía; c) de lo anterior se deriva la necesidad del carácter normativo de la Constitución, su superioridad sobre todo el ordenamiento y la necesidad de que el derecho sea aplicado e interpretado conforme a la norma suprema, que puede ser invocada directamente por todos los ciudadanos.

De lo dicho se deduce que no hay preceptos constitucionales carentes de eficacia jurídica. Las normas orgánico-procedimentales, las normas sustantivas, las normas relativas a los derechos fundamentales, las normas que suponen garantías institucionales y las normas que suponen auténticos mandatos al legislador son auténticas fuentes de derecho objetivo e imponen obligaciones.

Hay que agregar que, si bien todos los preceptos constitucionales son normas jurídicas, tienen distinto grado de eficacia. Algunas son normas de aplicación directa y otras de aplicación diferida.

En Colombia es indudable el carácter normativo de la Constitución por cuanto su artículo 4 dice que: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las dispo-

⁴⁰ Díaz Roca: o. cit., p. 133.

siciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

La afirmación de que la Constitución tiene normatividad jurídica tiene consecuencias jurídicas.

La primera es que la violación de la Constitución por la ley conlleva la inconstitucionalidad de ésta.

La segunda consecuencia es que la Constitución como auténtica norma jurídica es directamente aplicable en materia de derechos y libertades.

La tercera consecuencia es la interpretación de todas las normas jurídicas conforme a la Constitución.

La cuarta consecuencia es que como norma suprema vincula a los poderes públicos.

La quinta consecuencia es la derogatoria de todas las normas contrarias a la Constitución y la inconstitucionalidad sobreviniente de las normas anteriores a la Constitución.

La sexta consecuencia es que la Constitución es no sólo norma suprema sino norma delimitadora del sistema de fuentes del derecho.

A lo anterior hay que agregar la dimensión axiológica de la Constitución, que tiene unos principios y valores que permiten la adaptación de la Constitución a las nuevas realidades sociales.

La fuente primera de todo el derecho es, en el Estado constitucional, la Constitución y no la ley.

Eduardo García Enterría⁴¹ dice: “La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella contruidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe de cumplir en beneficio de la comunidad. En todos esos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos. La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico”. Luego explica que “la Constitución no es sólo una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*”. Como razones da que la Constitución define el sistema de fuentes formales, porque siendo la expresión de una intención fundacional tiene pretensión de permanencia, y porque constituye una “super-legalidad formal” que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento jurídico.

Hay que reconocer que la supremacía normativa de la Constitución es creación del constitucionalismo norteamericano. En efecto, en la sentencia de 1803 en el asunto *Mar-*

⁴¹ Eduardo García Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 48.

bury v. Madison, obra del juez Marshall, se concreta que “the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature” en los términos de la famosa sentencia.

En la doctrina y la jurisprudencia se ha impuesto el carácter normativo de la Constitución, la tutela jurisdiccional de los derechos humanos y el control constitucional establecido en la mayoría de las Constituciones modernas.

Por último, la fuerza y el carácter normativo se predicán de toda la Constitución. En efecto, el preámbulo y todos los artículos de la Constitución enuncian efectivas normas jurídicas. La distinción entre parte dogmática y parte orgánica puede ser útil para fines académicos, pero no representa diferencia alguna en relación con el carácter normativo de toda la Constitución. Desde luego, la Constitución puede, si el poder constituyente así lo decide, establecer diferente valor para algunas de sus disposiciones.

6. El concepto de Constitución

6.1. Múltiples acepciones del término constitución

Se ha dicho por la doctrina que se puede utilizar el término *constitución* aunque no exista un régimen constitucional. Se ha abusado del término. K. Loewenstein ha llegado a clasificar las Constituciones en “normativas”, “nominales” y “semánticas” en función del no abuso, o menor o mayor abuso del término *constitución*.

En las “normativas” habría coincidencia entre lo que la Constitución prevé y lo que ocurre en la realidad. En las “nominales” habría una desviación importante. En las “semánticas” la realidad conlleva un remedo de Constitución.⁴²

En la doctrina el concepto de Constitución ha tenido diversos enfoques jurídicos y políticos. Según Ignacio de Otto:⁴³ “La palabra Constitución y con ella la expresión Derecho Constitucional y cualquier otra en que el término aparezca como adjetivo, se encuentra en su origen ostensiblemente cargada de significado político, evoca de inmediato ideas tales como libertad y democracia, garantía de los derechos de los ciudadanos, limitación de poder”.

