

Ángel L. Sanz Pérez

LETRADO DEL PARLAMENTO DE CANTABRIA Y PROFESOR ASOCIADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL EN LA UNIVERSIDAD DE CANTABRIA

Luis Villacorta Mancebo

PROFESOR TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL EN LA UNIVERSIDAD DE CANTABRIA

LA COSTUMBRE, EL USO Y OTRAS FUENTES NO ESCRITAS EN EL DERECHO PARLAMENTARIO

SUMARIO

- I IDEAS PREVIAS. LAS FUENTES NO ESCRITAS EN EL DERECHO PÚBLICO.
- II CONDICIONES Y REQUISITOS DEL DERECHO CONSUETUDINARIO.
- III LOS USOS EN EL PARLAMENTO.
- IV OTRAS FUENTES NO ESCRITAS.

I IDEAS PREVIAS: LAS FUENTES NO ESCRITAS EN EL DERECHO PÚBLICO

Ofrecer de entrada una definición de costumbre pretendidamente definitiva sería una labor inútil, entre otras razones —y no la menos fundamental— porque sería incompleta. En todo caso, para aproximarse a la idea y relevancia de la costumbre —ciertamente no excesiva, como luego insistiremos— en el ordenamiento parlamentario, puede ser de cierta utilidad el recordatorio del concepto utilizado en el ámbito de la teoría general del Derecho y, en concreto, el que recogiera entre nosotros *F. de Castro*, para quien la costumbre era la norma “creada e impuesta por el uso social”¹. En todo caso, alejándonos de toda pretensión dogmatizante, ha de reconocerse que tiene cierta dificultad referirse a la teoría general de esta fuente jurídica. Puede apuntarse como primera idea, y relevante a nuestros efectos, que la costumbre ha sido una de las principales víctimas, sea en el plano práctico, sea en el teórico de los vaivenes proyectados sobre el siste-

¹ F. DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 1949, pág. 363. Por otro lado, son innumerables las definiciones que podrían citarse provenientes de la literatura jurídica española, pero además de la indicada en texto, suele repetirse el concepto elaborado en *Las Partidas*, Libro I, Título II, ley 4: “costumbre es derecho o fuero que non es escrito: el qual han usado los omes luengo tiempo, ayundándose de el en las cosas e en las razones, sobre que lo usaron. E son tres maneras de costumbres. La primera es, aquella que es sobre alguna cosa señaladamente, así como en logar, o en persona sierta. La segunda, sobre todo y también en personas, como en logares. La tercera, sobre otros fechos señalados que fazen los omes de que se hallan bien en que están firmes”, *Las Sietes Partidas*, Vol. I, Madrid, pág. 29.

ma de fuentes del Derecho por las diversas teorías jurídico-políticas presentes en cada época². Sirva como apunte la referencia de *B. Pendás*, quien de forma gráfica ha indicado la “mala imagen” de la costumbre en la época de la “racionalización” que se inicia con el movimiento constitucional³. Así, al margen del fenómeno británico se encuentra por diversas razones en unas condiciones desventajosas respecto de las fuentes escritas, en cuanto van ser consideradas éstas más propicias al objeto de obtener una mayor generalidad, seguridad y garantía en el desmantelamiento de las instituciones del Antiguo Régimen⁴. Si bien, pasada la breve fase del constitucionalismo revolucionario, durante la amplia etapa de la monarquía constitucional o constitucionalismo liberal propiamente dicho su incidencia se pretendiera notable, al menos en el plano teórico⁵.

Ahora bien, con el triunfo en el último tercio del siglo XIX del positivismo legalista por influencia fundamentalmente de la escuela alemana de Derecho público, y hasta llegar a alcanzar con *H. Kelsen* sus últimos estadios en los primeros decenios del siglo XIX, la costumbre, cuando menos en lo que respecta al Derecho público, sufriría un nuevo e importante embate. Y no olvidemos que el movimiento codificador discurre en amplia medida en paralelo al movimiento constitucional. En efecto, dado el intento propuesto por esta corriente metodológica de reconciliación del “logos” con la voluntad del legislador empírico en los términos propuestos por ejemplo de un *B. Windscheid*⁶, se llegaría a formular la hipótesis de un legislador ideal, al que se creyera capaz de prever todos los casos en los entresijos de la realidad, o de otro modo, a la consideración de una ley —escrita— más sabia que el legislador, por emplear la expresión utilizada más tarde por *G. Radbruch*. Con todo, pese a estos retrocesos, la costumbre sigue siendo fuente del Derecho en los sistemas jurídicos continentales europeos, y el nuestro no constituye excepción, si bien, en que lo ahora importa a efectos de un ensayo sintético de las características del actual, y sobre todo por lo que afecta al marco del Derecho público, ha de partirse del reconocimiento generalizado del muy limitado y casi inexis-

2 Es muy reveladora la interpretación que F. DE CASTRO efectúa acerca de este fluctuar de la costumbre, y no lo es menos cuando señala que “la escuela histórica creyó hallar en la costumbre un valladar eficaz para contener los afanes de innovaciones de los liberales alemanes, influenciados por las ideas revolucionarias francesas”, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 364.

