

# LA COSTUMBRE CONSTITUCIONAL\*

DOI: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.12.1.2016.7>

Recibido: 25 de marzo de 2016 / Revisado: 7 de junio de 2016 / Aceptado: 25 de julio de 2016

**Jaime Camilo Bermejo Galan\*\***

Artículo de reflexión

Puede citar el presente artículo así: / To reference this article:

Bermejo, J. (2016). La Costumbre Constitucional. *Jurídicas CUC*, 12(1), 115-124. DOI: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.12.1.2016.7>

## Resumen

Cabe resaltar que la Gran Bretaña e Israel no tienen Constitución escrita por la motivo el Derecho Constitucional de esos Países está basado en el Derecho Consuetudinario, sacando como conclusión que los países no anglosajones la costumbre es la segunda fuente fundamental del Derecho, obviamente guardando una amplia distancia con la principal fuente que es la ley.

## Palabras Clave

Consuetudinario, constituciones escritas, costumbres, ley.

\* El presente artículo es de carácter jurídico, realizado para la obtención del título de Especialista en Derecho Constitucional con financiación propia.

\*\* Abogado de la Universidad Libre Seccional Barranquilla. Doctorante en Ciencias Políticas de la Universidad Rafael Belloso Chacin (URBE). Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Libre. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Libre. Correo electrónico: [jamecamilob@hotmail.com](mailto:jamecamilob@hotmail.com)

## THE CONSTITUTIONAL CUSTOM

### **Abstract**

*Significantly, Britain and Israel have no reason written by the constitutional law of these countries is based on customary law, drawing the conclusion that the Anglo-Saxon countries the practice is the second major source of law Constitution obviously keeping a wide distance is the main source of law.*

### *Keywords*

*Customary, written constitutions, customs, law.*

## INTRODUCCIÓN

Para entrar a estudiar este tema específico debemos buscar el significado de la palabra consuetudinaria que proviene de la palabra latina *consuetudo*, Equivalente a costumbre (Planeta, 1982); este tipo de constituciones predominó antes del siglo XVIII donde todo se fundamenta en la costumbre, en tradiciones generalmente aceptadas y cuando era necesario por medio de la fuerza.

Desde el derecho romano, las costumbres se han clasificado en interpretativas o “*secundum legem*” esta es la que se forma de acuerdo con la ley y se ajusta a sus previsiones (adaptado a las prácticas sociales); supletorias o “*prater legem*” es la reguladora de relaciones no contempladas en la ley y que llena los vacíos que esta contiene y tiene eficacia cuando la ley le permite actuar por otro lado tenemos las contrarias a la ley o “*contra legem*” (Monroy, 2003) estas se oponen a las normas legales, aplicada en la antigüedad por el derecho canónico, pero siempre que esta reuniera elementos de verdadera costumbre y el consentimiento tácito de la autoridad.

Las costumbres tienen su fundamento en diversas teorías tales como, teoría de la concesión, esta expone que la fuerza normativa de la costumbre es siempre derivada al depender la aprobación y reconocimiento del poder público del estado; teoría de la convicción esta manifiesta que esta se basa en la conciencia o espíritu del pueblo al expresar una convicción jurídica generalizada sobre una regla de conducta social; teoría del uso, se soporta en el uso repetido, incondicionado y general; teoría de la voluntad social, tiene su génesis en la voluntad colectiva de que una regla manifestada como costumbre se cumpla como derecho objetivo (Díaz, 1997)

Los usos nacidos de la vida política en el interior del estado es lo que comúnmente se califica como costumbre constitucional, diferente de la constitución consuetudinaria, puesto que esta resulta de tradiciones a las cuales no se oponen ningún texto escrito anterior, en tanto que aquella surge dentro de un estado regido por una constitución escrita. Lo que sucede es que el desenvolvimiento de la vida política en estos casos, hace aparecer que lo que hay es artificial en la constitución dogmática,

e introduce entonces los usos y practica que a veces la complementan y en otras la deforman o contradicen, gran parte de la doctrina admite que la costumbre constitucional debe ser clasificada entre las fuentes del derecho positivo y así podría intervenir en el ordenamiento jurídico contra Legem, es decir, modificar o abrogar disposiciones contenidas en una ley constitucional, entrando el principio de flexibilidad.

