

REFLEXIÓN EN TORNO AL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EN LA CULTURA JURÍDICA MODERNA

Rodolfo Andrés Correa Vargas*

Abstract: Nuestra época, y seguramente la de las generaciones venideras, desarrolla su vida dentro de los lineamientos trazados por la Carta Política, esto resulta un axioma. Pero no siempre fue así, mucho camino se ha tenido que labrar para llegar a consolidar la realidad que atravesamos. Nuestra actual concepción de la Constitución es producto de muchos años de práctica socio – política y de actividad teórica, y este ensayo pretende, de una manera genérica, por supuesto, mostrar cómo se ha formado este concepto de Constitución en la cultura jurídica moderna, siendo consecuentes con los elementos teóricos del Estado Social de Derecho.

Palabras clave: Constitución – Estado – Derechos – Historia.

INTRODUCCIÓN

La actualidad jurídica y política, sin temor a equivocarme, gira en torno a una idea, la de Constitución, ésta se ha convertido en la piedra angular de las relaciones ya no sólo entre Estado y sociedad, sino entre los componentes de la sociedad misma, los preceptos que esta contiene han alcanzado a penetrar casi todas las esferas de la vida social, bien como elemento de organización o bien como fuente de garantía de los derechos de los individuos. Adicional a esto constituye el principio *sine qua non* de legitimidad en el ejercicio del poder, que conduce al aparato estatal, y a los ciudadanos, por la senda del respeto al orden jurídico establecido. Disposiciones como las consagradas por el artículo 9 de la Constitución política española, así como en la mayoría de

*Profesor Universidad Autónoma Latinoamericana. Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Medellín. Máster Universitario en Derechos Fundamentales – Universidad Carlos III de Madrid-.

las Constituciones, configuran un verdadero marco de desenvolvimiento de la vida pública, cuando señalan que:

Artículo 9

1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

En efecto, nuestra época, y seguramente la de las generaciones venideras, desarrolla su vida dentro de los lineamientos trazados por la Carta Política, esto resulta un axioma. Pero no siempre fue así, mucho camino se ha tenido que labrar para llegar a consolidar la realidad que atravesamos. Esta concepción de la Constitución es producto de muchos años de práctica socio – política y de actividad teórica, y este modesto ensayo pretende, de una manera genérica, por supuesto, mostrar cómo se ha formado este concepto de Constitución en la cultura jurídica moderna, desde luego a partir de la selección de algunos autores, que a criterio nuestro exclusivamente, son considerados como una buena guía para cumplir este cometido. Para llegar a ello se realizará un sencillo recuento histórico de las 5 etapas constitucionales, examinando así el periodo de las constituciones liberales censitarias, el de las cartas otorgadas y de constituciones pactadas, aquel de las constituciones

que inician la democracia y el parlamentarismo, el de las constituciones de las democracias inestables y como quinto y actual periodo el de las constituciones de la democracia política y social, todo en aras de conocer un poco ese proceso de “metamorfosis” de la idea de Constitución y poder entender así porque lo que se concibe hoy como Constitución, no es lo mismo que se pensaba en la época de la revolución francesa, por ejemplo.

En efecto, recuérdese cómo en aquellos tiempos se decía que una sociedad carece de Constitución si no garantiza los derechos fundamentales y no dispone la separación de poderes; pero en la práctica la tradición constitucional continental europea, y por supuesto derivada de ella la latinoamericana, ha negado sistemáticamente ambos datos. Tal como señala el profesor Jiménez Asensio¹, pues: “Los textos constitucionales que nacen de ese proceso revolucionario serán únicamente documentos de organización política. Por un lado, la Declaración de Derechos de 1789, como reconoció FAURÉ, sancionó la separación de las Declaraciones de Derechos del campo constitucional, dotándolas así de una suerte de autonomía y reduciendo al mínimo su valor jurídico. Por otro lado, la separación de poderes no pasará de tener en Europa continental un carácter meramente formal; esto es, el poder se dividirá en las tres ramas clásicas (Legislativa, Ejecutiva y Judicial) pero esa división será aparente, pues una de ellas (ya sea el Legislativo o el Ejecutivo, según los casos) predominará sobre las demás. Por lo común, el poder judicial en Europa será un “poder cautivo”, sometido en todo caso al legislativo y dependiente de la rama ejecutiva a través del ministerio de justicia”. Mientras hoy, con opiniones de expertos a favor y otras en contra, pensamos que en verdad la constitución política de los Estados de derecho cumple a cabalidad con los requisitos que en su momento postulara la revolución francesa, pero todo esto, como es lógico, pretendemos reseñarlos en las líneas siguientes.

¹ JIMENEZ ASENSIO, Rafael. El constitucionalismo, proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional. Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales S.A. p. 13. Madrid 2003.

Por último ahondaremos un poco en el entendimiento de los conceptos tradicionales de Constitución real (concebida por Lassalle como la suma de los factores reales de poder) y de Constitución formal (vista cómo la hoja de papel, que recoge la ley fundamental), y como esas dos ideas forzosamente han tenido que buscar puntos de encuentro para poder llevar a una sociedad a su organización, resaltando la necesidad que se ha tendido de hacer del texto constitucional una codificación jurídica dotada de las herramientas requeridas para su efectividad y pasar así la etapa histórica en la que éste era considerado un compendio de letra muerta.

I. PROCESO HISTÓRICO DE CONSOLIDACIÓN DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

Al momento de abordar el manejo investigativo del tema sobre *El Concepto de Constitución en la Cultura Jurídica Moderna*, resulta obligatorio intentar, en primer lugar, llegar a una aproximación lo más concreta posible sobre el alcance de lo propuesto por este título, en ese orden de ideas nos corresponde especificar qué entendemos cuando nos referimos a las expresiones “Concepto” y “Cultura Jurídica Moderna”, sin ahondar, por supuesto, en mayores disquisiciones sobre el particular pues, por razones de espacio, al requerir este ejercicio demasiadas líneas, podríamos incurrir en desvíos sobre el objeto sustancial de este trabajo.

