

CAPÍTULO VI

LA COSTUMBRE CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO

1. América Latina	121
2. Estados Unidos de América	124
3. Europa Continental	126
4. Reino Unido de la Gran Bretaña	129

CAPÍTULO VI

LA COSTUMBRE CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO

SUMARIO: 1. *América Latina*; 2. *Estados Unidos de América*; 3. *Europa Continental*; 4. *Reino Unido de la Gran Bretaña*.

En el presente capítulo aludiremos a aquellos casos en que se presenta un alejamiento entre lo previsto por ciertas “constituciones escritas” y la realidad institucional de diversos sistemas jurídicos. Al respecto, señalaremos algunos ejemplos de costumbres constitucionales —citados por distintos autores—, ya sea que las mismas tengan el carácter de interpretativas, complementarias o que se hayan desarrollado en sentido opuesto al texto de la “legislación constitucional” respectiva.

1. *América Latina*

De los cuatro países latinoamericanos que establecen en su “constitución escrita” el sistema federal (Argentina, Brasil, México y Venezuela), ninguno de ellos —señala el profesor Wheare—¹ puede considerarse que en la práctica funcione como gobierno federal sino, más bien, operan como sistemas unitarios con cierto grado de descentralización.

A pesar de que la mitad de las “constituciones escritas” latinoamericanas establecen en su texto una disposición según la cual las fuerzas armadas son apolíticas, obedientes, no deliberantes y deben quedar subordinadas al poder civil (Bolivia, artículo 168; Brasil, artículo 92; Colombia, artículo 168; Chile, artículo 22; El Salvador, artículo 114; Guatemala, artículo 184; Nicaragua, artículo 314; Paraguay, artículo 42; República Dominicana, artículo 93, y Venezuela, artículo 132), tal prescripción ha sido largamente ignorada en la práctica, como lo demuestra el gran número de intervenciones militares y golpes de estado que se han presentado en Latinoamérica (durante los últimos cuarenta años, casi a razón de dos por año).²

¹ Cfr., WHEARE, K. C., *Federal Government*, 4th. ed., London, Oxford University Press, 1963, pp. 21-22.

² Cfr., QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “Los cambios constitucionales a través de la costumbre y la jurisprudencia”, en el vol. *Los cambios constitucionales*, México, UNAM, 1977, pp. 120-121.

La mayoría de los golpes de estado en América Latina se han caracterizado por substituir la constitución hasta entonces vigente. Una gran parte de las casi doscientas constituciones promulgadas por los países latinoamericanos durante siglo y medio han sido resultado de tales movimientos. Por lo general, estas constituciones no han hecho más que formalizar el monopolio del poder político en beneficio exclusivo de los detentadores fácticos del poder, adquiriendo un carácter meramente semántico,³ o bien, algunas han declarado el respeto a ciertos derechos estimados fundamentales pero, en la práctica, los mismos son persistentemente violados, por lo que se trata sólo de “constituciones nominales”.⁴

Sin embargo, hay ocasiones en que después de derrocar revolucionariamente al poder ejecutivo y disolver el congreso, los nuevos gobernantes *de facto* dejan subsistente al poder judicial y admiten la validez general de las restantes disposiciones constitucionales anteriormente vigentes. Así, por ejemplo, no obstante que la “constitución escrita” argentina de 1853 no previó algo sobre el particular, esta situación se ha producido en los años de 1930, 1943, 1955, 1962 y 1966. El país entero vivió acatando las normas generales (decretos leyes) promulgadas por estos gobiernos *de facto*, cosa que también hicieron los tribunales en sus fallos. De esta suerte puede decirse, sin lugar a dudas, que el régimen de los gobiernos *de facto* que tanto han proliferado en América Latina se ha fundamentado en un derecho constitucional consuetudinario.⁵ Igualmente, las reformas a la “constitución escrita” promovidas por estos gobiernos *de facto*, sin atender obviamente al procedimiento previsto, han tenido un fundamento consuetudinario —mismo que provoca la *desuetudo* de las anteriores disposiciones constitucionales ahora inobservadas—, como ha ocurrido entre otros países en Argentina (1957 y 1972), Brasil (1971) y Cuba (1952).⁶

De manera similar a lo ocurrido en México entre 1917 y 1938, en el resto de América Latina ha sido práctica frecuente la delegación de facultades legislativas al presidente en contra de disposiciones “constitucionales” expresas, con plena tolerancia de los órganos judiciales.⁷ Otra de las instituciones constitucionales de origen consuetudinario es el recurso o acción de amparo en Argentina, los cuales —como apunta el maestro Fix-Zamudio—⁸ no habían recibido consagración legislativa,⁹

³ Vid., LOEWENSTEIN, *op. cit.*, *supra* (nota 45, capítulo II), p. 218.

