

CAPÍTULO QUINCE

La Constitución del Estado (1).

Toda asociación permanente necesita de un principio de ordenación conforme al cual se constituya y desenvuelva su voluntad. Este principio de ordenación será el que limite la situación de sus miembros dentro de la asociación y en relación con ella. Una ordenación ó estatuto de esta naturaleza, es lo que se llama una Constitución.

Todo Estado, pues, necesariamente ha menester de una Constitución. Un Estado que no la tuviera, sería una anarquía. El propio Estado arbitrario, en el antiguo sentido, tiene necesidad de ella, tanto cuando se trata de un Estado despótico, como cuando se trata de un comité de salvación pública de índole democrática, del tipo francés de 1793. Es suficiente la existencia de un poder de hecho que mantenga la unidad del Estado para tener el *minimum* de Constitución preciso para la existencia del

(1) Para la historia de las Constituciones, véase Borgeaud, *Etablissement et révision des Constitutions en Amérique et en Europe*, 1893; del mismo, en la Memoria antes citada y aparecida en inglés con el título: *The Rise of Modern Democracy in Old and New England*; Esmein, *Droit constit.*, págs. 404 y sigs.; Foster, *Commentaries on the Constitution of the United States*, I, 1896, págs. 27 y sigs.; Jellinek, *Erkl. der Menschen und Bürgerrechte*; del mismo, *Das Recht der Minoritäten*, 1898, págs. 7 y sigs.

propio Estado; mas por lo común, en los pueblos cultos existe un orden jurídico reconocido en principios de Derecho.

La Constitución de los Estados abarca, por consiguiente, los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción, y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado.

I. Ojeada sobre la historia de las Constituciones.

1. El concepto de la Constitución, en el sentido que le hemos asignado, fué ya fijado por los griegos. Aristóteles distingue entre *πολιτεία*, que era el fundamento del Estado, y las leyes simples, *νόμοι*, que tienen por base esta Constitución. Esta la define Aristóteles como ordenación de los poderes en el Estado. Ella es la que determina cómo se ha de dividir, cuál sea el sitio en que haya de residir el poder supremo y qué fines de la comunidad le han de estar encomendados. Las leyes, por el contrario, son las disposiciones dadas en vista de la Constitución, según las cuales se han de ejercitar por las autoridades las funciones y se han de impedir las transgresiones (1). Conforme á su principio fundamental de que en la forma reside lo esencial de la cosa, considera la Constitución como la esencia del Estado, por lo cual la identidad de éste ha de descansar, en primer lugar, en la identidad de aquélla.

También los romanos distinguen con grande agudeza entre Constitución del Estado y disposiciones legislativas particulares, por grande que pueda ser la significación de éstas para la co-

(1) Πολιτεία μὲν γὰρ ἐστὶ τάξις ταῖς πόλεσιν ἢ περὶ τὰς ἀρχάς, τίνα τρόπον νεμένηται, καὶ τί τὸ κύριον τῆς πολιτείας καὶ τί τὸ τέλος ἑκάστοις τῆς κοινωνίας ἐστίν. νόμοι δὲ κεχωρισμένοι τῶν δηλούντων τὴν πολιτείαν, καθ' οὓς δεῖ τοὺς ἀρχοντας ἀρχεῖν καὶ φυλάττειν τοὺς παραβαίνοντας αὐτούς. Pol. IV, 1289 a, 16 s.

munidad. Para referirse á la Constitución, tienen ellos la expresión técnica *rem publicam constituere*. El poder de modificar la Constitución ha sido atribuído, en los momentos culminantes de la historia romana, á magistrados extraordinarios con poder constituyente, los cuales reunían en sí de hecho el poder ilimitado de la comunidad (1).