Así las cosas, comencemos por definir el término concepto, y digamos que, al respecto, la real academia española² nos ilustra señalándonos que por tal se entiende: objeto que concibe el espíritu [...] sinónimo Idea, y por este último, es decir por idea, nos precisa: representación de una cosa en la mente. Ahora bien, el paso siguiente sería entender la expresión cultura jurídica moderna, y diremos pues, que la palabra “cultura” según nuestra ya mencionada guía

etimológica, significa: desarrollo intelectual o artístico, mientras que jurídica o jurídico es un término derivado del latín *Juridicus*, es decir aquello relativo o perteneciente al Derecho, y ya en lo atinente al vocablo moderna, diremos que por tal se entiende aquello perteneciente a la edad actual, o bien podemos concebirlo como algo propio de una época reciente, que para nuestro estudio la ubicaremos desde la etapa de la Ilustración – Siglo XVIII- hasta la actualidad.

Visto todo lo anterior podemos plantear nuestro tema de estudio cuestionándonos sobre cuál es la representación del término Constitución en el desarrollo intelectual del derecho en la época reciente. Es decir que se ha entendido por esta dicción en el pensamiento jurídico de los últimos tiempos. Para llegar a resolver una problemática de tal envergadura hemos de recurrir a varias herramientas teóricas, hablamos de la consulta, principalmente, del pensamiento de algunos autores contemporáneos que se han ocupado de diferentes maneras de este, nuestro tema de interés. Concretamente nos referimos a Ferdinand Lassalle, Constantino Mortati, Eduardo Pallares, Rafael Jiménez Asensio, Almudena Bergareche Gros, Hans Kelsen, entre otros.

Comencemos entonces diciendo que aunque en la actualidad podríamos hablar de una acepción universal de constitución, entendida como manera de ser de la organización política o como forma de gobernarse de un pueblo, o en palabras de *Wheare*³ como “conjunto de normas que establecen y regulan o gobiernan el Estado”, o bien explicitado por el pensamiento del profesor mexicano *Eduardo Pallares*⁴, quien sobre el particular apunta que: “... El vocablo Constitución en su acepción más general y filosófica, significa la estructura interna de una cosa o de un ser vivo, el ordenamiento de sus elementos fundamentales. El concepto jurídico y filosófico se dan la mano, puesto que la Constitución Política refleja, a lo me-

² Cfr. Diccionario Real Academia Española.

³ K.C. WHEARE, *Las Constituciones modernas*. Barcelona, 1974.

⁴ PALLARES, Eduardo. *¿Qué es una Constitución?*. Distribuciones Fontamara. p. 9. México 1997.

nos desde el punto de vista teórico, el ordenamiento jurídico de los elementos sociales de una nación...”, el concepto de constitución ha variado a medida que los contenidos de esta norma jurídica se orientan a una posición definida. Posición que en últimas ha estado determinada por las circunstancias sociales, económicas, culturales políticas y religiosas, que enmarcan el momento histórico de su creación. Esto resulta ampliamente corroborado por las palabras del profesor Eliseo Aja⁵ cuando al cuestionarse sobre una posible respuesta a la pregunta de Ferdinand Lassalle, de ¿Qué es una Constitución?, indica que “es preciso tener presente el factor histórico porque una misma denominación, constitución, sirve para designar contenidos muy diversos, aún en un mismo país: baste comparar las Constituciones de 1791, 1875 y 1958 en Francia, o las de 1871, 1919 y 1949 en Alemania; o en España los textos constitucionales de 1812, 1845 y 1931.

Las diferencias de contenido, el cambio de las fuerzas políticas y las propias transformaciones de la sociedad producen conceptos diversos de Constitución. También es preciso tomar en cuenta el factor político – cultural para llegar a un concepto de Constitución riguroso y útil; no puede aplicarse un mismo concepto de Constitución a los textos vigentes en sociedades con estructuras económicas, políticas y culturales tan diferentes, por ejemplo, como Suecia, Dinamarca, México y Zaire, incluso suponiendo que su contenido fuera parecido”.

Como puede entonces observarse, cada uno de los tipos diferentes de constitución ha dado lugar a la formación de uno o más conceptos sobre la norma fundamental.

En la obra ya referenciada del Profesor Aja se plantea, como consecuencia del afán por explicar esta situación, la existencia de cinco periodos – históricos- constitucionales: a los que llama en orden cronológico: el Periodo de las Constituciones Liberales Censitarias, el de las Cartas Otorgadas y de Constituciones Pactadas, aquel de las Constitucio-

nes que inician la democracia y el parlamentarismo, el de las Constituciones de las Democracias Inestables y como quinto y actual periodo el de las Constituciones de la Democracia Política y Social, veamos, grosso modo, lo que nos expone este autor:

- Primer Periodo: Constituciones Liberales Censitarias.

La Constitución americana de 1787 y la francesa de 1789-1791 constituyeron el modelo de los primeros textos constitucionales liberales y tuvieron gran influencia sobre todos los movimientos liberales; al mismo tipo corresponden, aún con diferencias apreciables, las Constituciones de Suecia (1809), Noruega (1814) y España (1812), cuya Constitución de Cádiz será imitada brevemente en Portugal y algunos reinos italianos.