⁴ Vid., *ibidem*.

⁵ Cfr., AFTALIÓN, *et al.*, *op. cit.*, *supra* (nota 1, capítulo III), p. 359. Vid., KARST y ROSENN, *op. cit.*, *supra* (nota 80, capítulo III), pp. 193-205.

⁶ Cfr., QUIROGA LAVIÉ, *op. cit.*, *supra* (nota 2, capítulo VI), p. 126.

⁷ Vid., *ibidem*, pp. 126-127 y 134.

⁸ Cfr., FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional. 1940-1965*, México, UNAM, 1968, pp. 28-29.

⁹ No fue sino en fecha muy reciente cuando el presidente de la República, en

sino que surgieron por jurisprudencia de la Corte Suprema a través de dos casos que modificaron su criterio tradicional: ¹⁰ el de Ángel Siri, fallado el 27 de diciembre de 1957, y el de Samuel Kot, resuelto el 5 de septiembre de 1958, en los cuales mayoritariamente se resolvió que, no obstante que el amparo no se encontrara establecido legislativamente, los derechos fundamentales existían y debía protegerse a las personas por el sólo hecho de estar consagrados en la constitución. ¹¹ En tanto que antes de las decisiones de la Corte Suprema (en los casos referidos de Ángel Siri y de Samuel Kot) no se encontraba establecido el recurso o acción de amparo en el orden jurídico argentino, fueron precisamente los órganos jurídico-aplicadores, en este caso judiciales (la Corte Suprema) —e, indirectamente, todos los destinatarios del sistema— quienes, al determinar el *derecho aplicable*, adoptaron la costumbre —originaria o constitucional, de carácter complementario, en virtud de que no se encontraba prevista ni prohibida por el orden jurídico hasta entonces positivo— que establecía el mencionado recurso o acción de amparo, mediante un procedimiento similar al que caracterizamos anteriormente como consuetudinario.

También el orden jurídico argentino ofrece otros ejemplos de preceptos de la “constitución escrita” que son ignorados en la práctica, como son algunas disposiciones de orden programático respecto de las cuales no se han promulgado las disposiciones que las reglamentan y, a diferencia del recurso o acción de amparo, no han sido aplicadas por los tribunales: tal es el caso del juicio por jurados (previsto por los artículos 24, 67, inciso 11, y 102 “constitucionales”), así como la participación a los trabajadores en las ganancias de las empresas (artículo 14 *bis* “constitucional”). ¹² Asimismo, en la Argentina ha entrado en *desuetudo* la exigencia “constitucional” de solicitar permiso el presidente al congreso para ausentarse de la capital federal, al igual que la formación de milicias provinciales. ¹³

En Chile, si bien la “constitución escrita” prohíbe (artículo 45) al poder legislativo iniciar las leyes sobre gasto público, en la práctica el congreso las inicia. Es una práctica no regulada por la legislación constitucional la lectura del mensaje presidencial anual ante el congreso. La disposición de la “constitución escrita” según la cual el congreso aprueba o rechaza la cuenta de inversión de los fondos para gastos adminis-

ejercicio de facultades extraordinarias, expidió la Ley Nacional de Acción de Amparo, número 16,986, de 18 de octubre de 1966 (Cfr., *ibidem*, la nota 81).

¹⁰ Como adviere el profesor Fix-Zamudio, la jurisprudencia tradicional se apoyaba en la idea de que el amparo no podía admitirse en tanto no fuera reglamentado por el legislador ordinario (*ibidem*, la nota 82).

¹¹ Cfr., FIX-ZAMUDIO, *op. ult. cit.*, p. 29.

