



Néstor Pedro Sagües
Abogado argentino, profesor de
Derecho Constitucional en la
Universidad Católica de Rosario.

DERECHO Y REALIDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

por Néstor Pedro Sagüés

Sumario: I. Introducción. La realidad y el mundo jurídico. II. Manifestaciones de la realidad constitucional. III. Objeto de este trabajo. IV. Catificación jurídica de la costumbre constitucional. Trasfondo ideológico del problema. V. Enfoque legal-formalista. VI. Enfoque factista. VII. Evaluación. Rol constituyente de la costumbre. VIII. Derogación del derecho consuetudinario constitucional. IX. Legitimidad de la costumbre constitucional.

I. Introducción. La realidad y el mundo jurídico.

Substancialmente hoy dos modos de visualizar a la realidad, desde el punto de vista del derecho: o como fenómeno jurídico, o como fenómeno extrajurídico. Esta última perspectiva, propia del formalismo y del legalismo, está prácticamente abandonada en el derecho constitucional: ningún constitucionalista serio diría hoy que el derecho constitucional principia y termina con el análisis de las reglas formales de la constitución, y con las normas infraconstitucionales que complementan al texto constitucional. Parafraseando a Chastarón, bien podría decirse hoy que quien solo conoce a las cláusulas constitucionales, no conoce a la Constitución.

Para la concepción tridimensional del derecho, la realidad constitucional es parte del derecho constitucional: como lo son las normas constitucionales y subconstitucionales que regulan los aspectos esenciales del Estado, y los valores constitucionales. Por ende, de acuerdo con esta doctrina -cuya utilidad expositiva y metodológica es harto evidente-, la realidad constitucional importa una fenomenología jurídica, de conocimiento indispensable para el constitucionalista. (1).

II. Manifestaciones de la realidad constitucional

La dimensión fáctica o existencial del derecho constitucional que llamamos "realidad constitucional" tiene distintos modos de expresarse.

Por supuesto, hablamos de conductas, comportamientos, hechos, protagonizados por los operadores de la Constitución (operadores formales, de *jure*, pero también informales, de *facto*). Y en ese ámbito pueden registrarse diferentes episodios: (2)

- actos de obediencia y de cumplimiento de la Constitución formal;
- actos de cobertura y cegado de las lagunas constitucionales;
- actos de incumplimiento y rechazo de la Constitución formal;
- adopción de usos constitucionales, habituales pero no obligatorios;
- constitución de reglas constitucionales de derecho consuetudinario constitucional;
- derogación de normas constitucionales formales, por el derecho consuetudinario constitucional;
- oposición de reglas de "derecho repentino", que tienden a ser obligatorias, aunque no estén referenciadas por prácticas inveheteradas. (3).

(1) Sobre la concepción tridimensional del derecho constitucional, véase Néstor Pedro Sagüés, "Forma del derecho constitucional" (B. A., 1992), 1ª ed., ed. Depalma, p. 11 y sigs.; Sagüés, Néstor Pedro, "Los valores" (B. A., 1977) ed. Depalma, passim.

(2) Sobre los "conceptos" jurídicos, véase Sagüés, Néstor Pedro,

"En el CEJL, y en el marco de la "confección constitucional" italiana, véase Néstor Pedro Sagüés, "Teoría Constitucional", (ed. por Néstor Pedro Sagüés) (Buenos Aires, 1992), ed. Espasa-Calpe, pp. 29 a 31; De Vergottini Giuseppe, "Certeza constitucional comparada", (ed. por Pablo Lucas Vessé) (Madrid, 1985), ed. Espasa-Calpe, pp. 176 y 180; Sagüés, Néstor Pedro, "Derecho Constitucional", (ed. por Pablo Lucas Vessé)

(Madrid, 1985), ed. Espasa, p. 170, etc.

(3) El "derecho repentino" puede surgir con la oposición de un acto hecho, visto como siempre y digno de imitación en la experiencia jurídica futura. Véase Goldschmidt Werner "Introducción teórica al derecho", 4ª. ed., B. A., 1973, ed. Depalma, p. 91.

III. Objeto de este trabajo

De la muy amplia temática que presenta la costumbre constitucional, hemos escogido para tratar aquí tres aspectos principales.

