



ÍNDICE

- **-Doctrina**
- -Eficacia de las sentencias de amparo
- -*Jesús A. Arroyo Moreno*
- -El pluralismo jurídico en la Constitución boliviana
- -*William Josué Ayala Baldelomar*
- **-La supremacía constitucional y sus implicaciones**
- **-*Víctor Manuel Colli Ek***
- -El papel de los organismos no jurisdiccionales de protección a los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos
- -*Luis González Placencia / Julieta Morales Sánchez*
- -Las sentencias que legislan
- -*Oswaldo Alfredo Gozaíni*
- -Riformare la giustizia costituzionale: Dal caso francese indicazioni per l'Italia?
- -*Tania Groppi*
- -La protección de los derechos sociales en la Unión Europea: sobre el papel cuasi-constitucional del Tribunal de Justicia
- -*José Martín y Pérez de Nanclares*
- -Panorama del estado actual del Derecho Procesal Constitucional mexicano
- -*Laura M. Rangel Hernández*
- -El argumento contra-mayoritario: Bickel y el caso mexicano

- -*Mauro Arturo Rivera León*
- **-Análisis jurisprudencial**
- -Consecuencias del "Amparo Mexicali" a veinte años de su resolución
- -*Milton Emilio Castellanos Goút*
- -La ponderación en movimiento. Un ejemplo de su aplicación como medio para resolver la colisión entre derechos fundamentales
- -*Francisco Vázquez Gómez Bisogno*
- -Justicia Constitucional Supranacional: La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 496/2001, el partido Refah Partisi y otros contra Turquía
- -*Iván Carlo Gutiérrez Zapata*
- -El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay
- -*Martin Risso Ferrand*
- **-Apéndice legislativo**
- -La legalización del retraso en la designación de magistrados constitucionales Estudio a la Ley Orgánica 8/2010, de 4 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica Tribunal Constitucional espa_ol.
- -*José Antonio Estrada Marún*
- -Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y
- **-Varios**
- -Doctorado honoris causa al Dr. Héctor Fix-Zamudio por la Universidad Castilla-La Mancha, Mesas de debate y Convocatorias
- **-Reseñas bibliográficas**

LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y SUS IMPLICACIONES

Víctor Manuel Collí Ek¹

SUMARIO: I. Introducción. La Constitución de gobierno mixto, su Supremacía y su crisis. II.- Elementos de la Supremacía Constitucional. A. Elementos ontológicos. B. Elementos subjetivos. C. Elementos ideológicos. D. Elementos formales.

I. INTRODUCCIÓN. LA CONSTITUCIÓN DE GOBIERNO MIXTO, SU SUPREMACÍA Y SU CRISIS

Maquiavelo, recordándonos la clasificación aristotélica, nos indica que refiriéndonos al gobierno algunos han escrito que existen tres clases: “monárquico, aristocrático y popular, y que los que organizan una ciudad deben inclinarse a uno de ellos.”² Más adelante nos hace una afirmación interesante:

“los legisladores prudentes huyen de cada una de estas formas en estado puro, eligiendo un tipo de gobierno que participe de todas, juzgándolo más firme y más estable, pues así cada poder controla a los otros, y en una misma ciudad se mezclan el principado, la aristocracia y el gobierno popular”³

Cuando hablamos de Constitución debemos recordar que este es uno de esos conceptos que merecen ser delimitados porque el universo de su significación es tan amplio que podemos caer en el error de uno hablar de algo y otro escuchar una cosa muy diversa.

Fioravanti, haciendo uso de una concepción que yo llamaría Ontológica y no formal de la Constitución, se refiere a ésta como un *Ordo* político⁴ –Zagrevelzky se referiría a esto cuando

¹ Profesor Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Campeche. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Profesor Investigador con Perfil Deseable de PROMEP-SEP. Responsable del Proyecto “La vigencia de la Constitución en la Interpretación Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional” del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología 2012-2014.

² Maquiavelo, Nicolás, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, España, Alianza, 2008, p. 35.

³ Ibid, p. 38. Sigue “Entre los que merecieron más alabanzas por haber dado constituciones de este tipo mixto se encuentra Licurgo, que ordenó sus leyes de Esparta de manera que, dando su parte de poder al rey, a los nobles y al pueblo, construyó un estado que duró más de ochocientos años, con suma gloria para él y quietud para su ciudad”.

⁴ CFR. Fioravanti, Maurizio, *Constitución: De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001.

afirma “Lo presupuesto”⁵- independientemente de cómo se configure materialmente este orden. Pero por Constitución también podríamos entender un texto escrito en donde está planteado este Orden.

Ahora, el objetivo del presente estudio es adentrarse a responder una pregunta importante ¿porqué una Constitución es Suprema? Pero antes debemos dejar claro que por Constitución nos estaremos inclinando a la tradición moderna, aquella que no solo abriga la idea del Orden ontológico, sino de la organización existencial, del Da-Sein político en términos Heideggerianos.

Los propios textos constitucionales de la modernidad, están animados por lo menos por dos partes:

Primero, por eso que Maquiavelo denominó “participación de todas las formas de gobierno”, pues como veremos en el transcurso del presente estudio, ciertamente las Cartas que surgen a partir de la modernidad tienen, animadas en la búsqueda de una perennidad, principios populares, aristocráticos y monárquicos, a esto es a lo que podríamos ahora llamar una Constitución de gobierno mixto⁶.

Segundo, han incluido una cláusula de Supremacía en sus contenidos, pero la pregunta nuestra quiere ir más allá de esta determinación formal, o sea una Constitución es Suprema no solo porque lo diga, sino porque debe de contener elementos que la tornen en un documento político sagrado, ¿cuáles son esos documentos?

En una realidad como la actual, en la que vemos sucumbir los principales dogmas políticos modernos, y dentro de ellos significo el término Soberanía, -recordemos las afirmaciones de uno de los académicos de mayor prestigio en la actualidad Jürgen Habermas que al referirse a este concepto y su aplicación por el Tribunal Constitucional Alemán, principalmente a los asuntos de los Tratados de Maastrich y Lisboa, los calificaría como “superados dogmatismos jurídicos”⁷- es necesario replantarnos esos dogmas para determinar su viabilidad futura o su superación.

Este es el objetivo que aboga por la realización de este estudio, empezar a re-pensar, lo cual no quiere necesariamente decir, superar, sino solo traer a la atención y ponderar atentamente,

⁵ “Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto”, en *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2002, p. 9.

⁶ CFR. Lederman, David, *The Classical Foundation of the American Constitution. Prevailing Wisdom*, USA, Cambridge University Press, 2008, pp. 59-85.

⁷ Habermas, Jürgen, *En el Euro se decide el destino de la UE*, El País, 23 de mayo de 2010 (www.elpais.com)

qué significa que una Constitución sea Suprema y si, ante el escenario actual, en donde gobiernan la globalización y el relajamiento estatal –o quizá no, vistos los últimos escenario en donde los Estados han tenido que salir a salvar el entorno económico en crisis, lo que Étienne Balibar calificaría como “la traición de las promesas electorales, sin ninguna forma de debate democrático⁸”- es necesario un replanteamiento de la democracia, y volver las cosas que afectan a todos –principalmente el entorno económico-, como veremos más adelante con Rousseau, en algo que sea decidido por todos.

La crisis Estatal, de la Soberanía, de la Democracia, de la Constitución, nos urge a pensar de nuevo los elementos en que están fundamentados, una forma de empezar a pensar en ello, es en el estudio de lo que significa el Orden Político, representado por la Supremacía Constitucional.

II. ELEMENTOS QUE INTEGRAN LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.

Para poder entender el fenómeno constitucional en su conjunto es necesario saber de donde provienen los elementos fundamentales de sus postulados. Uno de ellos y quizá el más importante es el referente a las características de la Constitución como Suprema. Ahora bien, en esta calificación intervienen una serie importante de factores, que la dotan de esa especialidad.

En el presente estudio nos encargaremos de analizar los elementos que dotan a la Constitución de esa <<característica especial>> - esto es su Supremacía, para podernos responder a la pregunta indispensable de ¿por qué una Constitución tiene que ser Suprema? ¿De dónde deviene esa exigencia y hasta inclusive preguntarnos sobre la naturaleza de tal exigencia?

Tales elementos especiales los podemos clasificar de la siguiente manera:

⁸ Balibar, Étienne, *Europe is a dead political proyect*, The Guardian, 25 de mayo de 2010 (www.guardian.co.uk).

Ontológicos. Aquellos que se provienen de la necesidad existencial de un determinado agregado socio-político y en específico de un Estado-Nación.

Subjetivos. Se refieren a la de los sujetos y los tiempos en que se creó la Constitución.

Ideológicos. El núcleo de ideas que por conducto de la Constitución se pretenden implantar.

Formales. Son aquellos elementos exteriores, encaminados a proteger y resguardar ese núcleo ideológico.

A. Elementos ontológicos.

La razón primera que exige la ineludible existencia de un fundamento del orden jurídico está en las mismas dimensiones de la necesidad de fundamentar la vida misma del hombre. Todo tiene una razón suficiente a su existencia comulga el principio de razón suficiente – y que parecen reafirmar las ideologías jurídicas de todos los tiempos – tiene que haber algo bajo lo cual se pueda desarrollar, como principio de verdad y coherencia, cualquier actuar humano. Para el actuar humano debe de haber un fundamento, llámese bien, fin o valor. Para el fenómeno jurídico igualmente tiene que haber un fundamento, llámese orden natural, como lo concibieron los antiguos griegos, romanos o los medievales o llámese orden positivo – en todas sus facetas – como lo concibe el pensamiento que parte de la modernidad.