¹² Vid., BIDART CAMPOS, *op. cit.*, *supra* (nota 45, capítulo iv), pp. 11-12.

¹³ Cfr., QUIROGA LAVIÉ, *op. cit.*, *supra* (nota 2, capítulo vi), p. 129.

trativos ha caído en *desuetudo*, ya que en la práctica hay un simple conocimiento sin votación.¹⁴

Por otra parte, mientras que en Ecuador no se ha reglamentado el amparo previsto por el artículo 28, inciso 15, de la “constitución escrita”, en Venezuela el amparo federal (artículo 49 “constitucional”) jamás ha tenido eficacia.¹⁵ Igualmente, la influencia de las fuerzas armadas en los países latinoamericanos se manifiesta en Venezuela, donde el ministro de la defensa ha sido siempre un militar a pesar de que la “constitución escrita” exige, como condiciones para ser ministro, las de ser venezolano por nacimiento, mayor de treinta años y de estado seglar (artículo 195).¹⁶

2. Estados Unidos de América

A pesar de la gran reverencia que los estadounidenses siempre han mostrado hacia su “constitución escrita”, también en este país se presentan casos en que la práctica constitucional se ha alejado un tanto de la previsto por la legislación constitucional, o bien, ésta se ha visto complementada con otras prescripciones que pueden estimarse como consuetudinarias.

A este respecto, pensamos que el *control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes* en el sistema jurídico norteamericano es el ejemplo típico de una costumbre constitucional adoptada por los órganos judiciales: no fue sino a partir del célebre caso *Marbury vs. Madison*,¹⁷ cuando la Corte Suprema estadounidense sentó el criterio de que los jueces podían dejar de aplicar, con relación a los casos concretos que se les sometieran, las leyes que estimasen inconstitucionales, lo cual no encontraba fundamento alguno en las disposiciones expresas de su “constitución escrita”.¹⁸

Aunque muchas veces el derecho consuetudinario invalida la legislación constitucional a causa de su *desuetudo*, impidiendo que los poderes por ella otorgados sean ejercidos, no siempre va tan lejos en su cometido. Lo que ocurre a menudo es que los poderes concedidos por la legislación constitucional son efectivamente vigentes; pero, mientras según ésta los ejercen aquellas personas a las que fueron otorgados, en la práctica los usufructúan otras personas o grupos de personas. En resumen, los

¹⁴ Cfr., *ibidem*.

¹⁵ Cfr., FIX-ZAMUDIO, *op. cit.*, *supra* (nota 8, capítulo vi), pp. 39 y 49.

¹⁶ Cfr., ANDUEZA ACUÑA, José Guillermo, “Los cambios constitucionales en América”, en el vol. *Los cambios constitucionales*, México, UNAM, 1977, p. 17.

¹⁷ 1 Cr. 1803: 127.

¹⁸ *Vid.*, GRANT, *op. cit.*, *supra* (nota 66, capítulo v), pp. 29-34; LOEWENSTEIN, *op. cit.*, *supra* (nota 45, capítulo ii), pp. 167-168.

poderes otorgados por la legislación constitucional en ocasiones son consuetudinariamente traspasados de una persona a otra.¹⁹

Un curioso ejemplo en este último sentido se presenta en el sistema para elegir presidente y vicepresidente en los Estados Unidos.²⁰ Conforme a la “constitución escrita”, el poder respectivo corresponde discrecionalmente al colegio electoral, cuyos miembros serían nombrados por las diversas legislaturas estatales en la misma proporción al número de congresistas diputados y senadores a que tuviera derecho cada estado. Sin embargo, en la práctica este procedimiento se ha modificado en dos sentidos: primero, los miembros del colegio electoral son electos desde hace más de un siglo popularmente y, por otra parte, los supuestos electores independientes no hacen más que registrar el voto a favor del candidato del partido político que haya obtenido la mayoría de votos en cierto estado. De este modo, en virtud de la organización de los partidos políticos, el presidente y el vicepresidente son electos directamente por los ciudadanos que votan en cada Estado, mas no indirectamente como lo prescribe la “constitución escrita”, por lo que no se hace necesario esperar hasta la reunión del colegio electoral para saber quién será el próximo presidente y vicepresidente de los Estados Unidos.