El aspecto principal de estas constituciones consiste en suprimir el poder absoluto del monarca y sustituirlo por una distribución del poder entre el propio rey, el parlamento y los jueces, a la vez que proclamar unos derechos mínimos de los ciudadanos que todos los poderes deben respetar, como ámbito privado de los individuos. Por eso se denomina a estos Estados, con la excepción americana, monarquías limitadas o constitucionales. Aunque en cada país pueden variar las prerrogativas del monarca y el parlamento, dando lugar a regímenes distintos, pero es común a todos la elección del parlamento por los ciudadanos incluidos en el *censo* – de ahí el calificativo de censitario-, en el que sólo figuraban los propietarios a partir de cierto nivel de riquezas. El parlamento, o al menos una de sus cámaras, se configura de esta forma como representación directa de la burguesía.

Pero un cambio político tan decisivo como supone el paso del absolutismo al liberalismo precisa un fundamento político muy diferente al anterior. Si el monarca absoluto se legitimaba fundamentalmente por la teoría del origen divino del poder, el Estado liberal se basa en la teoría de la soberanía nacional: sólo la nación, entendida como conjunto de ciudadanos

⁵ Véase el prólogo de Eliseo Aja, a la edición de la obra ¿Qué es una Constitución?, p. 8. Ariel Derecho. Barcelona – España. Junio de 2001.

con derecho a voto, puede establecer la forma de gobierno que estime preferible. La constitución, elaborada por una asamblea constituyente o convención, elegida, establece esa forma de gobierno; todas las instituciones derivan sus poderes de la constitución y actúan conforme a sus mandatos.

A esta concepción subyace una filosofía iusnaturalista, que considera el orden político constitucional como encarnación de unos principios racionales superiores que deben regir todas las sociedades. Así se observa en la declaración de derechos francesa o en el retrato exacto que de esta corriente se realiza en la definición que utiliza Bolingbroke⁶: “Por Constitución entendemos, siempre que hablamos con propiedad y exactitud, el conjunto de instituciones y costumbres que, deducidos de ciertos principios racionales permanentes, constituyen el sistema general por el que la comunidad ha admitido ser gobernada”.

- Segundo Periodo: Las Cartas otorgadas y las Constituciones Pactadas.

A comienzos del siglo XIX la Constitución americana está consolidada y gana en eficacia con el control de constitucionalidad de las leyes que introduce el Tribunal Supremo; en Europa, en cambio, la reacción monárquica elimina casi todas las Constituciones.

De hecho la crítica a los conceptos de soberanía nacional y poder constituyente habían comenzado antes, con el triunfo mismo de la revolución francesa. Desde Inglaterra E. Burke opone la tradición reformista británica a la innovación radical que suponía la Constitución. La razón, según él, no puede configurar la realidad política, continuamente cambiante y las instituciones no pueden surgir de una constituyente, que hace tabla rasa con la historia, sino que deben su legitimidad a la tradición.

Los enemigos de la revolución francesa rechazan igualmente la constitución (Bonald, Demaistre) y consideran que las instituciones sólo encuentran legitimación en la historia. García Pelayo⁷ califica a estas posiciones como defensoras del “concepto histórico tradicional de constitución”.

No podemos perder de vista que las monarquías de la restauración retornan a la legitimidad del antiguo régimen, pero la sociedad y el Estado conservan muchas de las conquistas liberales, porque las transformaciones operadas en las libertades civiles y la propiedad resultan irreversibles.

En estas condiciones, muchos monarcas aceptan limitaciones políticas, siempre que se mantenga el título de legitimación tradicional y aparezcan como concesiones graciosas del rey a su pueblo. La extensión de estas limitaciones al poder monárquico depende de la fuerza respectiva de la burguesía y de la coyuntura de cada país. La fuerza relativa de la monarquía y el liberalismo es, sobre todo, la clave de la posterior evolución de estos regímenes; mientras unos evolucionan hacia auténticos Estados liberales, otros padecen el poder de monarcas cuasi – absolutos y sólo pueden avanzar hacia el liberalismo mediante nuevas revoluciones.

La Carta francesa de 1814 es el modelo que siguen muchas monarquías restauradas; varios Estados alemanes e italianos, el estatuto real español (1834) y la Constitución de los Países Bajo se inspiran en este texto político (1815).

Ahora bien, en la estructura de poderes, las cartas otorgadas y las constituciones pactadas suponen, respecto a las primeras constituciones liberales, un reforzamiento importante del rey en detrimento del parlamento, e incluso dentro de este una pérdida de protagonismo de la burguesía frente a la nobleza, que se reserva a veces a una de las cámaras.

⁶ BOLINGBROKE, sobre los partidos. cit. por Wheare, op. cit. , pg.8.

⁷ GARCÍA PELAYO, M. derecho Constitucional Comparado. Editorial Madrid. pg. 32.

Este tipo de constitución da lugar a críticas en sentido opuesto, pero coincidentes en negar la fuerza ordenadora de la constitución. Tanto socialistas (Lassalle) como conservadores (L. von Stein), ponen en primer plano los factores sociales de poder y cuestionan la capacidad normativa de la Constitución, este modelo de pensamiento se ha catalogado como el de los teóricos del concepto sociológico de constitución. *Lorenz Von Stein*, considera que la constitución no hace ni debe hacer más que legitimar la estructura de poder existente, a favor de los grupos sociales dominantes, la aristocracia y la burguesía, mientras que *Ferdinand Lassalle* estima que la constitución es en realidad la relación de fuerzas entre los grupos sociales y los poderes existentes.

- Tercer Periodo: Las Constituciones que inician la democracia y el parlamentarismo.

Con la entrada en los años treinta del siglo XIX se dio inicio a un movimiento democrático y parlamentario que caracteriza el constitucionalismo anterior a la primera guerra mundial. Es un periodo marcado por el logro de trascendentales reivindicaciones como las del sufragio universal, el reconocimiento de derechos políticos y sindicales, así como la supresión de las cámaras aristocráticas. Grandes sectores del movimiento obrero, artesanos, pequeña burguesía y clases medias son el motor, con diversa fuerza en cada país, de una transformación paulatina del liberalismo en democracia, que desemboca en el aumento del poder de los parlamentos, a través de reformas o reinterpretaciones constitucionales.

