

Extractos de «Las garantías de la observancia de la Constitución» (Αι εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος)*

Extracts of «The Guarantees of Observance of the Constitution » (Αι εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος)

Aristovoulos Manessis

Cita recomendada:

Manessis, A. (2022). Extractos de «Las garantías de la observancia de la Constitución» (Αι εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος). *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 342-361.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7128>

Recibido / received: 13/08/2022
Aceptado / accepted: 30/08/2022

LIBRO PRIMERO

TEORÍA DE LAS NORMAS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE ORIGEN SUPRAPOSITIVO

Capítulo A

«Derecho Natural y Constitución

§ 34 El derecho natural. Es una creencia muy antigua que, además de las normas establecidas por los órganos estatales competentes, existen otras normas anteriores y superiores que no derivan su autoridad jurídica del poder estatal, sino únicamente del hecho de que son (y en la medida en que son) conformes con la «naturaleza del

* Transliteración al alfabeto latino: «*Hai Engyēseis Tērēseōs tou Syntagmatos*». Traducción hecha por Triantafyllos Gkouvas del griego del capítulo homónimo del libro *Las Garantías de la Observancia de la Constitución – I Introducción* (Tesalónica, Publicaciones *To Nomikon - Elias Sakkoulas*, 1956), que también fue objeto de su tesis doctoral. El traductor quiere expresar su profundo agradecimiento a Philippos Vassiloyannis por guiarle en su interpretación de la obra de Aristóvoulos Manessis y a Noel Villalba López por sus excelentes recomendaciones editoriales y lingüísticas.

hombre» o «ley divina» o «razón correcta» o «idea de justicia», etc. Tales normas (que se consideran válidas, no porque sean establecidas y aplicadas por una autoridad humana concreta, sino porque emanan de Dios, la Naturaleza o la Razón) constituyen el llamado derecho suprapositivo o natural, y obligan al legislador de cualquier estado, en el sentido de que las normas del derecho positivo deben ser compatibles con el derecho suprapositivo, de lo contrario son de entrada inválidas.

La teoría del derecho natural fue sistematizada solo en tiempos recientes, aunque ya en la antigua Grecia se hablaba de «normas no escritas y dadas por Dios», o de una distinción entre el derecho natural (*phýsei*) y el derecho positivo (*nómōi*), como enseñaban los sofistas. Incluso Aristóteles distinguió el derecho local (*ídion*) y por naturaleza común (*koinón*). En la antigua Roma, Cicerón hablaba de *lex scripta* y *lex nata*, mientras que las fuentes del derecho romano contenían la definición del jurista Paulus según la cual «*quod semper aequum ac bonum est jus dicitur, ut est jus naturale*». Lo mismo indicó el Apóstol Pablo cuando dijo que «los gentiles que no tienen ley cumplen por naturaleza lo que la ley exige». Después de la Edad Media, cuando Tomás de Aquino enseñó la triple distinción entre derecho eterno (*lex aeterna*), natural (*lex naturalis*) y humano (*lex humana*) y especialmente a partir del siglo XVII gracias a la obra del holandés H. Grotius y el sajón S. Pufendorf, inició la formación gradual de la escuela más joven del derecho natural en la que *jus naturale est dictamen rectae rationis*. La asimilación del *jus naturae* con el *jus rationis* se completó con la filosofía de Kant. A través de la enseñanza de Rousseau, la teoría del derecho natural se canaliza en la ideología de la Revolución Francesa y su existencia es reconocida por la «Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano» de 1789. Finalmente, después del renacimiento del derecho natural a principios del siglo XX, esta teoría fue desarrollado especialmente por V. Cathrein, R. Stammler, F. Gény y G. del Vecchio.

De acuerdo con la teoría del derecho natural tal como se enseña hoy, el derecho natural es un conjunto de normas cuyo contenido se deduce lógicamente de la naturaleza de las cosas, así como de la naturaleza humana. Estas normas preexisten y sustituyen a las normas del derecho positivo. Son el estándar al que deben ajustarse las normas positivas. Las normas del derecho natural tienen autoridad absoluta, eterna e inmutable, en contraste con las normas relativas, temporales y cambiantes del derecho positivo. El derecho natural inmutable e indestructible se expresa principalmente a través de ciertos principios básicos que constituyen la idea de la justicia. Esta idea, al estar investida de validez objetiva, es el fundamento del derecho positivo.

Desde otro punto de vista, el concepto del derecho natural tiene un contenido más amplio. El derecho natural ocupa un lugar destacado no solo en relación con el derecho positivo, sino también porque es posible que forme parte de él. En otras palabras, hay muchas normas de derecho positivo que, en la medida en que concuerdan con la naturaleza de las cosas y la lógica, se consideran «derecho natural». Así, el derecho natural es el derecho ideal que comprende todas aquellas normas que deberían haberse establecido como normas de derecho positivo. El legislador se inspira en el derecho natural y gracias a ello es posible suplir las lagunas y carencias del derecho positivo.

Finalmente, según otra teoría, el derecho natural tiene un contenido variable (*Naturrecht mit wechselndem Inhalt*) y se identifica con el derecho correcto vigente que se deduce de la relación de cada norma específica con la «idea del derecho». El «derecho natural de contenido variable» consiste en las normas que se forman mediante la correcta determinación de la *idea del derecho*.

§ 35 El concepto de Constitución según la teoría del derecho natural. La teoría del derecho natural también encontró resonancia entre los teóricos del derecho constitucional. Según E.v. Hippel, la «Constitución Jurídica» (*Rechtsverfassung*) no es más que un maniquí de la «Constitución del Mundo» moral (*moralische Weltverfassung*). Por lo tanto, adquiere significado y fuerza jurídica solo si se alinea con las normas de la «Constitución moral del Mundo» arquetípica, es decir, si la realiza. La Constitución escrita es una parte simple de toda la Constitución jurídica, ya que ésta también consta de normas no escritas. El derecho constitucional no escrito (*ungeschriebenes Verfassungsrecht*) se identifica en parte con la «Constitución moral del Mundo», es decir, es en parte suprapositivo. Esto se refiere a la parte del derecho constitucional no escrito que consiste en los «principios constitutivos» (*Konstitutionsprinzipien*) de la Constitución. Estos principios también pueden estar contenidos en la Constitución escrita sin quitarles su carácter trascendental. Pero también existe el derecho positivo no escrito, en sentido estricto, que no se identifica con la «Constitución moral del Mundo», pero la determinación de su contenido solo es posible con referencia a esta última. La importancia de la letra positiva del derecho constitucional se establece principalmente cuando existen lagunas en la Constitución escrita, así como cuando es necesario definir el contenido de sus conceptos «indefinidos» como «dignidad humana», «libertad», «orden fundamental democrático» y así sucesivamente.

La verdadera fuente del derecho no es el derecho positivo (escrito y consuetudinario), sino la «Constitución moral del Mundo», y la voluntad del legislador constituyente solo es importante si se manifiesta en el ámbito de libre apreciación que esta Constitución ideal le reconoce. El contenido de la Constitución no escrita consta de ideas y principios fundamentales de la «Constitución moral del Mundo» en los que se basa la Constitución escrita. En primer lugar, obliga al legislador constitucional el principio jurídico fundamental de la Justicia (*Gerechtigkeit*). Las ideas del Bien, de lo Bello, de lo Verdadero y de lo Santo tienen el mismo carácter vinculante. Del mismo modo, rigen los «principios constitutivos» que postulan el desarrollo del espíritu humano, así como el principio que dicta que cada persona ocupa dentro de la «comunidad» la posición superior o inferior que corresponde a sus cualidades morales y capacidades reales. Otro principio similar es aquel según el cual el legislador está facultado (pero también obligado) a legislar solo cuando es necesario, es decir, cuando lo impone el «bien común» (*Gemeinwohl*) y cuando se trata de una regulación de intereses generales claramente justificados y no de intereses particulares. Del derecho constitucional no escrito se deducen no solo «principios» para la interpretación y ulterior formación de la Constitución escrita, sino también mandatos dirigidos al propio legislador constitucional que no son meramente políticos o voluntarios, sino de naturaleza jurídica. También el legislador está sujeto a ciertos principios generales del derecho (*Rechtsprinzipien*) aunque conserva una amplia discrecionalidad con respecto a su aplicación. Su violación de los principios derivados de la «Constitución moral del Mundo» no invalida automáticamente (ni obligatoriamente) las disposiciones concretas o la totalidad de la Constitución positiva. Esto solo puede ocurrir cuando la vulneración de la Constitución suprapositiva por parte del legislador constitucional positivo excede cualquier medida tolerable.

