

# LAS CONVENCIONES CONSTITUCIONALES

Por ASCENSION ELVIRA PERALES

## SUMARIO

I. SOBRE EL SIGNIFICADO DE LAS CONVENCIONES CONSTITUCIONALES.—  
II. CARACTERÍSTICAS DE LAS CONVENCIONES.—III. TIPOLOGÍA DE LAS CONVENCIONES.—IV. DISTINCIÓN ENTRE CONVENCIONES Y OTROS TIPOS DE NORMAS: 1. *Convención y uso*. 2. *Convención y costumbre*. 3. *Convención y ley*. 4. *Convención y «normas de cortesía»*.—V. LAS CONVENCIONES COMO VÍA DE MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL.—VI. LA OBEDIENCIA A LAS CONVENCIONES.

### I. SOBRE EL SIGNIFICADO DE LAS CONVENCIONES CONSTITUCIONALES

De entre la multitud de normas convencionales existentes en toda sociedad, las convenciones constitucionales son las más relevantes, por la materia objeto de las mismas y por la calidad de los sujetos que las crean y a quienes van dirigidas.

Las convenciones constitucionales, normas autónomas, flexibles, basadas en el pacto, son una forma de regulación política inevitable en todo Estado, debido a que los ordenamientos jurídicos —y concretamente las Constituciones— siempre presentan lagunas y a que la práctica política necesita de normas que permitan la adaptación a las exigencias, siempre en constante cambio, del desarrollo político.

Antes de considerar cualquier aspecto relacionado con las convenciones, es necesario hacer una primera puntualización sobre la diferente terminología que utilizan distintos autores. Así, sir William Anson emplea la denominación genérica de «custom»; Austin se refiere a «la moralidad positiva de la

Constitución»; Freeman opta por una definición amplia: «Un sistema completo de moralidad política, un código completo de preceptos que sirva de guía al hombre público» (1); Dicey, por fin, se inclina por el término «convention», el cual hará fortuna en la doctrina británica posterior.

En Estados Unidos, de entre los diversos términos empleados, el que se aplica con mayor frecuencia es el de «usage», dentro del que se pueden englobar tanto las convenciones constitucionales (concepto este que en dicho país se reserva para designar a las asambleas constituyentes) como otros usos.

Entre los autores continentales en los últimos años parece imponerse el uso del término «convenciones constitucionales». Sin embargo, hay que hacer notar que, por ejemplo, algunos autores italianos —Predieri, Tesauro, Balladore-Pallieri— las denominan «norme di correttezza costituzionale», otros no distinguen entre costumbre propiamente dicha y convención, asimilando ambas bajo el concepto de costumbre —Orestano, Orlando—, lo que sucede entre la gran mayoría de autores francófonos, que emplean genéricamente el término «coutume constitutionnelle», si bien, como ejemplo en contra, Debbash opta por el término «pratiques constitutionnelles» y Aubert por el de «pratiques non écrites». Asimismo, muchos autores alemanes se inclinan por la denominación de «Gewohnheitsrecht» o por la aún más comprensiva de «ungeschriebenes Verfassungsrecht», dentro del cual, obviamente, se encuadran las convenciones constitucionales.

Tras la anterior precisión terminológica, pasaremos a considerar el lugar que ocupan las convenciones en diferentes ordenamientos.

En Gran Bretaña las convenciones constitucionales se incluyen entre las fuentes del Derecho constitucional, así lo hacen constar la práctica totalidad de los autores, de los más clásicos, como Dicey (2) y Boutmy (3), a los más recientes, como Wade y Phillips (4) o como De Smith (5), si bien los modelos de clasificación varían de uno a otro, no pudiendo los más actuales dejar de destacar el papel preponderante que ha adquirido la ley escrita, por encima del resto de las fuentes, no ya en cuanto a su primacía formal, que siempre había ostentado, sino por el elevado número de las mismas. A pesar de ello, las convenciones constitucionales continúan mereciendo un capítulo aparte

---

(1) E. A. FREEMAN: *The Growth of the English Constitution*, Londres, 1876, página 112.

(2) A. V. DICEY: *Law of the Constitution*, 1.ª ed., 1885.

(3) E. BOUTMY: *Le développement de la Constitution et de la société politique en Angleterre*, París, 1912.

(4) E. C. S. WADE y PHILLIPS: *Constitutional and Administrative Law*, Londres, ed. 1982.

(5) S. A. DE SMITH: *Constitutional and Administrative Law*, Harmondsworth, 1978.

dentro del sistema de fuentes de la Constitución, en pie de igualdad, si no en cuanto a su fuerza legal, sí con respecto al volumen e importancia de las materias reguladas por ellas, todo lo cual les confiere un peso específico dentro del sistema por encima del que en estricta legalidad les correspondería.

Los motivos por los cuales las convenciones ocupan tan destacado lugar dentro del Derecho británico son múltiples. Aparte del peculiar sistema jurídico de aquel país —al que el «common law» presta gran parte de su carácter—, históricamente tales motivos aparecen ligados a la propia evolución política británica (especialmente a partir de la subida al trono de la dinastía Orange), que se vio favorecida por la ausencia o, mejor, por la escasez de normas estatutarias, propiciando el cambio en las relaciones de poder a medida que las circunstancias lo exigían. La evolución social ha corrido pareja con la evolución política, donde las convenciones han aportado al Derecho constitucional antiguas reglas del «common law», adaptándolas a los nuevos tiempos, permitiendo la asimilación del derecho tradicional a un nuevo orden político, en el cual el centro de poder se traslada del monarca al Parlamento y, después, al Gabinete, institución esta forjada casi en su totalidad a partir de convenciones.

Las convenciones constitucionales no sólo adquieren relevancia en un país como Gran Bretaña, que no se ve constreñido por un código constitucional escrito, sino que también en los Estados Unidos de América ocupan un lugar destacado dentro de su sistema de fuentes, heredado del británico, pero con las limitaciones que impone la existencia de una Constitución escrita, reconocida desde sus orígenes como «supreme law of the land».

Pues bien, pese a la existencia de tales límites, la Constitución de Estados Unidos en sus dos siglos de vigencia ha visto alterado su significado por obra fundamentalmente de la interpretación judicial y de las convenciones constitucionales en mayor medida que por sus enmiendas escritas. Precisamente la proliferación y la importancia de las convenciones desarrolladas al amparo de la Constitución han creado una «Constitución no escrita» que pervive junto al texto constitucional. Esa «Constitución no escrita» no se ha limitado a completar el documento de 1787, sino que en numerosas ocasiones lo ha superado, alterando su contenido literal. La longevidad de la Constitución americana se debe, pues, en gran medida a las convenciones —y a la interpretación—, resultando, de este modo, afortunada la frase de Munro según la cual «el hábito es para el individuo lo que el uso es para el Estado» (6),

---

(6) W. R. MUNRO: *The Government of the United States*, Nueva York, 1974, página 72.

aplicable no sólo a la Constitución en sí, sino también al conjunto de la vida política, cuyos cambios desde las primitivas ex colonias a la superpotencia de la actualidad han sido posibles gracias a las convenciones, que han configurado el papel del presidente, el funcionamiento de los partidos y las relaciones entre los diferentes poderes públicos.

El ejemplo americano muestra cómo las convenciones se dan también allí donde existe una Constitución escrita, puesto que no sólo no suponen un atentado contra la misma, sino que contribuyen a su permanencia y a facilitar la actualización de sus normas. Las convenciones no implican una quiebra de la legalidad, sino una adaptación de la misma por aquellos a quienes están dirigidos los mandatos constitucionales. Otra buena muestra de ello la ofrece la Constitución belga de 1831, actualizada por multitud de prácticas consuetudinarias, de carácter similar al de las convenciones constitucionales británicas, que gozan de la protección de la opinión pública y de la aceptación de los partidos, permitiendo de esta forma que se mantenga —con las naturales modificaciones sufridas a lo largo de la historia— uno de los modelos constitucionales europeos.

