

## **PROCESO CONSTITUYENTE Y PARADIGMAS DE CONSTITUCIÓN <sup>1</sup>**

*Héctor Santos Azuela*

*Sumario: I. Formación y prestigio de la Constitución codificada; II. La Carta Magna y el contractualismo social; III. Declaración de Derechos de 1689; IV. Proceso Constituyente y Constitución escrita.*

### **I. FORMACIÓN Y PRESTIGIO DE LA CONSTITUCIÓN CODIFICADA**

Dentro del quehacer contemporáneo, el modelo de Constitución codificada, por sus peculiaridades y elementos de certeza, es el que mejor trasluce su procedimiento de creación y sus órganos Constituyentes. En esta virtud y con fundamento en su desarrollo jurídico histórico, la dogmática ha privilegiado al sistema de Constitución escrita como el más acabado y consistente. Así, por encima de los ordenamientos fundamentales de costumbre, se estima frecuentemente que la Constitución codificada reporta a la sociedad política condiciones óptimas de seguridad y un cabal contenido programático.

Consecuente con la Ilustración y la crisis del Absolutismo, el sistema de derecho escrito derivó al modelo de las Cartas Constitucionales como catálogo fundamental de los Derechos Humanos, límite al actuar de las autoridades, marco organizativo del gobierno y pauta ideológica de los poderes del Estado. De esta suerte, y como respuesta al dogmatismo del *Ancien Régime*, vino a ser

---

<sup>1</sup> Con profundo reconocimiento para el Dr. Héctor Fix Zamudio, impronta y fuerza vital en mi esfuerzo de investigación.

mitificada como el paradigma de la razón general, la libertad y la justicia, desplazando el sistema y los efectos del derecho consuetudinario.

En este sentido se ha apuntado que a través de este tipo de constituciones quedan mejor precisados los principios programáticos y estructurales de la política económica social<sup>2</sup>. Por esta razón se ha conferido un impulso de gran importancia a la instauración y desarrollo del derecho escrito, que dentro de la plataforma constitucional no rompe, en definitiva, con el sistema de normas consuetudinarias. En esta virtud, mediante una dinámica muy particular y ante la necesidad de vincularse con la realidad y el cambio, la Constitución escrita se liga y retroalimenta con aquélla, de costumbre.

Preponderante quizá, durante la poliarquía y el contractualismo social en el medioevo, el derecho consuetudinario cuenta ahora con el carácter y el peso de una fuente integradora de la Carta o Ley Fundamental. Cabe acotar, sin embargo, que si en el mundo moderno casi todas las constituciones son escritas, hasta las revoluciones de Norteamérica y Francia, la gran mayoría de los Estados presentaban un derecho prevalentemente consuetudinario<sup>3</sup>.

En esta virtud, para alguna corriente de opinión, la contrastante primacía de la Constitución codificada hace suponer que, en nuestros días, las constituciones de costumbre son excepcionales, si no es que más bien revisten importancia meramente histórica. Ciertamente, las constituciones principales, anteriores a la Revolución Francesa, responden a una estructura que comprende, como base, un cuerpo de normas consuetudinarias, de suprema jerarquía formal, al cual se incorpora, progresivamente, un bloque de normas de derecho escrito, a su vez dotadas de carácter constitucional. Esa sucesiva integración

---

<sup>2</sup> Cfr. Quiroga Lavie, Humberto, **Derecho constitucional latinoamericano**, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991, p.78.

<sup>3</sup> Cfr. Biscaretti Di Ruffia, Paolo, **Derecho constitucional**, Trad. Lucas Verdu, Pablo, Madrid, Tecnos, 1973, p.259.

supone, regularmente, un lento proceso que, como en el Reino Unido, puede llevar varios siglos.