Hippel acepta que este modelo de Constitución se deduce de la «verdadera naturaleza del hombre» y que los principios de tal Constitución moral deben ser especificados a través de normas de la Constitución positiva para tener un carácter jurídico vinculante. Asimismo, las instituciones estatales establecidas por la Constitución positiva deben poder articular los mandatos de la «Constitución moral del Mundo». Esto solo puede lograrse si la formación de estos órganos se basa en

criterios cualitativos y no cuantitativos (como ocurre con el principio de mayoría que asume el igual valor moral de cada opinión individual). El órgano estatal debe ser por naturaleza apto para cumplir su misión constitucional, aunque ésta no sea su única competencia.

La Constitución escrita solo puede ser entonces una Constitución jurídica (*Rechtsverfassung*), concluye Hippel, cuando acepta los valores y principios fundamentales de la «Constitución del Mundo» no escrita, «objetiva», moral, que es anterior a ésta y continuará existiendo después de ésta, ya que es válida *per se*.

Los conceptos anteriores se limitan a formular un ideal moral y político, pasando por alto la realidad jurídica, y no tienen relación con la ciencia e investigación jurídicas. Sin embargo, se describieron anteriormente precisamente porque tienen la ventaja de expresar de manera completamente consistente la teoría del derecho natural tal como se aplica a la Constitución. Por supuesto, queda por ver adónde puede conducir esta aplicación.

§ 36 Cuestiones sobre la oposición de las normas constitucionales al «derecho suprapositivo». Si se supone que existe realmente un derecho constitucional suprapositivo, se sigue que surgen conflictos entre las normas de la Constitución positiva y las normas y principios no escritos del derecho suprapositivo. En el contexto de un orden constitucional válido y, más generalmente, jurídico, surge la cuestión del cumplimiento de sus normas, es decir, la cuestión de su legitimidad. Este tipo de juridicidad puede denominarse «juridicidad supraconstitucional».

Dado que esto presupone la existencia de un orden «constitucional suprapositivo», creo que el término «constitucionalidad suprapositiva» es más apropiado. De esta forma, el concepto de «constitucionalidad suprapositiva» (es decir, conformidad con la Constitución suprapositiva) trasciende el concepto de mera constitucionalidad (es decir, conformidad con la Constitución positiva). En consecuencia, debido a que es posible que una ley entre en conflicto con una norma constitucional suprapositiva, la cuestión de la constitucionalidad suprapositiva de las leyes surge como un tema propio. Es igualmente posible que se plantee una cuestión de constitucionalidad suprapositiva de normas de la Constitución positiva, en cuyo caso se habla de constitucionalidad de las normas constitucionales, pero también de constitucionalidad de la Constitución misma. Por lo tanto, dado que algunas normas y principios del derecho constitucional «suprapositivo» han sido «positivizados» a través de la Constitución positiva escrita, ciertas disposiciones constitucionales pueden calificarse de «inconstitucionales» si entran en conflicto con otras que se consideran expresivas del derecho «suprapositivo».

Al margen de esta cuestión, pero relacionada con ella, está la cuestión de la validez de las normas inconstitucionales en este sentido, es decir, tanto las disposiciones de la Constitución rígida escrita como las normas de la costumbre constitucional supletoria que pueden formarse en virtud de aquélla. Obviamente, la suposición de la existencia de la ley natural es consistente con la suposición de que las normas del derecho positivo que son contrarias al derecho «suprapositivo» son, por ello, inválidas. De acuerdo con la misma idea, las normas de la Constitución formal también deben ser inválidas si y en tanto no sean compatibles con el contenido del derecho escrito en cuestión. Sin embargo, incluso los propios defensores del derecho natural son reacios a extraer esta conclusión.

Desde otro punto de vista, el tema de la validez de las normas constitucionales está conectado con el problema de comprobación de su validez desde dos ángulos: a) ¿Quién está legitimado para ejercer este control? Dado que se trata de un control

de validez de las normas jurídicas, este control pertenece evidentemente y por excelencia a los tribunales. Toda la cuestión también puede analizarse desde la perspectiva más general del control judicial de la constitucionalidad de las normas jurídicas. Este análisis es posible, pero no debe pasarse por alto que el control de la «constitucionalidad suprapositiva» de la Constitución ofrece serias peculiaridades por la naturaleza de las normas en conflicto: derecho natural, por un lado, declaración de voluntad del legislador constituyente por el otro. Pero la cuestión es: ¿tienen los demás órganos del estado, además de los tribunales, potestad para controlar, siquiera bajo ciertas condiciones, no solo la legalidad de los actos administrativos y la constitucionalidad de las leyes, sino también la «constitucionalidad suprapositiva» de la misma Constitución? Y también: ¿Deben los ciudadanos obediencia a las disposiciones de las leyes inconstitucionales y, en particular a las disposiciones de las leyes o incluso a las disposiciones de la Constitución inválidas por contradecir las normas o principios del «derecho suprapositivo» no escrito? b) ¿Sobre la base de qué criterios se ejercerá este control de las normas constitucionales en relación con el derecho natural no escrito, dado que su contenido es incierto y controvertible, como generalmente se reconoce?

Capítulo B

La dependencia de la autoridad de las normas constitucionales de su conformidad con el «derecho suprapositivo»

§ 37 Defensa de la teoría del derecho «suprapositivo». I. Según Hippel la juridicidad sustantiva (*Legitimität*) de la Constitución radica en su validez frente a los «destinatarios» de los mandatos constitucionales. Esa validez no debe identificarse con su «positividad» (*Positivität*) en el sentido de que se encuentra vigente. Y esto se debe a que tal mentalidad «positivista» equipara la vigencia y la justicia, y por eso es, según Hippel, inaceptable. Por lo tanto, la «positividad» debe distinguirse de la obligatoriedad (*Verbindlichkeit*) de las normas constitucionales. Este último concepto, precisamente porque se basa en la «idea de derecho», se verifica solo cuando el legislador constitucional actúa de acuerdo con los «principios constitutivos» (*Konstitutionsprinzipien*) del ordenamiento jurídico y en particular con el principio de justicia. Alternativamente, las normas constitucionales que sean contrarias a ese derecho no son obligatorias. La violación de estos «principios generales constitutivos» de la Constitución constituye una violación de normas jurídicas y como tal tiene consecuencias jurídicas análogas a las que se derivan de la violación de disposiciones constitucionales expresas y escritas. En todo caso, Hippel acepta que esto solo sucede cuando la oposición de una norma constitucional al derecho suprapositivo excede cualquier «medida tolerable».

II. Esta última solución moderada del problema fue defendida originalmente por Radbruch cuando, después de la guerra, se orientó hacia el derecho natural. Según su enseñanza, la «idea de derecho» consta de tres elementos: justicia (*Gerechtigkeit*), adecuación conforme a fines (*Zweckmäßigkeit*) y seguridad jurídica (*Rechtssicherheit*). La seguridad jurídica presupone necesariamente su positividad, pero el derecho positivo, como hecho, rige independientemente de cualquier referencia a las nociones de justicia y adecuación conforme a fines. Por lo tanto, es posible que surja un conflicto entre la justicia o la adecuación conforme a fines por un lado y la seguridad jurídica por el otro. Para juzgar la validez de una ley concreta, primero debe tenerse en cuenta el elemento de la seguridad jurídica, si es que se logra a través de ella. Asegurar la paz y el orden es el mandato fundamental sobre el que se fundamenta la validez de cualquier derecho positivo. En caso de conflicto entre estos tres elementos de la «idea de derecho» asumida por el derecho positivo, su

validez será juzgada en función de si logra cumplir su misión primaria de hacer cumplir y mantener el orden dentro de una sociedad particular.

