



# Sentido y Valor de una Constitución Escrita

Por

Prof. Dr. Sergio Díaz Ricci

“Una Constitución escrita y contenida en un documento conciso que puede ser comentado y recordado más fácilmente que una Constitución formada a lo largo de una serie de controversias y compromisos parece especialmente adecuada para un país donde el pueblo está llamado a gobernar”.

James BRYCE, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*.

## 1. Autonomía Conceptual

Para entrar a considerar las Constituciones Escritas, primeramente, es necesario conocer el lugar que éstas ocupan en el Derecho Constitucional. La Constitución Escrita es un elemento –sin duda esencial— del Derecho Constitucional, por ello hay que distinguir el Derecho Constitucional como un conjunto, de la Constitución Escrita como un elemento integrante del todo. Esta contiene un número circunscripto de normas constitucionales que revisten una importancia especial. En efecto, la Constitución Escrita se convierte en el instrumento donde consta lo más significativo del Derecho Constitucional. Sin embargo no todo el Derecho Constitucional está escri-

to ni, por lo tanto, está en la Constitución, ni todo el Derecho Constitucional escrito está en la Constitución Escrita pues ésta contiene sólo parte de las normas constitucionales.

Trazar una división categórica entre Constituciones Escritas y No Escritas sólo por referencia a su apariencia externa resulta bastante superficial porque a primera vista nada definitivo nos dice el hecho que una Constitución esté escrita y otra no. En este sentido HORWILL, con inglesa ironía expresa que “algún desconocido dividió las Constituciones en Escritas y No Escritas, y desde entonces la clasificación fue tomada en serio de manual en manual”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> HORWILL, H.: *The Usages of the American Constitution*, Oxford, 1928, p. 1, cit. por POVIÑA, POVIÑA, Jorge: “El poder constituyente, los jueces y la Constitución” en *Revista Facultad de Derecho*, Tucumán, Universidad Nacional de Tucumán, 1956, p. 191.

La Constitución Escrita, como formulación documental de normas relativas al ordenamiento jurídico fundamental del Estado<sup>2</sup>, constituye un tipo constitucional bien delimitado. La existencia de Constituciones Escritas cuyas normas no fueron sistematizadas en forma de documento codificado (caso de las Leyes Constitucionales francesas de 1875) o que no establecieron un procedimiento parlamentario especialmente agravado para su modificación (v.g. Estatuto Albertino de 1848) nos señala que puede independizarse la idea de Constitución Escrita del carácter codificado y/o rígido que puedan tener, es decir que se trata de un concepto relativamente autónomo. En efecto, de la forma Escrita de la Constitución se deriva un complejo de implicancias y consecuencias, con relevancia suficiente que justifica un tratamiento por separado del fenómeno de las Constituciones Escritas.

Llama la atención que la doctrina constitucional en general no haya reparado en encarar los estudios constitucionales desde la rica perspectiva que ofrecen las Constituciones Escritas, afanándose más bien en incluir la perturbadora existencia del sistema constitucional británico que por su carácter

de excepción no puede servir de fundamento para una Teoría de la Constitución. Son pocos los autores que abordaron sus análisis constitucionales desde la perspectiva que ofrecen las Constituciones Escritas<sup>3</sup>.

El movimiento político-ideológico que dio origen en el Siglo XVIII a las Constituciones Escritas, junto a la formulación por escrito de las normas constitucionales perseguía la codificación, la rigidez, la solemnidad y la supremacía jurídica del documento constitucional, dando lugar a un fenómeno único y complejo cuya finalidad era la limitación del poder del Estado, la certeza de ciertos derechos de la persona, la libertad económica, etc. En otros términos diremos que históricamente las Constituciones Escritas de la Revolución Burguesa del Siglo XVIII se presentan como un fenómeno complejo en el que la forma escrita de los preceptos constitucionales se integró con otros elementos (rigidez, codificación, etc.), que es necesario distinguir y separar para comprender.

Las Constituciones Escritas abarcan una familia muy amplia de Constituciones, pues prácticamente la absoluta mayoría de los países hace uso de la

---

<sup>2</sup> Seguimos la ya clásica definición de Constitución dada por Werner KÄGI en *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zürich, Schulthess polygraphischer Verlag, 1971, hay traducción de Díaz Ricci, S. y Reyven J.J., Madrid, Dykinson (en prensa).

<sup>3</sup> Se pueden citar solamente a ESMEIN, A. (H. NEZARD): *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Recueil Sirey, 1921 (7e. ed.) dedica el Capítulo V a la "Teoría de las Constituciones escritas", pag. 564-600; y a HELLER, H., que en su *Staatslehre*, 1934, deja inconclusa la parte que trata de las Constituciones escritas a consecuencia de su muerte ocurrida en España.

escritura para formalizar sus leyes constitucionales<sup>4</sup>, dentro de la cual puede haber Constituciones codificadas o no codificadas, Constituciones rígidas o flexibles<sup>5</sup>. Por ello, aunque por lo general van íntimamente ligadas, no debe confundirse la Constitución Escrita con las codificadas o dispersas o con la rigidez o la flexibilidad. La formulación por escrito de las normas fundamentales de la estructura y organización del Estado se ha convertido en una técnica constitucional universalmente difundida que se ha emancipado de la ideología que le vio nacer, siendo empleada hoy por sistemas políticos de todo signo. Precisamente, desentrañar las virtualidades de la forma escrita de las Constituciones es el objeto de este estudio.

## 2. Proximación Conceptual

Vemos que no basta que algunas normas constitucionales de un Estado sean volcadas al papel para que exista una

Constitución Escrita, en efecto, una recopilación por escrito de prescripciones de naturaleza política, por ejemplo, en un compendio de preceptos relativos a las organizaciones políticas o de ordenamientos sociales nos da un documento escrito, sin duda, pero no una Constitución Escrita<sup>6</sup>. Una Constitución Escrita nos revela la presencia de ciertas notas características:

1.) Una Constitución Escrita supone que un cuerpo al que se reconoce facultades legislativas constituyentes, dicte un conjunto en cierto modo hermético de preceptos con la voluntad política de expresar, preferentemente por normas legales escritas y con un sentido unitario, los contenidos que estima constitucionalmente relevantes. “La ley escrita –subraya SANCHEZ AGESTA—destaca una voluntad explícita y deliberada del legislador”<sup>7</sup>.

2.) Desmenuzando la noción veremos que es preciso que los preceptos escri-

---

<sup>4</sup> Para conocer los textos constitucionales de todos los países del mundo puede consultarse VAN MAARSVEEN, M. y VAN DER TANG: *Written Constitutions. A computerized comparative Study*, New York, Oceana Publications, 1978 (registraban entonces 142 Constituciones escritas) o la edición más actualizada de FLANZ, Gisbert H.: *Constitutions of the Countries of the World*, New York, Oceana Publications Inc., 21 vols., 2001.

<sup>5</sup> Esta calificación proviene de James BRYCE quien desarrolló estas categorías en su obra clásica *Constituciones rígidas y flexibles*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963 (2da. Edic.). Reediición: Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988 (Estudio Preliminar de Pablo LUCAS VERDU).

<sup>6</sup> Cf. JELLINEK, G.: *Teoría General del Estado* (Trad. de la 2ª edic. por Fernando De los Ríos,, Buenos Aires, Edit. Albatros, 1954, p. 403; Idem SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 1982, p. 39.

<sup>7</sup> Cf. SANCHEZ AGESTA, Luis: *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid, Ed. Nacional, 1984 (3ª ed.), p. 14.

tos tengan sustancia de “ley”, en el sentido de regla de derecho general. Para lo cual el órgano debe manifestar la voluntad política de dictar un acto de naturaleza legislativa. “La exigencia de una ‘Constitución escrita’ —expresa SCHMITT— lleva como último resultado a considerar la Constitución como una ley. Aún cuando se haya erigido como convenio entre Príncipe y Representación popular, sólo debe poder ser cambiada en vía legislativa. Constitución se convierte, pues en = ley, si bien, es cierto, —añade— ley de una clase especial, y se coloca como *lex scripta* en contraposición a Derecho consuetudinario”.<sup>8</sup>

3.) En efecto, en esto radica la nota típica de las constituciones escritas: el desplazamiento de la costumbre como forma de normación constitucional requiriendo en su lugar normas voluntariamente creadas *a priori* y por obra de la razón plasmadas por escrito. KELSEN admite que la importancia del Derecho escrito es ser derecho establecido por órganos especiales que significa la superación del Derecho consuetudinario<sup>9</sup>. La Constitución escrita implica que las normas, aunque tengan sustancia constitucional, que surjan de la costumbre o los usos no revestirán

carácter formalmente constitucional, por lo tanto, no pueden producir los efectos jurídicos propios de aquella, o sea, no tienen valor jurídico las costumbres o usos constitucionales que infrinjan normas contenidas en la Constitución escrita. Podemos decir que la Constitución escrita se opone a las formas constitucionales consuetudinarias, en consecuencia, ocupa una posición superior respecto de éstas. La forma escrita al aportar precisión y fijeza a la ley constitucional, contribuye a potenciar la idea de supremacía que políticamente corresponde a una Constitución<sup>10</sup>.

4.) Por último, es también definitorio de las Constituciones Escritas su dictado en momentos temporalmente delimitados y una cierta unidad de contenido. “*La constitution écrite, au contraire, est celle dont les règles sont incorporées dans un ou plusieurs documents écrits élaborés par le législateur constituant.* —enseña BARTHELEMY-DUEZ— *Elle se présente comme une œuvre d’art, consciente, volontaire, comme le résultat d’un effort voulu pour poser, une fois pour toutes, un corps de principes cohérents pour l’organisation et la direction du gouvernement*”<sup>11</sup>. En efecto sea que la Consti-

<sup>8</sup> Cf. SCHMITT, C.: Teoría..., ob.cit., p. 39.

<sup>9</sup> Cf. KELSEN, H.: Teoría General del Estado; México, Ed. Nacional, 1979 (traducción Luis Legaz Lacambra), p. 329. BARTHELEMY, Joseph et DUEZ, Paul: *Traité de Droit Constitutionnel*, 1933, p. 189.

<sup>10</sup> DIAZ RICCI, Sergio: “Supremacía de la Constitución” en *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, México-Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2001, tomo II, pp. 895-930.

<sup>11</sup> Cf. BARTHELEMY-DUEZ, ob.cit., p. 184.

tución Escrita esté formada por un cuerpo normativo único o esté formada por varias leyes constitucionales se puede señalar con precisión el o los momentos en que se manifestó la voluntad constituyente de una vez por todas, mientras las constituciones consuetudinarias son producto de la acumulación de costumbres, usos, precedentes judiciales producidos en momentos diversos a lo largo del tiempo y que seguirán produciéndose en adelante, no existe un momento determinado de nacimiento. Esto es consecuencia de cómo se conciba al sujeto constituyente y a su forma de actuación. Por ejemplo, si los sujetos constituyentes son los Estados particulares que concurren a dictar una Constitución federal, formarán en un momento dado un cuerpo de elabore la Constitución durante un tiempo y que luego se disolverá una vez realizada su obra. El poder constituyente del pueblo manifiesta, a través de un acto unitario y sincrónico, su voluntad constituyente, una vez logrando su objetivo este perdurará su resultado, la constitución, que habrá tenido un momento de alumbramiento delimitado en el tiempo, que ya ha pasado. Por ello una Constitución escrita y sus reformas pueden citarse por la fecha de su sanción, en cambio la "Constitución" británica —salvo sus leyes escritas— no tiene fecha de nacimiento<sup>12</sup>.

