

PARTE SEGUNDA

Principios generales del Derecho constitucional

CAPITULO IX

EL DERECHO CONSTITUCIONAL

- I El Estado de Derecho Principales manifestaciones de este principio El derecho publico y el derecho privado Clasificaciones del derecho publico —II Derecho constitucional en sentido material y en sentido formal Las fuentes del derecho constitucional Las Constituciones Las leyes constitucionales Las Constituciones rigidas y flexibles El derecho pretorio El derecho consuetudinario La *Common law* Las convenciones constitucionales Su naturaleza juridica Garantias de las convenciones constitucionales — III El metodo de la legislacion comparada Sus aplicaciones al derecho constitucional

PARTE SEGUNDA

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO IX

EL DERECHO CONSTITUCIONAL

- I *El Estado de Derecho Principales manifestaciones de este principio El derecho publico y el derecho privado Clasificaciones del derecho publico —II Derecho constitucional en sentido material y en sentido jormal Las fuentes del derecho constitucional Las Constituciones Las leyes constitucionales Las Constituciones rígidas y flexibles El derecho pretorio El derecho consuetudinario La Common law Las convenciones constitucionales Su naturaleza juridica Garantías de las convenciones constitucionales —III El metodo de la legislacion comparada Sus aplicaciones al derecho constitucional*

I En el capitulo relativo al concepto del Estado haciamos notar que el Estado puede imponerse limites en el ejercicio de su actividad, sin mengua de su soberania La soberania del Estado quedaria anulada si esos limites fueran establecidos por una entidad superior a el, pero lejos de anularse se confirma cuando son impuestos por si mismo

Y como un poder se convierte en Poder juridico cuando pierde todo caracter arbitrario y actua dentro de limites determinados, el Estado se transforma tambien en Estado juridico o Estado de derecho aceptando el tecnicismo moderno, cuando renuncia a ejercitar su po-

der de un modo arbitrario, e impone a su actividad ciertos limites concretos

El Estado, en todas las epocas de su historia, ha vivido sujeto, en mayor o menor grado, a los limites del derecho. No es posible que pudieran existir ni las mismas Monarquias despoticas orientales, sin un cierto orden juridico, porque en el caso contrario hubiese reinado la anarquia mas completa. Sin embargo, hasta epocas muy recientes, estos limites eran muy debiles, y el Poder del Estado se manifestaba con triste frecuencia como una fuerza completamente arbitraria. Aun a fines del siglo XVIII bastaba una carta sellada del Rey, en la mayor parte de los Estados europeos, para encerrar en un calabozo al ciudadano mas ilustre. En el siglo XIX, a medida que la cultura politica se iba difundiendo por el pueblo, cobraba mayor fuerza la tendencia a encauzar la actividad del Estado dentro de limites claros y concretos. Y hoy podemos decir que por las conquistas modernas del derecho, el Poder del Estado ha perdido toda su arbitrariedad, convirtiendose el Estado en un Estado de derecho, en un *rechtsstaat*, sirviendonos de la expresion alemana. El Poder del Estado continua virtualmente siendo ilimitado. Pero en su ejercicio se somete a determinados limites, impuestos, como es consiguiente, por si mismo.

En prueba de este caracter del Estado moderno nos limitaremos a recordar que la organizacion del Estado esta sujeta a ciertas normas, que el Estado puede dictar las leyes que estime oportunas, pero para dictarlas tiene que ajustarse a ciertos procedimientos señalados de antemano, y una vez dictadas debe respetarlas como un subdito cualquiera. El Estado puede derogar o modificar las leyes, pero mientras esten vigentes no se puede cometer ningun acto administrativo ni judicial, sino dentro de los limites fijados por la ley. Y aun mas, el Estado se despoja muchas veces de su autoridad y se coloca en un plano de igualdad con los individuos, contratando con ellos, sometendose en sus diferencias a la jurisdiccion de sus propios Tribunales y pudiendo, incluso, ser condenado por estos.