Este largo periodo tiene una teoría política muy diferente en sus inicios y en su final. *Constant*⁸, que predica una posición de árbitro del Rey y potencia el poder del parlamento, *Tocqueville* que intuye el avance de la democracia, y *Stuart Mill*⁹ que defiende todas las reformas democráticas y las dota de nueva

base filosófica con el utilitarismo, son los teóricos más lúcidos de esta fase histórica.

Ya en la segunda mitad del siglo predomina un enfoque positivista de la constitución, en el que una de las principales premisas es el culto a la norma, por encima de cualquier análisis metajurídico, a partir de esto se concibe la carta como la norma principal del Estado, que fija el sistema de producción del derecho y organiza la distribución de competencias entre diversos órganos estatales, y que impone límites a partir del reconocimiento de los derechos de los ciudadanos y de los caracteres de igualdad y generalidad de la ley.

-Cuarto Periodo: Las Constituciones de la democracia inestable

El final de la primera guerra mundial culmina el proceso democrático y consagra el principio parlamentario. Se generaliza el sufragio universal masculino y se reconoce en muchos países el femenino, se sustituyen los monarcas renuentes al parlamentarismo por Repúblicas, y se extiende el sistema liberal a Europa oriental.

Las constituciones de Alemania (Weimar, 1919) y Austria (1920) contienen muchos de estos caracteres comunes y sirven de modelo para las aprobadas a comienzos de los años veinte – S. XIX- como las de Polonia, Rumania, Checoslovaquia, etc., e incluso para otras posteriores como la Griega – 1925 y 1927-, y la Española de la segunda república – 1931-. Estas constituciones asumen y formalizan el sistema parlamentario y algunas crean el tribunal constitucional.

Pero bueno, el clima de crisis del periodo de entreguerras impulsa la construcción de teorías muy críticas respecto al positivismo dominante anterior-

⁸ CONSTANT, Benjamín. De la libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos. Ensayo pronunciado en el Ateneo de París. Febrero de 1819.

⁹ Stuart Mill, John. Ensayo sobre la libertad. Alianza Editorial No. 273 Madrid, 1970, 207 p.

mente y que aún perdura en las obras de Carré de Malberg¹⁰ o Santi Romano¹¹. Pero además el paso del liberalismo a la democracia y la introducción de los factores sociales en el marco constitucional dispersa en posiciones muy diferentes las principales obras del periodo; las teorías de Kelsen, Séller, Duiguit, Smend o Smichtt resultan tan dispares entre sí como respecto a todas las posiciones anteriores.

-Quinto Periodo: Las Constituciones de la democracia política y social.

El constitucionalismo de la segunda posguerra viene marcado por el impacto de los nuevos textos aprobados en Francia (1946), Italia y Alemania, aunque a otro nivel también resulta importante el paso de los países orientales de Europa al régimen socialista.

Las tres constituciones citadas presentan numerosas innovaciones respecto a sus precedentes nacionales respectivos, y son en cambio bastante parecidas entre sí, al menos en sus líneas básicas. El carácter democrático se revela en el principio de la soberanía popular, en el amplio reconocimiento de las libertades y en un diseño institucional más próximo, formalmente al parlamentarismo clásico aunque marcado ahora por el reconocimiento de las fuerzas políticas y sindicales; pero la democracia no queda reducida al plano político sino que se extiende al económico – social, provocando innovaciones constitucionales importantes.

Estos principios, desarrollados por los movimientos democráticos de los años sesenta y setenta impulsan reformas constitucionales en Dinamarca, Suiza, Bélgica, Suecia, etc., y serán asumidos por las Constituciones de las nuevas democracias del sur europeo (Grecia, Portugal y España). Bajo estos cambios se encuentra en realidad una nueva concepción de la Constitución, construida a partir de cinco as-

pectos: a) El cambio en las relaciones entre el Estado y la sociedad, evidenciado en la integración de estos, pues si el Estado liberal se basaba en la separación radical entre sociedad y Estado, y éste excluía a la mayoría de la población por su carácter censitario y la ausencia de derechos políticos, el actual Estado democrático y social interrelaciona estrechamente el Estado y la sociedad e integra a todos los individuos como ciudadanos de los que depende su orientación política. El Estado tiene ahora como base al pueblo, aunque todavía no haya encontrado las instituciones adecuadas para hacer realidad sus aspiraciones de igualdad. b) las Constituciones son democráticas y se fundamentan en el principio de soberanía popular; la constitución política de Colombia, en su artículo 3o.- señala que: “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”. La carta Política de España indica, en su artículo 1.2., que: “La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”, mientras que la Constitución sueca, en el artículo 1, al respecto señala: “Todo poder público en Suecia emana del pueblo. La democracia sueca se basa en la libre formación de la opinión y en el sufragio universal e igualitario, y se ejerce a través de un régimen representativo y parlamentario...”. Y esto sólo por citar algunos ejemplos normativos, porque en realidad es una fórmula jurídica esparcida en todo el mundo democrático, hoy la soberanía- generadora del poder público- emana del pueblo, quien pasa de ser, como antaño, un espectador de la realidad política y económica, a convertirse en el director de sus destinos a través, generalmente, de los representantes que elige. c) El reconocimiento del pluralismo político y social; esto deriva del propio liberalismo y resulta potenciado por la democracia, porque la existencia misma de las liber-

¹⁰ Cfr. CARRÉ DE MALBERG. Teoría general del Estado. 1922. Publicada bajo el título de Contribution à la Théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français.

