

## CAPÍTULO III

---

### El concepto del Derecho constitucional.

1. Aunque de lo expuesto puede inferirse el concepto del DERECHO CONSTITUCIONAL, como Derecho contenido y formulado en las *Constituciones*, o Derecho de los Estados *constitucionales*, es preciso considerar el problema especialmente para definir esta rama *jurídica*; y el problema puede y debe plantearse desde dos puntos de vista: *histórico*, el uno, y esencialmente *jurídico* y *político*, el otro. Se trata, en el primer caso, de la definición del Derecho *constitucional* en relación con el Derecho *político* y con el llamado Derecho *público*, y en el segundo, la definición resultará de la determinación de la materia propia—*relaciones, orden y normas*—del Derecho constitucional, o, mejor, de la determinación del *orden de relaciones y normas jurídicas* que constituye la materia especial del Derecho constitucional, como parte del Derecho positivo de un Estado.

2. El Derecho constitucional, para muchos, es el mismo Derecho político—Derecho *público interno*—, o bien, según otros, *Derecho público orgánico* (1). La confusión de términos—y de conceptos—es grande, y proviene: 1.º, de la imprecisión con que se utilizan, en la doctrina de cada rama jurídico-política, las ideas generadoras de las disciplinas fundamentales de la enciclopedia política: la *filosofía*, la *historia* y la

---

(1) Véase DUGUIT, *Traité de Droit const.*, I, pág. 542. (Edic. 1921.)

*crítica*, y 2.º, de no considerar en su propio valor sustantivo el elemento *histórico*, al determinar los conceptos que integran el del Derecho político, como Derecho político de todos los tiempos y pueblos y como teoría general que la filosofía y la crítica construyen y rehacen incesantemente. Son, en efecto, muy corrientes, en la sistematización del Derecho político, estas distintas posiciones: o se comprende, bajo el enunciado del *Derecho político*, con la doctrina general, la exposición del Derecho político de un pueblo (1), o bien se sistematizan como *Derecho constitucional* las doctrinas generales del Derecho político, consideradas especial y más intensamente en la relación del régimen moderno (2), o bien, por fin, se abarca, en una ordenación razonada del Derecho constitucional, el total Derecho político moderno en forma de una *Teoría general del Estado*, y la exposición, más o menos compenetrada con la teoría del Estado, del Derecho constitucional de un país dado (3).

3. Pero ¿se deben emplear como equivalentes los términos *Derecho político* y *Derecho constitucional*? ¿Consiste el problema sólo en una mera sustitución de palabras: *político* o *público* por consti-

---

(1) Véase el *Curso de Derecho político*, del Sr. SANTAMARÍA: es la tradición española en la enseñanza de Derecho político. (Véase mi *Derecho político comparado*, capítulos de introducción.)

(2) Véase ORLANDO, *Princ. di diritto costituzionale* (especialmente introducción y libros 1.º y 2.º), 1889, y la *Teoría general del Estado*, de JELLINEK, primer volumen de *Das Recht des Modernen Staates*. Comp. Carré de Malberg, *Contrib. à la Théorie générale de l'Etat*, 1922-23. M. Hauriou, *Précis*, cit. Duguit, ob. cit.

(3) Véase, por ejemplo, L. DUGUIT, ob. cit. El tomo primero es una *Teoría general del Estado*; el segundo se dedica a las dos materias propias del Derecho constitucional: *las Libertades públicas* (doctrina general y positiva), y la *Organización política* (de Francia). En la nueva edición, M. Duguit examina: 1.º *La regla de derecho. El Problema del Estado*; 2.º *La teoría general del Estado*. Comp. el sistema de M. Hauriou, ob. cit.

tucional, o viceversa? ¿No afecta la cuestión al contenido doctrinal ni a la significación histórica? El profesor Orlando se inclina a considerar como equivalentes *Derecho constitucional* y *Derecho del Estado*, o «público», dice; aunque sería más propio «político», del *Staatsrecht* alemán. Parte Orlando (1) de la distinción clásica (histórica) (2) del Derecho, según los romanos, en Derecho público (*quod ad statum rei romanæ spectat*) y privado (*quod ad singulorum utilitatem*), estimando que la nota esencial, característica, del primero, consiste en que «tiene por objeto el Estado», mientras el segundo se refiere «a las relaciones entre particulares». Según Orlando, la ciencia del Derecho constitucional «tiene por objeto el estudio del *Derecho que se refiere al Estado*, o, más brevemente, el *Derecho del Estado*. Concepto—añade—que los escritores alemanes reproducen exactamente en la palabra *Staatsrecht*» (3). «Concebida así nuestra ciencia—escribe—como *Derecho del Estado*, se prestaría a una natural distinción... De hecho, puede la noción del Estado concebirse independientemente de toda forma positiva; en este sentido, la teoría del Estado tendría por objeto los elementos esenciales del mismo, los principios que lo informan, los tipos principales históricos...» Ciencia esta que el autor, con gran acierto, distingue y separa de la filosofía del Derecho, proponiendo, no con tan buen acierto, denominarla *Derecho PÚBLICO general*, «ya que en ella se toma la noción del Estado *en general*». «De otro lado, la ciencia

---

(1) *Principii di Diritto costituzionale*, lib. I, capítulos III y IV. En parte pueden servir estas explicaciones del texto como contestación a ciertas dudas presentadas por el Sr. Orlando, en su crítica de la primera parte de este TRATADO, en el *Archivio di Diritto pubblico*, de mayo-junio de 1893 (Palermo). Comp. con BRUNIALTI, *Il Diritto cost.*, I, Intr.

(2) GINER y CALDERÓN, *Principios de Derecho natural*. Consúltese mi *Tratado de Derecho administrativo*, I, Intr.

(3) Obra citada, pág. 38.

podría tener por objeto, como ocurre en el Derecho privado, la organización jurídica de un pueblo determinado, con lo que tendríamos el concepto de un *Derecho público positivo*» (1). Fijase, por fin, Orlando en la distinción que han sabido establecer los alemanes entre lo que llaman *allgemeines Staatsrecht* (2) y lo que denominan *deutsches Staatsrecht* (3). En suma: para Orlando, el Derecho constitucional es Derecho público, y es una expresión que convendría abandonar, «porque es, en varios respectos, viciosa y ha dado lugar a equívocos».

Pero los equívocos y las confusiones se evitarán si se define con la claridad debida el significado de los términos.

Para definir adecuadamente el derecho constitucional, se ha de referir, no tanto a la *idea* como al *proceso histórico* del Estado. El Derecho *constitucional*, que es, en efecto, Derecho *político*, sólo adquiere propia y natural sustantividad, considerado como el Derecho histórico especial de *cierto régimen de Esta-*

(1) Obra citada, páginas 33 y 34.

(2) Recuerda Orlando, como tipos de Tratados de esta disciplina, el libro bien conocido de BLUNTSCHLI, *Allgemeines Staatsrecht*, con su *Allgemeine Staatslehre*: respectivamente, *Derecho político*—del Estado—*general* y *Teoría general del Estado*; también recuerda las obras de MOHL (*Encyklopädie der Staatswiss.*) y de SEYDEL (*Grundzüge einer allg. Staatslehre*), a las que podría añadirse la citada de Jellinek, y, en general, los Tratados de teoría o doctrina *general* del Estado que sistematizan los principios de la política como ciencia del Estado, *al modo* de la *Política* de Aristóteles. En esa orientación está la primera parte de este Tratado.

(3) El autor cita los nombres de Gerber, Laband, Rönne, Schulze, como autores de tratados de *Staatsrecht* alemán. Estos tratados tienen una compleja significación, que viene del especial proceso seguido por el Derecho político alemán, y en cuanto representan un *tratamiento* especial constructivo del mismo. Un resumen bibliográfico y crítico de esta literatura puede verse en *Preffazione alla prima versione italiana del Diritto pubblico dell'Impero germanico* de P. Laband, del Prof. MANFREDI SIOTTO PINTOR. Turín, 1913, un folleto.

do: el *moderno*, que es como, en definitiva, lo considera el mismo Orlando, y como al cabo se construye en la doctrina y en la vida política contemporánea. Y no hay confusión de términos porque se conserve esa expresión *característica*, tan definidora de una manera *histórica* de los Estados: los constitucionales.

La misma tecnología alemana nos ofrece términos sugestivos y utilizables. Ciertamente es que los alemanes emplean, para denominar el Derecho del Estado, *Staatsrecht*, que puede traducirse por Derecho *político*, mejor que por Derecho *público* (*Droit public*, *Diritto pubblico*), pues para Derecho *público* hay *öffentliches Recht* (1). Pero *Staatsrecht* puede aplicarse para significar todo el Derecho del Estado como cosa distinta del Derecho constitucional (*Verfassungsrecht*), en

---

(1) Los alemanes dan un sentido o significación amplia al puro Derecho *público* distinta de la del Derecho *político*, para abarcar las diversas disciplinas jurídicas del Estado (especialmente el Derecho político y el administrativo), dicen Derecho *público*; así la colección de *Manuales* y el *Anuario* de LABAND, JELLINEK (MAX HUBER, desde 1912) y CILDTY, se titulan *Das öffentliche Recht der Gegenwart*. El *Staatsrecht* se diferencia, ya como *general* (filosofía del Derecho político), o como *nacional* o *particular positivo*; y así, se dice por J. MEYER *Lehrbuch des deutschen Staatsrecht* (6.<sup>a</sup> edición, 1905), y por SCHULZE lo mismo, *Lehrb. d. deutschen Staatsrecht*, 1881. Pero también se dice *Verfassungsrecht*; verbi-gracia: HOLTZENDORFF titula su monografía de la *Enzyklopädie der Rechtsw.*, 1872, *Das deutsch. Verfassungsrecht*; THUDICUM escribe *Verfassungsrecht der norddeuts. Bundes*, 1870; PÖZL, *Lehrb. d. bayeris. Verfassungsrecht.*, 1877; BENDER, *Die Grundzüge d. Verfassungsrechts d. deuts. R.*, 1873. En la *Encyklopädie der Rechtsw.*, de Holtzendorff (dirigida por Kohler. 1904), bajo el epígrafe *Öffentliches Recht*, se comprenden: *Deutsches Staatsrecht*, *Das Verwaltungsrecht*, *Arbeiterversicherungsrecht*, *Kirchenrecht*, *Völkerrecht* y *Deutsches Kolonialrecht*. Entre los anglosajones, el *Constitutional Law* tiene una sustantividad (histórico-jurídica) definida, y esa sustantividad alcanza en la concepción del profesor Hauriou, para quien el régimen constitucional es un fenómeno que se produce tardíamente como propio «de los períodos de la civilización en la que se abre el régimen de Estado». Ob. cit., pág. 1.

cuanto esta expresión se refiere al Derecho del Estado, según la concepción moderna de éste, como *Estado de Derecho* o Estado *constitucional-Rechtstaat* (1).