6.2. La Constitución como la construcción del orden político

La Constitución tiende, como lo dice Javier Pérez Royo, a “posibilitar la construcción jurídica de un orden político”.⁴⁴

⁴² K. Loewenstein: *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1979, p. 56.

⁴³ Ignacio de Otto: *Derecho constitucional*, Ariel Derecho, Madrid, 1999, p. 11.

⁴⁴ Javier Pérez Royo: *Curso de derecho constitucional*, 7ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 100.

Por tanto, la Constitución no es sino la formulación jurídica del orden político de la sociedad.

A su vez, el Estado tiene que ser la expresión política única de la sociedad.

La Constitución en la concepción liberal implica la idea de un acto fundacional, en forma escrita, por el cual se garantizan los derechos de las personas y se estructura la organización del poder político. Como lo expresa García Pelayo, la Constitución se presenta “como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos”.⁴⁵

Por tanto, la Constitución escrita ha sido definida por García Pelayo como Constitución racional normativa.⁴⁶ Y agrega: “La Constitución es, pues, un sistema de normas. No representa una suma o resultante de decisiones parciales tomadas según van surgiendo los acontecimientos o presentándose las situaciones, sino que parte de la creencia en la posibilidad de establecer de una sola vez para siempre y de manera general un esquema de organización en el que se encierre la vida toda del Estado y en el que se subsuman todos los casos particulares posibles”.

El profesor Javier Pérez Royo⁴⁷ expresa que la Constitución racional normativa “es el resultado de la combinación de un elemento formal y otro material. Formalmente, tiene que ser un producto de la sociedad, creado por ella misma, y no una norma que se le impone sin su consentimiento. Materialmente, la Constitución tiene que permitir a la sociedad autodirigirse políticamente de manera permanente. La sociedad no solamente debe ser libre en el momento de aprobar la Constitución, sino que debe continuar siéndolo después de manera indefinida”.

De la fuerza normativa de la Constitución se derivan los problemas del poder constituyente, la interpretación de la Constitución, la reforma de la Constitución y el control de constitucionalidad de la ley.

Todos los órganos del Estado son creados y regulados por la Constitución.

La Constitución es expresión del poder constituyente, de la soberanía, y mediante la cual se racionaliza la estructura del Estado (Álvarez Conde).

Expresa Gonzalo Ramírez Cleves⁴⁸ que la Constitución es “la elaboración política-normativa que da base al Estado democrático de derecho que refleja y es producido por un poder constituyente a su vez democrático y superior”. Según este tratadista, hay dos características que son esenciales al concepto de Constitución, esto es, su carácter político y su carácter normativo.

⁴⁵ M. García Pelayo: *Escritos políticos y sociales*, Madrid, 1989, p. 34.

⁴⁶ M. García Pelayo: *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1991, p. 35.

⁴⁷ Pérez Royo: o. cit., p. 99.

⁴⁸ Gonzalo Ramírez Cleves: *Los límites a la reforma constitucional y las garantías límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 40.

6.3. *Constitución formal y Constitución material*

La Constitución material es la realidad social. F. Lasalle⁴⁹ sostuvo que las cuestiones constitucionales no son cuestiones jurídicas sino cuestiones de poder. Decía que la Constitución escrita es una “hoja de papel”. Agregaba que la Constitución verdadera de un país es la relación real de fuerzas que existen en la sociedad. La Constitución escrita, o es expresión de esa relación real de fuerzas, o no sirve para nada.

La Constitución material, en palabras de De Otto,⁵⁰ “alude al conjunto de las normas cuyo objetivo es la organización del Estado, los poderes de sus órganos, las relaciones de éstos entre sí y sus relaciones con los ciudadanos”.

La distinción entre Constitución formal y material se refleja en diferentes posiciones doctrinales que son resumidas así por Álvarez Conde:⁵¹ “L. Von Stein proclamará la idea de que la Constitución debe legitimar el orden social existente. Por su parte, Schmitt mantendrá la teoría decisionista de la Constitución, como acto de voluntad del poder constituyente en cuanto es la decisión política fundamental creadora de un orden nuevo, con la distinción entre Constitución y Leyes Constitucionales. Finalmente Kelsen define la Constitución desde un punto de vista lógico-jurídico como la Norma Hipotética fundamental del ordenamiento jurídico. Por su parte, la doctrina italiana (Mortati hablará de Constitución en *sensu materiale*, que debe reflejar la estructura fundamental de una sociedad y por ello la define como la fuerza resultante de la organización de un grupo social que se singulariza de los demás y que logra, triunfando sobre grupos antagónicos y portadores de intereses diversos, hacer valer efectivamente la forma particular de orden por él afirmada. Para este autor, la Constitución material no se subsume en la Constitución formal, sino que permanece sustentándola a lo largo de todo el despliegue de la vida constitucional, con la consecuencia de que el intérprete de la Constitución habrá de tener en cuenta en todo momento este dualismo. Por su parte, Smend fundamentó su teoría de la integración, integrando tanto los elementos fácticos como normativos, la realidad histórico-política y realidad jurídica, y rechazando la teoría decisionista de la Constitución, entendida ésta como la decisión global sobre el tipo y la forma de la unidad política o en cuanto una ley de difícil modificabilidad”.