En consecuencia, la Constitución escrita por ser ley revela un acto legislativo unitario del poder constituyente con la intención de regular de modo definitivo los contenidos que se desea sean tenidos por constitucionales, de allí que conforme un conjunto unitario de preceptos fundados en la voluntad política de regular de manera unificada un conjunto de normas que abarquen de modo completo las normas estimadas como constitucionales, las que gozarán de las calidades que de ello deriva, quedando fuera de la calidad de "constitucional" cualquier precepto que no se integre al cuerpo legal de la Constitución Escrita<sup>13</sup>. Por el contrario las constituciones no escritas se integran con elementos consuetudinarios, legislativos, contractuales, jurisdiccionales, etc. que pueden ir agregando indefinidamente y de cualquier modo nuevos asuntos de naturaleza constitucional.

La aptitud de formular por escrito normas constitucionales se funda en la posibilidad de racionalizar las estructuras del poder bajo formas jurídicas que expresen la organización estatal, lo que demanda un orden sistemático y unitario. Esta racionalización formal consiste en la formulación de normas jurídicas abstractas a través de un proceso de abstracción tanto de aquellas

---

<sup>12</sup> Vid. DIAZ RICCI, Sergio: *Teoría de la Reforma Constitucional*, México, Instit. de Investig. Jurídicas (en prensa), en especial cap. I: El poder constituyente.

<sup>13</sup> Cf. SCHMITT, C.: *Teoría...*, ob.cit., p. 40.

relaciones de la realidad socio-política que se consideran relevantes para la organización política fundamental del Estado como de aquellas que se quieren para el futuro. La racionalización jurídica de la estructura del poder que una Constitución escrita implica procede del pensamiento jurídico impulsado por el movimiento racionalista del siglo XVIII<sup>14</sup>. “Hay que considerar, en parte, a la Revoluciones burguesas, con sus nuevos documentos constitucionales, —nos enseña HELLER— como una continuación de la empresa heroica de ordenación consciente de la realidad social, según un plan unitario, que el absolutismo continental había iniciado”<sup>15</sup>.

El propósito fundamental que persigue la formulación escrita de las normas constitucionales es servir de garantía a la Constitución. La escritura en cuanto permite expresar contenido con mayor precisión y fijación conceptual, asegura la subsistencia de la Constitución por medio de la relativa permanencia de sus contenidos. La expresión escrita

al ser materialmente estable, contribuye a la permanencia del sistema normativo constitucional. De este modo se contribuye a alcanzar la finalidad política última de dar estabilidad al sistema político establecido. La escritura cumple una función de estabilización político-jurídica. La formulación por escrito, explica MORTATI, es un medio de que se valen las fuerzas políticas para asegurar la estabilidad, porque la materia constitucional expresada en un texto escrito redactada de forma solemne es una garantía “*pel fatto che, redensosi esplicito, con la redazione formale, il contenuto della costituzione, si offre il mezzo idoneo a consentire l'accertamento, da parte dei titolare degli organi costituzionali, nonché della pubblica opinione, delle deviazioni rispetto ad esso, e così provocare le reazioni capaci di ostacolare il mutamento*”<sup>16</sup>.

La escritura garantiza la expresión formal de la Constitución cualquiera sea su contenido, es decir cualquiera sea la forma del Estado<sup>17</sup>. La forma escri-

<sup>14</sup> Cf. HELLER, H.: *Teoría...*, ob.cit., p. 292.

<sup>15</sup> HELLER, H., señala que “Esta racionalización de la forma jurídica se realiza de dos modos: por análisis y por sistematización. Mediante el análisis de aquellas porciones de la actividad social relevantes para la ordenación jurídica de ‘situaciones de hecho’ de carácter abstracto se llega a la formulación de preceptos jurídicos generales; por medio de estos, se aspira a satisfacer la exigencia organizatoria de que, en lo posible, toda decisión jurídica concreta se conciba como aplicación de un precepto jurídico abstracto a la situación de hecho concreta”, ob.cit., p. 291.

<sup>16</sup> MORTATI, Costantino: *Raccolta di Scritti*, vol. II: “*Conceto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*”, p. 16. En contra GALEOTTI, para quien la forma escrita constituye un presupuesto de la garantía constitucional del control de constitucionalidad (*La garanzia costituzionale*, Milano, 1950, p. 59 ss.).

<sup>17</sup> “*La Costituzione considerata come l'atto fondamentale che constata l'esistenza dello Stato e ne determina i principi fondamentali di struttura e di organizzazione consta di un atto scritto. La sussistenza di un tal atto scritto non significa che il sistema appartenga ad una categoria determinata e che lo Stato quindi abbia una certa forma*” expresa Emilio CROSA en *Diritto Costituzionale*, Torino, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1955 (4a. ed.), p. 11.

ta coadyuva a revestir la Constitución de una cualidad especial, diferente, por encima de cualquier otra norma jurídica. “*Nel principio della superiorità della legge costituzionale su quella comune —confirma CROSA— si risolve pertanto la funzione di garanzia, propria della costituzione scritta*”<sup>18</sup>.

#### 4. Implicancias

La Constitución escrita revela dos consecuencias que interesa resaltar:

1.) Por un lado, expresa uno o varios actos de voluntad general dirigidos a la constitución u organización del Estado, es decir, que una Constitución escrita presupone la emanación consciente por el sujeto constituyente de decisiones constituyentes dirigidas a proveer de manera unitaria, no dispersa, la organización estatal. En otros términos, la necesidad de formalizar en un texto escrito los preceptos constitucionales implica señalar un período delimitado de tiempo donde tiene lugar el acto de decisión constituyente expresado en la redacción por escrito con forma normativa. Una Constitución Escri-

ta exige un acto material de escritura, unitario, imputable a sujetos que existencialmente pueden ser identificados claramente, aunque desde un punto de vista lógico puedan ser distinguidos como la forma se relaciona con la causa.

Esta característica es lo que va a distinguir los regímenes políticos con Constitución Escrita del régimen político inglés que se ha ido formando a lo largo del tiempo sin exigir la manifestación de un acto constituyente unitario y consciente de organización integral de Estado. Por ello se ha definido el sistema inglés como de Constitución No Escrita por carecer de un acto voluntario y unitario de organización del Estado.

La Constitución inglesa “está perpetuamente en vía de formación —enseña BORGEAUD, añadiendo que— no se podría hablar al respecto de establecimiento propiamente dicho o de revisión. El Parlamento,....no crea la Constitución. Puede dictar leyes que harán parte de ella. No la establece en sí misma como tampoco la revisa sistemáticamente”<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> CROSA, Emilio: *Lo Stato Democratico (presupposti costituzionali)*, Torino, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1946, p. 183; Idem vid. LOEWENSTEIN, Karl; *Teoría de la Constitución*, Madrid, Ed. Ariel, 1983, (Traduc. de Gallego Anabitarte), p. 159; HELLER, H.: *Teoría...*, ob.cit., p. 293; GOMES CANOTILHO, José Joaquim: *Direito Constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1983-3ra. Ed., p. 75. Para CROSA la Constitución escrita es la garantía del Estado Democrático. Lamentablemente la existencia de documentos constitucionales en regímenes que poco tienen de democráticos como los de China, Corea del Norte, Cuba y alguna que otra república de la exURSS, refutan esta opinión. Este mismo autor, tiempo después, en su obra *Diritto Costituzionale*, admitirá que la presencia de una Constitución escrita no prejuzga que el sistema político correspondiente pertenezca a una categoría determinada y que el Estado, por lo tanto, tenga una cierta forma.

<sup>19</sup> Cf. BORGEAUD, Charles: *Établissement et Révision des Constitutions en Amérique et en Europe*, Paris, Thorin et Fils Editeurs, 1893, p. II (Avant Propos).

No vamos analizar el sistema de las Constituciones “no codificadas”, mal llamadas “no escritas” que además de ser la excepción (sólo en Gran Bretaña, Israel y en alguna medida en Nueva Zelanda) nos conduce a la noción de Constitución material pues sobre este concepto se funda esta categoría<sup>20</sup>.

Por último, no puede sostenerse que el sistema constitucional británico sea completamente de Constitución no escrita pues además de costumbres, usos y convenciones constitucionales contiene algunas disposiciones escritas que hacen a la conformación del Estado inglés. En efecto, entre los instrumentos escritos constitucionales se cuentan los Tratados (Tratado de Unión con Escocia de 1707, con Irlanda de 1801, Tratado de Westminster de 1931), Pactos entre el Rey y el Parlamento o grupo determinados (Carta Magna 1215, *Habeas Corpus Act* de 1679, de 1689, *Act of Settlement* de 1701) y Estatutos varios emanados del Parlamento y sancionados por la Corona (*Parliament Act* 1911/1949). Cualesquiera sea la naturaleza de los actos —ordinarios o constitucionales— se elaboran según el mismo procedimiento y tienen la misma forma legal<sup>21</sup>. Sin embargo para el caso de los Tratados y de los Pactos, la bilateralidad de di-

chos actos les impide ser concebidos como leyes constitucionales, emanadas directamente de un sujeto con poder constituyente. En consecuencia, sólo a través de Estatutos (*Acts*) puede manifestarse el ejercicio de la potestad de legislación constituyente, aunque formalmente diluido por revestir la misma forma y valor jurídico que cualquier ley ordinaria, aunque políticamente su relevancia se expresa en el imperativo democrático de disolver el Parlamento para que el pueblo se manifieste a través de la elección de un nuevo parlamento. Pero será siempre el Parlamento quien dicte la nueva ley. Precisamente, en razón de la supremacía del Parlamento típica del sistema constitucional del Reino Unido, el *Statue Law* establecido por escrito por el Parlamento goza de superioridad en la jerarquía de las fuentes normativas sobre el *Common Law*.

En este caso vemos que el Parlamento va a hacer uso de la técnica de la escritura para materializar una súbdita decisión de modificar la estructura política, cuando por razones de urgencia no se pueda confiar que se produzcan los cambios por vía de nuevas costumbres o usos. Al respecto comenta LAFERRIERE que “*Les modifications que l’Angleterre éprouve le besoin d’ap -*

<sup>20</sup> Cf. BIDART CAMPOS, Germán: Derecho Constitucional. Realidad, Normatividad y Justicia en el Derecho Constitucional, Buenos Aires, Ediar, 1968, vol. I, p. 105 y ss.

<sup>21</sup> Cf. BRUNI ALTI, Attilio: “Formazione e revisione delle costituzioni moderne”, en AA.VV.: *Scelta collezione di Scienze politiche e Amministrative diretta da Attilio BRUNI ALTI*, Torino, Unione Tipografica Editrice, 1894, p. XV. Idem LAFERRIERE, Julien: *Manuel de Droit Constitutionnel*, Paris, Editeurs Domat - Montchrestien, 1947 (2.ed), p. 271.

*porter á ses institutions traditionnelles si elles doivent étre opérées á bref delai, supposent nécessairement la substitution d'un texte écrit á la règle coutoumière qui existai jusqu'a lá*<sup>22</sup>.

Podemos concluir que esta perspectiva nos conduce a que, apoyándonos en el sentido material de la Constitución, diferenciamos las Constituciones como predominantemente legisladas y predominantemente consuetudinarias. Sin embargo, a pesar de la razón que pueda contener esta clasificación, no pueden confundirse las Constituciones Escritas con las que tengan cualquier otro modo, porque las diferencias son tan notables que la distinción debe conservarse a partir del fundamento que en las Constituciones Escritas surgen de un acto de voluntad constituyente unitario y consciente de formulación por escrita de una sola vez, que está ausente en las Constituciones no escritas. Por ello las Constituciones escritas hacen su aparición en el siglo XVII y XVIII cuando se manifiesta una intencionalidad constituyente unitaria, que no se halla presente en los documentos políticos anteriores, que no pueden recibir la calificación de constituciones escritas.

