

1983
c.1

EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA

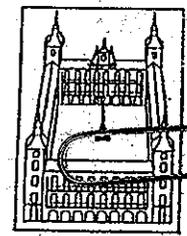
LA CONSTITUCION
COMO NORMA
Y
EL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

c. 25290

Dic. 94

c. J

005188



EDITORIAL CIVITAS, S. A.

del supuesto «programa» constitucional que ellas mismas serán nulas si contradicen los preceptos de la Constitución (artículos 161, apartados 1, a, y 164).

La explicación de todo este nuevo valor normativo de la Constitución nos exigirá remontarnos a algunas cuestiones de principio, lo que haremos en la medida indispensable para hacer posible esa explicación y permitirnos operar técnicamente con esa especie nueva de norma con que se encuentra ahora nuestro Derecho (ningún precedente histórico puede servirnos directamente), norma que es, además, la primera entre todas y la más relevante.

I.- La significación de la Constitución

Inicialmente la Constitución, cuando surge como un tipo de norma en Occidente a finales del siglo XVIII (sus dos grandes manifestaciones son las norteamericanas hasta llegar a la federal de 1787, aún vigente, y las que se suceden tras la Revolución Francesa), no es la norma que define en un instrumento único o codificado la estructura política superior de un Estado, sino, precisamente, la que lo hace desde unos determinados supuestos y con un determinado contenido. Esos supuestos radican en su origen popular o comunitario, en lo que claramente se expresa la doctrina del pacto social y su postulado básico de la autoorganización como fuente de legitimidad del poder y del Derecho; su contenido lo indica con toda precisión el famoso art. 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789: «Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución».

Este concepto tan preciso de Constitución va a sufrir, no obstante, en Europa continental un fuerte embate, por la derecha y por la izquierda. Por la derecha, es la obra de las Monarquías restauradas que suceden a la ruptura impuesta en todo el Continente por los Ejércitos de NAPOLEÓN. Estas Monarquías van a recoger de la idea constitucional únicamente lo que contiene de codificación formal del sistema político superior, así como, si acaso, alguno de sus contenidos menos peligrosos, de los que pasa a hacer simple retórica. Es así como los Monarcas «otorgan» Cartas Constitucionales, que tienen ya poco que ver con la primigenia idea de Constitución. Es la expresión del «principio monárquico» que, en materia constitucional, consagra para toda Alemania el famoso art. 47 del Acta final del Congreso de Viena y que

dominó también en toda la Europa restaurada. En una segunda fase querrán las Monarquías restablecer el concepto medieval de pacto entre la Corona y el pueblo, idea que entre nosotros tendrá aún su último representante en Cánovas, y que, como se comprende, coloca al Monarca en una situación propia pre- y supraconstitucional, puesto que lo consagra como co-poder constituyente.

El ataque por la izquierda al concepto originario de Constitución procede de la izquierda hegeliana y, finalmente, del marxismo en que ésta desemboca. Con resolución se intenta hacer la «reducción» de la norma constitucional formal a la estructura de poder real que la subyace y soporta y de la que aquella no sería más que un enmascaramiento convencional. La vía se inicia precozmente con el famoso discurso berlinés de 1862 de Ferdinand LASALLE, *Ueber Verfassungswesen*; la Constitución escrita sería una «mera hoja de papel» y lo que cuenta es la «Constitución real y efectiva» (*wirklichen Verfassung*), expresión de las relaciones fácticas de poder, normalmente silenciadas (para protegerlas de la pugna política) en el texto legal. MARX mismo, ya desde una concepción más general del Derecho como superestructura, y los marxistas posteriores, insistirán en posiciones análogas, hasta hoy mismo (desvalorizando, por ejemplo, las «libertades formales» y pretendiendo atender a las «reales», que una larga experiencia muestra no ser nada sin aquellas, como los ilustrados habían supuesto, con acierto).

Esos dos embates son decisivos, hasta el punto de que en Europa continental va a perderse, con alguna excepción, el sentido genuino de Constitución durante casi todo el siglo XIX (y en Alemania y Centroeuropa hasta 1919 y prácticamente hasta esta segunda postguerra, como también entre nosotros, tras el constitucionalismo originario presente en Cádiz, prácticamente hasta la nueva Constitución). La teoría jurídica reflejará ese hecho. La Constitución deja de ser una norma con un origen y un contenido determinados. En consecuencia directa, deja también de ser una norma invocable ante los Tribunales, y va a pasar a teorizarse, simplemente, como una mera exigencia lógica de la unidad del ordenamiento. El iuspublicismo alemán, elaborado bajo el sistema del principio monárquico, que culminará en Kelsen, por un lado;

Santi ROMANO por otro, operando dentro de un sistema político análogo, aunque con supuestos teóricos distintos, y con él el iuspublicismo italiano por él dominado hasta hoy mismo, teorizan una Constitución «en sentido material», distinguible de la «Ley constitucional» en sentido formal, como un condensado de las reglas superiores de la organización del que ésta vendría a derivar y que, a la vez, expresa la unidad del ordenamiento jurídico, bien se entienda éste como sistema internormativo, al modo kelseniano, bien como organización, según la concepción de ROMANO. Aun sin partir ni de la norma ni del ordenamiento, Carl SCHMITT viene a coincidir, en realidad, y no obstante la retórica con que presentó su disidencia, en una concepción no muy lejana, la de Constitución como decisión existencial que constituye en un único momento la forma y modo de la entidad política, concepto ante el cual también se relativiza el de «Ley constitucional».

Para unos y para otros, pues, como resultado de teorizar una análoga y determinada situación deficiente, la Constitución vendría a concretarse en una simple pieza lógico-sistémica presente en cualquier Estado, de cualquier época y de cualquier signo y contenido; de modo que la Constitución pasa a ser, pues, un concepto formal y abstracto hasta el extremo, positivista consecuentemente, puesto que es una pura realidad estructural de hecho, sean cuales sean los valores materiales que exprese. Esta concepción encuentra quizá su mejor expresión en el concepto de Carl SCHMITT: el Estado no tiene Constitución, es Constitución; todo y cualquier Estado, obviamente.

Hoy esa concepción nos resulta definitivamente inadmisibles. Hacer el centro de toda construcción jurídico política un concepto de Estado tan sumamente abstracto, que como HELLER observó certeramente, constituye un verdadero «fantasma del pensamiento», implica volatilizar los temas capitales de la organización política, y por de pronto los de la legitimidad del poder, su titularidad, su ejercicio y sus límites. El mismo HELLER notó en 1927 que resultaba «verdaderamente notable que nuestros constitucionalistas nada sepan decir de la proposición: el poder del Estado proviene del pueblo». Pero es aquí, justamente, donde debe radicarse toda la teoría de la Constitución.

La idea de la Constitución debe ser referida, para no volatilizarla en abstracciones descarnadas e inoperativas, a una corriente que viene de los siglos medievales, que se concreta a fines del siglo XVIII y en el XIX en el movimiento justamente llamado constitucional y que, tras la segunda guerra mundial y el trágico fracaso de los totalitarismos que en ella perecieron, ha vuelto a reanudar su mismo sentido específico, tanto para los países que entonces recuperaron sus Constituciones, como para aquéllos, como es nuestro caso, que se han reintegrado después a la misma corriente y para los demás que aún aspiran, legítimamente, a alcanzar ésta en el futuro.

Esa corriente se expresa inicialmente en pactos entre el Rey y el Reino en orden, precisamente, al ejercicio y a los límites del poder (sentido que tienen todos los instrumentos constitucionales ingleses hasta el *Bill of rights* de 1688, así como los de los demás países europeos, entre los cuales una buena parte de los que invocó MARTÍNEZ MARINA para justificar la raíz nacional de la Constitución de Cádiz, y —señaladamente— el proyecto comunero de «Ley Perpetua», estudiado más recientemente por MARAVALL), pero que va a adquirir un sesgo completamente nuevo por virtud de las doctrinas del pacto social, del iusnaturalismo puritano y de las doctrinas ilustradas a finales del siglo XVIII, con los dos focos ya indicados, norteamericano y francés.

Tras ese movimiento, lo que se entiende por Constitución (concepto que no han perdido nunca ni los constitucionalistas norteamericanos ni los suizos y que recuperaron tras el II Imperio —aunque con la limitación derivada del dogma de la soberanía parlamentaria— los constitucionalistas franceses y después de esta última guerra los alemanes) es muy claro: el pueblo decide por sí mismo (éste es el famoso comienzo de la Constitución americana: «*We, the people of the United States... do ordain and establish this Constitution*»: nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, ordenamos y establecemos esta Constitución): 1.º Establecer un orden político determinado, definido en su estructura básica y en su función; 2.º Pero, a la vez, en esa estructura ha de participar de manera predominante, si no exclusiva, el propio pueblo, de modo que los ejercientes del poder serán agentes y servido-

res del pueblo y no sus propietarios, y, por su parte, esas funciones han de definirse como limitadas, especialmente por la concreción de zonas exentas al poder, reservadas a la autonomía privada (libertades y derechos fundamentales). El poder ha de aparecer, pues, como una construcción de la sociedad o del pueblo, construcción en la cual éste se reserva zonas de libertad e instrumentos de participación y control efectivos, de modo que el poder no pueda pretender nunca ser superior a la sociedad, sino sólo su instrumento.

No es, por tanto, una Constitución un Acta otorgada por un soberano personal, ni la eventual imposición o hasta la aprobación por la comunidad de un *imperium* extraño (más sencillamente: sin ejercicio de lo que SIEYÈS llamó, tecnicando el *contrat social* rousseauiano, el «poder constituyente», situado en el pueblo, no hay Constitución), ni tampoco, en fin, un instrumento de estructura política básica que incluya la definición de unos poderes virtualmente absolutos o indeterminados, tanto por su extensión o duración como por no reconocer límites efectivos ni ámbitos de libre determinación y exención en favor de los ciudadanos. No será tampoco Constitución el instrumento legal que ordene la vida social como una concesión del Estado o que pretenda que en este se resuma necesariamente la vida personal o colectiva, como el nivel ético superior, según la concepción hegeliana hoy vivida por los regímenes del Este. Con razón, pues, según vemos, y con explicable pudor, las llamadas «Leyes Fundamentales» franquistas excusaron el nombre de Constitución.

En la Constitución como instrumento jurídico ha de expresarse, precisamente, el principio de la autodeterminación política comunitaria, que es presupuesto del carácter originario y no derivado de la Constitución, así como el principio de la limitación del poder. Ninguno de los dos, y por supuesto no el último, son accesorios, sino esenciales. Sigue siendo, pues, válido el concepto del antes transcrito art. 16 de la Declaración de Derechos de 1789, en el que únicamente cabría matizar hoy la relatividad del principio de división de los poderes como técnica operativa, sin perjuicio de su validez general en cuanto a sus principios y en cuanto a su finalidad, la limitación del poder de los imperantes, la garantía de la libertad.

El principio limitativo del poder y de definición de zonas exentas o de libertad individual es, en efecto, un principio esencial del constitucionalismo. Por una parte, porque la libertad es consustancial a la idea misma del poder como relación entre hombres; el concepto de un poder absoluto o ilimitado es intrínsecamente contradictorio, puesto que nadie puede estar sometido íntegramente a otro semejante sin negar su propia esencia humana, sin «cosificarse». Todo poder social es, y no puede dejar de ser, si ha de respetarse a los hombres sobre los que se ejerce, esencialmente limitado. Resulta, por ello, imprescindible que en el momento de fundar o constituirse un poder se defina su campo propio y, consecuentemente, sus límites. Pero, por otra parte, esa exigencia se robustece cuando la Constitución se presenta como una decisión del pueblo entero, como un «contrato social». ROUSSEAU observó, como es bien sabido, que se trata de «una forma de asociación que defiende y protege con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedece, sin embargo, más que a sí mismo». Por encima de explicaciones dogmáticas, está el hecho elemental de que la inmensa mayoría de quienes forman la comunidad decisora serán por fuerza de las cosas más sensibles a su situación como ciudadanos, y por tanto a sus derechos y libertades, que la que será propia de los órganos de gobierno y de las minorías llamadas a su eventual titularidad. De este modo, esta técnica aparentemente formal de la decisión colectiva ha resultado indisolublemente vinculada al pensamiento iusnaturalista material de unos derechos innatos o preestatales en el hombre, que no sólo al Estado cumple respetar sino también garantizar y hacer efectivos como primera de sus funciones.