Hay que advertir que el carácter normativo de la Constitución no puede desconocer las realidades sociales y las funciones que la Constitución debe cumplir en una democracia.

⁴⁹ F. Lasalle: *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona, 1989, p. 45.

⁵⁰ De Otto, cita de Álvarez Conde: o. cit., p. 149.

⁵¹ Álvarez Conde: o. cit., p. 150.

6.4. *Diversos conceptos sobre la Constitución*

Como puede observarse de lo antes expuesto, la Constitución es objeto de un gran debate entre diversas concepciones políticas, diversos modos de concebir el Estado, el derecho y la relación entre ambos, y las teorías modernas sobre el Estado constitucional.

Como lo expresa García Pelayo,⁵² el concepto de constitución es uno de los que ofrecen mayor pluralidad de formulaciones. Esto por dos razones. La primera “porque si la mayoría de conceptos jurídico-políticos son de un modo mediato o inmediato conceptos polémicos, éste, por referirse a la sustancia de la existencia política de un pueblo, está particularmente abocado a convertirse en uno de esos conceptos simbólicos y combativos que halla su ratio no en la voluntad de conocimiento, sino en su adecuación instrumental para la controversia con el adversario”. La segunda por “el hecho de que la constitución forma un nexo entre diversas esferas de la vida humana objetivada, por el que se vinculan sectores de la realidad política, jurídica, sociológica, etc.”.

Por las anteriores razones, la palabra *constitución*, como lo dice el autor citado, no está sola sino acompañada de adjetivos, como constitución política, o constitución real, o constitución formal, o constitución material, o constitución empírica, constitución ideal, constitución en sentido amplio o en sentido restringido.

6.4.1. *Tres grandes conceptos de Constitución*

Siguiendo a García Pelayo,⁵³ se pueden distinguir tres grandes conceptos que son reveladores del proceso histórico de configuración conceptual de la Constitución:

1) Concepto racional normativo, que configura la Constitución como un complejo normativo, establecido de una sola vez, en el que se regulan las funciones del Estado. Éste es el concepto del liberalismo burgués que concibe la Constitución como un conjunto normativo que se establece de una sola vez para regular las funciones fundamentales del Estado y declarar los derechos de los ciudadanos.

El tratadista Germán J. Bidart Campos⁵⁴ dice que el tipo racional normativo tiene estas características: a) define a la Constitución como conjunto de normas, fundamentalmente escritas, y reunidas en un cuerpo codificado; b) piensa y elabora a la Constitución como una planificación racional, o sea, suponiendo que la razón humana es capaz de ordenar constitucionalmente a la comunidad y al Estado; c) profesa la creencia en la fuerza estructurada de la ley, es decir, en que las normas son el princi-

⁵² Manuel García-Pelayo: *Derecho constitucional comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 33.

⁵³ *Ibidem*, p. 65.

⁵⁴ German J. Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, tomo 1, 3ª reimp., Buenos Aires, Ediar, 2001, p. 291.

pio ordenador del régimen constitucional y de que tienen en sí mismas, y en su pura fuerza normativa, la eficacia para conseguir que la realidad sea tal como las normas la describen; d) la Constitución es un esquema racional de organización, un plan o programa formulado con pretensión de subsumir toda la dinámica del régimen político en las previsiones normativas.

Este tipo racional normativo tiende a lograr racionalidad, seguridad, estabilidad. Históricamente responde a la época del constitucionalismo moderno o clásico, iniciado a fines del siglo XVIII.

2) Concepto histórico-tradicional, que implica que la Constitución de un pueblo no es producto de la razón, sino el resultado de una transformación histórica. Por tanto, la Constitución no se elabora ni se escribe racionalmente sino que es algo propio de cada régimen. Por ende, cada Estado tiene *su* Constitución, surgida y formada por acontecimientos históricos.