En suma, una Constitución escrita supone poder identificar y aislar un Poder Constituyente que lleve a cabo el acto constituyente voluntario y unitario,

y agente redactor, es decir un sujeto o cuerpo determinado que asuma la tarea material de redacción constitucional, que puede o no identificarse con el órgano constituyente.

2.) Por otro lado, lo notable de las Constituciones Escritas radica en el hecho que delimita un grupo bien delimitado de preceptos perfectamente identificables a través de la simple lectura, que se distinguen de cualquier otra norma emanada de otra fuente del derecho constitucional, y con más razón de otros preceptos escritos. Es decir que si una Constitución Escrita está compuesta por 210 artículos, la Constitución comprende dichos artículos y sus reformas, y sólo a éstos, comenzando por el art. 1º y terminando por el 210, fácilmente reconocibles y delimitables. Esto no significa desconocer que el Derecho Constitucional se compone además de preceptos escritos extraconstitucionales y de normas no escritas, pero aquí estamos analizando la importancia de la escrituración de las normas constitucionales, o sea de ese sector del Derecho Constitucional que conforma la Constitución escrita o instrumental como fuente formal del Derecho constitucional. "El elemento formal o morfológico —explica GOMES CANOTILHO refiriéndose a la escritura— sirve para la calificación (o autocalificación) de un acto como fuente superior de derecho"<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Cf. LAFERRIERE, J.: *Manuel...*, ob.cit., p. 271.

<sup>23</sup> Cf. GOMES CANOTILHO, ob. cit., p.75.

El elemento formal de la escritura plasma, a través de un proceso de racionalización, una multiplicidad de preceptos constitucionales que componen una conjunto de disposiciones delimitadas y fácilmente diferenciables del resto de normas ordinarias de naturaleza constitucional. Desde este punto de vista, el legislador constituyente al dar forma escrita a normas, sean o no sustancialmente constitucionales, manifiesta su voluntad de atribuirle tal carácter constitucional, y de este modo pasan a formar parte de la Constitución Escrita. La forma se independiza de su contenido, y todo lo que esté contenido con esa forma se reviste de naturaleza "constitucional". Observamos, entonces, que la escrituración constituyente se convierte en una técnica de formulación constitucional o de "constitucionalización", independiente de la materia constitucional de los preceptos, que es empleada por el legislador constituyente para exteriorizar de manera tangible la obra de su decisión política y simultáneamente para susstraerlos del legislador ordinario.

### 5. Consecuencias

Como ya lo señaláramos, un conjunto de razones determinaron la difusión y aceptación casi uniforme de la técnica de plasmación escrita de normas constitucionales. Las ventajas propias de la escritura aplicadas a la materia constitucional hacen que esta forma sea utilizada en los sistemas políticos de dife-

rentes fórmulas políticas, con el mismo propósito de formalización sensible del orden normativo que asegura la estabilidad de las instituciones establecidas.

Vamos primeramente a analizar esas virtualidades que la escritura aporta al campo constitucional. Las Constituciones en sentido instrumental (del latín *instrumentum*: documento legal) lleva consigo las ventajas de toda atestación escrita.

1.) La escritura impone un previo proceso de elaboración racional, de depuración y ajuste conceptual que desemboca en una formulación con forma normativa a través del empleo de estructuras gramaticales, que permiten expresar los contenidos significativos con mayor precisión y claridad que la que ofrece la expresión oral.

Asimismo la forma escrita permite establecer relaciones lógico-sistemáticas con otros núcleos significativos, que escapan por lo general a la palabra hablada. HELLER explica que "la objetivación escrita representa, en general, un amplio e importante avance en el proceso de emancipación relativa de las formaciones del espíritu"<sup>24</sup>.

2.) La expresión escrita lleva a plasmar los contenidos semánticos por medio de rasgos gráficos sobre objetos materiales (papel, pantalla, celuloide, etc.) que quedan fuera de la acción del su-

<sup>24</sup> Cf. HELLER, H.: *Teoría...*, ob.cit., p. 289.

jeto que lo imprime. Una vez producidos se separan de su creador, son objetos materiales independientes y distintos de los sujetos. Su conocimiento y accesibilidad no dependen de procesos puramente subjetivos. “En virtud de la fijación material, —enseña HELLER— el contenido significativo objetivado se hace mucho más independiente de sus actualizaciones subjetivas transitorias”<sup>25</sup>. Sin duda corresponde a los sujetos la tarea de captar e interpretar los contenidos de la Constitución expresados en rasgos gráficos que están ahí. Aunque estos contenidos constitucionales muchas veces pueden ser objeto de diversos entendimientos, no se puede negar que al ser expresados por escrito se reducen considerablemente las posibilidades de interpretaciones diferentes, por cuanto establecen “firmes puntos de referencia” para la actuación y concreción de las normas constitucionales<sup>26</sup>.

3.) Como en todo instrumento la forma escrita sirve para dar testimonio *a posteriori* de algo que ha tenido lugar en el pasado, o sea, el documento escrito es prueba del contenido constitucional establecido por voluntad constituyente pues certifica ante todos y a través del tiempo un contenido significativo. Produce, en consecuencia, certidumbre acerca de la existencia y sentido de un acto debido. Ofrece un grado elevado

de certeza que lo que el constituyente ha establecido corresponde a lo escrituralmente expresado. Con ello se alcanza una previsibilidad de las exigencias normativas constitucionales que contribuyen a afianzar la seguridad jurídica, principio fundamental de convivencia política<sup>27</sup>.

4.) Por último, la redacción documental constituye un medio mucho más seguro para el conocimiento y difusión del derecho que la transmisión oral y personal. La objetividad de la escritura se enfrenta a la subjetividad, imprecisión y volatilidad de la palabra hablada y la tradición. Por ello, la forma escrita en el ámbito constitucional lleva implícito el principio de rechazo de cualquier normativa constitucional de origen consuetudinario.

En suma, podemos decir que la escritura constituye un medio que contribuye a alcanzar una de las finalidades de la Constitución cual es la racionalización del proceso del poder y dotar de una cierta estabilidad al ordenamiento constitucional. “El efecto estabilizador y racionalizador de la Constitución se ve potenciado cuando la Constitución es una Constitución escrita —apunta HESSE— se forman en el texto escrito de la Constitución determinaciones que elevan considerable-

---

<sup>25</sup> Cf. HELLER, H.: *Teoría...*, ob.cit., p. 289.

<sup>26</sup> Cf. HESSE, K.: *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, C.E.C., 1983, p. 22.

<sup>27</sup> Cf. HELLER, H.: ob.cit., p. 272.

mente el efecto estabilizador, racionalizador y garante de la libertad que posee la Constitución”<sup>28</sup>.

## 6. Codificación

Dejamos deliberadamente para tratar por separado una de las posibilidades más importantes de la forma normativa escrita. La técnica de la escritura junto a la intención de abarcar dentro de la Constitución los contenidos estimados como “fundamentales” del modo más completo posible, hace posible la ordenación sistemática de los preceptos.

Las Constituciones Escritas pueden estar codificadas, como la gran mayoría, o no codificadas, como el caso típico de las Leyes Constitucionales francesas de 1875 y de algún modo la Constitución Federal de los Estados Unidos (y la actual Constitución Italiana). Por ello no estimamos acertado identificar las Constituciones Escritas con la forma codificada como lo hace BIDART CAMPOS quien sostiene que “la Constitución es escrita cuando está codificada y sistematizada unitariamente en un texto”<sup>29</sup>, pues como vimos puede haber Constitución escrita sin que presente una estructura codificada.

Si, por un lado, se puede afirmar que la génesis y la evolución histórica de las Constituciones Escritas nos enseñan que la codificación se encuentra ligada a la formulación escrita de la Constitución -pues resulta lógica y materialmente imposible establecer y mantener una estructura sistemática de normas y principios por medios verbales o consuetudinarios-, por otro lado, no resultaría descabellado sostener que la escrituración deriva del propósito de llevar a cabo una sistematización racional de las normas jurídicas<sup>30</sup>.

Uno de los objetivos de la formalización escrita de la Constitución es servir al proceso de sistematización racional del Derecho Constitucional, o sea, la ordenación lógica de las normas constitucionales según un sistema unitario. La escritura viene, pues, reclamada por exigencias de sistematización, por el propósito de regular la completa estructura básica del Estado en un documento único. Una de las aspiraciones máximas del Constitucionalismo moderno desde el siglo XVIII es que toda la materia constitucional estuviese completamente contenida en una ley escrita, fundamental y sistemática, creación apriorística de la razón. En

<sup>28</sup> Cf. HESSE, K.: ob.cit., p. 22.

<sup>29</sup> Cf. BIDART CAMPOS, G.: *Filosofía del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1969, p. 72; Idem en *Derecho Constitucional*, ob.cit., vol. I, p.105.

<sup>30</sup> Ver el interesante estudio de CLAVERO, Bartolomé: “Código como fuente de derecho y achique de constitución en Europa”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 60 (año 20) Set.-Dic. 200, pp. 11-43.

este sentido señala HELLER que “la Constitución moderna no se caracteriza, sin embargo, propiamente por la forma escrita sino por el hecho de que la estructura total del Estado deba ser regulada en un documento escrito único... Esta voluntad consciente —precisa— para la determinación unitaria del destino político por la sistematización y racionalización de la Constitución jurídica, y no del hecho de la mera codificación, distingue a los documentos constitucionales modernos del siglo XVIII de sus predecesores”.<sup>31</sup>

Aunque debemos aceptar que la codificación, consiste en un segundo momento lógico que integra el proceso de racionalización formal del Derecho Constitucional. En efecto, una vez formulados los preceptos jurídicos mediante el análisis racional de los elementos constitucionales, luego, a través de una sistematización se procede a la ordenación lógica de todos los preceptos jurídicos en un sistema unitario.<sup>32</sup>

La codificación, sin duda, arrastra consigo efectos propios. Agrupa un conjunto de normas y principios jurídicos, los relaciona entre sí, formando una cuerpo delimitado, un bloque que hace participar de sus cualidades a to-

dos los preceptos en ella contenidos y excluye del orden sistemático a cualquier otra norma jurídica, aunque sea sustancialmente constitucional, que no se encuentre comprendida en la formulación codificada. BORGUEAUD sostiene el origen francés de la idea de un Derecho Público codificado claramente diferenciado de la legislación ordinaria.<sup>33</sup>

El *tessuto* que se establece entre las normas constitucionales en un sistema codificado, hace que el sentido y alcance de cualquiera de ellas pueda comprenderse también de su relación con otras normas, por lo tanto, la alteración a cualquiera de los preceptos constitucionales repercute en otros vinculados en razón de la forma sistemática y unitaria de la estructura normativa así dispuesta.

La codificación constitucional es consecuencia de aquella posición que percibe el orden estatal como un conjunto institucional sistemático que se desea reflejar en el orden normativo que se establezca.

## 7. Antecedentes y Fuentes

Resulta muy ilustrativo exponer las razones histórico-políticas, ideológicas y

---

<sup>31</sup> Cf. HELLER, H.: *Teoría...*, ob.cit., p. 290; ESMEIN, A. (NEZARD), ob.cit., p. 564.