Con independencia, pues, de que exista o no una Constitución escrita (y puede afirmarse que no existe ninguna Constitución escrita pura), es necesario subrayar que las convenciones no son normas al margen del ordenamiento jurídico estatal, sino que forman parte del mismo, a la vez que facilitan su funcionamiento. Este hecho resulta especialmente visible en el Derecho británico, cuya comprensión no sería posible sin recurrir a las convenciones, lo que resulta patente para los propios autores británicos. Pero la importancia de las convenciones también está admitida por los autores para sistemas de Derecho de tipo continental, es decir, ampliamente codificados y con clara hegemonía de la ley escrita; en consecuencia, un autor tan riguroso como Hatschek escribía que «el convencionalismo es únicamente la consecuencia de que se conserve la organización del formalismo legal» (7), esto es, las convenciones no sólo completan el sistema de fuentes legales, además son necesarias para su mantenimiento.

Con todo, su posición dentro del Derecho continental no parece muy afianzada y gran parte de los autores no las consideran como auténticas normas jurídicas y las relegan, u olvidan, dentro del sistema de fuentes del Derecho constitucional. Sin embargo, partiendo de tal premisa, diversos autores establecen algunas puntualizaciones: así, por ejemplo, Balladore-Pallieri, aun negándoles aquel valor, reconoce que en ocasiones pueden equi-

---

(7) J. HATSCHEK: *Englisches Staatsrechts*, Tubinga, 1905, vol. I, pág. 161.

pararse a auténticas normas jurídicas (8). Pizzorusso, que concede ese valor a las que son estrictamente observadas, a las que precisamente califica de verdaderas convenciones constitucionales, distinguiéndolas de las «normas de corrección» (9), se sitúa, por tanto, en la misma línea que Orestano, el cual hace depender sus «efectos jurídicos» del reconocimiento que obtengan por parte de la comunidad (10). En opinión de Tesauro, no tienen valor jurídico propio, sino únicamente por el reenvío de la Constitución, «ya sea cuando constituyen un medio indispensable para asegurar el respeto a la Constitución de acuerdo con su razón fundamental de ser o de actuar, como sucede en el caso de que su observancia resulte necesaria para evitar un atentado contra la Constitución, ya sea cuando las normas de Derecho constitucional deban de encontrar ejecución en base a una valoración discrecional que impone a los diversos órganos el conformarse según la orientación colectiva, que encuentra su más importante manifestación en las normas de cortesía» (11). Mortati, por su parte, reconoce la admisibilidad y legitimidad de los actos normativos siempre que no atenten contra la forma sustancial del Estado —en lo que concordaría con Virga (12)—. Para juzgar de su efectividad habrá que observar la relación entre las fuerzas políticas y los diferentes órganos estatales, teniendo en cuenta la observancia que dichos entes hacen de esos actos normativos y su integración en el conjunto de la vida política estatal. De acuerdo con Burdeau, no existe inconveniente en considerarlas como normas jurídicas siempre que no entren en contradicción con los mandatos constitucionales (13). J. Rossetto les reconoce valor jurídico, considerándolas siempre «normas de utilización de los poderes legales» (14). A su vez, Gomes Canotilho las califica expresamente de fuentes «extra-ordinem», añadiendo que no crean originariamente normas jurídicas (15), con lo

(8) G. BALLADORE-PALLIERI: *Diritto Costituzionale*, Milán.

(9) A. PIZZORUSSO: *Lecciones de Derecho Constitucional*, Madrid, 1984, vol. II, página 426.

(10) R. ORESTANO: «Dietro la consuetudine», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 3, julio-septiembre 1963, pág. 530.

(11) A. TESAURO: «Le consuetudine costituzionale e le norme di correttezza costituzionale», en *Scritti in memoria di V. E. Orlando*, Padua, 1957, vol. II, pág. 506.

(12) C. MORTATI: *La Costituente*, Roma, 1945, págs. 67, 171-181. P. VIRGA: *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milán, 1947, págs. 260 y sigs.

(13) G. BURDEAU: *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, París, 1969, página 59.

(14) ROSSETTO: *Recherche sur la notion de Constitution et l'évolution des régimes constitutionnels*, pág. 337, citado en O. BEAUD: «Les Conventions de la Constitution», en *Droits*, núm. 3, 1986, pág. 131.

(15) J. J. GOMES CANOTILHO: *Direito Constitucional*, Coimbra, 1981, vol. II, página 420.

cual parece dejar abierta la posibilidad de que en algún caso lleguen a ser consideradas como tales.

Dentro de la doctrina alemana, Kriele considera a las convenciones constitucionales como «regla básica de la moralidad política y social, no del derecho» (16), pero conviene hacer notar que el concepto de regla convencional que ofrece este autor es más amplio que el derivado de su sentido estricto. Por otra parte, la cuestión de la posición de este tipo de normas, englobadas dentro del concepto «*ungeschriebenes Verfassungsrecht*», ha sido objeto de reflexión por parte de los profesores alemanes (17), y muy especialmente Hüber ha planteado la dificultad que reporta determinar la naturaleza de tal tipo de normas, las cuales, de acuerdo con sus propias características y dependiendo del enfoque utilizado al estudiarlas, abarcan desde la ética a la sociología, desde el Derecho natural a las relaciones de poder, de la interpretación a la revisión constitucional, del mismo modo que pueden contribuir tanto a la estabilidad como a la flexibilidad constitucionales, visto todo lo cual, resulta tarea casi imposible determinar con precisión su lugar dentro o junto al Derecho estatal (18). Ese amplio abanico de posibilidades conduce a otro autor, Krüger, a equiparar las convenciones constitucionales con los «*Sitte*», es decir, los «usos» del Derecho privado, adoptando a continuación la mencionada denominación (19).

Una vez apuntadas algunas de las más destacadas opiniones de autores de diversos países acerca de la naturaleza de las convenciones, a modo de conclusión, resulta instructivo reproducir una cita de Jeanneau: «Ante la fuerza o la importancia de ciertas prácticas políticas, el problema del valor jurídico de la costumbre (o, tanto da, de las convenciones) en materia constitucional resulta sumamente académico» (20).

Las convenciones suponen, en cierta medida, la puesta al día del entramado constitucional, mas aunque sean consecuencia de acontecimientos políticos, las convenciones no son «política» (21), aunque así pudiera deducirse

(16) M. KRIELE: *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, 1980, pág. 270.

(17) Tema de estudio de la «*Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer 1951*»; véase especialmente las ponencias de Ernst von Hippel y Alfred Voigt (VVDSrRL Heft 10 [1952], págs. 1 y sigs. y 33 y sigs.). K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, pág. 91.

(18) H. HÜBER: «*Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrecht*», en *Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht*, págs. 347-348.

(19) H. KRÜGER: *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, 1966, págs. 488 y sigs.

(20) B. JEANNEAU: *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, París, 1972, página 58.

(21) I. JENNINGS: *The Law and the Constitution*, Londres, 1952, pág. 73.

de la opinión de algunos autores (22). Las convenciones son normas, aunque por su especial configuración signifiquen la actualización del ordenamiento jurídico de acuerdo con la propia evolución constitucional: «Los hombres han de adaptar las viejas leyes para satisfacer las nuevas necesidades. Las convenciones constitucionales son las normas que crean para ello» (23). En este sentido, resulta sumamente gráfica la idea de que «las convenciones... proporcionan la carne que cubre los secos huesos de la ley; hacen funcionar la Constitución real; la mantienen en relación con la evolución de las ideas» (24). Las convenciones representan, pues, la movilidad frente al anquilosamiento del Derecho, la intervención constante y cotidiana de los hombres en la rigidez legal. Las convenciones significan la adopción de unas normas que actualizan las leyes dictadas por otras generaciones de hombres, de las que a la vez busca su reconocimiento, en definitiva, la actualización del pacto constitutivo. Mediante las convenciones, actualidad y tradición se unen dando vida a la Constitución real, la cual sin aquéllas parecería «no sólo irreconocible, sino también impracticable» (25).

Una definición clásica de convención es la que ofrece Freeman (26); en ella se aprecian todas las notas con las que normalmente se caracteriza a las convenciones, y de la misma merecen destacarse dos facetas: una, la vinculación de las convenciones a la moralidad política, convirtiéndose en «una guía para los hombres públicos», y otra, la consagración de las convenciones como normas equiparables a las recogidas en los grandes textos políticos británicos. El único defecto imputable a la mencionada definición es el de pecar por exceso, pues engloba no sólo a las convenciones en sentido estricto, sino también todo el espíritu de la Constitución, que precisamente ha tomado cuerpo en muchas de esas convenciones.