Concepto sociológico, que establece que la Constitución es la forma de ser de un determinado pueblo o sociedad. En este sentido la doctrina habla de realidad constitucional que según Pablo Lucas Verdú consiste “en un conjunto de elementos que se interrelacionan sea colaborando u oponiéndose entre sí, sea complementándose encaminado a formar, sustentar y modular el Estado y la sociedad” y luego agrega que “consiste en un conjunto de factores sociopolíticos que influyen sobre la Constitución condicionándola, manteniéndola, modulándola, transformándola y, a veces, sustituyéndola”.⁵⁵

Expresa García Pelayo⁵⁶ sobre el concepto sociológico: “En todo caso, es característica del concepto sociológico de Constitución entender que la estructura política real de un pueblo no es creación de una normatividad, sino expresión de una infraestructura social, y que si tal normatividad quiere ser vigente ha de ser expresión y sistematización de aquella realidad social subyacente. Pero en cuanto que de hecho se puede dar una normatividad jurídico-constitucional en desacuerdo con la estructura real, esta tendencia lleva implícita la escisión del concepto de constitución en dos partes, al distinguir entre una Constitución real o sociológica y una Constitución jurídico-política, la cual será tanto más vigente y eficaz cuanto más tienda a coincidir con la primera”.

Hay que poner de presente que el tipo historicista y el tipo sociológico ven la Constitución como un producto del medio social, o sea, como Constitución material y no formal.

En todo caso, se ha afirmado que todo Estado tiene Constitución. Lo que es la Constitución es respondido de manera sencilla por Bidart Campos⁵⁷ así: “[...] la cons-

⁵⁵ Pablo Lucas Verdú: *Curso de derecho político*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1984, p. 78.

⁵⁶ García Pelayo: *Derecho constitucional comparado*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1991, p. 54.

⁵⁷ Germán J. Bidart Campos: *Filosofía del derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1969.

titución de un estado es la que real, verdadera y efectivamente lo ordena, lo hace ser y existir tal cual es, lo compone y lo estructura. Con esto, podemos ya comprender que la constitución que todo estado tiene como positiva, se ubica en el orden de la realidad o de las conductas, es una constitución vigente y por ser vigente, es una constitución actual, presente, que se realiza. Esta primera aproximación que emplaza a la constitución en el orden de la realidad, se completa simultáneamente con la afirmación de que la constitución real es captada lógicamente como norma, lo que quiere decir que es también normativa. Tenemos, pues, que la constitución que todo estado tiene y que no puede faltar —porque si faltara el estado no existiría— es una constitución material, captada neutralmente por los terceros como norma, y por los protagonistas como imperativo con forma de deber ser lógico”.

Podemos aceptar la definición de J. J. Solizábal Echavarría⁵⁸ que dice que “La Constitución es el conjunto de normas que fundamentan la legitimidad del poder estatal”. Esta definición adopta la tesis moderna que concibe la Constitución como norma jurídica, que determina los modos de creación del derecho, y constituye el fundamento de validez de todo el resto del ordenamiento jurídico.

6.4.2. *Clases de Constituciones*

El tratadista Zagrebelsky⁵⁹ distingue entre Constituciones de contenido, finalistas y formales, cada una de las cuales exhibe unas determinadas características. Mientras las Constituciones de contenido, cuya mejor expresión escrita sería el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, encierran “un sistema de valores materiales y de concepciones organizativas difusamente aceptado y capaz de constituir el fundamento de la formulación de nuevas reglas de derecho constitucional y se su coherente aplicación”, la Constitución finalista se conforma con perfilar los fines de la organización estatal, omitiendo precisar los medios indispensables para su realización y permitiendo, con un menor compromiso, una identificación de un diversificado espectro de fuerzas políticas tan amplio como sea la acumulación de objetivos que respondan a las expectativas de los distintos colectivos, facilitado precisamente por la ausencia de indicaciones. Por último, las Constituciones formales serían las que manifiestan su neutralidad sobre los fines y contenidos como expresión de una falta de acuerdo en el que brilla la voluntad de exclusión y la incapacidad de compatibilizar, ni siquiera en una formulación genérica, los fines del Estado.

⁵⁸ J. J. Solozábal Echavarría: “Constitución”, en *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo 1, Civitas, 2001, p. 21, Manuel Aragón Reyes (coordinador).

⁵⁹ G. Zagrebelsky: “Adeguamenti e cambiamenti della Costituzione”, en *Scritti su le fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Cedam, Papua, 1985, pp. 916 ss. Cita de Miguel Ángel García Herrera en *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho*, 1999, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 57.