El primero refiere al valor de la costumbre constitucional, con particular referencia al rol constituyente de la realidad constitucional. El segundo alude a la derogación del derecho consuetudinario constitucional, tema poco trabajado y que despierta más interrogantes que respuestas. El tercero y último versa sobre la legitimidad o legitimidad de la costumbre constitucional, y trata, naturalmente, de ciertas reflexiones axiológicas sobre dicha costumbre a la luz de los valores jurídico-políticos.

IV. Colocación jurídica de la costumbre constitucional. Trasfondo ideológico del problema.

La valoración de la costumbre constitucional provoca distintas discusiones según el tipo de costumbre de que se trate.

Por ejemplo, poco se objeta sobre la admisión de la costumbre "secundum constitutionem". En cambio, la polémica es mayor respecto a la costumbre "proter constitutionem", y muy dura en cuanto la costumbre "contra constitutionem". Esto es explicable porque en el último caso es donde se plantea la oposición entre el derecho constitucional formal y el derecho constitucional informal.

Detrás de la controversia que se analizará enseguida, afloran aparte de argumentaciones estrictamente teóricas y conceptuales, planteos ideológicos insoslayables. Por ejemplo, una tendencia minimizará el valor de la costumbre constitucional (en Francia), porque ésta, al declinar el siglo XVII, importaba una manifestación del *ancien régime*. En tal escenario, la costumbre fue entendida como supervivencia de un sistema anacrónico, derribado con la revolución de 1789, al que cabía combatir mediante el nuevo derecho revolucionario francés, traducido en leyes formales que debían ser expresión de la voluntad general.

Eso, por un lado. Otra razón del cuestionamiento de la costumbre es que el derecho informal siempre adopta actitudes de autonomía y de separación frente al derecho formal, emanado éste de la voluntad de los titulares oficiales del poder estatal. Si la constitución es ideológica (como inevitablemente está condenada a serlo), es natural que el constituyente oficial privilegie el valor de su mandato ideológico (renunciado en las cláusulas escritas de la constitución), y trate de reducir en todo lo posible el valor del derecho espontáneo o informal, derecho que bien puede no ser domesticable, e incluso, alguna vez, asumir la condición de derecho rebelde frente al derecho constitucional formal.

Cabe recordar, asimismo, que las doctrinas autoritarias y totalitarias se han rehusado casi siempre a admitir el valor de la costumbre (y del derecho natural), como manifestaciones normativas ajenas a la voluntad del Estado, y por tanto, expresiones de autoridad distintas a las del poder oficial, expresado monopólicamente en la ley positiva. (4)

Desde esta perspectiva formalista la objeción del valor del derecho consuetudinario, y especialmente del derecho consuetudinario constitucional, se ha basado en el valor secundario, perjudicado por la referencia de un derecho informal eumáticamente maleable, flexible y no



siempre preciso, que erosionaría la certeza de la vigencia y aplicabilidad del derecho formal.

Digamos igualmente que la controversia sobre la aceptación o el cuestionamiento de la costumbre en el derecho constitucional es cuantitativamente más significativa que en otras ramas del derecho, porque la habitual brevedad del texto constitucional hace que las normas consuetudinarias sean por lo común abundantes e importantes, máxime si la constitución formal es antigua y ha debido adaptarse a circunstancias históricas muy distintas a las existentes al momento de su sanción.

Veamos los dos enfoques principales vertidos sobre el tema:

V. Enfoque legal-formalista.

Desde este punto de vista, el valor del derecho consuetudinario constitucional es el siguiente:

- admisión de la costumbre "secundum constitutionem", que es la que se subordina al texto constitucional, y por ende, no lo contradice;
- aceptación selectiva de la costumbre "proter constitutionem", complementaria de la constitución formal, siempre que se conforme con los principios y con las demás normas de derecho positivo de esta;
- rechazo de la costumbre "contra constitutionem". Una buena excepción de tal punto de vista puede hallarse en R. Cané de Mabergh: "No hay costumbre capaz de resistir a la potestad del legislador". La característica de la Constitución, añade, "es la de ser una ley que posee una potestad reforzada, en tanto que no puede ser modificada por una ley ordinaria... esta consideración, por sí sola, basta para excluir la posibilidad de un derecho constitucional usual. Los términos Constitución y costumbre son incompatibles... La costumbre no posee la fuerza superior que caracteriza al derecho verdaderamente constitucional". (5)

Citas:

- Ch. Verdú Ferré Luján, "Curso de Derecho Político", III, 1981, 1975, ed. Tecnos, t. p. 303.
- Cané de Mabergh R., "Tratado general del Estado", trad. por José Juan Capeló (México, 1988), Fondo de Cultura Económica, p. 124 nota 10.