Otro ejemplo similar se presenta con la práctica de lo que habitualmente se denomina *senatorial courtesy*, a través de la cual hay un acuerdo tácito por el cual los senadores del propio partido del presidente tienen derecho a aconsejarle sobre el nombramiento de cargos federales que han quedado vacantes en su respectivo estado, propuesta que el presidente suele aceptar. Si en un estado particular no hay senadores del mismo partido del presidente, éste suele aceptar las propuestas de los representantes y dirigentes de su partido en el estado. Por este medio, la facultad presidencial de nombramiento de una amplia serie de cargos se traspaasa a los dirigentes del partido del presidente y, especialmente, a los senadores.²¹

No obstante que antes de febrero de 1951 no se preveía por la “constitución escrita” limitación alguna sobre la reelección del presidente, desde que el presidente Washington declinó la postulación para un tercer periodo, de la misma manera que lo hicieron los posteriores presidentes que concluyeron un segundo periodo, consuetudinariamente se había establecido que el presidente no debía presentarse a reelección más de una vez.²² Si bien Franklin D. Roosevelt fue electo por tercera

¹⁹ Vid., WHEARE, *op. cit.*, *supra* (nota 43, capítulo II), pp. 132-133.

²⁰ Vid., HORWILL, Herbert W., *The Usages of the American Constitution*, Glasgow, Oxford University Press, 1925, pp. 26-48; TIEDEMAN, Christopher G., *The Unwritten Constitution of the United States*, New York, G. P. Putnam's Sons, 1890, pp. 46-50.

²¹ Vid., WHEARE, *op. cit.*, *supra* (nota 1, capítulo VI), pp. 225-226; *idem*, *op. cit.*, *supra* (nota 43, capítulo II), p. 135.

²² Vid., HORWILL, *op. cit.*, *supra* (nota 20, capítulo VI), pp. 88-100; TIEDEMAN, *op. cit.*, *supra* (nota 20, capítulo VI), pp. 51-53.

vez en 1940 y por una cuarta en 1944, es claro que lo anterior se justificó sólo por las circunstancias excepcionales derivadas de la inminencia de la guerra primero y el estado de guerra posterior. La convicción de que esta excepción a la norma consuetudinaria no debía repetirse, orilló a que en 1951 se estableciera formalmente la limitación respectiva a una segunda reelección presidencial.

Otra restricción no derivada de la "constitución escrita", pero establecida consuetudinariamente, es el impedimento de que alguien represente en el congreso un distrito del que no sea residente.²³ Asimismo, como ejemplo de una costumbre constitucional de carácter complementario, se encuentra la facultad del presidente para destituir, sin consentimiento del Senado, a los funcionarios cuyo nombramiento requiere la aprobación del Senado.²⁴ Por otra parte, como lo demuestra Louis C. James, la intervención que sobre el particular se le da al Senado se ha desvirtuado en la práctica ya que se ha utilizado con fines políticos y por razones de partido, en vez de servir para garantizar la capacidad y objetividad del nombramiento.²⁵

3. *Europa Continental*

Aun cuando se encuentra prohibido por la "constitución escrita" dar instrucciones obligatorias a los miembros del *Bundestag* (artículo 38.1), en la práctica los representantes en la cámara baja de la República Federal de Alemania por lo general siguen las directrices de sus respectivos partidos políticos. Este tipo de disposiciones "constitucionales" en favor de los miembros del parlamento es frecuente en los países europeos (véase, por ejemplo, en Francia); pero en la práctica son ignoradas por el desarrollo de una estricta disciplina partidista.

Algunas costumbres constitucionales se han desarrollado en Bélgica, desde 1831 (fecha en la cual se aprobó su "constitución escrita", misma que ha sido reformada en 1893, 1920 y 1921).²⁶ Mientras que el artículo 65 de la "constitución escrita" de Bélgica faculta al rey para nombrar y destituir discrecionalmente a sus ministros, en la práctica el rey siempre selecciona a sus ministros de la mayoría parlamentaria. Aunque la responsabilidad ministerial ante el parlamento no se encuentra prevista

²³ *Vid.*, HORWILL, *op. ult. cit.*, pp. 160-174.

