

**GASPAR CABALLERO SIERRA
MARCELA ANZOLA GIL**

TEORÍA CONSTITUCIONAL

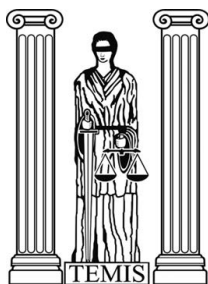

EDITORIAL
TEMIS
OBRAS JURÍDICAS



TEORÍA CONSTITUCIONAL

GASPAR CABALLERO SIERRA
MARCELA ANZOLA GIL

TEORÍA CONSTITUCIONAL



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2021

© Gaspar Caballero Sierra, Marcela Anzola Gil, 2021.

© Editorial Temis S. A., 2021.

Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá

www.editorialtemis.com

correo elc.: gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.

ISBN 958-35-0066-6

ISBN e-book 978-958-35-1310-7

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso, reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

PROEMIO

Los autores hemos querido presentar ante el público esta obra que tal vez lleva el ambicioso título de *Teoría constitucional*, pero que en el fondo no es sino un modesto examen sobre la determinación de la Constitución total del Estado, acudiendo para ello no solo a las propias fuentes del derecho colombiano, sino que con ayuda del derecho comparado, como técnica de investigación, hemos querido explorar el desarrollo actual de la ciencia en una materia que provoca tanto interés, máxime cuando el país ha comenzado a asimilar un nuevo texto constitucional.

No se trata, por tanto, de un simple texto de derecho constitucional, ni de una teoría del Estado constitucional, ni de política constitucional, ni de un constitucionalismo social, sino que partiendo de la realidad del mundo contemporáneo, hemos querido realizar una reflexión sobre los valores jurídicos de la Constitución, frente a las necesidades humanas, a veces con rápidas excursiones en el marco de la filosofía, para comprender con mayores veras lo que es la suprema ley del Estado, como fundamento y límite de todo el entorno jurídico y sus reales perspectivas en un mundo que reclama la libertad, pero con igualdad y seguridad de vida.

Con ese criterio hemos soslayado el análisis de la evolución histórica del derecho constitucional en nuestro medio, que si bien es importante y decisivo para saber cómo se han dado las nuevas realidades institucionales, empero, consideramos que con dicho aporte alargaríamos en demasía el presente estudio, cuando, por otro lado, nuestro interés se dirige a un conocimiento constitucional que inclusive va hasta los textos legales que le dan desarrollo a la Constitución Política de Colombia, con el ambicioso plan, que no ocultamos, de que se tenga un mejor entendimiento y comprensión de la medida de validez del ordenamiento jurídico colombiano. Por ello, contemplamos facetas antes no analizadas sobre las fuentes del derecho constitucional y de la Constitución misma, pero que de veras impriman un verdadero sello sobre el poder institucional supremo del Estado con relación a los particulares, y por eso encontramos que tanto la costumbre, como la jurisprudencia constitucional, y la misma interpretación constitucional siempre deben acompañar al derecho constitucional escrito.

No quisimos en ese orden de ideas dejar por fuera lo que en el derecho constitucional moderno se llama la *constitución económica*, que precisamente encara la problemática social y económica de los pueblos, con un sentido de regulación suprema en la búsqueda de la solución de las acuciantes necesidades del hombre de hoy, dentro de un contexto jurídico que ya no emana del decimonónico concepto del Estado liberal del derecho, sino de la nueva concepción del Estado de bienestar, del Estado social de derecho, pero también apuntando sobre las críticas que ya lueven sobre estas novísimas nociones, que a veces se quedan cortas frente a la ineficiente y burocrática actividad del Estado, que precisamente hoy necesita ser rediseñado.

En ese orden de ideas, no en vano dejamos de aludir a los conceptos modernos sobre derechos humanos, como a la internacionalización del tema, que precisamente relacionan cada vez más el derecho internacional con el derecho constitucional, abriéndose de ahora en adelante un campo propicio para la investigación y el estudio de esquemas primordiales, que en el futuro habrán de signar los fundamentos necesarios para la mejor calidad de vida, a que alude nuestra Carta, dentro de los ámbitos de un régimen de libertades políticas, económicas, sociales, más próximas al bien común en su sentido concreto que a los anticuados estereotipos teóricos —letras muertas— de las llamadas prerrogativas ciudadanas.

En el estudio que hoy entregamos a la consideración pública, no podemos olvidar la ingente o inteligente labor de la Corte Constitucional en materia de aplicación, alcance, entendimiento e interpretación de la nueva Carta Política, y precisamente por ello no simplemente nos limitamos a señalar referencias de sentencias constitucionales, sino que, en muchas ocasiones, las transcribimos textualmente para que así los estudiosos puedan saborearlas mejor, dentro de los distintos moldes teóricos que en este libro se precisan. La jurisprudencia constitucional encarna hoy en día, y no lo decimos nosotros, sino todos los doctrinantes extranjeros sobre la materia, una fuente constitucional de viva importancia para la precisión teórica y, además, práctica, de todo el ordenamiento jurídico del Estado, como un faro de luz para el progreso científico-constitucional, cuya demanda es inquietante en los albores del siglo XXI.