La responsabilidad civil y penal de los funcionarios publicos y el principio de que la unica autoridad irresponsable de un Estado, el Jefe del Estado, no puede dictar ordenes sin el refrendo de un Ministro responsable, son las principales garantias legales de la vida juridica de un Estado. Mas estas garantias legales, para que sean eficaces, necesitan ser completadas por la resolucion del pueblo a vivir dentro de un estado de derecho. Y sólo asi se explica que a pesar de las ana-

logias que existen entre las leyes politicas de los Estados modernos, hay Estados que se ajustan escrupulosamente a las normas del derecho y Estados que de hecho no son Estados de derecho, porque sus Autoridades se burlan de las leyes y obran con una arbitrariedad completa

La existencia de estas normas que regulan la organizacion y la actividad del Estado ha dado lugar a la clasificacion del derecho en publico y privado

Derecho privado es el que rige las relaciones entre los individuos considerados en un plano de igualdad. Derecho publico es el que regula la organizacion y la actividad del Poder publico, siempre que este actue como tal Poder

No debe olvidarse esta ultima aclaracion, porque el Estado muchas veces se coloca en la misma situacion juridica que un particular cualquiera, segun lo hemos indicado anteriormente

Para el derecho privado todos los individuos son iguales. No hay diferencia de poder entre unos y otros. En cambio, para el derecho publico hay una relacion de subordinacion entre los individuos y el Estado. Se podra negar, de acuerdo con muchos tratadistas, que el Estado tiene una naturaleza superior al individuo. Pero es evidente que cualquiera que sea la calidad de la naturaleza del Estado, dispone este de un poder mas fuerte que el del individuo, lo cual es causa de que las relaciones que mantiene el Estado con los individuos sean de una forma distinta a las que sostienen los individuos entre si

La clasificacion del derecho en publico y privado es muy antigua en la historia de las ciencias juridicas

Los jurisconsultos romanos desarrollaron una teoria sobre esta materia conceptuando como derecho privado al derecho inspirado en el interes particular, y como derecho publico al relativo al interes general. Esta doctrina romana se ha seguido hasta epocas muy recientes por la generalidad de los autores

La doctrina que nosotros hemos aceptado tiene muchos puntos de contacto con la del derecho romano. Y es que en la practica la mayor parte de las relaciones juridicas que unen a los individuos se proponen fines particulares, y la mayor parte de aquellas en que interviene el Estado tienen por objeto intereses generales

Sin embargo, hay tambien grandes diferencias entre ambas doctrinas. La teoria romana se fijaba en el fin que persigue el sujeto juridico, la doctrina que nosotros sustentamos se apoya en la forma de las relaciones juridicas. Y por ello pueden darse muchos casos de relaciones que sean de derecho publico con arreglo a una doctrina y de

derecho privado con arreglo a la otra, y viceversa. Muchas veces se relacionan los particulares entre sí para lograr algún fin de carácter general y son también muchos los actos del Estado que tienden a favorecer a algún individuo

La teoría romana solo puede aplicarse en la práctica, haciendo un estudio psicológico del sujeto jurídico porque no hay otro medio de información de los verdaderos fines que un individuo persigue con un acto jurídico. La otra doctrina, en cambio, puede aplicarse sin necesidad de acudir a ciencias extrañas al derecho, toda vez que se funda en la forma de las relaciones jurídicas

El concepto que hemos expuesto del derecho público indica claramente que este abraza partes diversas que es conveniente distinguir para estudiarlo sistemáticamente

En primer término, nos encontramos con el derecho internacional o derecho de gentes, que comprende las normas que se aplican a las relaciones entre unos y otros Estados, y el derecho público interno, llamado comúnmente derecho del Estado o *staatsrecht*, usando una expresión alemana, que abraza todas las reglas relativas a la organización y vida interna del Estado

Al entrar en el estudio del derecho del Estado, observamos inmediatamente que esta disciplina jurídica abraza a su vez diversas ramas. Así distinguimos las reglas relativas a la organización del Estado, a las facultades y obligaciones de los órganos del Estado y a las relaciones que ellos mantienen entre sí, de las normas referentes a la actividad del Estado, a las relaciones que el Estado sostiene dentro de su esfera nacional con los individuos y las demás entidades sociales. Las primeras constituyen el derecho político o constitucional, que de ambas maneras se denomina, y forma el objeto especial de esta obra. Las segundas integran el derecho administrativo, el derecho judicial, el derecho penal y el derecho procesal