¹¹ Cfr. SANTI ROMANO, *Curso de derecho constitucional* (1926). Sobre este autor podemos precisar que nació en Palermo, 1875- y falleció en Roma, 1947, fue un connotado Jurista italiano. Catedrático de derecho administrativo en la Universidad de Camerino y de derecho constitucional en las universidades de Módena y Pisa, ocupó más tarde esta misma cátedra en la Universidad de Milán. Fue presidente del Consejo de Estado y miembro del Senado.

tades de expresión, asociación y sufragio conducen a la manifestación de diversas alternativas políticas; pero ha sido reconocido expresamente con la constitucionalización de los partidos políticos, que se produce en las constituciones de la segunda posguerra, aunque su importancia e incluso su reconocimiento legal eran muy anteriores. d) El mayor grado de normatividad de la constitución, superior de suyo a las anteriores cartas políticas; lo que queda evidenciado en el hecho que una de las principales notas de la constitución en la actualidad consiste en que establece relaciones de naturaleza jurídica en todas las materias que regula, de manera que gobernantes y gobernados, instituciones y ciudadanos quedan sometidos al Derecho. Es decir hoy la constitución política de un país no es sólo un dechado de virtudes y aspiraciones, sino una norma jurídica dotada de los elementos necesarios normativamente para su efectividad. Así podemos observar, verbigracia, como la Constitución colombiana plasma en su artículo 4o.- “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Entre tanto la norma fundamental española recalca, en su artículo 9.3, que: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad los poderes públicos”.

En efecto, la situación es reconocida y explicada por el profesor Eliseo Aja¹² cuando refiriéndose al tema acota: “... Pero ciertamente el cambio más importante se ha producido en los principios generales y en los derechos constitucionales. Hasta época reciente el principio que relacionaba la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico era el principio de legalidad; a la ley, por lo tanto al parlamento, correspondía establecer los mandatos generales obligato-

rios para los ciudadanos, que la administración debía ejecutar y el juez tenía que aplicar. El juez – salvo en EE.UU.- no podía cuestionar la validez de la ley respecto a la constitución, ni tampoco aplicar ésta directamente donde el legislador no hubiera intervenido [...] En cambio, las constituciones actuales han impuesto el principio de constitucionalidad sobre el de legalidad, sin detrimento de éste, creando cauces para la solución de las contradicciones entre la ley y la Constitución”. Como se ve pues, en la actualidad la Constitución tiene una aplicación directa gracias a la afirmación de su valor y carácter normativo. De esto deriva entonces la ampliación del ámbito constitucional, hoy la sociedad siente a la Constitución parte de su vida diaria, ve en ella una garantía de conservación de sus libertades, acude a ella y la reconoce en el uso del lenguaje común, sin temor a equivocarme me atrevería a aseverar que el concepto actual de constitución ha acercado el Estado al ciudadano, porque a través de éste se percibe no sólo una carta constitucional ocupada de regular la organización jurídico – política de la sociedad, como otra se hacía, sino un texto en quien confía el ciudadano al momento de exigir las condiciones mínimas, los derechos fundamentales, lo que necesita para su desarrollo en sociedad. Aunque no siempre haya sido de esta manera, porque recuérdese cómo en los inicios del constitucionalismo la constitución era considerada como una norma contenedora de principios, que a lo sumo resultan no aplicables de manera directa, en España, por seleccionar un ejemplo de lo que sucedía en casi toda Europa, la situación era una muy buena muestra de lo planteado, *Rafael Jiménez Asensio*¹³, recoge de una muy buena manera lo dicho y en ese sentido explica: “Y desde el punto de vista del constitucionalismo, es obvio que España pertenece (con todas las singularidades que se quieran enunciar de su peculiar proceso de formación histórica) a la familia constitucional derivada de la revolución francesa; esto es, en el suelo español arraigó el modelo europeo continental de constitución. Ciertamente que con algunas (muy pocas) influencias del

¹² AJA, Eliseo. Op. Cit. p. 37

¹³JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. Op. Cit. p. 177 y ss.

sistema británico y sin apenas reflejo alguno del modelo estadounidense. Por tanto, al menos hasta la constitución de 1931, los textos constitucionales españoles no van a tener valor normativo, puesto que van a ser simplemente documentos de organización política, a imagen y semejanza de lo acaecido en el resto del continente europeo hasta principios del siglo XX” (esto es, hasta que aparezca en escena la jurisdicción constitucional).

La consecuencia más obvia de todo lo anterior reside en que los textos constitucionales no eran, por tanto, utilizados para resolver controversias jurídicas. Los operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados, funcionarios) podían resolver jurídicamente los conflictos sin recurrir a la Constitución. El juez estaba sometido “al imperio de la ley” (a la soberanía parlamentaria), pero no a la constitución. Gráficamente, se puede afirmar que entre los textos que manejaba el juez para la resolución de los casos no estaba la constitución. Si se me permite la expresión, la constitución no se hallaba en la biblioteca de consulta de los operadores jurídicos.

Y ello se debía a que la Constitución era, según la tradición jurídico – constitucional francesa, una ley superior o más alta; se situaba, por tanto, en extramuros del mundo del Derecho. En estas condiciones era impensable, aunque hubiera constitución, que existiera en España un Derecho constitucional, pues aquella carecía de valor normativo. La herencia del modelo francés era, pues, evidente. No en vano, hasta fechas muy recientes, en las facultades de derecho españolas existía únicamente la asignatura de Derecho político y no la de Derecho Constitucional (que se incorporó a los planes de estudio unos años después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978)”. Situación afortunadamente superada con creces en el constitucionalismo moderno, en el que gracias a lo dicho anteriormente del valor normativo constitucional, la norma fundamental ha sido convertida en una garantía de aplicación directa a casos ya no sólo generales, sino concretos en los que

se aprecia una violación, bien al catálogo de derechos, o bien a sus demás partes; en esto el control constitucional ha jugado un papel esencial y ha sido el principal motor de desarrollo a través de los aportes jurisprudenciales.