Consideramos importante explicar que el título del libro corresponde a lo que de manera sencilla, y sin alardes de sabiduría, queremos detallar como aspectos esenciales de la moderna ciencia del derecho de la Constitución, puesto que no nos limitamos al mero derecho contenido en la Constitución, sino también a aquellas materias que íntimamente se le relacionan, como quiera que han encontrado su desarrollo en otras áreas del saber jurídico, todo esto con un sentido de precisión de ideas y principios, que lleven a ofrecer un conocimiento global del moderno constitucionalismo. Por ello quisimos relieves lo que dentro de este pensamiento significa el llamado bloque de constitucionalidad a que tanto aluden los europeos.

Nos llamó la atención el título escogido para esta obra por lo que dijera MARIO DE LA CUEVA en su maravilloso libro intitulado *Teoría de la Constitución*: “Fatigados los politólogos y juristas de las especulaciones de la filosofía política y jurídica que nos legaron los pensadores de la Grecia antigua, los teólogos medievales, los maestros del iusnaturalismo de la Edad Moderna, particularmente los del siglo de las luces y los neohegelianos del siglo XIX, deslumbrados por el progreso colosal de las ciencias naturales y bajo la influencia del positivismo difundido en toda Europa, principiaron a buscar las bases de nuevas disciplinas que explicaran en forma científica los fenómenos del derecho y del Estado”. En tal orden de ideas, así como se cuajan una teoría general del Estado, una teoría general del derecho, una teoría general del derecho público, pretendemos que se progrese en lo que ya alguien denominó en el viejo continente como teoría constitucional.

Encontrándose este libro en proceso de impresión, se expidió la ley estatutaria de la administración de justicia, razón por la cual se ha considerado de importancia hacer una breve mención de ella, no obstante encontrarse aún para la revisión de la Corte Constitucional.

La ley se encuentra dividida en seis títulos: Principios de la administración de justicia; Estructura general de la administración de justicia; Corporaciones y despachos judiciales; Administración, gestión y control de la rama judicial; Política criminal y Recursos humanos de la rama judicial. Cabe resaltar la creación de los jueces administrativos, como una modalidad exótica en una jurisdicción que tradicionalmente ha actuado de una manera colegiada. En lo que respecta a la jurisdicción constitucional ejercida por el Consejo de Estado, se prescribe que respecto a las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de ciertos decretos dictados por el gobierno nacional, se tramitarán con sujeción al mismo procedimiento previsto para la acción de exequibilidad, o sea, que no es dable en tal evento acudir al Código Contencioso Administrativo, sino a las prescripciones del decreto 2067 de 1991. Como aspecto novedoso se consagra legislativamente la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados judiciales por los daños antijurídicos que les sean imputables, causados por acción o por omisión de sus agentes, y, por ende, responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional, y por la privación injusta de la libertad.

No cabe duda que la Constitución tiene un valor jurídico y un valor político, y su máximo intérprete lo es la Corte Constitucional, como es apenas razonable. Ya de antaño CH. E. HUGHES dijo: “Vivimos bajo una Constitución, mas la Constitución es lo que los jueces dicen que es”. Empero, da la idea que nuestro legislador le temiese a tan importante facultad jurisdiccional, cuando en el art. 48 de la referida ley, al precisar los alcances de las sentencias en el ejercicio del control jurisdiccional, y luego de señalar que la parte motiva de las sentencias de constitucionalidad constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general, agrega lo siguiente: “Solo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso tiene carácter obligatorio general”. La norma no distingue, pero baste recordar que en materia de interpretación, el Congreso solo puede interpretar las leyes, mas no la Constitución (art. 150 num. 1). Pero indudablemente se interpreta la Constitución cuando la Corte Constitucional dentro de su poderoso control sobre las leyes, señala su conformidad o inconformidad con el texto normativo supremo. Sobre este particular cabe señalar que el problema cardinal de la interpretación constitucional tiene que verse como un fenómeno jurídico, y por ello señala el profesor alemán HESSE (*Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 11 ed., págs. 20-21), que solo puede hablarse de dicha interpretación constitucional “cuando debe darse contestación a una pregunta de derecho constitucional que, a la luz de la Constitución, no ofrece una solución clara”.

Santa Fe de Bogotá, junio de 1995

Gaspar Caballero Sierra
Ex-presidente del Consejo de Estado
Conjuez de la Corte Constitucional

Marcela Anzola Gil
LL. M. (Heidelberg - R.F.A.)
Especializada en derecho público
comparado (Turín-Italia)

ÍNDICE GENERAL

PARTE PRIMERA

LA CONSTITUCIÓN

CAPÍTULO I

CONCEPTO Y PARTICULARIDADES DE LA CONSTITUCIÓN

| | PÁG. |
|---|------|
| 1. Concepto | 3 |
| 2. La Constitución como norma suprema | 4 |
| 3. Supremacía constitucional y Constitución escrita | 5 |
| 4. Constitución en sentido formal y Constitución en sentido material | 6 |
| 5. Constitución y ordenamiento jurídico | 6 |
| 6. La Constitución como objeto de la teoría política y del derecho constitucional | 8 |
| 7. La Constitución como programa. La llamada realidad constitucional y el desarrollo de la Constitución | 10 |
| 8. Constitución y legitimidad del ordenamiento jurídico | 11 |

CAPÍTULO II

LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

| | |
|---|----|
| 1. Teoría de las fuentes del derecho | 13 |
| 2. La teoría de las fuentes y el derecho público | 16 |
| 3. La teoría de las fuentes en la actualidad | 17 |
| 4. Delimitación conceptual. Equivocidad del término | 19 |
| 5. Fuentes de la Constitución y del derecho constitucional | 20 |
| A) Doctrina constitucional | 21 |
| B) Precedentes judiciales y sentencias de la Corte Constitucional | 23 |
| C) Principios generales del derecho | 27 |
| D) Derecho internacional | 29 |
| E) Leyes constitucionales, leyes orgánicas y estatutarias | 30 |
| a) Leyes orgánicas | 31 |
| b) Leyes estatutarias | 33 |
| F) Costumbre | 34 |
| 6. Las fuentes del derecho y la teoría de la Constitución | 36 |