II La frase derecho constitucional se emplea en dos acepciones distintas en sentido material y en sentido formal. Derecho constitucional en sentido material es el conjunto de las reglas relativas a la organización fundamental de un Estado. Y tomando en esta acepción el derecho constitucional, no hay ningún Estado que no tenga su derecho constitucional correspondiente. Derecho constitucional en sentido formal es sinónimo de Constitución escrita y significa el Código político en que la mayor parte de los Estados modernos exponen los principios fundamentales de su organización y especialmente los relativos a la libertad política del pueblo. Esta acepción del derecho constitucio-

nal ha servido de base a muchos publicistas para dividir los Estados en constitucionales y absolutos

En esta obra aceptamos el sentido material del derecho constitucional, porque tratamos de exponer los principios jurídicos fundamentales de la organización del Estado moderno. Y hay Estados, como Inglaterra, que carecen de Constitución escrita, hay principios fundamentales que no están consignados en las Constituciones, sino en las leyes ordinarias, y hay normas que para nada se refieren á la organización del Estado y, sin embargo, forman parte de algunas Constituciones

Las fuentes del derecho constitucional entendido en su sentido material son las Constituciones, las leyes ordinarias, el derecho pretorio y el derecho consuetudinario

Hasta el movimiento (1) ideológico que produjo en el siglo XVIII la revolución americana y la revolución francesa, el derecho constitucional europeo era eminentemente consuetudinario. Por excepción poseían algunos Estados ciertos fueros concedidos por los Monarcas, o algunas capitulaciones celebradas entre los elementos sociales que integraban el país. Inglaterra, que ha permanecido alejada de ese movimiento revolucionario del siglo XVIII, ha conservado un derecho constitucional de esa naturaleza. La mayor parte de su derecho es consuetudinario, y solo una pequeña parte está consignada en leyes escritas

Por el contrario, uno de los principios predilectos de los publicistas del siglo XVIII era que la Constitución de un pueblo debe estar contenida en una ley escrita, fundamental y sistemática. Este principio se apoyaba sobre dos ideas muy en boga en aquella época. Una era la que consideraba a la Constitución de un pueblo como una renovación del contrato social. Y como los tratadistas de aquella época eran todos partidarios de la doctrina del contrato social, era lógico que defendiesen el principio de que las constituciones fueran promulgadas por escrito y con la mayor solemnidad. La otra idea era aquella que sirvió de base al despotismo ilustrado, al *auf' Klarung*, según la cual basta que la inteligencia humana vea escrita una verdad para que la acepte y trate de llevarla a la práctica. Y claro está, los filósofos de aquella época, consecuentes con esa idea, defendían la necesidad de redactar clara y sistemáticamente los principios fundamentales de un

(1) Esmein, *Traité élémentaire de Droit constitutionnel*, tit II cap V

pueblo para que los ciudadanos los conozcan, y al conocerlos los acepten y obedezcan

Las primeras Constituciones redactadas con arreglo al principio citado fueron las proclamadas por algunas colonias inglesas de Norte América a raíz de su emancipación. Después vinieron las Constituciones de los Estados Unidos, los artículos de la Confederación de 1781 y la Constitución federal de 1787. En 1789 se promulgó en Francia la célebre Declaración de los derechos del hombre, y en el siglo XIX el movimiento se extendió por toda Europa, aceptando todos los países representativos, con excepción de Inglaterra y Hungría, la forma codificada para su derecho constitucional.

Las Constituciones son, por lo que acabamos de exponer, una fuente nueva del derecho constitucional y una fuente particular de algunos Estados.

Pero no todo el derecho constitucional moderno está escrito, ni todo el derecho escrito se reduce a las Constituciones en los países constitucionales. Aun sin contar el derecho consuetudinario, que luego estudiaremos, hay fuentes del derecho constitucional distintas de las Constituciones. Entre ellas podemos citar las llamadas leyes orgánicas que suplen a la Constitución, creando algunos órganos del Estado y fijando su estructura, y las disposiciones de carácter fundamental contenidas en otros Códigos y leyes y especialmente en el derecho penal, del que forman parte todas las garantías penales que aseguran el cumplimiento de los preceptos constitucionales.