Paradigma de Constitución flexible, la Británica puede ser modificada por la acción del Poder Legislativo, merced a una Práctica tradicional, misma que avalada por el pensamiento de Rousseau, está cimentada en el principio de que la soberanía radica, a través del contrato social, en el cuerpo que legisla y el cual por su potestad suprema, no admite limitación <sup>4</sup>. En este sentido se ha afirmado que precisamente, por su flexibilidad, la Constitución Británica repudia el principio de superlegalidad, conformando un sistema original cimentado en la soberanía única y parlamentaria susceptible de formarla e inclusive de cambiarla, sin mayor solemnidad <sup>5</sup>. Así, conviene observar que dentro de tal sistema la norma jurídica ordinaria puede ser contraria a la constitucional, pues prevalece el principio de que la Ley modifica, activa y dinamiza a la Constitución <sup>6</sup>.

## II. LA CARTA MAGNA Y EL CONTRACTUALISMO SOCIAL

El complejo modelo de la Constitución de costumbre que repudia el mito de la súper ley, en la experiencia británica se ha integrado, paulatinamente, con diversos documentos constitucionales, entre los que se consignan, cronológicamente, la Carta Magna de 1215; la **Confirmatio Chartarum** de 1227; la **Petition of Rights** de 1629; el **Bill of Rights** de 1689, y el **Act of Settlement** que se promulgara hacia 1700 <sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. Tena Ramírez, Felipe, **Derecho constitucional mexicano**, México, Porrúa, 1970, p.13.

<sup>5</sup> Cfr. **González Casanova, José Antonio**, **Teoría del Estado y derecho constitucional**. Barcelona, Vicens-Vives, 1980, p.198.

<sup>6</sup> Cfr. Duverger, Maurice. **Instituciones políticas y derecho constitucional**. Trad. Molas, Isidro et. al. Barcelona, Ariel, 1970, p.241.

<sup>7</sup> Cfr. Vergottini, Giuseppe, **De Diritto costituzionale comparato**. Padua, CEDAM, 1981, p.81.

Para algún sector en la dogmática, la noción de Poder Constituyente es contemporánea con el tipo de Constitución escrita, lo cual no torna imposible la presencia del primero en una Constitución de carácter consuetudinario como el paradigma inglés, que se integra de costumbres y documentos textuales<sup>8</sup>. Ciertamente, al casi confundirse con la Constitución material, la Británica es una amalgama de leyes escritas, aprobadas por el Parlamento, y de convenciones y costumbres políticas con incuestionable fuerza normativa<sup>9</sup>.

De otra parte, por lo que respecta a la Constitución más antigua, de profunda revelaría dentro del modelo que se estudia, con sus ostensibles raíces medievales, la Carta Magna promulgada el 15 de julio de 1215 vino a ser el basamento y el eje del *Commonwealth*. Prototipo del llamado contractualismo social contemporáneo, tan cercano a las fórmulas modernas de la vida democrática, su repercusión en el derecho comparado fue realmente excepcional.

Para alguna corriente doctrinal, esta Carta Política se explica como una concesión de la Corona a la nobleza feudo-medieval del Reino. Más, de otra parte, con un criterio diverso se le contempla más bien como una expresión del contrato social entre la Corona y la Realeza, mucha veces confundida con la Corte. El procedimiento de creación de este Instrumento nos remite a las presiones que el odiado Juan Sin Tierra fue forzado a padecer, debiendo pactar, al fin, bajo el peso de la tradición y la costumbre jurídica.

### III. DECLARACIÓN DE DERECHOS DE 1689

La Revolución «Gloriosa» tuvo una repercusión determinante en la experiencia constitucional inglesa a través del **Bill of Rights** de

---

<sup>8</sup> Cfr. Temer, Michel, *Elementos de derecho constitucional*, Sao Paulo, Editora Revista dos tribunais, 1989, p.32.

<sup>9</sup> Cfr. González Casanova, José, Antonio. *op.cit.*, p.198.

1689. Esta Declaración Fundamental de Derechos, integrada al sistema consuetudinario, gestaría los parámetros de un moderno paradigma: la Monarquía Limitada.