Para el formalismo jurídico, la idea de constitución rígida descarta la posibilidad de que existan reglas de derecho consuetudinario del mismo rango jurídico que las normas formales de la Constitución (Julien Lofstetter), (6) La Constitución, se dice, es establecida mediante una autoridad particular y superior (la convención constituyente) y mediante un procedimiento legislativo específico, del que no participa la costumbre. Además, si se admite la costumbre "contra constitutionem", se constitucionalizaría la violación de la Constitución, y en definitiva se subordinaría el valor de la Constitución formal al derecho consuetudinario constitucional. Hipótesis que obligaría a "replantear todo el sistema jurídico" (Vedel).

Conviene alertar que la costumbre "proter constitutionem" es consentida por esta doctrina bajo ciertas limitaciones. En especial, es reconocida como fuente de derecho infraconstitucional, esto es, con el valor jurídico de una ley ordinaria, pero no de una norma de la Constitución formal. (7)

VI. Enfoque factista.

Naturalmente, desde este ángulo de observación, la costumbre constitucional vale como hecho real, independientemente de que se lo requiera conocer o no. En el campo existencial, el comportamiento consuetudinario constitucional va con la constitución, cubre sus vacíos o también, tumba a la norma de la constitución escrita.

Una cosa es indudable, escribe Georg Jellinek, partiendo del supuesto del valor normativo de la fáctica: "que las constituciones escritas rígidas no pueden evitar que se desenvuelva junto a ellas un derecho constitucional no escrito". El uso constitucional "añade Loewenstein" "puede anular a una disposición constitucional expresa". La costumbre contraria a la constitución formal, agrega Sidart Campos, provoca la derogación sociológica del artículo constitucional afectado, y a eso, "no se puede oponer la norma escrita". En fin: el mismo Hans Kelsen dirá que "una norma puede ser derogada consuetudinariamente, por una costumbre contraria a ella, así como puede ser creada por otra costumbre". (8)

Consideremos una explicación sociológico-normativa de la costumbre constitucional, en particular de la costumbre "contra constitutionem". La Constitución, explica Rolando Tamayo, es un conjunto de reglas que funcionan como el primer acto condicionante de un sistema jurídico nacional. Todo acto condicionante (y la Constitución, como el más importante de ellos) significa una propuesta de cierta normatividad (condicionada a aquélla). La costumbre "contra constitutionem", a su turno, opera como un elemento innovador que postula otra pretensión o proposición, desde luego distinta a la propuesta de la constitución formal. La solución del problema se encuentra en los destinatarios u operadores de la norma, que deben realizar un pronunciamiento de preferencia: seguir la propuesta formal, o adoptar el comportamiento consuetudinario innovador. La disyuntiva, añade Tamayo, puede ser respecto a toda una Constitución, o a una parte aislada de ella. Si la propuesta innovadora es aceptada, el todo de una constitución formal, o su cláusula concreta, dejan de funcionar como tales y su lugar es ocupado por una disposición consuetudinaria, que es la efectivamente practicada por los operadores de la Constitución. (9)

VII. Evaluación. Rol constituyente de la costumbre.

La comprensión del derecho consuetudinario constitucional (y en particular, de la costumbre "contra constitutionem") no puede realizarse desde una perspectiva unilateral (normativista formal, o sociológica). Por supuesto, desde el punto de vista de la Constitución formal, el derecho consuetudinario constitucional no vale prácticamente nada. Desde el ángulo de la realidad, la norma escrita tampoco tiene valor, si no es obedecida por sus destinatarios, o si su infracción no es castigada por los órganos de vigilancia de la supremacía constitucional.

A fin de delimitar el problema, conviene separar primero aquellas reglas de usos, hábitos y prácticas constitucionales, muchas de ellas útiles y habitualmente cumplidas, pero que no son reputadas sociológicamente como obligatorias.