Por los motivos citados, quizá resulte más útil la definición de Phillips, según la cual las convenciones constitucionales son «normas de práctica política que se contemplan como vinculantes por aquellos a quienes afectan, pero que no son leyes en el sentido de que no son sancionables por los tribunales o por las Cámaras parlamentarias» (27).

A partir de la anterior definición podemos destacar los rasgos esenciales de las convenciones.

(22) Véase T. C. HARTLEY y J. A. G. GRIFFITH: *Government and Law*, Londres, 1981, pág. 7. G. U. RESCIGNO: *Le Convenzioni Costituzionali*, Padua, 1972, pág. 118.

(23) I. JENNINGS: *Op. cit.*, pág. 81.

(24) *Ibidem*, pág. 80.

(25) W. R. ANSON: *Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre. Le Parlement*, pág. 40.

(26) E. A. FREEMAN: *Op. cit.*, pág. 112.

(27) O. H. PHILLIPS: *Constitutional and Administrative Law*, pág. 77.

## II. CARACTERÍSTICAS DE LAS CONVENCIONES

El primer rasgo que resulta necesario destacar con respecto a las convenciones es que son verdaderas normas y no meras prácticas, es decir, son auténticas reglas obligatorias en su ámbito, si bien no gozan de la consideración de «normas jurídicas en sentido estricto», al no ser justiciables ante ningún órgano de carácter jurisdiccional. «Existe un acuerdo general de que la convención ocupe un lugar intermedio entre el uso o la costumbre, de un lado, y la ley constitucional, de otro. Existe un acuerdo general de que si alguien hubiera de fijar dicha posición con mayor precisión situaría a la convención más cerca de la ley que del uso o de la costumbre. Hay también general acuerdo en que la convención es una regla que se considera obligatoria para todos aquellos llamados a aplicarla. Hay, si no acuerdo general, al menos autorizadas opiniones de que la sanción por el incumplimiento de las convenciones será más política que legal» (28). Tales opiniones han de ser matizadas dentro del Derecho continental, donde cuando aparece diferenciada del uso o de la costumbre, se sitúa más cerca de éstos que de las leyes en sentido estricto.

La peculiaridad de las convenciones, más que en la invocada falta de justiciabilidad por los tribunales, radica en la ausencia de formalismo —«en el sentido de que no se prescribe forma alguna» (29)— ni en su origen ni a lo largo de su vigencia para su perfección. Sin embargo, por encima de esa carencia de formalismo, los que se someten a las convenciones lo hacen con la voluntad de cumplir una obligación, de estar sometidos a una norma, aunque ésta haya sido obra de su propia voluntad.

Las convenciones nacen con motivo de unas circunstancias específicas, desarrollándose luego de forma pareja, de acuerdo siempre con la voluntad de sus actores. Las convenciones nacen bien de una práctica a la que se une un sentimiento de obligación (sin adquirir las notas características de la costumbre), bien de un pacto expreso, caso este en el que bastará un único acto para declarar la existencia de una convención, siendo además frecuente que, en tales ocasiones, se pongan por escrito.

En el primer caso, convenciones surgidas de una práctica no necesitan ser «inmemoriales», como normalmente se exige a la costumbre, y hay casos en los que resulta suficiente un único precedente, si a partir del mismo se observan los requisitos necesarios para reconocer una convención. La deter-

---

(28) Citado por G. MARSHALL: *Constitutional Conventions*, Oxford, 1984, pág. 230.

(29) RESCIGNO: *Op. cit.*, pág. 109.

minación de los motivos que han llevado a crear una convención adquiere importancia a la hora de decidir acerca de una posible alteración o extinción.

Las convenciones dejarán de existir debido al desuso, por incumplimiento que goce de general aceptación o por haberse producido un cambio relevante en las circunstancias, debido a la creación de una norma, de carácter convencional o de otro tipo, en contrario, o con motivo de un acuerdo en ese sentido de los llamados a seguirla, o por voluntad en contra, explícita o tácita, de alguno o algunos de los sujetos con capacidad para imponer su voluntad al resto. Además, claro está, las convenciones pueden dejar de existir como tales al convertirse en otro tipo de normas, cambiando, pues, en este caso no el contenido de la norma, sino su naturaleza.

El momento de nacimiento o de extinción de una convención rara vez se manifiesta de forma absolutamente precisa, lo que contribuye, junto con su característica fluidez, a desdibujar el contorno de este tipo de normas. Las convenciones mueren como nacieron: sin necesidad de un acto formal que declare su vigencia o su derogación. Su vigencia no está ligada a plazos preestablecidos, sino que son la voluntad de sus actores y la oportunidad de las mismas los factores que determinan tal vigencia, en pocos casos como en éste tan ligada a la eficacia.

Sin embargo, la carencia de formalidad no es común a todas las convenciones, sino que algunas revisten un carácter muy formal; por ejemplo, las normas relativas al discurso de la Corona británica con ocasión de la apertura del Parlamento. Otras, por el contrario, buscan expresamente esa falta de formalidad para evitar así las dificultades que reportaría la rigidez de unas normas legales.

«El resultado de normas no escritas es con frecuencia resultado de un proceso evolutivo, de desarrollo más que de creación expresa» (30); de esta condición y del hecho de establecer únicamente condiciones generales participan la mayor parte de las convenciones. Serán las necesidades de la política cotidiana que precisan de una actuación inmediata de acuerdo con los dictados de la tradición y los mandatos del orden jurídico los que darán vida y, en su caso, mantendrán las convenciones. De este modo, «la responsabilidad se centra más en la realidad política que en su forma legal» (31). Las convenciones se convierten en reglas dictadas por circunstancias históricas concretas que permiten la actualización de la Constitución. «La existencia de una convención es una cuestión histórica y sociológica» (32). Las conven-

---

(30) WADE y PHILLIPS: *Op. cit.*, pág. 20.

(31) MARSHALL: *Op. cit.*, pág. 18.

(32) *Ibidem*, pág. 11.

ciones, pues, no están ligadas sólo a situaciones concretas, sino también a un espíritu, a una Constitución en definitiva, hecho este que explica el fracaso de algunas convenciones —al igual que el del otro tipo de normas— al ser «exportadas» y, a modo de ejemplo concreto, el fracaso de convenciones trasplantadas de Gran Bretaña a otros países de la Commonwealth.

La idea de convención no sólo implica fluidez, adaptabilidad, sino que presupone asimismo sometimiento o, mejor, reconocimiento de la tradición que permite un enlace con el resto del ordenamiento jurídico y con los principios que le inspiran y que permiten encuadrarlas dentro del marco de la «rule of law» o del Estado de Derecho. Las convenciones, si bien no necesitan de una tradición para ser reconocidas, las más destacadas vienen avaladas por el peso de la misma y en ocasiones su cumplimiento es debido a la «inercia», que hace que permanezcan por encima de las circunstancias que las dieron vida.

La paradoja de las convenciones estriba en que, por un lado, contribuyen a la actualización de la Constitución y de la vida política en general y, por otro, incluyen un factor de conservadurismo, de respeto a la tradición. Sin embargo, ya esa primera característica implica respecto a la herencia del pasado, con el que no se propone romper sino sólo reformar, adaptar, evitando también que viejas normas resulten obsoletas o caigan en desuso, obviando las dificultades que una reforma con arreglo al sistema formal establecido pueda acarrear. Por otro lado, el respeto hacia el sistema convencional en general lleva aparejado el respeto hacia los principios constitucionales que informan todo el ordenamiento por encima de corrientes pasajeras o de acontecimientos excepcionales, para cuya resolución también es posible recurrir a convenciones específicas, que decaerán una vez superadas las condiciones que las hicieron necesarias. En cualquier caso, las convenciones sirven a dos propósitos: actualización y tradicionalismo, coexistiendo ambos en un equilibrio no siempre fácil, cumpliendo siempre una labor de flexibilización a la hora de aplicar el Derecho y de facilitar la relación entre las diversas fuerzas políticas. De esta forma, la dialéctica permanencia-fluidez o rigidez-elasticidad se revela de manera más acusada en las convenciones que en otras manifestaciones jurídicas, puesto que porta dentro de sí esa dualidad que en el resto de los casos se traduce en el enfrentamiento entre el Derecho y la realidad. Por estos motivos, las convenciones no sólo tienden al desarrollo de la Constitución, sino además a su salvaguarda. En relación con esta función, el respeto hacia las convenciones es signo del que se siente hacia la propia Constitución, mostrando el acatamiento hacia el pacto constitucional y un equilibrio político, que serán completos si coinciden con el sentir de la opinión pública.