Esta comprensión correcta de la importancia del derecho, sin embargo, no es, según la última enseñanza de Radbruch, un criterio absoluto para la solución del problema de la validez de las normas del derecho positivo. Por el contrario, así como se reconoce la existencia del derecho natural suprapositivo, se acepta también que la justicia exige que se consideren inválidas aquellas disposiciones del derecho positivo que se le oponen. Esto se acepta al menos cuando la oposición a la idea de la justicia excede el umbral de tolerancia o cuando estas disposiciones ni siquiera tienen carácter jurídico, sino que son una denegación consciente de justicia. El Tribunal Constitucional Federal alemán adoptó esta teoría de Radbruch aceptando que en los casos en que el legislador constitucional excede los «límites extremos» (*äusserte Grenzen*) de la justicia, el principio de la seguridad jurídica, como criterio de validez de las normas constitucionales positivas, decae frente al principio de la justicia sustantiva.

III. Las opiniones de Hauriou son menos «abstractas» y más cercanas a la realidad social. Según él, el derecho natural puede ser una parte del derecho positivo dentro del cual se realiza parcialmente como derecho ideal. Los mandatos que suelen componer el contenido de la idea de la justicia (*alterum non laedere, suum cuique tribuere*) ya presuponen, según Hauriou, la existencia de un orden social individualista (*ordre social individualiste*) así como la institución del derecho individual a la propiedad.

Específicamente con respecto a la Constitución, Hauriou argumenta que el derecho establece una «legitimidad constitucional sustancial» (*legitimité constitutionnelle*) o, dicho de otro modo, una «constitucionalidad suprapositiva» basada en «principios generales» individualistas fundamentales de orden y justicia, que crearon la civilización moderna. Esta forma de constitucionalismo está por encima incluso de la Constitución misma y de la legislatura constitucional. A través de estos «principios generales» supraconstitucionales se aseguran principalmente las instituciones sociales de la vida privada y se impide el socavamiento de los pilares sociales del estado. Incluso el legislador constituyente está obligado a cumplir con estos principios. De esta manera, puede surgir la cuestión de la compatibilidad o incumplimiento de las normas constitucionales con los «principios generales». En otras palabras, además del control de la validez constitucional de las leyes, también está la cuestión del control de la validez de éstas y de las propias normas constitucionales en relación con los «principios generales» de «constitucionalidad suprapositiva». Sin embargo, Hauriou parece limitar esta cuestión únicamente al campo de la revisión constitucional al aceptar, pero sin explicar, que el texto constitucional original se considera conforme a dichos «principios generales».

La teoría de Hauriou de los «principios generales» suprapositivos no es tanto metafísica como sociológica y más bien de naturaleza pragmática. En este sentido, no es análoga a las concepciones doctrinales de la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses.

§ 38 La relevancia de la teoría de Duguit sobre este tema. I. La validez de las normas jurídicas establecidas tanto por el legislador ordinario como por la legislatura constitucional depende, según Duguit, de su concordancia con el «derecho objetivo» (*droit objectif*). Duguit es cualquier cosa menos un devoto de la teoría del derecho natural. En general, su enseñanza política está libre de una mentalidad «metafísica»

y se distingue por su orientación positivista. Sin embargo, independientemente de que la teoría de Duguit implique el reconocimiento de la existencia del derecho natural, debe señalarse que, según Duguit, la validez del derecho positivo se acepta existe solo si éste es conforme con la norma jurídica objetivamente existente (*règle de droit*) cuya naturaleza es psicológica y al mismo tiempo sociológica.

Este concepto de «norma jurídica» objetiva es fundamental en la teoría de Duguit. A través de tal norma, los miembros de una sociedad están básicamente obligados a comportarse de una manera que promueva la «solidaridad social». La *règle de droit*, en la medida en que se funda en la solidaridad social y constituye el respectivo «derecho objetivo», no es absoluta, sino que varía y cambia según la forma y las aspiraciones de las sociedades humanas, así como según el «sentimiento de sociabilidad» imperante y el «sentimiento de justicia». Este tipo de norma se forma en la conciencia de los miembros de una determinada sociedad. Cuando determinados actos ofenden, en la percepción de la «masa de las conciencias individuales», la solidaridad social y el sentido del derecho de un determinado grupo y época, entonces estos actos se consideran vulneradores de esa norma que la mayoría considera necesario salvaguardar. Independientemente de si y bajo qué apariencia se organiza finalmente la implementación coercitiva de la norma, «hay una norma jurídica que en un momento dado es captada, deseada [...] por la masa de conciencias» de una determinada sociedad. Todo lo que le resta al legislador es declarar su existencia. En consecuencia, Duguit cree que «incluso en las sociedades modernas la regla jurídica no se crea por acto legislativo sino a través de la conciencia de que una determinada regla debe gozar de una sanción positiva y organizada por parte de los gobernantes».

II. El «derecho objetivo» de Duguit es previo al estado y vincula tanto a los gobernantes como a los gobernados. En cuanto a los gobernantes, éstos deben, en el contexto del ejercicio del poder estatal y en sus tres direcciones, cumplir con los mandatos del «derecho superior» (*droit supérieur*) que expresa las exigencias de la «solidaridad social». En particular, el legislador está obligado por normas jurídicas preexistentes que debe formular y aplicar. De manera más general, no tiene derecho a actuar de manera contraria a la «solidaridad social».

De acuerdo con lo anterior, una ley que sea contraria al «derecho superior» u «objetivo» fundado en el principio de la «solidaridad social» carece de vigencia jurídica y no obliga a nadie a cumplirla. Tal norma «contraria a derecho» se considera, según Duguit, «inconstitucional» en el sentido de que son inconstitucionales no solo las leyes que se oponen a la Constitución formal, sino también aquellas que contradicen los «principios superiores del derecho» no escritos (*principes supérieurs du droit*) tal y como son percibidos por la conciencia del pueblo.

Por encima de la ley se encuentran también otras normas de derecho positivo que ciertamente ostentan una jerarquía formal superior. Estas son las normas contenidas en la Constitución rígida. En consecuencia, el legislador constituyente no crea, sino que simplemente «declara» el derecho objetivo existente al que está vinculado. Por lo tanto, las normas constitucionales no deben contradecir el «derecho superior» preexistente del estado. Estos «principios» a veces son «constatados» y proclamados solemnemente y a través de las llamadas «declaraciones de derechos» (*déclarations des droits*). La «carta de derechos» es, según Duguit, la ley por excelencia (*loi par excellence*) que es superior a las leyes constitucionales y ordinarias que son válidas solo en la medida en que sean compatibles con los principios generales contenidos en tal declaración. Sin embargo, no puede mantenerse que el «derecho objetivo superior» de un estado coincida con el derecho positivo escrito porque también hay «principios del derecho superior» que se aplican y obligan al poder estatal, aunque no estén incluidos en la «declaración de derechos» y en la

Constitución formal. La autoridad del estado está sujeta a estos principios cuando procede a «declarar» el derecho objetivo mediante la promulgación de normas de cualquier jerarquía formal, es decir, ya sea mediante leyes ordinarias, disposiciones constitucionales o una «declaración de derechos».

De lo anterior se concluye que, según Duguit, todas las normas del derecho positivo se consideran válidas y obligatorias como tales solo cuando son conformes con el derecho «superior» u «objetivo» no escrito y, especialmente, con el contenido (psicológico y sociológico) del concepto de «solidaridad social» en el sentido de Duguit.

§ 39 Teorías anti-iusnaturalistas. I. Las teorías suprapositivas postuladas, en la medida en que hacen depender la validez de las normas del derecho positivo de su concordancia con el «derecho superior», son consecuentes con su punto de partida teórico. Pero también hay teóricos del «derecho natural» que, aun teniendo un «instinto práctico» (o más bien un «sano instinto jurídico») acaban renunciando efectivamente a esta doctrina en el momento más crítico, es decir, cuando las normas del derecho positivo pasan a ser contrarias al «derecho natural». Entonces encuentran y confiesan la imposibilidad de hacer cumplir y anular el derecho natural y deciden que en este caso de conflicto la victoria siempre pertenece al derecho positivo. Esta manifestación de «inconsistencia» teórica (en el que se puede ver el «talón de Aquiles» de la teoría del derecho natural) es importante precisamente por el prestigio científico de los defensores de estas teorías.