CAPÍTULO III

LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

| | PÁG. |
|--|------|
| 1. Normas orgánicas y dogmáticas | 41 |
| 2. Normas programáticas | 44 |
| 3. Preámbulo de la Constitución | 45 |
| 4. Tipos de normas | 47 |
| A) Normas estructurales | 47 |
| B) Normas de competencia | 48 |
| C) Normas procesales | 48 |
| D) Normas de principios | 48 |

CAPÍTULO IV

INTERPRETACIÓN

| | |
|--|----|
| 1. Significado de la interpretación constitucional | 51 |
| 2. Las reglas de interpretación constitucional | 53 |
| A) Interpretación gramatical | 53 |
| B) Interpretación sistemática | 53 |
| C) Interpretación teleológica | 54 |
| D) Interpretación histórica | 55 |
| 3. Interpretación de los derechos humanos | 56 |
| 4. La interpretación de las normas económicas de la Constitución | 62 |
| 5. Leyes interpretativas de la Constitución | 64 |
| 6. El bloque de constitucionalidad | 66 |

CAPÍTULO V

LA CONSTITUCIÓN, SU APLICACIÓN
Y SU ÁMBITO DE VALIDEZ

| | |
|--|----|
| 1. Aplicación de la Constitución | 73 |
| 2. Aplicación interna de la Constitución | 73 |
| 3. La Constitución y el ordenamiento internacional | 74 |
| A) Los tratados en el orden interno: validez y eficacia | 74 |
| B) Constitucionalización del derecho internacional | 75 |
| a) Concepto de soberanía nacional y el principio de autodeterminación de los pueblos | 75 |
| b) Integración económica (Pacto Andino, G3, GATT, ALADI) | 79 |
| c) Tratados sobre derechos humanos | 83 |

PARTE SEGUNDA

FUNDAMENTOS DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO I

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

CAPÍTULO II

REPÚBLICA UNITARIA

| | PÁG. |
|---|------|
| 1. Conceptos generales | 98 |
| A) La autarquía | 103 |
| B) La autonomía | 104 |
| C) La centralización y la descentralización | 107 |
| 2. Atributos de las entidades territoriales | 110 |
| A) Gobernarse por autoridades propias | 110 |
| B) Ejercer las competencias que les corresponden | 111 |
| C) Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones | 114 |
| a) Administración de recursos | 114 |
| b) Establecimiento de tributos | 114 |
| D) Participar en las rentas nacionales | 115 |
| a) Situado fiscal | 116 |
| b) Transferencias a los municipios | 116 |
| 3. Organización territorial | 117 |
| A) Regiones administrativas y de planificación | 117 |
| B) Departamentos | 118 |
| C) Provincias | 120 |
| D) Distritos | 120 |
| E) Municipios | 122 |
| F) Entidades territoriales indígenas | 124 |
| 4. Otras formas de organización territorial | 125 |
| A) Áreas metropolitanas | 125 |
| B) Asociación de municipios | 127 |
| C) Cooperación internacional de los municipios | 129 |
| D) Comunidades negras | 132 |

CAPÍTULO III

LA DEMOCRACIA

| | |
|---------------------------------|-----|
| 1. Concepto de democracia | 135 |
|---------------------------------|-----|

| | PÁG. |
|---|------|
| 2. Democracia participativa | 138 |
| A) Elecciones y revocatorias del mandato | 140 |
| a) Elecciones | 140 |
| b) Revocatoria del mandato | 141 |
| B) Libertad de expresión | 144 |
| 3. Libertad de asociación y reunión: partidos políticos, asociación sindical, cabildo abierto y organizaciones civiles | 145 |
| A) Partidos políticos | 146 |
| B) Asociaciones sindicales | 148 |
| C) Cabildo abierto | 150 |
| D) Organizaciones civiles y veedurías ciudadanas | 152 |
| 4. Derecho de petición e iniciativa | 154 |
| A) Derecho de petición | 154 |
| B) Iniciativas | 155 |
| a) Iniciativa legislativa | 155 |
| b) Iniciativa de acuerdos y ordenanzas | 155 |
| 5. Consultas: Plebiscito, referéndum consultivo y referendo | 158 |
| A) Plebiscito | 160 |
| B) Consulta popular o referendo consultivo | 161 |
| C) Referendo | 163 |

PARTE TERCERA

FUNDAMENTOS DE LA ORGANIZACIÓN ESTATAL

CAPÍTULO I

DERECHOS HUMANOS

| | |
|---|-----|
| 1. Derechos y garantías | 169 |
| A) Ámbito internacional de los derechos humanos | 170 |
| B) Ámbito interno de los derechos humanos | 174 |
| C) Categorías | 177 |
| a) Derechos de status negativo | 178 |
| b) Derechos de status positivo | 190 |
| c) Derechos de status activo (derechos políticos) | 192 |
| 2. Protección de los derechos humanos | 193 |
| A) Defensor del pueblo | 193 |
| B) La acción de tutela | 195 |

| | PÁG. |
|---|------|
| a) Aspectos generales | 195 |
| b) Finalidad de la acción de tutela | 195 |
| c) Sujetos de la acción de tutela | 195 |
| d) Procedencia de la acción de tutela | 197 |
| e) Tutela como mecanismo transitorio | 198 |
| f) Trámite de la acción de tutela | 199 |
| C) Las acciones populares | 201 |
| D) Acción de cumplimiento | 203 |
| E) Habeas corpus | 204 |