4. El profesor Duguit querría, como antes hemos indicado, sustituir la expresión *Derecho constitucional* por la de *Derecho público orgánico*. M. Duguit llega al concepto del Derecho constitucional, a partir de una amplia noción del público, como «conjunto de reglas de Derecho que se aplican al Estado». Una primera parte del Derecho público comprende el «conjunto de reglas que se aplican directa y exclusivamente a los gobernantes, considerados como tales», o sea «el conjunto de reglas que determinan la extensión de la actividad de los gobernantes, la representación de las fuerzas gobernantes, la situación de los agentes, las relaciones de los agentes entre sí y con los gobernantes». Y esta primera parte es la que a menudo se llama *Derecho constitucional*, tomando lo constitucional en un sentido lato, no en el estricto que se refiere a las leyes constitucionales *rígidas*. Y añade: «esta expresión Derecho constitucional no es buena, porque se presta a la confusión que señalo», por lo que M. Duguit hubo de proponer la de «*Derecho público orgánico*». Pero aparte de que el uso impone lo de Derecho constitucional, la confusión se evita no sujetando el concepto a los textos escritos denominados *constitucionales*, de valor, como veremos, muy circunstancial. Lo que M. Duguit (2) define es el Derecho del Estado, el *Staatsrecht* de los alemanes, o bien el Derecho público *interno*. Para definir el Derecho constitucional, más que el punto de vista estricto de las Constituciones, debe mantenerse el de la interpretación *histórica*. Porque el Derecho constitucional es un valor histórico, con contenido ideal. El propio M. Duguit señala el valor *histórico* del *Derecho*

---

(1) HOLTZENDORFF, Ob. cit., lib. II, cap. I. *Rechtstaat*, de V. BAHR. AHRENS, *Organische Staatslehre*.

(2) Ob. cit., I (2.<sup>a</sup> edic.), páginas 541-543.

*constitucional*, al indicar la causa principal de la amplia extensión de esta disciplina. «Débese esto—dice— a que la época moderna ha llegado a la noción precisa del Estado de Derecho, y ha comprendido que el fin esencial que debe perseguirse es limitar el Estado por el Derecho, determinando rigurosa y minuciosamente sus derechos y obligaciones...» (1). Y he ahí, en mi sentir, el fundamento capital en que puede asentarse la diferenciación de esta disciplina, como una modalidad *histórica* del Derecho político, o sea como una expresión positiva de una concepción ideal del Derecho del Estado, una forma dada en tiempo y espacio determinados y realizada bajo el régimen constitucional de los Estados modernos.

Define, a mi juicio, muy bien el valor histórico del régimen constitucional M. Hauriou, cuando dice que dicho régimen es «una cierta forma del Estado, el cual es una cierta forma de Nación, o, más exactamente, es la centralización política y jurídica de poblaciones que han llegado al período nacional. Aunque pueda llevarse muy allá el esfuerzo constitucional de la Humanidad, el régimen constitucional propiamente dicho es un fenómeno tardío de los períodos de la civilización que se abre al régimen de Estado. En la historia de la civilización mediterránea se ha producido dos veces: una primera, al fin de la civilización grecorromana, y fué bastante advertido para que Aristóteles haya hecho una colección de las Constituciones de su tiempo, y la segunda vez en el siglo XVIII de nuestra era, cuando los Estados modernos tenían ya, en su mayor parte, siete u ocho siglos de existencia» (ob. cit., páginas 1-2); es el régimen constitucional régimen de consolidación jurídica, propio de épocas de madurez y de intensa civilización constructiva.

## 5. Algunos tratadistas, que Orlando cita, se incli-

---

(1) Ob. cit., I, pág. 58 (de la 1.<sup>a</sup> edic. del *Tratado*)

nan a dar al Derecho constitucional un significado restringido, estricto; así, considérase por algunos como el «estudio de las Constituciones de los países libres» (Casanova y Palma); por otros, como el «estudio de las Constituciones de los Estados regidos con forma representativa» (Arcoleo); por otros, en fin, como el «estudio de las Constituciones de los Estados regidos bajo la forma monárquica representativa» (Saredo). Prescindiendo de la limitación que propone Saredo, en las otras definiciones, se ve clara la característica diferencial del concepto que se busca, al referirse a «países libres» y al hablar de «forma representativa»: alúdese, sin duda, a notas del régimen político moderno o constitucional, y se trata de estudiar, como el propio Orlando indica, «un tipo de Estado, que surge de las condiciones políticas modernas de los pueblos civilizados, principalmente europeos y americanos» (1). Para Orlando, el Derecho constitucional «estudia el ordenamiento jurídico del Estado representativo moderno» (2).

6. La determinación del concepto del Derecho *constitucional* no es, pues, una pura cuestión de palabras: con esa expresión, sugerida como una derivación natural del fenómeno histórico, característico, de las *Constituciones*, no sólo se designa el régimen de un grupo de Estados en un período—el moderno y contemporáneo—, sino que se señala además la especial significación *jurídica* de un sistema *político* de gobierno en su amplio sentido: el sistema *constitucional*, o sea el generado por obra de los influjos que integran las revoluciones determinantes de la vida *pública* moderna; tiene, pues, del *Derecho constitucional* una sustantividad doctrinal e histórica, en cuanto entraña una ideología propia, distinta de la realizada o vivida en otros momentos de la historia política.

---

(1) ORLANDO, ob. cit., pág. 36. Comp. MOSCA, *Le Costituzioni moderne*, Palermo, 1887.

(2) Idem, pág. 37.

La indicación brevísima de algunas sistematizaciones, de valor científico, de esta rama jurídico-política, mostrará la realidad positiva del concepto que procuramos determinar. Nos fijaremos en los tratados de Esmein, *Eléments de Droit constitutionnel français et comparé*; París, 7.<sup>a</sup> edic., 1921; Dicey, *Intr. à l'étude du Droit constitutionnel*, trad. fr., París, 1902; Burgess, *Ciencia política y Derecho constitucional comparado*, trad. esp., 2 tomos; Brunialti, *Il diritto cost. e la politica nella scienza e nelle istituzioni*, 2 volúmenes, Turín, 1896, y Hauriou, ob. cit. En estos tratados resalta la sustantividad ideológica, histórica y positiva—como rama del Derecho vivido—del Derecho constitucional, no obstante el punto de vista propio y distinto de cada autor.

«El Derecho constitucional—dice Esmein—es, en los países civilizados, la parte fundamental del Derecho público. Tiene un triple objeto; determina: 1.<sup>o</sup> La forma del Estado; 2.<sup>o</sup> La forma y órganos del Gobierno, y 3.<sup>o</sup> Los límites de los derechos del Estado»; es decir, de modo general, coincide con el contenido de las *Constituciones* escritas. En el desarrollo del sistema, Esmein contrae su atención a los límites históricos en que se produce la ideología generadora del régimen de Constituciones, y expone dicho régimen. En efecto, en la primera parte estudia: 1.<sup>o</sup> *La libertad moderna: Principios e Instituciones*—recogiendo el influjo de la Constitución inglesa—para explicar el proceso y modalidades del régimen representativo, y 2.<sup>o</sup> *Los principios que se desprenden de la filosofía del siglo XVIII y proclamados por la Revolución francesa*—escuela del Derecho natural y de gentes, soberanía nacional, separación de poderes, derechos individuales, teoría de las Constituciones escritas. En la segunda parte se expone el *régimen* o Derecho constitucional francés.

Aunque el libro de Dicey sea una especie de *Introducción*, reafirma intensamente la sustantividad del concepto de la disciplina en la investigación demostrativa de los principios directores que dominan la Cons-

titución inglesa, y que son precisamente los generadores del Derecho constitucional estricto, aunque en Inglaterra revista éste sus formas y fórmulas propias; trata Dicey: 1.º, de la soberanía *legislativa* del Parlamento; 2.º, del reino o supremacía de la ley, y 3.º, de la dependencia de las convenciones respecto de la ley de la Constitución. Se expone y explica, pues, el régimen político como obra del soberano, según ley, y regulado por el Derecho, que es lo característico del *constitucionalismo* — como régimen de los Estados modernos.