<sup>32</sup> HELLER va a distinguir la racionalización de la forma jurídica (formulación de preceptos jurídicos por escrito) y del contenido jurídico (reducción de los preceptos jurídicos positivos a unos pocos principios jurídicos materiales), ob.cit., p. 292.

<sup>33</sup> Cf. BORGUEAUD, Ch., ob.cit., p. 3.

filosóficas que dieron origen a la idea de Constitución escrita y codificada.

Históricamente la primera ley fundamental escrita, más o menos sistemática, establecida con participación popular, fue las Ordenanzas Fundamentales de Connecticut (*Fundamental Orders*) de 1639, establecida por una asamblea general de colonos de Windsor, Hartford y Wethersfield compuesta por un preámbulo y 12 artículos<sup>34</sup>. Aunque no comprendía la organización de la totalidad de un Estado sino de un territorio colonial.

En Europa, un antecedente de importancia trascendental, fue el proyecto de Constitución denominado “Pacto Popular” o *Agreement of the People*<sup>35</sup> que se presentó en 1647 a la consideración de la Cámara de los Comunes inglesa y que debía someterse a la ratificación popular directa. Este proyecto elaborado durante la revolución puritana, aunque no llegó a ser aprobado, constituye un documento expresivo de una intencionalidad política —intento del

ejército por limitar al omnipotente Parlamento— y representativo de las razones que justifican un instrumento constitucional escrito. Este documento servirá de antecedente para que años más tarde, en 1653, el Consejo de Oficiales del Ejército, elabore un proyecto de Constitución conocido como “Instrumento de Gobierno” (*Instrument of Government*) que fue sancionado por el Parlamento bajo el dominio de Cromwell y que rigió durante sólo 7 años. Fue ésta la primera Constitución escrita propiamente dicha de un Estado en Europa, y la única que hubo en Inglaterra si bien con una vida efímera pues rigió hasta la muerte del Lord Protector en 1660<sup>36</sup>. Este Instrumento perseguía el propósito de establecer una regla de gobierno intangible, que se erigiese como límite a la omnipotencia del Parlamento, el que había logrado triunfar sobre el Absolutismo de los Estuardo y que finalmente terminará por salir airoso de los intentos que hubo para cerceñar su poder.

El *Instrument of Government* será la

<sup>34</sup> LOEWENSTEIN cita dos posibles antecedentes: uno del año 604 la Constitución de 17 artículos del Príncipe Botoku del Japón, y otro en 1634 la *Regerings-form* de Suecia, apenas cinco años antes de las *Fundamental Orders of Connecticut*. A las Ordenanzas Fundamentales de Connecticut le siguió en 1641 el Estatuto de Rodhe Island, que no representaron el despliegue de una plena soberanía popular porque se trataron de textos que necesitaban contar con la confirmación de la Corona británica para su sanción que en ambos casos le fue dada sin introducir cambios (ob.cit., nota 11, pag. 158).

<sup>35</sup> En base a un anteproyecto elaborado en 1647 el grupo de los Congregacionalistas que constituían el sector mayoritario dentro del Ejército de Cromwell, que a su vez conformaban un grupo especial dentro del movimiento protestante inglés o puritano.

<sup>36</sup> BORGEAUD cuestiona el carácter democrático del *Instrument of Government*, porque había prescindido de la participación popular para su dictado, apartándose del valioso precedente del *Agreement of the People* que requería su ratificación directamente por el pueblo (ob.cit., p. 10).

primera y única Constitución escrita que poseerá Inglaterra, con una fugaz existencia porque con la Restauración monárquica, Gran Bretaña volvió a fundar su sistema político sobre normas consuetudinarias, unos pocos pactos y algunos nuevos estatutos que se dictaron desde entonces, donde el Parlamento se afirma como institución soberana.

En el continente europeo mientras tanto, se iba afianzando el Absolutismo real, y hubo que aguardar más de un siglo, hasta la Revolución Francesa para ver aparecer la primera Constitución escrita.

Sin embargo en América del Norte, la génesis fue distinta. En 1772 verá la luz en Boston la primera Declaración de Derechos, proclamada popularmente y por escrito por las asambleas de ciudadanos de Massachusetts<sup>37</sup>. Simultáneamente a la Revolución Norteamericana y con anterioridad a la Declaración de Independencia, en 1776 aparecieron dos leyes constitucionales (provisorias) aprobadas por las Asambleas representativas en los

estados de New Hampshire (en enero) y de Carolina del Sur (en mayo). Pero será la Constitución del Estado de Virginia, de junio de 1776, que puede ser paradigmáticamente puesta como la primera Constitución Escrita, en sentido propio, que se integró luego con su famosa Declaración de Derechos<sup>38</sup>. La Declaración de Derechos de Virginia y la Constitución de Massachusetts de 1780 son los antecedentes básicos de la Constitución Federal de 1787 y de sus 10 primeras enmiendas de 1791.

En Europa, será el impulso democrático de la Revolución Francesa que traiga los primeros documentos constitucionales escritos con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 y, sobre todo, con la Constitución de 1791.

A partir de las experiencias americanas y francesas se generalizará el empleo de la escrituración y codificación como técnicas de formalización de las leyes constitucionales, sea que la soberanía resida en el

---

<sup>37</sup> La "Declaración de los derechos de los colonos como hombres, como cristianos, y como ciudadanos" fue elaborada por James Otis y Samuel Adams (vid. BORGEAUD, *Etablissement...*, ob.cit., p. 19).

<sup>38</sup> A renglón seguido 8 Estados se dan nuevas Constituciones (New Jersey, Delaware, Pennsylvania, Maryland, Carolina del Sur, Georgia, Nueva York, y Massachusetts) así como Connecticut y Rhode Island confirmaron sus antiguas cartas sustituyendo la mención del rey por la del pueblo como fundamento democrático.

<sup>39</sup> Según M. HAURIOU habría que distinguir dos tipos de constituciones escritas: a) europeo: breves, orden lógico de las reglas de organización política; b) americano: largas, difusas que no permiten el juego de principios y la construcción jurisprudencial, que presentan el inconveniente de la inmovilidad que conduce a frecuentes revisiones (en *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Madrid, Ed. Reus, 1927, p. 330).

monarca o en el pueblo o sea compartida<sup>39</sup>.

## 8. Fuentes

Luego de este fugaz panorama histórico resulta oportuno referirnos al complejo de ideas que justifican y brindan el marco doctrinario que suscita el movimiento de las Constituciones escritas.

Dentro del desenvolvimiento de la historia política, las Constituciones Escritas y Codificadas aparecen en la época de las Revoluciones burguesas que, como arma en su lucha contra el Absolutismo monárquico, perseguía una ordenación racional y sistemática del Estado que permitiese establecer límites claros y precisos al ejercicio del poder estatal. La burguesía en ascenso necesitaba racionalizar el ordenamiento socio-político, señalando los ámbitos de competencia del poder del Estado para, de este modo, asegurar una cierta previsibilidad de acción, condición indispensable para desarrollar el orden económico capitalista en expansión<sup>40</sup>.

Un conjunto de ideas y doctrinas influ-

yeron para justificar la necesidad política de una Constitución escrita.

La premisa básica sobre la que se funda el desarrollo del pensamiento que conduce a la elaboración de las constituciones escritas y codificadas es la idea de soberanía del individuo. El antropocentrismo será una noción que volverá a aparecer en la cultura occidental con el Humanismo renacentista y que en el ámbito religioso se manifiesta en la Reforma protestante. "*Une attitude attentive des origines de la constitution écrite* —sostiene BORGÉAUD— *permet d' en mentrer le principe, non seulement dans les révolutions du XVIII siècle en Amérique et en France, mais plus haut encore, dans celle qui les a préparées l'une et l'autre au XVI et au XVIII siècle, dans la Reforme*"<sup>41</sup>. En igual sentido opina CROSA que el Individualismo retoma concepciones greco-romanas, sobre todo el concepto romano de "*societas*" que se basa en una idea atomística de la sociedad, cuyo exponente principal fue CICERÓN<sup>42</sup>. De la idea de la soberanía del individuo se deriva el principio de la soberanía popular como una consecuencia del derecho natural de

<sup>39</sup> Según M. HAURIUO habría que distinguir dos tipos de constituciones escritas: a) europeo: breves, orden lógico de las reglas de organización política; b) americano: largas, difusas que no permiten el juego de principios y la construcción jurisprudencial, que presentan el inconveniente de la inmovilidad que conduce a frecuentes revisiones (en *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Madrid, Ed. Reus, 1927, p. 330).

<sup>40</sup> Cf. HELLER, H., ob.cit., p. 291.

<sup>41</sup> Cf. BORGÉAUD, Ch., *Etablissement.et...*, ob.cit., p. 44.

<sup>42</sup> Cf. CROSA, E.: *Lo Stato...*, ob.cit., p. 171.

los individuos a participar en la conformación del orden común.

Podemos reconocer dos grandes fuentes que confluyen a generar la aparición de las Constituciones escritas codificadas:

A) Fuente religiosa: Fue BORGEAUD quien sostuvo la tesis que las Constituciones escritas encuentran su germen en el ámbito religioso, que se traslada al orden político donde se desarrolla. Señala al movimiento protestante de Inglaterra como el origen de los documentos constitucionales.

El protestantismo sobre los postulados del libre examen y del sacerdocio universal vino a reafirmar la corriente individualista, cuyos efectos en el orden religioso será la abolición del orden jerárquico del clero y la transferencia de la superioridad sobre el conjunto a la comunidad de fieles. Así se vislumbra un germen de soberanía popular que en el orden político se realizará como Democracia.

El movimiento protestante en Inglaterra no disputará con el catolicismo —ya que éste había sido desplazado por el Anglicanismo— sino se enfrentará con la iglesia nacional, el Anglicanismo, ahora constituida en religión oficial del Estado inglés, que se organizaba con sujeción al principio de jerarquía episcopal siendo el Rey el jefe supremo de

la iglesia local. En consecuencia, los protestantes por encontrarse opuestos a toda jerarquía eclesiástica se enfrentaban al jefe máximo de la iglesia Anglicana: el monarca. La rama inglesa del protestantismo, conocida como “puritanos” o “no conformistas”, confrontará con la religión oficial y con la corona que la representa, y constituirá el grupo central que encabezará la Rebelión parlamentaria contra Carlos I, aunque no logrará imponer sus designios democratizantes, al menos pudo establecer límites a la autoridad absoluta del Rey, y contribuyó al triunfo del Parlamento.

La superposición en el Rey de la calidad de monarca absoluto y jefe supremo de la Iglesia confundió los intereses de la iglesia con los del Estado, con lo que la querrela no tardó en perder su carácter religioso originario para transformarse en política. La inicial contienda de los puritanos contra los ritos y la jerarquía religiosa anglicana desembocará en una abierta lucha política contra el absolutismo monárquico, de Carlos I que había iniciado persecuciones contra los opositores de la religión oficial, sean los católicos o los puritanos. “*A ce moment la cause du non conformisme* —afirma BORGEAUD— *était devenue celle de la liberté*”<sup>43</sup>.

Dentro del movimiento protestante se distingue un sector denominado los

---

<sup>43</sup> Cf. BORGEAUD, Ch., ob.cit., p. 6.

“Independientes” o “Congregacionistas” que constituían el núcleo más activo e influyente del partido puritano. El ejército en su mayor parte estaba integrado por miembros de este grupo cuya intervención fue decisiva para la victoria de Cromwell, éste aunque puritano no pertenecía a este grupo. Serán los oficiales “Congregacionistas” los que elaboraron el malogrado proyecto del *Agreement of the People*.