Así, Géný también admite que en caso de conflicto entre las normas del derecho positivo y las normas del derecho «natural», los dictados del derecho positivo escrito prevalecen (incluso si son brutales) contra los dictados del derecho natural, incluso si estos últimos se consideran enraizados en la conciencia humana. Géný justifica su punto de vista al referirse a la idea de la justicia como el elemento principal para el mantenimiento del orden (*ordre*) dentro de la sociedad humana. El orden, sin embargo, está confeccionado con normas estables que regulan coercitivamente el comportamiento (externo) de las personas. Las normas de esta naturaleza son solo normas de derecho positivo escrito. Este último prevalece sobre las normas de la lógica o de la conciencia precisamente porque expresa el «principio» del orden, un «principio» superior a cualquier otro.

A continuación, Géný busca métodos para limitar el poder del legislador, ya no en los muy vagos y fluidos principios del «derecho natural», sino en las Constituciones formales (escritas y rígidas). Admitiendo la omnipotencia del legislador constituyente, él cuestiona su compromiso con los principios supraconstitucionales y rechaza categóricamente la opinión de que la ley contraria al derecho «superior» o «natural» sea inválida y no deba ser aplicada por los tribunales. Para Géný, los principios del «derecho natural» tienen significado jurídico solo si son incorporados a las normas del derecho positivo (es decir, a una ley formal o una Constitución o «Declaración de Derechos»). Pero en tal caso, ¿qué papel le queda al «derecho natural»?

II. Percepciones similares son expresadas por otros. Del Vecchio, también partidario de la teoría del derecho natural, acepta que de ésta procede el principio de libertad (como expresión del valor de la personalidad humana) del que se deducen posteriormente, como principios fundamentales del orden jurídico, el principio del estado de derecho, el principio de igualdad ante la ley y el principio de separación de poderes. Sin embargo, en caso de conflicto entre las disposiciones del derecho positivo y los principios del derecho natural, cree que deben aplicarse las primeras. De lo contrario, se rompería la unidad del ordenamiento jurídico, existiría siempre la

confusión entre *jus conditum* y *jus condendum*, y el derecho positivo quedaría privado de la certeza que merece.

De manera similar, Le Fur argumenta que el derecho positivo es en principio obligatorio porque se presume que es generalmente conforme con el derecho natural.

Según Coing, la oposición de la ley positiva a la natural no implica automáticamente la constatación de la nulidad. Mientras cumple la misión del Derecho de asegurar el orden y la paz, el derecho positivo permanece en vigor, sin embargo, debe ser derogado. Por otro lado, la constatación de cualquier incongruencia entre el derecho positivo y el natural no siempre es posible, mientras que el juez está obligado por los «principios de justicia» adoptados por el legislador.

Y los autores griegos que se han ocupado de esta cuestión reconocen que las normas del derecho positivo no cancelan su validez en caso de su incompatibilidad con el «derecho natural».

Según K. Tsatsos, el principio de positividad del derecho deriva de su naturaleza como orden heterónimo. Pero este principio quedaría anulado si el orden social se regulara sin la mediación de normas establecidas por los órganos estatales competentes, es decir, por los órganos legislativos. Por tanto, argumenta Tsatsos, los significados que son producto de una adecuada concretización de la idea de derecho son objetivamente válidos, pero no pueden prevalecer sobre el principio de positividad, que es más general. En consecuencia, se retiran si contradicen el derecho positivo. El legislador presume que define el derecho «correcto», que se ajusta a la idea del derecho que él «concretiza». Solo en caso de que el orden jurídico en su conjunto se oponga a la idea de derecho, se considera que concurre una excepción a la regla de la exclusiva validez del derecho positivo.

Además, Th. Tsatsos reconoce la existencia del «derecho natural» y argumenta que existen algunos elementos estables del derecho estatal que consisten en ciertos «principios generales del derecho» que obligan al legislador. Sin embargo, se niega a admitir que estos principios prevalezcan sobre la voluntad del legislador constituyente. Según Th. Tsatsos, en caso de oposición de una disposición constitucional a los principios del derecho, no está permitido impugnar y por tanto controlar su validez. Esta visión se ve reforzada por el reconocimiento de que en el ejercicio del poder constitucional es poco probable que se dicten disposiciones contrarias a los principios del derecho.

Al. Litzeropoulos también se enfrentó al problema de reconocer o no la competencia del juez para controlar la validez de las leyes (especialmente aquellas de reciente promulgación y que obviamente responden a la voluntad legislativa vigente) o de la propia Constitución en cuanto a su concordancia con la conciencia jurídica o comunitaria de los ciudadanos o al «derecho superior» o «natural». Sin embargo, también se niega a aceptar, aunque abraza la doctrina del «derecho natural», que el juez (que está obligado por su juramento a hacer cumplir la Constitución y las leyes) pueda elevarse por encima del derecho positivo para juzgar si éste es conforme con el «derecho natural» y aplicarlo solo si realmente lo es. Debe preferirse la adhesión al orden jurídico positivo en aras de la seguridad en el tráfico jurídico dada la fluidez y vaguedad de cualquier «derecho superior».

LIBRO SEGUNDO

LA CONSTITUCIÓN VIGENTE

Capítulo III

La costumbre constitucional

§ 27 En general. La costumbre constitucional es parte de la constitución sustantiva y es ley constitucional no escrita. Solo el concepto de una constitución formal (escrita y estricta) tiene significado jurídico. Sin embargo, no se discute la posibilidad de la existencia de un derecho no escrito *per se*. Por lo tanto, debe investigarse si y en qué medida existe derecho constitucional no escrito y cuál es su relación con la constitución formal.

Es cierto que el derecho consuetudinario ha precedido históricamente al derecho escrito que se estableció en sociedades relativamente avanzadas. En la antigüedad griega y romana, el derecho consuetudinario fue absorbido cada vez más por el derecho escrito. Sin embargo, en la Edad Media, pero también más tarde, la costumbre fue la principal fuente del derecho. Esto se debió al entonces dominante sistema social feudal que implicaba y favorecía el ejercicio flexible y descentralizado del poder estatal en conjunción con la economía cerrada.

En el campo del derecho constitucional, como en Inglaterra, por ejemplo, la cuna de las instituciones estatales modernas, las reglas del derecho constitucional se han formado y desarrollado como reglas no escritas en su mayor parte hasta el día de hoy. También en Francia no se escribieron las leyes fundamentales del reino.

A partir del siglo XVIII, y especialmente a partir de la Revolución Francesa de 1789, el derecho escrito desplazó paulatinamente a las normas no escritas, por naturaleza inaccesibles, vagas y controvertibles. La existencia de estas normas ya no es compatible con las nuevas condiciones generales de la vida social. Estas nuevas condiciones exigen una regulación clara, precisa, rápida y detallada, que solo puede lograrse a través de normas escritas establecidas por el gobierno central. Con respecto al derecho constitucional en particular, el tipo de constitución escrita ha comenzado a extenderse y generalizarse desde entonces, junto con la difusión y el establecimiento de ideas democráticas liberales. La razón es que las libertades individuales y políticas se garantizan de manera más efectiva a través de la constitución escrita.

Tras el predominio casi universal del tipo de constitución rígida y más o menos rígida, se observó en la práctica (sobre todo a partir de principios del siglo XX) que estas normas no conseguían una regulación eficaz de la cambiante realidad social y política y, en particular, el cumplimiento de su misión básica, esto es, limitar la acción de quienes ejercen el poder estatal y más concretamente de los gobernantes en el marco de su competencia. Dado que, así las cosas, no era posible subsumir las circunstancias en las normas constitucionales adoptadas, la teoría invocó la ley constitucional no escrita en un intento de adaptar las normas constitucionales a las circunstancias. Aquí reside básicamente la importancia de defender la costumbre constitucional.

En consecuencia, la cuestión de la costumbre constitucional es principalmente una cuestión sobre las relaciones entre las reglas no escritas y las reglas escritas de la constitución formal. La costumbre no se caracteriza como simple hecho sino como

regla jurídica. En otras palabras, cuando hablamos de costumbre, nos referimos al derecho consuetudinario, y cuando hablamos de costumbre constitucional, nos referimos al derecho constitucional consuetudinario. Además, el derecho constitucional consuetudinario tiene interés no en su contenido, sino en términos de su lugar en la jerarquía de las normas del orden jurídico. En otras palabras, no se investiga la importancia de las normas consuetudinarias en cuanto a su contenido. En tanto regulan cuestiones de derecho constitucional, forman parte de la constitución sustantiva. Lo que es jurídicamente esencial es si hay reglas consuetudinarias en una constitución formal que tengan una mayor si no equivalente jerarquía que sus normas escritas. Entonces, lo que importa es si ciertas reglas consuetudinarias pueden modificar o derogar normas de la constitución formal.