El tratado de Burgess es una de las construcciones más estrictas del Derecho constitucional, y en la que, sin especiales desarrollos doctrinales, se ofrece, con clara determinación, la sustantividad doctrinal e histórica del Derecho constitucional positivo, sobre la base de la apreciación comparativa del régimen en los cuatro pueblos que, hasta entonces, realizaran los tipos principales del mismo: Inglaterra, Francia, Alemania y Estados Unidos (véase luego cap. VI de este lib.); el estudio parte de la fijación de aquellos conceptos que integran la ciencia política contemporánea—Nación y Estado—, y luego se contrae la labor especialmente a la formación de las Constituciones que se van a comparar, para exponer, por fin, cómo en ellas se resuelven los problemas propios del Derecho constitucional.

Aunque el tratado de Brunialti tiene a veces las proporciones de una sistematización general del Derecho político, el autor distingue, en la determinación específica de los conceptos generadores, el del Derecho constitucional. «El Derecho público — dice — toma denominaciones especiales, según los criterios que determinan la forma de gobierno y las normas de su acción, y puede también decirse que lo *público* genéricamente se convierte específicamente en *constitucional*. Esta denominación — añade — viene a significar una forma especial del Derecho público, que suele llamarse, con no razonable confusión, mixta, limitada, popular, libre, representativa, parlamentaria, constitucio-

nal.» (Ob. cit., I, pág. 12.) Según Brunialti, debe hablarse de «Derecho y de política constitucional, esto es, conforme a la Constitución» (Id., I, pág. 18), estando la dificultad, para la definición adecuada del término, en el modo cómo el sistema constitucional se ha fundado y desenvuelto en el continente. Esto no obstante, Brunialti cree que «se puede denominar verdaderamente constitucional sólo aquel Estado donde las libertades de los ciudadanos están eficazmente garantidas y los poderes limitados y coordinados, donde la nación esté representada por un Parlamento, expresión suprema de la conciencia pública...». Más concretamente, entiende «por Gobierno constitucional aquella forma de gobierno en la cual la Nación, soberana, está representada por un Parlamento que dicta normas y dirección al Gobierno, según las leyes y la conciencia pública, para garantizar la libertad, aumentar el bienestar y conseguir mayor potencia en el Estado». Derecho constitucional es «la ciencia que determina los principios directivos de esta forma de gobierno, según la ley del Estado y conforme a la razón política y a la historia». (Ob. cit., I, páginas 29 y 30.)

7. El *Précis*, del profesor Hauriou, es una de las construcciones más profundamente elaboradas del Derecho constitucional, concebido unitariamente, como el Derecho de un régimen político propio de determinados períodos de la Historia y de la civilización. El régimen constitucional entraña la «explicación de la formación de las Constituciones, por la virtud jurídica combinada del Poder constituyente, de la libertad de los súbditos y de la idea objetiva» (ob. cit., pág. 12), y debe tal régimen definirse, a la vez, en su fin, en sus medios de acción y en su modo de formación. Y así: 1.º, el régimen constitucional tiene por fin establecer en el Estado un equilibrio fundamental en favor de la libertad, pero asegurando el desenvolvimiento regular del Estado mismo: tal equilibrio debe establecerse entre las fuerzas de acción, que son el Poder y la liber-

tad, y la de resistencia, que supone el orden; 2.º, los medios de acción del régimen constitucional consisten en la organización de un orden constitucional, a la vez formal, objetivo y sistemático, cuyos tres elementos son las ideas morales, políticas y sociales fundamentales, el derecho de la Constitución y una organización constitucional de los Poderes, y 3.º, la formación del régimen constitucional es el resultado de una colaboración del Poder político y de la libertad de los ciudadanos, de tal modo que la Constitución se funde jurídicamente por el Poder y por la libertad, a la vez que el Poder y la libertad se regulan jurídicamente por la Constitución.»

La exposición del sistema se hace con «un espíritu de observación histórica, combinado con una dialéctica de las formas», y de ese modo aprecia M. Hauriou «instituciones como la soberanía nacional o la República parlamentaria, legadas a la democracia francesa por los siglos XVIII y XIX» (ob. cit., prefacio). M. Hauriou estudia como partes de su sistema: 1.º Las esencias constitucionales: el orden individual, la doctrina del Poder, la libertad política; 2.º El Derecho de la Constitución; 3.º Las instituciones constitucionales: la República parlamentaria, el Poder ejecutivo, el deliberante, el del sufragio.

8. El concepto del *Derecho constitucional* y el de su posición en la *Ciencia política* pueden determinarse de este modo: la *Política*, como ciencia, es la ciencia del Estado; el *Derecho político* es el Derecho del Estado, considerado, de un modo general, filosófica e históricamente; y el *Derecho constitucional* es la expresión adecuada para designar el *Derecho político de los Estados contemporáneos* que, por antonomasia, se denominan *constitucionales*, porque se rigen según normas *constitucionales*, a las que se da un significado y un alcance *jurídicos*, y merced a las cuales los Estados viven sometidos al Derecho.

9. El Derecho constitucional exige, a modo de cimentación necesaria, el conocimiento del Derecho po-

lítico en sus nociones fundamentales, o sea una *Teoría del Estado*. Tiene problemas propios, *esenciales* unos, pues se refieren a los principios generadores del constitucionalismo y a las interpretaciones ideales de que éste es susceptible, y *circunstanciales* y *locales* otros, por referirse a las condiciones que determinan las formas diversas del Derecho constitucional. En una ordenación sistemática del Derecho constitucional cabría, pues: 1.º, un tratamiento *filosófico*, o sea una *Filosofía del Derecho constitucional*, o elaboración de los principios, merced a la *interpretación* de la historia en que el constitucionalismo se produce; 2.º, un tratamiento *histórico*, o sea una *Historia del Derecho constitucional*, o conocimiento adecuado del proceso real del régimen en los pueblos que lo viven, y 3.º, un tratamiento *crítico*, o sea la apreciación interpretativa del ideal político que se realiza bajo formas constitucionales. No se trata aquí de considerar el Derecho constitucional con la amplitud enciclopédica que acaba de indicarse: inténtase tan sólo recoger en un sistema las manifestaciones típicas del régimen constitucional, procurando, a la vez: 1.º, descubrir, mediante el estudio de aquellas manifestaciones, el momento que representa el Derecho constitucional en el proceso de realización positiva de los ideales políticos; 2.º, poner de relieve las distintas formas bajo que los pueblos modernos más representativos han interpretado los principios generadores del *régimen de Constituciones*, y 3.º, exponer el mecanismo mediante el que dichos pueblos realizan el ideal *jurídico* constitucional.

10. La determinación del concepto del Derecho constitucional se debe completar considerando el problema desde el punto de vista de la definición de su materia o contenido: *relaciones, normas y orden*, a fin de diferenciar, en el sistema total del Derecho positivo de los Estados, la esfera propia del constitucional. La cuestión supone especiales dificultades, nacidas de la diversidad de condiciones bajo que se ha producido el régimen de las Constituciones en los diferentes

pueblos, y del distinto carácter con que el mismo aparece en los diversos momentos del proceso constitucional en cada pueblo. Aunque se afirme que el *Derecho constitucional es un Derecho relativo al Estado, consecuencia de la necesidad histórica de someter o acomodar el Estado al Derecho*, tal concepto no basta para diferenciar la esfera del Derecho constitucional en el sistema del Derecho positivo de los diferentes pueblos.

11. Para realizar la diferenciación jurídica indicada, es preciso, ante todo, recordar las ideas a que *históricamente* responde el Derecho constitucional y que determinan sus caracteres propios, *transitorios*, sin duda, muchos de ellos. El Derecho constitucional, a partir de Inglaterra, alcanza *circunstancialmente*, en los diversos pueblos y Estados, excepcional importancia, por motivos esencialmente *políticos*, en cuanto se elabora como resultado de *conquistas*, en las luchas entre elementos o fuerzas diversas de los Estados; recuérdese el relieve que logran en la formación del régimen, como sistema de normas, los requisitos exteriores para la elaboración de esas normas, requisitos que son verdaderas *garantías*, encaminadas a rodear a las disposiciones *constitucionales* de los mayores prestigios y respetos, poniéndolas por encima del resto del Derecho positivo, como formando un *Derecho supremo*. El Derecho constitucional es el término que, a la larga, expresa y consagra la *reacción jurídica* del pueblo —comunidad política—, que aspira al ejercicio de la soberanía, mediante una propia representación, y que, además, procura someter a normas tal ejercicio (*sistema de garantías*). Persigue el Derecho constitucional el establecimiento de un Estado—en el que se haya apagado la antinomia entre el *soberano* y el *súbdito*, característica del antiguo régimen, tanto en las doctrinas como en las instituciones—. Y no sólo esta antinomia, sino la *oposición entre* gobernantes y gobernados, que M. Duguít estima como la realidad del Estado. En el Derecho constitucional, el Pueblo so-

*berano*—la comunidad política—es, a la vez *súbdito*, porque el soberano es el único *capaz* de someterse a su propia voluntad, que se exterioriza en las *normas* y decisiones. Lo que el Derecho constitucional puede admitir es la *diferenciación en el Estado entre gobernantes y gobernados*, pero *viviendo todos en el Derecho como en su medio propio*.

La noción histórica de un Derecho obra del Pueblo, que se impone al Estado merced a la reacción de la conciencia jurídica colectiva, no se produce y condensa en los distintos pueblos con la precisión con que se formula en la doctrina, ni se ha podido elaborar en un momento dado. La noción del Derecho constitucional y su aplicación positiva ha sido, y seguirá siendo, obra de un proceso de transformación de ideales políticos—del *antiguo régimen* al *constitucionalismo*—merced al cambio de una organización política fundada en la teoría de la soberanía *trascendental* (soberanía patrimonial del rey, de un órgano del Estado, o Derecho subjetivo del soberano, que diría M. Duguit), en una organización fundada en la teoría de la soberanía *inmanente* (1) (soberanía atributo del todo social: Pueblo, Nación, Estado). Todo lo cual explica que el Derecho constitucional se produzca con caracteres especiales históricos que, a la vez que lo definen, dificultan su determinación como Derecho positivo.