La Doctrina religiosa de los Independientes, que constituye la fuente que dará origen a los documentos constitucionales<sup>44</sup>, sostenía la libertad y tolerancia de todos los cultos cristianos. Se organizaban en congregaciones fundadas sobre un pacto escrito o “*conventions*” celebrado entre sus miembros que comulgaban con esa creencia religiosa, en consecuencia, en este grupo protestante existían una pluralidad de comunidades iguales y autónomas, que no admitían una jerarquía común única. En el acto constitutivo de cada congregación religiosa se halla un germen democrático. Uno de los mentores de esta doctrina expresaba que era “*En virtud de ese acto que los ministros tenían poder sobre la comunidad de*

*fieles, que la comunidad acataba a sus ministros y que cada miembro de la congregación adquiría sus derechos y deberes con respecto a sus pares*”<sup>45</sup>. La supremacía eclesiástica pertenecía a la comunidad y sólo a la comunidad en representación de Cristo. La asamblea de fieles era la fuente de todo poder, por elección nombraba a los ministros del culto y ejercía la potestad de excomunión<sup>46</sup>.

El ejercicio de esta democracia eclesial no tardará en proyectarse al mundo social y político. A esto apuntaba el frustrado proyecto del *Agreement of the People*, que exigía ser sometido a la aprobación directa del pueblo. El propósito de exteriorizar la fundación de una comunidad política como emanación del mismo cuerpo social por medio de un acto formal expreso, se refuerza con la intención de limitar los poderes del Estado y de garantizar los derechos del pueblo a consecuencia de la experiencia obtenida en la lucha contra la omnipotencia del Parlamento y del Monarca.

Con anterioridad a la revolución inglesa numerosos grupos “congregacionistas” habían tenido que emigrar a

<sup>44</sup> En contra HELLER, para quien “El punto de partida histórico, no ha sido seguramente la libertad de creencia” y citando a SCHMIDT sostiene que “La personalidad, desde el punto de vista del Derecho Político, no se ha impuesto primero en la esfera ideal del hombre, sino en su esfera material (R. Schmidt, pp. 172 y ss.)”, ob.cit., p. 292.

<sup>45</sup> COTTON John: *The Way of the Churches of Christ*, London, 1645, p. 2: cit. por BORGEAUD, ob.cit., p. 9.

<sup>46</sup> Cf. BORGEAUD, Ch., ob.cit., p. 9.

América a consecuencia de las persecuciones desatadas contra ellos por la Iglesia Anglicana oficial. Estos grupos portadores de estas ideas encontraron en tierra americana las condiciones adecuadas para trasladar sus “*convenants*” religiosos al orden político. En efecto, en 1620 un grupo de puritanos “congregacionalistas” huyendo de las persecuciones religiosas rumbo a América del Norte se comprometieron por un contrato político –imitando sus *convenant* religiosos- a fundar una colonia y constituirse en comunidad política lo que fue sometido a la aprobación de todos los miembros del grupo, fue el famoso “Pacto del Flor de Mayo” (*May Flower Compact*), que fundó New Plymouth. Estos actos de establecimiento y organización de nuevas comunidades políticas recibieron la denominación de *Plantation Convenants* o Pactos de Establecimiento.

En suma, podemos extraer del sentido de esta evolución histórica que la aparición de las constituciones escritas se halla ligada al principio democrático, por ser documentos escritos emanados de la voluntad colectiva constitutivos de la comunidad política. Sin embargo, aunque se partió de una misma fuente, la evolución posterior siguió cursos diferentes.

El principio de la voluntad popular co-

mo fundamento de la organización política se manifiesta en todos los documentos constitucionales aparecidos desde entonces. Pero mientras, el Preámbulo de las Fundamental Orders de Connecticut de 1639 y el Estatuto de Rhode Island de 1641 —anteriores a la formulación de la doctrina de la “*volonté générale*”— expresaban su fundamento democrático sin resabios rousseauianos. Por el contrario, en la Declaración de los Derechos del Hombre de Virginia de 1776 y, particularmente, en la Constitución de Massachusetts de 1780 se percibe la influencia de la doctrina del contrato social del ginebrino. De cualquier manera la idea de Constitución escrita encuentra en el principio democrático uno de sus fundamentos más sólidos.

Sin embargo, la etiología político-religiosa del principio de los textos constitucionales, originado en Inglaterra y desarrollado en América, no puede ser transferido lisa y llanamente a la experiencia constitucional del resto de Europa, donde recién a partir de la Revolución francesa el principio de la Constitución escrita se desenvolverá<sup>47</sup>.

B) Fuente filosófica: Los motivos que impulsaron a los colonos ingleses de América del Norte a la redacción de Constituciones escritas, no se pueden extender directamente a las Constitu-

---

<sup>47</sup> Sin duda los acontecimientos de América del Norte no pasaron desapercibidos para los revolucionarios franceses, recordemos que John Adams en 1779 y B. Franklin en 1783 estuvieron acreditados en la Corte de Luis XVI, así como las inmediatas traducciones francesas de las Constituciones Americanas. Sin embargo, en este caso la génesis de las Constituciones escritas no es directamente atribuible a idénticos factores políticos espirituales que influyeron en Inglaterra y América del Norte.

ciones que vieron su luz en Europa a partir de la Revolución de 1789. Ya en Francia, con anterioridad a la Revolución, el Tercer Estado había manifestado a través de algunos *Cahiers* de instrucciones su interés que la Asamblea dicte una Constitución escrita<sup>48</sup>.

Será el Racionalismo iusnaturalista el que, alrededor de la idea básica de la soberanía del individuo, elabora la doctrina que conduce a la aparición de en Europa continental de los primeros documentos constitucionales escritos y codificados.

La mayor parte de las doctrinas del Derecho Natural Racional se pondrán del lado de la Burguesía en ascenso en su lucha contra el Absolutismo monárquico. Una de sus vertientes suministrará los argumentos teóricos que justificarán racionalmente la lucha, que se expresa en la práctica a través de la consigna de limitar el poder real, identificándose el gobierno constitucional sujeto a una ley superior escrita y codificada, con el gobierno limitado<sup>49</sup>. El Racionalismo iluminista tomará del

pensamiento jurídico romano la creencia en la posibilidad de racionalizar en formas jurídicas porciones de la realidad social para aplicarla al ámbito de lo político. El movimiento filosófico del siglo XVIII era contrario a la costumbre y partidario de la legislación escrita, de leyes creadas *a priori* y basadas en la razón<sup>50</sup>. Asimismo el iusnaturalismo racionalista, secularizando la tradición nunca interrumpida del Derecho Natural Cristiano<sup>51</sup>, afirmará que todos los hombres por tener una misma naturaleza racional son seres sustancialmente iguales, poseedores de unos derechos naturales e imprescriptibles que se encuentran por encima del Estado y que no pueden ser vulnerados por aquellos que encarnan al Estado que de por sí no revisten una cualidad superior porque participan de la misma naturaleza racional de todo ser humano.

Pero el aporte más importante del racionalismo iusnaturalista para nuestra cuestión está dado por la Codificación de las normas constitucionales, como el esfuerzo racional de formular de

---

<sup>48</sup> Cf. BORGEAUD, Ch., ob.cit., p. 28.

<sup>49</sup> Cf. GHISABERTI, Carlo: "Costituzione (Premessa storica)", en *Enciclopedia del Diritto*, vol.XI, Milano, Giuffrè, 1982, p. 136.

<sup>50</sup> Cf. BARTHELEMY-DUEZ, ob.cit., p. 189; idem HELLER, H., ob.cit., p. 292.

<sup>51</sup> Enseña GHISABERTI que la doctrina canonista que hace derivar el poder de la voluntad de Dios según la afirmación agustiniana "*omnia potesta a Deo per populum*" estaba dirigida para imponer límites al poder absoluto del monarca, a favor de la Iglesia. El pueblo aparece como obstáculo y límite del poder. El único criterio para establecer la conformidad del poder con la voluntad divina consisten en la observancia, en beneficio del pueblo, de los principios evangélicos con lo que el Pontífice romano se convierte en juez de la legitimidad del ejercicio del poder., ob. cit., p. 136.

modo sistemático y unitario la estructura del poder del Estado. “La concepción, que se puede llamar francesa de un derecho público codificado, claramente diferenciado de la legislación ordinaria —enseña BORGÉAUD— está hoy en la base del Estado moderno”<sup>52</sup>. Es de alguna manera la racionalización del contenido normativo constitucional, reduciéndolo a unos cuantos preceptos y principios jurídicos materiales, o sea, sistematizar las normas jurídicas fundamentales del Estado en forma de código único, más o menos hermético y completo, pretendidamente sin lagunas e inmutable. Desde las primeras constituciones codificadas, ésta técnica de redacción constitucional se fue desarrollando y perfeccionando a lo largo del tiempo en lo que es el moderno constitucionalismo.

La lucha revolucionaria de los sectores burgueses se expresa en el ideal de limitación del poder absoluto del Estado a través de un documento constitucional único, escrito y codificado. BARTHELEMY-DUEZ enseñan que los hombres de 1789 propugnaban una constitución escrita por razones políticas y prácticas “La supresión del carácter consuetudinario de la constitución francesa —explican estos autores— era un medio para derribar las inten-

ciones del monarca absoluto atándole las manos de una manera precisa; y, de este modo, la constitución escrita se vincula al principio democrático que era, también, un instrumento de lucha contra el absolutismo real. Los hombres de la Revolución —concluyen— entendían, por otro lado, hacer tabla rasa del pasado y de los antiguos principios; el orden nuevo no podía resultar de la costumbre; se hacía necesario que una constitución escrita fuera a organizarlo”<sup>53</sup>.

La codificación impone la estructura unitaria de la ley constitucional. Este documento único sigue una sistemática que formaliza las normas constitucionales en artículos que no se repiten, y se relacionan, se complementan y se remiten recíprocamente, siendo en consecuencia dispuestos en secciones, capítulos, títulos, etc., todo englobado en un único orden de referencias. Una obra de este tipo exige que su nacimiento tenga lugar en un acto único, pues no resulta posible obtener una obra sistemática a través de una acumulación sucesiva de preceptos. Fuera del texto constitucional no se reconoce ninguna norma como formalmente constitucional. En gran medida la técnica codificadora en el orden constitucional sigue la senda trazada en el derecho priva-

---

<sup>52</sup> Cf. BORGÉAUD, Ch., ob.cit., p. 3.

<sup>53</sup> Cf. BARTHELEMY-DUEZ, ob.cit., p. 189.

do por el Código Napoleón<sup>54</sup>. La codificación, como vemos, impone ciertas pautas al orden constitucional. Sin embargo, su utilidad racionalizadora y sintetizadora no debe ser exagerada al punto de constreñir todo el orden constitucional dentro de los límites de un código normalmente breve. El iusnaturalismo racionalista en su versión contractualista vendrá a impulsar la necesidad de emplear la forma escrita para constituir el ordenamiento constitucional.

Para la corriente contractualista de la Escuela del Derecho Natural y de Gentes, la Constitución Escrita expresa de algún modo el Pacto Social. En la doctrina contractualista suele distinguirse dos tipos de pactos: el *pactum societatis* y el *pactum subiectionis*, que se refleja en la índole del documento escrito: a) el *pactum societatis* corresponde

al acto por el cual los hombres pasaban del estado de naturaleza a formar una Sociedad; b) El *pactum subiectionis* es el acto subsecuente por el cual los hombres constituían un gobierno.