CAPÍTULO II

ÓRGANOS Y COMPETENCIA

| | |
|---|-----|
| 1. División del poder | 205 |
| 2. Rama legislativa | 209 |
| A) Aspectos generales | 209 |
| B) Senado de la República | 211 |
| C) Cámara de Representantes | 212 |
| D) Facultades generales de cada cámara | 212 |
| E) Comisiones de las cámaras | 212 |
| F) Función legislativa | 214 |
| a) Clases de leyes | 217 |
| b) Formación de las leyes | 219 |
| G) Quórum y mayorías decisorias | 221 |
| 3. Rama ejecutiva | 223 |
| A) Aspectos generales | 223 |
| B) Presidente de la República | 223 |
| C) Vicepresidente | 229 |
| D) Ministros y directores de departamentos administrativos | 229 |
| E) Gobierno | 230 |
| F) Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado | 230 |
| 4. Rama jurisdiccional | 231 |
| A) Corte Suprema de Justicia | 232 |
| B) Consejo de Estado | 233 |
| C) Corte Constitucional | 235 |
| D) Fiscalía General de la Nación | 236 |
| E) Consejo Superior de la Judicatura | 238 |
| 5. Organización electoral | 239 |
| A) Consejo Nacional Electoral | 239 |
| B) Registrador nacional del estado civil | 240 |

PARTE CUARTA

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA
O EL MODELO ECONÓMICO DE LA
CONSTITUCIÓN COLOMBIANA

CAPÍTULO I

SISTEMA ECONÓMICO CONSTITUCIONALIZADO

CAPÍTULO II

EL BIEN COMÚN, EL INTERÉS GENERAL Y LA CALIDAD
DE VIDA COMO CONCEPTOS DEL DERECHO
CONSTITUCIONAL ECONÓMICO

| | PÁG. |
|--------------------------|------|
| 1. Calidad de vida | 247 |
| 2. Bien común | 248 |
| 3. Interés general..... | 250 |

CAPÍTULO III

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y SUS OBJETIVOS

CAPÍTULO IV

LA INICIATIVA PRIVADA Y SUS LIMITACIONES

CAPÍTULO V

LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

CAPÍTULO VI

EL ESTADO EMPRESARIO

| | |
|--|-----|
| 1. El sector público en una economía de mercado | 264 |
| 2. El sector público frente al sector privado | 265 |
| 3. Papel del Estado empresario. El "holding" público | 271 |

CAPÍTULO VII

EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD Y LA DEMOCRATIZACIÓN
DE LA PROPIEDAD

| | PÁG. |
|---|------|
| 1. Definición y conceptos generales de la propiedad | 275 |
| 2. La propiedad: Función social | 279 |
| 3. Propiedad-derecho | 283 |
| 4. Límites a la propiedad | 285 |
| A) Primacía del interés general sobre el particular | 285 |
| B) Función ecológica | 286 |
| C) Expropiación, confiscación y nacionalización | 287 |
| a) Expropiación | 287 |
| b) Expropiación sin indemnización, confiscación y nacionalización .. | 293 |
| c) Expropiación patrimonial a extranjeros y tratados de protección a los inversionistas exranjeros | 296 |
| 5. Tipos de propiedad previstos en la Carta | 298 |
| A) Propiedad estatal | 299 |
| B) Propiedad privada | 299 |
| C) Propiedad colectiva | 302 |
| D) Democratización de la propiedad | 304 |

CAPÍTULO VIII

MONOPOLIO ESTATAL Y RESERVA ESTATAL

CAPÍTULO IX

LA PLANIFICACIÓN ECONÓMICA

CAPÍTULO X

HACIENDA PÚBLICA

| | |
|--------------------------------------|-----|
| 1. Gasto público | 320 |
| 2. Recursos públicos | 321 |
| A) Ingresos de derecho privado | 322 |
| a) Precio | 322 |
| b) Recursos patrimoniales | 322 |
| B) Ingresos de derecho público | 323 |
| a) Contribuciones | 323 |
| b) Empréstito | 325 |
| c) Emisiones monetarias | 326 |
| 3. Presupuesto | 327 |

CAPÍTULO XI

LOS SERVICIOS PÚBLICOS
Y LA FINALIDAD SOCIAL DEL ESTADO

CAPÍTULO XII

BANCA CENTRAL Y SISTEMA MONETARIO

| | PÁG. |
|-----------------------------------|------|
| 1. El Banco de la República | 338 |
| 2. Sistema monetario | 340 |

PARTE QUINTA

PROTECCIÓN Y CONSERVACIÓN
DE LA CONSTITUCIÓN

CAPÍTULO I

ÓRGANOS Y MECANISMOS DE CONTROL
DE LA ACTIVIDAD ESTATAL*Sec. I. Control político, fiscal y administrativo*

| | |
|---|-----|
| 1. Control político | 347 |
| A) Control parlamentario | 347 |
| a) Citaciones a los ministros | 348 |
| b) Moción de censura | 348 |
| c) Citación de personas naturales o jurídicas | 349 |
| d) Función judicial del Senado (<i>Impeachment</i>) | 350 |
| B) Control sobre el Parlamento y pérdida de investidura de los congresistas | 350 |
| 2. Control administrativo | 351 |
| A) Control fiscal | 351 |
| B) Control interno | 355 |
| C) Control disciplinario | 357 |
| a) Prohibición de nombrar personas con las cuales exista parentesco | 357 |
| b) Prohibición de participar en política | 357 |
| c) Prohibición de aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos | 358 |
| d) Incompatibilidad para celebrar contratos | 358 |
| e) Incompatibilidad para percibir más de una asignación del tesoro público | 358 |

