

## COSTUMBRES Y CONVENCIONES CONSTITUCIONALES

I.	Las costumbres constitucionales . . . . .	247
II.	Las convenciones constitucionales . . . . .	250

# COSTUMBRES Y CONVENCIONES CONSTITUCIONALES\*

## I. LAS COSTUMBRES CONSTITUCIONALES

Se dicen constitucionales a aquéllas costumbres que se instauran por obra de los órganos constitucionales en sus recíprocas relaciones.<sup>1</sup>

Según una autorizada doctrina, son rasgos caracterizantes de tales costumbres el hecho de tener, a veces, estructura *discontínua*<sup>2</sup> y contenido “*facultizante*”.<sup>3</sup>

Sobre todo en materia constitucional, son muy infrecuentes las costumbres, de una estructura discontinua, cuyo significado nor-

\* Traducción de María Bono López. Revisión técnica de Manuel Ferrer Muñoz. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

1 A este propósito, Esposito, C., “Consuetudine (diritto costituzionale)”, *Encyclopedie del diritto*, Milán, 1961, t. IX, pp. 456 y ss; *Id.*, “La consuetudine costituzionale”, en varios autores, *Studi in onore di Emilio Betti*, Milán, 1962, vol. I, pp. 95 y ss.; Tesauro, A., “La consuetudine costituzionale e le norme di correttezza costituzionale”, en varios autores, *Scritti giuridici in memoria di Vittorio Orlando*, Padua, 1957, vol. II; Rescigno, G. U., *Le convenzioni costituzionali*, Padua, 1972, pp. 118 y ss.; Zagrebelsky, G., “La formazione del governo nelle prime quattro legislature repubblicane”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1968, pp. 804 y ss.; *Id.*, *La consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Turín, 1970; Rossano, C., *La consuetudine nel diritto costituzionale*, I: *Premesse generali*, Nápoles, 1992; Paladin, L., *Le fonti del diritto italiano*, Bolonia, 1996, pp. 399 y ss.

2 Por lo demás, en materia constitucional —se piensa—, poquísimos “precedentes” bastan para formar una costumbre.

3 En el caso de las costumbres de contenido no imperativo, sino “*facultizante*”, la llamada *opinio iuris* puede ser deducida de la “falta de un serio rechazo, incluida la producción de las consecuencias jurídicas que el comportamiento... de los sujetos actores se proponía producir” (Crisafulli, V., *Lezioni di diritto costituzionali*, II: *L'ordenamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte Costituzionale*, 5a. ed., Padua, 1984, p. 163).

mativo es simplemente ‘permitir’ el ejercicio de poderes que ellas mismas confieren a ciertos sujetos (es decir, poderes inexistentes con anterioridad, o incluso desconocidos —al menos, implícitamente— por disposiciones escritas de los textos constitucionales y legislativos...<sup>4</sup>

Es preciso añadir que, en materia constitucional,<sup>5</sup>

...a menudo es muy difícil (y a veces hasta imposible) establecer que determinadas prácticas son costumbres (y, por tanto, fuentes del derecho) o quedan en la fase de simples usos de hecho (“convenciones” constitucionales, reglas de “formalidad”, usos interpretativos, etcétera): privados —según como se piensa comúnmente— de eficacia normativa en comparación con las normas sobre las fuentes del ordenamiento vigente.<sup>6</sup>

Se duda acerca de la posición de las normas consuetudinarias en el ámbito del derecho constitucional.<sup>7</sup> En verdad, la mayor parte de la doctrina piensa que la costumbre (*praeter constitutio-nem*) desempeña un papel legítimo de integración de la Constitución, a menudo con lagunas,<sup>8</sup> y que, incluso, las costumbres constitucionales producen normas de rango constitucional;<sup>9</sup>

4 *Ibidem*, p. 157. Crisafulli aduce como ejemplo la práctica de nombrar a uno o más vicepresidentes del Consejo; la práctica de nombrar ministros sin cartera; la práctica según la cual el gobierno puede hacer depender la confianza de proyectos de ley; la práctica según la cual las cámaras pueden ordenar al gobierno que recoja el parecer de comisiones parlamentarias para el ejercicio de sus tareas legislativas. *Cfr.* también Zagrebelsky, G., *La consuetudine...*, *cit.*, nota 1, pp. 46 y ss.

5 Si se conviene con la doctrina dominante en que la costumbre no ocupa una posición precisa en la jerarquía de las fuentes, entonces puede hablarse de costumbres constitucionales “sólo *ratione materiae*, en cuanto se trata de reglas en materias constitucionales” (Rescigno, G. U., *op. cit.*, nota 1, p. 118).