En la gran Bretaña fuente principal del derecho consuetudinario, ha aportado a la historia del desarrollo del derecho constitucional, importantes declaraciones de derecho, como la carta magna de 1215, la petición de derechos de 1629, y la ley de derechos (*Bill of rights*)

La costumbre recibe sus fundamentos en diversas teorías como son

1. Teoría de la concesión: la fuerza de la costumbre siempre es derivada porque depende de la aprobación y reconocimiento del poder público del estado.
2. Teoría del uso: la fuerza obligatoria de la costumbre se funda únicamente en el uso repetido, incondicionado y general.
3. Teoría de la convicción: su doctrina se basa en la escuela histórica alemana, considera que la costumbre se basa en la conciencia o espíritu del pueblo al expresar una convicción jurídica generalizada sobre la regla de conducta social.
4. Teoría de la voluntad social: se funda en la voluntad colectiva de que una regla manifestada como costumbre se cumpla como derecho objetivo y su base sería igual que el de la ley.

Se dice constitucionales aquellas costumbres que instauran por obra de los órganos constitucionales en sus reciprocas relaciones y se puede afirmar que esta expresión connota al resultado de un procedimiento e creación jurídica diferente al legislativo o al del precedente judicial y esto hace llevar al equívoco de llamar al derecho consuetudinario como no escrito, esto puede ser equívoco e cuando que puede haber cierto derecho no escrito por ejemplo un contrato consensual, cuando en el ordenamiento jurídico se habla de costumbre se refiere primordialmente a una pauta de conducta, más o menos persistente por parte de todos, o por los miembros de una comunidad, la formación de un derecho con-

suetudinario supone primeramente el que por una serie bastante de hechos repetidos, se ha establecido una práctica constante respecto a una relación de la vida social. (Geny, 1925)

## Una mirada al constitucionalismo medieval y moderno

Hay una idea general sobre el Medievo todavía bastante difundida, aunque ya no común, es la idea del Medievo teocrático dominado por la presencia rectora, en sentido universalista, del imperio y de la iglesia, dentro del cual las únicas autoridades políticas legítimas son aquellas directas o indirectamente vicarias de Dios ( Fioravanti, 2007); una época en la que todo el poder desciende de lo alto, a través de una cadena jerárquicamente ordenada, desde este punto de vista, las diferencias con la constitución de los antiguos resultan evidentes. Los antiguos habían sufrido tiranías y despiadados regímenes oligárquicos pero, al menos en los casos de la polis griega y de la res publica romana, habían propugnado la necesidad de experiencias políticas y constitucionales de alguna manera participativas, que incluso estaban fundadas sobre un cierto protagonismo de los ciudadanos, es decir, sobre una concepción ascendente y no descendente del poder, desde el punto de vista de la historia constitucional, así podemos caracterizar estas constituciones con la intrínseca limitación de los poderes públicos, no se trata de una limitación establecida por normas positivas generales y escritas, que ninguno tenía el poder de elaborar, ni siquiera la voluntad de hacerlo, sino de una limitación de hecho, que toma cuerpo de manera cada vez mas consiente a partir del siglo V, después de la caída del edificio político romano; en realidad, fueron los siglos en el curso de los cuales que los hombres, para los que bien poco podía significar ya el ideal político antiguo de la ciudadanía, se habituaron a buscar refugio y consuelo dentro de ordenamientos particulares, con frecuencia territorialmente bastante reducido, dentro de os cuales el valor tranquilizador de la comunidad revivía esencialmente a través del derecho, por la presencia de reglas escritas en las cosas, establecida consuetudinariamente, sobre cuyas base cada uno podía encontrar la medida concreta de sus propias pretensiones y la seguridad características era la concepción de aquel conjunto de relaciones sustancialmente indisponible por parte de los podres públicos

en los términos de un orden jurídico dado, estructurado por mil vínculos y convenciones constitucionales llevándolo a un derecho cuasi positivo con normas de carácter consuetudinario de niveles constitucionales.

Por otro lado el constitucionalismo moderno consiste en su aparición en una constitución escrita, que contenga una serie de normas jurídicas orgánicamente relacionadas entre ellas, en oposición a la medieval (Matteucci, 1998), que se expresaban en leyes fundamentales consuetudinarias. En este sentido el constitucionalismo no se sustrae a la ley fundamental que caracteriza el desarrollo del estado moderno, que es un proceso de racionalización de todos los aspectos de la vida política y social, a la codificación del derecho privado se une la del derecho público, al principio de la constitución escrita se unen intrínsecamente el principio de su legitimidad y el de su función basando su legitimidad en dos elementos ya sea en el contenido mismo de las normas que se imponen por su racionalidad intrínseca y por su justicia, ya sea en su fuente formal, por emanar de la voluntad soberana del pueblo a través de una asamblea constituyente y a veces de un referéndum; por el contrario en la edad media era el pasado, la tradición, la fuente de la legitimidad unida a la razón y a la voluntad de Dios, así el moderno constitucionalismo está ligado, por un lado a los principios del iusnaturalismo y por otra lado a la revolución democrática aboliendo el poder divino del rey, tradiciones y introduciendo un consenso racional de los ciudadanos y en su segundo carácter se refiere a la función.