El constitucionalismo nació como vehículo de esa concepción y hay que decir que continúa siéndolo. Sigue en el presente la tradición individualista europea de base religiosa que desconfía del Estado como posible fuente de transgresión de los derechos del hombre, y que por ello intenta limitarlo, frente a otras concepciones históricas, hoy reactualizadas en explicaciones totalitarias, para las cuales sólo el Estado es el dispensador de la libertad y de la felicidad. Sin embargo, la concepción de unos derechos fundamentales que aseguran el libre desenvolvimiento de los ciudadanos como personas

singulares y solidarias y que a la vez permiten la decisiva participación de los mismos en el funcionamiento y el control del sistema político se ha convertido hoy en un dogma universal, por más que no siempre, ni siquiera predominantemente, vaya seguido de consecuencias efectivas. Documentos solemnes internacionales (Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 10 de diciembre de 1948 y todos los Pactos y Convenios aplicativos y de desarrollo posteriores; Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos y Libertades fundamentales, de 1950; Declaración VII del Acta final de Helsinki, de 1975, etc.), religiosas (Encíclicas de la Iglesia Católica como la *Pacem in terris* de 1963, o la *Redemptor Hominis* de 1979, declaración *Gaudium et Spes* del Concilio Vaticano II; y, en general, de otras Iglesias y movimientos), culturales, etc., proclaman esta idea como la verdadera ética universal de nuestro tiempo, quizá el último residuo ético irreductible de una civilización más bien desmitificadora, si no nihilista. La Constitución es el primero de los instrumentos técnicos específicos al servicio de esos valores éticos sustantivos.

Pero, por otra parte, sobre la limitación del poder, que supone el establecimiento de un sistema de competencias delimitadas y de normas de ejercicio correlativas, y sobre la libertad de los ciudadanos, que permite a éstos fundamentar verdaderos derechos frente a la organización, va a establecerse todo el Derecho Público contemporáneo, que se presenta así como un hijo inmediato y directo del constitucionalismo.

Fuera de ese contenido, las Constituciones podrán llamarse tales, pero lo serán sólo en un sentido nominalista o semántico (LOEWENSTEIN).

La Constitución española de 1978 responde a este significado general de la Constitución, enlazando, por encima de un largo período en que ese significado ha estado apenas latente, con la primera de nuestras Constituciones, la de Cádiz de 1812. El autor de la Constitución es ahora «La Nación española... en uso de su soberanía», según proclama su preámbulo y así lo acredita su proceso de formación y apro-

Batista, para quedar desde entonces sometida a la dictadura, apoyada por un partido único de ideología totalitaria que ejerce Fidel Castro con el apoyo soviético hasta el colapso de ese imperio en 1989 y en pugna con los Estados Unidos, da origen a problemas e inquietudes que se proyectan sobre todo el continente.

Bernardino Bravo, en minuciosa investigación, ha demostrado hasta qué punto han sido numerosos los documentos constitucionales que se han ido aprobando en los países iberoamericanos, nos remitimos a su trabajo, cuyo conocimiento es de gran provecho: *El Estado constitucional en Iberoamérica* (Escuela Libre de Derecho, México, 1992, 229 págs.).

TEORIA DE LA CONSTITUCION

1. CONCEPTO Y CONTENIDO

41. Si se consulta, por ejemplo, el Diccionario de la Real Academia Española (ed. 1994) se constata que el vocablo "constitución" tiene numerosos significados, que para posterior referencia ordenamos:

a) "Acción y efecto de constituir", y este verbo es "formar, componer, ser", "establecer, erigir, fundar", "asignar, otorgar, dotar a alguien o algo de una nueva posición o condición".

b) "Esencia y calidades de una cosa que la constituyen como es y la diferencian de las demás".

c) "Forma o sistema de gobierno que tiene cada Estado".

d) "Ley fundamental de la organización de un Estado".

e) "Estado actual y circunstancias de una determinada colectividad".

f) "Cada una de las ordenanzas o estatutos con que se gobierna una corporación".

Esas diversas acepciones revelan la amplitud de significado de lo constitucional, desde que comprende en su expresión general toda cosa, individuo o colectividad, todo cuerpo de cualquiera índole, y considera sus caracteres esenciales, es decir, aquellos que lo distinguen de cualquier otro cuerpo o cosa.

Cuando se expone la Teoría de la Constitución en una obra como ésta se trata de la Constitución Política y se usa el vocablo en las acepciones indicadas en las letras c) y d), o sea, "forma de gobierno que tiene cada Estado" y "ley fundamental de la organización del Estado".

Las dos acepciones recién señaladas se refieren precisamente a la constitución *política*, porque este adjetivo indica lo perteneciente o relativo a la política, "arte, doctrina u opinión referente al gobierno del Estado", y "actividad de los que rigen o aspiran a regir los asuntos públicos".

Ley fundamental de la organización del Estado, de la forma de su gobierno, de la actividad que rige los asuntos públicos, es, según el significado de sus términos, la constitución política:

Ley, norma fija e invariable;

Fundamental, vale decir, principal, o sea, principio, base o cimiento sobre el que las demás leyes descansan;

De la organización, o sea, relativa al establecimiento o reforma de las reglas que sujetan el número, orden, armonía o dependencia de las diversas partes;

Del Estado, de la sociedad en que se persigue la obtención del bien común de las personas y grupos que la integran.

Al considerar el Estado se analizan los distintos elementos que lo componen y uno de los más sustanciales es el ordenamiento jurídico que existe en él, el conjunto de normas que encauzan su existencia y la actividad que se desarrolla en su seno con el afán de alcanzar su fin específico. Entre esas reglas, algunas merecen el calificativo de fundamentales, porque las demás derivan de aquéllas, se basan en ellas, se ajustan a sus límites, las desarrollan y proyectan.

Dentro del Estado se pueden también observar funciones diversas, y no es de las menos importantes la que se refiere a su gobierno, a la actividad que se desarrolla en él para encauzar y dirigir los esfuerzos colectivos al objetivo propio de la sociedad política.

Las reglas fundamentales que rigen el Estado y su Gobierno se relacionan con aspectos diversos, pero algunas tienen por misión específica señalar la organización misma a que se sujetan uno y otro.

Ni todas las leyes que rigen en el Estado, ni siquiera todas las que pueden estimarse, por su importancia, como principales, sino que justamente las reglas fundamentales que señalan la estructura misma del Estado y de la autoridad que funciona en él, forman la *constitución política*.

Con sólo definirla así, ella se distingue de la que puede

llamarse *constitución social*, que toma en cuenta los rasgos básicos de la colectividad estatal en su conformación étnica, sociológica, lingüística, religiosa, cultural, etc. "Lo que se llama constitución social se aplica a una cierta manera de ser de la sociedad; la constitución política se relaciona con el Estado" (Georges Burdeau, *Tratado*, t. 3, pág. 13).

42. La realidad en el Estado de una ley fundamental de su organización se observa en todas las épocas de la historia. Sin embargo, el estudio de una "teoría de la constitución" es contemporáneo, porque es manifestación del fenómeno constitucionalista, producido desde fines del siglo XVIII y cuyos antecedentes conviene recordar.

En la antigüedad grecorromana, Aristóteles analizó muy profundamente la estructura de las ciudades griegas, y reunió una colección de sus constituciones. Se conserva la de Atenas, que describe su historia y organización.

En la Edad Media, cuando a la destrucción del Imperio Romano sucede la época feudal, como la autoridad se vincula al señorío de la tierra y se confunde con éste, las instituciones públicas caen en el ámbito del derecho privado y los intérpretes procuran hallar analogías con las de éste incluso a categorías jurídicas pertenecientes por esencia al campo del derecho público.

Las monarquías estamentarias admiten los diversos fueros o privilegios que benefician a los distintos sectores sociales, ciudades o cuerpos institucionales que formaban los brazos del reino, y las *cartas forales* que precisaban sus bases importaban verdaderos contratos celebrados entre el señor o rey y el estamento favorecido con los privilegios, en los cuales se señalaban las franquicias, los deberes y derechos inherentes al estatuto especial que regía las relaciones de las partes. La Carta Magna de 1215 consagró, por ejemplo, junto a muchas otras, la garantía del consentimiento del impuesto por el *Magnum Concilium* o *Curia Regis* compuesto por los señores feudales que lo deberían pagar.

Cuando, en los siglos XVII y XVIII se entronizan en Europa continental los reinados absolutos, las cartas o franquicias en que se estampaban los fueros medioevales perdieron su eficacia.

Sin embargo, se siguen invocando siempre por los monarcas o frente a éstos las *leyes fundamentales del reino*, que recogen, por lo menos, los principios de la legitimidad dinástica y de la sucesión al trono.

Los pensadores políticos de aquella época, con el fin de limitar el absolutismo real, sostienen la existencia de un contrato entre rey y gobernados, cuyas cláusulas los súbditos pueden oponer con energía al monarca hasta llegar a la insurrección y aun al tiranicidio, defendidos entonces como derechos.

Los pensadores españoles de la Contrarreforma, especialmente Suárez, en su obra *De Legibus* (1612), siguiendo las doctrinas de Santo Tomás de Aquino, sostuvieron con nuevo vigor que la autoridad se impone por el fin propio de la sociedad, y que al pueblo corresponde no tanto darle nacimiento, como escoger la persona del gobernante.

En esos siglos del absolutismo regio se extiende la doctrina de la Escuela del Derecho Natural, conforme a la cual deriva de la especulación racional la existencia de la libertad de cada individuo y la necesidad del consentimiento de cada uno para que se forme la sociedad. Hobbes, Locke y Rousseau atribuyen, cada vez con más seguridad, el origen de la sociedad a la celebración hipotética y especulativa de un contrato, que no tiene lugar ahora, como en el medioevo, entre el gobernante y los gobernados, sino entre los propios miembros de la sociedad política, para dar nacimiento a ésta, a fin de establecer en ella el poder y precisar las normas de designación de las autoridades. La escuela contractualista es, pues, en lo político, evidente proyección del *jus naturalismo* racionalista que habían ya sostenido, por ejemplo, los alemanes Samuel Puffendorf (1632-1694) y Cristian Wolf (1679-1754) y todavía, con anterioridad, el irlandés Hugo Grocio (1583-1645) en *De Jure Belli et Pacis*. Para Rousseau es indispensable contar con la unanimidad de los asociados para que se forme la sociedad política y se dé origen a la voluntad general que, en concreto, se traduce, luego, en la que manifiesta la simple mayoría de los asociados.

Como puede verse, se ha producido en el pensamiento político una evolución que conduce insensiblemente, a través de sus varias etapas, de la soberanía real absoluta a la que se mitiga en el pacto que dice celebrarse entre el rey y los súbditos —soberanía compartida entonces entre ambos— y, por fin, como reacción

al despotismo regio, a la soberanía que se reconoce en la sociedad entera, de modo que corresponde a todos los miembros del cuerpo político acordar, en adelante, mediante voluntad declarada de ellos mismos, el pacto que los liga.

Cuando los Padres Peregrinos se dirigen, en 1620 a bordo del *Mayflower*, a la costa oriental de América del Norte, a formar Nueva Plymouth, celebran un pacto, que es, en otro aspecto, proyección del sentido religioso del pueblo escogido, inspirado en el calvinismo. Tal como Yavé e Israel habían establecido una alianza, ese pueblo inmigrante da nacimiento, mediante la celebración de un pacto, a la sociedad que viene a fundar.

A lo largo del desarrollo de las colonias inglesas en Norteamérica obtienen sus pobladores de parte del monarca numerosas cartas de franquicias, cuyos objetos no sólo tienden a defender y promover el movimiento comercial realizado en este nuevo continente, sino contemplan aspectos fundamentales relativos a la gobernación de las jóvenes comunidades. Tales cartas importan a menudo la simple ratificación de textos emanados de las mismas colonias, y la distancia a que se halla la metrópoli influye en que, paulatinamente, tales bases se estipulen y establezcan cada vez con mayor autonomía y prescindencia de una voluntad efectiva del rey.

Cuando estalla la guerra de la Independencia, en los "Artículos de la Confederación", de 1774, se recomienda a cada una de las colonias sublevadas que dicten sus respectivas Constituciones, y lo efectúan en el hecho de 1776 a 1780.