²⁴ *Vid.*, BRYCE, James, *The American Commonwealth*, 4th ed., New York vol. 1, MacMillan Co., 1921, pp. 394-395.

²⁵ *Vid.*, JAMES, Louis C., "Senatorial Rejections of Presidential Nominations to the Cabinet: A Study in Constitutional Custom", en *Arizona Law Review*, vol. 3, núm. 2, 1961, p. 261.

²⁶ *Vid.*, TEMMERMAN, J. A., "Constitutional Customs in Belgium", en *Parliamentary Affairs*, The Journal of the Hansard Society, London, vol. vi, núm. 4, Autumn 1953, pp. 342-345.

por la “constitución escrita”, a través de una costumbre constitucional se ha establecido que si las cámaras votan en contra del gobierno, éste debe renunciar. Si bien el artículo 58 señala que los hijos del rey, o en su ausencia los presuntos herederos al trono, tienen el derecho a ser senadores a los 18 años de edad, consuetudinariamente se ha establecido que antes de ser senador, además de haber alcanzado dicha edad, es necesario que los respectivos príncipes rindan la protesta parlamentaria. Asimismo, con motivo del exceso de trabajo parlamentario, el sistema de votación para la legislación previsto por el artículo 39 —pasando lista y de viva voz— se ha transformado consuetudinariamente en el sistema de votación secreta.

Un conocido ejemplo de *desuetudo* de la legislación constitucional es la facultad del jefe de Estado —cuando se trata de un monarca— para vetar o negar su asentimiento a las leyes aprobadas por el órgano legislativo o, en todo caso, el veto sólo es interpuesto siguiendo el consejo de sus ministros. Tal es el caso, por ejemplo, de los sistemas jurídicos de Bélgica, Dinamarca, Holanda, Noruega y Suecia.²⁷

Durante la III República Francesa, a pesar de que en la “constitución escrita” constaba que el presidente de la República sería elegido por una mayoría absoluta de los miembros del Senado y la Cámara de Diputados reunidos en una asamblea conjunta, y que podría ser reelecto, a través de una costumbre constitucional se limitó el periodo presidencial a un solo término de siete años y el presidente no podía presentarse a reelección. Al igual que en los Estados Unidos con respecto al presidente Roosevelt, si bien el presidente Lebrun en 1939 fue reelecto para un segundo periodo, esto sólo fue posible en virtud de las circunstancias excepcionales que rodearon la reelección, derivadas de la inminencia de la guerra.

Es necesario recordar que la constitución establece tanto al órgano que inmediatamente la aplica como el procedimiento al cual éste debe sujetarse. Así pues, cuando la constitución sólo designa al órgano encargado de aplicarla, quiere decir que éste se encuentra autorizado a realizar el evento respectivo bajo cualquier procedimiento. En los casos que alguna *otra* disposición llegase a determinar tal procedimiento —siempre y cuando tuviera eficacia—, entonces, dicha disposición adquiriría el carácter de constitucional, puesto que podría limitar el ejercicio de la facultad del órgano. Éste es un caso bastante frecuente en el que la legislación constitucional se ve consuetudinariamente complementada por la manera en que cierto órgano ejercita en la práctica los poderes a él conferidos.

Un claro ejemplo de este tipo de complementación de la legislación constitucional se presenta en los reglamentos internos de las cámaras y

²⁷ *Vid.*, WHEARE, *op. cit.*, *supra* (nota 43, capítulo II), pp. 129-130.

sus acuerdos vigentes con respecto al proceso legislativo ordinario. En efecto, la facultad legislativa se confiere a las dos cámaras, pero la forma en que la misma se ejerce se encuentra determinada por sus reglamentos y acuerdos internos. De este modo, el sistema de comisiones del parlamento francés durante la iv República no se estableció en la “constitución escrita”, sino en los reglamentos internos de las cámaras, como había acontecido con sus predecesores, la Cámara de Diputados y el Senado de la iii República. Este sistema de comisiones parlamentarias tuvo gran importancia en el gobierno de Francia, ya que interfirió varias veces con el gabinete, en cuanto que las comisiones modificaban o postergaban los proyectos legislativos por él propuestos, lo cual explicaba en buena medida la debilidad de los gobiernos franceses. Sin embargo, tal situación se modificó con la “constitución escrita” de la v República, misma que limitó a seis el número de comisiones permanentes de cada cámara (con la iv República había diecinueve) y facultó al gobierno a alterar la Agenda Parlamentaria, además de aceptar o rechazar el dictamen de las comisiones parlamentarias, siendo la posición del gobierno la que sirve de base a los debates en las sesiones plenarias, con lo cual se eliminaron varias de las causas de inestabilidad del gabinete francés.²⁸