German J. Bidart Campos⁶⁰ hace la siguiente clasificación de la Constitución:

- la escrita, formal o codificada, que reúne las normas jurídicas en un cuerpo unitario;
- no escrita o dispersa, que puede ser totalmente no escrita, o parcialmente no escrita y parcialmente escrita en normas dispersas;
- la Constitución formal, que es la codificación normativa;
- la Constitución material, que es la que tiene vigencia real en la dimensión sociológica;
- la Constitución rígida, que es la surgida del poder constituyente formal y no se puede modificar sino mediante procedimientos diferentes de los de la legislación común, o procedimiento especial y agravado;
- la Constitución flexible, que es la que admite su enmienda mediante el mismo mecanismo empleado para la legislación común;
- la Constitución pétrea, cuando además de ser escrita y rígida se declara irreformable; los contenidos pétreos pueden estar expresamente establecidos, o surgir implícitamente, y la irreformabilidad puede ser para algunos contenidos de la Constitución;
- la Constitución es otorgada cuando un órgano estatal la concede o establece unilateralmente;
- la Constitución es pactada cuando se deriva de un acuerdo, compromiso o transacción entre un órgano estatal y la comunidad;
- la Constitución es impuesta cuando se supone emanada del poder constituyente radicado en el pueblo, y surgida de un mecanismo formal en ejercicio del mismo poder.

El profesor Francisco Javier Díaz Revorio⁶¹ habla de Constitución como orden abierto para referirse a dos ideas “1) La Norma fundamental permite con carácter general la defensa de valores contrarios u opuestos a los que la misma considera fundamentales, siempre y cuando dicha defensa se realice con los medios que la propia Norma fundamental prevé o permite; igualmente permite la modificación de dichos valores fundamentales; 2) la Constitución permite, sin necesidad de ser reformada, el desarrollo de muy diversas opciones políticas”. Zagrebelsky⁶² dice que hoy existe contradicción entre derecho constitucional y adhesión unilateral a un proyecto político particular cerrado.

Consideramos que nuestra Constitución es finalista porque enumera los fines y valores dotados de valor normativo. Además, es escrita o codificada, por lo que co-

⁶⁰ German J. Bidart Campos: o. cit., pp. 292-293. James Bryce: *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

⁶¹ Francisco Javier Díaz Revorio: *La Constitución como orden abierto*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

⁶² G. Zagrebelsky: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Edit Trotta, Madrid, 1995, pág 16.

responde a la categoría de Constitución formal. Asimismo, es del tipo racional-normativo, tiene algunos caracteres del tipo tradicional-historicista, y tiene un techo ideológico compuesto por los principios y valores enunciados en la Constitución y en su preámbulo. Como lo hemos expresado, la Constitución es la norma suprema y por ende constituye el orden jurídico fundamental del Estado.

6.4.3. *La Constitución como fuente material y formal del derecho*

Ya se ha expresado que la Constitución no sólo es norma suprema sino que es la fuente real y formal de todo el ordenamiento jurídico. Como lo expresa Javier Pérez Royo:⁶³

La Constitución pretende ordenar la génesis del Derecho. Y esto lo suele hacer de dos maneras: regulando, por una parte, ciertas materias de manera directa o determinando, por otra, qué órganos y con qué procedimientos regularán aquellas materias que ella misma no ha regulado. La Constitución es, por lo tanto, y de manera simultánea, fuente del derecho y norma que regula las fuentes del derecho, la producción jurídica.

Este segundo punto es algo que está perfectamente claro y casi no es necesario detenerse en él. Es opinión prácticamente unánime en la doctrina que una de las tareas esenciales, si no la tarea esencial de todo texto constitucional, consiste en disciplinar las formas de producción de las normas jurídicas, precisando tanto los órganos competentes para ello, como las categorías básicas a través de las cuales se manifiesta la voluntad de dichos órganos y las relaciones entre las mismas por razón de jerarquía o de competencia.

Agrega este autor que, además de ser fuente del derecho, la Constitución es norma jurídica que regula las fuentes del derecho.

Advierte que “Hasta la fecha es el instrumento mejor que se conoce de racionalización y control del poder. De ahí la importancia de afirmar su fuerza normativa en la mayor medida posible”.⁶⁴

Frente a la identificación entre Ley y Derecho, que era propia de la doctrina tradicional de las fuentes, se ha impuesto en el Estado constitucional democrático la teoría constitucional que busca la confluencia entre Derecho y Constitución. Como lo expresa Francisco Balaguer Callejón:⁶⁵ “La Constitución no puede contener, obviamente, todo el Derecho, pero todo el Derecho del ordenamiento debe tender a la constitucionalidad de sus aspectos formales y materiales. La teoría constitucional no sitúa a la Constitución en lugar de la ley, manteniendo las mismas estructuras. Antes

⁶³ Javier Pérez Royo: *Las fuentes del derecho*, Tecnos, Madrid, 2001, 7ª reimp., p. 31.