"Tenemos por evidentes en sí mismas las siguientes verdades —dice, sintetizando el pensamiento político dominante, la Declaración de la Independencia de 4 de julio de 1776—: todos los hombres son creados iguales; están dotados por el Creador de ciertos derechos inalienables; entre estos derechos se encuentran la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Los Gobiernos se establecen por los hombres para garantizar estos derechos, y su justo poder emana del consentimiento de los gobernados".

Consecuentemente, en el breve preámbulo, la Constitución de 1787 expresa: "Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, con el fin de formar una unión más perfecta, establecer la justicia, asegurar la tranquilidad interior, proveer a la defensa:

común, desarrollar el bienestar general y asegurar las ventajas de la libertad a nosotros mismos y a nuestros descendientes, ordenamos y establecemos la presente Constitución para los Estados Unidos de Norteamérica”.

El constitucionalismo no prende, entre tanto, en Inglaterra, a pesar de que es allí, alrededor de 1688, donde con más solemnidad y frecuencia se habla de los caracteres de la constitución de su pueblo, y no obstante que ya en 1653 Oliver Cromwell publicaba los 42 artículos de su *Instrument of Government* y aun, en enero de 1649, cuando se preparaba la sublevación contra Carlos I, se procuró hacer aprobar el *Agreement of the People*, documento que daba como origen del poder la expresa aceptación de los gobernados.

A la inversa, el constitucionalismo tiene en Francia su mayor fecundidad doctrinaria y práctica, aunque no su contenido más sólido, de acuerdo con el principio, incorporado profundamente al pensamiento político galo, que se consigna en el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789: “Toda sociedad en la que no se asegura la garantía de los derechos, ni se determina la separación de los poderes, no tiene Constitución”.

Siguiendo el ejemplo de Estados Unidos en 1787 y de Francia, donde se suceden unas tras otras las Constituciones desde 1791, las vicisitudes históricas de los Estados de Europa, América y otros continentes se jalonan en implantación o reforma de Leyes Fundamentales.

43. Inglaterra ha querido mantenerse dentro de su secular sistema de constitución consuetudinaria.

Ese país es testimonio permanente de que lo constitucional es de la esencia de todo Estado de Derecho, aun cuando en dicha nación no se señale en un texto escrito la estructura básica de su ordenamiento jurídico.

La Constitución inglesa no consiste, pues, en uno o varios textos escritos que tengan, por su forma, el carácter de la ley fundamental del Estado, sino en un conjunto de leyes comunes, de tradiciones, de prácticas o convenciones que están en relación racional con lo que se refiere esencialmente a la organización jurídica básica de la autoridad y de los derechos fundamentales del pueblo inglés.

En la Constitución inglesa se comprenden, como se dijo, no sólo las leyes ordinarias que razonablemente cabe calificar, por su propia naturaleza, como de tal orden (*statute law*) (y *the law of the constitution* comprende, en efecto, textos tan importantes como la Carta Magna, el *Bill of Rights*, etc.), sino que el conjunto de precedentes que forman el *common law*, concepto este que expresa el derecho establecido en los fallos de los tribunales, conforme al sistema característico de la administración de la justicia inglesa. La mayoría de los preceptos organizativos de la autoridad se consignan en los *statute laws*, al paso que en el *common law* se fundamentan los principios substanciales de las libertades concretas cuyo reconocimiento ha venido logrando a través de los siglos el pueblo inglés. Sin embargo, tales afirmaciones no pueden ser genéricas, tanto porque hay bases organizativas que resultan del *common law*—por ejemplo, *the King can do no wrong*— como existen también *statutes* que reglamentan importantes garantías individuales, por ejemplo, el Acta del Hábeas Corpus (1679).

“El término *common law*, que hemos estado usando—dice Maitland— necesita alguna explicación. Creo que su uso nace poco después del reinado de Eduardo I. La palabra común no se opone por cierto a *no común*, más bien significa general y lo contrario al *common law* es ley especial. *Common law* es la ley no dictada; la que se distingue de los estatutos y de las ordenanzas. En seguida, es la común para todo el país; esto es, se distingue de las costumbres locales. En tercer lugar, es la ley de los tribunales seculares; es decir, se distingue de la ley eclesiástica... *Common law* es en teoría la ley tradicional, la que siempre ha sido ley, y todavía es ley, mientras no sea alterada por estatuto u ordenanza” (ob. cit., págs. 22-23).

Integran, asimismo, la Constitución inglesa aquellas bases que, desde que las definió Dicey, en sus *Lecciones introductorias al estudio del Derecho Constitucional*, se conocen con el nombre de “convenciones de la Constitución”: usos, prácticas, hábitos políticos establecidos por las diversas autoridades en el ejercicio de sus funciones, que no constituyen, sin embargo, por su índole misma, normas susceptibles de ser aplicadas directamente por la jurisdicción inglesa en la decisión de los conflictos entregados a su conocimiento. Puede decirse que realidades tan sustanciales como la soberanía del Parlamento o el sistema de gobierno parlamentario no tienen otro fundamento que el de significar

"convenciones de la Constitución". Y, aun cuando Dicey pareció desconocerles valor jurídico, los tratadistas contemporáneos consideran, con razón, que gozan de gran valor y eficacia en el Derecho. Por su contenido no son, es cierto, reglas directamente aplicables en las contiendas entre partes, pero el pueblo inglés les ha dado plena fuerza para encauzar la vida pública. Piénsese en que, verbigracia, la obligación de dimitir para el Primer Ministro, a quien la Cámara ha negado su confianza, o su derecho de disolver el Parlamento de acuerdo con el Rey, son, simplemente, "convenciones de la Constitución".

Sobre tales bases, no se confunden pues las convenciones de la Constitución con las costumbres, porque mientras aquellas tienen vigor en el campo del comportamiento de los poderes políticos, éstas pueden ser aplicadas por los tribunales. "Una costumbre en el derecho privado —explica un autor contemporáneo— es una regla de conducta que no ha sido todavía aplicada por los tribunales, pero que podría ser reconocida y confirmada por los tribunales si la materia llega ante ellos. Está basada en el uso, pero para que pueda ser reconocida por los tribunales como ley una costumbre debe ser: 1) mirada por los súbditos como obligatoria; 2) cierta; 3) razonable; 4) de inmemorial antigüedad, y 5) haber estado en continua existencia" (Hood Phillips, *The Constitutional Law of Great Britain and the Commonwealth*, pág. 19).

La Constitución consuetudinaria no tiene, pues, valor jurídico tan sólo por ser un conjunto de tradiciones, muchas de ellas pluriseculares, y en razón de su misma antigüedad, sino porque importa normas constantemente aplicadas, a las cuales se atienen los gobernantes en su actividad, y que los gobernados respetan e invocan en resguardo de sus derechos.

La Constitución consuetudinaria, en su esencia, no se distingue así de la Constitución escrita, y ambas encierran las normas de derecho que encuadran la estructura fundamental de la vida política de los Estados, responden una y otra al libre consentimiento del pueblo, manifestado ya cuando aprueba el texto de la Constitución escrita, ya tratándose de la constitución consuetudinaria, a través de la adhesión permanente de la voluntad de los gobernados expresada en las decisiones del electorado y en infinidad de otras actuaciones de conformidad (ver Burdeau, *Tratado*, t. 3, N° 11 a 14).

Por lo demás, para que tengan valor jurídico, los hábitos políticos deben ser repetidos, duraderos y constantes, ya se atribuya ese valor, como sintetiza Prélot (ob. cit., N° 96), a la mera duración pasiva creadora del derecho, ya, según la doctrina de Savigny, como expresión directa de la conciencia del pueblo; o como traducción de la voluntad divina en el pensamiento de José de Maistre, o, en fin, como reflejo de la relación material de las fuerzas sociales, como sostenía el socialista Fernando Lassalle.

44. Las ventajas de las constituciones consuetudinarias —de general aplicación antes del fenómeno constitucionalista moderno— se refieren a la fiel y permanente concordancia entre la norma fundamental y la realidad llamada a regir; a la flexibilidad y agilidad de su contenido, siempre dispuestas a adaptarse a las necesidades cambiantes de los hechos sociales; a las modificaciones incesantes que experimentan, en fin, de modo consecuente con las propias alteraciones de la estructura social.

Pero esas mismas ventajas generaron, por exceso, la reacción que provocó el término del sistema allí donde había sido pervertido por el absolutismo, cuando la norma fundamental no presentaba más fijeza que la voluntad versátil del soberano, ni más ductilidad que la de su capricho, es decir, no lograba imponerse al gobernante ni garantizaba el respeto de los derechos de los súbditos.

Para salvar todos esos inconvenientes, a fines del siglo XVIII se recomiendan las constituciones escritas, cuyas raíces ideológicas e históricas se han recordado.

"Esta concepción reposaba sobre tres ideas —explica Esmein—; primeramente, la superioridad de la ley escrita sobre la costumbre era entonces reconocida en forma general; era necesario en consecuencia llevar a ella las reglas constitucionales más importantes. En segundo lugar, los hombres del siglo XVIII consideraban gustosos una constitución nueva dictada por la soberanía nacional como verdadera renovación del contrato social; era necesario, pues, redactar sus cláusulas en la forma más solemne y más completa. Pensaban, en fin, que las constituciones así redactadas proporcionarían excelente medio de educación política, que extendería con seguridad entre los ciudadanos el conocimiento y, al mismo tiempo, el amor de sus

derechos. Es difícil negar que en este punto la experiencia y la historia les han dado razón" (*Elementos*, t. 1, págs. 564-565).

Documento escrito para establecer con claridad, certeza y precisión su contenido, a fin de convertirlo en instrumento eficiente cuando corresponda invocar y hacer efectivas sus disposiciones. Se terminarían así las vaguedades y las confusiones del pasado cuando era difícil conocer con exactitud cuál era la regla en vigor y su exacto significado.

El documento señala la norma fundamental no sólo por su principalidad e importancia normativa, en razón de su rango doctrinario, sino por su carácter de ley superior, de súper-ley, a la cual han de someterse y dentro de cuyas pautas deben dictarse todas las demás reglas que pretendan vigencia en el Estado.

El contenido de la preceptiva fundamental, vertido generalmente en un solo texto escrito, se presenta fijo y durable porque consagra la voluntad nacional de organizarse sobre las bases sentadas en él, que sólo pueden modificarse mediante formalidad que armonice con la expresión solemne revestida por el pacto constitutivo.

Las principales ventajas que se atribuyen generalmente a las constituciones escritas son:

1. Precisan la organización de las autoridades y el alcance de sus atribuciones, lo cual facilita el ejercicio de las facultades de la autoridad y el cumplimiento de sus deberes por los gobernados.
 2. Proporcionan garantía a los gobernados de sus derechos, cuyo reconocimiento se les asegura, y se definen sus limitaciones, al tiempo que establecen los recursos de protección frente a los atropellos que puedan sufrir.
 3. Determinan las responsabilidades de los órganos de autoridad y señalan sanciones para el caso de violar sus obligaciones.
 4. Contribuyen a la educación cívica de los ciudadanos, al permitir saber cada cual sus deberes para actuar en forma consecuente.
45. Lo característico del fenómeno constitucionalista moderno no estriba, por lo tanto, en la mera existencia en el Estado de ley fundamental que fije su organización, realidad ineludible de todos los lugares y tiempos, ni aún en que la sociedad política tome conciencia de dicha realidad, muy anterior también a

tal fenómeno, ni, en fin, en que se tracen en documentos escritos los rasgos de la ordenación básica.

La novedad e importancia del fenómeno constitucionalista se halla en la tendencia que se extiende entre las naciones de expresar solemnemente la voluntad de organizarse sobre los marcos que se precisan en documento escrito en que se determinan la estructura del Estado, sus órganos, los mecanismos del gobierno y las garantías de las libertades ciudadanas.

En el documento se contemplan con precisión el estatuto de los gobernantes y el ámbito de los derechos de los gobernados, con tal fuerza obligatoria que la actividad del gobernante y la de los individuos y grupos integrantes del Estado tienen que ceñirse a la pauta fijada en él.

La teoría de la Constitución ha sido desarrollada con profundidad desde el siglo pasado, pero, todavía con mayor honra, en el presente.

La reflexión sobre el movimiento constitucionalista ha permitido, en efecto, no solo hurgar los antecedentes que lo desencadenaron, sino formular la crítica de la filosofía política que lo explica y sostiene.

Indudablemente, en el pensamiento dominante al tiempo de extenderse el fenómeno constitucionalista existía la convicción de que era posible discurrir especulativamente una construcción política, estampada en breves páginas, e imponerla a la observancia ciudadana para que se consiguiera moldear la vida colectiva según el trazado escriturado.