§ 28 Costumbre y constitución formal. I. En principio, es bien sabido que la costumbre puede ser una fuente de derecho constitucional. El ejemplo más característico es el del derecho constitucional inglés, que se compone en gran parte de costumbres. Por supuesto, esta observación no es decisiva porque Inglaterra no tiene una Constitución formal.

Con respecto a las constituciones formales, se ha observado que con el tiempo algunas de sus disposiciones caen prácticamente en desuso o que su validez se reduce bajo la presión de las cambiantes condiciones sociales y políticas, lo que resulta en cierta tolerancia hacia su incumplimiento o en la consolidación de normas concretas que no estaban previstas en la constitución formal. Estos hallazgos convencieron a algunos de la existencia de la costumbre incluso bajo el régimen de una Constitución formal. Pero otros, por el contrario, consideraron que estas determinaciones se refieren a simples hechos para cuya interpretación jurídica no es suficiente la teoría convencional de la costumbre constitucional.

Dado que la costumbre constitucional no es más que una regla jurídica, ella solo puede existir si y en la medida en que sea reconocida por el estado. La coacción es un elemento esencial del derecho y, además, el estado tiene el monopolio de la coacción. En consecuencia, el derecho se entiende solo como derecho estatal. Una regla jurídica existe solo si la voluntad expresada en ella se reduce al poder estatal. De la misma manera, la validez de la norma consuetudinaria como norma jurídica se fundamenta en la voluntad estatal. El derecho consuetudinario solo puede existir si y en la medida en que el poder estatal permita su reconocimiento.

En cada estado se definen los modos en que se forma, expresa e impone la voluntad estatal. Esto es especialmente cierto en el caso de los estados modernos, que generalmente se rigen por una constitución escrita y estricta y se caracterizan por un poder estatal altamente centralizado. El ejercicio de esta facultad está encomendado a determinados órganos que expresan la voluntad del estado en el marco de sus competencias. En cuanto a la forma de dictar las normas jurídicas, se ha procurado regular con precisión y claridad el ejercicio de la función legislativa. La constitución regula, en primera instancia, el modo en que se adoptan normas jurídicas más concretas. En otras palabras, el poder legislativo constituido debe ser ejercido de conformidad con la Constitución y como lo establece la Constitución. La legislación es, después de todo, la forma habitual de promulgar normas jurídicas. Por lo tanto, surge la pregunta: ¿el poder estatal contempla, o al menos permite o tolera, la creación de normas jurídicas mediante la costumbre?

La existencia misma de una constitución formal presumiblemente excluye cualquier forma de promulgar normas jurídicas no incluida en lo que está consagrado explícitamente en la Constitución.

En cuanto a la promulgación consuetudinaria de las normas constitucionales, ésta implica el ejercicio de la potestad constituyente, y de hecho primaria y soberana si se hace en forma distinta a la prevista por el ordenamiento constitucional vigente. Sin embargo, el legislador constituyente, en la formación inicial del estado, suele prever y regular de manera específica y con carácter previo el ejercicio del poder constituyente tendiente a revisar las normas constitucionales establecidas. Además, mientras el orden constitucional se mantenga vigente, no es concebible el ejercicio del poder constituyente, es decir, el establecimiento de normas constitucionales jerárquicamente superiores de forma distinta a la prevista. La constitución restringe el poder del agente estatal (constituyente) para actuar de acuerdo con las reglas que ha establecido si no decide reformarlas. En la medida en que a través de la constitución formal haya definido la forma en que estas reglas pueden ser reformadas, debe expresar su voluntad de esta manera. Por lo tanto, una constitución formal prohíbe el ejercicio del poder constituyente en forma consuetudinaria o, en otras palabras, la costumbre constitucional.

§ 29 Costumbre y soberanía popular. El tema del agente que ejerce el poder constituyente está vinculado al ejercicio del poder constituyente a través del uso de normas consuetudinarias. Esto se explica por el hecho de que las normas constitucionales solo pueden provenir de su propia voluntad. Pero ¿quién establece las normas constitucionales consuetudinarias?

Es común decir que las normas consuetudinarias provienen de la conciencia popular y, en este sentido, se consideran promulgadas por ella. Esta interpretación excluye necesariamente la posibilidad lógica de la existencia de una costumbre constitucional en los estados establecidos por una autoridad monárquica. En este último caso el órgano de poder constituyente es el monarca. Sin embargo, la posibilidad de una costumbre constitucional parece ser compatible con el principio democrático. Dado que en las democracias el pueblo es el titular del poder constitucional, ¿por qué no puede ejercer su poder constituyente ni siquiera bajo la forma de una costumbre constitucional? Se ha argumentado que en estos regímenes el legislador no puede impedir la creación de una norma consuetudinaria que derogue una disposición legal escrita. Por lo tanto, se argumenta que existe al menos una relación de igualdad entre el derecho consuetudinario y el derecho escrito, ya que a través de la regla consuetudinaria el pueblo soberano expresa su voluntad sin mediación, ejerciendo así un poder constituyente o legislativo informal.

No son correctas aquellas percepciones que relacionan la costumbre con el principio de soberanía popular. El ejercicio del poder legislativo constituido en forma consuetudinaria, es decir, inmediatamente por el pueblo, queda descartado como ya se explicó, cuando la democracia directa no está reconocida por el orden constitucional vigente (aunque se base en el principio de la soberanía popular) que ha regulado específicamente la forma en que se establecen las normas jurídicas. Sin embargo, de manera más general, en relación con los argumentos a favor del ejercicio directo y consuetudinario del poder legislativo e incluso constituyente por parte del pueblo, vale la pena señalar lo siguiente:

(a) La costumbre no se origina en el pueblo ni, en particular, en la llamada conciencia «común» popular o nacional, sino en la práctica ejercida por un círculo más o menos limitado de personas. En particular, la costumbre constitucional se crea solo en virtud de la conducta de ciertas personas que constituyen los órganos superiores del estado. El pueblo soberano está ausente de todo el proceso consuetudinario de promulgación de normas constitucionales. Por lo tanto, no es posible considerar estas reglas como derivadas de aquél o como manifestación, además directa, de su voluntad.

(b) Además, a través de la constitución formal, el pueblo soberano ha definido la forma en que se ejerce el poder constituyente en el marco del ordenamiento jurídico vigente, es decir, la forma en que su voluntad constituyente se manifiesta a través del ejercicio de la función revisora de la Constitución. Esto, por supuesto, no significa que el pueblo soberano haya renunciado a su derecho a cambiar las normas constitucionales en cualquier momento. Simplemente, desde un punto de vista jurídico, hasta que exprese una voluntad constituyente nueva, primaria y dominante, la ya expresada lo obliga a actuar en consecuencia. El pueblo no está obligado jurídicamente por el orden preexistente solo cuando quiere derrocar el orden legal y constitucional e instaurar uno nuevo. Pero, aun en este último caso, la voluntad del soberano debe manifestarse de manera expresa y explícita, fidedigna e indiscutible, y no deducirse de acciones de instituciones estatales sobre la base de las denominadas presunciones de «consentimiento» tácito o «reconocimiento» o «delegación de poder», etcétera, que interpretan arbitrariamente aquellos objetos.

En las democracias modernas no tienen cabida las enseñanzas de *tacitus consensu populi* de los juristas romanos y especialmente de la filosofía escolástica de la Edad Media y más tarde de los teóricos iusnaturalistas. Estas tradiciones establecieron sobre una base popular el poder de los monarcas autoritarios. En las democracias, especialmente cuando hay una constitución formal, lo que el pueblo decide puede ser identificado explícitamente. Los órganos personales de los órganos del estado no tienen otras atribuciones que las conferidas expresamente por la constitución y las leyes de conformidad con ésta. Dado que los órganos del estado han sido constituidos sobre la base de una voluntad previamente expresada del órgano de la autoridad autorizante, no puede considerarse que dictan normas jurídicas en nombre del soberano silencioso cuando violan las normas expresamente establecidas por él, es decir, cuando se desvían de lo prescrito por la ley establecida a partir de la cual adquieren el estatus de órgano estatal.