En este sentido, las convenciones suponen el complemento y la fórmula perfecta para un sistema de Derecho basado en el respeto a una tradición que marca los principios fundamentales de la actividad sociopolítica, sin por ello renunciar a los cambios que reclame la evolución histórica (33). Esta dualidad tradición-fluidez a la que nos venimos refiriendo se explica satisfactoriamente con una imagen, obra de Hatschek, de acuerdo con la cual las convenciones son al sistema legal lo mismo que el lenguaje hablado con respecto al lenguaje escrito (34). La racionalidad de las convenciones hay que conectarla siempre con los acontecimientos a los que se vinculan, y por lo cual «algunas reglas convencionales son más estables y duraderas que las propias normas legales, mientras que otras siguen más de cerca los cambios de las relaciones políticas concretas» (35).

### III. TIPOLOGIA DE LAS CONVENCIONES

La tipología de las convenciones puede afrontarse desde muy diversos ángulos. Uno de ellos es el que las distingue de acuerdo con su carácter y según el cual se puede llegar a la consideración de las convenciones «como manifestaciones meramente *descriptivas* de la práctica constitucional, basadas en la observación de lo que en realidad sucede», o bien «como manifestaciones *prescriptivas* de lo que ha de suceder, basadas en parte en la observación pero también en los principios constitucionales» (36).

Marshall considera útil establecer una distinción entre las «convenciones que imponen deberes» y las «convenciones que otorgan derechos» o facultades. Como ejemplo de este último tipo cita, entre otras, la facultad que en determinadas circunstancias posee la reina de negar al primer ministro la petición de disolución del Parlamento (37).

Hartley y Griffith (38) las distinguen de acuerdo con la importancia de la materia que regulan, destacando aquellas que en alguna medida constituyen el entramado constitucional, que facilitan el conocimiento de los pilares constitucionales y que condicionan su interpretación, aunque ninguna autoridad

(33) Véase A. L. LOWELL: *Le Gouvernement de l'Angleterre*, París, 1910, pág. 18.

(34) J. HATSCHKEK: «Konventionalregeln oder über die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung im öffentlichen Recht», en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Band III, Tubinga, 1909, pág. 5.

(35) RESCIGNO: *Op. cit.*, pág. 124.

(36) WADE y PHILLIPS: *Op. cit.*, pág. 17.

(37) MARSHALL: *Op. cit.*, págs. 7-8.

(38) HARTLEY y GRIFFITH: *Op. cit.*, pág. 6.

fuera capaz de realizar una defensa judicial de los mismos. Junto a éstas, otras cumplen un papel más secundario, sirviendo, fundamentalmente, para completar y facilitar el cumplimiento de las leyes y para regular las relaciones entre los distintos actores políticos. De este modo, el primer tipo de convenciones a las que se refieren los autores citados resaltan las convenciones que por su peso y tradición han llegado a convertirse en auténticos principios constitucionales. El segundo tipo lo integran la mayor parte de las convenciones y son las que permiten definir a estas normas características dentro del conjunto del ordenamiento y las únicas que verdaderamente reciben ese tratamiento en el marco del Derecho continental.

Una distinción frecuente entre los autores continentales es la que se aplica habitualmente a la costumbre en general y que, con respecto al ámbito del Derecho público, presenta la siguiente caracterización:

En primer lugar, la costumbre —o la convención—, que sustituye a la Constitución escrita, caso de no existir ésta, o en todas aquellas materias de las que carezca. El ejemplo más claro es, sin duda, el de Gran Bretaña.

En segundo lugar, la costumbre o convención como complemento de la Constitución escrita, en cuyo caso puede tratarse de una costumbre o convención interpretativa o supletoria, encargada esta última de cubrir las lagunas constitucionales.

Dentro de estas últimas habrá que distinguir las «*praeter legem*», generalmente admitidas por todos, de las «*contra legem*» o «*salvajes*», que suponen un atentado contra el ordenamiento y con respecto a las cuales se plantean numerosos problemas tanto prácticos como doctrinales, especialmente en relación con la revisión constitucional y sus límites (39).

Por su parte, Rescigno precisa más la distinción mencionada y presenta una tipología en atención a la relación que exista entre las convenciones y las leyes que les sirvan de referencia, partiendo de la base de que toda convención supone la existencia previa de normas legales.

El primer tipo de convenciones está compuesto por aquellas que sustituyen el contenido de las normas legales, reduciendo estas últimas a meros elementos de forma; en el segundo tipo las convenciones delimitan el contenido de las normas legales reduciendo las posibilidades de interpretación de las mismas; el tercer tipo viene caracterizado por convenciones que presuponen la regulación legal de una materia, pero sin relacionarse directamente con ninguna de sus normas; el cuarto tipo lo integran convenciones

---

(39) Véase, por ejemplo, J. GICQUEL y A. HAURIUO: *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, París, 1985, págs. 266-267.

que añaden un significado político ulterior a normas dotadas de plenos efectos jurídicos, que mantienen plenamente, y el ejemplo típico de tal tipo de convención es el de las leyes de presupuesto, cuyo desarrollo y evolución se han dotado de un sentido político, añadido al jurídico que poseían primitivamente (40).

Las convenciones pueden regular los más variados aspectos de la vida social, pero aquí sólo interesan aquellas que afectan a la vida política del Estado, y en particular las que forman parte de la Constitución. Dentro de ellas es posible distinguir entre las que afectan a los órganos fundamentales del Estado o sólo a órganos «auxiliares», entre las que regulan relaciones básicas o simples cuestiones procedimentales... Así, llegamos a la conclusión de que si en Gran Bretaña y en Estados Unidos han alcanzado tanta importancia las convenciones no se debe exclusivamente a su sistema legal, sino también, o por causa de ese primer motivo, a que regulan materias fundamentales de la vida estatal, que afectan a la actuación de las más altas magistraturas de la nación. Concretamente en Gran Bretaña, la configuración de la monarquía parlamentaria está unida al desarrollo convencional; como recordaba Keith: «Lo más importante de estas convenciones es que sirven para resolver la larga lucha entre la Corona y el pueblo de forma que se asegure que el poder discrecional de la Corona se ejercerá de acuerdo con los descos de la Cámara de los Comunes, como poder hegemónico del Estado, y además de acuerdo, en última instancia, con los deseos del electorado» (41).

Resulta más difícil establecer el contenido preciso de materias objeto de regulación convencional. Numerosos autores ofrecen ejemplos de las más destacadas (42), mientras que otros prefieren abstenerse de cualquier ejemplificación particularizada aduciendo la fluidez de las convenciones (43). Otros autores optan por agruparlas de acuerdo con las funciones que desempeñan o de acuerdo con las áreas en las que preferentemente se manifiestan; tal es, por ejemplo, el criterio adoptado por Phillips (44), mientras que Marshall se encarga de mostrar cuántos son los capítulos de la vida política en los que las convenciones tienen algo que decir y la gran importancia de

---

(40) RESCIGNO: *Op. cit.*, págs. 23-25 y 27 a 96.

(41) A. B. KEITH: *Constitutional Law*, Londres, 1946, pág. 6.

(42) Véase, por ejemplo, *ibidem*, págs. 4-5. CH. DEBBASH: *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, París, 1983, págs. 74-75. P. WIGNY: *Droit Constitutionnel*, Bruselas, 1952, vol. I, págs. 176-178.