Sec. II. *Control de constitucionalidad y de legalidad*

| | PÁG. |
|--|------|
| 1. Consideraciones generales | 359 |
| 2. Derecho procesal constitucional | 362 |
| A) Derecho constitucional y proceso | 362 |
| B) Naturaleza de la jurisdicción constitucional | 366 |
| C) El control difuso y concentrado de la Constitución | 367 |
| 3. Proceso de constitucionalidad | 369 |
| A) Control previo | 369 |
| a) Control previo general | 369 |
| b) Control previo especial | 371 |
| B) Control posterior | 374 |
| a) Control automático | 374 |
| b) Acción de inconstitucionalidad | 379 |
| c) Acciones de inconstitucionalidad | 381 |
| d) Trámite de la acción de inconstitucionalidad | 383 |
| e) Inconstitucionalidad por omisión | 389 |
| f) Efectos de las sentencias que profiere la Corte Constitucional | 390 |
| g) La jurisdicción constitucional del Consejo de Estado: acción de nulidad | 394 |
| 3. Excepción de inconstitucionalidad | 395 |

CAPÍTULO II

REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

| | |
|--|-----|
| 1. Constituciones rígidas y flexibles | 397 |
| 2. Poder constituyente y poder constituido | 398 |
| 3. Reforma de la Constitución | 403 |

CAPÍTULO III

LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

| | |
|---------------------------------------|-----|
| 1. Estado de guerra exterior | 406 |
| 2. Estado de conmoción interior | 409 |
| 3. Estado de emergencia | 411 |

CAPÍTULO IV

LA FUERZA PÚBLICA

| | |
|-------------------------------|-----|
| Índice de autores | 421 |
| Índice de disposiciones | 425 |
| Índice de materias | 431 |

PARTE PRIMERA

LA CONSTITUCIÓN

CAPÍTULO I

CONCEPTO Y PARTICULARIDADES DE LA CONSTITUCIÓN

I. CONCEPTO

Las democracias modernas encuentran su fundamento en una norma suprema, legítimamente instituida, que fundamenta el ejercicio del poder estatal y actúa como marco de referencia y directriz del mismo¹.

La definición y concepto de esta norma suprema ha ocupado profusamente desde su aparición en el mundo jurídico, a quienes se interesan en el derecho público, como quiera que el concepto no es unívoco, constituyéndose así en uno de los problemas más espinosos de la ciencia jurídica². En Occidente se ha denominado esta norma suprema acudiendo al término latino *constitutione*, casi de manera idéntica: *constitution* (inglés), *constitution* (francés), *costituzione* (italiano), *Constitución* (español) y *Verfassung* (alemán), este último, con el mismo significado atribuido por el concepto latino, pero haciendo uso de la expresión germana.

En el lenguaje jurídico romano se usaba el término *Constitución* para distinguir las fuentes del derecho dotadas de un valor particular; por ejemplo, la expresión *constitutionis principis* hacía referencia a los actos normativos del Emperador, dotados de eficacia superior respecto de los demás actos. Análogo uso se encuentra en el ordenamiento canónico a propósito de las *constitutioni pontificie e sinodali*, revestidas también de una importancia superior al de las otras normas. CICERÓN habla de *constitutio populi* para indicar la estructura política de un pueblo. Este mismo término se encuentra en el medioevo, por ejemplo, en MARSILIO DE PADOVA y otros autores que emplean la expresión *constitutio republicae*, en el sentido de estructura política fundamental. Finalmente el término “Constitución” en el sentido de “acto solemne determinante de la estructura fundamental y del poder organizado en el ámbito de una sociedad estatal”, se usa por primera vez para designar la Carta Política Norteamericana de 1786³.

¹ EKKEHART STEIN, *Staatsrecht*, 11ª ed., Tübingen, 1988, pág. 5.

² Ver al respecto: KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I, *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrecht. Strukturprinzipien der Verfassung*, München, 1977, págs. 83 y ss.

³ C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1982, págs. 182 y ss.

La Constitución, como todo acto jurídico puede ser definido desde el punto de vista formal y desde el punto de vista material. Desde el punto de vista material la Constitución es el conjunto de reglas fundamentales que se aplican al ejercicio del poder estatal. Desde el punto de vista formal la Constitución se define a partir de los órganos y procedimientos que intervienen en su adopción, de ahí se genera una de sus características principales: su supremacía sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico⁴.

El término Constitución, en sentido jurídico⁵, hace referencia al conjunto de normas jurídicas, escritas y no escritas, que determinan el ordenamiento jurídico de un Estado, especialmente, la organización de los poderes públicos y sus competencias, los fundamentos de la vida económica y social y, los deberes y derechos de los nacionales⁶.

2. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA SUPREMA

Si se parte de un concepto básico de los ordenamientos jurídicos, podemos distinguir entre creación y aplicación de normas, como también la atribución de la función creadora de normas a uno o varios órganos que ocupan un lugar de supremacía en la organización jurídica y que desarrollan esa función de una manera permanente. El primer presupuesto de la Constitución es la existencia de la función legislativa o de creación de normas. Al establecerse en el ordenamiento una norma suprema como es la Constitución, significa que esa función legislativa queda sujeta a normas que son el presupuesto para su validez.