Estas relaciones antiguas han llegado á ser de grande importancia para las concepciones modernas de la naturaleza de la Constitución del Estado. Sobre ellas se basan las ideas acerca del valor que tienen los principios constitucionales del Estado frente á las instituciones que se han desenvuelto ya de acuerdo con estos principios. Esta idea existe, incluso en aquellas naciones que no establecen una oposición desde el punto de vista formal jurídico entre las leyes sencillas y las leyes constitucionales. El concepto de Constitución ha sido reconocido en la antigüedad primeramente en su sentido material. Sobre el conocimiento y reconocimiento de las relaciones romanas descansa la idea de un poder constitucional ilimitado, poder que exclusivamente compete á la colectividad soberana de los ciudadanos, y que ha de ser ejercitado por ésta libremente. Esta idea fué divulgada por la escuela del Derecho Natural, especialmente por Puffendorf (2), Locke (3) y Wolff (4), y halla

(1) Véase Mommsen, *Abriss des römischen Staatsrechts*, 1893, pág. 88. De esta expresión *rem publicam constituere* procede el vocablo *constitución*, tan comúnmente usado desde el siglo xviii para expresar constitución política.

(2) *De jure naturae et gentium*, VII, 2, § 8. Lo que en primer lugar llevan á cabo los fundadores del Estado, es el *pactum unionis*, y más tarde el pueblo, así formado, publica el decreto sobre la forma *regiminis*.

(3) Ob. cit., II, 8, 95 y sigs.

(4) *Jus naturae*, VIII, § 815. *Potestatis legislativae non subsunt leges fundamentales*.

su aplicación práctica, por vez primera, en los Estados Unidos, y después en la Revolución francesa, al propio tiempo que su expresión teórica en la doctrina del *pouvoir constituant*, en el cual tienen todos los poderes del Estado su punto de arranque. Los efectos de esta doctrina se dejan sentir aún en la actualidad.

Mas, por frecuente que fuera en los antiguos la concepción de una Constitución, no es común la exigencia de considerarla como un instrumento al cual debiera atribuirse un valor superior al de las restantes leyes. Como todas las demás, así también algunas leyes constitucionales particulares han sido objeto de redacción. Pero en ninguna parte se ha llegado á redactar un documento formal sobre los fundamentos de la organización del Estado.

La redacción del Derecho de una comunidad comienza á ser necesaria cuando este Derecho es ó concedido ó confirmado por un poder exterior. Por esto hallamos ya en Roma, transcrito en las *leges datae*, la autonomía que concedía el Estado dominante á las comunidades sometidas. En la Edad Media se escribe el derecho de las ciudades, corporaciones, iglesias y señores, porque era una concesión que les hacía una autoridad superior á ellas. Escribir los derechos que uno tiene con respecto á sí mismo, carece de sentido; el hecho de escribirlos supone más bien, uno que lo concede y otro que lo recibe. El ejemplo, citado tan á menudo, de las leyes constitucionales de la Edad Media, considerado más de cerca, no es sino una cuestión jurídica suscitada entre dos personas independientes una de otra, y á esta relación le es más propio el carácter de contrato que el de ley; en lo cual se pone de manifiesto, de una manera muy expresiva, el dualismo jurídico del Estado de la Edad Media. Por esto se consignaban por escrito. Las leyes sólo muy rara vez se promulgaban en dicha época; pero los contratos necesitaban ser escritos *in perpetuam rei memoriam*.

Ambas concepciones influyen en el origen de las constituciones modernas: redacción de los derechos de los súbditos con relación al señor que está sobre ellos, y contrato entre el príncipe y el país. Según las concepciones populares, están aquí mezclados de una manera peculiar el acto jurídico unilateral y bilateral.

2. Ante todo, hemos de estudiar los orígenes del concepto moderno de Constitución, de la Constitución escrita, esto es, de la Constitución en sentido formal.