En algunos países las Constituciones se distinguen de las leyes ordinarias constitucionales y de las demás leyes solo en las diferencias externas que hay entre un Código y una ley particular. En cambio, en otros pueblos las Constituciones se diferencian de las demás leyes por el procedimiento especial en que son aprobadas y por su fuerza obligatoria superior a la de las otras leyes.

Estas diferencias que separan a unas y otras Constituciones han servido de base a su clasificación en rígidas y flexibles (1). Constituciones rígidas son aquellas que solo pueden enmendarse por procedimientos especiales distintos de los que se aplican para la reforma de las leyes ordinarias y Constituciones flexibles son las que pueden ser reformadas por los mismos procedimientos que una ley ordinaria cualquiera.

La Constitución rígida más típica es la de los Estados Unidos, que

(1) Bryce, *essays* obra citada, III

según su art 5 ° solo puede ser enmendada por la Convencion general, convocada a peticion de las dos terceras partes de los miembros de las dos Camaras del Congreso federal o de las dos terceras partes de las legislaturas de los Estados particulares Y para que sean validos sus acuerdos se requiere que sean ratificados por las tres cuartas partes de los Estados particulares o por las tres cuartas partes de las Convenciones reunidas en los Estados, segun que haya sido propuesto por el Congreso, uno u otro modo de ratificacion

Por el contrario, la Constitucion flexible mas caracteristica es la de Inglaterra, porque en dicho pais no hay diferencia formal alguna entre las leyes constitucionales y las ordinarias El Parlamento inglés, segun la frase de Tocqueville, es al mismo tiempo una Asamblea legislativa y un cuerpo constituyente En Italia ocurre lo mismo El estatuto constitucional ha sido enmendado por el procedimiento ordinario de reforma legislativa

Recientemente, con motivo de las discusiones sostenidas en el Parlamento ingles sobre la reforma de la Camara de los Lores, se encendió de nuevo entre los publicistas la antigua polemica sobre las ventajas e inconvenientes de las dos clases de Constituciones que acabamos de exponer Y como la cuestion sigue en pie vamos a hacer algunas consideraciones sobre ella

Los defensores de las Constituciones rigidas dicen que la rigidez garantiza la permanencia y estabilidad de la Constitucion Y en prueba de su opinion citan el caso de los Estados Unidos, cuya Constitucion ha durado mas de cien años Los partidarios de las Constituciones flexibles contestan que la flexibilidad facilita la adaptacion de las Constituciones a la evolucion juridica de la vida del pueblo Y apoyan su doctrina en la experiencia de la Constitucion inglesa, cuya flexibilidad, ademas de no haber sido obstaculo para que permaneciera inmutable durante siglos enteros, ha evitado en algunas ocasiones grandes trastornos politicos

Los defensores de las Constituciones rigidas replican que la flexibilidad puede ser causa de que se implanten reformas constitucionales impremeditadas y prematuras que necesariamente han de ser funestas Y citan como ejemplos las ultimas reformas inglesas Los partidarios de las Constituciones flexibles responden que la rigidez puede producir el estancamiento de la legislacion constitucional, o su transformacion violenta Y acuden al testimonio de la Historia para demostrar que los norteamericanos se han lamentado muchas veces de la falta de expansion de sus leyes constitucionales, y para recordar

que la rigidez de las doce Constituciones de Francia no ha sido obstaculo para que todas ellas fueran de corta duracion y algunas perecieran violentamente, y que, por lo menos, en un caso muy notorio, fué la rigidez de la Constitucion la causa o, por lo menos, la excusa de una revolucion Luis Napoleon trato de justificar el golpe de Estado que dio en 1851, diciendo que mientras el pueblo frances deseaba la reeleccion del Presidente de la Republica, la rigidez de la Constitucion imposibilitaba dicha reeleccion

Mirando serenamente el problema se observa que cabe una solucion que armonice las ventajas de ambas clases de Constituciones y este libre de sus inconvenientes Y esta es la adoptada en la practica por el pueblo ingles, al aceptar como principio la flexibilidad constitucional, pero estableciendo la costumbre de que para reformar la Constitucion o dictar cualquiera otra ley trascendental se trate la cuestion primeramente en el Parlamento, para preparar la opinion publica y se convoquen despues nuevas elecciones para que la cuestion sea resuelta definitivamente por el nuevo Parlamento De este modo la ley tiene la flexibilidad necesaria para adaptarse a los cambios operados en las ideas juridicas del pueblo, y la estabilidad indispensable para que no sea modificada precipitadamente