3 B. PENDÁS GARCÍA: “Otras fuentes. Esbozo de una construcción principialista”, en AA.VV.: *Las fuentes del Derecho parlamentario*, Vitoria, 1996, págs. 222 y ss.

4 Acerca de la necesidad y ventajas de los documentos constitucionales frente a las constituciones fundadas en la mera tradición, recientemente, puede verse la reciente versión castellana de algunas aportaciones de D. GRIMM, con el título *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, Madrid, 2006, págs. 129 y ss.

5 Puede verse en este sentido C. E. BALOSSINI: *Consuetudine, usi, pratiche, regole del costume*, Milano, 1958.

6 Como resume M. VILLEY: *Compendio de Filosofía del Derecho*, Vol. II, Pamplona, 1981, págs. 121 y 180.

tente alcance e influencia de la misma, hasta el punto de atribuírsele una posición claramente secundaria y subordinada en el conjunto del sistema de fuentes.

Por lo tanto, la costumbre pierde valor y fuerza en la época moderna, en un momento en que de forma creciente se duda, de forma más o menos interesada, sobre la existencia de todo aquello carente de publicidad expresa a través de los boletines oficiales. Además, y sin caer en excesos, ha de reconocerse asimismo que, en los últimos años, la evolución y proliferación de los medios informáticos para el conocimiento del Derecho ha producido una nueva sobrevaloración de todo tipo de normas escritas. De este modo, en la actualidad es relativamente fácil el conocimiento de una norma escrita, incluso en su versión más consolidada y actual, (también las de un rango ínfimo). Ello contrasta con las dificultades superiores de conocimiento, certeza y alcances territorial y personal de las normas consuetudinarias, razón de nuevo no menor de entre las que van contribuyendo de forma paulatina si no a su desaparición del catálogo efectivo de fuentes, sí a su actual disminución en número e importancia. Así, más allá de ciertos aspectos dentro del ámbito material del Derecho mercantil y una parte del Derecho civil, no parece que la costumbre aparezca como fuente reguladora de entidad y relevancia en el global del ordenamiento jurídico español. En cualquier caso, y aun en el contexto de estos aludidos ámbitos iusprivatistas, la presencia de la costumbre en la construcción jurisprudencial suele tener un alcance desestimatorio, generalmente debido a las dificultades probatorias que conlleva; aunque, a modo casi de recordatorio, la costumbre reaparezca de forma ocasional y episódica en la jurisprudencia⁷.

Por consiguiente, el Derecho privado ha permanecido como fundamental reducto de las normas consuetudinarias, dado que, como ya se ha apuntado, en el ámbito del Derecho público las limitaciones de la costumbre como fuente son mucho más patentes⁸. No obstante, parte de la doctrina administrativista española se ha esforzado en reconocer una cierta eficacia de la costumbre en la praxis administrativa. Así, siguiendo estos

⁷ Destacan, por ello, algún reconocimiento de ciertas costumbres que siguen efectuando sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.^a, se entiende), como es el caso de la de 10 de octubre de 2005, en que se da cuenta (y reconoce) la costumbre de algunos empresarios de asumir el costo de la carga y descarga de las mercancías.

⁸ En este sentido, se ha señalado que “este tipo de fuentes y principalmente la costumbre, tienen una reducida importancia en el ámbito del Derecho Público, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del Derecho Privado —especialmente en el Derecho civil— donde su importancia es superior, y en relación con el Derecho constitucional tienen una eficacia considerablemente más reducida, al margen, claro está, del fenómeno británico”, L. VILLACORTA MANCEBO: *Hacia el equilibrio de poderes. Comisiones legislativas y robustecimiento de las Cortes*, Valladolid, pág. 176.

parámetros, se ha señalado que la “formación espontánea de Derecho tiene también lugar en el ámbito público”⁹; a partir de la consideración, desde luego, de la imposibilidad de la costumbre *contra legem* en un sistema fundado en la legitimidad democrática como el español, así como la improcedencia —en el sentido al que se aludirá— de esta misma fuente *secundum legem*. En definitiva, sólo se vendría a admitir la costumbre administrativa *praeter legem* para aquellos casos en los que la norma escrita se remite expresamente a las normas consuetudinarias¹⁰.