Para alguna corriente de opinión vino a materializar un compromiso esencial entre los terratenientes y la floreciente burguesía industrial, que al consolidar la primacía del Poder Parlamentario refrenaron el impulso del Monarquismo Absoluto. En esta virtud y merced al pacto fundamental consignado en esa Declaración, por el Parlamento y la Corona, detentada entonces, por el Príncipe de Orange, el Poder Legislativo se vino a arrogar, en Inglaterra, ya en forma definitiva, la personificación de la unidad política del Reino. Por lo mismo se ha afirmado <sup>10</sup> que a la muerte de Oliverio Cromwell y la restauración del gobierno monárquico, en 1688, «el Parlamento exigió la limitación de los poderes del Rey y proclamó la soberanía parlamentaria...»; esquema de producción de las normas constitucionales que continúan vigentes hasta ahora, substancialmente, en Inglaterra.

Dentro de una óptica doctrinal, muy sugestiva, se sostiene que la Revolución Inglesa de 1688 es el ejemplo ilustrativo de las grandes transformaciones sociales del mundo contemporáneo y de esta suerte origina el proceso de creación de un Documento Constitucional que si en principio apuntaba un marco de libertad, ciertamente enmascaró también la instauración y los puntales de un mundo individualista, utilitario y mezquino. En este sentido, por encima de añejos prejuicios, robustece y anima el espíritu de la burguesía protestante de Inglaterra, con miras a proyectarla hacia la conquista del poder político. Así, como culminación del proceso de cambio y la experiencia sindical del Imperio Británico en el siglo XVII, se afianzaron los principios del individualismo económico, fincado en la promoción y el auge del libre cambio.

---

<sup>10</sup> Cfr. González Casanova, José Antonio. *op.cit.*, p.198.

Por otro lado, la dogmática contemporánea <sup>11</sup> deja claro que dentro del constitucionalismo consuetudinario, vinculado al paradigma de la Constitución de Inglaterra, algunos textos escritos como los **Parliament Acts** de 1911 y 1944 cobraron gran relevancia, pues –determinaron el ocaso de la Cámara Alta o de los Loes. Sin embargo –y esto es válido para el **Bill of Rights** de 1669–, por encima del estímulo del documento escrito, el sistema político inglés ha encontrado en las normas de costumbre, los principios constitucionales de su institución maestra que es el régimen parlamentario.

El prototipo británico, mediante el prestigio de su gobierno parlamentarista, ha logrado proyectarse al cuerpo de los Estados comprendidos por la *Commonwealth*, como ocurre, por ejemplo, con las constituciones de Nueva Zelanda (1852), Canadá (1867) y Australia (1901), a las cuales procede agregar la Sudafricana de 1961 <sup>12</sup>. Se recuerda, de otra parte, que junto a la Petición, el Bill de derechos que se estudia representa un documento formado bajo ideas y representaciones estamentales, pero con un significado que lo aproxima a las declaraciones modernas, en cuanto que no está dirigido a ciertos estratos privilegiados, sino a la totalidad del pueblo inglés <sup>13</sup>.

Ha de precisarse, en suma, que como consecuencia de la *praxis* y firmemente basada en la experiencia y la costumbre, se produjo una vinculación entre la Constitución formal y la realidad jurídica, identificada con la Constitución material en la dogmática clásica. Al reflexionar sobre este aspecto, establézcase el matiz de que, tratándose de la costumbre privada, resulta determinante una Práctica reiterada y permanente de los hechos para que la misma se genere, en contraste con la llamada costumbre constitucional cuya formación depende, la mayoría de las veces, de un aislado precedente.

---

<sup>11</sup> Cfr. Hauriou, André. **Derecho constitucional e instituciones políticas**. Barcelona, Ariel, 1980, p.354.

<sup>12</sup> Cfr. Biscaretti Di Ruffia, Paolo. **Introducción al derecho constitucional comparado**. Trad. Fix Zamudio, Héctor. México, Fondo de Cultura Económica, 1975, p.121.

<sup>13</sup> Cfr. García Pelayo, Manuel, **Derecho constitucional comparado**. Madrid, Alianza, 1984, p.151.