Ese es el sentido inherente de la afirmación de Kart Loewenstein cuando en el capítulo II denominado “Sobre la anatomía del proceso gubernamental” de su obra *Teoría de la Constitución*, en el primer párrafo afirma que cuando observamos la historia, el espectador no puede dejar de impresionarse por la miríada de sociedades estatales que han existido y por sus muy diversas formas de organizarse⁹.

⁹ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1983 p. 41. “Aquel que desde la perspectiva de nuestros días eche una mirada a las páginas de la historia, no puede dejar de sentirse impresionado por la serie

Por su parte encontramos en Hobbes igualmente la referencia la necesidad de existencia de un Estado: “La causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás) al introducir esta restricción sobre sí mismos (en la que los vemos vivir formando Estados) es el cuidado de su propia conservación y, por añadidura, el logro de una vida más armónica”¹⁰.

Locke por su parte soporta la existencia del Estado de la necesidad inherente del hombre de preservar su propiedad, o dicho de otra manera, “tener estabilidad en el disfrute de sus bienes”¹¹.

Señala Håbermas en relación con la configuración mínima del derecho y la necesaria existencia de éste, de alguna manera complementando los argumentos de Locke: “el derecho a iguales libertades subjetivas de acción, junto con los correlatos que representan los derechos de pertenencia a una comunidad jurídica y las garantías relativas a procedimientos, establecen como tal el código que es el derecho”¹².

a). Pensamiento premoderno. El orden preexistente

En la antigüedad y en el transcurso del pensamiento medieval, abrigo del denominado “paradigma de la verdad”, (o dicho de otra manera, la ideología medieval suponía la existencia de

inacabable de sociedades estatales que vinieron y pasaron, así como por la desconcertante variedad de técnicas de gobierno que en ellas se han practicado. Algunos Estados son recordados por la excelencia de sus instituciones políticas, a las cuales los historiadores atribuyen sus éxitos; otros lo son por sus hazañas, sin producir su tipo de gobierno admiración alguna, y otro, si hay lugar a ello, serán tan sólo recordados como meros lazos de unión entre civilizaciones políticas más notables”.

¹⁰ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Tomo I, España, Sarpe, 1984, p. 175.

¹¹ Dice el texto completo: “Si el hombre en su estado de naturaleza tan libre es como se dijo, si señor es absoluto de su persona y posesiones, igual a los mayores por nadie subyugado, ¿por qué irá a abandonar su libertad y ese imperio, y se someterá al dominio y dirección de cualquier otro poder? Pero eso tiene obvia respuesta, pues aunque en el estado de naturaleza le valiera tal derecho, resultaba su goce precario, y seguidamente expuesto a que lo invadieran los demás; porque siendo todos tan reyes como él y cada hombre su parejo, y la mayor parte observadores no estrictos de la justicia y equidad, el disfrute de bienes en ese estado es muy inestable, y en zozobra. Ello le hace desear el abandono de una condición que, aunque libre, llena está de temores y continuados peligros; y no sin razón busca y se une en sociedad con otros ya reunidos, o afanosos de hacerlo para esa mutua preservación de sus vidas, libertades y haciendas, a que doy el nombre de propiedad”, Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, México, Porrúa, 1998, p. 73.

¹² Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998, p. 191.

una verdad –la revelada- a la cual todo actual humano debía dirigirse y por tanto igualmente la conformación de la organización política) al no existir una clara diferenciación entre los elementos “interiores” y “exteriores” de lo humano y lo social, esto es, por ejemplo al no haber una clara diferenciación entre lo moral y lo político, el mismo hombre y la sociedad estaban fusionados en una sola identidad, el hombre ético solo podía serlo en un contexto social, solo en esa dimensión se podía lograr un pleno desarrollo de toda su humanidad. Por tanto las leyes de lo interior y las leyes de lo exterior – las normas morales y las políticas – tenían una misma dirección y una misma fuente, el Orden Natural – que se manifestaba en una serie de normas –. Ese Orden Natural fuente de todas las actuaciones, inclusive no solo las humanas sino del mundo en general, al ser fuente se vuelve fundamento pero igualmente resultaba ser finalidad. Acorde con el Orden Natural, que para el hombre afectaba a través de un Derecho Natural, estaba el derecho positivo, el conjunto de reglas específicas deducidas o creadas por el hombre para dirigir su conducta pero que en todo momento debía de encontrar su fundamento en ese Orden Natural y ese Derecho Natural. La normatividad positiva debía poseer una fuente de legitimidad, un sustento sólido de sus postulados, una base firme de sus requerimientos, algo que justificara sustancialmente sus exigencias y que pudiera recomponer, si se diere el caso, un conflicto entre normas positivas. Tal es el papel del Derecho Natural, la reunión de todas esas características configuran la calificación mayor que éste puede recibir, ser normatividad suprema de todo el orden normativo. Es esa la característica de la Supremacía, ser la fuente de la que nacen todas las demás normas, ser soporte y medida de su procedimiento de creación, darles forma, pero principalmente “educarlas” darles contenido.

La idea de la existencia de un Derecho Natural que es superior al derecho creado por los hombres tiene muchos ejemplos, recordemos la famosa tragedia de “Antígona”¹³ en donde esta mujer, hija de Edipo, defiende el derecho de su hermano Polínices a ser enterrado, aún en contra del mandato del Tirano Creonte de dejarlo expuesto a la intemperie.

He aquí el mandato de Creonte:

“También ahora he comunicado a los conciudadanos medidas en consonancia con las que acabo de señalar referidas a los hijos de Edipo: a Eteocles, que murió combatiendo en defensa de esta ciudad, destacando en todo con su lanza, he ordenado darle sepultura y dedicarle todos y cada uno de los actos rituales que convienen a los más destacados difuntos de allá abajo. Pero en cambio a su hermano, me refiero a Polinices, que, no obstante su condición de desterrado, de regreso a la patria quiso pasar fuego hasta los cimientos a esta su tierra patria y a los dioses en cuyo seno él nació, y quiso también saciarse de sangre de todos y cada uno de los ciudadanos, y a algunos otros llevarlos como ganado, convertidos en esclavos, ha sido anunciado a esta ciudad que ninguno de sus miembros lo honre dándole sepultura ni lo llore, sino que lo deje sin enterrar, de suerte que se pueda ver su cadáver devorado y maltratado por aves rapaces y por perros. Ése y no otro es mi entender, y jamás aventajarán en ganarse el aprecio, al menos en lo que de mí dependa, los malvados a los íntegros. Al contrario, todo aquél que haga gala de buenos sentimientos hacia esta ciudad tendrá mi aprecio, tanto una vez muerto como en vida...”¹⁴

La respuesta de Antígona:

“Es que no fue Zeus, en absoluto, quien dio esta orden, ni tampoco la Justicia aquella que es convencida de los dioses del mundo subterráneo. No, no fijaron ellos entre los hombres estas leyes. Tampoco suponía que esas tus (Creonte) proclamas tuvieran tal fuerza que tu, simple mortal, pudieras rebasar con ellas las leyes de los dioses anteriores a todo escrito e inmutables. Pues esas leyes divinas no están vigentes, ni por lo más remoto, sólo desde hoy ni desde ayer, sino permanentemente y en toda ocasión, y no hay quien sepa en qué fecha aparecieron. ¡No iba yo, por miedo a la decisión de hombre alguno, a pagar a los dioses el justo castigo por haberlas transgredido! Pues que había de morir lo sabía bien, ¡como no!, aunque tú no lo hubieras advertido en tu comunicado. Por otro lado, si he de morir antes de tiempo, yo lo cuento como ganancia, puesto todo aquel que, como yo, viven en un mar de calamidades, ¿cómo se puede negar que hace un gran negocio con morir? Por eso, ¡lo que es a mí,

¹³ CFR. García Huidobro, Joaquín, *Filosofía y Retórica del iusnaturalismo*, México, UNAM-III, 2002. Especialmente el capítulo denominado “Los Arquetipos Humanos en Antígona” pp. 5-30.

¹⁴ Sófocles, “*Tragedias completas*”, edición de José Vara Donado, Madrid, Cátedra Letras Universales. Décima edición, 2001, p. 154.

obtener este destino fatal no me hace sufrir lo más mínimo; en cambio, si hubiera tolerado que el nacido de la misma madre que yo, fuera, una vez muerto, un cadáver insepulto, por eso sí que hubiera sufrido! Pero por esto no siento dolor alguno. Por lo que a ti respecta, si mantienes la idea de que ahora me estoy comportando estúpidamente, casi puede afirmarse que es un estúpido aquél ante quien he incurrido en estupidez...”¹⁵

En este sentido podríamos intuir, desde nuestra perspectiva contemporánea, que acatar una disposición como la de Creonte sería inadecuado, pero habría que preguntarnos ¿por qué? En un estudio de Fustel de Coulanges, nos ilustra sobre la forma de pensar de los griegos de la época de Sófocles:

“Los ritos de la sepultura muestran claramente que cuando se colocaba un cuerpo en el sepulcro, se creía que era algo viviente lo que allí se colocaba. Virgilio, que describe siempre con tanta precisión y escrúpulo las ceremonias religiosas, termina el relato de los funerales de Polidoro con estas palabras: “Encerramos su alma en la tumba” La misma expresión se encuentra en Ovidio y en Plinio el joven, y no es que respondiese a las ideas que estos escritores se formaban del alma, sino que desde tiempo inmemorial estaba perpetuada en el lenguaje, atestiguando antiguas y vulgares creencias. Era costumbre, al fin de la ceremonia fúnebre, llamar tres veces al alma del muerto por el nombre que había llevado. Se le deseaba vivir feliz bajo la tierra. Tres veces se le decía: “Que te encuentres bien” Se añadía: “Que la tierra te sea ligera” ¡Tanto se creía que el ser iba a continuar viviendo bajo tierra y que conservaría el sentimiento del bienestar y del sufrimiento! Se escribía en la tumba que el hombre reposaba allí, expresión que ha sobrevivido a estas creencias, y que de siglo en siglo ha llegado hasta nosotros. Todavía la empleamos, aunque nadie piense hoy que un ser inmortal repose en una tumba. Pero tan firmemente se creía en la antigüedad que un hombre vivía allí, que jamás se prescindía de enterrar con él los objetos de que, según se suponía, tenía necesidad: vestidos, vasos, armas. Se derramaba vino sobre la tumba para calmar su sed; se depositaban alimentos para satisfacer su hambre. Se degollaban caballos y esclavos en la creencia de que estos seres, encerrados con el muerto, le servirían en la tumba como le habían servido durante su vida. Tras la toma de Troya, los griegos vuelven a su país: cada cual lleva a su bella cautiva; pero Aquiles, que está bajo tierra, reclama también su esclava y le dan a Polixena. De esta creencia primitiva se derivó la necesidad de la sepultura. Para que el alma permaneciese en esta morada subterránea que le convenía para su segunda vida, era necesario que el cuerpo a que estaba ligada quedase recubierto de tierra. **El alma que carecía de tumba no tenía morada.**

¹⁵ *Ibidem*, página 162 y 163.