La entrada en vigor de la Constitución española tampoco contribuyó precisamente al rescate de la costumbre como fuente; por el contrario, la ha expulsado de su articulado de forma casi general. Y, así, toda vez que la ordenación de las fuentes está dispuesta por la suprema fuerza o capacidad de determinación de la norma constitucional, nos encontramos ante la situación real de que nuestra Constitución apenas alude a la costumbre. Seguramente ello sea debido a que la predeterminación normativa exigible y conforme a los dictados y exigencias del Estado de Derecho y su consolidación, es considerada más fiable a partir de formas jurídicas fijadas mediante documentos escritos de alcance general¹¹. De esta forma, más allá de la atribución genérica que la Norma Fundamental española efectúa al Estado de la materia “determinación de las fuentes del Derecho” —artículo 149.1.8ª CE.—, sólo encontramos referencia a la fuente consuetudinaria en relación con los “Tribunales consuetudinarios y tradicionales” (art. 125 CE), concebida como una de las fórmulas de participación de los ciudadanos en la Administración de justicia. Por el lógico discurrir de los acontecimientos, la cuestión de los tribunales consuetudinarios ha llegado a la consideración del Tribunal Constitucio-

9 J. A. SANTAMARÍA PASTOR: *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. I, Madrid, 2002, pág. 157.

10 Así sucede en el caso de los artículos 29 de la Ley de Bases de Régimen Local, y 53 del Texto Refundido de Régimen Local, al determinar que el sistema de Concejo Abierto ha de ajustar su funcionamiento “a los usos, costumbres y tradiciones locales”. En este sentido, los artículos 54 y 111 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, mediante el que se aprobó el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (ROF), establecen para los municipios que funcionan en régimen de Concejo Abierto que “las atribuciones de la Asamblea y del Alcalde se regirán por los usos, costumbres y tradiciones locales”. Las normas consuetudinarias son habituales y recurrentes para definir el régimen jurídico y el funcionamiento de algunas instituciones residuales. En este sentido, las normas autonómicas que regulan las entidades locales menores contienen abundantes remisiones a la costumbre; así, como muestra de ello puede consultarse la Ley de Cantabria 6/1994, de 19 de mayo, que regula las entidades locales menores. También ejemplo de remisión a normas consuetudinarias es el artículo 141 del propio ROF, que regula la organización y funcionamiento de las Comunidades de Villa y Tierra “o de Ciudad y Tierra, Asocios, Reales Señoríos, Universidades, Comunidades de Pastos, Leñas, Aguas y otras análogas”, cuya organización y funcionamiento continuará rigiéndose por sus normas consuetudinarias o tradicionales, y sólo de forma alternativa “por lo dispuesto en sus respectivos Estatutos”. Finalmente, y sin ánimo de ser exhaustivos, también puede recordarse lo dispuesto en el artículo 223 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, que aprueba el Reglamento del dominio público hidráulico, sobre funcionamiento “de acuerdo con las costumbres” de los Tribunales o Jurados de riego.

11 Y ello es consustancial con el concepto de constitución moderna, donde el Estado de Derecho encuentra su origen, mediante la que a través de un documento escrito se establece por primera vez con pretensión exhaustiva y sistemática la organización y limitación del poder estatal, por todos, H. HELLER: *Teoría del Estado*

nal, lo que le ha permitido a éste efectuar alguna referencia a la costumbre, aunque sea de una forma tangencial. En este sentido, a través de la STC 113/2004, de 12 de julio, el Tribunal se pronuncia sobre el Consejo de Hombres Buenos de Murcia¹², reconociéndole el carácter de “órgano que ejerce funciones jurisdiccionales (que) nos permite ahora dar un paso más y afirmar, de modo congruente, que el Consejo presta en consecuencia la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos que garantiza el art. 24 CE”. Sin embargo, consciente el propio Tribunal del carácter específico del ámbito público en el que se mueve, no deja de insinuar el complejo mundo de peculiaridades de la costumbre, y seguramente añade por ello que estas normas, debido a “su carácter mayoritariamente consuetudinario y, por tanto, no escrito, difícilmente se prestan a explicaciones o razonamientos al modo de los que son norma en las resoluciones judiciales”.

Por lo tanto, fuera de la aludida atribución al Estado de la materia “fuentes del Derecho”, y de la mención asimismo recordada que se contiene en el citado artículo 125, nuestra Constitución nada más añade acerca de la costumbre. En este sentido, la Norma Fundamental española asume inequívocamente un criterio “racionalista”, hasta arrinconar casi a la inexistencia a la costumbre en el territorio del Derecho público. En efecto, el artículo 9.3 CE asume el principio de legalidad como principio constitucional básico garantizado, además del principio de jerarquía normativa, y sobre todo el principio de publicidad de las normas. Todos estos principios conspiran claramente en la dirección de dejar para las normas consuetudinarias un papel muy secundario y tangencial tocante a la producción jurídica, y prácticamente nulo cuando de Derecho público se habla, precisamente la parte del ordenamiento que regula comportamientos expuestos a un superior grado de publicidad. En definitiva, desde la cumbre del triunfo del Derecho escrito, desde luego, no vive la costumbre el momento de su mayor esplendor, cuando el artículo 117 CE somete, además, a los Jueces y Magistrados “únicamente” al imperio de la Ley. En definitiva y como premisa comprensiva de todo el sistema, la jurisdicción constitucional adopta una función integradora que da sentido al alcance de toda norma jurídica.

12 Un comentario, por lo demás benévolo, a esta sentencia, puede verse en M. PULIDO QUECEDO: “Sobre el control de motivación de las Sentencias de los Tribunales consuetudinarios (El Consejo de Hombres Buenos de Murcia)”, en núm. 11/2004, Pamplona, 2004.

