

Capítulo quinto	
LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN	65
I. Teoría de la Constitución	65
II. La Constitución política como realidad social.	71
III. La constitución jurídica del Estado como fuente principal del derecho constitucional	72
IV. La Constitución escrita. La técnica constitucional	76
V. Clasificación de las Constituciones.	78
VI. Constitución, poder y control. Supremacía de la Constitución	83
VII. Constitución y reforma. Mutación constitucional	84

CAPÍTULO QUINTO

LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

I. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

El orden jurídico constituye una totalidad, un conjunto general de normas y, por lo tanto, cualquiera de sus partes no tiene sentido aisladamente; lo tiene sólo en función de estar relacionada con las demás. Según Somló,⁵³ el sentido de pertenencia de una norma al sistema jurídico la convierte a ésta en jurídica. En concordancia con lo afirmado, Richard Schmidt⁵⁴ dice que los preceptos jurídicos individuales rigen y obligan únicamente en relación mediata o inmediata con las demás normas del sistema que lo determinan, limitan o complementan. Aisladamente, no tienen significación alguna.

1. *El derecho constitucional en el orden jurídico y en la organización estatal: su función*

Para conceptualizar el derecho constitucional hay que partir del orden jurídico. Las normas que componen este ordenamiento jurídico pueden clasificarse, al menos, en dos especies:

- a) Normas de conducta, es decir, aquellas cuyo contenido establece qué comportamientos deben seguir los destinatarios en sus relaciones con los demás, qué les está permitido y lo que les está prohibido. En conclusión, son aquellas que establecen una conducta típicamente exigible.

⁵³ Somló, F., *Juristische Grundel*, Leipzig.

⁵⁴ Schmidt, Richard, *Verfassungslehre*, cit., Pérez Serrano, N., *Tratado de derecho político*, Civitas, 1984, p. 261.

- b) Normas de organización. Siguiendo a W. Burckhardt⁵⁵ tales normas son los preceptos que determinan lo que es derecho en lo fundamental... Estas normas hacen alusión a aquel conjunto de preceptos básicos que caracterizan y conforman el Estado.

No hay duda que tanto unas normas como las otras integran el ordenamiento jurídico y están interrelacionadas de tal modo que no es posible la existencia de normas de conducta sin normas de organización, ni estas últimas sin las primeras. Su distinción no ofrece dificultades y, para definir derecho constitucional, son relevantes las de organización.

Podría afirmarse entonces, en una primera aproximación al concepto, que el derecho constitucional es aquel conjunto de normas que tienen por objeto señalar lo que es derecho fundamental en un sistema, y ordenar las competencias supremas de un Estado.

2. El derecho constitucional como parte del derecho público

Considerando lo afirmado, en el sentido de que el ordenamiento jurídico implica una estrecha interrelación de normas, vinculadas e interdependientes, esto dificulta en cierto modo su distinción o clasificación en distintas ramas del derecho. Hay autores que sostienen que las mismas son innecesarias, ya que cualquier actuación jurídica, sea tanto de un particular o de una autoridad, supone la aplicación de una pluralidad de normas muy distintas. En este sentido, hay normas que resultan inmediatamente aplicables a un caso como, por ejemplo, las penales frente a la comisión de un delito, también las de orden procesal, y las que regulan las atribuciones de las autoridades competentes.

Estas normas sólo serán consideradas válidas en el ordenamiento si además han sido creadas de acuerdo con otras normas que regulan el procedimiento de formación y sanción de las leyes y, a su vez, si quienes participaron en su dictado fueron elegidos de acuerdo con un conjunto de reglas que regulan el procedimiento electoral.

Podríamos continuar vinculando normas, aunque creemos que es suficiente este ejemplo para comprender su evidente y necesaria interrelación. No obstante ello, la doctrina ha dividido al derecho en distintas disciplinas con un criterio eminentemente práctico, a fin de su mejor comprensión.

⁵⁵ Burckhardt, W., *Organización del Estado*, Madrid, 1968, p. 130.

En efecto, es tradicional en la práctica académica la distinción entre derecho público y derecho privado y, haciendo la salvedad de que esta diferenciación es relativa, podemos decir que es relevante para comprender el significado del derecho constitucional.

Así, derecho público es el que atañe al gobierno de la República, privado el que vela por los intereses particulares, pues hay cosas de utilidad pública y otras de interés privado, dice textualmente Ulpiano cuando define ambos derechos.

Las normas del derecho privado son aquellas cuyo contenido regula la conducta entre particulares, puesto que los intereses involucrados en esa relación sólo les atañen a ellos mismos. Esto tiene como consecuencia el máximo de autonomía de la voluntad y, por lo tanto, las partes pueden elegir libremente regir su conducta por normas propias dejando de lado las normas de derecho privado. El principio de la igualdad rige en toda su dimensión, ya que su vigencia garantiza la equidad en los acuerdos.

El derecho público, por otro lado, tiene un contenido obligatorio y por ello, sus destinatarios carecen de la facultad de decidir si aplicarlo o no. Deben someterse a él, y la razón es que está en juego el interés común. Son normas cuyo contenido persiguen un interés colectivo. Así, se califican de normas de derecho público las que establecen condiciones mínimas de libertad, salud, defensa y seguridad, entre otras. Cuando los sujetos de la relación jurídica son los poderes públicos y los individuos, generalmente no existe el principio de igualdad sino el de desigualdad, ya que en atención al interés general las normas del sistema reconocen una situación preeminente a los poderes públicos, como es el caso de algunas normas administrativas.