El concepto de Constitución como norma suprema requiere una determinada estructura del ordenamiento, aun cuando históricamente se sabe que no todo ordenamiento tiene una Constitución. Se ha dicho que no hay Constitución cuando creación y aplicación están aún unidas, por ejemplo en los sistemas de derecho judicial⁷.

La teoría jurídica siempre identifica una norma básica, una norma fundamental del ordenamiento, que si no está expresamente formulada no tiene el carácter de Constitución en el sentido que la ciencia jurídica le ha atribuido a este término, puesto que no implicaría una norma de derecho positivo.

La Constitución se identifica por una relación que se da en el plano legislativo, respecto a la elaboración normativa. En síntesis, la Constitución es el conjunto de preceptos positivos que supeditan la creación de normas por parte de los órganos superiores del Estado.

⁴ YVES GUCHET, *Éléments de droit constitutionnel*, París, 1981, págs. 90-91.

⁵ Cfr.: PETER BADURA, *Staatsrechts*, München, 1986, pág. 6.

⁶ CARL CREIFELDS, *Rechtswörterbuch*, 11^a ed., München, 1992.

⁷ FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del derecho*, t. I, Madrid, 1971, págs. 59 y ss.

En este orden de ideas, la Constitución colombiana se autodefine en su art. 4º como “*norma de normas*”, indicando que la Constitución está sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico; esto es, se encuentra en posición de supremacía respecto de las restantes normas del ordenamiento jurídico. En este sentido, la Constitución, de acuerdo con la Corte Constitucional⁸, “(...) determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto funda el orden jurídico del Estado. La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos —Congreso, ejecutivo y jueces— se identifica con relación a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como *lex superior* precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello “fuente de fuentes”, norma *normarum*. Estas características de supremacía y de máxima regla de conocimiento del orden jurídico, propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del art. 4º citado: “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

La norma suprema actúa, así mismo, como elemento garantizador de su propia conservación y observancia. La garantía de la conservación se fundamenta básicamente en disposiciones explícitas y directas, que se distinguen según se dirijan a mantener los aspectos materiales o formales de la Constitución (la modificación de la misma). La garantía de la observancia (competencias), de otra parte, comprende los medios dirigidos a asegurar el cumplimiento de las diversas normas constitucionales y a evitar la violación de las mismas⁹, lo que en últimas constituye y fundamenta el Estado de derecho.

3. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y CONSTITUCIÓN ESCRITA

La función legisladora, dependiente de normas escritas superiores, no se cumple con la simple existencia de una Constitución escrita que regule la estructura y funcionamiento de las distintas ramas y órganos del Estado. El establecimiento de una norma suprema, por encima de los organismos superiores del Estado se hace por medio de un texto escrito, la llamada Constitución escrita. Pero solo hay Constitución como norma, cuando el mismo ordenamiento establece de manera definitiva que los preceptos constitucionales son de estricto cumplimiento y, por ende, que su infracción resulta antijurídica. Solo así se puede sostener que existe una Constitución

⁸ Corte Constitucional, sent. T-006 de 12.05.1992.

⁹ C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1982, págs. 518 a 524.

como norma suprema. La existencia de una Constitución escrita implica el establecimiento de una norma suprema en el ordenamiento y es la simple forma constitucional la que lleva la supremacía. Por tanto, todo lo que esté incluido o se incluya en el futuro tiene esa cualidad de supremacía.

4. CONSTITUCIÓN EN SENTIDO FORMAL Y CONSTITUCIÓN EN SENTIDO MATERIAL

La circunstancia de que en Europa solo hasta principios del siglo XX se haya forjado la idea de una norma suprema y de una Constitución escrita, ha llevado a no tenerse un concepto unitario de la misma. La posibilidad de hablar de un “Estado constitucional sin Constitución” ha impuesto una concepción dualista que distingue entre Constitución en sentido formal y Constitución en sentido material.

La expresión Constitución en sentido formal alude a los textos que se diferencian de las leyes solo por su nombre, y porque su aprobación y reforma se sujeta a especiales requisitos. En cambio la expresión Constitución en sentido material se refiere al conjunto de disposiciones que tienen por objeto la organización del Estado, las facultades de las diferentes ramas del poder público y de los órganos que las integran, las relaciones de estos entre sí y sus relaciones con los particulares, las competencias asignadas a los más importantes funcionarios del Estado y las referentes a la creación de normas por los órganos superiores del Estado. A partir de esa diferencia es posible llegar a sostener que algunas normas son solo formalmente constitucionales, por lo que están incorporadas en la Constitución, pero que bien pudieran estar contenidas en la misma ley, tal como acontece con muchos preceptos de la Constitución de 1991, como aquellas normas que nada tienen que ver con la materia estrictamente constitucional, por lo que resultan formalmente constitucionales.

La distinción anterior puede llegar a tener algún valor para identificar el objeto científico o académico del derecho constitucional, que desde luego no estudia por igual todos los preceptos constitucionales, como aquellos que inciden en el derecho civil, penal, laboral, comercial o cualquier otro sector del saber jurídico.