(43) Véase H. W. HORWILL: *The usages of the American Constitution*, Oxford, 1925, pág. 196.

(44) Cfr. PHILLIPS: *Op. cit.*, págs. 85 y sigs. Con respecto a Francia, cfr. JEANNEAU: *Op. cit.*, págs. 58-59.

alguno de ellos, incluso para fijar con mayor precisión la materia constitucional (45).

No obstante, también resulta posible zanjar la cuestión de una manera más drástica: «La Constitución es lo que sucede, 'y si funciona es constitucional'. De modo que arranquemos esas páginas de los textos constitucionales encabezadas como convenciones y hablemos acerca de lo que sucede y de por qué lo que aconteció ayer puede no suceder mañana» (46).

#### IV. DISTINCION ENTRE CONVENCIONES Y OTROS TIPOS DE NORMAS

La distinción entre convenciones y otros tipos de normas puede enfocarse desde distintos ángulos, de entre los cuales resulta clásico el que en su día utilizara Dicey, y que establece una única distinción entre la ley constitucional en sentido estricto, por una parte, y las convenciones constitucionales, por otra, incluyendo dentro de las primeras tanto las leyes parlamentarias como el «common law», es decir, las normas susceptibles de someterse a control judicial, característica de la que, por el contrario, carecerían el segundo tipo de normas (47). La importancia que Dicey concede a esa nota distintiva ha sido muy criticada por la doctrina posterior por estimar que no es en ese extremo donde radica la esencia de la distinción, aparte de agrupar, en los dos tipos de normas que establece, diferentes categorías que poco tienen que ver entre sí. Posiblemente los mayores beneficios que ofrece la distinción de Dicey radiquen en destacar el papel de las convenciones constitucionales, elevándolas a la categoría de auténticas fuentes del Derecho constitucional al equipararlas, a salvo de las peculiaridades propias de su naturaleza, a las fuentes tradicionalmente reconocidas.

Dicho esto, parece útil, y aun conveniente, un contraste más particularizado entre las convenciones constitucionales y otros tipos de normas.

##### 1. Convención y uso

Esta distinción no siempre resulta clara y no es infrecuente la transformación de un uso en convención, pues si «por convención se entiende una regla vinculante, una regla de comportamiento aceptada como obligatoria por

(45) Véase MARSHALL: *Op. cit.*, *passim*.

(46) WADE y PHILLIPS: *Op. cit.*, pág. 24.

(47) DICEY: *Op. cit.*, pág. 23.

aquellos implicados en el funcionamiento de la Constitución», y «uso significa sólo una práctica usual» (48), será fácil admitir que éste tendrá aquella categoría cuando los que lo sigan asuman ese sentimiento de obligatoriedad. De hecho, una de las formas de nacimiento de las convenciones se produce precisamente a través de una práctica continuada gracias a la cual surge el convencimiento de su fuerza obligatoria. En cualquier caso, conviene tener presente que, si bien las convenciones pueden originarse de una práctica habitual, ésta no conduce necesariamente a crear una convención. «Un único precedente con una buena razón puede bastar para establecer una norma. Una serie completa de precedentes sin tal razón puede no ser suficiente, a menos que resulte perfectamente claro que las personas afectadas los contemplan como vinculantes» (49).

## 2. Convención y costumbre

En este caso, resulta aconsejable recurrir a observar las características tradicionalmente atribuidas a la costumbre y a partir de ahí destacar sus diferencias con las de las convenciones. Allen (50), por ejemplo, lleva a cabo un análisis casi exhaustivo de las notas típicas de la costumbre, a saber: antigüedad, continuidad, disfrute pacífico, fuerza obligatoria, certeza, consistencia y racionalidad. De estas diferentes notas muchas son comunes a la convención, si bien, claro está, puede establecerse asimismo diferencias. En concreto: con respecto a la fuerza obligatoria, la costumbre cuenta con la garantía que le brindan los órganos jurisdiccionales, y por lo que se refiere a la antigüedad y especialmente a la continuidad, caracteres que aparecen también frecuentemente en las convenciones, no constituyen requisitos esenciales de las mismas, existiendo incluso la posibilidad, ya vista, de que se reconozca una convención a partir de un único antecedente.

La diferencia se hace casi imposible en aquellos autores que no distinguen entre ambos tipos de normas, en cuyo caso la mayoría tienden a dotar a la convención de idénticos caracteres a los de la costumbre —al menos en una primera definición formal—; sin embargo, algún autor (51), al identificar ambos tipos de fuentes, es a la costumbre a la que acerca a la convención, al

(48) K. C. WHEARE: *Modern Constitutions*, Londres, 1966, pág. 122.

(49) JENNINGS: *Op. cit.*, pág. 135.

(50) C. K. ALLEN: *Law in the making*, págs. 133 y sigs. Véase también ANSON: *Op. cit.*, págs. 58-61.

(51) B. UWANNO: *Les conventions de la Constitution en Grande Bretagne*, tesis citada por BEAUD: *Op. cit.*, pág. 128.

destacar la idea de elección y, por tanto, el principio de voluntariedad; con ello se da cabida a un nuevo tipo de fuentes, las convenciones, que dentro del Derecho constitucional se van abriendo paso frente a la costumbre, única reconocida anteriormente por el Derecho continental, pero en la actualidad normalmente sólo admitida dentro del Derecho parlamentario.

Se ha esgrimido también el argumento, más discutible, de que la costumbre afecta a toda la sociedad y las convenciones únicamente a grupos reducidos; sin embargo, en el presente, resultaban escasas las costumbres de vigencia generalizada, mientras que las convenciones en numerosas ocasiones, aun obligando a un reducido número de personas, pueden tener una trascendencia general en el desarrollo de la vida política.

Posiblemente la distinción más clara, al menos teóricamente, sea la ofrecida por Pizzorusso en el sentido de que las costumbres son «reglas heterónomas para el particular, en tanto que las convenciones son la expresión de autonomía de los sujetos que les dan vida» (52). Sin embargo, ciertamente, los actores en muchos casos no sabrán distinguir la motivación de su actuación, por lo que, finalmente, será la interpretación judicial o, en su caso, doctrinal la que dictamine si determinada regla ha de ser considerada uso, costumbre o convención (53).

### 3. Convención y ley

La diferencia entre ambas parece clara en una primera aproximación; sin embargo, no deja de plantear numerosas dificultades. Sir Ivor Jennings estableció tres diferencias entre ambas: primera, que en caso de incumplimiento de una ley será tarea de los tribunales el declararlo y, en su caso, imponer la sanción correspondiente, careciendo, en principio, las convenciones de tales garantías; segunda, que las leyes se establecen formalmente por los órganos

---

(52) PIZZORUSSO: *Op. cit.*, pág. 396; cfr. además RESCIGNO: *Op. cit.*, págs. 110-115. Sin embargo, J. PÜTZ califica el «Gewohnheitsrecht» como «selbständiges» (independiente), lo que conduce a pensar que no se está refiriendo a un verdadero Derecho consuetudinario sino más bien a las convenciones (*Allgemeines Staatsrecht und Bundesstaatsrecht*, Berlín, 1984, pág. 54).

(53) Cfr. KEITH: *Op. cit.*, pág. 7. Por su parte, CRISAFULLI considera que, «para los ingleses, las reglas convencionales permanecen como tales (y no son, por tanto, justiciables) aunque el primer precedente vaya seguido de una práctica conforme, y aun si está eventualmente acompañada de la 'opinión juris'; mientras que de acuerdo con nuestros principios, nada se opone a que una decisión singular y puntual, en todo caso acordada y consentida, dé origen al proceso de formación de una auténtica costumbre» (*Lezioni di Diritto Costituzionale*, II, 1, *Le fonti normativi*, Padua, 1978, página 154). En la misma línea, GOMES CANOTILHO: *Op. cit.*, págs. 120-121.

legislativos o (en un sistema anglosajón) por decisiones de los tribunales, mientras que la mayor parte de las convenciones no requieren de un procedimiento formal; tercera, una diferencia de índole casi psicológica, al atribuir una mayor «santidad» a la ley que a la convención (54). Sin negar la validez de tales distinciones, sí las estimamos poco contundentes y faltas de precisión.