Definiendo este sentido racional normativo, "se concibe la constitución —explica Manuel García Pelayo— como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total; exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos" (ob. cit., pág. 30).

No podrá extrañar que esta manera de entender no sea unánimemente compartida.

Burke, en sus *Reflexiones sobre la Revolución Francesa*, "desde la Carta Magna hasta la Declaración de Derechos —dice— ha sido siempre la constante política de nuestra Constitución la de reclamar y defender nuestras libertades como una herencia vinculada que llega a nosotros desde nuestros mayores

para ser transmitida a nuestra descendencia. Es una condición peculiar y propia de este reino, sin ninguna otra clase de remisión a cualquier otro derecho más general o más antiguo" (págs. 92-93).

Hace más de un siglo (abril de 1862) Fernando Lassalle en conferencia que daba en Berlín, preguntándose: ¿Qué es una Constitución?, contestaba: "Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder: la verdadera Constitución sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión a los factores de poder imperantes en la realidad social" (ob. cit., pág. 41).

Sin embargo, las concepciones tradicionalistas o las sociológicas del fenómeno constitucional no logran desplazar el sentido de norma creadora de un orden con que se origina.

Como para Kelsen "lo específico de este objeto espiritual que llamamos Estado consiste en ser un sistema de normas" (ob. cit., pág. 18), una jerarquía de los distintos grados del proceso formador del derecho, "esta estructura jerárquica desemboca -según él- en una norma fundamental en la que se basa la unidad del orden jurídico en su automovimiento. Esa norma constituye la constitución en sentido lógico-jurídico, cuando instituye un órgano creador del Derecho. Y la constitución en sentido jurídico-positivo surge como grado inmediatamente inferior en el momento que dicho legislador establece normas que regulan la legislación misma. Sin embargo, la constitución, esto es, el hecho de constituir un orden jurídico estatal, fundamentando su unidad, consiste en la norma fundamental hipotética no positiva, que es lo que hemos llamado constitución en sentido lógico-jurídico, pues sobre dicha norma se basa el primer acto legislativo no determinado por ninguna norma superior de Derecho positivo" (Kelsen, id., págs. 325-326).

Hermann Heller se manifiesta contrario al normativismo kelseniano, según el cual se reduce la constitución a un puro deber ser, tal como combate también el concepto de Carl Schmitt, el pensador del nazismo, quien ve en ella la decisión suprema, "el supuesto básico de todas las normaciones ulteriores". Heller desarrolla así su pensamiento: "Entendemos por organización la acción concreta de dar forma a la cooperación de los

individuos y grupos que participan en el todo, mediante la supra, sub y co-ordinación de ellos. La constitución de un Estado coincide con su organización en cuanto ésta significa la constitución producida mediante actividad humana consciente y sólo ella... Toda organización humana perdura en cuanto constantemente renace. Su realidad actual consiste en la efectividad presente de la conducta de los miembros ordenada para la acción unitaria. Su realidad potencial tiene su expresión en la probabilidad relativamente previsible de que la cooperación entre sus miembros vuelva a producirse de modo semejante en el futuro. La configuración actual de la cooperación, que se espera se mantenga de modo análogo en el futuro, por la que se produce de modo constantemente renovado la unidad y ordenación de la cooperación, es lo que llamaremos Constitución en el sentido de la ciencia de la realidad... La Constitución permanece a través del cambio de tiempos y personas gracias a la probabilidad de que se repita en lo futuro la conducta humana que concuerda con ella. Esta probabilidad se asienta, de una parte, en una mera normalidad de hecho, conforme a la Constitución, de la conducta de sus miembros, pero además en una normalidad normada de los mismos y en el mismo sentido. Cabe, por eso, distinguir en toda constitución estatal, y como contenidos parciales de la Constitución política total, la Constitución no normada y la normada, y dentro de ésta, la normada extrajurídicamente y la que lo es jurídicamente. La Constitución normada por el derecho conscientemente establecido y asegurado es la Constitución organizada. Así como no pueden estimarse completamente separados lo dinámico y lo estático, tampoco pueden serlo la normalidad y la normatividad, el ser y el deber ser en el concepto de la Constitución... La Constitución normada consiste en una normalidad de la conducta normada jurídicamente, o extrajurídicamente por la costumbre, la moral, la religión, la urbanidad, la moda, etc. Pero las normas constitucionales, tanto jurídicas como extrajurídicas, son a la vez que reglas empíricas de previsión, criterios positivos de valoración del obrar... La Constitución real del Estado conoce ciertamente una normalidad sin normatividad, pero no, al contrario, una validez normativa sin normalidad" (Heller, ob. cit., págs. 267-271).

46. Diversas escuelas de pensamiento buscan precisar el sentido y alcance de lo constitucional; pueden agruparse en:

a) Escuela histórica tradicionalista. Según la cual la constitución política consiste simplemente en el testimonio del legado del pasado en cuanto a las instituciones, hábitos y creencias colectivas relacionados con la dirección de la sociedad, ya que, según ella, lo que fue, el pretérito del grupo, su historia, determina fundamentalmente lo que en el momento es. El pensador alemán Savigny representa auténticamente este punto de vista.

b) Escuela sociológica. Para quienes siguen esta doctrina, la constitución resulta del reconocimiento de lo que es la realidad colectiva, en un momento de la convivencia social, el juego efectivo de los factores sociales reales del poder, como decía el alemán Fernando Lassalle (*Qué es una Constitución*, 1862), para quien tal juego determina sustancialmente lo esencial de las instituciones y de la dinámica política.

c) Escuela racional-normativa. Sus intérpretes sostienen que la constitución es la expresión de la voluntad colectiva, que deduce racionalmente los preceptos que han de encauzar el comportamiento de gobernantes y gobernados hacia la realización de las metas que ella decida. Los expositores franceses del constitucionalismo clásico, como Esmein o Carré de Malberg, pertenecen a esta escuela. El fenómeno constitucionalista se impone, sin duda, más profundamente con el triunfo de esta escuela racional-normativa.

d) Cada una de esas diferentes doctrinas no proporciona, considerada aisladamente, una explicación satisfactoria, porque, por ejemplo, hay muchos problemas que antes no existieron, de modo que el pasado no los presentó ni resolvió; aunque ha de considerarse sin duda que la realidad —lo que es en un momento dado— puede tener defectos que convenga superar; la constitución, por otra parte, puede importar expresión colectiva eficaz y provechosa si los preceptos que la concretan no son manifestación exclusiva de un querer accidental, sino debidamente razonado, aprovechando las experiencias históricas y tomando en cuenta los antecedentes de la situación social actual, para proyectar adecuadamente el marco fundamental del futuro.

La constitución está llamada a expresar, si seguimos los conceptos de Burdeau, la idea de derecho, que prevalece al tiem-

po de su promulgación, ponderando simultáneamente los factores que resultan tanto del pretérito del grupo como de su potencialidad presente y su vocación de futuro, y respetando, en todo caso, las bases permanentes que derivan de la naturaleza humana y de la razón de la existencia y fines de la sociedad política.

— El sentimiento de la comunidad nacional contiene siempre una idea fuerza, de gran vigor dinámico, bajo cuyo impulso se den la convivencia y el progreso de la sociedad política.

47. Aun en el sistema de las constituciones escritas, de tal manera se impone su práctica sobre la letra de la ley fundamental, que a veces la realidad y el texto se diferencian apreciablemente, ya porque hay normas contempladas en el documento que no tienen efectiva aplicación; ya porque otras indudablemente vinculadas a lo esencial de la estructura institucional no están insertas en el articulado sino que se implantan en el desarrollo mismo del régimen político; ya, en fin, porque la significación de otras reglas, sin sufrir alteración literal, resulta, en el hecho, profundamente cambiada.

“Teniendo en cuenta el cambio fundamental que ha sufrido el papel de la constitución escrita en la realidad sociopolítica, se hace completamente necesario —dice Karl Loewenstein— un nuevo intento de clasificación. Para evitar la palabra *existencial*, tan de moda, este nuevo análisis se llamará *ontológico*. De acuerdo con esto, las constituciones podrán ser diferenciadas según su carácter *normativo, nominal y semántico*... Para ser real y efectiva, la constitución tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar integrada en la sociedad estatal, y ésta en ella... Solamente en este caso cabe hablar de una constitución *normativa*: sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas... Una constitución podrá ser jurídicamente válida, pero si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, la constitución carece de realidad existencial. En este caso, cabe calificar a dicha constitución de *nominal*... Finalmente hay casos —que desgraciadamente se están incrementando, tanto en número como por la importancia de los Estados afectados— en los cuales, si bien la constitución será plenamente aplicada, su realidad on-

tológica no es sino la formalización de la existente situación del poder político en beneficio exclusivo de los detentadores del poder fáctico, que disponen del aparato coactivo del Estado... Este tipo se puede designar como constitución *semántica*" (*Teoría de la Constitución*, págs. 216 a 219).

A veces, en efecto, siguiendo a Loewenstein, se separa con amplitud la esfera de lo que es puramente nominal de lo que es real o vívido en las constituciones escritas, ya a causa del incumplimiento de algunos preceptos de la Carta, ya por reconocerse máxima jerarquía obligatoria a reglas no incorporadas a su texto. La Constitución chilena de 1925 establecía, por ejemplo, tribunales administrativos y asambleas provinciales, que el legislador no organizó, en tanto que, sin texto formal alguno, se entendía que Santiago era la capital de la República.

Con frecuencia se ha planteado este problema en la historia institucional de Chile. A pesar de que, desde 1874, las constituciones de 1833 y 1925, respectivamente, no parecían admitir la posibilidad de la aprobación por el Congreso de leyes de delegación legislativa, se vinieron a imponer con frecuencia éstas, suscitándose una y otra vez el debate pertinente hasta que vinieron a autorizarse de modo categórico por reforma de 1970 y luego por la Carta de 1980.

Surgió nuevamente el debate sobre el tema cuando correspondió al Congreso Pleno pronunciarse, en 1970, en atención a que en la elección presidencial de ese año ningún candidato obtuvo más de la mitad de los sufragios válidamente emitidos. En 1946, 1952 y 1958 dicho Congreso había proclamado a quienes alcanzaran la primera mayoría relativa. ¿Se había formado con ello una costumbre constitucional que prevaleciera contra texto explícito e impidiera posteriormente, por lo tanto, designar a quien recibiera la segunda o la tercera mayoría? No obstante la claridad del precepto constitucional y su indiscutible lógica democrática, las circunstancias políticas llevaron a la proclamación del señor Allende, que había conseguido la primera mayoría relativa. No podrá renovarse el debate bajo la Constitución de 1980, porque ésta da paso a una segunda vuelta en la hipótesis propuesta.

48. Interesa considerar el alcance de la intervención de hábitos políticos en la práctica de una constitución escrita.

El problema no ha sido suficientemente planteado y resuelto, y pueden crearse por ello graves emergencias en el desarrollo institucional.

Cabe observar, desde luego, que las explicaciones que se dan al considerar el valor jurídico de la costumbre en una constitución consuetudinaria no pueden extenderse sin reserva cuando se analiza un régimen de Carta escrita.

Ahora bien, nada puede objetarse, aun dentro de éste, a la fuerza jurídica de la aplicación constante que no se oponga a los preceptos constitucionales o que supla una omisión guardada en ellos.

Por otra parte, como expresa Burdeau, "para saber qué valor jurídico debe reconocerse a la costumbre, importa primero distinguirla de las simples prácticas, es decir, de 'usos o hábitos que consisten en utilizar una u otra de las soluciones diversas que la constitución admite relativamente a una materia determinada' (Laferrrière, pág. 331). Para que haya costumbre no basta una repetición de precedentes, es necesario además que del hábito nazca una regla considerada como obligatoria" (*Derecho Constitucional*, págs. 53-54).

"Si al contrario, la práctica se establece contra *legem*, ¿puede admitirse —continúa Burdeau— que tenga el poder de derogar la ley? Teóricamente se impone una respuesta afirmativa, porque la costumbre no nace tanto de la violación de las prescripciones del texto como de la convicción de los gobernados en la existencia de la regla que expresa la costumbre. Ahora bien, esta convicción se relaciona con una regla actual, mientras que el texto que contradice es antiguo, luego la expresión más reciente del sentimiento jurídico debe prevalecer. Sin embargo, hay que observar que esta solución es puramente teórica porque si la distinción entre la violación de un texto (práctica contraria a sus disposiciones sin *opinio juris* que crea una regla nueva) y su derogación por la costumbre (práctica contraria unida a la convicción de establecer una norma de derecho) es sencilla desde el punto de vista especulativo, es infinitamente más delicada en el hecho. Todo criterio preciso falta y es justamente la incertidumbre que se produce en cuanto a la existencia de la costumbre lo que viene a limitar considerablemente la solución jurídica admitida más arriba" (ídem., pág. 54).