Vivía errante. En vano aspiraba al reposo, que debía anhelar tras las agitaciones y trabajos de esta vida; **tenía que errar siempre, en forma de larva o fantasma,** sin detenerse nunca, sin recibir jamás las ofrendas y los alimentos que le hacían falta. **Desgraciada, se convertía pronto en malhechora.** Atormentaba a los vivos, les enviaba enfermedades, les asolaba las cosechas, les espantaba con apariciones lúgubres para advertirles que diesen sepultura a su cuerpo y ella misma. De aquí procede la creencia en los aparecidos. La antigüedad entera estaba persuadida de que sin la sepultura el alma era miserable y que por la sepultura adquiriría la eterna felicidad. No con la ostentación del dolor quedaba realizada la ceremonia fúnebre, sino con el reposo y la dicha de muerto”¹⁶

Igualmente ya más cercano a la época nuestra y en otras latitudes encontramos el caso del Dr. Bonham¹⁷. Básicamente encontramos un conflicto de órdenes jurídicos. Por un lado se encontraba el *Common Law* y por otro el decreto del Real Colegio de Médicos de Londres. Cabe decir que el *Common Law* no es una disposición jurídica de carácter formal-positiva, sino es la referencia a un derecho de tipo prudencial-consuetudinario, lo que inmediatamente da la idea de la remisión a un orden natural superior que debe ser respetado.

El caso del Dr. Bonham se origina al querer obligar a éste a someterse a exámenes de aptitud compareciendo frente al Presidente y los Censores del Real Colegio de Médicos de la ciudad de Londres, tal como lo ordenaba el decreto de creación del mismo, otorgado por Enrique VIII y confirmado por el Parlamento.

Los hechos fueron de la siguiente manera. En abril de 1606, cuando el Dr. Thomas Bonham, egresado de la Universidad de Cambridge ya ejercía la medicina en Londres, fue

¹⁶ De Coulanges, Fustel, *La ciudad antigua (estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma,* México, Porrúa, “Sepan Cuantos”, 2003, pp. 8-10. Vernant, Jean-Pierre, *Mito y sociedad en Grecia antigua,* España, Siglo XXI, 2003.

¹⁷ El caso del Dr. Bonham se origina al querer obligar a éste a someterse a unos exámenes de aptitud –para poder desempeñar su labor en la ciudad de Londres- compareciendo frente al Presidente y los Censores del Real Colegio de Médicos de la ciudad de Londres, tal como lo ordenaba el decreto de creación del mismo, otorgado por Enrique VIII y confirmado por el Parlamento, mientras por razonamientos devenidos de una interpretación del *Common Law*, el poseer el reconocimiento de la Universidad de Cambridge lo debía facultar para poder ejercer la medicina en cualquier territorio del Reino. Para mayor explicación de este caso, sugiero la lectura de González Oropeza, Manuel, *Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los Derechos Humanos,* México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, primera edición, 2003.

emplazado por el Real Colegio de Médicos de esa ciudad para comparecer ante su Presidente y Censores, se determinó que no era apto para practicar la medicina en Londres y como ya la practicaba fue multado con cien chelines, bajo pena de arresto hasta la aprobación del examen respectivo.

A pesar de la condicionante anterior, el Dr. Bonham siguió ejerciendo la medicina razón por la cual el Real Colegio tuvo que emplazarlo nuevamente en octubre del mismo año y ante la negativa de presentación se le impuso nuevamente una multa ahora de 10 libras esterlinas y se ordenó un arresto que efectivamente fue realizado.

Bonham presentó sus alegatos en noviembre del mismo año y en ellos argumentó que no necesitaba de la autorización del Real Colegio para ejercer la medicina, porque poseía el título de Doctor en Medicina otorgado por la Universidad de Cambridge, estando facultado por este para ejercerla en todo el Reino; sus alegatos fueron desestimados.

Ante la situación y como su consecuencia, el Dr. Bonham decidió ejercitar la acción de arresto indebido (*false imprisonment*) ante el Tribunal de Agravios Civiles cuyo presidente en turno era Edward Coke.

Al interior del Tribunal hubo básicamente tres posiciones. La primera fue la apuntada por Thomas Walmesley que sostenía el derecho y obligación del Rey de cuidar la salud de sus súbditos y como consecuencia regular el ejercicio de la profesión médica –sobre todo con la transformación del Rey en jefe de la Iglesia Anglicana, ya que antes esta era una facultad delegada a la Iglesia– por tanto las patentes otorgadas al Real Colegio de Médicos de Londres debían tener mayor jerarquía que el título otorgado por la Universidad de Cambridge.

La segunda postura fue la sostenida por el magistrado Daniel que indicó la licencia para ejercer la medicina para los graduados de Oxford y Cambridge en todo el territorio, con excepción de Londres.

La tercera respuesta la dio el juez Edward Coke¹⁸, quien señaló tres razones para sostener su argumento: primero, que el Real Colegio era incompetente para asumir poderes omnímodos sobre los demás médicos que tenían licencia otorgada por una Universidad para ejercer la medicina en todo el Reino. Segundo, el objeto de la facultad de sanción otorgada al Real Colegio era únicamente para la hipótesis del ejercicio negligente y no la prohibición de ejercer en Londres cuando ya se contaba con el título de doctor en medicina expedida por las universidades de Oxford o Cambridge. La tercera razón, que es la más importante, fue la imposibilidad de la capacidad sancionadora del Real Colegio, esto es, establecer multas y ordenar arrestos deliberadamente, lo que iba en contra del *Common Law* transformando en “juez y parte” – principio del mismo – al Real Colegio.

“pues cuando una Ley del Parlamento está contra el derecho y la razón tradicionales, o es repugnante o imposible de ser aplicada, el *Common Law* debe controlarlo y juzgar dicha ley como inválida”¹⁹.

Este caso supone la existencia de una jerarquía de leyes que en coalición dan como resultado la **inaplicación** de una de ellas –las disposiciones contenidas en las patentes del Rey– y la supervivencia de otra –los principios del *Common Law*, por su característica de supremos.

Señala al respecto Nicola Matteucci que el significado de la interpretación de Coke era que el *common law* regula y controla los actos del Parlamento, devenido de esto, es que puede juzgarlos nulos y sin eficacia²⁰.

¹⁸ La personalidad misma de Sir Edward Coke resulta interesante: fue presidente del *Common Pleas* de 1603 a 1613, hasta 1616 fue presidente del *King's Bench*. Sir Bacon afirmaba que el papel del juez era convertirse en leones bajo el trono, no permitiéndose obstaculizar ninguna función del que entonces era soberano. Coke estaría convencido de que los jueces debían ser leones custodios de los derechos de los ciudadanos, *frente* al rey. Es a través de tres sentencias que se permea su pensamiento: el dictamen de los *Writs of prohibition*, el dictámen sobre las *Proclamations* y la sentencia del Bonham. Cfr. Matteucci, Nicola, *Organización del Poder y Libertad. Historia del Constitucionalismo Moderno*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 89 y sigs.

¹⁹ González Oropeza, *Ibidem*, pág. 44, texto traducido del reporte de Edward Coke.

Resulta importante esta decisión de Sir Edward Coke, pues la doctrina sobre todo política de la época no podía concebir que hubiera alguna disposición que estuviera contraria a las decisiones del Rey. Según el pensamiento medieval, el Rey en cuanto vicario de Dios en la tierra era el único que podría decir la justicia, aunque en el caso de los *Writs of prohibitions* proclamara Coke algo diferente, utilizado un principio sugerido por Bracton *sub Deo et lege*, la necesaria sujeción del Rey a la voluntad divina y a la ley –en este caso para Coke estaba representada por el *Commol Law*- estableciendo las bases de la futura autonomía del poder judicial.

Ya respecto de esta idea del Rey como vicario de Dios, darán cuenta las diversas concepciones que se irán configurando a lo largo del derecho medieval inglés, aunque podemos indicar dos importantes: por un lado, está la “ficción místico-fisiológica” de los dos cuerpos del Rey que fue divulgada por los juristas ingleses a partir de la época de los Tudor; la *persona mixta* referida a las capacidades temporales y espirituales del Rey (aunque fue de aplicación primera a los obispos de la iglesia) cuyo examen se da en los textos del denominado “Anónimo Normando” en su tratado *De consecratione pontificum et regum*²¹.