Bajo la primera fórmula subyace la idea de un estado de naturaleza previo en el que el hombre goza de una serie de derechos naturales, inmutables e inviolables, y que conviene en constituir una sociedad con sus congéneres precisamente para resguardar estos derechos. Por lo tanto la Constitución escrita sirve de constancia documental de lo que se concibe como derechos naturales del hombre que la sociedad tiene por finalidad resguardar. Ejemplos de estos *pactum societatis* encontramos en Escocia en el siglo XVI, en Inglaterra, en la República teocrática de Ginebra<sup>55</sup> y, especialmente, en América del Norte donde se destaca el

<sup>54</sup> Mientras que la Constitución Federal de EE.UU no consigue de modo acabado la forma codificada, por cuanto sus modificaciones se producen de modo acumulativo, como enmiendas que se agregan al final del texto originario, sin alterar la redacción de los preceptos precedentes aunque resultasen modificados por los añadidos. La técnica codificadora exige que cuando una modificación constitucional altere las normas precedentes, se reelabore la norma afectada, a fin de mantener la coherencia sistemática propia de una codificación, eliminando las contradicciones normativas. Esta exigencia ha sido expresamente consagrada por algunas constituciones (L. F. de Bonn, art. 79.1 y Const. Portuguesa art. 289) que prohíben las llamadas reformas tácitas y obligan a retocar el texto de los artículos constitucionales que resulten afectados por una reforma constitucional. Constituye una exigencia implícita derivada del carácter escrito y rígido de los textos constitucionales que cualquier enmienda a una disposición constitucional conduzca a reformular la redacción de la norma afectada de modo que la modificación operada quede reflejada en la misma disposición alterada. Es el llamado "principio de certificación y evidencia" de toda Reforma Constitucional (*Urkundlichkeit und Einsichtbarkeit jeder Verfassungsänderung*), aunque inmanente a todo texto normativo codificado, fue consagrado expresamente por vez primera por la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (art. 79.1) como consecuencia del desconcierto que reinó durante el período weimariano acerca del texto constitucional vigente cuya modificación se operaba simplemente a través de leyes del Parlamento. El respeto de este principio es una exigencia de buena técnica constituyente puesto contribuye a conservar la sistematicidad y claridad de los cuerpos normativos codificados.

<sup>55</sup> Cf. CROSA, E., *Lo Stato...*, ob.cit., p. 176.

célebre “Pacto de Flor de Mayo” de los *Pilgrim fathers* de 1620 (*May Flowers Compact*): “En virtud de este pacto —expresaba el Convenio— nosotros hacemos, decretamos y establecemos tales leyes justas e iguales ordenanzas, actos y estatutos y cargos que puedan ser juzgados oportunos para el bien general de la colonia, y nos comprometemos a la debida sumisión y obediencia”<sup>56</sup>. La primera y más acabada expresión de *pactum societatis* fundando la comunidad en los derechos individuales, tiene lugar con la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 que expresaba que tales derechos pertenecientes al pueblo de Virginia y a su posteridad, se entendían como la base y fundamento del gobierno. Más explícito fue el Preámbulo de la Constitución de Massachusetts de 1780: “El objeto del establecimiento, mantenimiento y finalidad del gobierno, es asegurar la duración del cuerpo político, de protegerlo y de garantizar a los individuos que lo componen, la seguridad y el goce tranquilo de sus derechos naturales y de los beneficios de la existencia... El cuerpo está formado por la asociación voluntaria de los individuos, es el resultado de un pacto social”; y finaliza expresando que el pueblo de Massachusetts ha tenido “la ocasión de establecer voluntaria y apaciblemente, sin fraude ni violencia ni sorpresa,

los unos con los otros, un pacto original explícito y solemne”<sup>57</sup>.

Mientras que por otro lado, el *pactum subiectionis* señala el acto de formar un gobierno que significa fijar la competencia de los órganos supremos del Estado, con lo que la Constitución se transforma en límite de los poderes del Estado. Un ejemplo valioso de este género de pacto lo constituye el *Instrument of Government*. Pero no considerándose garantía suficiente la fijación de competencias a los órganos estatales, se integrará luego tal garantía con la inclusión en las Constituciones escritas de Declaraciones de Derechos por expresos límites al poder del Estado. Esto se puso en evidencia con la Constitución Federal norteamericana de 1787 cuando algunos Estados miembros (especialmente Nueva York) exigieron, como condición para aceptar aquella, la inclusión de una declaración de derechos que sirviese de límite expreso a los poderes del gobierno federal, lo que se materializó en 1791 con las 10 primeras enmiendas. La Constitución, en consecuencia, se convierte en el acto supremo de garantía de las libertades del pueblo<sup>58</sup>.

La Constitución Escrita deviene la ley suprema del Estado porque emana de la voluntad de los miembros de la sociedad que acuerdan formar un go-

---

<sup>56</sup> Cit. por BORGEAUD, Ch., ob.cit., p. 13.

<sup>57</sup> Cf. BORGEAUD, Ch., ob.cit., p. 23.

<sup>58</sup> Cf. CROSA, E., *Lo Stato...*, p. 175/179.

bierno para asegurar sus derechos naturales, los que inspiran la atribución de competencias a los órganos y se convierten en límites infranqueables de la actividad del Estado. No basta el acuerdo de los individuos para fundamentar el origen del poder, éste debe integrarse con un reconocimiento de derechos naturales para dar auténtico fundamento democrático a la Constitución escrita. De otro modo basándose en el origen contractual de la Constitución, los miembros podrían acordar un transferimiento total del poder a un solo órgano fundando un Absolutismo político, como era la tesis de HOBBS<sup>59</sup>. Sin embargo, el fundamento contractualista del poder no autoriza tal conclusión porque lleva implícita la idea de la limitación del poder pues de ningún modo puede vulnerar los derechos de los sujetos que concurren a formarlo.

En resumen, podríamos decir con GHISABERTI que “en el momento en que sea afirmada la limitación y la revocabilidad del poder cedido por efecto del contrato social del pueblo soberano, será implícitamente condenado el absolutismo y se derivará directamente la necesidad de exteriorizar con un acto formal, con un documento escrito aquellos que son los principios funda-

mentales reguladores del desenvolvimiento de la vida asociada, imponiendo el respeto a los poderes constituidos por éste, dando la necesaria garantía de salvaguardar la libertad común e instaurando el imperio del derecho allí donde era el imperio de uno solo”<sup>60</sup>.

El contractualismo atribuye al pueblo la facultad de dictar por escrito las normas que componen el ordenamiento jurídico, lo que abarca tanto la legislación constitucional como la ordinaria. Recordemos que ROUSSEAU no establecía una distinción entre ambos tipos de normas en su “Contrato Social”, pues todas emanaban de la *volonté générale*. En este orden de ideas se nos presenta la cuestión de distinguir formalmente de entre las normas escritas aquéllas que son ordinarias de las que son constitucionales, pues ambas son producto de la voluntad popular.

Prescindiendo del contenido (que no sirve como pauta definitiva para señalar que una norma materialmente constitucional forma parte de la Constitución Escrita, pues puede estar fuera de ella) y considerando que en su forma exterior ambas son normas legales escritas, la diferenciación está en un factor político-jurídico: la supremacía

---

<sup>59</sup> Cf. GHISABERTI, C., ob.cit., p. 137.

<sup>60</sup> Cf. GHISABERTI, C., ob.cit., p. 136. Por el contrario, BORGEAUD está en desacuerdo con la tesis mayoritaria del origen contractualista de las Constituciones escritas. Este sostiene que en verdad no existió nunca un tal pacto, sino que se trata en realidad de un acto de establecimiento por el pueblo de una ley fundamental, expresión unilateral de voluntad del cuerpo social, puesta como base de su gobierno, para ser la regla suprema de los poderes (Cf. BORGEAUD, Ch., ob.cit., p. 26).

que se reconoce a la ley constitucional sobre las demás normas escritas del ordenamiento jurídico<sup>61</sup>. Sólo vinculando la forma escrita con el valor superior de las normas constitucionales, la Constitución cumplirá con su función política de garantía de los derechos de los ciudadanos y se respetará la distribución de competencias hechas a los órganos estatales.

Es propio de las Constituciones Escritas hacer posible diferenciar la norma constitucional —obra del Poder Constituyente— de las otras normas legales ordinarias también escritas, obra de los poderes constituidos. La distinción de poderes, uno facultado para la elaboración por escrito de normas constitucionales y otro para las demás normas es característica de las Constituciones escritas modernas. Suele ser la propia Constitución la que confiere la calidad de supremo de un poder respecto de los otros considerados como subordinados e inferiores<sup>62</sup>. En conse-

cuencia, cuando, como en Gran Bretaña, no se suele distinguir un órgano con facultades para dictar normas constitucionales escritas de otro con facultades para dictar cualquier tipo de normas sin atender que su naturaleza sea constitucional u ordinaria, no podemos señalar la presencia de una Constitución escrita y tampoco, obviamente, codificada porque se confunden las normas constitucionales con las normas ordinarias por revestir ambas la misma forma. Se halla aquí ausente el principio de limitación del poder que el liberalismo racionalista revolucionario formula como el impedimento que la legislatura ordinaria asuma libremente funciones constituyentes<sup>63</sup>.

Sin embargo, la historia nos muestra casos de Constituciones escritas y codificadas que no establecieron una distinción formal entre órganos constituyentes y órganos legislativos, tales por ejemplo, el Estatuto Albertino de 1848 y la Constitución de Prusia de 1850

---

<sup>61</sup> Cf. CROSA, E., *Lo Stato...*, p. 181.-

<sup>62</sup> Cf. ESMEIN-NEZARD, ob.cit., p. 573.

<sup>63</sup> El criterio formal subjetivo para distinguir una norma de una Constitución escrita de una norma escrita legislativa es útil cuando preexiste una Constitución (con valor supremo) que confiere a un órgano la potestad de dictar legítimamente normas constitucionales escritas (cf. ESMEIN, ob.cit., p.573). Aquí se distingue la voluntad creadora de órganos estatales, de los órganos creados o instituidos cuya voluntad será siempre inferior a la de su creador. En cambio cuando no preexiste una Constitución escrita que determine el órgano constituyente legítimo, por ejemplo cuando se trata del dictado inicial de una Constitución escrita, el criterio de distinción subjetiva (órgano constituyente-órgano legislativo) se apoyará sobre un acto de voluntad política del órgano constituyente quien determina qué preceptos serán constitucionales. Como corresponde a la soberanía popular o nacional, el poder de dictar normas constitucionales escritas, éstas son valoradas como supremas por emanar de la voluntad colectiva de la comunidad. En cualquiera de los casos el resultado formal es el mismo, en consecuencia tiene semejantes efectos jurídicos en cuanto todas las normas emanadas de dicho órgano, sean o no sustancialmente constitucionales, valen jurídicamente como normas constitucionales porque así lo ha querido el órgano constituyente, de cuya voluntad depende su constitucionalización.

(Art. 107). En este caso como la producción de normas constitucionales dependía de la voluntad del legislador único, la función de las Constituciones escritas como valladar al ejercicio del poder se encontraba seriamente devaluada.