49. Desde un punto de vista teórico, lo constitucional corresponde a lo que es realmente fundamental, o sea a los aspectos más importantes y trascendentales, atinentes al sistema del Estado, al régimen de gobierno y a las garantías cívicas. En doctrina se define, pues, lo constitucional conforme a su objetivo y a su propia naturaleza como lo que mira a la básica estructura del poder supremo. Es ésta la materia o substancia de lo constitucional. Tal es lo constitucional en el sentido material. "Por constitución en sentido material se entiende -dice Kelsen (pág. 330)- aquellas normas que se refieren a los órganos superiores (constitución en sentido estricto) y a las relaciones de los súbditos con el poder estatal (constitución en sentido amplio)".

En sentido formal o adjetivo, es, entre tanto, constitucional todo lo que se contiene en el cuerpo positivo fundamental, es decir, lo que, teóricamente principal o no, se inserta en el documento o documentos solemnes que lo integran.

La perfección técnica se halla en la coincidencia completa y cabal de ambas esferas de lo constitucional, y existe cuando el texto de la Ley Fundamental contiene exclusivamente normas que, a la luz de su examen racional, forman de modo indiscutible lo que cabe considerar como básico institucional.

Sin embargo, no siempre ocurre así en determinado sistema jurídico, ya porque no todo lo que en doctrina es constitucional está incorporado en el hecho a la letra de lo que formalmente tiene tal carácter, ya a la inversa, en razón de que muchas reglas que han sido adjetiva y procesalmente elevadas a dicho orden no revisten tan elevada jerarquía si se las analiza desde un punto de vista puramente especulativo, al margen de determinantes circunstanciales e históricas.

Cuando, por ejemplo, la Constitución de 1980 obliga al Presidente de la República a presentar el presupuesto anual a las Cámaras tres meses antes de la fecha en que debe empezar a regir, y ordena que rija su proyecto si el Congreso no lo aprueba dentro de sesenta días contados desde su presentación (art. 64), la historia de Chile, y no exclusivamente consideraciones teóricas, explican la incorporación de esos preceptos a la Ley Fundamental.

Esta diversidad de órbitas entre lo que es constitucional sólo en la esfera formal y aquello que lo es en sentido sustan-

cial, lógicamente sólo se produce en las Constituciones escritas, desde que en las consuetudinarias únicamente la interpretación racional determina qué reglas del sistema jurídico tienen rango constitucional.

La explicación de la existencia, en determinado Estado, de esa diferencia de campo entre uno y otro sentido de lo constitucional, se encuentra en que, de acuerdo con las fases del suceder histórico de una Nación, puede en ella adquirir primordial relevancia e interés un problema o aspecto que, desde un punto de vista especulativo general y permanente, no reviste teóricamente carácter básico, y a la inversa, una conquista trascendental pero definitivamente lograda e incorporada al acervo jurídico puede parecer inoficioso proclamarla expresamente mediante su introducción en la Ley Fundamental.

50. Las constituciones se clasifican en breves o sumarias y en extensas o desarrolladas, considerándose del primer tipo si se limitan a incluir las normas de primordial importancia que substancialmente debieran coincidir con aquello que es en esencia lo fundamental, o si, entre tanto, contemplan, además, minuciosamente en detalle preceptos que doctrinariamente podrían dejarse a la precisión del legislador.

A menudo determinada Constitución participa simultáneamente en ciertos aspectos de ambos caracteres, por ser breve y sintética en algunas materias, y amplia y desarrollada en otras. La mayor o menor pormenorización de ciertos puntos dependerá de factores circunstanciales vinculados a la experiencia política nacional que explican el especial relieve que se otorga a determinado aspecto de la organización de que se trata.

Los textos breves y sucintos pueden contribuir a la permanencia de la estructura fundamental, al permitir su más amplia adaptación a las circunstancias cambiantes de la vida colectiva, especialmente por la acción del legislador.

Sin embargo, las Constituciones resultan extensas con el afán ya de coartar la discrecionalidad del poder, ya de señalarle siempre nuevas tareas de bien general. En este último sentido, la evolución de la manera de entender el papel del Estado ha contribuido al crecimiento del articulado de las Cartas Orgánicas.

En Suiza ha concurrido también la circunstancia de prohibir la consulta popular en cuanto a la legislación ordinaria,

puesto que ha llevado a incorporar al texto de la Constitución las reglas que el pueblo no quiere ver modificadas sin intervención suya.

Con frecuencia, los preceptos constitucionales confían al legislador la tarea de detallar, dentro del cuadro fundamental que fijan, determinados puntos. Son leyes que tienen el carácter de complementarias e integrantes de la Carta. Se tiende a denominarlas *orgánicas*, por su naturaleza, a convertirlas en una jerarquía normativa intermedia y a rodearlas de específicos requisitos formales.

51. La Ley Fundamental de un Estado debe comprender evidentemente lo normativo atinente a lo orgánico o institucional, fijar la composición y atribuciones de los distintos órganos y la esfera de competencia de cada autoridad o cuerpo. Sin embargo, lo institucional u orgánico no agota lo sustantivamente fundamental, porque el ordenamiento jurídico es inseparable del ideal de derecho que inspira su formación y del fin que, de acuerdo con él, busca realizar la actividad del Estado que se ordena.

Algunas Constituciones se reducen a incorporar puramente lo normativo de tipo orgánico, como, por ejemplo, lo hizo el texto primitivo de la Constitución de 1787 en Estados Unidos, o las tres leyes constitucionales francesas de 1875. Pronto en 1791 Estados Unidos introdujo las diez primeras enmiendas destinadas a incorporar las garantías constitucionales, y durante la Tercera República francesa (1875-1940) se sostuvo el valor jurídico de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En Chile los primeros documentos -Constituciones de 1811, 1812 y 1814- fueron de índole puramente organizativa.

La tendencia predominante en el constitucionalismo moderno ha sido más bien insertar en la Ley Fundamental, además de las reglas de organización institucional, tanto el reconocimiento y garantía de los derechos esenciales del individuo, tal como los proclamaba el liberalismo político, conforme a su fundamentación clásica, como también más tarde, a medida que se restablecía la concepción pluralista de la sociedad política, los derechos de esos cuerpos intermedios de cuya existencia había querido prescindirse, familia, gremios, regiones, partidos políticos, confesiones religiosas, etc.

Lo dogmático -vinculado a la esencia de la idea de derecho expresada en la Ley Fundamental-, y lo relacional -atinente a la posición de los gobernados y de los cuerpos intermedios frente al poder supremo del Estado-, se convierten, conjuntamente, en sus aspectos primordiales y sustanciales, en partes integrantes de la materia constitucional, y así se explica la mayor extensión adquirida por ésta en el sistema jurídico contemporáneo.

Incluso los textos de la época clásica del constitucionalismo, que pretendían omitir la expresión de los fundamentos dogmáticos o relacionales, no lograban, sin embargo, evitar toda referencia a ellos, definiendo, por lo menos, la naturaleza del sistema del Estado y del régimen de Gobierno y el titular de la soberanía.

Reducir lo constitucional nada más que al trazado de las instituciones públicas y de los órganos del Estado; para fijar su composición, competencia y atribuciones, omitiendo así, en la determinación de la preceptiva fundamental, señalar, asimismo, el cuadro básico del ideal de derecho perseguido por el constituyente, en cuanto a los fines que el Estado se propone y a las garantías, que otorga a personas y grupos que conviven en él, es aceptable sólo para quienes suscriben doctrinas, como la de Kelsen, que reducen el Estado a una jerarquía de normas jurídicas con realidad en sí, al margen de toda consideración de valor o de fin. Esta indiferencia axiológica y teleológica en que vanamente se pretende mantener al Estado convierte su Ley Fundamental en un simple aparato instrumental, de perfección puramente técnica, divorciado tanto de los fundamentos profundos que explican la racionalidad normativa como del contenido finalista de la regla en vigor.

Georges Burdeau combate enérgicamente el silencio de los textos constitucionales en cuanto al ideal de derecho que inspira, el cual por lo demás no puede menos de reflejarse en el mismo cuadro organizativo. Considera que omitir la inclusión de la Declaración de Derechos en el mismo documento falsea el sentido de la constitución, desconoce la verdadera significación del poder político e incita al pueblo a sublevarse contra la autoridad en nombre de los principios y a los gobernantes a violar los principios invocando la libertad que les es necesaria para gobernar (*Droit Constitutionnel...*, ob. cit., págs. 62-64).

Son los razonamientos que preceden el fundamento de que en la Constitución de 1980 se haya colocado un primer capítulo sobre las "Bases de la Institucionalidad", que busca justamente reconocer, en toda la extensión que le corresponde, el alcance de lo que cabe entender como sustancialmente constitucional.

52. Manifestaciones del debate en torno al alcance de lo constitucional se exhiben en la diversidad de las definiciones que de la Constitución dan los tratadistas. Para Maurice Duverger, ella es "el texto elaborado según procedimientos jurídicos definidos que reglamenta las instituciones políticas de un país" (*Manual*, pág. 190; *Instituciones Políticas*, pág. 218).

Georges Burdeau mientras tanto, colocándose de lleno en el terreno de la incorporación a ella de lo que pertenece a lo dogmático y relacional, expresa que constitución es la "regla por la cual el soberano legitima el poder, adhiriendo a la idea de derecho que representa, y determina, en consecuencia, las condiciones de su ejercicio" (*Traité*, t. III, pág. 47).

Según Carlos Estévez es, en el mismo sentido, el "documento en el cual se consignan las normas que rigen la estructura del Estado, el régimen de Gobierno, las atribuciones de los poderes públicos y la garantía de los derechos y de las libertades de los ciudadanos".

"Sin pretender definir, tarea difícil y peligrosa—dice Gabriel Amunátegui—, podremos ver en la ley constitucional el estatuto fundamental que—al establecer las bases de la organización política, social y económica de un pueblo—condicione y subordine dentro del principio del ordenamiento jurídico, las distintas normas que reglamentan la vida colectiva" (*Manual*, pág. 54).

Para Luis Sánchez Agesta es "el derecho fundamental de organización" (ob. cit., pág. 332).

53. El contenido de una constitución escrita se ajusta de ordinario a las siguientes características:

Comienza generalmente con la fecha y otras circunstancias históricas relativas a su génesis, establecimiento y promulgación.

Siguiendo una tradición que se remonta a la Constitución de Filadelfia de 1787, es frecuente que en un *Preámbulo* el

constituyente sinteticamente los principios doctrinarios que lo inspiran y el ideal jurídico que persigue la organización que va a establecer. De introducción de tal índole estuvieron precedidos los textos chilenos de 1814, 1818, 1822 y 1833. Así ocurrió también en numerosas constituciones francesas anteriores a las escuetas leyes constitucionales de tipo puramente organizativo de 1875, bajo cuyo imperio se debatió la fuerza jurídica del contenido de la Declaración de 1789. La Constitución de 1946 quiso seguir omitiendo en su articulado la reglamentación de las libertades públicas, pero aprovechó el preámbulo para reafirmar "solemnemente los derechos y las libertades del hombre y del ciudadano consagrados por la Declaración de 1789 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República" y proclamó, además, otros principios políticos, económicos y sociales "particularmente necesarios en nuestro tiempo". Por el breve preámbulo de 1958, "el pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional tal como fueron definidos en la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946". Se ha discutido el valor jurídico del contenido del Preámbulo y parece evidente reconocerle tal fuerza como integrante de la Carta Fundamental, algo diversa por su naturaleza a los preceptos del articulado, pero con evidente vigor en derecho como inspiración y guía de la acción de todos los órganos y de aplicación inmediata salvo en cuanto sus principios requieran de la concreción de reglas específicas.