Otra de las fuentes del derecho constitucional es el derecho pretorio, es decir, los principios aceptados por los Tribunales para resolver algunos asuntos sometidos a su decision, por no existir ninguna ley ni costumbre aplicables a dichos casos

En algunos paises, y especialmente en Francia, los Tribunales, ejerciendo esta funcion supletoria de la ley, han creado instituciones juridicas importantisimas La mayor parte de los principios relativos a las obligaciones del Estado en materia de contratos han sido así formulados en Francia por el Consejo de Estado, invocando razones de equidad Ademas los Tribunales cumplen la mision de interpretar las leyes, y puede haber discrepancia en la interpretacion de las leyes en el transcurso del tiempo Por este hecho, al estudiar el derecho constitucional, hay que examinar no solo los nuevos principios formulados por los Tribunales, sino tambien el sentido en que interpretan las leyes

El derecho consuetudinario considerado como fuente del derecho constitucional tiene dos manifestaciones distintas las reglas consuetudinarias aplicadas por los Tribunales y las convenciones constitucionales

Los tratadistas ingleses, cuando hablan del derecho consuetudi-

nario constitucional, se refieren solamente a las convenciones constitucionales, porque en el derecho ingles se denominan leyes a todas las reglas aplicadas por los Tribunales, cualquiera que sea el origen de esas reglas, lo mismo si se trata de normas dictadas por el Parlamento que de normas de caracter consuetudinario (1)

Las reglas consuetudinarias, la *Common law* de los ingleses, tienen gran importancia en los paises de larga tradicion constitucional, y especialmente en Inglaterra Pero apenas si existen en los pueblos que han entrado en el regimen constitucional en la epoca moderna

Las convenciones constitucionales son practicas y usos que regulan el ejercicio de los organos fundamentales de un pais, sin estar sancionados por los Tribunales Las convenciones constitucionales tienen tal importancia que puede decirse que forma parte de su esfera la generalidad de los principios que sirven de base al derecho constitucional moderno

Como ejemplos de convenciones constitucionales podemos citar entre otros muchos los siguientes principios

En los Estados parlamentarios, el Gabinete tiene la obligacion de presentar la dimision si es derrotado en el Parlamento

En los Estados parlamentarios el Gabinete debe constituirse con representantes del partido que cuente con mayoria en el Parlamento o en la Camara que domine en el Parlamento

El profesor Dicey (2), en los capitulos de valor incomparable que dedica a esta materia, considera a las convenciones constitucionales como una especie de moral constitucional A pesar de la autoridad del eminente maestro, nosotros las incluimos entre las fuentes del derecho, porque partimos de un concepto del derecho distinto al que el sustenta

El profesor Dicey, inspirandose en las mismas ideas que la mayoria de los jurisconsultos ingleses, limita la esfera del derecho a la de los Tribunales El derecho para un jurista ingles es el conjunto de reglas sancionadas por los Tribunales, las demas reglas sociales pertenecen a la esfera de la moral

Para nosotros el derecho abraza todas las reglas sociales garantidas, ya por la sancion de los Tribunales o bien por el concurso de otros factores sociales Y aceptamos este concepto del derecho porque queda justificado con la existencia del derecho internacional y con la

(1) Laurence Lowell *The Government in England* tomo I, pag 6

(2) Dicey, obra citada, introd y capitulos XIV y XV

del derecho político, ya que las normas internacionales y la mayor parte de los principios constitucionales no están sancionados por los Tribunales, pero está asegurado su cumplimiento por otras garantías. Por ejemplo, si el Gobierno en España deja de cumplir el precepto constitucional que le ordena presentar los presupuestos a las Cortes, no puede ser denunciado ante los Tribunales. Y es innecesario decir que no hay ningún Tribunal competente en materias de derecho internacional público. Sin embargo, estas normas del derecho internacional y del derecho político se cumplen en épocas normales con mayor escrupulosidad que cualquier ley sancionada por los Tribunales, porque están garantidas por un gran número de intereses íntimamente unidos a la marcha general de la civilización y a la vida nacional.