Un ejemplo de estos usos puede hallarse en la apertura del período legislativo, que por razones de espacio se realiza en el recinto de la cámara de diputados (en Argentina), pese a que el art. 85 inc. 11 de la Constitución dispone que las dos cámaras deben reunirse en la "Sala del Senado". Sociológicamente, no existe una regla consuetudinaria, reputada como obligatoria, en el sentido que la asamblea legislativa debe necesariamente sesionar en la cámara de diputados, al menos hasta ahora. Sin embargo, si alguna vez se plantease un conflicto, y el Congreso decidiese formalmente incumplir la Constitución y resolviera actuar como asamblea legislativa solamente en la Sala de Diputados, es muy probable que allí surgiera una regla de derecho consuetudinario "contra constitutionem", derogatoria del mentado art. 85 inc. 11, en la parte referida al lugar de convocatoria de la asamblea.

En principio, pues, los usos y prácticas constitucionales no obligatorios no infringen a la Constitución formal.

También conviene diferenciar los supuestos de violación o de evasión de la Constitución, de las reglas de derecho consuetudinario constitucional. Un operador de la Constitución formal puede incumplirla intencionalmente, y no por eso pretender elegir una norma opuesta a la constitución escrita. Para eso necesitaría seguimiento posterior de los operadores de la constitución, y el convencimiento de que la infracción debe "institucionalizarse" mediante un comportamiento reputado como obligatorio.

NOTAS

(6) Lofstetter Julien "Manual de Droit Constitutionnel", p. 347 y sigs. cit. por Ulises Guzmán Segarín V. "Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado del" (Buenos Aires, 1973), ed. Rubinzal p. 488/R. 1.1.

(7) Vedel, cit. por Rolando Tamayo, ob. cit. p. 307.

(8) Cf. Loewenstein, loc. cit. "Teoría de la Constitución", trad. por Alberto Góngora Anzoroto (Buenos Aires, 1970), 2a. ed., p. 130; así como Sidart, "Teoría General del Poder", trad. por Fernando de la Haza (Buenos Aires, 1964), ed. Albatros, p. 425; Rolando Campos Gavilán, L. ob. cit. pp. 108 y 109; Sidart Tamayo, "Teoría general del derecho y del Estado", trad. por Eduardo Granda Marzán (México, 1969), 3a. ed., p. 142, ed. UNAM.

(9) Cf. Tamayo y Sánchez Rolando, "El derecho consuetudinario y la constitución", en Vedel, "Tratado de derecho constitucional" (México, 1973), ed. UNAM, p. 335 y sigs.

Cuéndonos al ámbito del derecho consuetudinario propiamente dicho, cabe distinguir ahora entre las reglas consuetudinarias con valor semejante a las reglas formales de la constitución (esto es, al derecho consuetudinario con "supremacía" constitucional), de aquellas reglas consuetudinarias con valor infraconstitucional, o de ley común (v.gr., reglas consuetudinarias de derecho parlamentario). Estas últimas podrán rivalizar con las leyes ordinarias, pero no con la Constitución formal, desde el momento en que su andamiaje no está situado en el ámbito de la constitución escrita.

Sin embargo, corresponde advertir que una regla de derecho consuetudinario infraconstitucional puede aspirar a convertirse en regla de derecho consuetudinario constitucional: ese ascenso lo determina, precisamente, la realidad jurídica de un medio concreto, y acontece cuando los operadores de la constitución dan a aquella regla rango de supremacía constitucional, según la experiencia jurídica del caso.

Vamos ahora al meollo del problema: el caso de una regla de derecho consuetudinario constitucional que se suma o ataca a una norma de la constitución formal.

Para intentar comprender esta temática, el jurista debe primero tener presente que las reglas del derecho consuetudinario constitucional son **normas jurídicas**, "reglas de derecho", como las llamaba Maurice Hauriou. Su eficacia deriva, como apunta este autor, "de la coacción de la opinión de los círculos competentes, es decir, de los gerentes que participan en el juego constitucional". No son, pues, simples hechos: son "hechos normativos" (Rizzuto), una muestra concluyente del "poder normativo de la fáctica", vale decir, una "creación social del derecho". (10)

En ese orden de ideas, el jurista advierte también que al lado del **poder constituyente formal**, cuyo trabajo se traduce en las cláusulas de la constitución escrita, existe otro **poder constituyente informal**, conformado entre otros por los supremos repartidores del Estado. (11) Esto es, por los aplicadores e intérpretes máximos de la constitución escrita. Ellos reciben del poder constituyente formal a la constitución escrita pero la **ejecutan** en la medida y con la modalidad que ellos mismos determinan. En el ámbito de la realidad, logran incluso a retroceder o negar su cumplimiento, o a crear normas informales (y algunas veces, formales) compatibles o no con la constitución escrita. Estas normas, concebidas como imperativas por los operadores de la Constitución, tienen de vez en cuando el mismo vigor, o más, que algunas reglas del texto constitucional. Para que una constitución sea viva, escribe Karl Loewenstein, "debe ser efectivamente vivida" y ello sólo ocurre en la medida en que sus operadores realmente la concretan, y según la concretan.