Estos dos ejemplos dejan ver lo que decíamos anteriormente, antes de la época moderna hay un convencimiento generalizado de la existencia de un Orden Natural que se manifiesta a los hombres en forma de Derecho Natural y que es el fundamento de todo el derecho creado por ellos, sirviéndoles de base, situándose jerárquicamente por encima de cualquier otra fuente de derecho²².

b). El pensamiento moderno. El surgimiento de la Constitución

²⁰ Al respecto de las diversas interpretaciones de la decisión de Coke, señala este autor que por un lado hay quienes afirman que para contextualizar la sentencia se debe entender que el estatuto examinado era inaplicable e inexigible, pues la misma persona era al mismo tiempo juez y parte; mientras que en otro lado, existen quienes afirma que el estatuto era contrario al derecho y la razón, en consecuencia al *common law*. Cfr. Matteucci, Nicola, Op. Cit. p. 91.

²¹ CFR. Kantoriwicz, Ernst H, *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*, Madrid, Alianza Universidad, 1985.

²² CFR. Hervada, Javier, *Historia de la ciencia del Derecho Natural*, España, EUNSA, 1996.

Una vez inaugurado el pensamiento Moderno, la convicción de la existencia del Orden Natural se desvanece con la natural consecuencia del vacío creado en torno al fundamento de todo lo social. Si ya no hay un Orden Natural ¿en que se sustenta ahora el actuar humano? La única respuesta que se va a encontrar es: en la *humanidad* misma, más allá, en aquello que distingue a la humanidad, la *Razón*. Escuchamos decir a Kant a propósito del concepto de Ilustración “Ten el valor de servirte de tu propia Razón”²³.

Este cambio de fundamento es de consecuencias incalculables, que inclusive ahora en nuestros tiempos aún no deja de afectarnos. Una de las primeras consecuencias es la ineludible escisión entre lo moral y lo social²⁴, que como ya veíamos hasta antes de la Edad Moderna se encontraban identificados. Lo ético se considerará filosófico y por tanto no científico, y lo social se considerará científico y en consecuencia calculable racionalmente, “hay una electiva afinidad entre la democracia y los números que hoy la era de las encuestas de opinión se ha vuelto auto-evidente que hemos dejando de pensar en ello” nos dice Stefan Jonsson²⁵, al referirse a las manifestaciones ideológicas de la Revolución Francesa como movimiento fundador de nuestra era política.

Ese cálculo racional se empezará a entender, para lo social, como consenso, convención o contrato. Es aquí donde empiezan a gestarse las teorías principales del iusnaturalismo racionalista que tienen en su seno la idea del contrato social, consenso o acuerdo basado en discursos convincentes, sin una proyección real, sino solo argumentativa. En consecuencia lo social se vuelve artificio, racionalidad consensuada.

²³ Kant, Immanuel, *¿Qué es Ilustración?* en, <http://www.ideasapiens.com/textos/S.%20XVIII/qsilustracionsegunkant.htm>

²⁴ Sobre las aporías generadas por la escisión entre lo moral y lo social, Pietro Sanchís, Luís, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1999, págs. 83 a 92.

²⁵ Jonsson Stefan, *A brief history of the mases, three revolutions*, New York, Columbia University Press, 2008, p. 10. Sigue la cita: “At the end of the eighteenth century, the relation between the power of the people and the power of numbers was newly discovered and liberating”.

Es por eso que más que ahora – a partir del pensamiento moderno – lo social necesita de un fundamento que dirija el actuar humano en la sociedad. Cuando nos encontramos frente a sociedades compuestas de una pluralidad de concepciones del mundo – e inclusive los que *irónicamente* dicen que no tienen ninguna – en la cual no se puede ni se debe imponer alguna sobre la otra, sino debe haber un respeto mutuo, la exigencia de la difícil convención de lo público demanda la existencia de un medio de garantía de la supervivencia de eso convenido. Tal medio de garantía, precisamente por lo delicado de su objeto, demanda de la máxima utilización de recursos para posibilitar su efectividad.

Una Constitución viene a conformar esa función de elemento de cohesión del sistema normativo socio-jurídico, si antes esto lo hacía el Derecho Natural, al desaparecer del esquema normativo, ahora tal función la cumple la Constitución. Eso es lo que quiere decir, en primera instancia, que una Constitución es Suprema.

Claro es que este cambio de esquema fundamental de cosas apremió una reestructuración total de los elementos que componían tal esquema de cosas. Ahora empiezan a resaltarse en la doctrina discusiones como: la identidad del nuevo Soberano, el papel de la Soberanía, el Contrato Social, el papel del Estado²⁶, la búsqueda de una forma jurídica adecuada, dentro de todo un universo de discusiones. Todo esto va a dar lugar a un género diverso de causas que generan la Supremacía Constitucional.

B. Elementos subjetivos.

²⁶ A este respecto Macpherson, C.B., hace una revisión de las teorías provenientes de esa corriente denominada “individualismo posesivo” que tenían en su raíz la idea crítica de la sociedad como producto de la voluntad y de la nueva soberanía humana, ahí hace analiza el pensamiento de Hobbes, los *Levellers*, Harrington, Locke, para llegar a la conclusión de que esta teoría tiene los siguientes supuestos: “I) Lo que hace humano a un hombre es ser libre de la dependencia de las voluntades ajenas. II) La libertad de la dependencia ajena significa libertad de cualquier relación con los demás salvo aquellas en las que el individuo entra voluntariamente por su propio interés. III) El individuo es esencialmente el propietario de su propia persona y de sus capacidades, por las cuales nada debe a la sociedad”, en *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, Madrid, 2005, p. 257 y sigs.

La Constitución tiene un sujeto legitimado con raciocinio y voluntad para darle existencia. De acuerdo con la doctrina moderna, las constituciones son creadas por un Poder llamado *Constituyente*²⁷. Este Constituyente es un poder que en su conformación tanto doctrinal como fáctica y teleológica no había tenido precedentes a la Edad Moderna, la sola intención del cambio total y la posibilidad de generarlo todo desde un origen cero –intención del Constituyente– era una idea inexistente para las épocas pasadas²⁸, comprensible si recordamos lo dicho en el elemento ontológico, las sociedades premodernas consideraban verdadero solo aquél orden que excedía al raciocinio y voluntad humanas, y por tanto el hombre no tenía, en el terreno de lo político –u otro alguno-, ninguna capacidad de cuestionarlo y menos afectarlo. Ahora, en una sociedad moderna donde el punto de referencia es el propio hombre –recordemos la segunda revolución copernicana, la de Kant que quitó a Dios del centro de universo y puso en su lugar al hombre-, él tendrá la capacidad, como el Dios cristiano en el orden medieval, de crear su sociedad, y de eso se trata el Poder Constituyente²⁹.

Claro que los logros alcanzados por el Constituyente y plasmados en una Constitución no podían bajo ningún aspecto desdeñarse, sino al contrario, debido al ejercicio social catárquico,

²⁷ Recordemos que unos de los primeros planteamientos respecto del Poder Constituyente fue dado por Emmanuel Sieyès en su obra *¿Qué es el tercer Estado?* (Madrid, Alianza 2003). Según Jorge Reinaldo Vanossi en su obra *Teoría Constitucional* son tres las aportaciones de Sièyes al constitucionalismo moderno: 1. La teoría del Poder Constituyente. 2. La doctrina de la representación política., y 3. La organización del control de la constitucionalidad de las leyes. Citado por Jorge Carpizo en su artículo, *Algunas reflexiones sobre el Poder Constituyente*, en, *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*, compilación de Miguel Carbonell. UNAM, Porrúa, México 2000.

²⁸ Edmundo Burke se refirió al hacer el análisis sobre el fenómeno que estaba gestando la Revolución Francesa, y referirse específicamente a este punto del, comienzo de cero o la fidelidad a la tradición, se afirmaría sobre la personalidad política inglesa, una organización que precisamente no se vio influida por esta idea revolucionaria: “Gracias a nuestra marcada resistencia al cambio, gracias a la fría lentitud de nuestro carácter nacional, todavía llevamos el sello de nuestros ancestros...Sabemos que *nosotros* no hemos hecho ningún descubrimiento alguno, y pensamos que ningún descubrimiento tendrá ya lugar en el orden de la moral, y que no serán muchos los que puedan hacerse acerca de los grandes principios de gobierno y de las ideas sobre la libertad; estas cosas fueron ya descubiertas y comprendidas mucho antes de que nosotros nacióramos, y permanecerán después que la muerte haya apilado su martillo sobre nuestra presunción, y el silencio de la tumba haya impuesto su ley sobre nuestra pertinaz locuacidad. En Inglaterra todavía no hemos sido completamente vaciados de nuestras entrañas naturales”, *Reflexiones sobre la Revolución en Francia*, España, Alianza, 2003, p. 141.

²⁹ CFR. ARENDT, Hannah, *Sobre la revolución*, Madrid, España, Alianza Editorial, 2004, especialmente el capítulo denominado “*Novas ordo saeculorum*”, pp. 246 a 295.

tenían que ser resguardados de posibles amenazas. Es por eso que se dio a la búsqueda de los mecanismos efectivos para su cuidado. La respuesta encontrada fue formar y alimentar el “mito del constituyente” o del “Législateur Immortel³⁰” el cual implicaba una jerarquía de generaciones (sujetos y tiempos), esta jerarquía proviene de que lo conseguido por unos individuos en un tiempo específico –ambos extraordinarios- son bienes excepcionales: independencia, libertad frente a la tiranía, derechos, etc.