Las fórmulas históricas modernas de la soberanía *popular, nacional y del Estado*, responden, con desigual intensidad y comprensión, a la idea de la soberanía inmanente, generadora del Derecho constitucional como *Derecho del Estado o para el Estado*. (V. *Teoría del Estado*, especialmente cap. I del lib. VI.)

12. Los caracteres especiales, *formales*, que, en general, reviste el Derecho constitucional, caracteres resultado de las circunstancias en que se produce,

---

(1) SALMERÓN, *Discursos parlamentarios*, I.

¿son esenciales para definir esta rama del *Derecho* en el sistema jurídico *positivo* de un pueblo? O, de otro modo, las condiciones que en un momento, en pueblos dados, se exigen para considerar como *constitucional* una norma, ¿deben estimarse esenciales para determinar la esfera propia del respectivo Derecho constitucional, y, en su virtud, habrá de definirse lo *constitucional* atendiendo a las *mayores garantías formales* exigidas para elaborar y dar valor a las normas en que se concreta? *Constitucional* viene de *Constitución*, sin duda; pero ¿qué es la Constitución en cada pueblo y en cada momento? ¿Qué materias deben comprenderse en ella? ¿Basta que una declaración o norma se halle incluida en la *Carta* para conferirle el carácter de constitucional? (1). Lo *constitucional* de un Estado, ¿es, en efecto, de *orden excepcional* dentro del orden general jurídico? Y en aquellos pueblos donde el Derecho constitucional está codificado, ¿no habrá más Derecho constitucional que el codificado?...

13. En los Estados donde impera el régimen de las Constituciones *escritas* o de texto expreso, parece como que no hay problema posible. El Derecho constitucional está en la Constitución, o en los textos de carácter *constitucional*. Pero ¿es que no hay Derecho constitucional donde no hay Constitución escrita? Y si lo hay, ¿cómo definirlo fuera de la Constitución? Este último problema se plantea en toda su integridad con relación al *Derecho político* de Inglaterra. No tiene este país Constitución *escrita*; es decir, carece su régimen político del documento o documentos comprensivos de las declaraciones y normas que integran la determinación del régimen constitucional. Pero ¿podría nadie sostener que Inglaterra no tiene Constitución, y que, por tanto, no existe un Derecho constitucional inglés? La posición del comentarista de la Constitución inglesa es, sin duda, como advierte Dicey, harto

---

(1) JONA, *La riforma delle leggi costituzionali*, pág. 35.

diferente de la del comentarista de la Constitución norteamericana, y, en general, de la del comentarista de toda Constitución *escrita* (1). Para determinar y definir la Constitución inglesa, ha de tomarse la palabra Constitución en un sentido general—como Constitución política—y considerarla en su *contenido*, es decir, atendiendo a la *materia* a que se refieren las *normas* que integran la *Constitución de un Estado*. Como en los Estados de Constitución escrita, *legislativamente* establecida, en Inglaterra afirmase la existencia de un *Derecho* relativo al ejercicio de la *soberanía*—del *Poder*—, mediante un sistema de instituciones políticas. Esto supuesto—es la *tradición* inglesa—, el Derecho constitucional inglés tiene como esfera propia: 1.º, la organización del Estado (vida del Parlamento, relaciones de las Cámaras, Gabinete, prerrogativas reales, Tribunales, etc.); 2.º, la acción constante de la opinión pública con los medios y procedimientos ideados para ejercer su influjo (reuniones, partidos políticos, prensa, propaganda, elecciones, etcétera, etc.), y 3.º, la protección de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos todos en un régimen de Derecho. No ofrece, en rigor, gran dificultad la determinación del *contenido*: la dificultad de orden técnico es mayor cuando se quiere caracterizar la constitucionalidad de las *normas* desde el punto de vista *formal*.

En primer lugar, varía la definición del carácter y de los límites de la Constitución inglesa, según el criterio y propósito con que se la estudie (2), y así resulta distinta la definición del Derecho constitucional, según que se trata de juristas como Blackstone (3), de historiadores como Hallam, Freeman o Stubbs (4) y de teóricos de la política como Hearne o Bagehot (5).

(1) Obra citada, pág. 4. Véase luego libro II, cap. II.

(2) DICEY, ob. cit., pág. 6. V. luego libro II, cap. II.

(3) Idem, ob. cit., pág. 6 y siguientes.

(4) Idem, pág. 11 y siguientes.

(5) Idem, pág. 17 y siguientes.

A fiarse de los primeros, el Derecho constitucional inglés hállese perfectamente contenido en las leyes y fórmulas tradicionales, no derogadas éstas de un modo explícito. Blackstone, en sus *Comentarios*, trata al Rey entonces como si poseyera y ejerciera los mismos poderes y funciones que tenía Guillermo el *Conquistador*. «El Rey—dice Blackstone—se considera, en los asuntos interiores..., como la fuente de la justicia y el mantenedor de la paz del Reino... Sólo él tiene el derecho de instituir Tribunales...» «Nos encontramos—dice Dicey—en pleno dominio de las ficciones» (1). Los historiadores, por su parte, no concretan ni formulan o definen el organismo actual de la Constitución: dan una importancia casi exclusiva al aspecto evolutivo del régimen. Con estos historiadores se asiste a la producción de la Constitución, pero no se contempla cómo actúa en los momentos presentes, en relación con los últimos desarrollos (2). Por fin, Hearn y Bagehot prescinden del aspecto jurídico para fijarse en el político, determinando el juego constante de las *fuerzas* que constituyen el Estado, en la libre combinación de las tendencias y aspiraciones públicas: «su defecto estriba en no considerar más que las convenciones de la Constitución» (3). Pero cabe completar y compenetrar los diferentes criterios apuntados: lo exige la adecuada concepción de la Constitución inglesa, al efecto de condensar en fórmulas positivas las *normas* que la integran, y que se *articulan* en los documentos constitucionales de otros pueblos. Tal es,

---

(1) Ob. cit., pág. 9.

(2) «El historiador trata, ante todo, de señalar las etapas recorridas por la Constitución, para llegar al punto en que hoy está... Sólo indirectamente se preocupa con las reglas actuales de la Constitución.» (DICEY, ob. cit., pág. 13.) El autor opone al interés del historiador (por los orígenes) el del jurisconsulto. «El último período de la historia de Inglaterra, dice, es el que proporciona a ésta el auxilio más potente en el estudio del Derecho actual.» (Idem, pág. 15.)

(3) DICEY, ídem, pág. 17.

en definitiva, el punto de vista de Dicey, que no des-  
deña la evolución histórica constitucional para definir  
la *forma* actual de la Constitución, la cual es un com-  
puesto de dos elementos esenciales: *legal*, uno, y  
*convencional* el otro.

Prescindiendo del valor que pueda darse a la opo-  
sición de lo *jurídico*—legal—y lo *convencional*, lo que  
importa es la definición de la Constitución como un  
orden jurídico o como un *sistema de normas* que tra-  
ducen Derecho, y el reconocimiento de que éste se ex-  
presa bajo las formas generales de todo Derecho, la  
*ley* y las *costumbres*, sin que necesiten éstas, para ser  
Derecho, ninguna solemnidad o garantía especial. La  
definición de la Constitución inglesa y del Derecho  
constitucional inglés, no exige una diferenciación for-  
mal y exterior en el orden jurídico del Estado. La dife-  
renciación de la rama constitucional, en el sistema del  
Derecho positivo inglés es una diferenciación de *conte-  
nido*, en cuanto el Derecho constitucional positivo, re-  
coge y traduce, en normas, las reacciones de la concien-  
cia jurídica sobre el Estado, para lograr estas dos co-  
sas fundamentales: 1.º, que esta conciencia jurídica  
se elabore y se manifieste libremente (autonomía), y  
2.º, que las *normas* que se declaren o formulen *se vivan*  
eficazmente en las *relaciones* que constituye el *orden*  
*político* (el Estado).

14. El problema que se estudia tiene otro alcance  
y otros caracteres cuando se trata de Estados que tie-  
nen su Derecho constitucional definido expresamente  
en un Código, o en varias leyes declaradas *constitucio-  
nales*. ¿No habrá en esos Estados más Derecho *consti-  
tucional* que el de la Constitución o el declarado tal  
expresamente en ley? Si contestásemos afirmativamente,  
resultaría que el carácter constitucional de las normas  
dependería de la voluntad del legislador, o de que  
aquéllas se produjeran con determinados requisitos  
*formales*. Y así, habría que admitir que ciertas mate-

rias, que ahora, verbigracia, en Francia, no se contienen en las leyes constitucionales de 1875—los derechos del hombre no revisten en Francia carácter constitucional—, en cambio, serían de Derecho constitucional en España, porque figuran en el título I de la Constitución de 1876. Por otra parte, nada ha variado, ni varía, tanto como la extensión de las Constituciones y el criterio de lo que es estrictamente *constitucional*.