Luego de esa parte introductiva sigue la ordenación numerada de los preceptos que se encaminan a los siguientes objetivos:

- a) Proclamar las características fundamentales que resumen el ordenamiento que va a desarrollarse en el articulado subsidiario: señalar el titular del poder supremo, carácter del Estado, régimen del gobierno, posición en el aspecto de las relaciones con la Iglesia y en la vida internacional, etc.;
- b) Reconocer, precisar los límites y organizar la garantía de las libertades y derechos de los miembros de la sociedad política;
- c) Establecer los diversos órganos que ejercen las varias funciones del Estado, determinar su composición y forma de investidura, indicar la competencia, mencionar las atribucio-

nes de que quedan investidos, etc. Indiscutiblemente este tipo de mandatos integra de modo insustituible lo típico de la ley fundamental, a tal punto que, si no se consigna en el documento, no podrá ser éste catalogado como Constitución Política, cualquiera que sea la importancia doctrinaria o cívica que revista;

d) Consagrar el procedimiento de reforma de la misma ordenación constitucional, y

e) Al final del texto, con numeración separada, contemplar disposiciones transitorias, encaminadas a adecuar las reglas permanentes a la realidad existente al comienzo de su vigencia, o a resolver los conflictos que se generen en la pugna de normas precedentes y aquellas que se están implantando.

La Constitución de 1980 impuso en Chile, a través de 29 reglas transitorias, una organización provisional que habría de regir hasta el 10 de marzo de 1990.

54. Los preceptos constitucionales pueden ser de contenido imperativo, prohibitivo o permisivo, a los que puede darse el calificativo de *pragmáticos*, o revestir y traducir simplemente una aspiración del constituyente y, en tal caso, calificarse como *programáticos*, si proponen o definen metas u objetivos para su futura realización por el legislador u otro de los órganos de autoridad establecidos en la Constitución.

Si en principio no debieran crear graves problemas la interpretación y cumplimiento de las cláusulas imperativas, prohibitivas o permisivas de la Ley Fundamental, no puede sorprender que se originen dudas respecto de las cláusulas programáticas.

En relación con los preceptos que mencionen aspiraciones, surgen, en efecto, discrepancias en torno a si ellos constituyen meros requerimientos propuestos para la actuación de los órganos que tengan competencia para satisfacerlas —normalmente los colegisladores—, o si conforman contenidos cuya concreción puede exigirse directamente a la respectiva autoridad, o recurriendo para ello, si es necesario, a la intermediación de la magistratura judicial que ordene la adecuada actuación. Interpretar el alcance de tales normas en términos de entender que ellas mismas crean derechos subjetivos susceptibles de imputarse de inmediato, contradiría, a nuestro juicio, la posición del constituyente, en cuanto éste no se atrevió a garantizar

beneficios exigibles bajo el solo amparo de la letra de la Carta. Los derechos subjetivos reclamables ante la autoridad o jurisdicción pertinente vendrían a precisarse, a nuestro juicio, sólo una vez y del modo que determine de ordinario el legislador; con anterioridad a ello la norma constitucional podrá dar base, sin duda, a la formulación de iniciativas que se proyecten en el plano político para mover y, si corresponde, urgir aquellas decisiones que tiendan a concretar las metas propuestas por la Ley Fundamental.

Poder Constituyente

55. Se denomina Poder Constituyente la facultad que tiene todo cuerpo político de establecer su propia ley fundamental, de fijar, por lo tanto, todo lo que se refiere a lo esencial de la estructura de las instituciones llamadas a regir los intereses generales de la colectividad y a resguardar los derechos de los gobernados.

Dentro de tal concepción pertenece al Poder Constituyente la determinación de bases principales del ordenamiento de la sociedad política en cuanto consagra la estructura del Estado, establece el sistema gubernativo, determina la composición de los órganos llamados a ejercer las diversas funciones, la esfera y jerarquía de las competencias fijadas a las respectivas autoridades.

Integra, indiscutiblemente, además, el campo propio del Poder Constituyente el reconocimiento de las libertades y derechos de las personas y grupos integrantes de la sociedad organizada, como el sistema de garantías y de limitaciones que fija el estatuto de unos y otros.

Si el Estado no puede concebirse sin la existencia en él de un poder supremo que encauce y dirija la vida colectiva hacia el bien común, uno de los aspectos que contiene la soberanía es la facultad de trazarse el marco básico, el estatuto fundamental del mismo soberano. Tal es la función del Poder Constituyente.

La denominación de Poder Constituyente se explica tanto por la significación propia del término como por el afán de distinguirlo del conjunto de poderes, órganos, autoridades, cuerpos, llamados por aquél a desempeñar las distintas tareas que requiere la vida del Estado en su acción incesante. Son todos

En otro orden de cosas quiero dar las gracias a Marcelo Covián, director de Ariel, por toda su actitud en la publicación de este libro, y a Inmaculada Verdaguer por la paciencia y maestría con que ha mecanografiado varias veces el texto.

Oviedo, julio de 1987

CAPÍTULO I

EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

§ 1. *El contenido político del concepto de Constitución:* 1. Constitución y constitucionalismo; 2. Dos versiones del constitucionalismo. § 2. *La Constitución como norma suprema:* 1. Constitución y estructura del ordenamiento; carácter histórico y relativo del concepto de Constitución; 2. Supremacía constitucional y Constitución escrita; 3. Objeto y destinatario de las normas constitucionales. § 3. *La distinción entre Constitución en sentido formal y Constitución en sentido material.* § 4. *La cuestión de la neutralidad del concepto de Constitución.* § 5. *Constitución y positividad del derecho:* 1. El concepto de positividad: creación de normas y modos de fundamentación de la validez; 2. La Constitución como fundamento del ordenamiento jurídico positivizado. BIBLIOGRAFÍA.

§ 1. EL CONTENIDO POLÍTICO DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

1. Constitución y constitucionalismo

La palabra Constitución, y con ella la expresión Derecho Constitucional y cualquier otra en que el término aparezca como adjetivo, se encuentra en su origen ostensiblemente cargada de significado político, evoca de inmediato ideas tales como libertad y democracia, garantía de los derechos de los ciudadanos, limitación del poder. Para los españoles de hoy esta significación política del término sigue siendo evidente en el lenguaje común y también, lo que es más insólito en el siglo XX, en el propio lenguaje legal: durante el franquismo un lento proceso de «institucionalización del régimen» condujo a la elaboración de un complejo sistema de normas básicas, de normas reguladoras del poder público, pero nunca se las llamó Constitución, sino Leyes Fundamentales del Reino, y la última de ellas, la que en 1967 dio cierta unidad a una regulación hasta entonces fragmentaria, también evitó ese nombre y adoptó el de Ley Orgánica del Estado. El posterior cambio de régimen, sin embargo, no sólo substituyó esas normas básicas por otras nuevas, sino que, significati-

vamente, promulgó éstas con el nombre de Constitución Española, poniendo de manifiesto con la misma denominación el radical cambio de contenido.

Ese significado político del término responde al sentido que históricamente ha tenido en el constitucionalismo como movimiento ideológico y político. En el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional francesa en 1789 se contiene una expresión tan clásica como lapidaria de esta idea: «Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución». La finalidad del movimiento que históricamente se llamó constitucionalismo no era, obviamente, introducir en los ordenamientos una norma denominada Constitución, sino asegurar la garantía de la libertad frente al poder público. Que una sociedad tenga Constitución, que un Estado sea constitucional, significa, ante todo, que en él la organización de los poderes responda a un determinado fin, el aseguramiento y garantía de la libertad de los ciudadanos. Luchar por la libertad es, así, luchar por la Constitución, y constitucionalismo y liberalismo aparecen como términos equivalentes, porque en ese significado la palabra Constitución designa algo más que una norma jurídica: la propia organización del Estado que obedece a determinados principios, esto es, que responde a una determinada «esencia».

Por eso mismo el calificativo «constitucional» se utiliza tan sólo cuando se cumplen las exigencias de esa idea. Hay, así, un «régimen constitucional» o un gobierno o un Estado constitucionales, que son lo contrario del Antiguo Régimen, del llamado absolutismo o despotismo, porque sólo en el régimen constitucional, o bajo un gobierno constitucional, está la libertad asegurada. Por eso también se denomina Monarquía constitucional a aquella en la que el Rey tiene que compartir su poder con una Asamblea de elección más o menos democrática, esto es, a aquella Monarquía que ya no es absoluta en el sentido habitual de este término. El carácter constitucional o no de las instituciones les viene, por tanto, de que estén configuradas de tal modo que el poder resulte limitado y así la libertad garantizada.

Ese valor político del término Constitución, y de su adjetivo, se hace patente incluso en la denominación académica o científica del correspondiente sector del saber jurídico. El art. 368 de la Constitución de Cádiz ordenaba que se explicase «la Constitución política de la Monarquía en todas las universidades y establecimientos literarios, donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas», y el Plan de Estudios de 1821 —del Trienio Liberal, por tanto— reintroduce en las Facultades de Derecho las Cátedras de Derecho Constitucional, que desaparecerán en el Plan de 1824, en la segunda restauración. Curiosamente, en el ámbito de las instituciones universitarias no reaparecerá hasta 1984 la expresión Derecho Constitucional para designar a las correspondientes cátedras, que se llamaron hasta entonces de Derecho Público, inicialmente, o de Derecho

Político, más tarde, primero juntamente con el Derecho Administrativo y luego como cátedras diferenciadas. Sin embargo, esa significación del término aparece en la Cátedra de Derecho Político Constitucional que en 1836 se crea en el Ateneo de Madrid y en la denominación de algunos de los primeros tratados en la materia: Las Lecciones de Derecho Político Constitucional (1843), de A. Alcalá Galiano, o las del mismo título de J. F. Pacheco (1845), ambas recopilaciones de las lecciones pronunciadas en la mencionada cátedra del Ateneo en Madrid, precisamente al reiniciarse la vida constitucional al final del reinado de Fernando VII.

2. Dos versiones del constitucionalismo

El objetivo garantista se persigue en Europa fundamentalmente a través de una determinada forma de organizar el Estado: asamblea representativa con funciones legislativas, distinción entre éstas y las funciones de aplicación del derecho, sobre todo la jurisdiccional; en una palabra, las múltiples variantes del llamado régimen representativo o constitucional, cuyo núcleo es la separación de poderes a que alude la Declaración revolucionaria. Con la excepción de la Gran Bretaña, esa organización se plasma en textos normativos que reciben el nombre de Constitución, ley fundamental u otro similar, esto es, en una Constitución escrita. La Revolución Francesa conduce a la primera Constitución de Europa, la de 1791, el movimiento liberal español se traduce en la Constitución de Cádiz de 1812, y todos los Estados europeos se suman en algún momento a esa corriente. Pero por una serie de razones políticas poderosísimas —entre ellas la existencia de monarquías— en Europa no llega a afianzarse claramente la idea de que esa Constitución escrita es efectivamente una *norma jurídica* que obliga a los poderes del Estado y cuya infracción resulta antijurídica. La finalidad garantista del constitucionalismo se persigue por una vía interna —por decirlo así— al aparato de poder del Estado, de modo que Estado constitucional significa Estado organizado con arreglo a ciertos principios, pero no necesariamente sumisión de los poderes del Estado a normas situadas por encima de ellos. Por eso, es posible que precisamente el país donde tiene su cuna el régimen constitucional, la Gran Bretaña, ni siquiera tenga una Constitución escrita y se asiente sobre la soberanía del Parlamento, sobre su no sumisión a normas jurídicas; y que en la más clásica realización francesa del régimen constitucional, la III República, la Constitución fuera considerada una ley como cualquier otra que no vinculaba al poder legislativo. El resultado es que la posición suprema en el ordenamiento jurídico corresponderá a la ley (v. § 34).

Por el contrario, en el constitucionalismo americano, donde faltan los factores condicionantes que se dan en Europa, resulta claro desde el principio que las normas contenidas en la Constitución escrita son derecho, el derecho supremo del país, al que han de sujetarse los órganos del

Estado en el ejercicio de sus poderes, con la consecuencia de que es posible el control de la constitucionalidad del mismo. En palabras del Juez Marshall, que expresan con claridad esta idea, «los poderes del legislativo son definidos y limitados y para que tales límites no se confundan u olviden se ha escrito la Constitución». La doctrina inglesa de la soberanía del Parlamento no encontró eco y fue sustituida por la clara conciencia de la supremacía jerárquica de la Constitución. Éste es también el sistema que se afianza en el continente europeo a partir del período de entreguerras.