El conflicto entre la prevalencia del derecho constitucional formal y el derecho consuetudinario constitucional es una confrontación entre dos géneros normativos (Rizzuto), y no entre un orden jurídico y un conjunto de hechos. Y se resuelve, en definitiva, en el ámbito de la realidad: alguna norma vencerá, y esta será la que efectivamente aplicaremos operadores de la Constitución. Aquí ya no puede discutirse la evidencia de lo que no puede negarse: que los cláusulas de la constitución escrita pueden no triunfar sobre la tradición, el tiempo y la costumbre (Johnson): que la costumbre puede derogar, y de hecho deroga, a determinadas disposiciones constitucionales formales (Whelan); que modifica «extendiéndolas o recordándolas» a las prescripciones de la Constitución; que transfiere competencias de un órgano

supremo a otro (que puede ser también supremo, o no); que sustituye, vacía y altera los alcances de los artículos constitucionales escritos. Debe reconocerse, pues, un innegable rol **constituyente** de la costumbre, según la sagaz expresión de Marcel Prétot. (12)

Ese papel constituyente de la costumbre puede provocar en parte la confusión entre el poder constituyente y los poderes constituidos, cuando estos elaboran derecho constitucional primario. (13)

VIII. Derogación del derecho consuetudinario constitucional.

Aquí pueden darse distintas alternativas, que conviene considerar por separado.

a) **derogación del derecho consuetudinario constitucional por el mismo derecho consuetudinario constitucional.** Esta hipótesis es perfectamente posible, y entra con toda lógica en la operatividad del derecho informal: una costumbre puede modificar a otra costumbre. La forma en que se opera ese fenómeno podrá ser más o menos lenta (caso del derecho consuetudinario común), o rápida: caso v.gr., de un "derecho repentino" que por su fulminante ejemplaridad diluya una norma consuetudinaria constitucional preexistente.

b) **derogación del derecho consuetudinario constitucional por el derecho constitucional formal.** Hemos dicho que es raro que el derecho constitucional formal se ocupe del derecho consuetudinario constitucional. Más raro, todavía, que al nombrar el valor de éste, pretenda dejarlo sin efecto "in totum", o parcialmente.

De todos modos, buena parte de la doctrina apunta que una disposición normativa formal que establezca la inderogabilidad del derecho escrito por parte del derecho consuetudinario, será inoperante. Werner Goldschmidt agrega que la prohibición legal de la costumbre contra legem queda desbordada por la existencia de una costumbre contra legem opuesta a tal norma formal, dado que el derecho consuetudinario posee "una fuerza superior (que) dimana de la misma ley natural". Por nuestra parte, hemos dicho que aunque el texto constitucional intenta defenderse, descartando imperativamente y por anticipación su neutralización o aniquilación por vía del derecho espontáneo, este último podrá licuar al restarle eficacia, por medio de una costumbre adversa a la cláusula constitucional formal prohibitiva en cuestión. (14)

NOTAS

(10) Cf. Hauriou Maurice, "Principios de derecho público y constitucional", trad. por Carlos Roldán Corallo-Macdonald, 2a. ed., p. 294, en: *Walter Rizzuto* (compilador), "Locuciones de derecho constitucional", *Boletín de la Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales*, 1984, ed. Consejo de Estudios Constitucionales, 1, 8 p. 47.

(11) V. por ejemplo Peter Galbraith, "La Carta Suprema de Jeddah: órgano político y constituyente", en "Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba", año 1982, tomo XII.

(12) Cf. André-Maurice Dubaut-Jean, "Instituciones políticas y derecho constitucional", 2a. ed. 1976, 1983, ed. Cizco, p. 268, ygr. Sobre el hecho y el poder de la costumbre consuetudinaria, v. *Walter Prétot* (compilador), *op. cit.*, t. 1, 3a. (1977), y *Walter Johnson*, *Unión Guatemalteca Segunda V.*, *op. cit.*, p. 472.