La determinación estricta del Derecho constitucional, mediante los textos, ha experimentado muy varias transformaciones, reflejadas, tanto en la fijación del *contenido* de aquéllos—la *materia constitucional*—como en la extensión de los mismos. Refiriéndose a los Estados de la Unión norteamericana, Mr. Dealey advierte que, «en el periodo revolucionario, estas Constituciones eran pocas en número, de poca extensión y contenían un mero bosquejo de la organización del Gobierno. Desde entonces se han hecho o revisado unas doscientas Constituciones de Estados. Las cuarenta y cinco (hoy son cuarenta y ocho los Estados) en vigor tienen, por término medio, más de quince mil palabras, alcanzando la más extensa—Luisiana—unas cuarenta y cinco mil. En lugar de contener sólo lo fundamental, comprenden detalles tan nimios, en algunos casos, como difícilmente dignos de considerarse en el Estatuto». (Ob. cit., pág. 1.) Según Bryce, las Constituciones más completas suelen comprender: 1.º, la demarcación del territorio del Estado; 2.º, los derechos de la personalidad; 3.º, la organización de los poderes; 4.º, el procedimiento para la reforma constitucional; 5.º, disposiciones fundamentales acerca de determinados intereses económicos o sociales. Según el autor citado (*The American Commonwealth*, tomo II, cap. XXXVII), tal es el tipo normal de las Constituciones de los Estados americanos (República de los Estados Unidos). Las Constituciones de *California*, *Illinois* y de *Wyoming* tienen esas cinco partes. Otras no señalan la demarcación territorial; pero los demás asuntos los abarca

siempre. De los Cantones suizos, las Constituciones de *Berna* y *Appenzell*, por ejemplo, aluden a la demarcación territorial.

Las Constituciones de los Estados *superiores*—naciones—son las que menos uniformidad guardan en este punto. Las de Austria—Estado federal—, Bélgica, Brasil, Chile, Colombia, Dinamarca, Estados Unidos, Grecia, Guatemala, Holanda, Japón, Méjico, Nicaragua, Noruega, Paraguay, Perú, Portugal, Prusia, Rumania, Sajonia, Servia, Suecia, Suiza, Noruega; Uruguay, Venezuela, abrazan algunas las cinco partes indicadas; las más, no aluden expresamente a la demarcación territorial, y en todas varía muchísimo la extensión con que se trata de cada una de las materias constitucionales. La Constitución imperial de Alemania fijaba, en su artículo 1.º, el territorio federal y no contenía una verdadera declaración de derechos (véase el art. 3.º); en cambio, la del *Reich* de 1919 trata con excepcional extensión los «derechos y deberes fundamentales de los alemanes».

Las de España e Italia no contienen procedimiento especial de reforma constitucional. Las leyes francesas tienen, como es sabido, un carácter limitadísimo en cuanto se refieren sólo a la organización y relaciones de los poderes públicos.

15. Respecto de la *extensión material* y de la interna elaboración que esta extensión supone, las Constituciones codificadas y el conjunto de las leyes constitucionales (según los casos) varían muchísimo. No es fácil hacer un cálculo exacto cuyos datos revelen de una manera fiel la respectiva extensión de las diferentes Constituciones. Siguiendo el ejemplo de algunos publicistas, que han comparado determinadas Constituciones, como, por ejemplo, Bryce las de los Estados americanos (obra citada), o Alberto Bushnell-Hart (*Introduction to the Study of Federal Government*, página 87), las de los Estados federales más importantes, me fijaré en el número, naturalmente aproximado, de

palabras, y en el de los artículos de algunas de las Constituciones. Las Constituciones escritas (codificadas o no) a que aludo, pueden agruparse en tres secciones, por razón de su extensión material y orgánica complejidad. En la *primera* figurarán las de una extensión *mínima*; en la *segunda*, las de una extensión *media*, y en la *tercera*, las de una extensión *máxima*.—*Primera sección*: Oscila la extensión de los textos entre 1.500 y 2.500 palabras; pueden colocarse aquí: las de Francia, con 27 artículos (que suman sus leyes); Italia, con 84 artículos; Japón, con 76, respectivamente.—*Segunda sección*: Pueden colocarse en ella todas las Constituciones que oscilan entre 3.000 y 6.000 palabras. La de los *Estados Unidos*, que pasa de las 6.000, según Beck, tiene 7.500, sumando las 17 secciones y las 19 enmiendas; y luego las de Dinamarca, con 95 artículos; Rusia (1918), con 90; España (1876), con 89, y Prusia (la de 1920), con 88.—*Tercera sección*: Comprende las Constituciones de mayor extensión; verbigracia: las de Alemania de 1919, que tiene 181 artículos; Uruguay (1917), con 178; Austria (1920), con 152; Yugoslavia (1921), 142; Bélgica (reformada en 1893 y 1921), 139; Checoeslovaquia (1920), 134; Polonia (1921), 126; Argentina (1860), 110: de las Constituciones españolas, la de 1812 tenía 384 artículos; sólo tenía 50 el Estatuto Real; 77, con dos adicionales, la Constitución de 1837, y 78 la de 1845; la Constitución de 1856 tenía 92, y un artículo transitorio; la de 1869, 112 y dos disposiciones transitorias, y, por fin, la de 1876 tiene 89 artículos, más uno transitorio también. Además, hay Constituciones que nada dicen respecto del carácter constitucional o no de las leyes. Otras, en cambio, diferencian expresamente la ley constitucional (1).

---

(1) La Constitución portuguesa de 1826, en su art. 144. y la del Brasil de 1824, en su art. 178, decían que sólo son constitucionales las leyes que fijan los límites y las atribuciones de los poderes públicos y los derechos políticos e indi-

Los *textos constitucionales* tienen sólo un valor relativo para determinar el concepto *racional y jurídico* del Derecho constitucional; la mayor o menor extensión de una Constitución *escrita* débese, en general, a circunstancias políticas. La Constitución española de 1812 tiene una amplitud tan desmedida, porque las Cortes de Cádiz proceden a elaborarla en momentos que invitan a intentar una organización *completa y detallada* del Estado: se trataba, entonces, de una transformación política verdaderamente revolucionaria. Por una causa semejante, se explica la extensión que tiene la de 1869, que inicia en España un régimen, en cierto sentido, nuevo. Análoga explicación debe darse a la amplitud del contenido y del texto de la Constitución alemana de 1919. La reducida extensión de las leyes constitucionales vigentes en Francia, desde 1875, ha debido obedecer, en parte, a la reacción dominante de desconfianza o temor a los períodos *constituyentes*.

16. ¿Qué valor reviste entonces la distinción, tan general en el Derecho constitucional positivo, entre ley *constitucional* y ley *no constitucional (ordinaria)*? Si, para aceptar tal distinción, atendemos sólo al *fondo o contenido y objeto* de las disposiciones legislativas, la diferenciación es lógica: la ley constitucional es derecho para el Estado, y las leyes ordinarias son derecho para otras instituciones, relaciones o fines de la vida humana; pero si la distinción se basa en los caracteres formales exteriores, que tan a menudo adornan a la ley constitucional, la diferenciación no afecta al fondo o

---

viduales de los ciudadanos. Nuestra Constitución de 1856, en su art. 92, consideraba como parte integrante de la Constitución las *bases* de unas cuantas leyes *orgánicas*, tales como la Electoral, la de relaciones entre los Cuerpos colegisladores, la del Consejo de Estado, la Provincial y Municipal, la de Organización de Tribunales, la de Imprenta y la de la Milicia Nacional. La Constitución checoeslovaca de 1920 dice en el preliminar (art. 1.º), que la carta constitucional no pueda modificarse o completarse sino por leyes que se designen como *constitucionales*.

contenido del Derecho constitucional, sino a la forma, y, aunque ésta tenga una profunda significación *jurídica*, concretamente, o sea en cada caso, tiene un valor y alcances circunstanciales e históricos, generadores, por lo demás, de *efectos jurídicos*. Los caracteres formales que por las Constituciones escritas mismas suelen darse a sus disposiciones, se concretan en la exigencia de solemnidades especiales que, sobre todo, afectan al procedimiento de elaboración o de reforma de las Constituciones, y que van desde un criterio riguroso, estricto y diferencial, como el de la Constitución de los Estados Unidos, que ha creado el tipo del Derecho constitucional llamado *rígido*, hasta el vago e indefinido de nuestra Constitución de 1876. La exigencia de las precauciones y solemnidades especiales indicadas — que desconoce la Constitución inglesa — ha generado, a la larga, el *régimen de garantías constitucionales*, de valor *jurídico excepcional*, variables de Estado a Estado y de momento a momento en un mismo Estado, pero cuya significación y alcance entraña una cierta disposición del espíritu colectivo del Pueblo, merced a la cual, y en virtud de una *alta valoración* de las disposiciones que se estiman y declaran expresamente constitucionales, dichas disposiciones no podrán *modificarse* sino con tales o cuales precauciones, venciendo mayores dificultades políticas y técnicas que cuando se trata de otras disposiciones, no reputadas constitucionales, aunque lo sean materialmente.

17. Como resumen de las consideraciones expuestas, se pueden formular estas conclusiones:

1.<sup>a</sup> El *Derecho constitucional* no puede definirse tomando como criterio jurídico diferencial las respectivas Constituciones escritas: *a*), porque todo Derecho constitucional comprende normas y relaciones que no se concretan en la Constitución, ni en la ley escrita; *b*), porque las Constituciones responden a condiciones y exigencias variables entre Estado y Estado, y en los diversos momentos de la historia de un Estado, en

virtud de las cuales puede haber materias no políticas que, por razones de alta *estimación jurídica*, se incluyen en las Constituciones. La definición del Derecho constitucional por los textos obligaría a negar el carácter de *constitucional* al régimen político inglés.