Y dicho lo anterior por lo que respecta al programa normativo de la Constitución, en lo que se refiere a la costumbre como fuente de Derecho constitucional, tampoco puede afirmarse otra cosa distinta de su práctica inexistencia entre nosotros¹³. No se olvide que la Constitución regula dos procedimientos de reforma por medio de los artículos 166 y siguientes, los cuales garantizan un texto escrito en el marco de nuestra Forma de Estado democrática constitucionalizada —artículo 1.2 CE.—. Todo ello dejando al margen la posible costumbre interpretativa —a la que luego se aludirá— y el concepto de Constitución material o el de mutación constitucional, cuestiones que exceden, con mucho, el ámbito de una aportación de las características de la presente. Incluso desde una perspectiva más genérica, tal es el sentido de duda y de práctica negación de la costumbre en el ámbito del Derecho constitucional que se infiere de las palabras de uno de nuestros constitucionalistas clásicos como es el profesor Pérez Serrano. En efecto, consciente el autor de las dificultades de la costumbre como fuente tocante a la materia constitucional, alude a su carácter de “fuente harto discutida y discutible”, que “no halla acogida en colecciones oficiales, y de buscarse en las obras de los autores, salvo que revista el carácter parlamentario del *precedente* o el jurisdiccional del de *prejudicial*, que pueden permitir, aunque sea infrecuente, otra cristalización de mayor solemnidad”¹⁴. En fin, desde una perspectiva más estricta, pero dentro aún del sector normativo propio del Derecho constitucional, la costumbre parlamentaria se situaría asimismo en unos términos muy encorsetados y problemáticos, asfixiada de nuevo por la expansión de las fuentes escritas, principalmente debido a la fuerza “racionalizadora” del Reglamento parlamentario.

Llegados a este punto, y dada la parquedad de su reconocimiento reducido a supuestos completamente excepcionales, se puede lícitamente plantear la pregunta de si existe, realmente, la costumbre en Derecho público en general o en Derecho Constitucional en particular. La respuesta no puede ser categórica en sentido negativo, pero resulta obligado reconocer que los ejemplos de costumbre susceptibles de ser reconocidos y citados desde el Derecho público son excepcionales, circunstanciales y tangenciales, incluidos los que puedan registrarse en el

13 En todo caso, aunque en modo alguno resulta irrelevante el reconocimiento expreso de la costumbre como fuente, desde la consideración de su carácter originario, históricamente se ha venido considerando que la costumbre es susceptible de desplegar fuerza normativa con independencia de que no haya sido reconocida por las normas sobre la producción jurídica del ordenamiento correspondiente.

14 N. PÉREZ SERRANO: *Escritos de Derecho Político*, Vol. I, Madrid, 1984, pág. 50.

Derecho parlamentario. Por lo tanto, sin temor a exagerar, pudiera concluirse que no es el Derecho público, surgido del movimiento constitucional racional-normativo, el campo más adecuado para el desarrollo regulador de una fuente tan flexible y en cierta medida insegura como es la costumbre. Más aún, si el Derecho público en cuanto técnica de la libertad es el Derecho que disciplina la actuación de sujetos públicos investidos de funciones, y el Derecho que estudia las normas mediante las cuales el Estado, sus entes y órganos, cumplen los fines constitucionales justificadores de su existencia, no es la costumbre una norma excesivamente apropiada para regular de forma limitativa la actuación de los mencionados sujetos. En efecto, carece la costumbre del requisito previo de predecibilidad, exigencia consustancial al ejercicio de toda potestad pública: en gran medida el Estado de Derecho sólo se correspondería con la norma escrita, o dicho de otra forma, encuentra en ella una mejor correspondencia. Siendo, pues, realistas, es obligado reconocer las dificultades de adecuación de la norma consuetudinaria en orden a la regulación de las potestades públicas, lo que se pone de manifiesto —pese a los esfuerzos de sectores administrativistas por acudir a su rescate previamente aludidos— atendiendo al carácter asimismo fuertemente racionalizado del ordenamiento jurídico regulador de la moderna Administración pública.

Efectivamente, en el sentido apuntado, el ejercicio de potestades públicas va a resultar en esencia poco compatible con la costumbre y, por lógica consecuencia, este tipo de fuente apenas tiene relevancia en los campos propios del Derecho constitucional, del Derecho administrativo, del Derecho penal, del Derecho procesal o del Derecho financiero y tributario. Es difícilmente imaginable, y muy posiblemente inconstitucional, la aplicación de una exacción o una bonificación mediante costumbre, e impensable en el estrecho margen del principio de legalidad la aplicación de una sanción por prescripción consuetudinaria. En este terreno el Tribunal Constitucional ha sido especialmente claro, y valga como ejemplo la STC 26/1994, de 27 de enero, en la que tajantemente se ha señalado de nuevo: “La doctrina de este Tribunal al respecto (...) es suficientemente clara y expresiva, al exigir, por una parte, la predeterminación normativa con carácter absoluto, y, por otra, que la remisión que pueda efectuar una ley sancionadora en blanco a un reglamento colaborador y no autónomo sea expresa. En este caso la remisión expresa se ha hecho a una norma reglamentaria posterior al hecho, sin que «la costumbre del lugar» pueda servir para cumplir con las exigencias de