(13) V. Goldschmidt Werner, "Conducto y norma" (3a. ed.), ed. *Armando Perot*, 19, 1922, *Sacar*, *Compendio Jurídico*, t. 26, *op. cit.*, p. 122. Sobre el hecho y el poder de la costumbre consuetudinaria y la inderogación constitucional misma, v. *Walter Johnson*, 1 89 p. 66.

Cabe también pensar que si hay una norma de derecho constitucional escrita derogada por desusado, y el legislador formal intenta reimplantarla por medio del dictado de una nueva norma de derecho constitucional formal que repita a la primera, es posible tanto que la flamante norma formal pasea eficaz en el futuro, o que quede inhumplida, con lo que se produciría una segunda situación de desusado. Todo dependerá del acatamiento que se dé a la nueva norma, por parte de los operadores de la Constitución.

Idénticas consideraciones puedan hacerse para el supuesto de que una nueva regla de derecho constitucional formal intente extinguir una regla preexistente de derecho consuetudinario constitucional. El éxito de esa empresa será definido por la conducta de los ejecutores de la constitución.

Otra situación de interés se presenta cuando hay una norma de derecho constitucional formal inaplicada tiempo ha por los operadores de la Constitución, y un día uno de estos decide ponerla en funcionamiento.

Werner Goldschmidt, con acierto, distingue dos alternativas: que una norma formal no se aplique simplemente por inercia o falta de uso; o que no se aplique por costumbre contraria (desusado), al existir la convicción social de que no debe cumplirse. En la primera hipótesis, nada obsta a que el operador de la Constitución efective a la norma constitucional formal inactiva. (14) Por ejemplo, el art. 90 de la constitución argentina dice que luego que el Congreso abra sus sesiones, los ministros tendrán que presentar una memoria detallada sobre el estado de la Nación, en lo relativo a sus respectivos departamentos. Tal memoria no se presenta desde hace tiempo, conformándose el Poder Legislativo con el discurso presidencial previsto por el art. 85 inc. 11 de la Constitución, dando cuenta al Congreso del estado de la Nación. Pero nada impide, desde luego, que los ministros remitan las memorias del art. 90, aparte del mensaje presidencial indicado, a que el Congreso lo exija, cumpliéndose así con la norma constitucional citada.

Por el contrario, si la norma constitucional formal está ya derogada por costumbre consuetudinaria abrogatoria (cosa que implica la convicción social de su incumplimiento y de la obligatoriedad de su cumplimiento), Goldschmidt entiende que para ponerla en funcionamiento haría falta dar una nueva norma coincidente con la primera. Tal postura es atractiva, y bueno es ejemplificarla. El art. 86 inc. 13 de la constitución argentina, *v. gr.*, autoriza al Presidente a conceder potestades de cónsul con autorización del Congreso. Esta norma está derogada por desusado desde hace más de un siglo, y también por derecho infraconstitucional (el Tratado de París de 1856). Conlleva, además, la reprobación mundial hacia formas paleoestatales de combate, como el bucanarismo y el filibusterismo. Es de pensar que el Presidente ha perdido definitivamente tal facultad, y que sería inconstitucional que otorgase esas potestades de cónsul, aun con aprobación del Poder Legislativo. El ejercicio de esa competencia exigiría una nueva norma constitucional respecto (que por supuesto no propiciamos).

IX. Legitimidad de la costumbre constitucional.

La discusión sobre la dimensión y cofesión del derecho consuetudinario en el derecho constitucional no se limita a concluir con que aquel existe y que en determinadas ocasiones vence al derecho constitucional formal.

Como la estructura del mundo jurídico es tripla, cabe inquirir también sobre la legitimidad (o justificación) de la costumbre constitucional.

En términos generales, puede decirse que la costumbre tiene buenas razones para legitimarse. El argumento democrático observa que ella surge de la conciencia popular (tesis historicista de Puchta y Savigny, por ejemplo): nace "directamente de las entrañas mismas de la Nación", y "traduce exteriormente la voluntad colectiva de las generaciones que se suceden" (Boitel). Extremado este punto de vista, se ha dicho que la costumbre expresa la voluntad del pueblo como si él fuera expresamente consultado; y que en el caso de la costumbre constitucional, es "la reserva de las facultades no delegadas por el pueblo a sus representantes" (Quiroga Lavie) (15).