Este elemento –el Poder Constituyente- conlleva dos cosas que lo alimentan, la redimensión de la Soberanía y la existencia de una Revolución.

Factor determinante para la conformación de la idea de un Poder Constituyente es el concepto de Soberanía. Este es estudiado ya desde la clásica obra de Bodino y lo caracteriza o mejor dicho define como “el poder absoluto y perpetuo de una república”³¹ estableciendo ocho atributos traducidos en poderes: 1. Dar leyes a todos en general y a cada uno en particular; 2. Declarar la guerra o negociar la paz. 3. Instituir oficiales principales. 4. Saber el derecho en última instancia. 5. Conceder gracia a los condenados por encima de las sentencias y contra el rigor de las leyes. 6. Derecho de amonedar. 7. Dar medida y pesos. 8. Gravar contribuciones e impuestos o eximir de ellos. Claro está que del análisis de esos 8 atributos se puede sacar una conclusión que el mismo Bodino adelanta, todos se resumen en el primero, pues es de ahí y por ese medio que el soberano hará saberlos³².

Las características de Bodino por si mismas no nos refieren a una significación especial de la Soberanía, puede ser muy bien monárquica, estatal o popular, pero el esquema preferido de Soberanía del Estado moderno que deriva de los movimientos revolucionarios que dan origen al

³⁰ Ver, Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución*, Madrid, Trotta, 2005, p. 45.

³¹ Bodino, “*Los seis libros de la república*”, Madrid, Aguilar, 1973, pp. 46 y sigs.

³² “Bajo este mismo poder de dar y anular la ley, están comprendidos todos los demás derechos y atributos de la soberanía, de modo que, hablando en propiedad, puede decirse que sólo existe este atributo de la soberanía” Bodigno, Op. Cit. pp. 67- 68.

esquema político de la modernidad -americano y francés³³- supone el depósito del poder político último en el Pueblo –*We the people* o *Du peuple*-, quien decide la conformación política que se autoimpondrá, esa es la idea del Poder Constituyente, pero igualmente esta fórmula nos vislumbra la forma de gobierno favorita de la modernidad, pues hablar del pueblo como decisor último de los esquemas gubernamentales necesariamente nos refiere a la Democracia, lo cual nos lleva a la afirmación de que la modernidad prefiere la Democracia sobre cualquier otra forma de gobierno³⁴, el sueño “americano” si por este entendemos “democrático” invadirá la ideología moderna y generará lo que se ha llamado como las olas de democratización, aunque más tarde, ese sueño se vea disminuido al darnos cuenta de que por democracia estábamos entendiendo al igual que un sistema político, una organización económica –el liberalismo- y que este binomio no necesariamente estaba ligado a la idea de bienestar y progreso.

Un problema que urgía resolver desde los orígenes de la doctrina constitucionalista moderna y que está íntimamente ligado con el elemento subjetivo de la Supremacía Constitucional es la legitimidad de los textos constitucionales en el tránsito de los tiempos. Esto quiere decir responder a la pregunta de si una Constitución es creada en un tiempo determinado ¿hasta cuando debería de considerarse válido su postulado? ¿Es posible considerarla como una obra eterna e inmutable que debe obligar a todas las generaciones futuras? ¿Cómo lograr la adaptación constitucional a los “nuevos tiempos”?

Una discusión muy interesante vino del padre del acta de independencia norteamericana Jefferson³⁵, sosteniendo la afirmación de que la tierra es de los vivos, supondría que debía

³³ Scott, Gordon, *Controlling the State. Constitutionalism from Ancient Athens to Today*, USA, Harvard University Press, 1999, p. 31.

³⁴ “La Democracia es ahora explícitamente reconocida como la única forma de gobierno legítima” Tomuschat, Christian, *Human Rights. Between Idealism and Realism*, EUA, Oxford University Press, 2008, p. 60.

³⁵ Al escribirle a James Madison desde París en 1789 expresaría “Parece que no hemos percibido que de acuerdo con la ley de la naturaleza, una generación es para con la otra, como una nación es independiente con otra” CFR. Strauss, David A., *The Living Constitution*, USA, Oxford University Press, 2010, p. 99-100.

generarse un mecanismo de adaptación de los textos constitucionales, estos no debían quedar inmunes a los cambios sociales, las nuevas necesidades dentro de una sociedad, el inconveniente de Jefferson es que suponía la legitimación social de generar un nuevo movimiento constituyente.

El gran problema de esto era el efecto social que comúnmente se encontraba aparejado al movimiento constituyente, esto es, la Revolución, esta sugeriría Samuel Huntington, “es un rápido, fundamental, y violento cambio doméstico en los valores dominantes y mitos de una sociedad, en sus instituciones políticas, estructura social, liderazgo y actividad gubernamental y política”, la idea de la Revolución, por supuesto, es la idea del cambio total, y si una Constitución como la hemos estado pensando es ante todo un orden social, la conclusión es que una Constitución solo puede estar precedida por un movimiento revolucionario.

“Las revoluciones, dice Steve Pincus, deben involucrar a su vez, una transformación de la orientación socioeconómica y de las estructuras políticas”³⁶, para este autor, el punto nodal para explicar las revoluciones no es la presión popular ni la modernización socioeconómica, sino la modernización estatal.³⁷ “Los modernizadores estatales siempre emplean la misma retórica -sigue el autor- de la creación de nuevos comienzos, ellos insisten que están iniciando un rompimiento fundamental con los modos de gobierno con el pasado.”

Los elementos de la modernización estatal pueden ser: 1. La centralización y la burocratización de la autoridad política. 2. Una iniciativa para transformar la milicia usando las técnicas más avanzadas. 3. Un programa para acelerar el crecimiento económico y darle forma a la sociedad usando las herramientas estatales. 4. El despliegue de técnicas que permitan al Estado reunir información acerca y potencialmente suprimir actividades sociales y políticas, que tienen lugar en un amplio espectro social y geográfico.

³⁶ 1688, *The first modern revolution*, USA, Yale University Press, 2009, p. 32.

³⁷ *Ibid*, p. 36.

Ahora, pregunta fundamental es ¿por qué la modernización estatal es necesariamente un paso hacia la Revolución? Dos apreciaciones nos expresa Pincus: 1. La modernización entendida en los términos arriba señalados, necesariamente acerca a un amplio margen de personas y los pone en contacto con el Estado, “Este nuevo contacto con el Estado en la vida cotidiana, impulsa a aquellos que estaban distantes y desinteresados, a preocuparse profundamente sobre la dirección ideológica y política del Estado.” 2. Al anunciar un rompimiento con el pasado, la modernización estatal crea una apertura ideológica, crea el ambiente para la formación de una oposición igualmente moderna.

C. Elementos ideológicos.

Estos elementos son los objetivos o finalidades que el Soberano en un momento místico y mediante su voz representada en el Poder Constituyente, quiso determinar para regir su vida político-social futura.

El pueblo ha subrayado, un grupo de ideas que acompañan indefectiblemente a las constituciones en su historia. Está claro que el Constitucionalismo tiene en su núcleo básico –la declaración y garantía de los derechos individuales- dos apartados indispensables: una parte dogmática y otra orgánica, el *pactum societatis* y el *pactum subjectionis*, la primera referente a la declaración de los derechos y la segunda, referente al control y desarrollo del poder público.

Siguiendo un poco a Jellinek refiriéndose a las primeras constituciones modernas, después de las declaraciones de derechos que “ocupa la primera parte, viniendo en segundo lugar el *plan o frame of government*. Primeramente se determina el derecho del creador del Estado, del

individuo, que goza en el origen de una libertad ilimitada; luego se determina el derecho de lo que los individuos han creado, la comunidad”³⁸

Encontramos como idea fundamentalísima de una Constitución, el establecimiento de un catálogo de derechos mínimos que deberán de poseer todos los hombres debido a aquello que tienen en común, su humanidad, el *pactum societatis*³⁹.

Desde la visión de Habermas se enlaza la idea de las diversas categorías de derechos con la libertad del Constituyente o el Soberano en etapa constituyente, para darse un sistema jurídico-político, pero claro, a partir de ese núcleo de derechos que serán la base de todo ese sistema.

Ahora bien, estos “derechos” al momento de analizarlos y deducirlos de los diversos sistemas constitucionales, no están exentos de complejidad en su reconocimiento, y en algunas ocasiones inclusive para la jurisdicción constitucional es difícil poder sistematizarlos, tenemos por ejemplo el sistema constitucional español, en el cual el Tribunal Constitucional –STC 16/1981, FJ 10 ha hecho un distingo entre “derechos fundamentales” y “derechos constitucionales” al referirse tanto a los “derechos y libertades” como a los “principios rectores de la política social y económica” respectivamente. El sentido de la discusión en cuanto a la supuesta diferenciación radica en el hecho de la necesaria existencia legislativa para hacer posibles los segundos, y no para los primeros; aplicabilidad indirecta para los primeros y directa para los segundos.

³⁸ Jellinek, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, Madrid, Editora Nacional, 1984, p. 113.

³⁹ En la parte dogmática, las declaraciones de derechos se incorporaron bien de manera directa y como primera parte de la Constitución, según ocurrió en las ex colonias inglesas de América y, más adelante, con la mayoría de las constituciones europeas del XIX y con las del siglo XX, o bien como elemento añadido a la Constitución pero formando parte de ella, según ocurrió, aún con sus diferencias, con las Declaraciones Francesas de los años de la Revolución, que introducían a las Constituciones con preámbulos, o con las enmiendas a la Constitución americana, que se fueron aprobando posteriormente como adiciones con plena validez jurídica. En cuanto al contenido de los derechos declarados no sólo debe citarse la igualdad ante la ley, la libertad y la seguridad frente a detenciones arbitrarias, la propiedad privada o la participación política, sino también los relativos a la salvaguarda de la dignidad humana que se produce por la humanización de los procesos y las penas, Alfonso Ruiz, Miguel, Op. Cit. p. 278.