La primera de ellas ha sido objeto de numerosas críticas, ya desde Dicey, puesto que también este autor la consideraba como la primera diferencia entre ley y convención. Las críticas destacan el hecho de que no todas las leyes son susceptibles de control por parte de los tribunales de justicia, pues lo son generalmente las de Derecho privado, pero en menor medida las de Derecho público, campo precisamente en el que recaen la mayoría de las convenciones o, al menos, las más significativas y desde luego las que interesan al Derecho constitucional. El hecho de que las convenciones no sean directamente judiciales, si bien puede aceptarse como una característica de las mismas, no se puede considerar como rasgo que las diferencia de las leyes. Tal y como se ha apuntado, si es cierto que las convenciones no están directamente sometidas al juicio de los tribunales o a la autoridad del Parlamento, no hay que dejar de observar cómo existen otras normas que tampoco son susceptibles de ser sometidas a los tribunales. Es necesario recordar cómo las propias Constituciones durante mucho tiempo no se consideraron directamente aplicables ni la violación de sus preceptos recurribles ante ningún tribunal. Y junto a éste es posible aportar otros muchos ejemplos de leyes no justiciables ya por su propia naturaleza, por ejemplo cuando constituyen una simple enumeración de principios, ya porque la propia ley u otra así lo haya estipulado. De este modo, la no justiciabilidad de las convenciones representa una característica que las diferencia de las normas legales «típicas», pero no de las leyes en general.

Lo que distingue a las convenciones no es, pues, la ausencia de sanción, ya que ésta puede conseguirse de manera diversa y, en ocasiones, con resultados más drásticos que los de una sanción formal, sino que la diferencia radica, como recordaba Max Weber, en que falta «un cuerpo de personas especialmente destinado a mantener su cumplimiento (juez, fiscales, funcionarios administrativos, etc.)» (55).

La segunda distinción recogida por Jennings, el establecimiento formal de las leyes por los órganos legislativos competentes, es, sin duda, más clara e importante. Las leyes en sentido estricto proceden, en todo Estado de Derecho, de unos órganos expresamente facultados para dictarlas y de un procedi-

---

(54) JENNINGS: *Op. cit.*, págs. 131-132.

(55) M. WEBER: *Economía y sociedad*, México, 1979, pág. 28.

miento legislativo preciso y predeterminado: solamente en el caso de que las leyes procedan de esos órganos y se ajusten al procedimiento establecido son consideradas válidas y, en consecuencia, Derecho. Las convenciones, por el contrario, no requieren de ningún procedimiento preestablecido, sino que en cada caso se adaptan al pacto que les da vida o a la práctica habitual si proceden de la tradición. Es decir, es la forma lo que caracteriza a la ley, frente al universo creativo de las convenciones y, como contraposición a la manifestación unilateral que da vida a la ley, aparecen con frecuencia como «fruto de una voluntad conjunta de los poderes públicos» (56). Y, junto a la forma, la «fuerza y el rango de ley» que confiere a las leyes una relevancia específica frente a otro tipo de normas, entre ellas las convencionales.

De la misma manera que es posible, e incluso frecuente, que los usos se conviertan en convenciones, también lo es que éstas se transformen en leyes en sentido estricto. Los motivos que conducen a ello son variados y de entre ellos pueden destacarse los siguientes: conseguir una mayor claridad y, en consecuencia, una mayor seguridad jurídica; acceder al control de las mismas por los tribunales o por otras autoridades... Sin duda el principal consiste en facilitar la seguridad jurídica, razón por la cual es frecuente que antiguas y reconocidas convenciones se conviertan en leyes después de haber sido violadas para así dotar a esas normas de mayores garantías ante una eventual repetición de tal quebrantamiento.

Ahora bien, es necesario puntualizar que la conversión de una convención en ley no consiste en una mera trasposición a un texto, ya sea recopilación de diversas convenciones, por ejemplo las del Privy Council Office en Gran Bretaña, o simple puesta por escrito de algunas de ellas, como aparecen en ocasiones en los *Diarios* de las Cámaras. En estos casos únicamente se pretende clarificarlas o darles publicidad, mientras que para convertirlas en leyes es necesario que se cumplan los requisitos formales correspondientes. En este sentido, la fórmula habitual para convertir una convención en ley será mediante el ejercicio legislativo del Parlamento, si bien también es posible en los ordenamientos de Derecho común —aunque infrecuente— que lo hagan mediante creación jurisprudencial (57), para lo cual es necesario algo más que el mero reconocimiento de su existencia, hecho este último que constituye una práctica habitual.

La conexión entre la ley y la convención es constante y sumamente estrecha, sin olvidar nunca, según recuerda la mayor parte de la doctrina, que las convenciones presuponen la existencia de una ley (58); mas luego, la

(56) GICQUEL y HAURIUO: *Op. cit.*, pág. 283.

(57) Así lo reconoce, por ejemplo, WHEARE: *Op. cit.*, pág. 135.

(58) Véase RESCIGNO: *Op. cit.*, pág. 23.

normal evolución de las leyes y su permanencia estarán ligadas a las convenciones que las desarrollen e interpreten. Asimismo, no resulta exagerada la afirmación de que «no resulta imposible para las convenciones el llegar a convertirse en leyes, porque éstas son convenciones» (59), considerando así a la ley como una «convención formalmente reforzada y garantizada».

En opinión de algunos autores, sin embargo, no resulta de utilidad formular la distinción entre ley y convención; para unos (60) porque la mayoría de las convenciones constitucionales se refieren al Gobierno, y éste no limitará su actividad en función de que la regulación proceda de la ley o de la convención, sino que la única limitación real será la que le fije la voluntad parlamentaria; para otros porque estiman que lo único verdaderamente importante es el reconocimiento de ambas, leyes y convenciones, sin que para su cumplimiento tenga importancia determinar su naturaleza, sino precisar su contenido en todo caso y procurar que tanto unas como otras coincidan con el sentir de la opinión pública. Esta última apreciación se corresponde, en gran medida, con la experiencia británica, según la cual el respeto a los principios constitucionales se ha mantenido por encima de su plasmación o no en textos legislativos.

Por este y otros motivos, resulta muy discutible el tercer argumento enunciado por Jennings para distinguir leyes y convenciones —a pesar de ser comúnmente alegado por la doctrina anglosajona—, pues esa supuesta «santidad» de las leyes no tiene otro amparo que el de su legalidad, pues especialmente en Gran Bretaña se observa un mayor respeto hacia determinadas convenciones que hacia ciertas leyes dictadas por el Parlamento, y ese trato de favor está más ligado al respeto a unos principios constitucionales o a ser reflejo de la opinión pública que al respeto de una jerarquía normativa. Así, el propio Jennings, en otro lugar, estima que la distinción entre leyes y convenciones no es fundamental, puesto que ambas han de basarse en la aquiescencia, afirmación valedera para el sistema británico, donde impera el respeto a la tradición y a la opinión, mientras que allí donde exista una Constitución escrita todos los agentes políticos se verán condicionados por lo que en su día estableciera el poder constituyente; por otra parte, en el Continente la primacía de la ley goza de tal predicamento que difícilmente las convenciones podrán situarse en el mismo plano que la ley. Por ello, resulta más útil recurrir al argumento, anteriormente mencionado, de la formalidad de la ley, formalidad que constituye uno de los pilares básicos de la creación del Derecho positivo y, en definitiva, del Estado de Derecho.

---

(59) JENNINGS: *Op. cit.*, pág. 118.

(60) *Ibidem*, págs. 130-131.

4. *Convención y «normas de cortesía»*

La distinción entre convenciones constitucionales y otro tipo de normas puede ampliarse si a las categorías básicas ya examinadas añadimos otras como las que regulan el funcionamiento interno de las Cámaras parlamentarias o las «normas de cortesía» u otros tipos especiales de usos. En general, las distinciones pueden reconducirse a las de los tipos generales ya estudiados, siendo la diferencia, en muchos casos, meramente terminológica.