2.<sup>a</sup> El Derecho *constitucional* ha de definirse, ante todo, por su contenido; éste abarca todo el Derecho relativo: *a*), a la determinación del *soberano* en el Estado; *b*), al ejercicio de la soberanía política mediante la organización social que constituye el Estado *no oficial* y *oficial* o *Gobierno*; *c*), a las relaciones del Estado, en cuanto estas relaciones aclaran por modo indirecto el criterio práctico que preside el ejercicio de la soberanía política: comprende esta última parte la doctrina de los *derechos de la personalidad*.

3.<sup>a</sup> Desde el punto de vista formal, el Derecho constitucional de cada pueblo hállase contenido en leyes (codificado o no), costumbres, usos y prácticas políticas; en una palabra: el Derecho constitucional reviste las formas todas bajo que se produce el derecho en la vida, con más otras particularísimas, en virtud de la estructura especial de sus órganos temporales.

4.<sup>a</sup> Lo característico del Derecho constitucional, como expresión histórica distinta, consiste en su significación como *Derecho para el Estado*, merced al cual se aspira a someter al Estado mismo a normas de Derecho, *convirtiéndolo* de soberano, con puro poder de dominación, en soberano que se ajusta por sí mismo a las exigencias del Derecho; el *Derecho constitucional* es, pues, *el sistema de condiciones que hacen del Estado un Estado jurídico, o sea un Estado que se acomoda al Derecho*.

## CAPÍTULO IV

---

### **Realización jurídica de las Constituciones.—La costumbre.**

1. Definida la *Constitución* como expresión *jurídica* del Estado, y el *Derecho constitucional* como una forma *histórica* del *Derecho político*, se debe ahora investigar *cómo se realiza y produce*, o sea cómo se *originan y transforman jurídicamente los Estados políticos modernos*. Entraña esta investigación dos problemas: el uno, esencialmente *jurídico*, y consistente en la determinación general de las *fuentes* del Derecho constitucional, y el otro, predominantemente *político*, y se concreta en la determinación de las formas *especiales y propias* bajo que se produce el *régimen de las Constituciones*.

2. Admitido que el Derecho constitucional es, en efecto, *Derecho* (1)—supuesto esencial del Derecho político moderno—, ha de considerarse aquél, al igual que cualquier rama del Derecho positivo de un pueblo, como obra del *sujeto activo* del Derecho mismo, que se condensa y manifiesta *mediante la conciencia colectiva del Estado*: el espíritu del pueblo, de Savigny. El Derecho constitucional no difiere en nada esencial, como Derecho, de las demás ramas jurídicas: con ellas forma el sistema u organismo de las *normas* que regulan las *relaciones* que se producen en un Estado, y que constituyen el *orden* jurídico del mismo. Por

---

(1) DICEY, ob. cit., páginas 19-31.

tanto, para recoger y comprender la obra jurídico-política de un Pueblo y definir el *total* Derecho político de su Estado, es preciso referirse al Pueblo mismo, íntegramente considerado, y abarcar en su Derecho político las manifestaciones jurídicas del Estado, ya sean éstas *generales* o *especiales*, *solemnes* o *no*, de la *masa indeterminada* o de los *órganos específicos*, espontáneas o reflexivas, y además ha de considerarse la totalidad del Derecho en la vida misma y en el *proceso* de su realización: que el Derecho no es tal Derecho porque se haya fijado, o concretado, o cristalizado en expresiones definidas—decisiones, normas escritas—: el Derecho es vida, y es Derecho en cuanto se vive.

3. En la *Teoría del Estado* queda expuesta la doctrina general de cómo el Estado se realiza como obra total irreflexiva de la comunidad social, su contenido vital; aplicada tal doctrina a la realización del Derecho por el Estado, se convierte en la doctrina de las *fuentes*, o sea de los modos según los cuales aquél se produce y transforma, como sistema de normas y de condiciones del Pueblo. El *hacer total* de éste, su labor como Pueblo, en la tarea permanente de establecer las normas de su vida, mediante sus estimaciones de los valores vitales, y en virtud de sus decisiones, se condensa, sobre todo, en dos formas, que reciben los nombres de *costumbre* y de *ley*: la primera es la expresión del *hacer jurídico espontáneo* del Pueblo como un todo, realizado bajo el influjo de la necesidad inaplazable, *hacer* indeterminado en su origen y en sus momentos, y en cuanto al *instante* en que adquiere la fuerza de decisión eficaz o de norma respetada, y la segunda—la ley—es como la expresión circunstancial de un *hacer reflexivo*, específicamente *funcional*, que se produce con arte y se concreta en fórmulas definidas y solemnes, ciertas y visibles, obra de autoridad constituida (1).

---

(1) Véase GINER y CALDERÓN, *Principios de Derecho natural*, edic. de 1916; *Resumen de Filosofía del Derecho*.

4. Pero no creo necesario desarrollar una teoría general de las fuentes del Derecho; para el objeto presente, bastará insistir en determinar el carácter y alcance de éstas en el Derecho constitucional. A este efecto, debe comenzarse por definir el papel y función de la *costumbre*, porque siendo ésta expresión del hacer político vulgar y general, lógicamente, como manifestación más universal e indeterminada, precede a la ley, que tiene otras exigencias formales. Un pueblo puede vivir sin leyes (escritas), pero no vive sin costumbres (1). La teoría especial de la costumbre en el Derecho constitucional tiene que formularse: 1.º, sobre la base del reconocimiento de la misma como fuente general de todo el Derecho del Pueblo; 2.º, considerando en cada Derecho político la acción efectiva y eficaz de la costumbre, y 3.º, teniendo en cuenta las condiciones del Derecho político moderno, en el cual queda siempre un amplio campo a la acción espontánea e indeterminada del *espíritu general*, fuera de las reglas estrictas, condicionado por los movimientos de la *opinión pública*, adecuadísima para la generación de las normas, sin elaboración *expresa* y *solemne*.

5. La excepcional importancia que en todos los Estados constitucionales (fuera de Inglaterra) ha alcanzado el factor reflexivo en la elaboración escrita y solemne del Derecho político basta para explicar que no siempre se haya dado al problema de la costumbre en

---

COSTA, *La vida del Derecho*, 1876; *La Ignorancia en el Derecho*. DORADO, *Valor social de leyes y autoridades*. Comp. SUMNER MAINE, *El Derecho antiguo*. (Trad. esp.) He tratado el problema, con relación al Derecho administrativo, en mi *Tratado de Derecho administrativo* (2.ª edic.), I. Comp. HAURIU, *Précis*, páginas 254 y siguientes.

(1) Dice S. MAINE: «En la infancia de la Humanidad no se concibe la idea de una legislación... No se piensa entonces el Derecho; apenas llegado a los límites de la costumbre, es más bien un hábito que está como en el aire.» *El Derecho antiguo*, trad. esp., pág. 17.

esta rama jurídica todo el desarrollo que merece (1). El problema ha alcanzado, sin duda, otras proporciones en el Derecho privado (2). Considérese la costumbre como una ley tácitamente consentida o como el punto de partida del Derecho positivo, afirmase constantemente como factor o generadora del mismo, revistiendo su acción una eficacia generalmente reconocida y hasta expresamente consagrada. Pero no hay motivo racional que aconseje una posición distinta frente a la costumbre en el Derecho constitucional, y, en general, en el llamado público (3). Aun admitida la necesidad de una elaboración reflexiva del Derecho—la ley, obra inmediata del Poder público *oficial* legislador—, el sujeto y agente *real* de aquél en los Estados es el *Pueblo*. «En la conciencia común del pueblo—dice Savigny—vive el Derecho positivo, por lo que se puede llamar también Derecho del pueblo», concebido éste, no como suma o pluralidad de individuos, sino como síntesis social, histórica, con su propio espíritu: «el espíritu popular vivo y activo en todos los individuos» y generador del Derecho en todos los momentos. Pero

(1) V. PUCHTA, *Gewohnheitsrecht*, vol. II, 1837, páginas 225-239. MOHL, *Encyklopädie der Staatswissenschaften*, 1859. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrecht*, § 6.º, núm. 5. MEYER, *Die Rechtsbildung im Staat und Kirche*. LUDERS, *Das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung*, 1863. LONGO (A.), *Della consuetudine como fonte del Diritto pubblico (costituzionale e amministrativo)*, en el *Archivio di Diritto pubblico*. Palermo, año II, fascículos 4 5-6, 1892. BRUNIALTI, ob. cit., I, Intr. cap. V, §§ 2.º y 3.º. PALMA, *Corso d. Dir Cos.*, t. I. RANELETI, *La consuetudine come fonte del Dir. pub. interno*, en la *Riv. d. Dir. pub.*, 1913, I. C. CARISTIA, *Saggio critico sul valore e l'efficacia della Consuet. n. Dir. pub. interno*, 1919. ORLANDO, *Le fonti*. LAMBERT, *Études de Droit commun législatif*, 1901. VALETTE, *Rôle de la cout. d. l'élabor. d. Dr.*, 1908. RÉGLADE, *La cout. en dr. pub.*, 1919. DUGUIT, ob. cit. (2.ª edic.), I. HAURIU, ob. cit., páginas 254 271. DICEY, ob. cit.

(2) DE DIEGO, *Fuentes del Derecho civil español*, 1921.

(3) He estudiado detenidamente el problema en el *Tratado de Derecho administrativo*, 2.ª edic., tomo I.