predeterminación normativa de la conducta, ya que, aunque la costumbre sea fuente del Derecho privado (art. 1.3 CC) no puede nunca integrar una norma sancionadora, pues el constituyente, al utilizar el término «legislación vigente» del art. 25.1, y de acuerdo con la primigenia función política del principio de legalidad tan sólo ha legitimado a los representantes del pueblo esto es, a las Cortes Generales para predeterminar las conductas antijurídicas¹⁵. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido asimismo reveladora a la hora de determinar el alcance de la costumbre en lo referido al Derecho público. Las pocas veces en las que la jurisprudencia contencioso-administrativa se ha referido a la costumbre, lo ha sido para desestimar su aplicación con respecto a los casos planteados, valga como ejemplo la STS de 13 de marzo de 2006, por medio de la cual se valora (y se desestima) la costumbre de un Ayuntamiento de efectuar las notificaciones dejando la citación por debajo de la puerta de la vivienda del interesado.

Por lo tanto, si la conclusión de la escasa relevancia de la costumbre en Derecho público, a nuestro modo de ver, puede considerarse lícitamente defendible, hasta es posible que ello explique por sí mismo el justificado abandono de su estudio por parte de la doctrina constitucionalista, al margen de muy meritorias excepciones. Precisamente la pregunta de si el estudio del tema de las fuentes del Derecho ha de considerarse materia propia de la disciplina del Derecho Constitucional, no puede ser objeto de duda a partir de la entrada en vigor de la Constitución¹⁵: todas las fuentes del Derecho son creadas por la Constitución, entrando por consiguiente su estudio de pleno en el espacio objetivo que es propio de la Ciencia del Derecho Constitucional. De este modo, si como terminamos de apuntar, resulta significativa y fácilmente constatable la casi general ausencia de referencias a la costumbre en la Constitución española, en lógica consecuencia, no debe resultar extraño que los manuales de Derecho constitucional apenas contengan más allá de referencias tangenciales y breves a la misma, por no hablar de la minoritaria presencia de monografías que traten la problemática suscitada por esta fuente jurídica¹⁶.

15 En este sentido, pueden recordarse las palabras de I. DE OTTO Y PARDO, para quien “el sistema de fuentes es hoy, muy singularmente en una organización del poder público como la nuestra, uno de los asuntos centrales del Derecho Constitucional, sino también de una razón práctica”, recordando además el deber de “afrontar una tarea del Derecho constitucional que me parece urgentísima: la exposición de las fuentes constitucionalmente reguladas”, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1993, pág. 9.

16 La más extensa y probablemente completa de las que tratan el tema de la costumbre en Derecho constitucional, es la monografía debida a P. J. GONZÁLEZ TREVIJANO: *La costumbre en Derecho constitucional*, Madrid, 1989.

II CONDICIONES Y REQUISITOS DEL DERECHO CONSUECUDINARIO

Tal como se ha apuntado, Derecho constitucional y costumbre no parecen ser excesivamente compatibles en el actual sistema español de producción jurídica. Pero llegados a este punto, hay que interrogarse ahora de forma más concreta acerca del alcance de la costumbre en la configuración del régimen y estatuto del Parlamento.

Se ha visto que la costumbre es prácticamente ignorada por el texto constitucional, si prescindimos de la excepción de su artículo 125, y que tiene una virtualidad más bien escasa en el ámbito del Derecho Administrativo, debido a que el juego expansivo y controlador de las potestades públicas le dejan un estrechísimo (y casi nulo) margen de actuación. Además, y en el marco del Derecho constitucional, también parecen albergarse pocas dudas acerca de que, como se ha recordado, el concepto racional-normativo de Constitución es poco propicio para admitir paralelamente el desarrollo de la costumbre, y algo parecido sucede —*salvata distantia*—, puede adelantarse ya, con relación al papel de la costumbre parlamentaria, pues la fuerza y el empuje normativo del Reglamento parlamentario dejan un muy modesto margen para las fuentes no escritas.