Con ello la palabra Constitución o constitucional ya no designa un régimen, sino una norma a la que han de sujetarse todos los poderes del Estado. La finalidad garantista del constitucionalismo ya no se asegura tan sólo con una organización y desde la confianza en su buen funcionamiento, sino que se persigue también *normativamente*.

§ 2. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA SUPREMA

1. Constitución y estructura del ordenamiento; carácter histórico y relativo del concepto de Constitución

El concepto de Constitución sólo es comprensible si se parte de un dato básico de los ordenamientos jurídicos modernos: la distinción entre creación y aplicación de normas y la atribución de la primera función a uno o varios órganos que ocupan una posición de supremacía en la organización jurídica y que desarrollan su función normadora de un modo más o menos permanente. El presupuesto primero de la Constitución es, por tanto, la existencia de la función legisladora en el sentido amplio de este término, como función de crear normas. Esa función normadora puede, a su vez, dividirse en varios planos subordinados entre sí, supuesto en el cual el término legislación se reserva para el que ocupa una posición superior.

Establecer en tal ordenamiento una norma suprema, una Constitución, significa que esa creación normativa o legislación en el sentido amplio del término queda a su vez sujeta a normas que son el fundamento y límite de su validez. Por decirlo así, el plano de las normas, previamente diferenciado del de la aplicación y concentrado en órganos específicamente normadores, se escinde en dos, el de las normas que esos órganos crean (legislación) y el de las normas superiores a que han de sujetarse (Constitución).

El concepto de Constitución como norma suprema presupone, por tanto, una determinada estructura del ordenamiento y, en ese concreto sentido, es un concepto histórico: no todo ordenamiento tiene una Constitución. No hay Constitución cuando creación y aplicación de derecho están aún unidas, por ejemplo en los sistemas de derecho judicial. Tampoco la hay si la creación de derecho no está sometida a su vez a normas, por

ejemplo en el sistema de soberanía del parlamento. En todos esos casos la teoría jurídica puede identificar una *norma básica*, una norma que fundamenta el ordenamiento —es derecho lo que los jueces dicen, en el caso de un sistema puramente judicial, o es derecho lo que dice el parlamento, en el caso de la soberanía parlamentaria— pero esa norma básica, que puede incluso no estar explícitamente formulada, no es una Constitución en el sentido que este término tiene para la ciencia jurídica, esto es, no es una Constitución como norma de derecho positivo.

La Constitución se identifica por una *relación* y en concreto en relación con el plano que llamamos legislación, entendida ésta como la creación normativa que de modo más o menos permanente llevan a cabo determinados órganos a los que todos los demás están subordinados. Y esto quiere decir que la Constitución es el conjunto de las normas a las que está sujeta la creación de normas por los órganos superiores del Estado.

2. Supremacía constitucional y Constitución escrita

Esa sujeción de la creación de normas a otras normas superiores a ella no se cumple simplemente con la existencia de una Constitución escrita que regule la estructura y funcionamiento de los órganos del Estado. Ciertamente el establecimiento de una norma suprema, por encima de los órganos superiores del Estado, se hace mediante la promulgación de un texto escrito, la llamada Constitución escrita, con el nombre de Constitución o cualquier otro, pero sólo hay Constitución como norma cuando el ordenamiento establece que el cumplimiento de esos preceptos es obligado y, en consecuencia, que su infracción es antijurídica. Sólo entonces cabe decir que hay Constitución y que la Constitución escrita es norma, la suprema norma. Por ello es posible decir que no tienen Constitución Estados que son constitucionales en el sentido de que su estructura y funcionamiento obedecen a las exigencias del constitucionalismo como movimiento político, pero en los cuales no se utiliza la técnica concreta de establecer una norma suprema con la que quepa enjuiciar tanto la legislación como cualquier otra función del Estado.

La existencia de una Constitución escrita, en un texto unitario o en varios, como ha ocurrido en ocasiones, es sin embargo una técnica prácticamente obligada para el establecimiento de una norma suprema en el ordenamiento. Cuando existe ese tipo de texto, algo casi universal hoy, la diferencia entre normas sobre la que la Constitución se basa se hace inequívoca y adquiere una certeza que no tendría si se hubiese de operar con costumbres, principios inducidos de la práctica o simplemente textos dispersos fruto de la acumulación histórica.

Al recurrir a esta técnica es la simple forma constitucional la que lleva aparejada la supremacía: todo lo que esté incluido en la Constitución o se incluya en el futuro tiene esa cualidad.

3. Objeto y destinatario de las normas constitucionales

La diferenciación entre el plano de la creación de normas o legislación y otro superior a él, la Constitución, no significa necesariamente que este segundo tenga por *objeto* el primero, que la materia de todas las normas que integran la Constitución sea precisamente regular la creación normativa que han de llevar a cabo los órganos superiores del Estado. Evidentemente, la pretensión de sujetar a normas la actividad de esos órganos llevará a que las normas constitucionales se ocupen de ellos y de su actividad, de modo que la Constitución escrita regulará la composición del órgano legislativo, su funcionamiento, el contenido posible de las leyes, etc. Pero también es posible que esas normas a las que se confiere un valor superior al de la legislación se refieran a *cualquier materia* como lo hace la Constitución Española al ocuparse de la familia o de los tribunales consuetudinarios, o al disponer que los jueces y magistrados de carrera formarán un cuerpo único (art. 122.1). Una norma así no tiene por *objeto* o materia regular la creación de normas por los órganos superiores del Estado y, sin embargo, esta función normadora está sujeta a esa norma porque no puede infringirla. A su vez, es posible que algunas normas cuyo objeto es precisamente la función normadora de los órganos superiores del Estado no formen parte de la Constitución porque no se establecen como normas de rango superior a la legislación misma que regulan. Así la función legislativa se encuentra parcialmente regulada en los reglamentos parlamentarios. Sólo cabe decir que la Constitución es el conjunto de las normas que *regular* la creación de normas por los órganos superiores del Estado a condición de que no entendamos la expresión «regular» como indicación del objeto de esas normas, sino como indicativa de que esa función normadora *está subordinada* a las normas de la Constitución, cualquiera que sea la materia u objeto de que éstas se ocupen.

Dado que lo definitorio de las normas constitucionales no es su objeto o materia, sino la posición que ocupan en el ordenamiento, su *destinatario* no es necesariamente el legislador, sino que pueden ser también inmediata y directamente vinculantes para órganos cuya función es aplicar las normas que el legislador crea. Si dijéramos que la Constitución es el conjunto de normas cuyo objeto es la legislación, los órganos cuya función es aplicar las leyes sólo estarían mediata o indirectamente sujetos a la Constitución, que únicamente les vincularía en la medida en que las leyes hubiesen cumplido los preceptos constitucionales. Dicho con otros términos: la Constitución sería una norma *acerca* de la ley como fuente del derecho, pero no sería ella misma fuente del derecho. Pero si lo que caracteriza a la Constitución es ser norma suprema, por encima de las leyes, es claro que establece directa e inmediatamente una vinculación para todos los órganos del Estado, incluidos los de aplicación, aun cuando tal eficacia directa e inmediata pueda matizarse por la Constitución misma para fortalecer la autoridad del legislador (v. § 22).

* La posición de las normas en el ordenamiento es el elemento que define su carácter constitucional

En definitiva, el *concepto de Constitución se construye a partir de la jerarquía entre normas*. Las normas constitucionales no se diferencian de las demás por su objeto, que puede ser cualquiera, y no necesariamente la organización del Estado ni la función normadora de sus órganos superiores. Tampoco se identifican por su forma, por estar incluidas en un texto aprobado como Constitución escrita. Se identifican por la relación que guardan con las demás: por la superioridad respecto de la legislación, de toda la creación normativa y de todos los actos de aplicación de la misma.

§ 3. LA DISTINCIÓN ENTRE CONSTITUCIÓN EN SENTIDO FORMAL Y CONSTITUCIÓN EN SENTIDO MATERIAL

El hecho de que en Europa no se haya impuesto hasta bien entrado el siglo XX la idea de una norma suprema, de una Constitución en el sentido que acaba de indicarse, ha conducido a hacer imposible un concepto unitario de Constitución. Además de fenómenos tales como la posibilidad de hablar de un «Estado constitucional sin Constitución», no ha sido posible en la tradición dogmática del siglo XIX determinar qué haya de entenderse por Constitución, y se ha impuesto una concepción dualista, aun viva, que distingue en Constitución entre sentido formal y Constitución en sentido material, distinción igual a la que se establece para la ley (v. § 46), y que no es sino expresión dogmática de la negación de todo el valor normativo de la Constitución misma.

La expresión «Constitución en sentido formal» alude a la Constitución escrita, a textos que se diferencian de las restantes leyes por su nombre y, en su caso, porque su aprobación y reforma están sujetos a especiales requisitos. La expresión «Constitución en sentido material» alude, en cambio, al conjunto de las normas cuyo *objeto* es la organización del Estado, los poderes de sus órganos, las relaciones de éstos entre sí y sus relaciones con los ciudadanos; en pocas palabras: las normas que regulan la creación de normas por los órganos superiores del Estado, no en el sentido indicado antes, sino en el de que la tienen por objeto. A partir de esa diferencia es posible decir que algunas normas son *sólo formalmente* constitucionales, porque están en la Constitución escrita pero su objeto no son los órganos superiores del Estado, la materia constitucional; y que otras son *sólo materialmente* constitucionales, porque tienen ese objeto pero no están incluidas en la Constitución escrita.

Esta distinción puede tener algún valor para identificar el objeto académico del Derecho Constitucional, que no estudia por igual todas las normas de la Constitución, algunas de las cuales inciden en el derecho civil, penal, o cualquier otro sector del saber jurídico. Pero es en cambio totalmente insostenible como criterio para identificar las normas constitucionales como verdaderas normas. La promulgación de una Constitución escrita es prácticamente imprescindible para establecer una norma

suprema en el ordenamiento, pero no es suficiente, y no habrá tal norma suprema si no se establece que la infracción de lo dispuesto en la Constitución escrita es antijurídico. Si el ordenamiento no dispone tal cosa, es decir, si la infracción de la Constitución escrita es lícita, los preceptos de esa Constitución serán constitucionales sólo en el sentido de que están incluidos en ella, pero en realidad no serán ni siquiera normas, pues una norma que puede ser infringida lícitamente *no es una norma*. Por el contrario, si el ordenamiento establece que es obligado acatar la Constitución escrita, todos sus preceptos son igualmente obligatorios, sea cual sea la materia de que se ocupen, y a todos les corresponde por igual la condición de norma suprema. Lo que hace que una norma sea constitucional es que el ordenamiento le atribuya una posición suprema en el sentido de situarla jerárquicamente por encima de la legislación.

Establecido el deber de respeto a la Constitución escrita sólo las normas incluidas en ellas son normas supremas, esto es, Constitución, y no tienen ese carácter las que queden fuera, aunque tengan por objeto regular los órganos superiores del Estado. En efecto, *el que una norma tenga por objeto regular la creación normativa de los órganos superiores del Estado no le confiere ningún valor si el ordenamiento no prevé que su infracción es antijurídica*. El ejemplo de las normas que regulan el procedimiento legislativo es especialmente ilustrador: si en un ordenamiento existen normas que regulan la elaboración de las leyes, por ejemplo estableciendo que en determinados casos se requiere una mayoría cualificada, puede decirse que entre las normas que regulan el procedimiento y las leyes que se producen con éste existe una relación lógica, en virtud de la cual éstas no pueden aprobarse alterando el procedimiento prescrito, es decir, infringiendo las normas que lo establecen, con el resultado de que, de producirse esa infracción, la ley aprobada es nula; pero esto sólo ocurre si el ordenamiento jurídico lo establece así disponiendo que las normas de procedimiento han de ser siempre respetadas y que será nula la ley que se apruebe infringiéndolas. De no existir tal previsión en el ordenamiento las normas de procedimiento no serán en realidad normas jurídicas, sino previsiones que posiblemente se cumplen de modo más o menos estable pero que en cualquier momento pueden infringirse sin que ello acarree consecuencia alguna.

Para que quepa decir que esa norma lo es, realmente es preciso que el ordenamiento le confiera fuerza de obligar, y esto puede hacerlo incluyéndola en la Constitución escrita cuya obligatoriedad se declara, caso en el cual será constitucional, pero por razones «formales», no «materiales». O la fuerza de obligar le puede venir de que la Constitución se la atribuya, caso en el cual obviamente no formará parte de la Constitución misma. Una norma sólo materialmente constitucional no es en absoluto constitucional, y si es norma es porque la Constitución le atribuye tal carácter.