A causa de esto Javier Jiménez Campo da una definición que considera más coherente de lo que debe ser un derecho fundamental: “lo propio de los derechos fundamentales no es, por tanto, su aplicabilidad inmediata e independiente, por así decir, del conjunto del ordenamiento en el que la Constitución se inscribe”⁴⁰ queriendo subrayar la idea de la preexistencia del derecho al momento de su “configuración o delimitación” legal, tornando irrelevante la aplicación misma y sí haciendo fundamental el desarrollo.

Inclusive, como señala Amartya Sen, la funcionalidad de los derechos fundamentales, no se debe reducir a garantía jurídica, sino a la construcción de un *ethos* que en un amplio espectro histórico genera la transformación de un deseo, en una realidad y en una garantía:

“Es de hecho importante, ver que la idea de los derechos humanos puede ser, y es, también utilizada de otras muchas maneras, esto es, más que como motivantes legislativos (...) Es debido a su importancia en la comunicación, defensa, exposición e información en la discusión pública, que los derechos humanos pueden tener una influencia sin necesariamente depender de su coercitividad jurídica”⁴¹

. Esa es la misma hipótesis de Lynn Hunt al referirse a la empatía como un primer elemento que llevó históricamente a la legitimación social del concepto de igualdad y este como fundamento de los derechos fundamentales: “Mi argumentación concederá un gran peso a la

⁴⁰ Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 24. Sobre este punto relativo a la transformación que sufre el sistema jurídico con la implantación de determinadas libertades, en lo específico la norma constitucional, que la hace evolucionar de una *norma fundamental de garantías* a una *norma directiva fundamental*, aquella que irradia contenido material a todo el sistema jurídico, véase Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 2003. Para el caso México respecto de la implantación de los derechos fundamentales y su desarrollo véase Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, Porrúa-UNAM, 2002; y, del mismo autor, *Los Derechos Fundamentales en México*, México, UNAM-Porrúa-CNDH, 2005

⁴¹ *The Idea of Justice*, USA, Harvard University Press, 2009, pp. 364-365.

influencia de las nuevas clases de experiencias, desde asistir a exposiciones públicas de pintura hasta leer popularísimas novelas epistolares sobre el amor y el matrimonio. Tales experiencias ayudaron a difundir la práctica de la autonomía y la empatía”⁴².

No podemos dejar de lado los factores más importantes en la transformación y consolidación del denominado Estado social-democrático y su impacto en la reconfiguración del concepto de derechos fundamentales, que como su propia denominación indica, se refiere a la salvaguarda ya no solo de los derechos llamados “liberales” aquellos que fueron creados en el auge de la economía burguesa (libertad, propiedad y seguridad) pero que inclusive podían ser reducidos al derecho de libertad, sino los denominados derechos “sociales” provocando un papel más comprometido, más interventor del Estado en la sociedad, introduciendo la figura de la “procura existencial” (Daseinvorsorge) formulado originalmente por Forsthoff. De acuerdo con Manuel García Pelayo⁴³ la “procura existencial” incluye elementos como:

a) El desarrollo de sistemas o el control de sistemas.

b) La seguridad de los diversos aspectos vitales en la sociedad nacional. Esto incluye la defensa contra las contingencias y necesidades económicas globales, frente al deterioro del medio ambiente, al agotamiento de los recursos naturales, a la radicalización y extensión de los antagonismos al interior de la sociedad nacional.

c) La integración de prestaciones sociales proclamadas y garantizadas por los textos constitucionales, tales prestaciones pueden ser: 1. Fijación de un salario mínimo. 2. Procura de un puesto de trabajo para todo ciudadano útil. 3. Atención a los discapacitados. 4. Acrecentamiento de las posibilidades vitales, mediante, justa retribución de ingresos, acceso a los bienes culturales, expansión y perfeccionamiento de los servicios sociales.

⁴² “*La invención de los Derechos Humanos*”, México, España, Tusquets, 2009, p. 31.

⁴³ García Pelayo, Manuel, *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, España, Alianza Universidad, 2005, pp. 26-30.

Un nivel aún más complejo del problema de las implantaciones de derechos fundamentales en los textos constitucionales, está en el momento de determinar la forma de implantar esos derechos, por lo “fundamentales” se tiende a plasmarlos en los textos constitucionales a manera de principios⁴⁴ o en una extensión muy amplia de significado, lo cual los torna aún más complicados de realización, los convierte en conceptos líquidos que se diluyen de las manos en el momento en que los queremos aprisionar, esto se agrava sobre todo en un diseño como el actual donde el papel de la jurisdicción y en especial del juez constitucional resulta pilar. Una enunciación de esta naturaleza, principialista, deja un espacio muy amplio de discrecionalidad en la argumentación y decisión del juez, resultando en muchas ocasiones la duda de la legitimidad democrática del juicio constitucional. Es ya clásico el reclamo de Kelsen al referirse a este aspecto de la controversia, el destacado jurista llama por la necesidad de no hacer declaraciones demasiado vagas, generadoras de una posible sublimación de la judicatura constitucional.

Enseguida encontramos la segunda idea, que resulta derivada de la instauración de esos ciertos derechos y libertades, se refiere a la necesaria existencia de un órgano público encargado de resguardarlos, pero por el hecho de ser depositario derivado del poder, debe de estar “constantemente vigilado o controlado”, es así que surge el *pactum subiectionis*.

Si de acuerdo con Alfonso Ruiz Miguel, en este *pactum* son decisivos tres contenidos: la supremacía de la ley, la división del poder público y la representatividad popular del parlamento como sede del poder legislativo⁴⁵, igualmente no podemos olvidar la garantía de la observación de los actos de autoridad, que sería lo que Rossanvalón llama *Counter-Democracy*.

⁴⁴ Vigo, Rodolfo, *Los principios jurídicos. Perspectiva Jurisprudencial*, Argentina, Desalma, 2000.

⁴⁵ “En lo que concierne a la supremacía de la ley sobre la costumbre y la doctrina jurídica, el constitucionalismo plasmó la larga tradición que se había ido afirmando con la construcción del Estado moderno y el absolutismo monárquico, sobre la que también se basó el fenómeno de la codificación. En cuanto a la división de poderes, en especial del judicial respecto de los otros dos, su origen más próximo se encuentra en Locke y, sobre todo en

La intersección de estos tres elementos subrayados por Ruiz Miguel, tiene su significación en ambos lados del Atlántico, durante las épocas de las revoluciones originarias, ambos casos tienen el eje común de buscar la manera de acabar con el *Ancien Régime* y ofrecer una sociedad nueva, alejada de los estratos o corporaciones sociales basadas en diferencias “inexistentes”:

En el lado Francés es el Abate Sieyes quien se preocuparía por ofrecer una visión relativa, abogará por la unicidad del pueblo, una sola entidad, pero representada de diferentes maneras: primero, entre poder constituyente y poder constituido; segundo, entre un poder ejecutivo, un legislativo y una especie de jurado que dirima los conflictos entre estos dos, el punto importante es “la representación del pueblo por otros cuerpos políticos”⁴⁶. En el “Ensayo sobre los privilegios” el abate señalaría:

“Con un poco más de discernimiento, el gobierno vería que en una sociedad sólo se necesitan ciudadanos que vivan y actúen bajo la protección de la ley y una autoridad tutelar encargada de velar y proteger. La única jerarquía necesaria, como ya dijimos, se establece entre los agentes de la soberanía; sólo en ese caso se necesita

Montesquieu. El primero distinguió entre el poder *legislativo*, con el sentido actual de órgano creador de normas generales, el *ejecutivo*, que comprende la aplicación judicial y la ejecución administrativa, y el *federativo*, que se refiere al título de la representación del Estado, es decir, al poder representativo de la Corona, con su prerrogativa regia y sus poderes discrecionales, entre los que se encuentran el de declarar la guerra y firmar la paz y en general el de llevar las relaciones internacionales, que es el aspecto destacado por el autor inglés. Montesquieu, por su parte, reflejó mejor la Constitución inglesa efectiva cuando distinguió entre poder legislativo, judicial y ejecutivo, entendidos básicamente en el sentido actual. En cuanto a la representatividad popular, con la que se completaba la idea de la ley como expresión de la voluntad soberana, hay que precisar que el miedo a los excesos democráticos de la Revolución Francesa condicionó y limitó severamente su alcance en dos aspectos importantes durante todo el siglo XIX y parte del XX: por un lado, mediante el mecanismo del sufragio censitario, que mantuvo la doble exclusión de las clases trabajadoras y de las mujeres; y por otro lado, por el sistema de la monarquía constitucional en el que el parlamento comparte el poder legislativo con el rey, que tiene el derecho de vetar las leyes y gran autonomía para elegir y cesar al gobierno”, Alfonso Ruiz, Miguel, *Una filosofía del derecho en modelos históricos, de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*.

⁴⁶ Runciman, David, *The politics of good intentions*, USA, Princeton University Press, 2006, p. 162.

un escalonamiento de poderes y se manifiestan las auténticas relaciones de inferior a superior, porque la máquina pública sólo puede funcionar gracias a esa relación”⁴⁷

Del lado Americano, los Padres Fundadores se cuidaron mucho de diseñar el esquema de representación del soberano –popular-, dos elementos hay que subrayar: 1. Remover la soberanía de todos los niveles y ramas del gobierno. 2. El pueblo se obliga una vez ratificada la Constitución, para honrar a sus procedimientos y evitar el derecho de gobernar directamente, solo podría hacerlo a través de sus representantes.