Por otro lado, la esfera de ambos derechos, público y privado, no está circunscripta, encerrada dentro de límites fijos e inmutables, al contrario, suele extenderse y reducirse, según las concepciones vigentes en los distintos periodos históricos. La doctrina liberal clásica impuso un claro predominio de la autonomía privada respecto del Estado y de los demás entes públicos. Posteriormente, una corriente opuesta preconizó el ensanchamiento del papel del Estado interviniendo en el ámbito económico y social y, por lo tanto, introduciendo en el derecho público instituciones que antes estaban fuera de él.

En la actualidad, las normas de derecho público revisten una notoria importancia a tal punto de hablarse de la publicación de la vida jurídica. El ciudadano actual interactúa constantemente con el poder público so-

bre todo en la relación administrado-administrador, en donde este último es garante del bien común.

El derecho constitucional, junto con otras disciplinas jurídicas como el derecho administrativo, penal y procesal forman parte del derecho público.

3. *El derecho constitucional y su aparición en la historia*

Como disciplina jurídica autónoma y sistemática, el derecho constitucional aparece entrado el siglo XIX. Esto no significa afirmar que, con anterioridad a este siglo, los sistemas jurídicos no tuvieran normas de contenido constitucional, ni que la doctrina no hubiera reparado en las características de esas normas. Así, por ejemplo, Aristóteles⁵⁶ dice: “La Constitución política o gobierno es la organización, el orden establecido entre los habitantes de la *polis*”. En la Edad Media, podemos apreciar una serie de principios, resoluciones judiciales y normas que tenían como finalidad reglar las conductas de los tribunales, el rey, el emperador y los parlamentos, lo que constituye claramente la regulación de los poderes públicos. Se ha llamado a esto *el constitucionalismo medieval* aunque, en rigor de verdad, tales normas no pueden calificarse como de derecho constitucional. En el Estado moderno debemos destacar dos hechos relevantes:

- 1) La consideración de las leyes fundamentales frente al orden jurídico total, motivo de reflexión y estudio por los tratadistas y por la polémica política; y
- 2) La preocupación por el estudio de un orden particularizado de normas que constituyen el fundamento de la organización del Estado.

Con motivo de las fricciones políticas entre el rey y el Parlamento, en Inglaterra comenzó a utilizarse la expresión *fundamental law*. Enrique VIII lo usó para afirmar sus derechos como rey absoluto. Cromwell distingue entre las leyes circunstanciales y las fundamentales. No obstante ello, se trata de principios imprecisos y no típicamente de normas.

Donde aparece el concepto de leyes fundamentales, en sentido moderno, es en Francia. Estas normas, por su objeto y su contenido, forman un

⁵⁶ Aristóteles, *La Política*, libro III, cap. I.

cuerpo específico, con caracteres propios. Las *Leges Imperii* se refieren al ejercicio y transmisión de la prerrogativa real y tienen carácter inmutable y, desde esta perspectiva, la dignidad real se ejerce en virtud de un orden objetivo. Jean Bodin, en *Los seis libros de la República*, se refiere a las *Leges imperii*, considerándolas una condición lógica para el ejercicio de la soberanía.⁵⁷

En el derecho positivo alemán, desde el siglo XVII se comienza a designar como “leyes fundamentales del Imperio” a una serie de capitulaciones y pactos celebrados entre los estamentos y el emperador como, por ejemplo, la Bula de Oro de 1356, el Concordato de Viena de 1448 y, posteriormente, las cláusulas de la Paz de Westfalia.

Por otra parte, como lo indicamos anteriormente, la preocupación por estudiar y sistematizar las normas cuya finalidad es organizar el Estado se manifiesta en la obra de Puffendorf de 1667, *De Statu Imperii Germanici*, donde expone que el conjunto de pactos, acuerdos y privilegios celebrados entre el soberano y los súbditos forman la Constitución del Imperio.

Lo que es verdaderamente decisivo en el origen de la normativa que se incluye usualmente en la categoría de derecho constitucional es la aparición de instrumentos como los de la Revolución inglesa, el *Bill of Rights* de 1689, los textos de la Declaración de la Independencia norteamericana de 1776, y la Constitución de 1787. También la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Todos estos instrumentos surgen con un objetivo fundamental, que es regular el ejercicio del poder público y los derechos de los ciudadanos. Había que limitar el régimen político de la monarquía absoluta, poner frenos a los poderes del rey concibiendo el principio de que la acción del Estado no tendría su fundamento en la voluntad del monarca, sino en las normas jurídicas.

Por ello, el constitucionalismo moderno del siglo XVIII presenta como rasgo distintivo la afirmación de la libertad del individuo, el reconocimiento de ciertos derechos a los que el individuo no puede renunciar, y la institucionalización del poder.

Aunque será objeto de estudio más adelante, es necesario señalar que el constitucionalismo difiere de ciertas doctrinas como el anarquismo y el marxismo, en que éstas teniendo como finalidad lograr la libertad del individuo, pretenden lograrlo a través de la desaparición del Estado. El cons-

⁵⁷ Bodin, J., *Los seis libros de la República*, cap. XI, CEC, 1991.

titucionalismo tiene como premisa básica el reconocimiento de la necesidad de una comunidad política.