⁶⁴ Marco Gerardo Monroy Cabra: “La Constitución como fuente de derecho: sistema de fuentes”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 2002, Konrad Adenauer, Montevideo, Uruguay, p. 13-39.

⁶⁵ Francisco Balaguer Callejón: *Fuentes del derecho*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 54; María José González Ordovás: *Ineficacia, anomia y fuentes del derecho*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003.

bien, origina un cambio fundamental en la estructura del sistema de fuentes, dentro del cual la Constitución, en cuanto expresión del consenso fundamental de los diversos sectores sociales, sirve de medida para la determinación de la validez del Derecho producido en los distintos ámbitos en que esos sectores ejercitan el poder público. La Constitución es el origen último del Derecho vigente en el ordenamiento, hasta donde el Derecho es Derecho (más allá no existe como tal). Es la fuente conformadora del ordenamiento”.

6.5. Tipos de Constitución en las teorías modernas

Expresa Manuel García Pelayo⁶⁶ que la crisis de legalidad y de los métodos positivistas han producido una tendencia al abandono del concepto racional normativo de la Constitución, y en su lugar se intenta formular una nueva concepción de Constitución acorde con las nuevas situaciones jurídico-constitucionales. Se trata de penetrar en la sustancia de la Constitución.

Se estudia la Constitución como una totalidad en función de la cual se explican las partes componentes.

Las teorías insisten en la realidad social tratando de superar la antinomia entre lo fáctico y lo normativo. Por esto, se advierte el carácter dinámico de la Constitución.

Igualmente, se expresa que la Constitución no sólo tiene carácter normativo sino que es un modo de existencia política.

En este sentido haremos una brevísima síntesis de las teorías de Smend, Schmitt, Heller, Hauriou, S. Romano, Schindler, Kaufmann y Burdeau, siguiendo la exposición de Manuel García Pelayo.

6.5.1. Rudolf Smend

El pensamiento de Smend se basa en la teoría de la integración; distingue entre integración personal, integración funcional e integración real. La integración personal se refiere al jefe de Estado, que representa la unidad nacional. A la integración social pertenecen todas las especies de formas de vida colectiva de una comunidad. A la integración real se refieren todos aquellos fenómenos que significan participación de los individuos en un contenido de valores estatales o encarnados en el Estado. La Constitución “es el orden jurídico de un Estado”, que se diferencia del resto del orden jurídico por “el carácter político de su objeto” y del resto de las normas jurídicas en que éstas son “la normativización abstracta de una pluralidad infinita de casos”, mientras que la Constitución es “la ley individual de una única realidad vital concreta”.⁶⁷

⁶⁶ García Pelayo: o. cit., p. 79.

⁶⁷ García Pelayo: o. cit., p. 82-83.

6.5.2. *Carl Schmitt*⁶⁸

La teoría de Schmitt se resume en la reducción de la Constitución a unas decisiones fundamentales. La posición decisionista considera que el derecho tiene su raíz en la voluntad, es decisión y no norma.

La Constitución no surge ni se establece por sí misma sino que es producto de una voluntad del poder constituyente.

6.5.3. *Hermann Heller*⁶⁹

La teoría de Heller se caracteriza por la consideración de la Constitución como una totalidad, en la que se reúnen en relación dialéctica lo estático y lo dinámico, la normalidad y la normatividad. Trata de salvar la unidad del concepto de Constitución, pero reconociendo la autonomía de sus partes integrantes.

6.5.4. *M. Hauriou*⁷⁰

Con fundamento en la teoría institucionalista, considera a la Constitución como parte de un orden superior que es el orden constitucional.

Define este orden como “un orden de cosas a la vez formal, objetivo y sistemático, que engendra fuerzas de resistencia contra el poder y contra la libertad”. Distingue entre Estado y sociedad y expresa que “la empresa política del Estado siempre ha tenido por objeto la protección de la sociedad civil”.

6.5.5. *Santi Romano*⁷¹

Santi Romano desarrolla la teoría institucionalista o del ordenamiento jurídico. Dice que una institución es una entidad o cuerpo social con una unidad firme, que tiene una existencia objetiva concreta y una organización y una estructura que absorbe los elementos que forman parte de ella y que es superior y preordenada tanto a los elementos mismos como a sus relaciones. Expresa que “toda institución es un ordenamiento jurídico y todo ordenamiento jurídico es una institución, ya que donde ésta no se halla pueden darse relaciones sociales, pero no relaciones que, como las jurídicas, estén formal, objetiva y establemente ordenadas: *ubi societas ibi ius*, e invirtiendo, *ubi ius ibi societas*”.