II. CONSTITUCIÓN: SENTIDO MATERIAL, SENTIDO FORMAL.

Hasta ahora se ha pretendido realizar una visualización general sobre lo que históricamente se ha construido en torno a una idea, la de Constitución, de esto interesa a nuestra labor básicamente una dicotomía que resulta tentador aproximarse a ella y tratar de entenderla. Hablamos de las concepciones de constitución en sentido real (o material) y constitución en sentido formal, de ello nos ocuparemos en las líneas siguientes para acercarnos a la cimentación de un concepto que recoja en la mayor medida posible tres elementos fundamentales: contenido, función y estructura de la constitución, a la luz del pensamiento jurídico moderno, sin perder de vista, en todo caso la advertencia planteada por el profesor Constantino Mortati¹⁴, cuando al momento de analizar la distinción entre estas nociones sostiene: “En todo caso el criterio de distinción entre el aspecto formal y material en lo que respecta a la constitución, se presenta de manera heterogénea en relación con el que se propone para la análoga distinción en el campo de las demás actividades estatales, puesto que mientras esta última distinción se suele deducir de la particular naturaleza jurídica de los actos a través de los que se ejercitan, la primera suele estar fundada exclusivamente sobre la materia, en el sentido de los hechos o relaciones asumidos como objeto de la reglamentación. A la determinación de semejante materia, elaborada con el fin y las limitaciones anteriores, no puede atribuírsele carácter de generalidad en cuanto está dirigida por criterios contingentes de importancia política y condicionada por las exigencias de organización de cada ordenamiento individual y por las intenciones en las que se ins-

¹⁴ MORTATI, Constantino. La Constitución en Sentido Material. Centro de estudios políticos y constitucionales. pág. 11. Madrid 1997.

pira todo constituyente al predisponer específicos medios de reforma constitucional. Además, uniendo la importancia de estos medios, se acaba excluyendo que el contenido ejerza cualquier función respecto a la cualificación del ordenamiento, puesto que se admite que todo cambio del ordenamiento, incluso el más radical, es siempre posible, por ser realizado a través de la forma prescrita para la reforma y, en consecuencia, como exige la lógica de las premisas, también el de la forma misma.” Veamos, a continuación, el tratamiento histórico a los conceptos en comento.

- *Constitución en Sentido Material, o Real.*

Para desarrollar el ejercicio de aprehensión de este concepto de Constitución, hemos seleccionado al filósofo *Ferdinand Lassalle*¹⁵, quien en la obra *¿Qué es una Constitución?* mencionada anteriormente, aborda el manejo del tema desde una perspectiva que supera el marco jurídico para entrar en terrenos sociológicos y tratar de explicar así que por constitución no sólo podemos entender el texto legislativo que consagra las disposiciones organizacionales de un Estado, sino la suma de las fuerzas políticas, económicas, sociales y culturales que componen un país, esto, según él, es la verdadera Constitución de un país, es la fuerza activa que obliga a que las leyes de un país sean lo que son y como son. Para llegar a tal tesis, *Lassalle* parte de definir la constitución como una ley, pero no una ley cualquiera sino la “ley fundamental de un país”, ahondando en el término fundamental y explicándolo en esta forma: “... La idea de fundamento lleva, pues, implícita la noción de una necesidad activa, de una fuerza eficaz que hace, por ley de necesidad, que lo que sobre ella se funda sea así y no de otro modo...”, esa fuerza activa que hace por un imperio de necesidad, que todas las demás leyes e instituciones jurídicas vigentes en el país sean lo que realmente son, de tal modo que, a partir de ese instante, no puedan promulgarse, aunque se quisiese, otras cualesquiera, esa fuerza son los Fac-

tores Reales de Poder, es decir las fuerzas que constituyen la base de la organización sociopolítica de un país, que para la época y espacio en que se escribió la obra – Berlín 1862- estaba compuesta por la Monarquía, la Aristocracia, la gran Burguesía, los Banqueros, la pequeña Burguesía y la clase Obrera. Cada uno de estos, decía *Lassalle*, son un fragmento de Constitución, de la Constitución real de un país. Pero paralelo a esto el autor no desconocía la existencia y relevancia de una Constitución escrita, a la que llamaba “Hoja de Papel”, la cual podría ser considerada como buena cuando: “corresponda a la Constitución real, a la que tiene sus raíces en los factores de poder que rigen en el país. Allí donde la Constitución escrita no corresponde a la real, estalla inevitablemente un conflicto que no hay manera de eludir y en el que a la larga, tarde o temprano, la Constitución escrita, la hoja de papel, tiene necesariamente que sucumbir ante el empuje de la Constitución real, de las verdaderas fuerzas vigentes en el país...”. En ese orden de ideas concluye el autor que: “Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho sino de poder...” retornando al clásico cuestionamiento sobre los modelos de relación entre derecho y poder, que en últimas han llevado a concluir que estos tienen no una relación sino una correlación, pues, como se ha dicho, el derecho sin fuerza es utopía y la fuerza sin derecho, tiranía.

Pero independientemente de la posición que se tome, bien sea para defender o atacar la existencia de la dicotomía planteada – entre constitución formal y constitución real-, lo verdaderamente importante es reconocer que mientras un texto constitucional no refleje o no sea producto cierto de debate o consenso entre las fuerzas de una sociedad, difícilmente, por ser optimistas y no rechazar de plano esta posibilidad, este texto cumplirá su objeto. No en vano el autor *Eduardo Pallares*¹⁶ ha recalado en su obra que: “La mayor parte de los espíritus suponen que es suficiente dar a un pueblo una constitución para otor-

¹⁵ LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución*. Ariel Derecho. pág. 78 y ss. Barcelona 2001.