4. *El contenido material del derecho constitucional*

El carácter fundamental del ordenamiento normativo constitucional, el núcleo central de la disciplina, es regular el conjunto de materias relacionadas con la libertad del individuo y con el ejercicio del poder. Es resolver, lo que Ekmekdjian⁵⁸ explica gráficamente: la tensión intrínseca entre el poder y la libertad. Por ello se destacan dos tipos de normas:

- a) Aquellas que reconocen derechos a los miembros del sistema, prerrogativas y potestades que son inalienables. Vale entonces recordar nuevamente que las cartas e instrumentos a los que hemos aludido: el *Bill of Rights* de 1689, la Declaración Francesa de 1789, la Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia de 1776, y las diez primeras enmiendas de la Constitución norteamericana constituyen declaraciones generales cuyo contenido central es asegurar la libertad del individuo.
- b) Las que institucionalizan el poder y lo organizan. Es fundamental comprender que el derecho constitucional moderno, cuando en aras de la protección de la libertad del individuo institucionaliza el poder, lo hace mediante la división de poderes. Supone, por lo tanto, no sólo su limitación sino también que el poder está sometido al derecho.

El ordenamiento normativo, en consecuencia, llevará adelante en este aspecto el diseño del sistema estableciendo los órganos fundamentales del Estado como el Poder Legislativo, Ejecutivo, Judicial, los órganos de control y las competencias de cada uno de ellos. En otras palabras, la distribución del poder.

Teniendo en cuenta los contenidos aludidos podemos definir al derecho constitucional, siguiendo a Luis López Guerra,⁵⁹ como el sistema

⁵⁸ Ekmekdjian, M., *Manual de la Constitución argentina*, Desalma, 1991, pp. 3 y 4.

⁵⁹ López Guerra, Luis, *Introducción al derecho constitucional*, Tirant lo Blanch, 1994, p. 18.

normativo que regula, por un lado, las posiciones jurídicas fundamentales de los individuos frente al Estado y, por el otro, la distribución del poder entre los principales órganos de éste. Todo ello, en garantía de la libertad del individuo en una comunidad política organizada. Estas normas, además, por su carácter fundamental y definidor tienen rango de superiores y las restantes normas del ordenamiento deben adecuarse a ellas.

II. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA COMO REALIDAD SOCIAL

Es necesario resaltar la importancia de la realidad social en la teoría de la Constitución. Para comprender esto debemos considerar la idea de organización de Heller,⁶⁰ para quien significa acción concreta de grupos e individuos para dar forma a la cooperación.

La situación política real en un sistema se renueva constantemente mediante actos de voluntad humana que implican cooperación, y el Estado aparece en su existencia y modo concreto al adquirir la realidad social, a través de la Constitución, ordenación y forma. Dicho en otras palabras, normalidad como normatividad y así, el autor citado precedentemente dice que el derecho constitucional inglés se formó por el mero hecho de hacerse conscientes determinadas reglas de previsión a las que se les reconoció valor positivo.

Lo importante entonces es la realidad social lo que significa que la Constitución no es sino inmanencia de las situaciones y estructuras sociales del presente. Ello lleva al legislador originario a obrar únicamente sobre el cuerpo social existente. Nada más inútil que la tarea de intentar diseñar un modelo constitucional divorciado de la realidad social, o intentar trasplantar una Constitución de un país a otro.

La conclusión, por lo tanto, es que la estructura política real de un Estado no es la creación normativa constitucional sino la conformación de la realidad social y si la normatividad (orden constitucional) quiere ser vigente ha de ser la “expresión y sistematización” de aquella realidad subyacente, conforme a García Pelayo.⁶¹

Esta concepción motivó ataques en contra del Estado liberal por parte de las corrientes socialistas atacando fundamentalmente la teoría

⁶⁰ Heller, H., *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 127.

⁶¹ García Pelayo, M., *Obras completas*, Madrid, CEC, 1991, pp. 247 y 248.

racional normativa de la Constitución. El argumento central afirma que dictar la norma fundamental significa legitimar una situación fáctica de desigualdad y además, contar con el valor y la fuerza del derecho (coacción) para asegurar la situación de poder social. Para remover tales obstáculos deberá entonces hacerse frente al orden jurídico establecido.

Vale en la presente cuestión destacar la opinión de Lassalle lo que, textualmente, dice: “Los problemas constitucionales no son primariamente problemas de derecho, sino de poder, la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en este país rigen, y las constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas mas que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social”⁶². Nino⁶³ repara en estas cuestiones, resaltando la conexidad entre el constitucionalismo y el contexto socio-estructural de un sistema y los condicionamientos y las consecuencias que ello acarrea, en el ámbito de la prescripción normativa.

III. LA CONSTITUCIÓN JURÍDICA DEL ESTADO COMO FUENTE PRINCIPAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Dentro del sistema de normas que conforman el derecho constitucional debemos identificar aquel texto único, de rango superior (super ley), codificado, integrado por normas sistematizadas e interrelacionadas, que tienen una fuerza vinculante y un procedimiento para su reforma de carácter especial.

Se trata de aquel conjunto de preceptos jurídicos fundamentales y supremos que se refieren a la estructura básica del Estado y que las demás normas jurídicas sólo tienen, respecto de él, una importancia subordinada y jurídicamente derivada.

El concepto Constitución ofrece una pluralidad de formulaciones. Para Burdeau,⁶⁴ la Constitución significa “el estatuto del poder”, teniendo una doble articulación.

Por un lado, la vinculación del poder con la idea del derecho imponiendo este último las directivas y exigencias para su ejercicio y Consti-

⁶² Lassalle, F., *¿Qué es una Constitución?*, Madrid, CEC, 1989.