Se requiere una constitución escrita no solo para impedir un gobierno arbitrario e instaurar un gobierno legitimado democráticamente sino para garantizar los derechos de los ciudadanos y para impedir que el Estado los viole.

## **La costumbre constitucional en el derecho comparado**

También se puede dar descripciones propias de los hechos que enmarcan un procedimiento consuetudinario en diferentes partes, donde la costumbre constitucional hace parte de las fuentes principales del derecho, nos referimos a:

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, a pesar de la gran reverencia de los estadounidenses siempre han mostrado hacia su constitución escrita, también en este tipo de país se presentan casos en que la práctica constitucional se ha alejado un tanto de lo previsto por la legislación constitucional. O bien, esta se ha visto complementada con otras prescripciones que pueden estimarse como consuetudinarias; de hecho podemos pensar que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en el ordenamiento jurídico norteamericano es ejemplo típico de una costumbre constitucional adoptada por los órganos judiciales y tubo su génesis en el famoso caso *Marbury vs Madison*, cuando la corte suprema estadounidense sentó el criterio de que los jueces podían dejar de aplicar, con relación a los casos concretos que se le sometieran, las leyes que estimasen inconstitucionales, lo cual no encontraba fundamento alguno en las disposiciones expresas de su constitución positiva; cómo podemos observar antes de febrero de 1951 no se preveía por la constitución escrita limitación alguna sobre la reelección del presidente, desde el momento que el presidente Washington declino la postulación para un tercer periodo, de la misma manera que lo hicieron los posteriores presidentes que concluyeron un segundo periodo, consuetudinariamente se había establecido que el presidente no debía presentarse a la reelección más de una vez. Aunque Franklin Roosevelt fue electo por tercera vez en 1940 una cuarta en 1944, es claro que lo anterior se justificó solo por las circunstancias excepcionales derivadas de la inminencia de la guerra y el estado de guerra posterior y esto llevo que la norma consuetudinaria se estableciera de formalmente y se diera dicha limitación. Se puede hablar también de otra restricción no derivada de la constitución escrita pero establecida consuetudinariamente, es el impedimento de que alguien represente en el congreso un distrito del que no sea residente, por otro lado de carácter complementario, se encuentra la facultad del presidente de destituir, sin consentimiento del senado a los funcionarios cuyos nombramientos requieren la aprobación del senado (Bryce, 1888).

AMÉRICA LATINA, de los cuatro países latinoamericanos que establecieron en sus constituciones escritas el sistema federal (ARGENTINA, BRASIL, MEXICO Y VENEZUELA) y puede considerarse que en la práctica funcione como gobierno federal sino mas bien como sistemas unitarios con cierto grado de descentralización y en busca del sistema

de regionalización. Y a pesar que la mayoría de las constituciones establecen que las fuerzas armadas son obedientes con grado de subordinación, no deliberantes, tal prescripción a sido ignorada en la práctica, como lo demuestra el gran número de intervenciones militares y golpes de estado que han presentado en Latinoamérica (Quiroga, 1977).

EUROPA CONTINENTAL, aun cuando se encuentra prohibido por la constitución escrita dar instrucciones obligatorias a los miembros del Bundestag en la práctica los representantes de la cámara baja de la república federal Alemana por lo general siguen las directrices de sus respectivos partidos políticos. Este tipo de disposiciones constitucionales a favor de los miembros del parlamento es frecuente en los países europeos, en Bélgica desde 1831 fecha en la cual se aprobó su constitución escrita, misma que ha sido reformada en 1893, 1920 y 1921 y la actual constitución faculta al rey para nombrar destituir discrecionalmente a sus ministros, e la practica el rey siempre selecciona a sus miembros de la mayoría parlamentaria. Aunque la responsabilidad ministerial ante el parlamento no se encuentra prevista por la constitución escrita a través de una costumbre constitucional se ha establecido que si las cámaras votan en contra el gobierno este debe renunciar.