Bajo el influjo de la doctrina aristotélica (1) encuéntrase ya la concepción del *dominium politicum*, ó sea de la autoridad limitada por la Constitución, como opuesta al *dominium regale* (2). En el siglo xvi aparece por vez primera el concepto de ley fundamental, *lex fundamentalis* (3). La *lex fundamentalis* tiene una fuerza superior á las demás leyes. El propio rey está obligado respecto de ella, y no la puede modificar por sí solo. En la época de Enrique IV, declaró en Francia Loyseau que las «*lois fondamentales de l'Etat*» constituyen una limitación estricta del

(1) La oposición entre *πολιτικόν* y *βασιλικόν* hállase ya en las primeras líneas de la *Politica*, pág. 1.252, 8.

(2) Véase Fortescue, *De laudibus legum angliae*, ed. Amos, Cambridge, 1825, cap. XXXVII, pág. 246; y del mismo, *Über die Regierung Englands*, traducido y editado por Parow, 1897 (Brentano-Leser, *Sammlung älterer und neuerer staatswissenschaftlicher Schriften*, núm. 10), pág. 17 y sigs., donde *dominium regale* y *dominium politicum et regale*, se oponen uno á otro.

(3) Probablemente aparece con los monarcómacas. Véase Treumann, *Die Manorchomachen* (Jellinek-Meyer, *Abhandlungen*, I, 1.), pág. 77, núm. 5. La palabra *fundamentalis* no se encuentra en Ducange-Henschel; sobre la historia del concepto de una ley fundamental, véase W. Rothschild, *Der Gedanke des geschriebenen Verfassung in der englischen Revolution*, 1903, págs. 6 y siguientes.

poder del rey (1). En Inglaterra, Jacobo I es quien habla por vez primera de *fundamental laws*, la cual considera como derecho divino (2). En la época de su hijo desempeña el concepto de ley fundamental un gran papel, en las luchas parlamentarias. El conde de Strafford fué acusado y juzgado porque quiso cambiar las leyes fundamentales de la monarquía (3). En el Derecho Público alemán se conoce el concepto de la ley fundamental desde la paz de Westfalia (4).

Este concepto de ley fundamental no fué definido por nadie, por lo cual pudo decir Hobbes, en 1651, que no había hallado en parte alguna una explicación de esta expresión ley fundamental (5). Una distinción jurídica que permita diferenciar las leyes fundamentales de las leyes simples, no parece que se había encontrado.

La concepción de ley fundamental va, pues, unida de un modo especial á la antigua del contrato constitucional entre el rey y el país, especialmente en Inglaterra, donde la concepción

(1) Ob. cit., pág. 26.

(2) Prothero, *Select statutes and other constitutional documents illustrating of the reign of Elizabeth and James*, I, 1894, pág. 400.

(3) «For endeavouring to subvert the ancient and fundamental laws and government of His Majesty's realms of England and Ireland»; Gardiner, *The constitutional documents of the puritan Revolution*, 1889, pág. 85. Durante la discusión del *Bill* en la Cámara Baja, preguntó un miembro de ésta qué eran las leyes fundamentales. A lo que le hubieron de contestar, que si no sabía esto no tenía *business to sit in the House*; Gardiner, *The fall of the Monarchy of Charles I*, II, 1882, pág. 140.

(4) J. P. O.; VIII, 4. «De caetero omnes laudabiles consuetudines et Sacri Romani Imperii constitutiones et leges fundamentales, imposterum religiose serventur.»

(5) *Leviathan*, cap. XXVI, pág. 275: «Y could never see in any author what a fundamental law signifieth.» En la edición latina de sus obras no existe esta frase.

medieval de las relaciones contractuales entre *rex* y *regnum* han permanecido muy vivas á causa de las innumerables confirmaciones de los derechos y libertades por la corona (1). Con esto se enlaza una serie de cuestiones muy varias.