¹⁶ PALLARES, Eduardo. Op. Cit. pág.15.

garle con ella el uso de las libertades públicas. La verdad científica es otra: los pueblos tienen una constitución jurídica cuando de hecho gozan de libertades y no a la inversa, esto es, gozan de libertades porque tienen una constitución política. Dos grandes pensadores lo han demostrado de una manera brillante: "... Las constituciones, dice Benjamín Constant, se hacen rara vez por la voluntad de los hombres: el tiempo las hace, se introducen gradualmente y de modo insensible. Sin embargo, existen determinadas circunstancias en las que es indispensable hacer una constitución, pero entonces no es para hacer sino lo que es indispensable. Dejad al tiempo, al espacio y a la experiencia, para que estas potencias reformadoras dirijan vuestros poderes ya constituidos en el mejoramiento de lo que ya está hecho y en la terminación de lo que queda por hacer". Y continúa su exposición indicando que: "de ninguna constitución, dice José de Maistre, resulta liberación; los derechos de los pueblos no son jamás escritos o a lo menos las actas constitutivas o las leyes fundamentales escritas no son jamás sino títulos declarativos de derechos anteriores, de los que no se puede decir otra cosa sino que existen porque existe. Nunca ha existido nación libre que no tuviese en su constitución gérmenes de libertad tan antiguos como ella y jamás ninguna nación intentó desarrollar, por sus leyes fundamentales escritas, otros derechos de los que existían en su Constitución natural". Se requiere correspondencia entonces entre lo que se escribe, lo que se hace y en lo que se compone una sociedad.

- Constitución en Sentido Formal

Este concepto de Constitución parte de la base propuesta por *Lassalle* al pensarla como la "Ley Fundamental de un país", es decir, el texto que regula y establece el marco organizacional de un Estado, o en sus propias palabras "la hoja de papel" que para ser considerada buena debe contener los factores reales de poder. Pero ¿qué podemos entender cuan-

do nos referimos a la Constitución como "ley fundamental", como documento o texto legal?; *Hans Kelsen*¹⁷ en su obra *Teoría General del Estado*, aporta algo a la construcción de esta respuesta, señalando que: "Partiendo del principio de que la constitución es un pacto, se llegó a proclamar la necesidad de un documento escrito constitucional. No se trata precisamente de fijar por escrito cada una de las normas constitucionales, pues esta cuestión se halla inseparablemente unida al problema en torno al Derecho escrito, el cual surge con la superación del Derecho consuetudinario por el Derecho establecido por órganos especializados. El problema específico lo constituye la idea de un documento en el cual se halla contenida la constitución, constituyendo una totalidad unitaria y acabada. Así como los contratos de cierta importancia suelen otorgarse en escritura pública y solemne, del mismo modo se pensó en la conveniencia de extender el pacto constitucional en documento público, con la firma de los legisladores como partes contratantes. De hecho, por influjo de las doctrinas del Derecho natural, se han dado casos de fundaciones de Estados en esa forma. Hasta hoy ha quedado la idea de la necesidad de una acta constitucional." Mientras tanto el profesor *Pallares*¹⁸ ahonda en la investigación del tema y nos expresa: "La constitución es ante todo una ley, esto es, un mandato de autoridad legítima debidamente promulgado y sancionado. Pero ¿quién expide esa ley?, una autoridad de carácter excepcional. Esto sólo es cierto en países de Constitución rígida, como veremos más adelante, en los que el poder constituyente no existe de manera permanente, sino en circunstancias muy especiales y deriva su fuerza moral y política de factores sociales e históricos de índole diversa. Esa autoridad se llama Poder Constituyente y radica, la mayoría de veces, en un congreso constituyente, o en convenciones políticas, que dan a una nación la ley fundamental que la ha de regir. [...] No todas las leyes del Estado tienen la misma importancia, unas se refieren a asuntos de escaso interés y otras ponen en juego todos los intereses nacionales. La Constitu-

¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoría general del Estado*. Editorial arte y Fotografía. pág. 329 y ss. México 1983.

¹⁸ PALLARES, Eduardo Op. Cit., pág. 9.

ción es la ley fundamental: a) Porque es la que sirve de base a las demás leyes, de tal manera que éstas deben estar de acuerdo con los preceptos contenidos en aquella; b) Porque el imperio jurídico de que gozan las autoridades del país, deriva directamente de la Constitución. Ninguno de los poderes constitucionales debe obrar fuera de las atribuciones que esa ley le concede, y la fuerza jurídica de sus actos tiene como causa legal la propia Constitución. [...] c) Porque organiza políticamente a la nación, y fija los principios a que deben sujetarse los altos poderes públicos”.

Ahora bien, aceptando que la constitución desde esta óptica pueda ser considerada como la ley Fundamental de un país, corresponde entonces establecer cuál es el contenido de dicha Ley que la hace fundamental y diferente a las demás leyes, calificadas como ordinarias. En efecto el mismo autor mexicano¹⁹ indica que luego de ordenar y clasificar las disposiciones que contiene una constitución escrita, se encuentra que éstas pueden reducirse a tres preceptos relativos al Derecho social, también denominado en algunos países como Colombia, parte dogmática, que para el autor comentado se entiende como la parte relativa a los derechos que la constitución reconoce y otorga a la persona jurídica, comprendiendo en esta designación, a los particulares, a las corporaciones, al individuo y al ciudadano. El derecho social está constituido por los llamados derechos del hombre, garantías individuales, derechos, obligaciones y prerrogativas del ciudadano. [...] este derecho social se manifiesta de dos maneras: una positiva, en tanto que concede derechos, otorga facultades a la persona jurídica, y otra negativa, en tanto que pone límites a la acción del Estado, y le prohíbe actuar en cierta forma...”; el segundo de los grupos de preceptos es aquel en virtud del cual la constitución organiza los altos poderes públicos, o también conocido en otros pensamientos jurídicos como la parte orgánica de la constitución, en ésta, señala *Pallares*, se encuentran las normas que establecen la formación, organización y funcionamiento de los altos