La versión contraria termina fatalmente al considerar que la presencia del órgano del poder constitucional es ininterrumpida. Parte de este supuesto es la idea de que la presencia constante del soberano se manifiesta de manera informal y de diversas formas. Pero esta visión no puede aceptarse, porque no solo impone una inseguridad jurídica constante y socava de manera permanente e irreparable la seguridad del derecho (que, sin embargo, es el fin primordial del derecho), sino que, además, a pesar de su cariz democrático, establece la omnipotencia de quienes actúan en nombre del soberano, que típicamente parece disfrutar de derechos ilimitados. Esta omnipotencia se explica por el hecho de que el soberano se considera constantemente presente pero también silencioso, por lo que se presume que presta su consentimiento general. De esta manera, sin embargo, esta visión tiende a convertir el principio de la soberanía popular de la base del estado democrático en un medio para su derrocamiento aparentemente legítimo por parte de los gobernantes.

En vista de lo anterior, el hecho de que un orden constitucional esté fundado en el principio de la democracia no puede, en principio, alterar la relación entre el derecho consuetudinario y el escrito, y aún menos bajo el régimen de una Constitución formal. Sin embargo, es necesario investigar la voluntad del legislador constitucional sobre sí, y en qué medida, se permite la creación de una costumbre constitucional.

Pero primero debe definirse con claridad y precisión el significado de la costumbre constitucional, así como las condiciones de su existencia.

§ 30 Los elementos constitutivos de la costumbre constitucional. La costumbre constitucional puede definirse tanto desde el punto de vista de la validez de sus normas con respecto a las normas de la Constitución formal como desde el punto de

vista de su contenido sustantivo. Así, por un lado, las normas jurídicas no escritas son consideradas una costumbre constitucional, que tiene fuerza formal constitucional o, en otras palabras, jerarquía formal superior, y se establecen a través de una práctica continua y uniforme de los órganos directos del estado que la practican con conciencia de su obligatoriedad jurídica. Desde un punto de vista sustantivo, la costumbre constitucional se define como el conjunto de normas jurídicas no escritas que, en la medida en que se establecen mediante la práctica continua y uniforme de órganos estatales directos con conciencia de su obligatoriedad jurídica, regulan al nivel más primario el ejercicio del poder estatal.

En todo caso, para que exista una costumbre constitucional se requieren ciertas condiciones. De acuerdo con los principios generales del derecho, hay dos elementos principales que son necesarios para la creación de una norma de derecho consuetudinario (así como para la costumbre constitucional), uno material y otro psicológico.

a) Aplicación práctica de una manera específica de regular un asunto de forma continua y uniforme. Cuando existe una práctica continua y uniforme de una determinada práctica es un problema fáctico, y por lo tanto debe ser investigado con relación a las circunstancias. De acuerdo con el derecho constitucional, el ejercicio de esta práctica no necesita prolongarse en el largo plazo debido a la peculiaridad de ciertas instituciones en esta área doctrinal. Sin embargo, un simple ejercicio de una sola vez es completamente insuficiente para ser considerado como el elemento material de la formación de una norma consuetudinaria.

b) Creencia de que la práctica anterior se practica por necesidad jurídica, es decir, con un sentido de obligación jurídica (*opinio juris vel necessitatis*), y no simplemente porque es más conveniente o porque, en la percepción de quienes practican esta práctica, así es exactamente como debe ser regulado jurídicamente el asunto concreto. El elemento en cuestión de la costumbre constitucional es lo que la distingue de la simple práctica política.

Además de los dos elementos básicos antes mencionados de cualquier norma de derecho consuetudinario, la costumbre constitucional también se caracteriza por otros rasgos, tales como:

(c) Esta práctica se ejerce directamente, en particular, por los órganos del estado que actúan en el marco de las competencias que les atribuye la Constitución. Vale la pena subrayar, en este sentido que los órganos del estado solo pueden ejercer un poder constituido y, por tanto, solo expresan la voluntad del estado si actúan dentro de los límites de sus competencias y, en general, de conformidad con la Constitución fundacional. No pueden ser consideradas como de naturaleza estatal cualesquiera de sus voluntades y acciones. En consecuencia, es imposible considerar como costumbre constitucional una costumbre que, aunque formada por la práctica de los órganos del estado, es contraria a las disposiciones de la Constitución formal.

Los órganos del estado, gracias a cuya práctica se puede crear una costumbre constitucional, son principalmente los que ejercen la llamada «función gubernativa», es decir, en nuestro ordenamiento jurídico, el parlamento, el rey y los ministros, pero sin excluir a los otros dos órganos estatales directos, a saber, el electorado y los tribunales.

d) La conciencia de la obligatoriedad jurídica de seguir una determinada práctica debe estar presente en el círculo de aquellos a quienes concierne practicarla. Por lo tanto, para formar una cierta costumbre, no es suficiente que solo el órgano

estatal actuante tenga tal conciencia. La misma conciencia deben tener aquellos órganos a los que se refiere la práctica específica y cuyas relaciones regula. Por tanto, una costumbre constitucional no puede derivarse de una práctica respecto de la cual se hayan interpuesto excepciones de inconstitucionalidad o de ilegalidad por parte de los órganos a los que se refiere dicha práctica.

II. La formación de una costumbre constitucional bajo el régimen de Constitución formal se funda en la condición de que el legislador constitucional no prohíba la forma consuetudinaria de promulgar las normas constitucionales. Como se dijo anteriormente, la existencia misma de una Constitución formal presupone la voluntad negativa del legislador que la redactó. Esta presunta voluntad, sin embargo, necesita ser investigada más a fondo, y en particular en relación con la validez formal de las normas que pueden haber sido reconocidas como costumbre constitucional.

La costumbre constitucional puede entenderse, ya sea como superior a la Constitución formal, ya sea como equivalente o como subordinada a ella.

La costumbre se impone a la Constitución formal cuando se considera que sus normas tienen fuerza supraconstitucional, es decir, vinculan incluso al legislador constituyente. Tal punto de vista lleva a la necesidad lógica de suponer que estas reglas constitucionales consuetudinarias son más o menos estables e invariables. Este caso se presenta si cualquier cambio en su contenido está prohibido por el legislador constituyente y más aún por las instituciones del estado y los ciudadanos. Además, dado que esta versión conduce a un callejón sin salida lógico cuando se plantea la cuestión de crear una nueva costumbre opuesta al poder supraconstitucional, es preferible en este caso adoptar honestamente la teoría iusnaturalista.

En consecuencia, el caso que queda por investigar se refiere a la costumbre constitucional equivalente o subordinada a la Constitución formal. En otras palabras, la costumbre constitucional «derogatoria» y «supletoria».

§ 31 La costumbre derogatoria es incompatible con la Constitución formal. 1. Puede considerarse que la costumbre contiene normas equivalentes a las de la Constitución formal. Esto significa dos cosas: a) las normas contenidas en la constitución formal pueden modificar las costumbres constitucionales vigentes al momento de adoptarse dichas normas. A la inversa, las normas constitucionales consuetudinarias pueden modificar o derogar normas ya establecidas de la Constitución formal. La equivalencia formal entre las normas de la Constitución formal y las costumbres constitucionales consiste en que las normas posteriores derogan o modifican las anteriores y prevalecen siempre sobre ellas, b) si se amplía así el sentido de la Constitución, es prudente caracterizar como inconstitucionales no solo los actos u omisiones que sean contrarios a la Constitución formal sino también los que sean contrarios a las costumbres constitucionales.

La costumbre constitucional derogatoria es aquella que contradice las constituciones escritas, pero, precisamente porque se considera equivalente a ellas, las suprime si es posterior a éstas.

La derogación de las disposiciones constitucionales por una costumbre contraria puede realizarse hipotéticamente de dos formas: a) positivamente, al crear una norma consuetudinaria con contenido directamente contrario a la disposición constitucional escrita (*consuetudo* abrogatoria), b) negativamente, en virtud de la inaplicación (*desuetudo*) que resulte de la simple omisión de la aplicación de esta disposición. Tanto en el primer como en el segundo caso, la regla consuetudinaria se

forma de la misma manera y su fuerza legal frente a la norma escrita es la misma. En ambos casos hay una sustitución de las normas jurídicas escritas por otras normas consuetudinarias. En consecuencia, la inaplicación de una norma constitucional escrita no puede considerarse reconocida bajo el régimen de una Constitución formal. Por el contrario, se excluye la posibilidad de crear una costumbre constitucional con un contenido positivo directamente contrario a una disposición constitucional.