Durante la Italia estatutaria (1848 a 1922) se desarrollaron varias costumbres constitucionales: así, de carácter interpretativo, a pesar de que el artículo 54 del Estatuto requería la mayoría absoluta como número legal para la validez de los actos de las cámaras, consuetudinariamente se estableció que no había de tomarse en cuenta a los miembros con permiso o ausentes por causa legítima; de carácter complementario fue la creación de un nuevo órgano constitucional, la lugartenencia, instituida varias veces durante las guerras de independencia para substituir en la capital al rey, que asumía el mando de las tropas en el frente; y, por último, la *desuetudo* del artículo 28 del Estatuto, el cual requería para la impresión de “biblias, catecismos y libros litúrgicos y de oraciones” el permiso previo del obispo, mas el mismo nunca se aplicó. En relación al nuevo ordenamiento italiano, se puede aludir al fundamento consuetudinario de la inmunidad de los lugares de las cámaras parlamentarias, así como a los dictámenes acerca de la distinta naturaleza que tiene, en los diferentes casos, la participación de los ministros en los decretos del presidente de la República.²⁹

A través de una costumbre constitucional de carácter complementario en Suiza, se ha determinado la integración del Consejo Federal en atención a los derechos de las minorías. Mientras que la “constitución escrita” prevé que no puede haber dos miembros del Consejo Federal —formado

²⁸ *Vid.*, *ibidem*, pp. 135-136 y 139.

²⁹ *Vid.*, BISCARETTI, *op. cit.*, *supra* (nota 23, capítulo ii), pp. 160-161.

por siete personas— que procedan del mismo cantón, consuetudinariamente se ha establecido que los tres cantones de Berna, Zurich y Vaud estarán siempre representados en el Consejo y que sólo cinco de los siete miembros serán elegidos entre los cantones de habla alemana.³⁰ Por otra parte, la facultad del gobierno federal suizo para establecer contribuciones sobre los cantones se puede considerar que ha caído en *desuetudo*, ya que no se ha ejercido desde 1849.³¹

4. Reino Unido de la Gran Bretaña

Aun cuando la Gran Bretaña no cuenta con un documento solemne único en el que supuestamente se inserten todas las normas estimadas fundamentales, esto es, carece de lo que con anterioridad denominamos “constitución escrita”, encontramos en realidad diversos estatutos que integran su legislación constitucional: piénsese, por ejemplo, en la *Magna Carta* (1215), *The Petition of Rights* (1628), *The Bill of Rights* (1689) y en *The Act of Settlement* (1701).

A ésta y la demás legislación constitucional hay que agregar diversas costumbres constitucionales que se han desarrollado en la Gran Bretaña, ya sea con el carácter de interpretativas o complementarias de dicha legislación constitucional, o bien, aquellas que han surgido contrariando a esta última.

Las siguientes son algunas de las mencionadas costumbres constitucionales (ciertas de ellas denominadas por los ingleses *constitutional conventions*):³² a) El Parlamento debe ser convocado por lo menos una vez al año; b) Un primer ministro que ha perdido la confianza de la Cámara de los Comunes debe renunciar, a menos que solicite y le sea concedida la disolución de dicha Cámara; c) La Corona se encuentra normalmente obligada a conceder la disolución solicitada por el primer ministro, a menos quizás que se haya realizado recientemente una elección general de los miembros de la Cámara de Comunes; d) El partido que cuente con la mayoría en la Cámara de Comunes tendrá derecho a que su líder sea primer ministro; e) El primer ministro tiene derecho a seleccionar a sus colegas y la Corona debe aceptar sus nomi-

³⁰ *Id.*, WHEARE, *op. cit.*, *supra* (nota 43, capítulo II), p. 138.

³¹ *Id.*, *idem*, *op. cit.*, *supra* (nota 1, capítulo VI), p. 97.