Con respecto a las normas de cortesía, dada la identidad de términos en la que caen algunos autores italianos, se ha producido un intento de distinción por parte de otros autores, como, por ejemplo, Rescigno (61) o Spagna Musso, quien sintetiza tal distinción de la siguiente forma:

Las convenciones constitucionales «serían normas encuadradas dentro de la materia constitucional no jurídica, pero que 'resulta conveniente' respetar por razones de oportunidad político-constitucional mediante un acuerdo de regulación tácito; las normas de cortesía, por el contrario, derivan de un comportamiento uniforme desplegado a lo largo del tiempo. Por otro lado, como fundamento de esta última distinción, las convenciones constitucionales serían normas jurídicas privadas pero de sustancial relieve político y dotadas de sanción política; al contrario, las normas de cortesía constitucional serían normas no jurídicas sobre cuestiones de ceremonia, de buena educación política, de 'fair play' constitucional, de mera cortesía en el desarrollo de las relaciones políticas» (62).

Otros autores llevan a cabo una diferenciación más particularizada, introduciendo el factor «necesidad», como Santi Romano (63), o como Barile, quien distingue entre «costumbre constitucional, no interpretativa, sino introductiva y abrogativa, en sus dos subespecies de la abrogativa propiamente dicha y de la de desuetudo; la necesidad; la legítima defensa y la fuerza mayor; las denominadas convenciones constitucionales...» (64), si bien la amplitud de supuestos que contempla Barile está relacionada con su peculiar idea acerca de los hechos normativos susceptible de entrar dentro del concepto de poder constituyente.

En el Derecho continental, en general, la distinción depende de la pecu-

(61) RESCIGNO: *Op. cit.*, págs. 147-150.

(62) E. SPAGNA MUSSO: *Diritto Costituzionale*, Padua, 1979, vol. I, pág. 121.

(63) S. ROMANO: «L'istaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione», en *Scritti minori*, Milán, 1950, vol. I, pág. 151.

(64) P. BARILE: «La revisione della Costituzione», en *Scritti di Diritto Costituzionale*, Padua, 1967, pág. 84.

liar concepción de cada autor sobre el Derecho constitucional no escrito, y van desde el desconocimiento acerca de cualquier distinción, refiriéndose, por lo general, únicamente a la «costumbre», a los que tratan de diversificar al máximo las características de este tipo de normas tan difícilmente tipificables.

Por otra parte, el hecho de que en Gran Bretaña resulte especialmente laboriosa la distinción entre los diferentes tipos de normas se debe a que las leyes y las convenciones, las costumbres y los precedentes judiciales forman un todo, un conjunto en el que resulta imposible entender unos ignorando la existencia de los otros, ya que se han ido formando y amalgamando al compás de la historia, de forma que costumbres y convenciones han dado lugar a leyes en sentido estricto, mientras que de éstas han nacido nuevas convenciones, siempre sobre la base de los antiguos principios constitucionales. Y todo ello conforma la esencia de la Constitución británica.

Con todo, las distinciones precedentes no han de hacernos olvidar que la consideración última sobre el carácter de una norma es resultado de una convención (65).

#### V. LAS CONVENCIONES COMO VIA DE MODIFICACION CONSTITUCIONAL

Las convenciones constitucionales modifican en numerosas ocasiones la Constitución, lo que en opinión de Wheare (66) puede suceder de tres formas: 1.<sup>a</sup>, anulando un mandato constitucional; 2.<sup>a</sup>, transfiriendo poderes de un órgano a otro, y 3.<sup>a</sup>, completando la Constitución. Esta última forma es la más comúnmente aceptada y las lagunas de la Constitución son terreno abonado para la formación de convenciones, las cuales dotarán a aquélla de un carácter específico. Asimismo suele admitirse la atribución de poderes a los diversos órganos estatales, siempre que no altere los mandatos constitucionales.

La primera de las posibilidades enunciadas es rechazada por la mayoría de la doctrina; sin embargo, la práctica muestra que, en ocasiones, son aceptadas y pueden dar paso a una auténtica mutación constitucional. La cuestión resulta en cualquier caso polémica y ha sido objeto de estudio por parte de numerosos autores.

En el continente europeo es precisamente la cuestión de las modificaciones tácitas a la Constitución la que provoca un mayor acercamiento de los

(65) Véase RESCIGNO: *Op. cit.*, pág. 138.

(66) WHEARE: *Op. cit.*, pág. 132.

autores a la problemática de la costumbre y de las convenciones constitucionales. Las posiciones de los autores, sin embargo, varían en alguna medida, pues si bien en principio todos parecen coincidir en su rechazo contra cualquier modificación tácita de la Constitución, después algunos dejan abiertas ciertas vías y otros llegan a admitirlas plenamente en casos determinados. En líneas generales, se puede afirmar que los representantes o simpatizantes de la escuela histórica (Carbone, Del Vecchio, Tesauro...) conceden una eficacia máxima a la costumbre y a otros hechos normativos.

Si pasamos revista de forma más particularizada a la opinión de diversos autores encontramos una postura claramente contraria a aceptar modificaciones tácitas en Tomuschat y Hsü-Dai-Lin (67). En igual sentido se manifiestan Miele y Bobbio (68), a pesar de conceder una gran importancia a las «otras fuentes del Derecho», las cuales siempre deberán doblegarse ante el imperio de la ley.

Ferraciú y Virga (69) admiten ese tipo de modificaciones siempre que no atenten contra los principios generales. La particularidad de Ferraciú radica en que considera a la costumbre (y hay que pensar que también a las convenciones) como una manifestación tácita de la voluntad estatal. Por su parte, Miceli estima admisible la «desuetudine» ante el silencio del órgano de control y Onida en el caso de que las violaciones hayan sido sancionadas por el Tribunal Constitucional (70). En la misma línea podemos situar a Mortati, quien se muestra partidario de dar por válidas las modificaciones tácitas a la Constitución siempre que así lo manifiesten los jueces constitucionales, con lo cual éstos aparecen, una vez más, no ya como intérpretes de la Constitución, sino como auténticos creadores de la misma (71).

Barile (72) presenta una opinión particular, puesto que las mutaciones constitucionales las interpreta no como atentados a la Constitución, sino como manifestaciones del poder constituyente, con lo cual garantiza la legitimidad

(67) C. TOMUSCHAT: *Verfassungsgewohnheitsrecht?*, 1972, págs. 149 y sigs.; HSÜ-DAU-LIN: *Die Verfassungswandlung*, Berlín-Leipzig, 1932, págs. 120 y sigs.

(68) G. MIELE: *Le situazioni di necessità dello Stato*, Padua, 1936, *passim*; N. BOBBIO: *La consuetudine come fatto normativo*, Padua, 1942, esp. pág. 88.

(69) FERRACIÚ: «La Consuetudine», en *Studi Senesi*, Turín, 1919, págs. 3 y sigs.; VIRGA: *Op. cit.*, págs. 260 y sigs.

(70) MICELI: *Analisi giuridica della nozione di incostituzionalità*, Milán, 1901, págs. 47 y sigs.; ONIDA: *Giurisprudenza Costituzionale*, 1966, pág. 13, citado en A. PENSOVECCHIO LI BASSI: *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Milán, 1972, página 146.

(71) C. MORTATI: *La Costituzione in senso materiale*, Milán, 1940, págs. 171 y sigs.

(72) BARILE: *Op. cit.*, págs. 82 y sigs. y, dentro de la misma obra, el capítulo titulado «Potere Costituente», págs. 605 y sigs.

de los actos normativos, entendidos, según se ha visto anteriormente, de forma extensiva. A semejantes conclusiones llega J. Rossetto, en este caso apoyándose en la interpretación por consentimiento mutuo, la cual resulta igualmente válida si llega a la modificación de normas legales (73).

Determinados autores recurren a la distinción entre Constitución formal y Constitución material; las convenciones, obviamente, forman parte de la Constitución material y en ningún caso, cualesquiera que sea su importancia, podrán atentar contra lo estipulado en la Constitución formal, lo cual pondría en marcha los mecanismos de defensa previstos por el ordenamiento. No obstante, algunos autores terminan por dejar una puerta abierta al «fait accompli». Además, posiblemente, en la realidad, al menos en el caso de atentados leves, se pueda invocar una «justificación política», la «convivencia social», la conformidad por parte de la opinión pública u otras razones semejantes, utilizadas en otras ocasiones por los Tribunales Constitucionales para defender la legitimidad de determinadas normas, dejando a salvo siempre el principio del Estado de Derecho y el resto de los principios constitucionales, en un intento de aproximar el Derecho y la realidad.