⁶³ Nino, C., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, 1992.

⁶⁴ Burdeau, G., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Madrid, Editora Nacional, 1981.

tución. De esta forma, el poder político se convierte en una institución estatal y el Estado, entonces, ejerce un poder que encuentra su fundamento y fines en el derecho que regula las relaciones entre gobernantes y gobernados, de acuerdo con supuestos legítimos para su ejercicio.

Por otro lado, la consideración de que la Constitución es el estatuto con arreglo al cual los gobernantes ejercen el poder y es, su función primordial, convertir a éstos en sólo agentes de su ejercicio, privándolos de su propiedad.

En tal sentido, Duverger⁶⁵ afirma que: “las disposiciones de la Constitución se imponen a todos los gobernantes que no pueden modificarla, sino que tienen que conformarse a ella; esta conformidad se realiza mediante órganos especiales que pueden hacer fracasar las decisiones de los gobernantes contrarias a la Constitución...”; “Generalmente, una parte de las Constituciones escritas contiene una enumeración de los derechos y libertades reconocidas a los ciudadanos”.

Otros autores, como Kaufmann,⁶⁶ desvalorizan la noción de Constitución desde el punto de vista de la norma jurídico-positiva, y afirman que la Constitución propiamente dicha no es un texto escrito sino “las fuerzas reales, sociológicamente dadas” que son las verdaderas creadoras y transformadoras del marco establecido por el derecho constitucional.

La Constitución, en palabras de Alberdi, constituye la carta de navegación para dirigir los destinos del país. En ella se reconocen una serie de valores, principios y procedimientos que, en garantía de los que forman el sistema, establecen las reglas de juego básicas para el funcionamiento de la sociedad.

Respecto del contenido de las Constituciones, no existe un modelo universal. De hecho, puede incluirse todo dentro de este texto, desde la división de poderes, la competencia y limitaciones del titular del Poder Ejecutivo, los principios que deberán regir en la política económica hasta los límites máximos de inflación que puede sufrir un Estado (Constitución de Brasil). Este tema se relaciona con la técnica constitucional que más adelante veremos.

La doctrina constitucional mayoritaria señala, en principio, como nota común, los siguientes contenidos en las Constituciones, a saber:

⁶⁵ Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Ariel, 1970, p. 86 en adelante.

⁶⁶ Kaufmann, E., *Zur problematik des volkswillens*, cit. García Pelayo, *Obras completas*, CEC, p. 307.

- 1) Enunciación de los principios ideológicos, los objetivos y los valores fundamentales que presiden la finalidad constituyente. Se enmarca en estos contenidos, generalmente, la forma de Estado, la titularidad de la soberanía, la estructura territorial y los fines generales que se propone la comunidad política (preámbulo, ideario, etcétera).
- 2) Reconocimiento de un conjunto de declaraciones, derechos y garantías de todos los que forman el sistema, incluyéndose las personas (ciudadanos y extranjeros) y los grupos que forman el Estado.

Las Constituciones reconocen ciertos derechos fundamentales de rango superior, que no admiten limitación alguna, mientras que otros admiten ser reglamentados en virtud del desarrollo y evolución de la sociedad (caso del derecho de propiedad). También se establecen derechos colectivos que corresponden a ciertos grupos sociales, étnicos o culturales.

- 3) Institucionalización del poder, creando órganos y asignándole a cada uno de ellos una competencia definida. También se establece la relación recíproca entre los distintos órganos, entre éstos y las personas integrantes del sistema.

Se hace referencia a los tres poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, su composición, organización, competencia y funciones. En cuanto al Poder Legislativo, se arbitra de forma especial el procedimiento de formación y sanción de las leyes. Algunas Constituciones también establecen los órganos de control de la actividad pública y del gobierno.

- 4) Establecimiento de la distribución territorial del poder del Estado. Así, su conformación podrá ser confederal, Federal o unitaria (centralizada).
- 5) Proclamación de ciertos principios programáticos que condicionan u orientan la acción futura del Estado, o proponen líneas directrices de acción cuando se logren determinados objetivos.

Tales principios constituyen normas de carácter programático que no son de inmediata aplicabilidad, ni exigibles, por parte de los miembros del sistema, ante el Poder Judicial. Su vigencia o realización depende de otros factores o metas que debe lograr el Estado.

A modo de ejemplo podemos citar a la Constitución italiana que, en su artículo 3o., asigna al Estado la misión de: “remover los obstáculos de orden económico y social que, al limitar de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”. También el artículo 118 de la Constitución argentina, al referirse al establecimiento de juicios por jurados.

6) Regulación del procedimiento de reforma de la Constitución.

Dado que la Constitución es la ley fundamental del Estado, que deriva del ejercicio del poder constituyente, y que este poder, a su vez, emerge de la soberanía del pueblo, su reforma podrá hacerse si se cumplen determinados requisitos formales. De la articulación de tal procedimiento resultará si la ley fundamental podrá calificarse de flexible o rígida.

La doctrina ha distinguido entre la parte orgánica y la parte dogmática de la Constitución, haciendo alusión a que la primera trata sobre el conjunto de derechos, valores, principios y garantías que se declaran y reconocen como fundamentales en el sistema, y la segunda se refiere al poder y su institucionalización.

Lo deseable en un sistema político es que su Constitución tenga el máximo de vigencia y efectividad de manera tal que todos sus destinatarios ajusten su conducta a ella. Si, por el contrario, esto no se cumple y la conducta general de la comunidad no es acorde con los principios, valores y procedimientos que ella establece, estaríamos frente a lo que Lassalle denomina “una mera hoja de papel”.