³² Como se señaló al principio del capítulo anterior, a tales *constitutional conventions* la doctrina inglesa no las considera como auténticas normas constitucionales, en tanto que a pesar de su misma obligatoriedad las primeras no son aplicadas coactivamente por los tribunales. Sin embargo, como lo advertimos allí, en nuestra opinión esas *constitutional conventions* propiamente son costumbres constitucionales, ya que son establecidas por ciertos órganos jurídicos —aunque no se trate de tribunales— como el *derecho aplicable* ante determinadas situaciones “repetidas” y configuran el último fundamento jurídico positivo del sistema normativo en cuestión.

naciones; f) El gabinete es responsable colectivamente ante el Parlamento por la conducta del ejecutivo; g) Cuando algún miembro del gabinete difiere de sus colegas, debe abandonar su propio punto de vista o renunciar; h) La política internacional del país debiera conducirse de acuerdo con los deseos del Parlamento. En realidad, la política internacional se basa en la prerrogativa del primer ministro al respecto, pero la celebración de un tratado o la declaración de guerra sin el apoyo del Parlamento es inconstitucional; i) El rey se encuentra obligado a actuar según consejo de sus ministros cuando éste es ofrecido formalmente por el primer ministro; j) El rey debe asentir a todo proyecto de ley aprobado por ambas cámaras; k) Todos los proyectos de ley sobre dinero deben originarse en la Cámara de los Comunes y no pueden ser reformados por la de los Lores; l) En casos de conflicto, la Cámara de los Lores debe condescender a los deseos de los Comunes, especialmente si éstos se encuentran respaldados popularmente en una elección general; m) Los miembros legos no intervienen en los procedimientos judiciales en la Cámara de los Lores; n) La agenda Parlamentaria es estructurada entre los *whips* de ambos partidos políticos y el partido en el gobierno debe dar a la oposición una oportunidad para ser escuchada en todo asunto de importancia.³³

Por otra parte, las relaciones entre el Reino Unido y los demás países miembros de la Commonwealth también se han desarrollado en gran medida consuetudinariamente. Así, por ejemplo, se ha establecido que, si bien el vínculo común es la fidelidad a la Corona, ni el Parlamento ni el gobierno del Reino Unido intervienen en los asuntos internos de los distintos países miembros.

En las “constituciones escritas” de los miembros de la Commonwealth que han conservado la forma monárquica de gobierno, la reina o su representante, el gobernador general, suelen tener garantizados poderes para negar su asentimiento a una ley. En la práctica, este poder de veto a una ley ha caído en *desuetudo*. En ciertas “constituciones escritas” de estos países se encuentran además disposiciones que facultan al gobernador general para suspender una ley en atención a la voluntad de la reina o, incluso, que facultan a la reina para desautorizar una ley debidamente aprobada por el parlamento del país miembro y por su gobernador general. Esta clase de facultades se encuentran previstas, por ejemplo, en las “constituciones escritas” de Australia, Canadá y Nueva Zelanda. Sin embargo, se ha establecido consuetudinariamente (habiendo sido reconocido por escrito en la Conferencia Imperial de 1930) que la reina no emprenderá acción alguna en lo que respecta a la suspensión de una ley, contrariando los deseos del gobierno del país miembro

³³ *Vid.*, DICEY, *op. cit.*, *supra* (nota 3, capítulo v), pp. 417-424; JENNINGS, *op. cit.*, *supra* (nota 3, capítulo v), pp. 85-92; RIDGES, E. W., *Constitutional Law*, 8th ed., London, Stevens & Sons Limited, 1960, pp. 20-21.

de la Commonwealth, y que el ejercicio de su poder de denegación ya no es posible.³⁴

Conforme a una costumbre constitucional, los distintos estados o provincias de las federaciones de Australia y Canadá no tienen derecho a la secesión por propia iniciativa. En 1934 el Estado de Australia Occidental solicitó, sin éxito, al Parlamento del Reino Unido que aprobara su secesión de la Commonwealth de Australia. Un comité bicamaral sostuvo que el Parlamento no era competente, en virtud de una *constitutional convention*, para resolver al respecto según solicitud de un Estado particular de Australia. Su decisión enfatizó el hecho que, tanto jurídicamente como en la práctica, el derecho de secesión no correspondía a ningún Estado o provincia que actuara por separado.³⁵