Mediante la transmisión de la doctrina calvinista de las comunidades eclesiásticas al Estado, y de la aplicación de la doctrina bíblica de la alianza entre Dios y su pueblo, nace entre los puritanos independientes la concepción de que la comunidad cristiana, así como el Estado, descansan sobre su *covenant*, sobre su contrato social, que necesita ser llevado á cabo con unanimidad por todos los miembros de la comunidad (2). Esta concepción fué llevada á la práctica inmediatamente, pues los colonos americanos acuerdan un contrato para la colonia, mediante el cual se prometen mutuamente fundar una comunidad, instituir la autoridad y obedecer á ésta. Este contrato lo suscriben todos los hombres adultos en nombre propio y en el de sus familias. El más célebre entre todos los antiguos llevados á cabo de este modo es el de los *Pilgrinfathers*, á bordo del barco «Flor de Mayo», en 11 de Noviembre de 1620, previa la fundación de «New Plymouth». De mucha mayor importancia es la *Fundamental Orders of Conneticut*, llevada á cabo por los puritanos de Massachussets (1639), en la cual, en forma de un contrato solemne, se ofrece una detallada constitución del Estado. En la propia Inglaterra ejerce un grande influjo político en esta época, la teoría del contrato social, formulada expresamente.

(1) Jellinek, *Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte*, páginas 30 y sigs.

(2) Véase *Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte*, páginas 35 y sigs.; Walker, *A history of the Congregational Churches in the United States*, 1894, págs. 25 y sigs., 66, etc.; Rieker, *Grundsätze reformierter Kirchenverfassung*, 1899, págs. 73 y sigs.; Gardiner, *Const. Docum.*, págs. 54 y sigs.

En el curso del movimiento revolucionario (1647), el Consejo de guerra de Cromwell, bajo la dirección de John Lilburne é Ireton, jefes de los igualitarios, elabora una Constitución de Inglaterra, el contrato popular, el *Agreement of the People*, que más tarde hubo de ser sometido al Parlamento en forma distinta, y que debía ser propuesto al pueblo inglés para que lo subscribiese (1). En este contrato fundamental se distingue perfectamente entre principios fundamentales y no fundamentales. Aquéllos los forman los derechos inalienables de la nación misma, y á los cuales no puede tocar el Parlamento, que sólo posee un poder limitado (2).

La decisión entre los derechos del Parlamento y los del pueblo, tan peculiar á la Constitución de los Estados americanos, aparece aquí por vez primera (3). Este primer ensayo de Inglaterra para llegar á tener una Constitución escrita, muestra claramente cuál es el punto de partida de un empeño de esta naturaleza. El contrato fundamental había de constituir para los Estados la base inmutable que formaban los *covenants* para la

(1) El proyecto primitivo lo ha publicado Gardiner, *History of the great civil war*, III, 1891, págs. 607 y sigs.; en parte también puede encontrarse en Foster, I, págs. 49 y sigs.; el texto definitivo en Gardiner, *Constitutional Documents*, págs. 207 y siguientes; sobre la figura interesante de Lilburne y el *Agreement*, véase Gardiner, *History*, III (especialmente las págs. 219 y sigs.); Bernstein, *Geschichte des Sozialismus*, I, 2, 1895, págs. 533 y sigs., 560 y sigs., 608 y sigs.; Foster, I, págs. 46 y sigs. Las investigaciones más recientes acerca del *Agreement*, en Rothschild, obra citada, pág. 62 y sigs.

(2) Véanse los cinco principios que van colocados en el proyecto, después del art. 4.º. En el texto definitivo no se habla de un modo expreso de los derechos que el pueblo se hubiera reservado; pero en el párrafo octavo se enumeran seis puntos que habían de sustraerse á las decisiones del Parlamento.

(3) Véase Gardiner, *History*, pág. 224.

Iglesia; mas los contratos solemnes se acostumbraba, por lo común, á hacerlos por escrito. De aquí que, siendo la Constitución un contrato solemne sobre el que descansaban los derechos y deberes de todos los miembros del Estado, debía hacerse por escrito. Es muy significativo, para comprender el proceso de ideas que han dado origen á estas manifestaciones, el hacer notar que durante las deliberaciones acerca de esta cuestión, y á consecuencia de la idea democrática que radica en su fondo, exigióse por vez primera el derecho de sufragio universal é igual para todos, para la elección del Parlamento (1).