De otra parte, el valor y alcance de la costumbre en este sector del Derecho constitucional que es el Derecho parlamentario presenta alguna que otra peculiaridad. Es una obviedad reiterar de nuevo que en el sistema constitucional democrático las fuentes del Derecho son las dispuestas en la Constitución. Pero hacemos este recordatorio, que por demás puede considerarse decimos innecesario, a modo de pórtico para a su vez reiterar que la entrada en vigor de la Norma fundamental no trajo consigo la derogación del Título Preliminar del Código civil, en el que, tras la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 y el Decreto de 31 de mayo de 1974, se regulaba “las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”. Esta regulación, por el momento —no cabe olvidar que el Código civil es una norma de naturaleza y rango legal—, va a ser aplicable a todos los sectores del ordenamiento jurídico español, sin que existan objeciones, por lo tanto, para su extensión al ámbito del Derecho parlamentario. De este modo, la entrada en vigor de la Constitución no supuso obviamente la “elevación” de rango de la normativa del Código civil; sólo significó —lo que no es poco— su necesaria interpretación

conforme a la norma jurídica suprema. En efecto, tal y como manifestara *I. de Otto*, la entrada en vigor de la Constitución no implicó “en principio la derogación de esta normativa, sino la coexistencia de dos distintas regulaciones de las fuentes, de rango constitucional una y legal la otra. Esta dualidad, común a otros ordenamientos jurídicos europeos, no presenta inconveniente alguno siempre que se parta de que, como es obvio, las normas legales acerca del sistema de fuentes sólo son válidas en cuanto no contradigan lo dispuesto en la Constitución”. Por lo tanto, poca duda cabe acerca de que, al margen de su mayor o menor alcance, la costumbre como fuente del Derecho parlamentario va a ser plenamente válida si desde el respeto de los principios y valores constitucionales cumple los requisitos a los que se refiere la regulación actual ofrecida por el Código civil.

Pues bien, en este sentido, el artículo 1.1 del Código civil nos dice que las fuentes del ordenamiento jurídico español son la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho y, en lógica consecuencia, el aludido principio de interpretación conforme se proyecta necesariamente sobre las tres fuentes. En todo caso, aun cuando no sea éste el momento de exponer ideas asumidas por el paso del tiempo de vigencia del ordenamiento constitucional, sí conviene aludir a que todas estas cuestiones adquieren peculiaridades propias en el marco del Derecho parlamentario. En primer lugar, dentro del concepto “Ley” del artículo 1.1 del Código civil —y de nuevo a los efectos que ahora interesan—, es obligado entender no sólo la Ley de producción parlamentaria proveniente de las Cortes Generales, sino que también deben considerarse constitucionalmente incluidas las leyes de producción parlamentaria autonómica, los Decretos-Leyes¹⁷, los Decretos-Legislativos estatales y autonómicos, los reglamentos administrativos y, desde luego, los Reglamentos parlamentarios como normas en inmediatez con la Constitución cuyo objeto constitucional exclusivo y excluyente es la regulación de la organización y funcionamiento del Parlamento. Efectivamente, puede recordarse la ya consolidada doctrina constitucional acerca de que “los Reglamentos de las Cámaras se encuentran directamente incardinados a la Constitución (artículos 72, 79 y 80 entre otros), siendo el contenido propio de tales normas el de regular, con sujeción a la Constitución” la “propia organización y funcionamiento” de la institución parlamen-

¹⁷ Puede citarse el artículo 64 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (reformado mediante la Ley Orgánica 6/2006) que reconoce al Gobierno autonómico la potestad de aprobar Decretos-Leyes, “en caso de una necesidad extraordinaria y urgente”. Igualmente el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana atribuye al *Consell* la potestad de aprobar Decretos-leyes.

taria, aspecto “en el que ha de incluirse lógicamente la constitución del órgano como tal” (STC 101/1983), en cuanto “un “acto de aplicación de una norma con valor de Ley, aunque desprovista de la fuerza propia de la Ley como son los Reglamentos Parlamentarios” (SSTC 122/1983 y 119/1990). La equiparación del Reglamento parlamentario a la Ley a los efectos del artículo 1.1 del Código civil, comporta la necesaria conclusión de la sumisión de la costumbre parlamentaria al Reglamento.

Pues bien, la admisión de un sistema peculiar y propio de fuentes del Derecho, que se ocupen de regular el funcionamiento interno del Parlamento, ha constituido un principio tradicional asumido históricamente por la institución al que el Estado Democrático no parece haber renunciado. Es una obviedad referirse a la universalización del Reglamento parlamentario como norma propia de la institución parlamentaria, y la misma fuerza de los *interna corporis* proporciona al Parlamento de fuerza suficiente y de la autonomía necesaria para dotarse de un contenido práctico, cuyo estudio se hace necesario si se pretende entender de forma completa la realidad de las Cortes Generales y la de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. En efecto, sólo con la letra de la Ley no bastaría para conocer la realidad de los parlamentos. Entraría dentro del mundo de lo evidente, el reconocimiento de que el Parlamento es aula adecuada para el desenvolvimiento y desarrollo de la costumbre y del uso. Todos los manuales de Derecho parlamentario suelen incluir, en la exposición acerca del significado de la costumbre, la importancia que adquieren los usos y prácticas en el Parlamento británico. Como se sabe, usos, prácticas, convenciones, acuerdos y costumbres fueron codificados y forman el cuerpo principal (acaso el único) de las *Standing Orders*, teniendo en el sistema anglosajón la costumbre una naturaleza y una fuerza diversa de la que tiene en el sistema continental. La actuación del Parlamento de un modo autónomo supone reconocer, de modo indiscutible, que en su propio ámbito dispone de una libertad de acción conformadora de su estatuto propio y singular. Pero reconocer la existencia de un ámbito al que no alcanza el Derecho escrito no significa admitir de forma ilimitada el alcance de la costumbre como fuente de Derecho parlamentario. Así, en los ordenamientos europeos continentales, con carácter general, puede afirmarse que la costumbre está encorsetada por unas normas Reglamentarias escritas y también por las denominadas Resoluciones interpretativas. En definitiva, si con carácter general se ha visto que en el Derecho público la costumbre tenía un alcance limitado y vicarial, algo similar puede afirmarse de la costumbre parlamentaria, en cuyo sub-ámbito no tiene

la fuerza y extensión que pretendidamente muchas veces se le quiere reconocer por sectores doctrinales de nuestro país.