### 9. Algunas objeciones

La formalización literal de las normas constitucionales no fue pacíficamente aceptada. Recordemos a Joseph DE MAISTRE que cuestionó no sólo la forma escrita sino la posibilidad misma de racionalizar el orden constitucional de un pueblo en normas jurídicas codificadas. Entendía que la Constitución política es anterior a cualquier ley escrita, es decir, no necesita la formulación escrita para existir, que corresponde a un derecho constitucional no escrito preexistente, porque *"ce qu'il y a de plus essentiel de plus intrinsèque - ment constitutionnel et de véritable - ment fondamental, n'est jamais écrit et même ne saurait l'être...L'homme ne peut faire une Constitution et nulle Constitution légitime ne saurait être écrite"*.<sup>64</sup> No obstante ante el hecho incontestable de la existencia de numerosos documentos constitucionales, DE MAISTRE afirmará que "sólo es posible que la sociedad, estando constituida, sin que pueda decir cómo, declare o exprese por escrito ciertos artículos

particulares, pero casi siempre estas declaraciones son efecto y causa de muy grandes males", para luego añadir, que la fragilidad de una Constitución está en proporción directa al número de artículos escritos que contenga<sup>65</sup>.

También BRYCE, desde su particular punto de vista, critica la distinción de las constituciones en escritas y no escritas, porque sostiene que toda constitución se compone de leyes escritas y de costumbres y usos. Este autor cae en el error de identificar Constitución con Derecho Constitucional, dando a la Constitución un sentido material tan amplio que se identifica con la noción de Derecho Constitucional. Nadie niega que el Derecho Constitucional se compone de normas escritas y de costumbres y usos. Sin embargo, se puede distinguir sin dificultad, por un lado, aquellos sistemas apoyados fundamentalmente en una Constitución escrita, originada en la actividad de una voluntad constituyente unitaria y sincrónica, que dan preeminencia a las normas escritas como expresión de la estructura y organización del Estado por encima de otras fuentes del Derecho Constitucional que cumple simplemente una función complementadora, respecto a las cuales las normas escritas tienen supremacía formal exclusiva y excluyente; y por otro lado, aquellos

<sup>64</sup> DE MAISTRE, Joseph: *Essai sur le principe générateur des constitutions écrites-Oeuvres Complètes*- Lyon, 1884, I, p. 243 y ss. cit. por BORGEAUD, Ch., ob.cit., p. 46.

<sup>65</sup> Vid. LAFERRIERE, J., ob.cit., p. 273.

otros sistemas que aunque disponen de una que otras leyes escritas, éstas, formal, jurídica ni intencionalmente cumplen la función de regulación integral, unitaria y suprema propia de las Constituciones Escritas<sup>66</sup>.

### 10. Valor

A esta altura de este estudio resulta inútil señalar las ventajas e inconvenientes que presentan las Constituciones Escritas porque de verdad a las sociedades no les resulta posible elegir entre uno u otro sistema. El empleo de cualquiera de ellos no es el resultado de una elección deliberada<sup>67</sup>. A esto habría que agregar que una vez adoptado un ordenamiento constitucional escrito y codificado, y una vez que éste se ha consolidado, es imposible la vuelta atrás a la regulación consuetudinaria del régimen político, porque se ha quebrado la indubitable continuidad que constituye el núcleo esencial de un sistema consuetudinario. Por ello la forma escrita se ha universalizado quedando solamente el caso residual y excepcional del sistema constitucional británico que no ha sufrido ruptura en su continuidad jurídico-política<sup>68</sup>. La existencia de sólo tres países (Gran Bretaña,

Israel y Nueva Zelanda que es un apéndice del sistema británico) como sistemas constitucionales no escritos demuestra que ellos requieren que se den condiciones muy especiales<sup>69</sup>.

Sin embargo, del estudio de las Constituciones históricas o consuetudinarias, o predominantemente consuetudinarias o no escritas, podemos extraer, a *contrario sensu*, las deficiencias de las Constituciones escritas. Mientras las Constituciones históricas se han ido conformando a través de una lenta acumulación de usos, costumbres, pactos y estatutos aislados y decisiones jurisprudenciales que se van produciendo espontáneamente con el transcurso del tiempo a medida que hizo falta institucionalizar nuevas situaciones políticas a lo largo de un proceso de continua e ininterrumpida adaptación. En cambio, las Constituciones escritas aparecen en momentos de cambios políticos profundos, de ruptura importantes con los antecedentes. En estos casos de súbitas transformaciones es necesario formular nuevas reglas constitucionales que reflejen la nueva situación creada y a crearse, y que se impongan en el orden político,

---

<sup>66</sup> Cf. BRYCE, James; ob.cit., 15 y ss..

<sup>67</sup> Cf. LAFERRIERE, J.: ob.cit., p. 56.

<sup>68</sup> El caso excepcional del *Instrument of Government* (1653) constituyó una experiencia que no llega a cuajar con fuerza suficiente como para sustituir al sistema anterior y asentar uno nuevo, porque producida la Restauración de Carlos I<sup>o</sup>, 7 años después (1660), Inglaterra retornará a su sistema consuetudinario. Cf. LAFERRIERE, J., ob.cit., p. 274.

<sup>69</sup> Recordemos la conocida sentencia de TOCQUEVILLE que frente a las nuevas Constituciones escritas exclamó "La constitución inglesa no tiene existencia real, no existe".

viniendo a sustituir a las normas hasta entonces vigentes. "...Dans les pays dont les institutions ont subi des transformations brusques et résultent soit d'une concession du souverain soit d'une révolution —enseña LAFERRIERE—...le procédé de la Constitution écrite s'impose pour énoncer les règles nouvelles qui, brusquement, sont substituées aux règles jusque-là existantes. A elle seule, cette raison suffirait à expliquer la quasi universalité du système des constitutions écrites"<sup>70</sup>.

En Inglaterra el precoz inicio de una tendencia de progresiva limitación de la potestad real, produjo una importante acumulación de antecedentes (costumbres, usos, decisiones judiciales, antiguos pactos, remotos estatutos y Tratados coyunturales) a lo largo del tiempo, de los cuales se puede extraer pautas de comportamiento político, lo que se vió complementado por un Parlamento omnipotente con facultades para llevar a cabo modificaciones en las instituciones tradicionales en cuanto éstas se ven compelidas a concretarse durante un breve lapso o sea, cuando no hay suficiente tiempo para que pueda generarse una costumbre constitucional modificatoria, el Parlamento procede a elaborar la norma constitucional, sustitutoria de la costumbre constitucional o de otra norma de carácter constitucional, a través de una ley escrita.<sup>71</sup>

Por el contrario, tanto los regímenes surgidos de las revoluciones burguesas contra la Monarquía absoluta en Europa continental, como los nuevos Estados nacidos en América como desprendimientos que aquellos Estados europeos, no contaban en su haber con una larga y rica experiencia de gobierno demo-liberal que les ofreciera un agregado de antecedentes a los cuales poder recurrir para extraer pautas de comportamiento. Por tratarse en general de regímenes de nuevo cuño, la falta de precedentes debió ser reemplazada por la razón creativa, que anticipa las reglas necesarias. La elaboración consciente de principios y normas vino a suplantar la carencia de precedentes, en un momento ideológico que favorecía la creación racional de un completo sistema normativo del cual extraer por deducción lógica las pautas que los antecedentes le retaceaban. La ruptura de la continuidad institucional establecida imponía la necesidad de crear una nueva institucionalidad inspirada en los nuevos principios organizadores que otorgaban legitimidad a las revoluciones triunfantes. La forma escrita y codificada vino a ser en las Constituciones Modernas lo que la acumulación de precedentes fue para los regímenes políticos consuetudinarios.

Si bien la existencia de uno u otro sistema se debe a las condiciones político-históricas que los determinaron (ré-

<sup>70</sup> Cf. LAFERRIERE, J., ob.cit., p. 247

<sup>71</sup> Cf. LAFERRIERE, J., ob.cit., p. 271-274.

gimen de gradual evolución sin fracturas vs. régimen de ruptura revolucionaria), su funcionamiento se halla ligado a una cuestión de comportamiento de los pueblos condicionado por el sistema político vigente.

En Inglaterra domina en el pueblo un espíritu tradicionalista, profundamente conservador, que lo liga a las formas del pasado y estimula el respeto a los precedentes, se apoya en un sistema político aceptado socialmente porque se estima que suministra cuotas aceptables de justicia y libertad entre sus miembros. La constitución inglesa no tiene origen preciso, es "*discreta e velata*" en expresión de BRUNIALTI, quien señala que "mientras los franceses buscaron la validez de sus instituciones en el esplendor, en el lujo de las formas, en la solemnidad; los ingleses la encontraron en la incertidumbre de la costumbre, en el carácter vulgar de la ley, en aquella especie de anonimato a la que condenaron su constitución en medio de esta promiscuidad estatutaria. Por eso bien se puede afirmar —concluye diciendo— aunque la constitución inglesa tuvo, al igual que otras, sus elementos revolucionarios los supo absorber, disimular, fundir, sustituyendo un patrimonio de viejas libertades heredadas por un ideal de derechos abstractos, elaborados por la razón, conquistados

por la fuerza"<sup>72</sup>. El propio BRYCE, panegirista de sistema británico, admite que el espíritu conservador de la Constitución inglesa se apoya sobre "una corporación (el Parlamento) compuesta por representantes en su mayoría satisfechos del mundo tal y como es... Una de las condiciones necesarias para una constitución flexible —añade— es que la mayor parte del pueblo, aunque legalmente soberana, debe permanecer satisfecha mientras se dictan determinados principios generales, para que la minoría educada pueda manejar los detalles del negocio"<sup>73</sup>.

Para MC BAIN el elemento perdurable que constituye el hilo conductor en la lenta evolución de las constituciones tradicionales es la permanencia de la monarquía. La antigua, inmemorial, aceptada y continua presencia de la Monarquía fue esencial para evitar que esta se transforme en Constitución Escrita. El hecho que luego de el fracaso de la experiencia de Constitución escrita de Cromwell de 1653, con la restauración de la monarquía en 1660 se retorne al sistema consuetudinario constituye la prueba de la verosimilitud de esta apreciación. "*England has had her revolutions, —expresa MC BAIN— but her monarchy has survived them. Her central and most important outward 'convention' has remained*"<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> Cf. BRUNIALTI, A., ob.cit., p. XV.

<sup>73</sup> Cf. BRYCE, J., ob.cit., p.72 y 81.

<sup>74</sup> Cf. MC BAIN, Howard Lee: *The Living Constitution (A consideration of the realities and legends of our fundamental law)*, New York, The Mac-Millan Company, 1948, p. 15; Idem LAFERRIERE, J., ob.cit., p. 274.

Mientras que otras monarquías de nuevo cuño como la belga o restauraciones luego de largos y conflictivos interregnos como el caso español, debieron ineludiblemente recurrir a formas escritas de constitucionalización monárquica.

A.- En cambio, en aquellos regímenes recién instalados los textos suministran la necesaria certeza, precisión, y la posibilidad de extraer por mecanismos interpretativos de los principios y normas enunciadas, criterios para regular las situaciones nuevas que se presenten; la forma escrita ofrece una cierta exactitud en la formulación y certidumbre de los contenidos, que los coloca fuera de toda disputa, duda u oscuridad, sumamente necesaria en regímenes no consolidados o cuestionados en sus logros compelidos a conseguir un grado aceptable de justicia y libertad para sus miembros<sup>75</sup>. En efecto, la situación política del régimen determina en buena medida el grado de sujeción a las formas constitucionales escritas.