Algunos ejemplos de cómo el ejercicio de ciertos poderes previstos por la “constitución escrita” para determinado órgano es consuetudinariamente traspasado a otra instancia en la práctica, se presentan en Canadá: según su “constitución escrita”,

habrá un Consejo para asistencia y asesoramiento del gobierno del Canadá, el cual será llamado Consejo privado de la reina para Canadá; y las personas que deban ser miembros de este Consejo serán de tiempo en tiempo elegidas y convocadas por el gobernador general y prestarán juramento como consejeros privados, pudiendo ser de tiempo en tiempo desistuidos por el gobernador general.

Si bien la legislación constitucional concede un poder evidente y libre de trabas al representante de la reina, el gobernador general, para nombrar a quien desee para que le asista y aconseje en lo relativo al gobierno del Canadá, en la práctica, se ha establecido consuetudinariamente que el gobernador general nombra a los ministros siguiendo el consejo del primer ministro. Lo que es cierto para Canadá, en este aspecto, lo es también —con pequeñas modificaciones y variaciones, en el grado en que la legislación y la costumbre constitucionales regulan la materia— para Australia, Nueva Zelanda y África del Sur.³⁶

Asimismo, aun cuando la legislación constitucional faculta al titular del poder ejecutivo del Dominio del Canadá para nombrar al *Lieutenant-Governor* de una provincia, el cual está facultado para nombrar a los ministros de la provincia, en virtud de una costumbre constitucional el sistema de gobierno parlamentario ha prevalecido en el Dominio y las provincias del Canadá. El *Lieutenant-Governor* se encuentra obligado consuetudinariamente a nombrar como sus ministros sólo a aquellas personas que puedan dirigir a la mayoría de la legislatura

³⁴ *Vid.*, WHEARE, *op. cit.*, *supra* (nota 43, capítulo II), p. 130.

³⁵ *Vid.*, *idem*, *op. cit.*, *supra* (nota 1, capítulo VI), p. 86.

³⁶ *Vid.*, WHEARE, *op. cit.*, *supra* (nota 43, capítulo II), pp. 132-133.

provincial. De este modo, la legislatura provincial y el electorado son quienes deciden quiénes formarán efectivamente el gobierno ejecutivo en la provincia, y el ejecutivo del Dominio debe aceptar su elección. Por último, podemos mencionar que, si bien la facultad para reformar la “constitución escrita” del Canadá corresponde formalmente al Parlamento del Reino Unido, se ha establecido consuetudinariamente que el Parlamento no intervendrá para el efecto, salvo que medie la iniciativa conjunta del Dominio y las provincias del Canadá.³⁷

Pues bien, lo hasta aquí apuntado ha sido un intento de jurisprudencia constitucional positiva, esto es, hemos procurado describir parte del derecho constitucional positivo, en particular, el producido por vía consuetudinaria.

Pensamos que, sobre este tema, hay muchas cuestiones todavía por esclarecer. Sin embargo, esperamos que el presente estudio colabore un poco al conocimiento de la realidad jurídica constitucional y a destacar la importancia que actualmente tiene el procedimiento consuetudinario que produce la costumbre y la *desuetudo* —como su consecuencia jurídica negativa— aun en los sistemas jurídicos de tradición romanista; admitiendo la posibilidad de costumbres constitucionales inclusive cuando haya disposiciones legislativas que pretendan negar carácter jurídico a la costumbre y a la *desuetudo*.

Por lo anterior, consideramos que, para conocer el derecho constitucional positivo de cierto orden jurídico, no es suficiente el análisis dogmático del texto de un documento llamado “constitución”, sin cuestionarse si efectivamente funciona como el último fundamento jurídico positivo del respectivo sistema, en tanto que la misma pudo haber perdido su validez por *desuetudo*, en virtud de un procedimiento consuetudinario que estableció una costumbre constitucional en contrario, o bien, porque tal “constitución” puede encontrarse complementada o interpretada conforme a ciertas costumbres que, junto con ella, constituyen el conjunto de normas más generales del orden jurídico en cuestión.