INGLATERRA, Aun cuando la Gran Bretaña no cuenta con un documento solemne único en el que supuestamente se insertan todas las normas estimadas fundamentales, esto es carece de lo que con anterioridad denominamos constitución escrita encontramos en realidad diversos estatutos que integran su legislación constitucional por ejemplo: la carta magna 1215, The Petition Of Rights 1628, The Bill Of Rights 1689 y en The Act of Settlement 1701. Este modelo constitucional hay que agregar que ha servido para el ordenamiento jurídico de carácter internacional ya sea de carácter de interpretativos o complementarias de dicha legislación constitucional.

La siguiente son algunas de las mencionadas costumbres constitucionales, algunas de ella llamadas por los ingleses constitutional conventions: el parlamento debe ser convocado por lo menos 2 veces al año; un primer ministro que ha perdido la confianza de la cámara de los comunes debe renunciar, a menos que solicite y le sea concedida la disolución de dicha cámara; la corona se encuentra normalmente a conceder la disolución solicitada del primer ministro, a menos quizás que se haya rea-



lizado recientemente una elección general de los miembros de la cámara de los comunes; el partido que cuente con la mayoría de la cámara de los comunes tendrá derecho a que su líder sea primer ministro; el primer ministro tiene derecho a seleccionar a sus colegas y la corona debe aceptar sus nominaciones; el gabinete es responsable colectivamente ante el parlamento por la conducta del ejecutivo; la política internacional del país debiera conducirse de acuerdo con los deseos del parlamento, en realidad, la política internacional se basa en la prerrogativa del primer ministro al respecto, pero la celebración de un tratado o la declaración de guerra sin el apoyo del parlamento es inconstitucional; todos los proyectos de ley sobre dinero debe orientarse en la cámara de los comunes y no puede ser reformado por la de los lores; en caso de conflicto la cámara de los lores debe condescender a los deseos de los comunes especialmente si estos se encuentran respaldado en una elección general.

La relación entre el reino unido y la demás miembros de la Commonwealth se han desarrollado en gran parte consuetudinariamente por ejemplo se ha establecido si bien el vínculo común es la fidelidad a la corona, ni el parlamento ni el gobierno del reino unido intervienen en los asuntos internos de los países miembros; Los países miembros que han conservado la forma monárquica de gobierno la reina o representante, el gobernador general, suelen tener garantizados poderes para negar asentimiento a una ley. En la práctica de veto a una ley ha caído en confrontación jurídica en cierto países se encuentra además disposiciones que facultan al gobernador general para suspender una ley para la voluntad de la reina o incluso que facultan a la reina para desautorizar una ley debidamente aprobada por el país miembro y por su gobernador general.

## CONCLUSIONES

Por lo siguiente la costumbre por definición, es una conducta repetida no obstante, debe advertirse que en estricto planteamiento las conductas o los acontecimientos no son exactamente idénticos y, por tanto, no pueden repetirse, como lo manifestó Heraclio de Éfeso: “ no puede entrar dos veces en el mismo rio, porque nuevas aguas están siempre fluyendo sobre la persona que se ha de bañar; de esta afirmación puede

generarse un problema o un interrogante el cual es si una conducta en estricto sentido no se repite como podría ser una costumbre, pero una respuesta idónea sería manifestar que si un evento nunca es repetición de otro y si en esa medida no es posible que los actos se repitan, entonces, la repetición no se presenta a nivel factico al hablar de repetición de conductas en relación a la costumbre, más bien se tienen en cuenta comportamientos diversos realizados por diferentes sujetos, en distintos tiempos y diferente lugar; cuando se está hablando de repetición se hace una abstracción de ciertos datos, estimados semejantes, que presentan los comportamientos ocurridos o presentados presidiendo de sus diferencias.

## REFERENCIAS

- Bryce, J. (1995). *The American Commonwealth*, Vol 1. Indianapolis: Liberty Fund.
- Planeta (1982). *Diccionario Planeta de la Lengua Española*. Barcelona: Planeta.
- Fioravanti, M. (2007). *Constitución de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta.
- Geny, F. (1925). *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Reus.
- Monroy, M. (2003). *Introducción al derecho*. Bogotá: Temis.
- Matteucci, N. (1998). *Organización del poder y libertad*. Madrid: Trotta.
- Díaz, R. (1997). *Teoría general del derecho*. Madrid: Tecnos.
- Quiroga, H. (1977). *Los cambios constitucionales*. México: Unam.