Es cierto, con todo, que muchas veces las normas escritas parlamentarias vienen a recoger, casi siempre con modificaciones, lo que han venido siendo usos, prácticas o interpretaciones efectuadas en relación con instituciones parlamentarias y preceptos reglamentarios singulares. Sin embargo, es poco discutido en nuestro sistema la diferencia entre norma escrita y norma no escrita, así como la superioridad de aquélla. Ahora bien, supuesta la aplicación al ámbito parlamentario de las disposiciones que sobre fuentes del Derecho determina el Código civil, sería preciso considerar al menos dos cuestiones. En primer lugar, resulta de interés examinar algún caso por separado. El supuesto más llamativo es el de la Comunidad Foral de Navarra¹⁸, pues su Compilación de Derecho Civil Foral —aprobada mediante Ley 1/1973, de 1 de marzo— establece una prelación de fuentes diversa, con prioridad de la costumbre sobre las leyes. No obstante, el ámbito de aplicación de esta prelación especial de fuentes para la Comunidad Foral, es exclusivamente la del ordenamiento civil regulado, sin que quepa considerar su extensión al ordenamiento jurídico parlamentario, el cual, obviamente, quedaría *extra muros* de la Compilación, tal y como se extrae de las propias leyes 2 y 3 de esta última.

En segundo término, se ha argumentado que la costumbre parlamentaria habrá de cumplir asimismo las exigencias dispuestas en el Título preliminar del Código civil, y como es conocido, dispone esta última ley que la costumbre (también la parlamentaria) sólo regirá en defecto de Ley (en cuyo concepto ha de incluirse al Reglamento parlamentario), siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Por su parte, el párrafo segundo del artículo 1.3 del Código civil, añade: “los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre”. En todo caso, la verificación de estos requisitos no es nada pacífica y su aplicación a la costumbre parlamentaria no ha estado exenta de dificultades, pero parece procedente la consideración por separado de cada uno de ellos.

18 El supuesto de la Compilación de Aragón de 8 de abril de 1967 no es tan problemático, pues no rige de forma clara la costumbre contra norma escrita.

19 Aunque el Código Civil no define en qué consiste la costumbre, sabemos desde hace tiempo que su columna vertebral estaría constituida por el tradicionalmente denominado *usus* o elemento material, integrado por una serie de actos reiterados y cognoscibles —elemento de publicidad de la fuente— que se correspondan con una misma regla, y ello con independencia de que tales actos no siempre tengan un mismo contenido material¹⁹. Saber el número de actos necesarios y la frecuencia de los mismos para poder considerar que se está en presencia de una costumbre es un problema que, en ausencia de previsión expresa contenida en el propio ordenamiento, la teoría general de la norma no resuelve, pero parece que, también en el ámbito parlamentario, debería ser probada una sucesión reiterada de actos —acaso no sería absurdo exigir más de dos— durante años. La jurisprudencia civil así lo ha venido a reconocer a lo largo del tiempo. Por ejemplo, la STS de 4 de octubre de 1982, se refiere a las “*situaciones fácticas constantes dimanantes de actos uniformes a través de un período de tiempo suficiente* para calificar su *permanencia*, con convicción de que la observancia reiterada de una determinada norma en esos actos obedece a una razón de Derecho (*«opinio iuris»*), o sea con alcance de racionalidad jurídica y no que pudiera provenir de meros usos, que solamente pueden ser generadores de eficacia jurídica cuando por vía de ley son consolidados al respecto” —la cursiva es añadida—. Pues bien, el requisito de la pervivencia de *situaciones fácticas constantes* es plenamente exigible a la costumbre parlamentaria, de forma que los actos en cuestión han de ser reproducidos por los sujetos parlamentarios. La exigencia de la constancia de actos estaría fortalecida por el hecho de que se hubiesen reiterado a lo largo de más de una Legislatura, en cuya hipótesis se superarían los efectos “sanatorios” que sobre la actividad del Parlamento tienen la disolución y el agotamiento del mandato. De este modo, no sólo a los meros efectos de prueba, sino también en aras de la “conservación” y conocimiento de los usos y costumbres parlamentarios, adquiere un papel relevante la propia Administración parlamentaria, como organizativo que proporciona permanencia y seguridad a la Institución²⁰.