6 Crisafulli, V., *op. cit.*, nota 3, p. 159.

7 Es dudoso, por otro lado, que existan costumbres constitucionales fuera del derecho parlamentario: *cfr.* Rescigno, G. U., *op. cit.*, nota 1, p. 121; pero véanse los ejemplos propuestos por Paladin, L., *op. cit.*, nota 1, pp. 406 y ss.

8 Véase la enorme casuística ilustrada por Paladin, L., *op. cit.*, nota 1, pp. 405 y ss.

9 *Cfr.*, por ejemplo, Sorrentino, F., *Le fonti del diritto. Appendice sulla legge 23 agosto n. 400 (artt. 14-17)*, Génova, 1990, p. 152.

como tales, no modificables ni derogables por obra de los mismos sujetos que las han puesto en vigor.

Se piensa por eso que las normas derivadas de costumbres constitucionales pueden ser hechas valer por la Corte Constitucional, cuando menos en el juicio sobre conflictos de atribución entre los poderes del Estado.<sup>10</sup>

Algunos, en realidad, piensan que la Corte Constitucional puede dar aplicación a normas consuetudinarias también en los juicios de legitimidad constitucional sobre leyes y actos equiparados.<sup>11</sup> Lo que es, sin embargo, muy discutible a la luz del artículo 23, párrafo I, de la Ley 87/1953 —el cual exige que por cada cuestión de legitimidad constitucional se indiquen “las disposiciones de la Constitución o de las leyes constitucionales que se asumen violadas”—<sup>12</sup> desde el momento en que las normas consuetudinarias carecen evidentemente de disposición.

En cuanto a la ubicación de la costumbre constitucional en el sistema de las fuentes, conviene, sin embargo, advertir dos cosas. En primer lugar, debe subrayarse que la Constitución italiana vigente no contiene ningún reenvío a la fuente consuetudinaria. En segundo lugar, debe recordarse que la Constitución vigente es una Constitución rígida. Estas sencillas observaciones llevan por sí solas a concluir que:

1. En el ordenamiento vigente, en ausencia de reenvíos constitucionales a normas consuetudinarias, simplemente no existe una costumbre *secundum constitutionem*.<sup>13</sup>

10 Véase en tal sentido la sentencia de la Corte Constitucional 129/1981: “la disciplina dictada por las normas constitucionales escritas no está en absoluto acabada; respecto a las peculiares posiciones de los mismos órganos, se han afirmado, por lo tanto, principios no escritos, que se manifiestan o se consolidan a través de la repetición constante de comportamientos uniformes (o, en cualquier caso, regidos por criterios comunes, en situaciones idénticas o análogas): vale decir, en la forma de verdaderas y propias costumbres constitucionales”. Sobre la justiciabilidad de las costumbres constitucionales, véase Paladin, L., *op. cit.*, nota 1, pp. 409 y ss.

11 *Ibidem*, p. 411.

12 Por el contrario, el artículo 37, párrafo I, de la Ley 87/1953 exige que los conflictos de atribución entre los poderes del Estado tengan por objeto la esfera de atribución determinada por los diversos poderes, por “normas” (no por disposiciones) constitucionales.

13 A menos que se incluyan en esta categoría las costumbres interpretativas.

2. En el ordenamiento vigente, no es admisible en ningún caso una costumbre *contra constitutionem*.<sup>14</sup>

3. Tampoco, en ningún caso, una costumbre *praeter constitutionem* puede operar como fuente legal, sino sólo como fuente *extra ordinem*, en virtud del principio de efectividad.<sup>15</sup>

## II. LAS CONVENCIONES CONSTITUCIONALES

Las convenciones constitucionales pueden equipararse a las costumbres constitucionales. La expresión “convención constitucional” designa una especie de convenio o acuerdo —tácito las más de las veces (y, por eso mismo, según algunos, ficticio)— entre los titulares de los órganos constitucionales (y/o entre las fuerzas políticas).<sup>16</sup>

De tales acuerdos nacen reglas de comportamiento,<sup>17</sup> no escritas, destinadas a:

14 Cfr. Paladin, L., *op. cit.*, nota 1, pp. 400 y ss. El carácter rígido de la Constitución excluye la admisibilidad de costumbres modificativas o abrogativas de —es decir, incompatibles con— normas constitucionales (escritas). Sin embargo, para que se decida que una norma consuetudinaria dada es incompatible con la Constitución es preciso, previamente, interpretar la Constitución misma. De manera que, a partir de la interpretación que se haga, a alguno podrá parecerle como norma consuetudinaria inconstitucional aquello que a otros les parece, simplemente, “derecho (constitucional) ‘viviente’”.