En este momento muéstrase por vez primera con necesidad lógica esta idea: que la Constitución, que forma el contrato fundamental, es una ley superior á las que sobre este contrato se fundan.

La necesidad de una Constitución se muestra poco tiempo después, desde otros puntos de vista. El antiguo orden de cosas había sido transformado por la revolución, y el nuevo sólo era un orden de hechos, ó más bien, no tenía sino un carácter provisional. En el interés de los nuevos tenedores del poder público estaba el hacer de él un orden permanente. Por esto declara Cromwell—no obstante rechazar el supuesto del contrato del pueblo por mediación del Parlamento—, que en todo Estado es preciso algo fundamental análogo á la Carta Magna, permanente é incambiable (2); después, en 1653, intentó establecer

(1) Véanse los debates entre Ireton y Rainborow (Rainsborough) en *The Clarke Papers* (editado por la *Camden Society*), I, 1891, págs. 300 y sigs. El discurso de Rainborow contiene todos los argumentos esenciales de que se ha hecho uso después para defender el sufragio universal.

(2) «In every Government there must be Somewhat fundamental, Somewhat like a Magna Charta, which should be standing, be unalterable.» Carlyle, *Oliver Cromwell, Letters and Speeches*, 2.ª ed., III, 1846, *Speech*, III, 12 Sept. 1654, pág. 67.

el *Instrument of Government*, primera y única carta constitucional que ha tenido Inglaterra como ley fundamental del Estado inglés (1). En él están delimitadas las facultades de protector, del Consejo de Estado y del Parlamento, y hasta están allí determinados algunos de los derechos fundamentales del *Agreements*. No sin oposición se logró hacerlo reconocer, aun cuando más tarde hubo de sufrir distintas modificaciones; y esto es lo único que se puede decir de la Constitución escrita de Inglaterra, lo cual es tanto más admirable cuanto que la idea de una Constitución escrita ha nacido en el Estado, que precisamente hasta hoy no ha tenido ninguna.

Mas ¿en qué se muestra la fuerza superior del contrato constitucional? En virtud de su propiedad de contrato necesita llevarse á cabo con acuerdo unánime, y sólo podrá ser modificado igualmente por unanimidad. La consecuencia primera de esta concepción del contrato fundamental es el rechazar el principio de las mayorías, lo cual aparece tan natural al pensamiento político de aquella época, nimbado todo él de religiosidad, cuanto que el sometimiento á una mayoría se opone completamente á la convicción del protestantismo, de que es preciso rechazar toda autoridad exterior. La democracia de aquellos días, ineducada aún prácticamente, no ha hecho ensayo alguno por fijar una clase de mayoría que pudiera llevar á cabo las modificaciones de la Constitución.

3. La teoría del Derecho Natural es la primera que acomete la investigación del problema de las leyes fundamentales en todos sus aspectos. Es evidente que Inglaterra fué también la primera en llevar á cabo este orden de explicaciones. La doctrina popular del contrato social es acogida por Hobbes y sobre ella funda su teoría de la doctrina del Estado, teoría

(1) Reimpreso por Gardiner, *Const. Docum.*, págs. 314 y sigs.

enteramente en contradicción con las exigencias democráticas. Hobbes acepta la expresión de ley fundamental, y la define como aquella ley que, de ser suprimida, destruiría el cuerpo del Estado y le haría caer en la anarquía (1). La ley fundamental se identifica, por tanto, con el contrato sobre el cual se funda el Estado, así como con las consecuencias que se desprenden inmediatamente del mismo. Este contrato, que se lleva á cabo con asentimiento unánime, es, por consiguiente, inalterable en tanto que el Estado haya de subsistir como tal. En el contrato social va contenida la cláusula de someterse á aquel príncipe que designe la mayoría (2). Locke formula esta misma idea en un sentido democrático, al afirmar que en el contrato fundamental va determinada la obligación de considerar la voluntad de la mayoría como voluntad propia (3). Por consiguiente, en Inglaterra se reconoce, como correspondía á las circunstancias históricas, el principio de la mayoría para toda clase de leyes, y no se admite la distinción práctica entre leyes constitucionales y leyes simples.