Esto se relaciona con la noción de los sentidos mínimo y pleno de la expresión *constitucionalismo*. Cuando las normas que se dictan en un sistema satisfacen los contenidos estipulados en la ley suprema estamos frente al constitucionalismo pleno.

El paradigma de tal situación puede encontrarse en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 cuando dice: “Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución”.

El sentido mínimo del constitucionalismo se define por la exigencia de una Constitución en el vértice superior del ordenamiento normativo. No hay, pues, otra requisitoria que la existencia formal de una norma bá-

sica que, con categoría de ley suprema, defina la organización del sistema careciendo de toda relevancia su eficacia y vigencia.

IV. LA CONSTITUCIÓN ESCRITA. LA TÉCNICA CONSTITUCIONAL

Si bien más adelante hablaremos sobre la clasificación de las Constituciones, es necesario señalar que, en la realidad constitucional, existen excepcionalmente sistemas que pueden considerarse que no tienen un texto único, codificado. Entre ellos el ejemplo más claro lo constituye el ordenamiento británico; no obstante, se reconocen en este sistema ciertos preceptos que integran las denominadas *Constitutional Law*.

La idea de un texto escrito, codificado, de una Constitución en sentido formal, tiene su fundamento teórico en el contractualismo ius naturalista de los siglos XVII y XVIII, principalmente a través de las obras de Puffendorf, Locke y Rousseau. La consideración de que la legitimación de un sistema surge a partir de la participación de todos los miembros de la comunidad en la elaboración de las normas que regirán sus conductas, es la idea central.

En la Edad Media, no obstante, los distintos estamentos como el clero, la nobleza y la Iglesia firmaban con la autoridad real acuerdos escritos por medio de los cuales se establecían ciertas prerrogativas. Constituían documentos que regulaban materias específicas, cuestiones de la realidad política que debían ser respetadas por ambos contrayentes. El ejemplo clásico es la Carta Magna de 1215, compromiso entre los barones y el monarca Juan sin Tierra, que constituye el texto político más antiguo. Este documento adopta una forma definitiva en la magna carta de Enrique III, de febrero de 1225.

Durante el siglo XVII, el constitucionalismo tuvo diversas manifestaciones de institucionalización y, por lo tanto, documentos formales escritos como, por ejemplo, la *Petition of Rights* de 1628, que debió aceptar Carlos I, el *Agreement of the People* que el ejército de Cromwell presentó a la Cámara de los Comunes en 1647; el *Habeas Corpus Act*, que el Parlamento impuso al rey en 1679 y el *Bill of Rights* de 1689 en el que se consagró la superioridad de la ley sobre la voluntad del rey.

La idea de un documento formal, concebido como instrumento normativo, aparece ligado con el constitucionalismo moderno y podemos si-

tuarlo en la segunda mitad del siglo XVIII con las revoluciones americana y francesa (Constitución de la Unión de 1787, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, Constituciones francesas de 1791, 1793 y 1795). No obstante, la realidad histórica nos demuestra que no existe un origen único, preciso, de lugar y fecha del constitucionalismo.

A lo largo del siglo XIX se dictaron las Constituciones de Cádiz (1812), de Suecia (1809), de Noruega (1814), de Grecia (1827) y de Bélgica (1837) y las latinoamericanas de Costa Rica (1821), El Salvador (1824), Bolivia (1826), Ecuador (1830), Chile (1833), Argentina (1853-60), México (1857), Colombia (1886) y de Paraguay (1870), entre otras.

Con posterioridad, la Primera Guerra Mundial (1914-1918) y recibiendo el influjo del constitucionalismo social, es decir, el ensanchamiento del conjunto de derechos a las cartas fundamentales al que se les sumaba los derechos sociales, aparecen las Constituciones de México de 1917, de Weimar de 1919, de Austria de 1920 y de la República Española de 1931.

No hay duda que se impone y está íntimamente relacionada con el constitucionalismo la idea de la Constitución como documento escrito, codificado y sistematizado, imbuido de la concepción racional-normativa principalmente. Sin embargo, aparece un proceso al que se le conoce como de desconstitucionalización del Estado, como reacción a los modelos imperantes de la época; por ejemplo, Rusia a partir de 1918.

Luego de la Segunda Guerra Mundial fueron dictadas las Constituciones de Francia de 1946 y 1948 (cuarta y quinta repúblicas), de Italia de 1947, de Alemania de 1949, y reformadas muchas más, incluidas varias latinoamericanas.

Como técnicas del constitucionalismo se ha dado en llamar a los procedimientos, herramientas metodológicas o líneas directrices que deben tenerse en cuenta a la hora de establecer o cambiar un modelo constitucional. Va de suyo que el enfoque se hace desde el concepto de Constitución como instrumento normativo-jurídico supremo de un Estado, esencialmente escrito. Entre estas técnicas se puede mencionar las siguientes:

- a) Supremacía de la Constitución frente a todas las normas del ordenamiento jurídico.
- b) Declaración de derechos y garantías individuales y colectivos, como integrantes de la parte dogmática de la Constitución.
- c) Institucionalización del poder, división de poderes y atribución de competencias, funciones y relaciones entre ellos.

- d) Legalidad administrativa.
- e) Independencia del Poder Judicial.
- f) Control de la actividad de los órganos estatales.
- g) Procedimiento de elección popular para el acceso a los cargos de poder del sistema.
- h) Defensor del pueblo.

V. CLASIFICACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES

Las clasificaciones que se enuncian no agotan todas las posibles y, lejos de ello, sólo tienen fines didácticos. Para algunos autores, tales enumeraciones tradicionales son imprecisas y ayudan poco a la comprensión fundamental de lo que son. Más conveniente sería, según postulan, estudiar el proceso histórico en que aparecen en cada sociedad concreta, para así comprender su eficacia y cumplimiento de sus fines.

No obstante ello, y creyendo que las mismas arrojan cierta claridad al tema, las Constituciones se pueden clasificar en:

- a) Formales, codificadas o escritas: hacen referencia a un conjunto de presupuestos o normas relacionados entre sí que forman un cuerpo único sistematizado.
- b) Dispersas o no escritas: se trata de aquel conjunto de normas que, teniendo contenido constitucional, no están reunidas en un cuerpo único y, por lo tanto, se encuentran dispersas en el ordenamiento normativo, o simplemente no están escritas.
- c) Rígidas: la rigidez de la ley fundamental se manifiesta cuando establece un mecanismo propio, particular para su reforma, diferente al procedimiento de la legislación común. Entre estos requisitos podemos enunciar, a título de ejemplo, un procedimiento especial para declarar la necesidad de la reforma, un *quorum* agravado para legitimar tal decisión, sea por ley o por acto político, o un órgano especial para llevarla a cabo.

También es posible que estos requisitos se combinen o se exijan todos ellos. Según Bidart Campos⁶⁷ estamos frente a una rigidez orgánica cuando la ley fundamental exige un procedimiento y un órgano especial

⁶⁷ Bidart Campos, G., *Tratado de derecho constitucional*, cap. I, Ediar.

para llevarla a cabo y frente a una rigidez formal cuando la exigencia es sólo de procedimiento.

- d) Flexibles: calificaremos de tal a aquella Constitución que no prevea un mecanismo específico de reforma y le sea aplicable, el trámite ordinario o normal de las demás normas del sistema. En este caso, se dice que no hay distinción entre poder constituyente y poder constituido.
- e) Formales: son aquellas Constituciones a las que, para calificarlas de tales, se tiene en cuenta sólo su carácter normativo. Es decir, que constituyen un instrumento, una ley, con jerarquía superior por ser originada en el ejercicio del poder constituyente, escrita y codificada.
- f) Materiales: prescindiendo del carácter normativo formal, se considera Constitución material a aquel conjunto de normas que tiene vigencia sociológica, actualidad y positividad.
- g) Otorgadas, pactadas e impuestas: siguiendo Bidart Campos, las primeras hacen referencia a que son concedidas de forma unilateral por un órgano que detenta el poder; las segundas, cuando surgen de un acuerdo entre la comunidad y los órganos del Estado; y, finalmente, las últimas cuando habiendo surgido por un procedimiento formal, emanan del poder constituyente radicado en el pueblo.

Es necesario resaltar la clasificación de las Constituciones que hace Loewenstein,⁶⁸ considerando que las anteriores no resultan útiles ni eficaces por haber cambiado decisivamente la significación de Constitución. Para enunciarla afirma que, en su origen, tal norma constituyó un instrumento eficaz para poner límites al ejercicio del poder, reglando sus atribuciones y estableciendo una serie de derechos individuales de carácter inalienable. Sin embargo, esto no significa *ipso facto* que en la realidad tales preceptos se cumplan. Lejos de ello, en muchos Estados se han dictado pulidos documentos constitucionales que no cumplían función alguna en el sistema ya que el divorcio con la realidad era manifiesto. Cita como ejemplo, en el siglo XX, a los países de Iberomérica.

Por tal motivo, postula como criterio clasificatorio el ontológico que hace referencia a la ciencia del ser o de la realidad. Por lo tanto, el análisis deberá basarse en la concordancia entre los preceptos constitucionales

⁶⁸ Loewenstein, K., *Teoría de la Constitución*, p. 169.

con el estado real de las cosas, con el actual proceso del poder de un Estado. En tal sentido, se pueden clasificar las Constituciones en:

1. Normativas: estamos frente a ellas, cuando el proceso del poder se adapta a las normas de la Constitución y se somete a ella. Existe entonces una efectiva vigencia de las normas y, el estado de las cosas de la realidad concuerda con lo que prescriben las normas. “...La Constitución es un traje que sienta bien y que se lleva realmente”. Estamos frente a un modelo donde la ley fundamental tiene una vigencia real y efectiva y todos los miembros del sistema y los órganos del Estado se atienen a lo que ella prescribe.
2. Nominales: pueden calificarse de tales aquellas normas que poseen una vigencia relativa y, por lo tanto, la realidad concuerda parcialmente con lo que prescriben las normas.

Esto significa que no hay una integración completa entre lo que establece el texto constitucional y el estado de las cosas producto de la dinámica o ejercicio del poder.

“Una Constitución es —según Sánchez Viamonte⁶⁹— un programa de gobierno...”.

3. Semánticas: son aquellas normas que constituyen “un simple pedazo de papel” sin vigencia alguna. Por lo tanto, hay un divorcio absoluto entre el estado de las cosas de la realidad y lo que prescribe la norma fundamental a tal punto que, de no existir la Constitución, el desarrollo fáctico del proceso del poder sería el mismo.

Otros criterios serían aquellos que las clasifican, según las formas de Estado, en unitarias o Federales; o, según las formas de gobierno, en monárquicas, republicanas, liberales, democráticas o socialistas.