INVESTIGACION  
JURIDICA

el pueblo constituido políticamente es el Estado (el Pueblo-Estado), o sea la comunidad, en la que se siente y quiere el Derecho difusamente por todo el ser del Pueblo, y se quiere por éste mismo, que se constituye para tal fin en Estado, con capacidad para sentir, querer y vivir ese Derecho, *su* Derecho. En el Pueblo-Estado, en la conciencia del pueblo *hecho* Estado, se elabora la norma a que ha de sujetarse la conducta de todos, según el espíritu del pueblo. Esto supuesto, la primera manifestación del Poder soberano es la difusa, indeterminada y espontánea que da vida a la costumbre, y que, abarcando, como obra de todos y en interés del todo, la vida del Estado, no puede dejar fuera de su acción la *organización y modo de proceder* del Estado mismo; antes bien, parece *lógico* que éste, como obra del pueblo, comience a *afirmarse* espontáneamente, como *hecho*, en virtud de un movimiento coherente, síntesis de las energías sociales. Por otra parte, está patente en la Historia el influjo que en la vida del Estado tiene la acción, aparentemente inconsciente, de la vida social, como un resultado de las fuerzas—sentimientos, ideas, aspiraciones—no concretadas en fórmulas definibles. En campo alguno del Derecho, como en el político, se han producido de modo más ostensible y eficaz las transformaciones verificadas *contra* o *fuera* del Derecho o de la ley positivos, bajo el empuje del espíritu del pueblo, condensado a veces en movimientos violentos, revoluciones, y otras actuando, con esfuerzo persistente, por una presión *lateral* que podría decirse indirecta, pero determinante, a la larga, de cambios institucionales y de criterios políticos (1).

6. Para que la fuerza *jurídica* de la costumbre sea real y efectiva en cualquiera rama del Derecho, no es preciso que sea reconocida como tal por el legislador. Como es, o puede ser, anterior al Derecho legislado,

---

(1) EZMEIN, ob. cit., I, páginas 47 y 564 (7.<sup>a</sup> edic.).

como es permanente, inevitable y necesaria, la costumbre, o actúa sola, o persiste al lado de la ley. Por eso es, en cierto modo, superfluo (Longo, loc. cit., pág. 254) que la ley declare que las costumbres tienen fuerza obligatoria; la tienen por modo necesario, ya sean *según* ley, ya *contra* ley. Para que una costumbre *contra* ley sea extirpada, es preciso que la ley, a su vez, se haga costumbre y la sustituya. Y si puede ser superflua la declaración legal favorable a la validez de las costumbres en general, puede ser peligrosa la declaración legal contraria a la eficacia jurídica de la costumbre (V. Longo, ob. cit.). En primer lugar, se afirma (Windscheid, *Pandectas*; véase Longo, loc. cit.) que «la ley no puede disponer que el Derecho no sea Derecho, y tanto vale que niegue la eficacia de un Derecho consuetudinario futuro como que niegue eficacia a una ley futura». Además, negar la eficacia a la costumbre en los Estados constitucionales, que tienden a fundarse cada día más en la opinión pública generadora y sancionadora, y que reconocen, cada día con mayor fuerza, el principio de la representación, equivaldría a negarles su propia base y fundamento.

7. El influjo directo de la costumbre en la generación y transformaciones del Derecho constitucional se manifiesta ostensiblemente de dos maneras: 1.<sup>a</sup>, de un modo general, dando este o el otro carácter y tono al Derecho positivo respectivo; 2.<sup>a</sup>, de un modo especial en la práctica y ejercicio de la soberanía por los órganos del Estado—el *Estado oficial*, el *Gobierno*—. El influjo de la costumbre adviértese comparando, de un modo general, el régimen constitucional de los diferentes Estados—análogos, a veces, según los textos—, o comparando el actual de cada pueblo con el de momentos anteriores.

«La costumbre, escribe P. Errera, es la que diferencia las instituciones de país a país, mientras los textos son idénticos o análogos.» «¿Quién podrá, añade, por

ejemplo, con la sola lectura de las Constituciones belga y prusiana (de antes de la guerra, claro está), sondear el abismo político que separa a los dos Reinos? Las nociones mismas de Monarquía constitucional y parlamentaria son consuetudinarias.» (*Traité de Droit pub. belge*. París, 1909, pág. 5.)

Por otra parte, las transformaciones constitucionales realizadas en los diversos pueblos no se explicarían como obra exclusiva de las leyes. Inglaterra ha pasado, merced al cambio total de las condiciones sociales (de sociedad predominantemente agrícola a sociedad predominantemente industrial), de un Gobierno representativo aristocrático a un Gobierno representativo democrático (1). ¿Afirmará nadie que Francia deba su República a las leyes de 1875, ni que en el pensamiento de los legisladores estuviese la República parlamentaria actual? Los Estados Unidos, con una sola *Constitución escrita* (1787), han comenzado por ser una Confederación de Estados, para convertirse, merced al influjo de fuerzas que no constan en leyes, en una nación constituida en verdadero *Estado federal*.

8. El influjo de la costumbre tiene una esfera de acción amplia en la vida del Gobierno, o sea en el funcionamiento práctico de los órganos del Estado; las circunstancias de la acción política, en aquella esfera *permisiva* en que se desarrolla el juego de los Poderes públicos, no son las más a propósito para que la ley se produzca y aplique, precisamente a causa de lo que parece constituir su mayor ventaja: la fijeza, definición y claridad de la norma—la natural *inflexibilidad* del *texto* escrito—. La simplificación de las reglas no es lo que pide ahora el Derecho constitucional: esa simplificación, esa fijeza, «no siempre son posibles

---

(1) Véase un estudio excelente, sobre las causas y proceso de este cambio, en REDLICH y HIRST, *Le Gouvernement local en Angleterre*, París, 1911, espec. vol. I. Sobre la costumbre en la Constitución inglesa, LOWELL, ob. cit., Intr.

ni útiles» (1). «Creemos, en primer término, que no siempre es posible, en el Derecho público, formular claramente la regla, que es el supuesto indispensable de la ley...» Y, como prueba de ello, bastará citar el ejemplo que, en general, ofrecen la teoría y la práctica de los Gobiernos de Gabinete (o parlamentario).

La existencia misma del Gabinete es cosa perfectamente ignorada por las leyes, en el país de origen, Inglaterra. «¿De qué modo —pregunta Longo— se podría formular el principio mismo que anima la forma parlamentaria?» Si, por ejemplo, se quisiera decir: «El Rey nombra los Ministros, pero a condición de que gocen de la confianza del Parlamento», ¿no surgirían dificultades sin cuento? ¿Cómo señalar las manifestaciones previas o sucesivas al nombramiento del Gabinete? ¿Cómo conciliar tal afirmación con la prerrogativa de la Corona, por la cual puede ésta mantener a un Gabinete, después del voto adverso en las Cámaras, disolviendo las Cámaras o no disolviéndolas, según lo reclamen consideraciones políticas atendibles? «Y viceversa, ¿cómo se podría determinar aquella costumbre, por la cual se exige la dimisión de un Gabinete, aun después de un voto de confianza en las Cámaras, pero con pequeña mayoría para conceptuarle firme?»

9. Aun cuando la doctrina expuesta siga teniendo un valor general en los Estados parlamentarios por tradición y costumbre, como Inglaterra —y, en cierto modo, Bélgica—, o por adaptación constitucional, como Francia, hoy no podrá sostenerse con carácter absoluto, ya que, por ejemplo, la Constitución alemana de 1919 ha realizado «una especie de codificación de las reglas del régimen parlamentario» (Brunet, *La Const. allem du 11 août 1919*, pág. 204). Según el art. 54 de la Constitución alemana: «El Canciller del Reich y los Ministros del Reich necesitan gozar de la confianza del Reichstag para el desempeño de sus funciones. Cualquiera

---

(1) Longo, loc. cit., pág. 267.

de ellos deberá dimitir si el Reichstag le retira su confianza en virtud de una decisión expresa.» En España, las costumbres políticas, principalmente bajo el influjo de la corrupción electoral, han hecho que los cambios de Gabinete se vengan efectuando sin tener en cuenta la existencia de una mayoría parlamentaria. El Gabinete caído cuenta con la confianza del Parlamento, y el nuevo, con la mayoría del futuro: una costumbre —sin duda, mala—, pero con la *fuerza de una verdadera ley*.

En todo caso, es evidente que las condiciones bajo que se ha tenido que desarrollar el régimen político moderno han hecho precisas, al lado de las costumbres estrictas, las llamadas *Convenciones constitucionales*, esto es, las prácticas imperantes en la esfera de acción de los poderes constituidos, que hacen de los Estados de Constitución escrita, Estados que viven también según principios del Derecho *no* legislado: los *precedentes*, los *usos*, las *costumbres*.

10. La doctrina general expuesta tiene una expresa confirmación en el Derecho constitucional de los diferentes países; en todos se manifiesta el influjo *tonificante* de la costumbre *creadora, adaptadora, complementaria e interpretativa*, con valor distinto, independientemente del concepto legal y doctrinal imperantes. «En Inglaterra— escribe Dicey—, el Derecho constitucional, tal como lo entienden el público y los escritores más autorizados, se compone de dos elementos: el que denomino la «ley, *law*: Derecho de la Constitución», y comprende lo que indubitablemente es Derecho, y el que denomino las «Convenciones de la Constitución», y se compone de máximas o prácticas, que, aunque pueden servir de regla de conducta ordinaria a la Corona, a los Ministros y a otras personas sometidas a la Constitución, no son estrictamente leyes» (1).

---

(1) *Intr. à l'Étude du D. C.*, pág. 22. V. luego lib. 2.º, cap. II.