En este sentido ambas tradiciones se encuentran animadas por una profunda desconfianza en el empleo irrestricto de la soberanía popular –y no era para menos, en vista de los efectos de los movimientos revolucionarios- y por tanto la distribución de esa soberanía era necesaria, como dicen Runciman, “un acuerdo constitucional de actuar en nombre del pueblo pero no instruido por él, una Constitución que produce una separación de poderes pero presupone no una separación de estados u órdenes, una mezcla de elecciones directas, indirectas y designaciones”, o como dice Purcell, “al negarle la soberanía a alguna institución de gobierno y más negándole al pueblo el derecho de gobernar directamente, los fundadores difuminaron el concepto de soberanía, y como un hecho práctico, lo hicieron imposible de localizar”⁴⁸.

Ahora, aquí quiero retomar el fenómeno de la Democracia pero ahora no como forma de gobierno, sino como categoría ontológica y transversal, este es el sentido que Pierre Rosanvallon⁴⁹ le otorga al indicar que tiene tres dimensiones: 1. El gobierno representativo-

⁴⁷ Sieyes, Emmanuel, *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, España, Alianza Editorial, 2003, p. 67.

⁴⁸ Purcell Jr., Edward A., *Originalism, Federalism, and the American Constitutional Enterprise. A historical Inquiry*, USA, Yale University Press, 2007, P. 19

⁴⁹ *Counter-Democracy. Politics in an Age of Distrust*, UK, Cambridge University Press, 2008, p. 290-291. Para este autor, Contra-Democracia, significa el rompimiento del mito del ciudadano pasivo e implica una sociedad civil

electoral. 2. Actividad contra-democrática. 3. La institución política de la sociedad civil. El primer elemento es el más estudiado y en muchas ocasiones en el ejercicio de un reduccionismo se ha pensado que la Democracia es exclusivamente eso. El segundo significa la refutación del pensar que la sociedad civil se ha retirado de la esfera pública y se dedica a la vida privada. El tercero, implica la consecución de la dialéctica de los dos primeros y que nos lleva a la construcción del *ethos*, la construcción de la sociedad, el ejercicio de la libertad plena como lo señalaría Rousseau, como respuesta al problema fundamental del contrato social planteado por Rousseau:

“Encontrar una forma de asociación que defienda con toda la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado y por la cual, cada cual uniéndose a los demás, no obedezca más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes”

John Rawls explicaba que la fórmula de Rousseau se respondía con la necesaria recurrencia a la Voluntad General: “Obedeciendo las leyes fundamentales debidamente promulgadas en concordancia con la voluntad general, nosotros realizamos nuestra libertad moral. Con esta capacidad de razón completamente desarrollada, nosotros tenemos libre albedrío”⁵⁰

Justamente la Democracia entendida en esta categoría sublima los tres elementos de legalidad, división de poderes y representatividad, porque los eleva a un nivel que excede a lo que exclusivamente pertenece al poder establecido, concluye que la división de poderes ya no se da sobre el poder formal –horizontal (ejecutivo, legislativo y judicial), vertical (centro-federación), o inclusive temporal (el cargo ostentado por un tiempo determinado)- sino en el

preocupada y activa, participando en una triple dimensión: 1. Poder de supervisión. 2. Poder de Sanción y prevención. 3. Poder de juicio.

⁵⁰ *Lectures on the History of Political Philosophy*, USA, Harvard University Press, 2007, p. 243.

poder social en conjunto, hace nacer un nuevo concepto de división de poderes que incluye al poder formal y al poder social, -es la superación del miedo jacobino a la sociedad activa⁵¹-, y en tanto debe colocar a la transparencia y a la libertad de expresión como complemento al fuero parlamentario, su contraprestación, es precisamente así, que la representatividad y la voz normativa, encuentran un eco social más garantizado.

En tercer lugar una Constitución es lo que la doctrina ha denominado *norma normarum*, tal denominación es de carácter formal. En el interior de la Constitución existen unas disposiciones encargadas de establecer parámetros formales bajo los cuales tiene que crearse cualquier norma jurídica y que en caso de no cumplirse deberá desecharse del orden jurídico por inconstitucional.

A propósito de esta dimensión de la Constitución *norma normarum* tenemos la definición de Kelsen sobre ésta cuando dice: “Lo que se siente siempre y ante todo por Constitución es que la Constitución constituye un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en un momento determinado, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, tribunales y autoridades administrativas...”⁵²

Por otro lado y esto es de raigambre reciente, una Constitución, al convertirse en el depósito de los deseos más puros de un Pueblo, se convierte en una norma que no solo vigila sino que dirige el desenvolvimiento histórico de tal Pueblo. En su ser se encuentran ideales, anhelos, objetivos, ya no en sentido originalista, sino en sentido programático, progresivo, constructivo.

⁵¹ “Con el objetivo de hacer a un lado el peso del pasado, la nación se colocó a sí misma en la Revolución Francesa como una totalidad, un todo que no podría ser reducido a ningún de sus componentes intermediarios (...) Cualquier intermediario político era sospechoso de corromper la voluntad general por influenciar insidiosamente la manera en que esa era formada” Pierre Rosanvallon, *The demands of liberty. Civil society in France since the Revolution*, USA, Harvard University Press, 2007, pp. 4-5

⁵² Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, México, UNAM-IIIJ, 2001, p. 21.

En sí una Constitución es una identidad, es la identidad de la sociedad. Por lo menos es la idea de Häberle cuando afirma que la Constitución es cultura “La Constitución es cultura. Esto significa que no está hecha solo de materiales jurídicos. La Constitución no es un ordenamiento dirigido a los juristas y para que éstos puedan interpretar las reglas antiguas y nuevas, sino que también sirve esencialmente como guía para los no juristas, para los ciudadanos. La Constitución no es sólo un texto jurídico o una obra normativa, sino también expresión de una situación cultural, instrumento de autorrepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas. Las Constituciones “vivas”, como obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta, son la forma y la materia que constituye la mejor expresión y mediación de la cultura, el marco para la (re)producción y la recepción cultural, así como el almacén de las “informaciones” culturales, las experiencias, las vivencias y la sabiduría sobrevenidas. Igualmente profunda es su validez cultural. Esto sería expresado de la manera más hermosa en una imagen de Goethe, reformulada por Heller: la Constitución es “forma nacida de la vida”⁵³.

Igualmente es la idea de Ferdinand Lasalle cuando la define como la convergencia de las fuerzas reales de Poder: “He aquí, por lo tanto, señores, lo que es la Constitución de un país, en esencia: es la suma de los *factores reales de poder* que rigen en dicho país...Tomamos dichos factores reales de poder, los colocamos sobre una hoja de papel, expresándolos por *escrito*, y a partir de ese instante, contenidos en el papel, dejan de ser simples factores reales de poder, y ascienden a la categoría de derecho, de instituciones jurídicas, y aquel que actúe en su contra actúa en contra de la ley, y merece ser castigado”⁵⁴.

⁵³ Häberle, Peter, et al, *La constitucionalización de Europa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004, p. 25.

⁵⁴ Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Panamericana, 2002, pp. 14 - 15.

D. Elementos formales.

Estas características se refieren a la forma que se adoptó para garantizar que los objetivos y contenidos de la Constitución no fuera corrompidos.

En este sentido una Constitución es suprema porque es un Código Político-Jurídico⁵⁵. Es convicción descendiente de la tradición por un lado romana –me refiero a la Codificación justiniana⁵⁶- e ilustrada y contramedieval de evitar la existencia de diversas normas, que por su pluralidad numérica ofrecieran inseguridad a los individuos y a raíz de ésta, permitiera el abuso legitimado del poder. Es por tal motivo que se requería que tanto los derechos fundamentales reconocidos, al igual que las maneras de control del poder estuvieran plasmadas y codificadas de forma clara en un solo texto cuya consulta permitiera ser pública.

La otra causa formal la encontramos en una decisión adicional a la Codificación, toda Constitución para ofrecer un máximo de seguridad debería de ser escrita y promulgada, solo así se podría tener una certeza absoluta del conocimiento popular de las normas fundamentales y sobre todo para que pudiera cumplir con sus objetivos principales, ordenar a la sociedad. Paine en este sentido señalaba al referirse a la Constitución de Pennsylvania:

“Era la biblia política del estado. Apenas había una familia que careciera de un ejemplar. Cada miembro del gobierno tenía un ejemplar, y nada más corriente cuando surgía un debate sobre el principio de un proyecto de ley, o sobre la competencia de cualquier género de autoridad, que los miembros sacaran del bolsillo la Constitución impresa y leyeran el capítulo con el que guardaba relación la cuestión que se estaba debatiendo”⁵⁷.

⁵⁵ “En realidad, el constitucionalismo procede de las mismas ideas fuerza que impulsaron la necesidad de la codificación en materia civil y penal, puesto que una constitución no es más que una especie de ley ordenada –un código o, mejor, un supracódigo, por más que su función sea regular el poder político” Alfonso Ruiz Miguel, *Op. Cit.* P. 275.

⁵⁶ El que en la Edad Moderna será denominado *Corpus Iuris Civilis* y “constituyen según intención del legislador, una codificación unitaria” integrada por *Codex, Digestos e Institutiones*. Kunkel, Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, España, Ariel Derecho, 1999, pp. 170 y sigs.

⁵⁷ Paine, Thomas, *Derechos del Hombre*, España, Alianza, 2008, p. 249.