5. CONSTITUCIÓN Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

Dentro de la teoría institucionalista de SANTI ROMANO, el ordenamiento jurídico no es un simple agregado de normas, sino por el contrario implica un concepto unitario en sí mismo considerado, que no se logra con la sola abstracción científica y que debe obedecer a unos criterios objetivos, concretos y efectivos. El ordenamiento jurídico en cuanto unidad, significa algo distinto de los elementos singulares que llegan a integrarlo, y por consiguiente, no es posible elaborar un concepto adecuado de norma, si de antemano no se dilucida el concepto referido. En síntesis, el ordenamiento jurídico

puede considerarse como un conjunto armónico y coherente de normas, que a su vez lo determinan.

La teoría institucionalista se contrapone en cierta forma a la teoría normativista de Kelsen. En todo caso los institucionalistas identifican el ordenamiento con la institución, mientras que los normativistas lo identifican con las normas. El institucionalismo implica una amplia concepción que abre sus brazos a instituciones sociales desligadas del Estado y a la creación autónoma del derecho que comienza a darse tras la crisis del Estado liberal. Hoy en día existe la tendencia a no identificar las normas con el derecho estatal, lo cual significa que el Estado no es el único ente productor de normas, tal como acontece con las condiciones generales de contratación, que los estudiosos del derecho estiman como una fuente del mismo. Pero en todo caso es el Estado el que determina los procedimientos y los medios a través de los cuales se pueden producir normas.

La teoría de las fuentes, que se estudiará más adelante, viene a significar la disciplina que tiene por objeto el análisis de los procedimientos de producción normativa, que indudablemente deben estar enunciados básicamente en la Constitución. Es así como el art. 4º de la Const. Pol., como ya se anotó, alude a la incompatibilidad entre la Constitución y la ley “u otra norma jurídica”, queriendo suscitar la idea de que existen otras normas formal y materialmente distintas del propio ordenamiento estatal.

El ordenamiento jurídico se ha contemplado como un sistema normativo, pero debidamente integrado, ordenado y sistemático que obedece a principios y valores que surgen a su vez del entendimiento e interpretación adecuado de los propios preceptos. Las relaciones jurídicas y las instituciones hacen parte del ordenamiento jurídico. La diversidad de enfoques que suministre el material jurídico hace necesario para su mejor conocimiento que sea abordado por la respectiva disciplina, con sus propios métodos.

El universalismo jurídico, propugna la existencia de un único ordenamiento (el derecho romano, el derecho natural), con expresión en distintos órdenes particulares. Pero esta ideología resulta desbordada al afirmarse el carácter nacional del derecho, como expresión del espíritu del pueblo en un determinado conglomerado social. Por otro lado, el positivismo afirma la existencia exclusiva del derecho positivo, o sea, el emanado del Estado mismo. De allí se va al pluralismo de ordenamientos soberanos. Así mismo, con la teoría institucionalista se llega a una diversidad de ordenamientos estatales, como aquellos que existen sobre el Estado (derecho internacional y derecho comunitario) o bajo el Estado (derecho regional, municipal o comunal, etc.) y también, al lado del Estado. En todo caso una de las virtudes de la teoría institucionalista es la de quebrantar en el plano del análisis jurídico, la identidad entre derecho y Estado, y también entre derecho y ley. Identidades ellas provenientes del sistema liberal. Así tenemos que frente al aparato del Estado, frente a la ley, surgen otras formas de producción jurídica que impone el desarrollo social y comunitario, lo cual abre las puertas a la pluralidad de ordenamientos. Esa diversidad necesariamente lleva a

articular esos diversos ordenamientos dentro de un sistema jurídico que pretenda mantener el principio de la seguridad. No importa ahora señalar la diferencia que un determinado ordenamiento pueda tener con la eficacia de otro. Naturalmente que el ordenamiento estatal continúa siendo el centro de imputación de las diversas relaciones que pueden producirse; pero el ordenamiento internacional se puede considerar como superior al estatal, sin olvidar que los ordenamientos estatales constituyen a la vez presupuesto básico para la existencia del derecho internacional. El orden estatal, por el contrario, no depende en cuanto concierne a su validez de otros ordenamientos. Sin embargo, es posible que con el paso de los años pueda hablarse de un orden jurídico internacional como fundamento de los ordenamientos estatales, como ocurre en los países que conforman la Unión Europea¹⁰.

En definitiva, el ordenamiento constitucional es el que determina la validez de los ordenamientos internos. En el nuevo Estado constitucional de derecho, el orden constitucional es el centro de imputación de todas las relaciones de los diferentes ordenamientos que se producen dentro de aquel. La relación entre el orden estatal y los diferentes ordenamientos adquiere distinto significado según las características propias de cada uno de estos. En los estados federales y regionales la propia Constitución determina la formación de ordenamientos en que la ley no tiene cabida. En esos casos en que se establecen ordenamientos territoriales distintos, es posible establecer la diferencia entre el ordenamiento general del Estado de stirpe constitucional y el ordenamiento de cada uno de los entes federados o autonómicos. Como también del ordenamiento general con la misma Constitución.

El ordenamiento constitucional, en un sentido amplio, incluye todas las normas que tienen vigencia dentro del Estado y que han sido expedidas de conformidad con la Constitución, y que por consiguiente, acoge a todos los ordenamientos parciales, tanto la general del Estado como a los territoriales e institucionales. Del ordenamiento constitucional se desprende la validez de los ordenamientos territoriales y del ordenamiento general del Estado. En cuanto al ordenamiento estatal general, el derecho estatal no puede confundirse con el ordenamiento constitucional, ya que aquel es solo una parte del mismo, y por ello debe plantearse la relación entre uno y otro en términos de validez y legitimidad.