B.- Mientras en un régimen constitucional no escrito, el poder y el derecho cuenta con la tolerancia de las fuerzas políticas y de la opinión pú-

blica, por el contrario, cuando el sistema político no goza de un amplio consentimiento, cuando es cuestionado y no se halla exento de disputa, la forma escrita contribuye a disipar la incertidumbre y la tensión generada por grupos sociales que ponen en entredicho las reglas constitucionales<sup>76</sup>. La forma escritural contribuye a dejar resueltas ciertas cuestiones, a dejar zanjadas controversias, asegurando el nuevo régimen, potenciando la seguridad y la estabilidad jurídico-políticas, o dejando establecidas las reglas a observar para la resolución de los conflictos que se planteen<sup>77</sup>.

En este orden de ideas MC BAIN gráficamente explica que “El pueblo de las colonias americanas en 1776, el de Francia en 1789, el de Rusia en 1917, de los colapsados imperios en 1918 habían roto sus vínculos con la monarquía tradicional. En tales circunstancias era imposible para ellos sustraerse tranquilamente y decidir que ellos habrían de ser gobernados bajo una constitución no escrita, consuetudinaria y tradicional. Faltaba una tradición esencial alrededor de la cual este tipo de Constituciones se desenvuelven; la monarquía había de-

<sup>75</sup> Cf. LAFERRIERE, J., *ob.cit.*, p. 272; *Idem* ESMEIN, A., *ob.cit.*, p. 577. En contra BRYCE que sostiene que las Constituciones No escritas, y por lo tanto flexibles, “parecen convenir especialmente a los países que atraviesan por un período de cambio interno o externo” en cuanto la tarea de regulación es llevada más fácil y rápidamente por la legislatura ordinaria. *Ob.cit.*, p. 89.

<sup>76</sup> Cf. ESMEIN, A., *ob.cit.*, p. 37; *Idem* BRUNIANTI, *ob.cit.*, p. XI.

<sup>77</sup> Cf. HESSE, K., *ob.cit.*, p. 20.

saparecido”<sup>78</sup>.

C.- La Constitución escrita resulta esencial e ineludible cuando el Estado se organiza con forma Federal. Es imposible establecer, regular y fijar el acuerdo entre las partes intervinientes, y el consecuente reparto de competencias entre Estado Federal y Estados federados si no es a través de un convenio entre los partícipes que luego sea volcado en un documento escrito para conocimiento y resguardo recíproco. Este instrumento reviste de algún modo el sentido de un contrato, entre partes iguales, al acuerdo escrito suscripto en 1831 entre las provincias argentinas que dará lugar a la Constitución federal, se denominó precisamente “Pacto Federal”.

Sería imposible dejar librado el reparto y equilibrio de competencias entre el Estado Central y los estados federados a las costumbres, a los usos o a la tradición oral pues además de no haberlos sería peligroso para la estabilidad del sistema que reclama reglas precisas claras e indubitadamente fijadas para que el poder central no avasalle los poderes originarios de los estados particulares “*On conçoit difficilement que cette repartition des compétences qui demande, pour la paix de l’Etat fé-*

*déral, à être réglée de manière précise soit abandonné à la coutume*” advierte BARTHELEMY-DUEZ<sup>79</sup>.

Asimismo un Estado Federal presupone la existencia de Estados particulares con unas propias Constituciones. Éstas deben sujetarse al principio de homogeneidad normativa con el estatuto federal, por lo tanto resulta imposible que la formación de las constituciones locales quede librada a lo que dispusiesen las costumbres, usos, o tradiciones federales, no escritas.

También en Gran Bretaña la incorporación de Escocia e Irlanda a Inglaterra dió lugar a la aparición de unos tratados escritos, por los cuales se extendía la aplicación del sistema parlamentario inglés a aquellos con algunos retoques, lo que es una prueba más que confirma la necesidad de recurrir a la forma escrita cuando se introducen cambios súbitos en el sistema constitucional establecido<sup>80</sup>.

“*Formato lo Stato democratico, occorre garantirlo. La prima essenziale garanzia —apunta CROSA— è data dalla stessa costituzione, e dalla sua forma scritta*”<sup>81</sup>. Pero como vimos la idea de la superioridad de la ley constitucional dispuesta por la

---

<sup>78</sup> Cf. MC BAIN, H., ob.cit., p. 14.

<sup>79</sup> Cf. BARTHELEMY-DUEZ, ob.cit., p. 190.

<sup>80</sup> Cf. BRYCE, J., ob.cit., p. 93.

<sup>81</sup> Cf. CROSA, E.: *Lo Stato...*, ob.cit., p. 171.

voluntad popular es la que viene a sustentar al texto escrito y codificado de normas constitucionales en su función de garantía del orden democrático por cuanto permite objetivar y delimitar con claridad, certeza y exactitud las normas a las cuales la voluntad común les ha conferido la calidad de supremas, respecto a los cuales todo el ordenamiento jurídico y la actividad de los poderes públicos debe conformarse. La forma escrita no sólo permite conocer los contenidos especialmente protegidos sino les confiere cierta estabilidad y permanencia inalterables a menos que sean modificados, también por escrito, por medios hábiles.

La Constitución escrita y codificada constituye un cuerpo normativo que forma parte del Derecho constitucional. Antes bien su parte más importante, por ser únicamente estos preceptos los que gozan de supremacía y cuyo contenido es estricta y directamente vinculante. Es importante recalcar la primacía de la Constitución escrita cuyo carácter vinculante para todos, tanto gobernantes como gobernados, ofrece una base común de referencia desde la que se puede evaluar la conformidad o no de una conducta concreta con la dispuesta normativamente en la Constitución. Además, presenta ya resueltos y decididos algunos conflictos que pudiesen presentarse, regulando también la vía para solucionar las cuestiones no resueltas por la decisión Constitu-

yente, que pudiesen surgir en lo sucesivo. "El texto contiene, por encima de una mayor o menor necesidad de interpretación, elementos firmes respecto de los cuales, a pesar de intereses y precomprensiones opuestas, no cabe discusión" —expresa HESSE—<sup>82</sup>, cumpliendo de este modo una función tuitiva de grupos no hegemónicos o minoritarios, que no verán en entredicho derechos y garantías consagradas a su favor por escrito en la Constitución, condición esencial de un régimen verdaderamente democrático.

En consecuencia, las costumbres constitucionales, el Derecho Constitucional no escrito, en general, no pueden contradecir lo dispuesto en el texto constitucional, en virtud de su superior fuerza vinculante respecto a cualquier otra fuente del Derecho Constitucional. Por esta razón, las demás fuentes de Derecho Constitucional, escritas o no escritas, sólo pueden desarrollarse de conformidad a los principios constitucionales. Podrán ampliar y perfeccionar lo dispuesto en la Constitución escrita, pero no imponerse válidamente a ella. La Costumbre y las demás formas de Derecho Constitucional no escrito sólo tienen una función complementaria de la Constitución escrita, no pueden infligir con validez jurídica lo establecido en el documento constitucional porque "Declarar vinculante la praxis política y, con ello, de hecho, la concepción de los

---

<sup>82</sup> Cf. HESSE, K., ob.cit., p. 102.

que disponen de fuerza para imponerse renunciando al sometimiento al texto de la Constitución —juzga con acierto HESSE—, no significa sino sacrificar una necesidad vital indiscutible del Estado constitucional, la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que asume la Constitución, en beneficio de otra necesidad vital normalmente discutible”<sup>83</sup>.

La Constitución escrita como garantía del orden democrático exige la leal observancia del texto constitucional dispuesto. “La tarea de la Constitución escrita —expresa HESSE— en una comunidad plural consiste no sólo en ser un orden para el ejercicio del poder por aquéllos que la detentan sino en ser un orden para todos, e incluso para los que se encuentran en oposición a los grupos dominantes”, en consecuencia, concluye el profesor de Friburgo diciendo “entre el cumplimiento de esta tarea y el carácter vinculante del texto existe un nexo indisoluble que queda destruido cuando se reduce a la Constitución a la función de instrumento de dominación”<sup>84</sup>.

La Constitución escrita como fijadora de contenidos de observancia obligatoria puede encontrarse frente a una realidad que los contradice, es decir, ante una realidad constitucional alejada de lo que se expresa en el texto. La formalización escrita

agudiza el problema de la relación entre norma y realidad.

Ya expusimos que la Constitución no puede ignorar la disposición individual de la realidad constitucional existente, con ello se quiere decir que la formulación por escrito no es el producto caprichoso de la razón. De este modo se reconoce los límites a la función ordenadora de la racionalidad jurídica. La razón no crea de la nada el sistema constitucional al que da forma jurídica, sino que toma los elementos que la realidad le ofrece, de éstos sólo escoge los que se estimasen políticamente fundamentales. Lo que en ella no se expresa, lo que no ha sido incorporado como contenido constitucional escrito, queda librado a ser normativizado por las demás fuentes del Derecho Constitucional.

Sin embargo, los cambios socio-políticos, económicos, ideológicos, provocan alteraciones en la fórmula política de la realidad constitucional, distanciando el texto de su sustrato real y debilitando cada vez más la fuerza normativa de la Constitución. La dinámica de la realidad constitucional es más veloz que la dinámica jurídica-constitucional, o sea que la capacidad de apertura, elasticidad o de mutabilidad que ofrecen los textos constitucionales, que permanecen literalmente inalterables. En consecuencia, puede llegarse a un punto

---

<sup>83</sup> Cf. HESSE, K., ob.cit., p. 103.

<sup>84</sup> Cf. HESSE, K., ob.cit., p. 103.

en que el texto constitucional, aún llevando al máximo sus posibilidades de adaptación por interpretación y mutación constitucional<sup>85</sup> no ofrezca más de sí, expresando una situación desfasada o, directamente, contrapuesta a la realidad. Llegado este caso, la Constitución ha perdido su función de reguladora de la ordenación fundamental del Estado y, por lo tanto, de garantía de estabilidad del sistema, pues éste o nunca llega a implantarse o ha cambiado de modo que ya no existe total o parcialmente aquél sobre el cual se fundó la Constitución al establecerse.

Llegado a este punto la necesidad de un ajuste normativo aparece como una exigencia ontológica para restablecer una Constitución, verdaderamente fundada sobre el principio de efectividad. En efecto, surge la nece-

sidad de armonizar el texto a la realidad constitucional cambiada, para lo cual se habilitan vías para modificar los textos constitucionales. Sin embargo, como bien apunta HELLER el concepto de Constitución formal (totalidad de preceptos jurídicos fijados por escrito en el texto constitucional) es científicamente necesario porque nunca puede darse una coincidencia perfecta entre los contenidos materialmente constitucionales y la Constitución formal de allí que “la tendencia a armonizar, hasta donde sea posible, el texto constitucional escrito con la constitución material en sentido estricto se revela claramente en las Constituciones escritas”<sup>86</sup>. Para satisfacer este propósito de aproximar el texto a la realidad queda habilitado el procedimiento especial para modificar las normas constitucionales, cuestión que nos conduce a una Reforma Constitucional<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Sobre el concepto de “mutaciones constitucionales” véase DIAZ RICCI, Sergio: “Introducción a las mutaciones constitucionales” en *Revista Jurídica* de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán, N° 28, Tomo III, Tucumán-Argentina, UNT, 1993. También en *Estado & Direito* (Revista semestral luso-espanhola de direito público), N° 21-26 (1998-2000), pp. 93-125.

<sup>86</sup> Cf. HELLER, H., ob.cit., p. 295.

<sup>87</sup> Incluso la Reforma Constitucional gira entorno a las Constituciones escritas por lo que conocer sus virtualidades no permite una comprensión más acabada de la misma revisión constitucional en tanto ésta es siempre revisión del texto de una Constitución escrita (vid. HESSE, K.; ob.cit., p. 25).