poderes públicos: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Claro está que por ser la constitución una ley básica no ha de referirse sino a las autoridades superiores del Estado, y no ha de comprender en sus preceptos, sino los principios esenciales a la organización y funcionamiento de esos poderes. Y finalmente se encuentra el grupo de preceptos que contiene el sistema de sanciones, responsabilidades oficiales, reforma de la constitución y preceptos diversos explicado así por el pre-mencionado profesor en la misma obra: “... La ley constitucional para tener mayor eficacia, debe organizar un sistema de sanciones y responsabilidades, que vigoricen los preceptos sustantivos de la misma e impidan que sean violados impunemente. De allí que la mayor parte de las constituciones del mundo, establezcan recursos especiales, sea de carácter político o jurídico, que se conceden contra las violaciones de la ley Constitucional”. Esto es, en pocas líneas y de manera usual, como se divide el documento que contiene la constitución de un Estado. Es decir desde la óptica formal esta disposición jurídica tiene un diseño y estructura propia, que por su contenido la diferencian de las demás leyes que componen el ordenamiento jurídico de un país y le permiten ser objeto de estudio y aplicación dentro de un marco de relación jerárquica en el que esta norma está llamada a ocupar la cúspide.

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN: CONSTRUCCIÓN DE UN CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN CONSECUENTE CON LA CULTURA JURÍDICA MODERNA.

Luego de analizar los anteriores acápites de este trabajo, podemos decir entonces que los elementos: Estructura, Contenido y Función de la constitución, a los que hacíamos referencia en los inicios de esta labor académica como indispensables para la construcción de un concepto de constitución, confluyen para poder cumplir su fin, por lo cual es dable soste-

¹⁹ *Ibid*, pág. 11.

ner que desde el primero de ellos, la Estructura, formada por el preámbulo (compuesto de los valores e intenciones que motivan la creación del texto constitucional), parte dogmática (serie de derechos fundamentales que garantiza la organización jurídico – política formada), parte orgánica (en la que se diseña el aparato estatal a través de la creación y regulación de las instituciones sobre las que se fundará principalmente el Estado) y parte de reforma (es decir aquella en la que se establece el procedimiento para la modificación de la ley fundamental), se perfila ya el segundo elemento: el Contenido, que no es otra cosa que el conjunto de normas que reconocen las garantías individuales y colectivas de los coasociados, organizan el Estado creando sus principales instituciones, fijando sus competencias y regulando los procedimientos para la adopción de sus decisiones, con una Función (tercer elemento): establecer el marco mínimo de condiciones para garantizar el desarrollo del hombre en sociedad, y disponer que el órgano formado por el pueblo – Estado- debe cumplir con los fines de: “Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, y asegurar la convivencia pacífica de los ciudadanos y la vigencia de un orden justo, en procura siempre de asegurar el cumplimiento de los deberes propios del poder público y de los particulares”²⁰.

Ahora bien, si pretendemos formar un concepto de constitución recogiendo los tres elementos premencionados, debemos básicamente decir que la constitución hoy es: un documento jurídico que recoge la voluntad del poder constituyente, considerado como la ley fundamental del Estado y la fuente de legitimidad del poder constituido, en el que a través de sus preceptos se consagran los derechos fundamentales, garantías, y deberes de los ciudadanos, se organiza el Estado mediante la creación y regulación de las instituciones más importantes que lo componen y el establecimiento de los procedimientos que éstas deben adoptar para la toma de sus decisiones, en aras de garantizar a hombres y mujeres su libertad, igualdad, y procurar su solidaridad, como medio para alcanzar la dignidad humana.

Desde luego, este sencillo concepto no es más que una invitación personal a la reflexión iusfilosófica sobre este tema profundo y apasionante de Derecho constitucional, que incita a continuar su estudio habida cuenta de la trascendencia política y social que genera, es el deseo de avanzar en el conocimiento para lograr una posición seria y sustentada que nos permita emprender la labor de la defensa y promoción de los derechos fundamentales en busca del desarrollo efectivo del principio según el cual: *Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*²¹.

²⁰ Véase Constitución Política de Colombia. Artículo 1º.-

²¹ Véase Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 1. Organización de las Naciones Unidas. 1948.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política de Colombia.
- Constitución Política Española
- CONSTANT, Benjamín. De la libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos. Ensayo pronunciado en el Ateneo de París. Febrero de 1819.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Organización de las Naciones Unidas. 1948.
- Diccionario Pequeño Larrousse ilustrado. Editorial Printer Colombiana S.A. Bogotá – Colombia. 1993.
- GARCÍA PELAYO, M. derecho Constitucional Comparado. Editorial Madrid.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. El constitucionalismo, proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional. Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid 2003.
- KELSEN, Hans. Teoría general del Estado. Editorial arte y Fotografía. México 1983.
- LASSALLE, Ferdinand. ¿Qué es una Constitución? Ariel Derecho. Barcelona 2001.
- MORTATI, Constantino. La Constitución en Sentido Material. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid 1997.
- PALLARES, Eduardo. ¿Qué es una Constitución? Distribuciones Fontamara. México 1997.
- STUART MILL, John. Ensayo sobre la libertad. Alianza Editorial No. 273, Madrid, 1970, 207 p.
- WHEARE K.C., Las Constituciones modernas. Barcelona, 1974.