15 Su importancia en el derecho constitucional ha sido repetidamente subrayada por Paladin (p. 240): “sabemos... cuánto peso tiene, en materia constitucional, el principio de efectividad y cómo a menudo, precisamente ante objetos no regulados de forma completa por los textos (o regulados de modo equívoco), se forman ‘convenciones’ entre los operadores políticos de vértice, que son susceptibles de consolidarse como verdaderas y propias costumbres”.

16 A este propósito: Rescigno, G. U., “Le convenzioni della Costituzione”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1969, pp. 1038 y ss.; *Id.*, *Le convenzioni...*, *cit.*, nota 1, *Id.*, *La responsabilità politica*, Milán, 1967, pp. 7 y ss.; Bartole, S., “Le convenzioni della Costituzione tra storia e scienza politica”, *Il Politico*, 1983, pp. 251 y ss.; Crisafulli, *op. cit.*, nota 3, pp. 168 y ss.; Zagrebelsky, G., *Manuale di diritto costituzionale*, I: *Il sistema delle fonti del diritto*, Turín, 1991, pp. 259 y ss.; Paladin, L., *op. cit.*, nota 1, pp. 399 y ss.

17 Rescigno, G. U., *Corsso di diritto pubblico*, 3a. ed., Bolonia-Roma, 1990, p. 446: las convenciones “a) son reglas, esto es, criterios de comportamiento seguidos por los sujetos interesados en determinadas circunstancias...; b) no son coercibles, esto es, se fundan exclusivamente sobre el consenso y el acuerdo de los sujetos interesados; por esta razón, no son reglas jurídicas del Estado...; c) sin ser reglas jurídicas del Estado, tales reglas forman parte integrante del mecanismo constitucional”.

1. Bien interpretar las disposiciones constitucionales (con el efecto, algunas veces, de eludirlas).

2. Bien para integrarlas (en cualquiera de los sentidos de esta palabra), colmando de paso las lagunas de la Constitución.<sup>18</sup>

En la doctrina, se distinguen cuatro tipos de convenciones.<sup>19</sup>

A. Convenciones que sustituyen “sustancialmente” reglas constitucionales escritas, de modo que estas últimas continúan siendo respetadas, pero “sólo en la forma, mientras que la sustancia es ocupada por una regla diferente, precisamente convencional”;<sup>20</sup> “a una regla legal que queda formalmente en vigor se une de hecho una regla de comportamiento que la vacía desde dentro, de manera que todo lo que está previsto por la regla legal se convierte en mero elemento de forma”.<sup>21</sup>

Por ejemplo, es observación común que, en la historia constitucional de la República italiana, la propuesta del presidente del Consejo, que tiene por objeto el nombramiento de los ministros (artículo 92, párrafo segundo, Constitución italiana), ha sido durante mucho tiempo “pura forma exterior sin sustancia”,<sup>22</sup> ya que de hecho los ministros eran propuestos por los partidos de la coalición según acuerdos alcanzados entre ellos.<sup>23</sup>

B. Convenciones que integran reglas constitucionales escritas: la regla constitucional “marca los límites” y deja abierto el camino “a un haz de posibles ulteriores reglas de comporta-

18 En la historia constitucional de la República italiana, se encuentran ejemplos macroscópicos; especialmente, en los procedimientos de formación del gobierno, que la Constitución regula de modo extremadamente sumario (artículo 92 constitucional) y que caen casi enteramente bajo el dominio de reglas convencionales. *Cfr.* Zagrebelsky, G., “La formazione...”, *cit.*, nota 1, pp. 804 y ss.

19 Retomo con pocas modificaciones la clasificación de Rescigno, G. U., *Le convenzioni...*, *cit.*, nota 1, pp. 24 y ss.; *Id.*, *Corso di diritto...*, *cit.*, nota 17, pp. 446 y ss.