1. *Clasificación según los tipos de Constituciones*

Esta modalidad de clasificación, denominada tipología de las Constituciones, nos permite agrupar los distintos conceptos de Constitución se-

⁶⁹ Sánchez Viamonte, C., *Los derechos del hombre y la Revolución francesa*, México, UAM, 1956.

gún determinados rasgos o caracteres definatorios que contenga la norma fundamental.

Estos rasgos o particularidades son los que posibilitan, en determinados contextos, aumentar o no la posibilidad de vigencia de la norma fundamental. También es posible que aparezcan combinados.

Así, la tipología de los conceptos de Constitución pueden clasificarse en:

1. Racional normativo: concibe a la Constitución como un sistema de normas, como un complejo normativo dictado de una sola vez en el que se reconocen derechos y establecen las funciones fundamentales del Estado, se regulan sus órganos, las relaciones entre ellos y el ámbito de sus competencias. Esta concepción afirma que es posible crear, de manera general y para siempre, a través de la razón, un esquema de organización que encierre toda la actividad del Estado y de los particulares que lo forman. Por otra parte, esta idea es propia del liberalismo basada en la creencia de que es posible racionalizar el acaecer político.

La ley posee una fuerza estructuradora y, por ello, disuelve todo lo que es meramente fáctico, todo lo que ha sido creado por la tradición, por la autoridad o por la revelación, y comienza posteriormente un trabajo de reconstrucción. Todo se subsume en la Constitución, la super ley. Así Tocqueville⁷⁰ en *La democracia en América* se pregunta: “¿de quién recibe el rey sus poderes? de la Constitución, ¿de quién los pares? de la Constitución, ¿de quién los diputados? de la Constitución...”.

Esta concepción lleva a la despersonalización de la soberanía, y a afirmar que la Constitución es soberana porque todos los poderes de mando lo son en virtud de ella. Kelsen,⁷¹ que sostiene que la soberanía es una propiedad del orden vigente, afirma que este atributo no deriva de ningún otro orden y, por lo tanto, radica en la Constitución.

Esta concepción ha tenido vigencia en el constitucionalismo desde finales del siglo XVIII y como crítica a ella podemos citar a Max Weber: “para que la explotación económica capitalista proceda racionalmente precisa confiar en que la justicia y la administración seguirán determina-

⁷⁰ Tocqueville, A. de, *La democracia en América*, trad. de C. R. Escobar, Madrid, 1911, p. 589.

⁷¹ Kelsen, H., *Teoría General del Estado*, libro II, cap. 4, Barcelona, Editorial Labor, 1934, p. 150.

das pautas...”, es decir un modelo, un sistema racionalizado basado en el cálculo más preciso posible.

2. Histórico-tradicional: frente al tipo anterior reacciona la ideología conservadora, basándose en la idea de considerar al pasado como un orden inmutable y que el presente sólo puede explicarse en función de un pasado. Del ser de ayer se extrae el deber ser del presente y del futuro. En cuanto a la Constitución (norma jurídico-positiva) no es el resultado de la razón, sino el resultado de una lenta transformación histórica que produce ese resultado. Para la creación de esta norma se combinan múltiples elementos, como los usos y costumbres formados lentamente, y los actos parciales reflejos de situaciones concretas, cuyos orígenes son imprecisos.

En tal sentido, es ejemplificadora la idea de Burke, quien dice que la Constitución es: “la herencia vinculada que nos ha sido legada por nuestros antepasados y que debe ser transmitida a nuestra posteridad con una propiedad que pertenece esencialmente al pueblo de este reino sin referencia a ningún derecho más general o anterior”.

Dentro de esta corriente historicista, cierta doctrina sostiene que la razón puede moldear la historia y, por lo tanto, es posible armonizar y planificar racionalmente el futuro desde la situación histórica. Como ejemplo, Croce⁷² defiende al historicismo completo que armoniza el historicismo por un lado, con el sentimiento de libertad y humanidad por el otro.

Postula, además, que la Constitución no necesita lógicamente ser en su totalidad escrita y reivindica a la costumbre que ha de tener un lugar preponderante en la teoría del derecho.

3. Sociológico: afirma que la Constitución no es una forma de deber ser (elaboración racional), ni tampoco es un producto del pasado, sino que es una forma de ser. De la historia no resulta la ley fundamental y lo que es relevante para el concepto es la situación social, las estructuras sociales de un sistema. Para gran parte de los autores del siglo XIX, estas estructuras se identifican con las situaciones económicas.

⁷² Croce, Benedetto, *La historia como hazaña de la libertad*, trad. de E. Diez Canedo, México, 1942.

Lo relevante para una Constitución es la realidad social subyacente y si esta norma quiere ser vigente deberá ser la expresión y sistematización de ella. Sismondi,⁷³ en esta línea argumental, define a la Constitución como: “la manera de existir de una sociedad, de un pueblo, de una nación” y, por ello, nada más variable que la teoría de las Constituciones.

VI. CONSTITUCIÓN, PODER Y CONTROL. SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

La regulación constitucional sería inútil si los poderes del Estado no estuvieran sometidos a ella. Y lo están porque la ley fundamental institucionaliza y ordena los poderes estableciendo sus competencias y su funcionamiento. La existencia de los poderes y sus atribuciones derivan de la ley fundamental.