El argumento de la eficacia agrega que la costumbre produce igualmente la voluntad de los órganos estatales, y su observancia regular se explica por razones de necesidad, de utilidad y hasta de comodidad en el funcionamiento gubernativo. Y para otros, cabe aquí esgrimir una especie de argumento providencial: la costumbre obra de las circunstancias manifiesta indirectamente la voluntad de Dios, quien querría los acontecimientos por sobre las cláusulas del derecho escrito (16).

Sin embargo, y con específica referencia al derecho consuetudinario constitucional, el valor axiológico de la costumbre debe examinarse con bastante cuidado.

a) el argumento democrático, por ejemplo, no corre aquí mucho, puesto que la costumbre constitucional no nace, habitualmente, de la comunidad, sino que es elaborada por los titulares de los órganos supremos. A lo más podría hablarse de un consentimiento popular a la norma consuetudinaria constitucional (si es que tal consentimiento efectivamente existe en un caso dado). Pero tal consenso no siempre es fácil de detectar. Además, una cosa es la adhesión que importantes sectores de la comunidad puedan brindar a un gobernante, y otra el consentimiento a las reglas de derecho consuetudinario constitucional instrumentadas por él.

b) en otro orden de ideas, y en cuanto al contenido mismo de la costumbre, ella será legítima, en primer término, desde el momento en que cese una norma constitucional justa. (17) Hoy, en efecto, costumbres constitucionales buenas, y costumbres constitucionales malas, muy frecuentes estas en Argentina, como las que han convalidado la existencia de leyes secretas, las declaraciones del estado de sitio por razones extraconstitucionales, o la intervención las provincias por motivos espáneos.

c) continúa en la página siguiente.

Citas:

(14) Goldschmidt Werner, "Introducción histórica al derecho", 66, pp. 21-28.

(15) Cf. Heber Kantor y Gabriel Joray, *op. cit.*, p. 266/270; Quiroga Lavie Humberto, "Los cambios constitucionales a través de la costumbre y la jurisprudencia", en Volio, "Los cambios constitucionales", p. 139.

(16) Pólit Moral y Sánchez Joray, *op. cit.*, pp. 207 y 211.

c) también es discutible axiológicamente la costumbre constitucional "contraconstitutionem" desde el momento en que, aun siendo por vía de hipótesis en un caso concreto justo, viola de todos modos los valores orden y seguridad, al atentar contra la gradación jurídica que patrocina la constitución formal, esto es, el principio de supremacía constitucional (art. 31, constitución argentina). En tal sentido, la costumbre "contra constitutionem" se legitima en la medida en que demerita reglas constitucionales formales injustas, y se deslegitima en la proporción en que ataca reglas constitucionales formales justas.

Ahora bien: si de hecho se produce una costumbre "contra constitutionem" no legitimada, y queda caduca una norma de la constitución formal, el jurista debe constatar ese hecho y reconocer que en el ámbito de la realidad se ha operado un caso de desuetudo, o costum-

bre derogatoria. Esa circunstancia puede y debe lamentarse, pero no es honesto enseñar como vigente una norma de la constitución formal removida por una costumbre constitucional derogatoria.

Finalmente, si mediante el derecho consuetudinario constitucional se ha implantado una norma injusta, corresponde por supuesto constatar también tal hecho, y alertar sobre la existencia de la norma consuetudinaria vigente, en lugar de disimularla, ignorarla o negarla. En otras palabras, en homenaje al valor verdad cabe denunciar la existencia de la regla consuetudinaria constitucional ilegítima (como pasa en Argentina, repetimos, con la admisión de las leyes secretas). Después de eso, y esta vez en homenaje al valor justicia, habrá que preguntarse si es obedecible esa norma consuetudinaria ilegítima, y como puede dejarse sin efecto.



¡Descanse bien para triunfar!

utilice

CLAE Club

usted, que es una persona dinámica, eficiente y emprendedora; respalde el éxito de su arduo trabajo y esfuerzo con un reconfortante día de campo en **CLAE CLUB**.

Le ofrecemos exclusivos servicios de alojamiento, restaurant, piscinas, canchas deportivas y juegos recreativos... y para sus convenciones empresariales también contamos con un moderno y amplio auditorio.

En la mejor
zona de
Chosica
Carretera Central
Est. 405

CLAE Club

Aire puro y sol
todo el año

Informes en la Av. Arequipa 3490
San Isidro - Telf. 713070, Fax. 22-2494
o en el mismo Club, al 910514