De acuerdo con Scott Gordon⁵⁸, en relación con el desarrollo del constitucionalismo americano, la principal importancia del “Segundo Congreso Continental” de 1775 –aquél en donde se adoptó la Declaración de Independencia Norteamericana, como dijimos, documento de Jefferson, fue que urgió a las colonias a certificar su nuevo estatus como estados independientes, adoptando constituciones por ellos mismos.

Esta urgencia, para la primavera de 1777 dio como resultado que 12 colonias hubieran adoptado sus constituciones, en este sentido, las constituciones americanas fueron las primeras constituciones escritas de la historia⁵⁹.

Como parte de esto, se implanta igualmente la existencia de un procedimiento de afectación al texto constitucional, el famoso artículo V de la Constitución americana, que requiere el acuerdo de dos terceras partes de cada Cámara del Congreso federal y tres cuartas partes de los Estados.

Thomas Paine al referirse en su obra “Derechos del Hombre” a la Constitución de Pennsylvania subraya claramente los problemas al que se enfrentaron los constituyentes de ese novel Estado y que resume esto a lo que nos estamos dirigiendo ahora, conjunta parte del problema de la legitimidad de épocas señalado al hablar de Poder Constituyente y cómo se plasmó una solución en los textos constitucionales, si la Constitución Federal de Norteamérica implantó el artículo V para ofrecer un procedimiento de reforma y adaptación, fue en gran parte gracias al laboratorio que habían tenido en los Estados, y el caso de Pennsylvania es ejemplar, Paine dice:

“Ningún artículo de esta constitución podía modificarse ni infringirse a discreción del gobierno que viniera después. Se trataba de que fuera un

⁵⁸ Op. Cit. , p. 294.

⁵⁹ CFR. *Ibíd.* P. 295

gobierno de la ley. Pero como no habría sido prudente renunciar al beneficio de la experiencia, y a fin también de impedir la acumulación de errores, si se demostraba su existencia, y de mantener una unión del gobierno con las circunstancias del estado en todo momento, la Constitución establecía que al cabo de siete años se eligiera una convención con el fin expreso de revisar la Constitución y de hacerle las alteraciones, adiciones o aboliciones que se considerasen necesarias”⁶⁰

Ahora, la existencia de un documento codificado, escrito y con un procedimiento específico de modificación, plantea una serie de interrogantes interesantes, dos de ellas son, primero, la dinámica constitucional y segundo, la actualidad de ese texto para reflejar las aspiraciones actuales.

En el primero, nos enfrenta directamente con la tradición no codificada de Inglaterra, y nos recuerda la conformación sociopolítica tan diferente y funcional que puede haber, revisemos un poco. El Constitucionalismo Inglés posee tres principios fundamentales⁶¹: 1.- Soberanía Parlamentaria. 2. Rule of Law. 3. División de Poderes.

1.- La expresión en sí misma para nosotros, acostumbrados a escucharla en una formulación diferente “Soberanía Popular” nos puede sonar hasta aberrante, ¿cómo que el soberano no somos los individuos sino una institución política? ¿Soberanía Parlamentaria no suena igual a Estado autoritario?

Recordemos que el Parlamento Británico es la Unión entre la Monarquía, la Cámara de los Lores (una cámara que no se elige democráticamente) y la cámara de los Comunes (la única autoridad cardinal en Inglaterra que se elige democráticamente) el órgano político con más peso en el Reino.

⁶⁰ Thomas Paine, *op. cit.* p. 249.

⁶¹ CFR. Víctor Manuel Collí Ek, *Los principios fundamentales del Constitucionalismo Inglés*, p. 399-423, en David Cienfuegos Salgado (coord.), *El derecho en perspectiva. Estudios en homenaje a José de Jesús López Monroy*, México, Porrúa-Facultad de Derecho-Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2009.

2.-Este principio que no puede tener traducción a nuestro idioma pero que por conveniencia podemos pensar como Estado de Derecho, significa que el Law o Derecho (no confundamos la ley con el Derecho, este es el género y aquella la especie) es quien gobierna. Es un principio derivado del anterior, pues si es el Parlamento el Soberano, claro que su expresión, el Law, será el instrumento de gobierno.

3.- Igualmente derivado del principio de Soberanía Parlamentaria, esta separación tiene una significación diferente a como nosotros la conocemos, al ser el Parlamento el Soberano, de él derivan todas las autoridades del Reino, en ese sentido, la división de poderes tendrá como eje el propio Parlamento.

En Inglaterra la División no es orgánica sino funcional ya que todas las autoridades cardinales derivan del Parlamento, pero sus funciones son propias, la rama ejecutiva es el Ministerio con el Primer ministro a la cabeza (que es un Común), el Judicial es una rama más del Parlamento, los llamados “Law Lords” o señores de la ley, la Corte más alta, es la unión de determinados integrantes de la cámara de los Lores (bueno esto hasta 2009 que entró en funciones la Suprema Corte como órgano autónomo). El legislativo reside básicamente en los Comunes, con una facultad prácticamente de consulta para los Lores.

Ahora esto nos enfrenta a una tradición política distinta, en donde no hay una constitución codificada y por tanto las reglas políticas operan de manera diferente, no puede haber Supremacía Constitucional, sino en cambio existe la Supremacía Parlamentaria, no pueden haber derechos sino libertades, no hay Estado, sino Corona.

En cuanto a la segunda interrogante, la actualidad del texto para reflejar el *statu quo*, la doctrina del *Living Constitution* como sería entendida por David Strauss indica con claridad el esquema de lo que nos estamos refiriendo, una “Constitución viva” para este autor, “es aquella

que evoluciona, cambia con el tiempo y se adapta a nuevas circunstancias sin ser formalmente cambiada»⁶².

Es importante indicar que Strauss entiende por Constitución viva algo más complejo de lo que la propia teoría de la Constitución viva plantea en el constitucionalismo americano, para esta escuela, se circunscribe en la interpretación -en conjunción con el llamado “Activismo Judicial” especialmente de la Corte Suprema Norteamericana- que se le da al texto Constitucional, en este sentido existen dos grandes escuelas: la Constitución viva y el Originalismo, mientras el primero aboga por la lectura de la Constitución para adaptarlo a los tiempos actuales, el Originalismo defiende la interpretación histórica, el sentido original del texto constitucional, pero en ambos casos, tal lectura se da desde una sede judicial.

Strauss al hablar de Constitución viva no necesariamente está refiriéndose a la discusión de interpretación constitucional judicial, sino al espectro más amplio de aplicación de los textos constitucionales en el desarrollo de la vida política en general, en este sentido se refiere a que tanto la rama judicial, como la ejecutiva, y legislativa, aplican los textos constitucionales, pero los adaptan a las circunstancias actuales, basados en una práctica histórica que va evolucionando, en este sentido, la propia Constitución entonces evoluciona sin ser necesariamente enmendada en lo formal.

Es inevitable, diría Strauss que la Constitución evolucione y debe de servir para legitimar a las sociedades actuales, porque de lo contrario volveríamos a la paradoja del problema planteado por Jefferson, la tierra pertenece a los vivos. De acuerdo con Strauss la Constitución viva es el *real show*, por cuatro puntos⁶³:

⁶² *The Living Constitution*, USA, Oxford University Press, 2010, p. 1.

⁶³ *Ibid*, pp. 116-117.

1. Algunas veces, materias indicadas por la constitución, evolucionan sin necesariamente ser cambiadas en el propio texto.
2. Aún más sorprendente, algunos cambios constitucionales ocurren inclusive si una enmienda constitucional ha sido rechazada.
3. Cuando las enmiendas son adoptadas, comúnmente no hacen más que ratificar cambios que ya se han dado, esto significa que avalan formalmente un cambio social real.
4. Cuando las modificaciones son adoptadas sin que la sociedad hubiere cambiado, son sistemáticamente evadidas, tienen poco efecto.

Strauss entonces enfrenta la paradoja planteada entre sincronía y diacronía constitucional -esa paradoja que surge en el momento en que nos enfrentamos a una sociedad que se organiza Constitucionalmente a partir de un texto codificado-. Como vemos en esta paradoja existe una doble dinámica: por un lado se encuentra la forma, una Constitución con un procedimiento complicado de modificación, que puede o no cumplirse, que implica una modificación en caso de serlo positivo; pero por otro lado, la ontología social, como diría Antonio Negri al referirse a su concepción del Poder Constituyente⁶⁴, y a lo que se refiere Strauss, se puede cumplir o no con la forma, se pueden satisfacer o no los procedimientos y requisitos para una modificación formal, pero si el estrato social o la materia sociológica no está dispuesta o sensible con tal

⁶⁴ Esta es la hipótesis que plantea Antonio Negri en *Insurgencias. Constituent Power and the Modern State*, USA, University of Minnesota Press, 2000. En el prólogo Michael Hardt hace un interesante resumen del pensamiento de Negri al indicar que las claves para entender el concepto de poder constituyente son tres: 1. Contrastarlo con el concepto de Poder Constituido. 2. Oponerlo a la Soberanía. 3. Reconocer su acción como evento. Por su parte Negri define: "El poder constituyente es un sujeto. Este sujeto se libera de todas las condiciones y contradicciones a las cuales en cada tiempo, las fuerzas constituyentes son sujetadas a una específica, política y constitucional coyuntura histórica.

modificación, sencillamente es fallida, al final de cuentas solo queda la conclusión de lo íntimo que es el tema de la Supremacía Constitucional, es un tema que rebasa al escenario jurídico y se coloca en el centro del fenómeno social, no como un espectador, sino como el protagonista, las sociedades cambian, y la forma constitucional es el adjetivo que le damos a ese cambio, la principal preocupación de los fundadores de la doctrina constitucional moderna es latente, la forma y la realidad deben estar acompasadas, o sencillamente un cambio constitucional está a punto de ocurrir.