Esto nos permite afirmar que la actividad legislativa, judicial y ejecutiva sólo será legítima cuando sea acorde a los preceptos de la Constitución. En cuanto al Poder Legislativo, éste es el encargado fundamentalmente de la producción normativa general del sistema y todas las normas que este órgano dicte deberán atenerse a la Constitución, no sólo en el contenido sino también en el procedimiento formal de elaboración que la misma ley fundamental contempla.

La supremacía surge, entonces, como una cuestión lógica. No obstante ello, los ordenamientos constitucionales prevén expresamente el principio de la supremacía de la Constitución. A título de ejemplo, la Constitución Nacional en el artículo 31 establece que: “Esta Constitución, las leyes de la nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la nación...” La Constitución española de 1978 dice, en el artículo 9o. punto 1, “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

En el sistema constitucional la idea de supremacía tiene diversas significaciones. Una de ellas es que la Constitución es una norma de jerarquía superior frente a las demás normas surgidas de los procedimientos ordinarios de creación de normas que el sistema jurídico establece.

Este rango superior implica que no podrán contradecir estas normas a la ley fundamental. Otra importante es que los poderes públicos están ha-

⁷³ Sismondi, S. de, *Estudios sobre la Constitución de los pueblos libres*, trad. de Serrano y Picón, p. 13.

bilitados a actuar en virtud de la Constitución que, a su vez, opera como límite a sus atribuciones, ya que sólo podrá calificarse de legítima aquella actuación de cualquier poder que respete o no transgreda los preceptos constitucionales.

Si cualquier poder se excediera en sus facultades tal actuación podrá declararse inconstitucional a través de la jurisdicción constitucional, remedio propio para corregir tal disfuncionalidad.

VII. CONSTITUCIÓN Y REFORMA. MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

Todas las Constituciones modernas prevén su procedimiento de reforma, cuestión lógica por otra parte, ya que no obstante tener la ley fundamental vocación de estabilidad y permanencia es razonable que contemple la posibilidad de reformarse cuando se den determinados supuestos.

En efecto, la necesidad puede aparecer porque han surgido cambios muy importantes en la realidad social o económica del sistema, porque se haya trazado un diseño institucional equivocado, o simplemente por preferencias populares. En realidad, puede haber múltiples razones que justifiquen una reforma, ahora bien sólo tendrán entidad suficiente estas razones cuando se cumpla la previsión constitucional del mecanismo que habilite a la misma.

Contemplar expresamente el procedimiento de reforma no sólo se justifica para aceptar los posibles cambios futuros en la sociedad o en el Estado, sino también para garantizar la continuidad jurídica. El ordenamiento constitucional, entonces, dispone un procedimiento formal para la reforma que garantiza su legitimidad y, por otra parte, permite la participación de todos los sectores involucrados.

En cuanto a quién debe llevar a cabo la reforma, las Constituciones en general encomiendan tal función a órganos especiales. Esto significa que le está vedada tal facultad al órgano legislativo (y lógicamente a los demás poderes), cuestión que es razonable porque, como ya hemos visto, han sido creados por la propia ley fundamental. Este órgano especial usa de tal facultad en ejercicio del poder constituyente, que originariamente reside en la comunidad.

Respecto del procedimiento para llevar a cabo la reforma, éste es, generalmente, distinto al ordinario de promulgación de las leyes y exige

una serie de requisitos que lo tipifican o caracterizan como de calificado o de mayor estrictez. De tal postulado se deriva la aludida rigidez de la Constitución.

Entre los requisitos o exigencias que pueden presentar los sistemas constitucionales, podemos señalar un mayor consenso o un consenso agravado para declarar la necesidad de la reforma en el cuerpo legislativo, o el establecimiento de un referéndum, o elecciones especiales. Debe buscarse siempre que tal reforma surja de un acuerdo de voluntades, el mayor posible entre todos los miembros del sistema, con un método, además, que garantice la participación de las minorías. De ser así, la legitimidad está asegurada.

La Constitución argentina, en su artículo 30, contempla el procedimiento de reforma y lo hace estableciendo un mecanismo exigente. Requiere por parte del Congreso la declaración de necesidad de la reforma, con un consenso agravado de las dos terceras partes de sus miembros, y que no se llevará a cabo sino por una convención convocada al efecto.

En cuanto a los contenidos a reformar, en principio puede decirse que no hay limitaciones, sin embargo algunas Constituciones como la italiana del 27 de diciembre de 1947 establece, en su artículo 139, que: “La forma republicana no puede ser objeto de revisión constitucional”. Otras Constituciones establecen para determinados contenidos requisitos tan exigentes que tornan casi imposible su modificación, y en doctrina también se habla de contenidos pétreos para hacer referencia a cláusulas irreformables, por constituir principios o valores de acendrada raigambre en la sociedad, que no deben alterarse en la norma fundamental.

La mutación constitucional, finalmente, hace referencia a la alteración de las normas constitucionales de hecho, es decir, sin que expresamente sean modificadas. Los supuestos que pueden producir tal cambio son la reinterpretación de las normas constitucionales o la inaplicabilidad de las mismas por tiempo prolongado.

En cuanto al primero, no es difícil que ocurra en los sistemas ya que, si bien es cierto que los conceptos incluidos en la norma fundamental tienen perdurabilidad y forman parte de una tradición histórica o social, la misma evolución del sistema puede llevar a que tal contenido pueda reinterpretarse. La vía natural es a través del Poder Judicial, por la jurisprudencia.

El segundo, también denominado *desuetudo*, es discutible porque aceptarla significaría contradecir el principio de la supremacía al que nos hemos referido.