II. Para una comprensión más completa de la relación entre una Constitución formal (escrita y estricta) y una costumbre constitucional, consideremos cómo sería posible formar una costumbre derogatoria.

Las normas consuetudinarias constitucionales se forman, como se ha dicho, por actos u omisiones, en particular de los órganos directos del estado, y atañen tanto a su funcionamiento como a las relaciones entre éstos. Así, por ejemplo, se puede crear una costumbre constitucional:

a) A través de los actos de las legislaturas (es decir, en Grecia, a través de leyes o decretos legislativos del artículo 35§2 de la Constitución). Suponiendo que sea legalmente posible efectuar una derogación consuetudinaria de una Constitución formal, la legislatura podría regular un tema abordado en la Constitución de una manera que se desvíe de sus estipulaciones. Supongamos que tal disposición se repite de manera uniforme y un día termina siendo considerada aplicable por su carácter jurídico (con *opinionem juris*). Puede entonces argumentarse que mediante esta práctica legislativa se derogó la disposición contraria de la Constitución y que en lo sucesivo se aplica la regulación establecida en la práctica por el legislador. Esto quiere decir, sin embargo, que esta regulación ahora en vigor equivale a las disposiciones de la Constitución y que, en una consecuencia estrictamente lógica: aa) las normas establecidas por el legislador ordinario, es decir, la ley formal concreta ya no deben poder ser modificadas o derogadas por una ley posterior, bb) una ley por la cual se promulgue algo contrario a la ley que ha adquirido la vigencia de una norma constitucional debe calificarse como inconstitucional si es contraria a ella. Sin embargo, si no se aceptan estas conclusiones, entonces es necesario aceptar que la Constitución ha dejado de ser estricta.

b) Por la conducta general de los órganos que ejercen el poder ejecutivo, en particular en sus relaciones con los principales órganos legislativos y en particular con la representación parlamentaria. Así, por ejemplo, si el gobernante supremo no decidiera ejercer su poder de disolver el parlamento durante mucho tiempo, llegaría el momento en que su elección sería considerada inconstitucional según la disposición constitucional promulgada. En otro caso, si la Constitución contiene una disposición según la cual la disolución del parlamento por el gobernante supremo por la misma razón se permite una sola vez y esta disposición se violó repetidamente con conciencia de su obligatoriedad jurídica, se crearía así una costumbre constitucional. Pero esto significaría que, en última instancia, esos actos (los decretos sobre la disolución del parlamento) han derogado una disposición constitucional y que su contenido ha adquirido el estatus de regulación constitucional.

Estas conclusiones jurídicamente inconsistentes, que conducen a la noción de que puede existir una costumbre constitucional derogatoria, se deben principalmente a que esta noción reconoce en órganos estatales que ejercen un poder constituido la posibilidad de ejercer un poder constituyente. Además, se reconoce que el ejercicio del poder constitucional se realiza de la siguiente manera: mediante la violación continua de las normas constitucionales de las que las instituciones estatales derivan la facultad de expresar la voluntad estatal. ¡Cuántas más violaciones hay, más pleno se considera el ejercicio del poder constituyente por parte de los órganos constituidos!

Lo anterior se produce sin cuestionar en absoluto la legitimidad de los gobernantes, la continuación de la existencia y el buen funcionamiento del orden constitucional establecido, la vigencia de la Constitución y el carácter estricto de ésta.

III. La costumbre constitucional derogatoria resulta incompatible con la Constitución formal porque es a) lógicamente incomprensible cómo la violación de una disposición constitucional deja de ser violación por repetirse constantemente. Las infracciones reiteradas no son más que una suma de infracciones; b) jurídicamente incomprensible cómo puede considerarse una *opinio juris* existente cuando el órgano estatal inconstitucionalmente actuante es, como casi siempre ocurre, inmediatamente consciente de la oposición de su conducta al derecho aplicable. Si, después de todo, se reconoce la competencia de los tribunales para revisar la constitucionalidad de los actos de los órganos estatales, incluido el legislativo, es más probable que cualquier futura conciencia jurídica sobre la base de la cual pueda crearse una costumbre constitucional derogatoria desaparezca ya con su nacimiento.

Por otra parte, la costumbre constitucional derogatoria implica que de esta forma la autoridad constitucional es efectivamente ejercida por los órganos estatales constituidos, y ello al nivel más elemental. Esto se debe a que estos órganos adquieren conscientemente las competencias del legislador constituyente, y consideran que establecen derecho mediante la violación de las normas constitucionales vigentes. Sin embargo, esto es inaceptable porque de esta manera se inutiliza el sentido de la Constitución formal, ya que no solo las disposiciones de la Constitución sino también sus violaciones se reconocen como fuentes del derecho constitucional.

La trascendencia jurídica de la Constitución radica en la suprema jerarquía formal de sus normas, a saber, que estas normas sean modificadas o derogadas en la forma prescrita por la Constitución formal. Sin embargo, la costumbre constitucional no se forma de acuerdo con el procedimiento de revisión previsto por la Constitución. Por el contrario, las normas consuetudinarias, por su propia naturaleza, se modifican y derogan de la misma manera informal en que se promulgan. En otras palabras, una característica de las normas consuetudinarias es que aparecen en el mundo de los conceptos jurídicos y desaparecen de él sin que sea posible determinar el momento exacto en que comienzan y cesan de existir. Pero lo principal es que aparecen y desaparecen sin someterse al estricto procedimiento especial de adopción, reforma y derogación, que podría darles la jerarquía jurídica suprema, característica principal de las normas constitucionales.

La incapacidad de las reglas consuetudinarias de existir como equivalentes a las reglas de una Constitución formal se debe precisamente a que inherentemente sufren de esta «inferioridad incurable». En consecuencia, si se descarta razonablemente la posibilidad de tener normas consuetudinarias con vigencia formal equivalente a las disposiciones de la Constitución formal, ni siquiera es concebible su derogación o modificación consuetudinaria sin revocar al mismo tiempo el significado de la Constitución formal. Bajo el régimen de Constitución formal, la costumbre constitucional derogatoria no tiene cabida.

§ 32 La costumbre supletoria. I. Sí, no es posible, como se ha dicho, derogar o reformar las normas establecidas en la Constitución formal por normas consuetudinarias contrarias. Pero la pregunta es: ¿es posible, bajo el régimen de una Constitución formal, adoptar al menos nuevas normas por la vía consuetudinaria, siempre que no afecten las disposiciones escritas, es decir, si se refieren a materias no reguladas por disposiciones constitucionales existentes? En otras palabras, esta

es la costumbre constitucional supletoria que no contradice las normas constitucionales escritas, sino que solo llena las lagunas de la Constitución formal.

Según estricta precisión jurídica y por la propia naturaleza y misión de la Constitución formal, la costumbre constitucional supletoria debe ser considerada incompatible con ella. En efecto, la Constitución formal define estrictamente la manera en que, dentro del marco del orden constitucional, es posible el ejercicio del poder constitucional (es decir, la modificación, derogación o promulgación de normas constitucionales). Dado que, de acuerdo con lo anterior, una norma de derecho solo tiene vigencia constitucional si emana de una voluntad expresa del órgano estatal competente y se basa en un procedimiento determinado, es obvio que incluso esta regulación de un tema para el cual no hay referencia en la Constitución formal, no puede reputarse que adquiera validez constitucional si no se lleva a cabo por una regla jurídica establecida de conformidad con el procedimiento constitucionalmente prescrito.