De otro modo se conduce la teoría del Derecho Natural en Alemania. Puffendorf atenúa la doctrina de Hobbes y dice: que sólo aquel que ha suscrito de un modo incondicional el contrato de unión, está obligado á reconocer el *decretum* promulgado por una mayoría acerca de la forma de la Constitución; pero si no lo hubiera hecho así, entonces la Constitución le obligará únicamente en tanto que le otorgue su conformidad. Y si rechaza el prestársela, se coloca en la situación del estado de naturaleza. Inmediatamente después Böhmer (4), Wolff (5)

(1) *Leviathan*, cap. XXVI, págs. 275 y sigs.

(2) *De cive*, V, 8; *Leviathan*, XVIII, pág. 159.

(3) II, cap. VIII, 96, 99.

(4) *Jus. Pub. univ. pars. spec.*, I, 5, § 31 y sigs., pág. 292 y sigs.

(5) Ob. cit., VII, § 815 y sigs.

y otros transformaron el concepto de ley fundamental de un modo peculiar. No como ley constitucional exclusivamente, sino como limitación del poder del príncipe por el pueblo, es como la interpretan estos autores del Derecho Natural. De suerte que la teoría posterior, que identifica la Constitución con la Constitución constitucional (*konstitutio nelle Verfassung*), esboza á ésta en sus principales rasgos. Si se reflexiona sobre lo mucho que se ha extendido especialmente la doctrina de Wolff, resultará esta conexión, tanto más comprensible cuanto que las conocidas observaciones de Montesquieu sobre la Constitución inglesa, de ningún modo afirman que el Estado que se edifica sobre el principio de la división de poderes sea el único Estado constitucional.

Esta ley fundamental llega á ser considerada como una norma superior al legislador, y susceptible de ser cambiada por una decisión del pueblo á la que preste el rey su consentimiento. Esta idea fué ampliamente desenvuelta por el discípulo de Wolff, E. de Wattel, cuya obra sobre el Derecho Internacional llegó á pesar mucho en el mundo culto del siglo XVIII. Este autor distingue con mucha decisión entre poder legislativo y poder constituyente. Por lo común, dice, las minorías se han de someter á las mayorías cuando se trata de modificar la Constitución; pero cuando se hubiera de cambiar la forma misma del Estado por una decisión de la mayoría, entonces quedaría libre la minoría para separarse del Estado, esto es, para emigrar (1).

Es muy peculiar en Rousseau la actitud que adopta respecto á este problema. Rechaza sin duda alguna toda ley fundamental para el soberano, ya que la voluntad general no puede obli-

(1) *Le Droit des gens*, I, cap. III, § 30, 33.

garse á sí misma (1). De acuerdo con su principio de que el individuo permanece libre dentro del Estado, porque su voluntad forma parte de la voluntad general como un elemento constitutivo de ésta, y cada hombre, por tanto, sólo está sometido á su propia voluntad, necesitaría exigir que todas las leyes se considerasen iguales, exigiendo igualmente para todas la unanimidad. En realidad, quiere mantener el *liberum veto* de los polacos, en lo que se refiere á los fundamentos de la Constitución; aceptada por unanimidad, sólo por unanimidad, pueden cambiarse también estas leyes (2). Para la legislación corriente debe bastar la mayoría, que será mayor ó menor según la importancia del objeto que se ventila (3).

A los que en tales casos se quedan en minoría, no se les considera vencidos, sino equivocados más bien, respecto al contenido de la voluntad general (4). Sólo el contrato social exige la unanimidad por su propia naturaleza (5). Es claro que sólo pue-

(1) *Contrat social*, I, 7.