#### **IV. PROCESO CONSTITUYENTE Y CONSTITUCIÓN ESCRITA**

Después del siglo XVIII, aparecieron numerosas constituciones escritas de pretendido contenido democrático, mismas que se distinguieron por sus diferentes procesos de promulgación, de entre los cuales destacan los monárquicos y los populares <sup>14</sup>. En este mismo contexto, las mutaciones de estructuras, con el encumbramiento del Estado Liberal conformaron, en principio, las instituciones basales del constitucionalismo de avanzada. Desde entonces, vino a generalizarse el sistema de integrar todas las disposiciones normativas de carácter constitucional en un texto unitario, solemne y jurídicamente incontestable.

A partir de la Constitución Norteamericana de 1787, y posteriormente, de la promulgada en Francia en 1791, aparecieron los modelos formativos de las Cartas Constitucionales del mundo contemporáneo. Comenzó así a prestigiarse la universalidad de la Constitución escrita, la cual –se asegura– con certeza vino a conformar el marco a través del cual las generaciones posteriores lograron forjar a plenitud la democratización del proceso del poder político <sup>15</sup>.

Con respecto a este sistema y su carga democrática, se ha afirmado que no es lógico el que una Constitución escrita pueda ser modificada mediante el procedimiento legislativo ordinario, pues entonces el criterio y la voluntad del poder Constituyente podrían ser transformados *ad libitum* por los órganos llamados constituidos <sup>16</sup>. Sin embargo, se cuestiona que al promulgar este tipo de Cartas Políticas, con su gama impresionante de bondades, debe tenerse cuidado de que el Soberano Poder Constituyente, como cuerpo representativo,

---

<sup>14</sup> Cfr. Biscaretti Di Ruffia, Paolo, **Derecho constitucional**, pp.262-263.

<sup>15</sup> Cfr. Loewenstein, Karl, **Teoría de la Constitución**, Barcelona, Ariel, 1979, p.159 y s.s.

<sup>16</sup> Cfr. Schmill Ordóñez, Ulises, **El sistema de la Constitución Mexicana**, México, Textos Universitarios, 1971, p.91.

no anteponga su interés de clase o su consigna política, a aquél de la sociedad <sup>17</sup>.

La doctrina crítica ha cuestionado además, con toda severidad, que si en apariencia la Constitución escrita gana en precisión y seguridad jurídica, por las eventualidades que determinan su procedimiento de creación, pierde mucho debido a la rapidez y el afán improvisado de ajustarla a la realidad social. En esta virtud, resulta contrastante y tal vez más sugestiva la mecánica de las constituciones de costumbre cuya adecuación es más pausada, progresiva y concordante con las exigencias, aspiraciones y retos de la sociedad política.

Se afirmará <sup>18</sup>, de otra suerte, que merced a su carácter flexible, «el orden constitucional tiene una mayor movilidad y permanece indiferenciado; que en todo momento puede reformarse o transformarse, sin que el tránsito apenas se advierta». Sin embargo, es evidente que, tanto por su proliferación, como por su expansión universal, la codificada sigue siendo el modelo de Constitución más aceptado.

Dentro de una perspectiva de conjunto, cabe hacer la reflexión de que en cuanto obra de un Poder Constituyente originario, la Constitución escrita se caracteriza por su rigidez y principio mítico de súper legalidad. En este sentido, cimentada en la figura de la soberanía popular, cuya legitimidad se ha desgastado con la crisis del sistema representativo clásico, la Constitución escrita vino a generar, muy cuestionado, un estereotipo vulnerable del procedimiento de Poder Constituyente.

© Índice General  
© Índice ARS 11

---

<sup>17</sup> Cfr. Muñoz Valdés, Gilberto, et al., **Derecho constitucional**, La Habana, Universidad de la Habana, s. p.50.

<sup>18</sup> Sánchez Agesta, Luis, **Principios de teoría política**, Madrid, Editora Nacional, 1979, p.371.