La costumbre constitucional supletoria puede entenderse de dos formas:

a) De modo que, de conformidad con las normas generales de interpretación, se confieren a un órgano estatal, principalmente directo, nuevas facultades además de las que ya le han sido atribuidas expresamente o tácitamente por disposiciones constitucionales. Por ejemplo, según la Constitución griega actual, la autoridad suprema ejerce solo ciertos poderes legislativos: ella emite los decretos ejecutivos necesarios (artículo 35§2), otorga amnistía por delitos políticos (artículo 39) y suspende temporalmente, bajo ciertas condiciones, la aplicabilidad de ciertos artículos de la Constitución (artículo 91). Pero, la Constitución no le reconoce la facultad de dictar normas mediante la función legislativa. Sin embargo, desde hace muchos años el titular del poder ejecutivo viene ejerciendo tal potestad. ¿De dónde la obtiene? Hoy tal competencia está claramente implícita en virtud de su puesta en relación con el artículo 59§2 de la Constitución. Además, esta competencia se deriva del hecho de que el legislador constituyente, aunque teniendo en cuenta la práctica anterior, ha evitado desaprobalo y, por lo tanto, lo ha aprobado tácitamente (y de hecho recientemente). También se ha argumentado en el pasado que esta competencia legislativa de la autoridad suprema está implícita en particular en el artículo 44 de la Constitución. Pero, suponiendo que esta facultad de dictar decretos legislativos en virtud de una ley formal no derivara de las disposiciones de la Constitución, ¿podría considerarse que se basa en una costumbre supletoria creada como se ha argumentado? Lo dudo. La causa principal de mi duda es que esta costumbre no sería literalmente supletoria sino derogatoria y como tal inaceptable. Ello porque lo que se modifica mediante el reconocimiento supletorio de poderes regios además de los conferidos por la Constitución formal es la Constitución misma, y no en la forma prescrita por el legislador constituyente a través de las disposiciones sobre la revisión constitucional.

En los casos en que (particularmente respecto de las disposiciones constitucionales sobre los poderes de los órganos directos del estado) una cuestión ha sido regulada por disposiciones concretas de una Constitución formal, es difícil considerar que exista una «laguna» que deba colmarse para formar una costumbre constitucional supletoria. Por muy supletorio que sea el carácter de tal costumbre, modificará, sin embargo, la Constitución en el siguiente sentido: otorgará al órgano más facultades de las que el legislador constituyente ha reconocido y, por lo tanto, modificará la distribución general del ejercicio del poder estatal entre las instituciones del estado y su pretendido equilibrio por parte de ésta. Desde este punto de vista, tal costumbre ciertamente sería derogada *lato sensu*, por lo que debería considerarse imposible su formación bajo el régimen de una Constitución formal.

(b) Al margen de la anterior costumbre supletoria, que puede ser derogada *lato sensu*, existe también la costumbre supletoria primaria. Se considera como tal la que se forma para regular un asunto concreto para el cual no se prevé nada específico en la Constitución formal. En este último caso, es de hecho un relleno de lagunas. Además, no hay posibilidad de caracterizar esta costumbre como reformadora de la Constitución porque no se refiere a cuestiones de responsabilidades de los órganos directos del estado y las relaciones entre ellos, sino especialmente a cuestiones de su funcionamiento. Así, por ejemplo, la cuestión de la publicidad de los debates del comité legislativo del parlamento no ha sido regulada por el ordenamiento constitucional griego (artículo 35§§2-3). Sin embargo, desde 1952 hasta hoy y de manera continua y uniforme, las reuniones de la comisión legislativa son públicas. De hecho, esto está ocurriendo, sin duda alguna, con conciencia jurídica. Por tanto, podría decirse que se ha formado una costumbre constitucional supletoria.

II. Una costumbre complementaria de la naturaleza anteriormente descrita puede considerarse compatible con la Constitución formal.

Como es bien sabido, la Constitución formal se distingue por una cierta brevedad y generalidad de sus formulaciones, lo que hace natural que existan lagunas en ella. Esto puede deberse a que, al tiempo de la promulgación de la Constitución, se omitió la regulación de ciertas cuestiones, o a que éstas fueron surgiendo gradualmente a través de la evolución de la vida social. Además, es cierto que la Constitución no solo no es revisada con frecuencia, sino que, por el contrario, gracias al proceso especial de revisión, se descarta su rápida y precipitada reforma. Surge entonces la pregunta: ¿Es posible suponer que el legislador constituyente pretendió excluir por completo el tratamiento de situaciones y la solución de cuestiones cuya existencia pudo haber escapado a su atención o previsión? Esta pregunta surge si, por supuesto, la regulación de estas materias no afectara a las reglas establecidas por ella y distorsionara el equilibrio impuesto por ella en el ejercicio del poder estatal. Además, es sabido que los órganos directos del estado han sido dotados por el legislador constituyente de una gran libertad de acción. Esta libertad podría utilizarse de conformidad con la Constitución y con este mismo propósito para llenar las lagunas más o menos secundarias de la Constitución formal, cuando las necesidades cambiantes de la vida social así lo dicten.

Por lo tanto, es posible considerar que incluso bajo el régimen de una Constitución formal, el legislador constituyente admite la creación, en el marco de la Constitución formal (*intra legem*), de una costumbre constitucional supletoria (*praeter legem*). En todo caso, la posibilidad de formación de tales costumbres constitucionales no parece ser grande.

La costumbre constitucional supletoria no es equivalente a las normas de la Constitución formal, sino inferior a ellas, porque por definición no puede derogarlas ni reformarlas, mientras que, por el contrario, puede ser derogada y reformada por ellas. Así la costumbre supletoria está sujeta a la Constitución. Pero ¿cuál es su posición frente a las leyes ordinarias? El carácter y la significación jurídica de una norma consuetudinaria como constitucional radica, más concretamente, en que no puede ser impugnada por el legislador ordinario. Si la costumbre constitucional supletoria ha de ser entendida de esta manera, entonces debería ocupar un rango intermedio en la jerarquía normativa del orden jurídico, entre la Constitución formal y las leyes formales. Frente a éstas tendrá una superior jerarquía formal y no podrá ser suprimida o modificada por ellas. Tal jerarquía superior formal otorga a la costumbre supletoria el carácter de una costumbre constitucional. Por un lado, puesto que se crea a través de la práctica de órganos estatales constituidos que no tienen ni siquiera un poder de revisión constitucional, la costumbre no justifica tener jerarquía superior formal, que

solo puede impartir el legislador constituyente. Sin embargo, esta constatación, crucial para la costumbre derogatoria, quizás no sea crucial si se acepta que el legislador constituyente admite, presumiblemente, la costumbre constitucional supletoria cuya jerarquía formal es superior pero no equivalente a la de la Constitución formal. Los órganos del estado cuya práctica suple consuetudinariamente las lagunas secundarias de la Constitución según la voluntad presunta del legislador constituyente y en el marco de su voluntad expresamente expresada, derivarán de aquélla la superior jerarquía formal de sus actos, lo que significa que adoptan a través de estos actos normas consuetudinarias constitucionales.

Sin embargo, tal versión no parece estar de acuerdo con el carácter del orden constitucional que se basa en una Constitución formal. La superior jerarquía formal de la costumbre supletoria es incompatible con su naturaleza de vía informal para dictar normas jurídicas. Por otro lado, su jerarquía superior formal significaría no solo que no podría ser enmendada o derogada por las leyes formales ordinarias, sino también que podría enmendar y derogar tales leyes. En tal caso, sin embargo, a) la costumbre supletoria, aunque colmara una laguna en la Constitución, no sería realmente supletoria porque la cuestión concreta ya estaría regulada por el legislador ordinario. Esta misma regulación sería derogada por la costumbre constitucional supletoria. Y b) Su jerarquía superior, en la medida en que se basa en una voluntad del legislador constituyente meramente presunta, contradiría la disposición legal general explícita existente en Grecia, según la cual «la costumbre no deroga la ley». El supuesto de que las normas escritas dictadas por las legislaturas competentes pueden ser derogadas por la práctica del poder ejecutivo, por ejemplo, invocando la presunta tolerancia de la legislatura, es incompatible con toda la organización constitucional del poder estatal y la distribución de responsabilidades entre los distintos órganos estatales.

En conclusión, bajo el régimen de una Constitución formal, la costumbre constitucional supletoria no ostenta una superior jerarquía formal. Ni siquiera es equivalente a las leyes formales ordinarias, ya que, aunque pueda ser derogada por ellas, no puede derogarlas a su vez. En consecuencia, la costumbre supletoria es designada constitucional solo en el sentido de que regula materias de derecho constitucional. En otras palabras, es parte de la Constitución sustantiva. Pero no es constitucional en el sentido formal de la palabra, porque no es jerárquicamente superior.