(2) *Considerations sur le gouvernement de Pologne*, cap. IX. «Par le droit naturel des sociétés, l'unanimité à été requise pour la formation du corps politique et pour les lois fondamentales qui tiennent à son existence... Or l'unanimité requise pour l'établissement de ces lois doit l'être de même pour leur abrogation. Ainsi voilà des points sur les quels le *liberum veto* peut continuer de subsister.» (*Œuvres complètes*, París, 1865, V, pág. 270.)

(3) *Contrat social*, IV, 2. «Plus les délibérations sont importantes et graves, plus l'avis qui l'emporte doit approcher de l'unanimité.»

(4) «Quand donc l'avis contraire au mien l'emporte, celane prouvé autre chose sinon que j'e m'étais trompé et que ce que j'estimais être la volonté général ne l'était pas.» Lugar citado.

(5) L. c. «Il n'y a qu'une seule loi qui, par sa nature, exige un consentement unanime; c'est le pacte social.»

de haber hecho nacer una doctrina como ésta, que impide toda modificación en la Constitución, la falta de experiencia en el autor. Dado el influjo que ha ejercido Rousseau, esta doctrina ha tenido una gran importancia para cuanto hace relación al poder y santidad de las leyes constitucionales.

4. La concepción de la ley fundamental escrita, esto es, de la Constitución, alcanza por vez primera una significación práctica é independiente de la doctrina del Derecho Natural, en las colonias americanas de Inglaterra.

Estas colonias, si son de la corona, reciben de los reyes de Inglaterra, y si no (como sucedió con la Carolina del Norte y Pensilvania) de sus señores, cartas de libertad, privilegios, en los que se consignan los principios fundamentales de su gobierno y organización administrativa. Muchas de estas cartas sólo contienen la confirmación de la Constitución que se habían dado con anterioridad los propios interesados. Así, por ejemplo, la *Fundamental Orders* de Connecticut apareció bajo la forma de un contrato llevado á cabo entre los colonos, y fué la base de la carta que concedió á la colonia Carlos II (1), carta que fué confirmada por el pueblo en 1776 como Constitución del Estado libre y sustituida más tarde, por vez primera en 1818, mediante una nueva Constitución. De igual modo Rhode-Island, fundada con anterioridad por Roger Williams sobre la base de un contrato de colonización, recibió su Constitución en 1663 de Carlos II, y en ella se confirma la organización ya existente. Esta Constitución ha subsistido hasta 1842. Las cartas de estos dos Estados particulares americanos son las Constituciones escritas más antiguas que se conocen en el sentido que se da hoy

(1) Véase Gourd, *Les Chartes coloniales et les Constitutions des Etat-Unis*, 1885, I, pág. 103 y sigs.

á este vocablo (1). De las cartas de colonias pertenecientes á particulares, las principales son las concedidas por Williams Penn, en 1682, 1687 y 1701, sobre la base de los plenos poderes y de la propiedad que le había otorgado la corona, á la que hubo de designar, conforme al nombre de su padre, Pennsylvania. Estas constituciones se dieron de conformidad con representantes de estas colonias, quienes asintieron á los principios que en ellas se contenían (2). Al surgir la revolución americana, las trece colonias tenían ya cartas de este tipo cuyos precedentes es preciso ir á buscar en la Edad Media. Nacidas de privilegios comerciales, se proponen como objetivo regular las nuevas relaciones políticas (3). En ellas, y especialmente en aquellas dos en que el contenido estaba fijado por el pueblo, se muestran las dos ideas históricas sobre que descansan las constituciones escritas, á saber: el contrato fundamental de los miembros del Estado y el de una concesión derivada de un poder superior. Frente á la madre patria, aparecen estos documentos exclusivamente como garantías unilaterales de la corona ó de los propietarios autorizados para ello por la corona. Según la concepción de los americanos, estos documentos crean corporaciones que adquieren una personalidad substantiva frente á las del Estado dominante y cuyo derecho sólo puede hallar su limitación en el del imperio. De este modo, el dualismo entre comunidad superior y subordinada se encuentra expresado ya en estas constituciones escritas, dualismo que probablemente tiene un nexo histórico con el del Estado de la Edad Media.