De una manera aun más concreta, la acción de las costumbres revélase al intepretar tanto la estructura como el funcionamiento práctico de la Constitución misma. Lo hace notar Boutmy (*Études de Droit constitutionnel*. París, 1885, pág. 26): «Todo lo que se refiere a la organización, las atribuciones, las relaciones recíprocas y al juego de los Poderes públicos (Monarquía, Gabinete, Cámara Alta, Cámara de los Comunes), no cae bajo la acción del Derecho escrito... Que se pregunte a los textos constitucionales, por ejemplo, acerca de las atribuciones del *Gabinete*, el centro indispensable del régimen parlamentario. No ya la cosa, pero ni el nombre, según el testimonio de Blackstone, de Hallam, de Macaulay, son conocidos en el Derecho escrito. Sobre la división del Parlamento en dos Cámaras: comenzó por sí misma, hacia 1350, y se perpetuó con el tiempo, sin ser impuesta por ley alguna. Sobre el derecho de prioridad de la Cámara de los Comunes en materia de impuestos..., sobre las demás atribuciones y privilegios de una y otra Cámara..., sobre la prerrogativa real en materia de organización militar..., ningún texto define nada de eso...; el Derecho escrito permanece mudo...; la solución ha de encontrarse en los archivos parlamentarios o judiciales, no en una regla general, sino en los precedentes del caso...» (V. luego libro 2.º, cap. 12.)

11. En los Estados Unidos, no obstante el carácter esencialmente *rígido* de su Constitución escrita, pacto fundamental expreso de la Federación y garantía de la independendia de los Estados, también tiene su esfera reservada a las «Convenciones constitucionales» y a la acción modificadora de la costumbre. «En los Estados Unidos, los poderes legales del Presidente, el Senado, el procedimiento para elegir al Presidente, etcétera, están completamente regulados por el Derecho de la Constitución...» Pero al lado se han producido reglas convencionales, las cuales tienen tanta fuerza en la práctica como el Derecho escrito. «Ningún Presi-

dente es reelegido más de una vez...» (1). «Mucha parte de la Constitución de los Estados Unidos, especialmente lo relativo a la elección, sucesión y poderes del Presidente, procedimientos y métodos del Congreso y facultades del Poder judicial, ha sido modificado, en importantes particulares, por la fuerza del precedente y ampliado por la interpretación judicial» (2).

Recuerda Garner (ob. cit.) que Mclellan, en su *Const. Law of the Unit. St.*, pág. 11, estima que la Constitución de los Estados Unidos tiene la característica de ser toda escrita; no tiene tradición y es, en todos respectos, un estatuto de amplia y solemne significación decretado en nombre del pueblo, «una expresión de la voluntad legislativa en forma escrita»; pero opone a esta opinión la de Wilson, *Congressional Gov.*, pág. 7, para quien el elemento convencional en la Constitución de los Estados Unidos es ahora tan amplio como en Inglaterra. Garner no acepta este criterio, «pero—dice—negaría que es toda escrita y que no haya en ella nada de tradición y costumbre. Es verdad, por lo demás, que en su mayor parte es escrita, y que lo escrito se contiene en un documento; pero sostener que no esté mezclado el elemento convencional con el escrito, equivale a cerrar los ojos a algunos de los más claros hechos históricos de nuestro desenvolvimiento constitucional.» En su libro *Idées et Institutions américaines* (1922) afirma Garner que si «la Constitución federal se ha desarrollado poco mediante el procedimiento de las enmiendas, sobre todo hasta en los últimos años, ha experimentado una notable evolución merced a la interpretación de los Tribunales, a la costumbre, al uso y a la política», pág. 36. Dicey (página 26, nota), basándose en Wilson, obra citada, y en Bryce, *Le Rép. Amér.*, capítulos XXXIV y XXXV, sostiene la opinión copiada del primero. Brownson, *The*

---

(1) DICEY, pág. 26.

(2) GARNER, *Intr. to Pol. Science*, 1910, pág. 388.

*Amer. Rep.*, pág. 218, citada por Garner, *Intr. cit.*, página 389, nota 2, advierte que la Constitución de los Estados Unidos es escrita y no escrita; hay dos Constituciones en rigor, la del Gobierno y la del pueblo: aquella es una ley ordenada por el pueblo al instituir y organizar el Gobierno; la última es la real o actual del pueblo como un Estado o comunidad soberana. Esta diferenciación de Constituciones debe acogerse con grandes reservas; no cabe quizá una separación tan definida entre las dos formas del Derecho constitucional; ambas se producen y viven íntimamente compenetradas; su diferenciación nos llevaría a la distinción entre Constitución *interna* y *externa* del doctrinarismo, o a la separación entre pueblo y Estado, en el sentido de la concepción del *país legal*, a diferencia del otro—el país—también del doctrinarismo. Constitución escrita y no escrita forman un solo Derecho constitucional. (V. luego lib. II, cap. III, *La Const. de los E. U.*)

12. Es Francia, sin duda, el Estado constitucional que necesariamente se ofrece como en radical contraposición con Inglaterra, en punto, sobre todo, al modo como se ha producido y adoptado el régimen constitucional. Francia ha elaborado siempre sus Constituciones de modo expreso, como obra razonada de convenciones o asambleas; es además formalista, solemne, en sus procedimientos (1). Esto no obstante, el Derecho constitucional francés no se agota en el conjunto de las leyes constitucionales y políticas; se advierte en todo el funcionamiento institucional la acción de la costumbre y de las convenciones y prácticas; las leyes de 1875 han sufrido una adaptación, obra del movimiento espontáneo que genera la gran fuente de la costumbre *interpretativa*, que es la que ha construido la posición y funciones del Presidente y de las Cámaras. «En Francia—escribe Duguit—, en el Derecho constitucional, la costumbre ocupa un lugar menos

---

(1) DICEY, *ob. cit.*, apéndice, nota primera.

importante que en Inglaterra; pero, sin embargo, su dominio no deja de tener una cierta extensión» (1).

13. Es de aplicación, en general, al régimen constitucional español, desarrollado bajo la Constitución de 1876, la doctrina expuesta acerca del valor de la costumbre y de las convenciones y funciones interpretativas. Según la Constitución escrita, el Rey, por ejemplo, tiene el poder ejecutivo; en la práctica ese poder se viene ejerciendo por el Ministerio. El Rey—dice la Constitución—nombra y separa libremente a los ministros; pero en la práctica, esa prerrogativa se ha hecho efectiva con la limitación que supone la necesidad del concurso parlamentario.

14. Considerado histórica y prácticamente el problema de la costumbre en el Derecho constitucional—aun cuando influya en su solución el criterio doctrinal, según que se estime la ley como superior a toda otra forma jurídica, o bien se la reputa como expresión de la costumbre, si la ley ha de ser eficaz—, la tendencia general parece inclinarse a reconocer que el Derecho constitucional se produce bajo forma escrita y no escrita, condensándose en leyes de estructura sistemática—codificada, obra de reflexión y de arte—, o en leyes especiales, o bien en costumbres, usos y prácticas, y en convenciones o inteligencias que permiten una flexible adaptación, a las más variadas condiciones, de principios y fórmulas legalmente rígidas y construídas.

15. La experiencia ha demostrado, dice Garner (ob. cit., pág. 389), la imposibilidad de comprender todos los principios del Derecho constitucional en un docu-

---

(1) Añade DUGUIT, *D. const.*, I (1.<sup>a</sup> edic.), páginas 56-57: «Hay una sección del Derecho público, el Derecho administrativo, en la que la parte de Derecho consignada por la costumbre es considerable, y en la cual el factor esencial de la formación consuetudinaria es la jurisprudencia, y especialmente la de nuestro Consejo de Estado.» (V. luego lib. II, cap. IV.)

mento escrito. Aun siendo posible en los comienzos, la Constitución, se modificará por el desarrollo y la costumbre. El elemento convencional es inevitable, pues, y no puede ser rechazado. Tan general es la doctrina sustentada en el texto, que es bien corriente en las exposiciones sistemáticas de un Derecho constitucional positivo, el que expresamente se consideren las costumbres y todo el elemento convencional como factor esencial en el desarrollo y para la comprensión del mismo. Por vía de ejemplo se puede recordar la posición de algunos expositores del Derecho constitucional italiano, que es *tipo* bien representativo de un régimen político moderno constitucional. Orlando, ob. cit., páginas 40 y 43, desarrolla la teoría de las fuentes del Derecho constitucional como una aplicación a esta rama de la doctrina general, y así distingue: la *legislación*, la *costumbre* (que conserva en el campo del Derecho público una importancia grande, que actúa como *innovadora* y como *derogatoria*) y la *jurisprudencia*. Brunialti estudia de una manera especial el problema de las costumbres en relación con la Constitución, y refiriéndose directamente al Derecho constitucional italiano, estima que la acción de la costumbre en el mismo es manifiesta. «Como las demás leyes—escribe—la Constitución del Estado se transforma *usu exigente et humanis necessitatibus* (Inst., § 2.º, *De jure natur.*, I, 2), porque puede decirse de ella lo que Cicerón de la romana: *nec temporis unius, nec hominis est constitutio reipublicae.*» (*De Republica*, II, I, 31.) Con relación al Estatuto, se añade: «la costumbre, no sólo lo ha desenvuelto y aplicado, sino que en algunos puntos lo ha modificado». (Ob. cit., I, páginas 191 y 195.) Al determinar el profesor Tambaro las fuentes del Derecho constitucional italiano, después de citar el Estatuto fundamental—la Constitución y las leyes especiales, añade: «a estas normas escritas es preciso añadir las costumbres parlamentarias, que sirven para integrar todo el funcionamiento de las instituciones constitucionales». (*Il Dir. cost. ital.*, 1909, pág. 22.)