En cualquier caso, resulta evidente que las posibilidades y el significado de la reforma constitucional a través de convenciones constitucionales será por completo diferente según exista o no Constitución escrita y de acuerdo con el carácter general de cada ordenamiento. Asimismo, en numerosas ocasiones será difícil determinar los límites entre constitucionalidad e inconstitucionalidad, debido a lo cual será decisiva la labor de interpretación.

## VI. LA OBEDIENCIA A LAS CONVENCIONES

La obediencia a las convenciones, de acuerdo con Dicey, se aseguraba por tres causas:

En primer lugar, por el deseo de mantener las tradiciones del gobierno constitucional. En este motivo encarna la vocación conservadora de las convenciones, al ser éstas expresión del espíritu que dio origen a la Constitución británica y que inspiró su evolución posterior.

En segundo lugar, por conservar el orden del aparato estatal, contribuyendo a que todos los órganos actúen conforme a los principios de la Constitución y procurando la coordinación entre los diferentes órganos, hechos que se ven favorecidos por la natural fluidez de las normas constitucionales.

Y en tercer y último lugar, debido al deseo de gozar de la confianza del

---

(73) ROSSETTO, en *op. cit.*, pág. 131.

pueblo y, de esta manera, conservar el poder. En este aspecto prima la efectividad sobre la estricta legalidad, si bien se presupone el respeto a los principios constitucionales (74).

En efecto, la obligatoriedad de las convenciones resulta de muy variados factores de diferente naturaleza. Las convenciones normalmente se siguen debido al peso que encierra una práctica continuada y a la utilidad que reportan, y generalmente se extinguirán al perderse esta última, si bien en ocasiones el peso de la tradición es suficiente para conservarlas, aun habiendo perdido su utilidad inicial, mas si tal tipo de convención resulta quebrantada, hay que presumir que, al haber perdido su razón de ser, no llevaría aparejada ningún tipo de sanción. Los problemas surgirán ante el incumplimiento de convenciones «razonables». En este punto es necesario adelantar que si no todas las convenciones son iguales, tampoco su fuerza obligatoria será la misma ni su incumplimiento acarreará siempre las mismas consecuencias. En un sistema como el británico, donde las convenciones cubren sectores importantes de distribución y ejercicio del poder, dependerá de su peso específico dentro del sistema y de la calidad y cantidad de los agentes afectados para que los efectos del incumplimiento se manifiesten de una u otra manera y para determinar las posibles sanciones.

Puesto que gran parte de las convenciones regulan relaciones entre órganos, y principalmente relaciones de carácter político, serán esos mismos órganos los que mediante su actuación determinen la fuerza de las convenciones y las sanciones en caso de quiebra de las mismas. Entre las convenciones que sólo afectan a círculos restringidos, el abandono de una convención será incumbencia únicamente de sus actores: si todos se muestran de acuerdo, simplemente estarán ejerciendo sus facultades; si la ruptura es obra de algunos de ellos, será la correlación de fuerzas la que decida la cuestión, imponiendo el más poderoso su voluntad. En numerosas ocasiones prevalece esta idea de que la norma convencional únicamente vincula a los implicados por la misma y, por tanto, sólo a ese «círculo interior» corresponderá decidir sobre todos los aspectos concernientes a la convención, factor que en ocasiones ha sido precisamente el que ha llevado a preferir este tipo de regulación a otro en el cual fuera necesario la concurrencia de otras voluntades.

En caso de que las convenciones incidan en sectores fuera de los llamados a ejecutarlas será cuando su ruptura adquiera mayores repercusiones. Si la convención incumplida es de gran trascendencia resulta fácil que la quiebra de la misma lleve aparejada el de otro tipo de normas susceptibles de ser amparadas por los tribunales o de provocar la respuesta por parte de

---

(74) DICEY: *Op. cit.*, págs. 442 y sigs.

otros órganos constitucionales, fundamentalmente del Parlamento. Esa respuesta no tiene por qué ser inmediata, sino que se intente no sancionar directamente el quebrantamiento de la convención, sino restablecer el equilibrio y ofrecer garantías para el futuro, llegando, en su caso, a convertir la antigua convención en ley formal con sus correspondientes garantías.

En ocasiones la actuación contraria a una convención recae directamente sobre los que la han cometido, pudiendo forzar a una pérdida del cargo e incluso a una separación de la vida política del que quebrantó la convención.

En otros casos, por fin, dada su importancia y significación, se acompañan de la sanción de la opinión pública, a la cual, en determinadas ocasiones, son los propios poderes públicos los que trasladan a su decisión las cuestiones planteadas con motivo del quebrantamiento de una norma convencional, a la vez que de hecho induce a su cumplimiento ante las presumibles consecuencias que implicaría el no hacerlo.

De lo anterior se deduce que las convenciones sí llevan aparejadas sanciones, las cuales también disfrutan de la naturaleza difusa de las convenciones. La característica de esas sanciones viene dada por el hecho de que proceden de órganos no judiciales y de que precisamente, en general, a los tribunales les está vedada la justiciabilidad de las convenciones (75). Sin embargo, esta circunstancia no impide que los tribunales reconozcan las convenciones y, de forma mediata, las utilicen como fundamento de sus sentencias.

Marshall cita diversas circunstancias que han dado motivo para que los tribunales hayan reconocido convenciones, acompañándolas de diversos ejemplos (76). No obstante, hay que destacar, como hace el mismo autor, que el reconocimiento de las convenciones por los tribunales no significa una aplicación directa de las mismas, sino únicamente sirve como medio de interpretación de las leyes; es decir, los tribunales no aplican las convenciones como fuentes directas del Derecho, pero sí reconocen su existencia dentro de esas fuentes. Por otro lado, en algún momento los tribunales incorporaron ciertas convenciones al «common law», pero de semejante práctica no se ofrecen ejemplos en la actualidad. Mas, en cualquier caso, el reconocimiento judicial de las convenciones clarifica el contenido de las mismas a la vez que refuerza su posición.

En el continente europeo se admite en ocasiones la posibilidad de que las convenciones sean reconocidas por los Tribunales Constitucionales —y solamente por ellos—, como de hecho sucede, sin que ello suponga su reconoci-

---

(75) MARSHALL: *Op. cit.*, pág. 230.

(76) *Ibidem*, págs. 13 y sigs.

miento como auténticas normas jurídicas, sino que sólo sirven al «fin de interpretar y aplicar normas constitucionales escritas» (77). Sin embargo, cabe también preguntarse qué validez tienen esas declaraciones judiciales y en qué medida pueden afectar al normal desarrollo de las convenciones.

A modo de conclusión, y dentro de una estricta discusión constitucional, es necesario afirmar, de acuerdo con Hesse, que «la vinculación a la Constitución escrita no excluye un Derecho constitucional no escrito» (78), puesto que, entre otras causas, la Constitución, aunque tenga aspiraciones de totalidad, nunca puede abarcar todo el campo en el que se desarrolla la actividad estatal. Por ello, es posible afirmar con Holdsworth que las «convenciones se desarrollarán en cualquier tiempo y lugar en que los poderes del Estado estén investidos en diferentes personas u órganos, allí donde, en otras palabras, exista una Constitución mixta» (79). Es posible declarar, al igual que hace Rescigno refiriéndose a la realidad italiana (80), que las convenciones se hallan más extendidas de lo que usualmente se admite, en aras quizá de la seguridad jurídica, pero en detrimento de una mejor comprensión de las relaciones y de la práctica políticas.

---

(77) RESCIGNO: *Op. cit.*, pág. 146; véase también págs. 125-128.

(78) K. HESSE: *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, 1983, pág. 23.

(79) W. HOLDSWORTH: «The Conventions of the Eighteenth Century Constitutions», en *17 Iowa Law Review*, 1932, pág. 161.

(80) RESCIGNO: *Op. cit.*, pág. 165.