⁶⁸ Carl Schmitt: *Teoría de la Constitución*, trad. de F. Ayala, Madrid, 1934, p. 25.

⁶⁹ H. Heller: *Teoría del Estado*, México, 1942, p. 277.

⁷⁰ M. Hauriou: *Principios de derecho público y constitucional*, trad. de C. R. del Castillo, Madrid, 1927, p. 42.

⁷¹ Santi Romano: *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, Milano, 1946. Citado de Manuel García-Pelayo, o. cit., p. 92.

Sostiene que uno de los ordenamientos jurídicos es el Estado, el cual tiene una parte que forma su estructura esencial, que es la Constitución.

6.5.6. *Dietrich Schindler*⁷²

Según Schindler, la Constitución está directamente vinculada al problema de la organización y del ejercicio de la soberanía, entendiendo por tal la afirmación suprema del poder estatal en la vida social. La Constitución es el conjunto de normas jurídicas que se refieren al poder supremo dentro del Estado.

6.5.7. *Erick Kaufmann*⁷³

La tesis de Kaufmann se caracteriza por una desvalorización de la norma jurídico-positiva, pues para él lo único que puede hacer la Constitución es crear el marco y la forma en los que las fuerzas éticas de un pueblo pueden expresarse en un orden legal en el transcurso ordenado de un proceso de formación de esa voluntad.

6.5.8. *Georges Burdeau*⁷⁴

Define la Constitución como “acto determinador de la idea del Derecho, al mismo tiempo que regla de organización en el ejercicio de las funciones estatales”. Agrega que la Constitución es la “regla por la cual el soberano legitima el poder adhiriéndose a la idea del Derecho que representa y que determina, en consecuencia, las condiciones de su ejercicio”.

7. Conclusiones

Del análisis anterior surgen las siguientes conclusiones:

1. Históricamente se presentó una evolución desde la constitución mixta griega y romana, los estatutos y leyes fundamentales de la Edad Media, hasta la Constitución moderna como norma jurídica fundamental del Estado.
2. Históricamente el constitucionalismo nació como movimiento ideológico y político. Como lo expresa Ignacio de Otto:⁷⁵ “La finalidad del movimiento que históricamente se llamó constitucionalismo no era, obviamente, introducir en los ordenamientos una norma denominada Constitución, sino asegurar la garantía de la libertad frente al

⁷² Cita de García-Pelayo: o. cit., p. 93.

⁷³ Cita de García-Pelayo: o. cit., p. 95.

⁷⁴ Georges Burdeau: *Traité de Science Politique*, París, 1949-50, 3 t.

⁷⁵ Ignacio de Otto: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel Derecho, 7ª reimp., Barcelona, p. 12.

poder público. Que una sociedad tenga Constitución, que un Estado sea constitucional, significa, ante todo, que en él la organización de los poderes corresponda a un determinado fin, el aseguramiento y garantía de la libertad de los ciudadanos”. Agrega este autor⁷⁶ que la palabra *constitución* se encuentra en su origen “ostensiblemente cargada de significado político; evoca de inmediato ideas tales como libertad y democracia, garantía de los derechos de los ciudadanos, limitación de poder”.

3. La Constitución es una norma suprema; los poderes públicos están sometidos a ella y la infracción es antijurídica y es declarada inconstitucional por los tribunales constitucionales. La norma constitucional tiene superioridad sobre la legislación, es fuente de toda creación normativa y de todos los actos de su aplicación.

4. En cuanto al origen del término *constitución*, éste viene desde la antigüedad, pero en el contexto moderno tiene otro sentido. Aceptamos la conclusión de Rolando Tamayo y Salmerón:⁷⁷ “No es seguro si la noción de ‘constitución’ entendida como ‘constitución escrita’ fue realmente una construcción hecha por juristas, filósofos, políticos o doctrinarios, como podría haber sido el caso francés, o si fue el resultado de la experiencia jurídica y política, como en el caso de Estados Unidos sugiere; lo cierto es que, en cuanto al significado de ‘constitución’ concierne, la mayoría de los movimientos políticos subsiguientes actuaron de acuerdo con esa noción. Desde entonces, las constituciones escritas, que crean, definen y limitan el ejercicio del poder gubernamental, han sido la regla general en casi todo el mundo constitucional y ‘constitución’ generalmente eso designa”. Es decir, actualmente se utiliza el término *constitución escrita* para hacer referencia a la organización, el ejercicio y el manejo del poder político.