6. LA CONSTITUCIÓN COMO OBJETO DE LA TEORÍA POLÍTICA Y DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Al definirse la Constitución como norma suprema se hace una afirmación respecto a su validez dentro de todo el ordenamiento jurídico, pero

¹⁰ Ver al respecto el artículo B (Fines de la Unión) del Tratado de Maastricht de 07.02.1992.

también respecto de ella se tiene en cuenta la función de sus propias normas. La Constitución no existe solamente para asegurar la libertad de las personas, y es por ello que el preámbulo de la Const. Pol. proclama otras finalidades políticas e ideológicas al hablar del fortalecimiento de la unidad de la nación para asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico, y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana. En términos abstractos, como se puede ver, se proclama como finalidad un orden político, económico y social justo, puesto que así se asegura indudablemente un elemento de estabilidad en la dinámica política para el fortalecimiento de la unidad nacional. La función de la Constitución está allí presente, puesto que ha de concebirse como un programa para el poder público.

Con estos supuestos debe interpretarse la sujeción a una norma suprema, y mas allá del contenido que esa subordinación tiene —mandar, prohibir y permitir—, ha de preguntarse por el sentido y orientación de sus particulares mandatos. Con tal punto de vista se elabora un concepto de Constitución para poder determinar el contenido concreto de la particular regulación, y también para interpretarla en su verdadero sentido.

El anterior núcleo funcional se encuentra en el centro del debate político, y por tal motivo la Constitución se convierte en objeto de estudio de la teoría política. Hasta finales del siglo XIX las constituciones no eran objeto de un tratamiento jurídico, sino de estudio de la teoría política en sus diversas modalidades. Pero la posterior consideración jurídica del momento sigue presidida, con la sola excepción del positivismo, por consideraciones propias de la teoría política, y que por supuesto le da a los estudios del derecho constitucional un matiz considerablemente distinto a lo que acontece con las restantes ramas del derecho. Lo anteriormente dicho ha llevado a que al derecho político se le considere como algo consustancial con el saber jurídico de la Constitución.

Entre nosotros la Constitución del año 1991, aparece como una norma jurídica que regula las diferentes ramas del poder público, desde una perspectiva eminentemente iuspublicista, y determinando que la eficacia jurídica de esa norma se hace patente a través de la jurisdicción constitucional. La Constitución, pues, se ha juridificado y judicializado, por lo cual ya cabe una diferenciación exacta entre la teoría política de la Constitución y el derecho constitucional, con su propia dogmática. En Colombia la Corte Constitucional ejerce ya el control previo de constitucionalidad para la expedición de determinadas leyes (estatutarias)¹¹. Cuando la Constitución es judicialmente eficaz, ya no puede mirársele con los criterios propios de los años veinte (SCHMITT, por ejemplo), como quiera que sí es objeto de una elaboración

¹¹ Ver al respecto en la Parte quinta de esta obra.

dogmática se está determinando nada menos que el criterio que ha de utilizar la Corte Constitucional frente al legislador.

Los conceptos señalados antes deben presidir la correcta interpretación de la Constitución y también deben servir para teorizar sobre su debida función. No puede entenderse la Constitución en el sentido de que su carácter normativo resulte ilusorio.

7. LA CONSTITUCIÓN COMO PROGRAMA. LA LLAMADA REALIDAD CONSTITUCIONAL Y EL DESARROLLO DE LA CONSTITUCIÓN

La circunstancia de que la Constitución entre a fijar de una manera imperativa una serie de objetivos, ha llevado a entender lo que es la correcta función del texto constitucional. El orden social ya no se observa desde el punto de vista del Estado abstencionista, sino de algo cuya creación o conservación es responsable el Estado mismo, por lo que tiene que verse la Constitución en todo su conjunto como una predeterminación del orden social. La Constitución como norma jurídica fundamental, en cuanto regula la creación jurídica misma, contiene, además, normas jurídicas básicas para los diversos sectores de la vida social y política, que constituyen un verdadero programa acerca del modelo de la sociedad. Desde esta perspectiva se encuentra un diseño básico del orden económico, que viene a denominarse como “Constitución económica”¹² y “Constitución social”. La Constitución no se limita ya a señalarle simplemente al poder público los límites de su acción y de sus competencias, sino que además le impone el deber positivo de crear un orden político, social y económico. La Constitución se transforma en un verdadero programa, y la actividad del legislador ya no implica una acción política libre, sino que por el contrario debe configurar un desarrollo del programa constitucional. Como anota IGNACIO DE OTTO¹³, “la Constitución ya no incorpora solo la concepción política de lo que el Estado debe ser, sino el programa de lo que debe hacer”. La Constitución, en sentido material, en cuanto hace efectiva la configuración del régimen y en donde se encuentra la base de la sociedad, mas no la Constitución en sentido formal, es la que constituye el verdadero orden jurídico del Estado.

Muchas veces se habla de una discrepancia entre “Constitución” y “realidad constitucional”, no en el sentido de las infracciones a los textos constitucionales, sino para señalar la ausencia de una realidad política y social que la misma Constitución exige. La débil vida de los partidos políticos y de los sindicatos, en el caso colombiano, como la pobreza con que se examinan en algunas ocasiones las cuestiones públicas, se encuentran en contraste con el mandato constitucional. La disminución del papel del Congreso, como consecuencia del dominio de las mayorías absolutas, significa

¹² Ver al respecto en la Parte cuarta de esta obra.

¹³ IGNACIO DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1991, pág. 44.