(1) Véase el texto en Poore, I, pág. 249 y sigs.; II, pág. 1.596 y siguientes.

(2) Véase Poore, II, pág. 1.523 y sigs.; Gourd, I, pág. 165 y siguientes.

(3) Véase Bryce, *American Commonwealth*, I, pág. 427 y siguientes.

A causa de las débiles relaciones en que se encuentran las colonias con la madre patria, aparece cada vez más vigorosamente y llena de sentido la idea de que la Constitución no es sino el resultado de un contrato entre los ciudadanos, é incluso sirve éste de base á algunas Cartas particulares; en cambio decrece la importancia que se daba á la concesión por un poder superior. La trascendencia de esta concepción democrática la acentúa las circunstancias que rodean los comienzos de la obra de cultura de los colonos. En un principio eran muy pocos los emigrantes, y muy grande el territorio en que estaban esparcidos; por lo común, vivían con su familia en una situación que les había de sugerir la idea de un Estado de naturaleza preestatista, y cuando se reúnen para deliberar acerca de cuestiones comunes, creen ellos que salen de aquel estado de naturaleza por un acto libre de su voluntad para entrar en un régimen de Estado. De este modo se mezcla la doctrina político-eclesiástica del *covenants* como fundamento del Estado, con la del Derecho Natural, tan divulgada por la literatura, y se engendra la concepción de que la naturaleza del Estado descansa sobre la base de una Constitución nacida de la voluntad del pueblo. Mediante esta Constitución, el poder que vive por entero y potencialmente en el pueblo se reparte entre distintos órganos para que éstos lo ejerciten. En la época colonial estos órganos son en general los mismos, á saber: una asamblea legislativa, un gobernador elegido ó nombrado por la Corona ó por los propietarios de la colonia y además jueces de paz y otros tribunales, según el modelo inglés. La asamblea legislativa no tiene nunca una situación superior á la ejecutiva, como sucede en Inglaterra. El veto del gobernador tiene realidad, en tanto que en la madre patria cae en desuso. Las legislaturas sólo tienen limitado su poder legislativo en cuanto las leyes británicas y las Cartas coloniales le son dadas como inmutables, y toda ley que rebá-

sase estos límites podía ser anulada por el *Privy council* (1). De este modo prepáranse ya en estas Cartas los principios fundamentales de las Constituciones futuras, especialmente, el principio de la separación de los poderes legislativo y ejecutivo, así como este otro: que la Carta, tanto desde el punto de vista del Derecho Natural, cuanto según el Derecho Positivo, es una norma superior que obliga al legislador. Ambas ideas constituirán más tarde las bases de las Constituciones, y serán aceptadas en Europa por la Francia revolucionaria. La división de los poderes como principio constitucional y la Constitución como un poder que queda fuera de la acción normal legislativa, son ideas que surgen por necesidad histórica en el suelo de las colonias americanas.

En el año 1776 las colonias independientes se transforman en Estados, y en virtud de la plenitud de los poderes que habían alcanzado, publican en éste y en los años que siguen Constituciones basadas en el principio de la soberanía popular y de la división de poderes, ó bien transforman sus Cartas en Constituciones. Por lo común, éstas son elaboradas y publicadas por asambleas constituyentes, pero en aquella época se deja sentir ya en algunos Estados la antigua idea del *covenants* y del contrato social, según la cual la Constitución debería ser propuesta á la aceptación de los ciudadanos, reunidos en el *town meetings* (2). Este principio se llevó á la práctica por vez primera en Massachusetts y New Hampshire, y en el transcurso del siglo XIX se extiende á un gran número de antiguos y nuevos Estados particulares de la Unión.

En estas Constituciones de la primera época de la indepen-

(1) Foster, I, pág. 32 y sigs.

(2) Borgeaud, *Etablissement et révision des Const.*, pág. 167 y siguientes.