20 Rescigno, G. U., *Corso di diritto...*, *cit.*, nota 17, pp. 446 y ss.

21 Rescigno, G. U., *Le convenzioni...*, *cit.*, nota 1, p. 27.

22 También Rescigno, G. U., *Corso di diritto...*, *cit.*, nota 17, p. 447.

23 Puede, por tanto, decirse que el artículo 92, párrafo segundo, de la Constitución italiana ha sido “eludido” por la regla convencional mencionada. Sin embargo, no es fácil precisar en qué consiste la “elusión” de una norma. En el lenguaje corriente, se habla de elusión para sugerir que una cierta disposición normativa no ha sido entendida y aplicada según su significado “natural” (es decir, aquel más inmediato, *prima facie*), o según su supuesta *ratio*, sino que, en cambio, ha sido alterada o trastornada hasta el punto de violarla, evitando sin embargo las consecuencias de la violación. Una alusión en Guastini, R., *Dalle fonti alle norme*, 2a. ed., Turín, 1992, p. 107.

miento” aptas para completarla, de manera que dentro de los límites marcados exista “un margen de libertad”, que es ocupado precisamente por la regla convencional.<sup>24</sup>

Hay ejemplos macroscópicos de las reglas que rigen las modalidades de formación de un nuevo gobierno (consultas, encargo, etcétera).<sup>25</sup>

C. Convenciones que, aunque formando parte de la Constitución (de alguna manera), no están directamente conectadas a alguna específica regla constitucional escrita.<sup>26</sup>

Puede aducirse, como ejemplo, la regla según la cual el presidente de la República italiana no puede hacer críticas públicas al gobierno sobre cuestiones políticas.

D. Convenciones que se sobreponen a una regla constitucional escrita, incorporando a un acto o suceso —quedando firmes sus propios efectos jurídicos, previstos por la regla escrita— también ciertas consecuencias políticas que la misma regla no prevé.<sup>27</sup>

Por ejemplo, el voto negativo de una cámara sobre el proyecto de ley de presupuesto no produce otro efecto jurídico que el de hacer caer la propuesta del gobierno, pero, convencionalmente, produce un ulterior efecto político de provocar la dimisión del gobierno (“como si” le hubiese sido revocada la confianza).

Al igual que la costumbre constitucional, tampoco las convenciones constitucionales están de ningún modo previstas por la Constitución. Y, por consiguiente, resulta natural que operen como fuentes *extra ordinem*, que se imponen sólo en virtud del principio de efectividad. Según la doctrina, por otro lado, las reglas convencionales se diferencian de las consuetudinarias desde diversos puntos de vista.<sup>28</sup>

24 Rescigno, G. U., *Corso di diritto..., cit.*, nota 17, p. 447; *Id.*, *Le convenzioni..., cit.*, nota 1, p. 45.

25 Rescigno, G. U., *Le convenzioni..., cit.*, nota 1, pp. 46 y ss. Algunos, sin embargo, piensan que las reglas en cuestión han adquirido finalmente la consistencia de verdaderas costumbres. *Cfr.* Paladin, L., *Le fonti del diritto..., cit.*, nota 1, p. 406.

26 Rescigno, G. U., *Le convenzioni..., cit.*, nota 1, pp. 70 y ss.

27 *Ibidem*, p. 96.

28 *Ibidem*, capítulo IV.

En primer lugar, las reglas convencionales no siempre nacen de comportamientos uniformemente repetidos durante mucho tiempo, algunas veces nacen también de un sólo “precedente”.<sup>29</sup>

En segundo lugar, las reglas convencionales no son susceptibles de aplicación jurisdiccional, de modo que su violación carece de todo remedio.<sup>30</sup>

En tercer lugar, precisamente por esta razón, las reglas convencionales son siempre derogables.

En cuarto lugar, las reglas convencionales tienen una eficacia, por así decir, sólo contingente, en el sentido de que están destinadas a perder eficacia en situaciones político-constitucionales diversas de las que permitieron o requirieron su formación.<sup>31</sup>

A pesar de esto, no es fácil trazar concretamente una nítida línea de demarcación entre normas consuetudinarias y reglas convencionales.<sup>32</sup> A menudo, algunos consideran reglas meramente convencionales (y, por tanto, derogables) las que otros estiman, en cambio, como consuetudinarias (y, por tanto, obligatorias), y viceversa.

29 Pero, como se ha indicado, es opinión común de la doctrina que, en materia constitucional, esto valga también para las costumbres.

30 Rescigno, G. U., *Le convenzioni...*, cit., nota 1, pp. 10 y ss., 122 y ss.

31 Zagrebelsky, G., *Manuale...*, cit., nota 16, p. 267.

32 Según G. Zagrebelsky (*ibidem*, p. 279), las costumbres no son otra cosa que “reglas convencionales estabilizadas, objetivadas y desplegadas en el tiempo y en la conciencia jurídica: entre las convenciones y las costumbres hay, por lo tanto, continuidad”, en el sentido de que las convenciones se trasforman en costumbres “cuando alcanzan un cierto grado de consistencia”. Cfr. también Rescigno, G. U., *Le convenzioni...*, cit., nota 1, pp. 138 y ss.