5. La Constitución es la norma jurídica fundamental y fundamento de todo el ordenamiento jurídico. Como lo ha expresado Luis Sánchez Agesta,⁷⁸ el carácter fundamental de la Constitución se manifiesta de varias formas. En primer lugar, desde un punto de vista sociológico, la Constitución formula los valores que tienen vigencia para una comunidad y es la expresión consecuente de las fuerzas y los elementos sociales que los representan. En segundo lugar, desde el punto de vista político, la Constitución contiene el mínimo de elementos para que una comunidad política o Estado pueda existir y que le imprimen una forma específica. Desde este punto de vista la Constitución es la esencia del orden. En tercer lugar, desde el punto de vista jurídico, la Constitución es el cimiento o base sobre la cual descansa el resto del ordenamiento. La Constitución es la premisa mayor de la cual derivan las restantes leyes. La Constitución es la fuente de todo el ordenamiento jurídico, establece los órganos de gobierno y el contenido de sus competencias.

6. La Constitución colombiana de 1991 define al Estado que funda como “Estado social de Derecho” organizado en forma de república unitaria, descentralizada,

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 11

⁷⁷ Tamayo y Salmerón: o. cit., p. 83.

⁷⁸ Luis Sánchez Agesta: *Principios de teoría política*, 6ª ed., Nacional, Madrid, 1976, p. 374.

con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. Es decir, el Estado colombiano es social, y democrático, participativo y pluralista. La Constitución debe aplicarse y para ello es necesario un control constitucional efectivo. Como lo expresa el tratadista Alberto B. Bianchi:⁷⁹ “De nada sirve una Constitución que no se aplica; incluso, ello acarrea peores males, pues engendra la desconfianza y el desapego hacia las instituciones jurídicas. De modo, pues, que el dilema principal radica en lograr que la supremacía constitucional no sea tan sólo una expresión de deseos. Aquí es donde aparece y se evidencia la necesidad de contar con un sistema efectivo de control de constitucionalidad”.

7. Estamos de acuerdo con Carlo de Cabo Martín⁸⁰ cuando afirma la vinculación de la Constitución al *tiempo*, a la *historia* y a la *realidad* “en un doble sentido: en el de la vinculación a la coyuntura, a los intereses y problemas coyunturales que hacen a la Constitución más dependiente de su tiempo, y que si esta vinculación es, por concurrir determinadas circunstancias históricas, particularmente intensa y hasta patológicamente intensa, pueden acentuar la necesidad de la Reforma en la medida en que se vaya alejando e independizando de aquella coyuntura de origen y en el más amplio y general de la vigencia, de la efectividad de la Constitución”. Por tanto, la reforma es el mecanismo y la garantía de la efectividad constitucional que se realiza, según este autor, “en la medida en que la Constitución despliega sus dos caracteres básicos: la Normatividad y la Supremacía”. Por tanto, la Constitución debe tener conexión con la realidad constitucional y cuando ésta se modifica hay que reformar la Constitución.

8. Coincidimos con el análisis del jurista Antonio E. Pérez Luño⁸¹ en que en las formulaciones constitucionales clásicas del Estado liberal de derecho se trazaba una neta separación entre el Estado y la sociedad civil. Explica que: “La Constitución se presentaba, de este modo, como: a) la garantía normativa de los límites de la actuación del Estado, en beneficio de la libertad de los ciudadanos; b) como el estatuto jurídico de la organización política del Estado”. Frente a este modelo surge el Estado social y democrático de derecho que “ha supuesto la abolición fáctica de la separación entre el Estado y la sociedad civil. De ello se infiere la posibilidad y la exigencia

⁷⁹ Alberto B. Bianchi: *Control de constitucionalidad*, 2ª ed., t. 1, Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 34.

⁸⁰ Carlos de Cabo Martín: *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, Trotta, Madrid, 2003, p. 73.

⁸¹ Antonio E. Pérez Luño: *Los derechos fundamentales*, 7ª ed., Tecnos, 1998, pp. 150-151; Maurizio Fioravanti: *Los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 1996; Luis Prieto Sanchís: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003; Néstor Pedro Sagüés: *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998.

de que el Estado, lejos de inhibirse de las condiciones que informan su estructura económico-social, asuma la responsabilidad de la transformación de dicha estructura en función de los grandes valores constitucionales y, en particular, de la igualdad”. Estamos de acuerdo con la conclusión de que la Constitución española de 1978 se inscribe, al igual que la colombiana de 1991, en los parámetros del Estado social y democrático de derecho, “lo que determina que nuestro sistema constitucional sea un sistema abierto a los datos externos que provienen de la estructura económico-social, cuya transformación representa una tarea indeclinable de los poderes públicos”.