Admitido este concepto del derecho hay que incluir a las convenciones constitucionales, no en la moral constitucional, sino en el derecho constitucional, porque aunque no están sancionadas por los Tribunales, hay intereses y fuerzas que garantizan su cumplimiento. Así, por ejemplo, aun cuando ninguna ley obliga al Rey de Inglaterra a reunir las Cámaras anualmente, se ve precisado a ello porque no se puede imponer ningún tributo que no haya sido aprobado por el Parlamento, ni se puede señalar el estado de las fuerzas de mar y tierra sin el acuerdo de las Cámaras. De la misma manera el Rey se ve obligado a nombrar el Gabinete de acuerdo con la Cámara de los Comunes, porque solo con la confianza de esta se puede gobernar al país. En caso contrario, la Cámara de los Comunes le negaría la aprobación de los Presupuestos y la vida política sería imposible.



III El derecho constitucional ofrece en cada Estado caracteres particulares en armonía con sus rasgos típicos, pero presenta también grandes analogías con el de los otros Estados. Y es que las ideas de los pueblos modernos no solo son producto de su historia propia, sino también de la influencia que en cada uno de ellos ejercen los demás. Y a medida que la civilización progresa se estrechan de tal modo las relaciones entre los diversos países, que cada vez es mayor el número de factores que ejercen una influencia común sobre todos ellos. Por eso en los tiempos actuales, aunque los pueblos conservan instituciones particulares, hay principios generales comunes al derecho de todos los pueblos y corrientes jurídicas que tienden a extenderse por todos ellos.

Estos hechos expresan claramente la gran función que cumple el método comparado en el estudio del derecho constitucional

En primer lugar, el método comparado del derecho nos muestra la naturaleza propia de las instituciones de un país, sus notas características y exclusivas y sus rasgos comunes con las de los otros pueblos

Montesquieu, que puede ser reputado como uno de los fundadores del método de la legislación comparada, lo empleaba con dicho objeto, y sirviéndose de ese procedimiento llegó a explicar la naturaleza particular de las instituciones de diversos países

En segundo término, el método comparado nos pone en conocimiento de los principios jurídicos comunes a distintos pueblos, la forma en que han sido aplicados y los diversos efectos que han producido en ellos (1) Y estas enseñanzas son de una gran utilidad para cualquier país por las profundas relaciones que unen a todos los pueblos

Claro está que, como dice Bryce, al tratar de implantar en un país una experiencia extranjera hay que imitar, no al médico que estudia una receta para cada enfermedad y la aplica a todos los casos de ella que se le presenten, sino a aquel otro que investiga los principios generales de la Patología para adaptarlos a las circunstancias especiales de cada caso

Por último, el método comparado pone de relieve las grandes corrientes jurídicas que tienden a dominar en los pueblos, mostrándonos así los nuevos factores que han de influir en el desenvolvimiento futuro de nuestro derecho Y, como escribe Larnaude, si un legislador observa que en los distintos países dominan ciertas tendencias, las seguirá o las tendrá muy en cuenta, porque esas tendencias no son otra cosa que la resultante de grandes transformaciones económicas o sociales Además, Saleilles (2) dice con mucho acierto que, estudiando las legislaciones de países de formación social similar, teniendo en cuenta las circunstancias sociales y económicas de cada uno de ellos, se pueden determinar ideales jurídicos relativos que sirvan de objetivos de orientación para la reforma legislativa

Inducidos por estas razones, hemos empleado también nosotros el método comparado en nuestras investigaciones relativas al derecho constitucional Y con ese procedimiento hemos preparado la segunda

(1) Larnaude, *Droit public et Droit compare*

(2) Saleilles, *Conception et objet de la science du droit compare*

parte de este libro, en la que tratamos de exponer los principios generales del derecho constitucional vigente, los diversos sistemas en que se han encarnado y las corrientes jurídicas que tienden a dominar en la vida pública

Las consideraciones hechas al tratar del método comparado nos dispensan de hablar del valor que encierra, no solo para el conocimiento general del derecho, sino también para la vida jurídica de cualquier país, el estudio de estos principios generales del derecho