§ 4. LA CUESTIÓN DE LA NEUTRALIDAD DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

Al asentar el concepto de Constitución sobre su carácter de norma suprema podría pensarse que se ha prescindido enteramente de la finalidad garantista propia del constitucionalismo y que se ha llegado a un concepto neutral, puramente técnico y formal. De ser así cabría un Estado con Constitución pero no constitucional, por ejemplo una dictadura constitucional; todo Estado tendría Constitución siempre que hubiere norma suprema, cualquiera que fuese su contenido; y las Leyes Fundamentales del franquismo serían una Constitución que si no se llamó así fue porque no se quiso entender la expresión sólo en su sentido técnico, sino en el sentido político que le atribuyó el constitucionalismo y que se quiso rechazar.

Esta neutralización del concepto de Constitución no es, sin embargo, enteramente correcta y entra en contradicción con la idea misma de Constitución como norma suprema. Si la Constitución tiene realmente ese valor supremo, forma parte de su ser mismo la imposición de algún límite, esto es, de prohibiciones y mandatos, pues de otro modo difícilmente cabrá hablar de norma. Una norma que confiere un poder absoluto es ciertamente norma, porque en virtud de ella todos quedan sujetos al titular de ese poder, pero no es norma para el poder mismo y por ello no es Constitución en el sentido de norma suprema.

Es cierto, sin embargo, que la concepción de la constitución como norma impide vincular ésta indisolublemente a los concretos fines del liberalismo tal como se han formulado en la tradición del constitucionalismo europeo, que en alguna de sus versiones dudaría del carácter constitucional de algunos rasgos de la democracia del final del siglo XX. En tanto haya norma suprema, y por tanto sujeción y límite, hay Constitución, aun cuando el régimen que en ella se establezca esté muy lejos de lo que en el pasado se ha venido entendiendo por constitucionalismo.

Por tanto para que una norma sea constitucional es necesario que se atribuya a ella una fuerza de obligar, esto es, que sea una norma jurídica.

§ 5. CONSTITUCIÓN Y POSITIVIDAD DEL DERECHO

1. *El concepto de positividad: creación de normas y modos de fundamentación de la validez*

La existencia de Constitución en el sentido moderno de este término sólo es comprensible, como ya se ha dicho, a partir de determinadas características estructurales de los ordenamientos modernos, a partir en concreto de lo que cabe denominar su positividad, una característica de la que antes sólo se han apuntado un par de rasgos básicos y en la que es obligado profundizar.

- a) Por positividad no se entiende aquí, claro está, el hecho de que el derecho sea positivo, puesto por los hombres, creación humana, pues ésa

es característica común a todo derecho imaginable, salvo para quien profese el iusnaturalismo. La expresión positividad alude aquí, en primer lugar, al modo de la «posición», al modo en que se pone o crea el derecho.

La creación de derecho puede tener lugar de dos modos distintos: por repetición y por decisión. Existe un derecho creado por la repetición de conductas hasta dar lugar a la creación de una regla, de una normalidad, a la que la conciencia jurídica atribuye fuerza de obligar en virtud de que siempre se ha hecho así. Esta costumbre, este derecho consuetudinario, fue en las sociedades primitivas la forma más importante de la creación de derecho, previa a la existencia de un legislador, cuya primera función fue posiblemente la de codificar normas ya existentes en virtud de la costumbre. El derecho se crea también a través de la decisión del legislador, a través de las leyes y, en mayor o menor medida según las épocas y sistemas jurídicos, a través de las decisiones de los jueces. En la legislación nos hallamos ante un acto de voluntad de un sujeto, individual o colectivo, que está habilitado para innovar el ordenamiento jurídico, para introducir una norma en el mismo. Junto a la legislación, también la jurisprudencia constituye una forma de creación de derecho por decisión cuando los jueces, mediante sucesivas decisiones repetidas, sientan una doctrina acerca de cómo deben resolverse ulteriores casos similares, es decir, sientan una norma general cuyo valor y posición dentro del ordenamiento varía según las épocas y los sistemas.

Aunque tanto el derecho consuetudinario como el decidido son derecho positivo, la expresión positividad alude a que el derecho moderno es fundamentalmente derecho «decidido», y sobre todo *derecho legislado*. La creación de derecho mediante leyes es inicialmente un fenómeno secundario frente a la creación consuetudinaria y judicial, pero su presencia crece con la complejidad social y la legislación pasa a ocupar el primer puesto a partir de las revoluciones de finales del siglo XVIII. Aquí no es posible explicar, ni siquiera resumir, las razones de este fenómeno, relacionado con la creciente complejidad y diferenciación interna de la sociedad, pero en cualquier caso se trata de una tendencia extremadamente poderosa que se impone incluso en países que, como Gran Bretaña, tienen una tradición de derecho judicial. Cuando hablamos de positividad del derecho moderno para diferenciarlo del antiguo, la palabra se utiliza en ese sentido concreto, para señalar que el derecho moderno es creado por la decisión, y no por la costumbre, y que dentro de ese modo de creación la legislación desempeña el papel principal.

b) Esa imposición del derecho creado por decisión sobre otras formas de creación jurídica va acompañada y precedida de una alteración en el modo de concebir la validez. En la conciencia jurídica moderna, tanto científica como vulgar, en la experiencia jurídica, se considera que lo que confiere validez a las normas es la decisión de crearlas por parte de quien está habilitado para ello, y que la validez no deriva de ninguna otra cualidad. Y esto es un cambio de capital importancia respecto de la conciencia jurídica premoderna, para la cual el derecho vale, es tal, no en virtud

de la decisión, del respaldo del poder, sino en virtud de la justicia o de la antigüedad: derecho es equivalente a justicia y no puede haber derecho allí donde hay normas injustas; o el derecho vale en virtud de su antigüedad, es mejor el derecho antiguo que el nuevo, el *ius vetum* que el *ius novum*. El derecho vive ante todo en la comunidad y en su pasado, su antigüedad es la demostración de su existencia y de su valor, y la idea de que es posible innovar en cualquier momento el ordenamiento jurídico resulta por completo ajena a la conciencia jurídica tradicional.

Este modo de concebir el derecho se corresponde evidentemente con la estructura misma de los ordenamientos a los que acompaña. En ellos el derecho decidido desempeña un papel mínimo frente al derecho consuetudinario, y la legislación supone una lucha constante no sólo frente a ese tipo de derecho, sino también frente al derecho legislado más antiguo. En el mundo medieval la prohibición de alterar el ordenamiento tenía casi una consagración institucional y desde luego se consideraba que el legislador quedaba vinculado por sus propias leyes, que no podía alterar a su voluntad. La penetración del derecho legislado es sumamente lenta, no se consuma hasta la Revolución francesa, e incluso posteriormente pervive la resistencia del derecho antiguo frente al nuevo o, para ser más precisos, la idea de que el derecho vale por su antigüedad, no por la voluntad del legislador. Aún Hegel puede decir en el parágrafo 211 de la Filosofía del Derecho que «en la legislación no se trata de hacer un sistema de leyes nuevas por su contenido, sino de conocer las leyes existentes en su generalidad concreta, es decir, de captarlas en el pensamiento».

La positividad como característica del derecho moderno hace referencia al hecho de que en la conciencia jurídica y en la propia estructura del ordenamiento han desaparecido todas esas limitaciones. El concepto de positividad así entendido no implica sólo que el derecho es derecho puesto, sino que significa que en la conciencia jurídica el derecho vale porque es puesto y no por ninguna otra razón, porque sea justo o antiguo. El derecho puede ser cambiado en cualquier momento, el legislador no se vincula para el futuro, sino que *se institucionalizan procesos especiales para el cambio*, el proceso legislativo entre ellos, y se establece una *diferenciación estructural entre la desobediencia y el cambio*, lo que no ocurría en la sociedad tradicional.

De los ordenamientos tradicionales se puede decir que eran *estáticos*, o que estaban sometidos a un principio estático, ya que la norma fundamental de que derivaba la validez del conjunto determinaba también el contenido posible de la creación jurídica y reducía extraordinariamente las posibilidades de innovación jurídica. El sistema del derecho moderno es *dinámico* en cuanto que: 1) el derecho institucionaliza su propio cambio, que puede tener lugar en cualquier momento, sin que la antigüedad añada ningún valor a la norma; 2) cualquier cuestión es susceptible de normación; 3) la normación puede afectar a un número ilimitado de personas, de modo que todos están en principio sometidos por igual al orde-

namiento jurídico. *La positividad significa que lo jurídicamente posible no tiene límite alguno, ni temporal, ni social, ni material.* Dicho en otros términos: la positividad expresa para el ordenamiento jurídico lo que la teoría política conceptualiza como soberanía.

2. La Constitución como fundamento del ordenamiento jurídico positivizado

Esta alteración en la estructura y dinámica del ordenamiento abre por sí misma cuestiones capitales, para cuya respuesta nace la Constitución. En un ordenamiento no positivado, tradicional, el problema de la fundamentación del ordenamiento jurídico no se plantea como una cuestión propiamente jurídica, pues el derecho no vale porque es decidido, sino porque es antiguo y bueno. Por el contrario, en el derecho positivizado, y en la conciencia jurídica moderna, el problema forzosamente ha de pasar a un primer plano: si el derecho no sólo es decidido, sino que vale precisamente porque es decidido, es necesario preguntarse ahora sobre qué reposa ese poder de decidir, ese poder de crear derecho, y la respuesta no puede hallarse más que en el propio ordenamiento, en su norma superior.

En un ordenamiento no positivizado la creación jurídica tiene unos contenidos normativamente determinados por la historia o la ética, en los que se da expresión normativa a exigencias sociales. No ocurre así en un ordenamiento moderno, en el que esas exigencias no tienen otra expresión normativa —aparte, claro está, de su capacidad de imponerse como necesidades de hecho— que la que les pueda prestar el propio ordenamiento jurídico, el propio derecho. No son la moral ni la historia las que prefiguran normativamente el contenido del ordenamiento jurídico, sino que esta función la cumple la norma superior del mismo, la Constitución. En un ordenamiento no positivizado la escasa cuantía del derecho legislativo hace que la posición del legislador sea forzosamente secundaria, y por ello es de escasa entidad el problema de fijar los límites de su actividad; en un ordenamiento moderno, por el contrario, el legislador ocupa una posición central y el problema de fijar los límites de su creación normativa pasa a un primer plano.

La fundamentación del poder de creación normativa y su sumisión a límites, un problema que no podía emerger a la conciencia jurídica premoderna, se hace así cuestión capital en los ordenamientos modernos, primero con el concepto de «leyes fundamentales» esgrimidas frente al absolutismo, esto es, frente a los primeros pasos de la soberanía-positividad, luego en el constitucionalismo. Se trata del problema de establecer en el interior del ordenamiento mismo una norma que cumpla las funciones antes asignadas al derecho natural o a la historia.

BIBLIOGRAFÍA

Para comprender el significado político del Estado constitucional es de obligada lectura la obra de KRIELE, M., *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, 1980, sumamente recomendable desde todo punto de vista.

Sobre las dos versiones del constitucionalismo ver GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, recogida en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo I*, 4.ª edición, Madrid, 1983, págs. 90 y ss. Sobre la ausencia de supremacía de la Constitución en Europa ver PÉREZ ROYO, J., *La reforma de la Constitución*, en *Revista de Derecho Político*, Madrid, 1986, n.º 22, págs. 7 y ss.

Sobre el concepto de Constitución ver RUBIO LLORENTE, F., *La Constitución como fuente del Derecho*, en la obra colectiva *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, 3 vols., Madrid, 1979, vol. I, págs. 53 y ss. Una exposición de los diversos conceptos de Constitución se encuentra en GARCÍA PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1984, caps. II, III y IV. Esta obra es también sumamente útil para comprender la base política del concepto de Constitución. La diferencia entre Constitución en sentido material y Constitución en sentido formal se encuentra claramente expuesta en KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, México, 1981. En SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1982, se encontrará una variedad de conceptos de Constitución tan extraordinaria y desorientadora que sólo puede explicarse como resultado del intento consciente de negar la supremacía de la Constitución misma.

Una exposición de la historia del Derecho Constitucional en España, con una crítica tan dura como justa a su confusión, se contiene en RUBIO LLORENTE, F., *Nota preliminar a la edición española de STEIN, E., Derecho Político*, Madrid, 1973, págs. XI y ss.