19 G. ZAGREBELSKY: *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, 1970.

20 Cfr. F. GARRIDO FALLA: “La elaboración de las Sentencias del Tribunal Constitucional: una experiencia personal”, en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 10-11, págs. 141 y ss. En especial, en la página 143 el autor contaba lo siguiente: “Ha de advertirse que, desde el punto de vista formal e incluso de su contenido, la ponencia viene ya encorsetada por los usos y hábitos del Tribunal Constitucional, de los que el estamento asesor (Letrados) se constituye en celoso guardián”.

2º Tocante a la prueba, la redacción actual —y también la anterior— del Código civil exige la prueba de la costumbre. Según la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo²¹, “a tal fuente secundaria (se refiere a la costumbre) no le beneficia la máxima «iura novit curia» habrá de «resultar probada» para admitir su eficacia normativa, y así expresamente lo impone aquel precepto del Código sustantivo y lo tiene declarado la doctrina legal requiriendo la cumplida demostración de su existencia y alcance (estimándose a efectos de su acreditamiento que reviste naturaleza de un hecho de la libre apreciación del Tribunal «a quo» impugnabile por el cauce del número séptimo del artículo 1.692 si se demuestra que el organismo jurisdiccional sufrió error fáctico o de derecho)”. La jurisprudencia mantiene también que los hechos han de ser “reconocidos por la sentencia de instancia, declarados probados, y por lo tanto aceptados como base fáctica de la costumbre” —STS de 13 de marzo de 2006—. Además, se ha entendido que por ser “la costumbre una cuestión de hecho”, al objeto de “poder apreciar su existencia, en tanto no venga reconocida por ley la institución a que afecte, se precisa que se alegue y pruebe por la parte que sostenga un derecho, con relación de sus circunstancias, alcance y demás preciso para deducir las consecuencias pretendidas” —STS 4 de octubre de 1982—. Según esto, como se puede apreciar, la carga de la prueba de la costumbre es bastante clara —STS 12 de marzo 2002—, toda vez que “quien alega su aplicación ante los órganos judiciales deberá probar su existencia, contenido y alcance, lo que no será necesario si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público”. Es muy relevante en este sentido el artículo 281.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en virtud del cual “la prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuvieran conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público”. En efecto, dado el carácter subsidiario adquirido por la legislación procesal civil en el proceso constitucional —artículo 80 LOTC—, ello significa la plena aplicabilidad de estos principios a la costumbre parlamentaria. Sobre este aspecto se tendrá ocasión de volver brevemente pero, puede adelantarse ya, la propia jurisprudencia constitucional admite que la carga de la prueba de la costumbre parlamentaria ha de soportarse por quien la alegue.

21 Las Sentencias del Tribunal Supremo que podrían citarse a continuación son muy numerosas. A modo de simple ejemplo, valga con las de 25 de junio de 1920, de 5 de diciembre de 1925, de 26 de febrero de 1926, de 14 de enero de 1928, de 23 de diciembre de 1943, de 24 de marzo de 1947, de 24 de febrero de 1962, de 12 de marzo de 1964, de 20 de enero de 1966, de 20 de marzo de 1969, de 17 de octubre de 1974, de 20 de febrero de 1975 y de 14 de marzo de 1980.

3º Mucho menos clara ha resultado la procedencia de la aplicación del elemento espiritual, la *opinio iuris sive necessitatis*, a la costumbre en general y a la parlamentaria en particular. En primer término, nunca se ha esclarecido definitivamente en qué consiste este requisito de la *opinio iuris* con carácter general, como tampoco se han determinado las peculiaridades de su aplicación al ámbito parlamentario. De otra parte, la exigibilidad de la *opinio iuris* ha sido contestada por la doctrina científica, hasta el punto de haber sido intensamente criticada e incluso rechazada como requisito de la costumbre²². Por ejemplo *F. de Castro* señalaba que la doctrina de la *opinio iuris sólo* encontraba justificación en los postulados de la Escuela histórica y su consideración del Derecho como un organismo viviente, pero no entiende tal explicación en los autores que no sustentan tales postulados²³. Sin embargo, la jurisprudencia ha venido exigiendo en términos ciertamente poco precisos la presencia de este elemento subjetivo o espiritual, de acuerdo con el cual, será preciso unir a la reiteración de actos la conciencia de que la conducta incorporada por los mismos viene jurídicamente exigida, para que ese conjunto de actos pueda ser considerado como integrador de una norma jurídica consuetudinaria. Entre las muchas sentencias que podrían citarse, la STS de 4 de octubre de 1982, señala que la *opinio iuris* es la “convicción de que la observancia reiterada de una determinada norma en esos actos obedece a una razón de Derecho («opinio iuris»)”. De este modo, el Tribunal Supremo ha venido exigiendo junto a la existencia de situaciones fácticas constantes dimanantes de actos uniformes, a través de un período de tiempo suficiente para calificar su permanencia, la “convicción de que la observancia reiterada de una determinada norma en esos actos obedece a una razón de Derecho («opinio iuris»), o sea, con alcance de racionalidad jurídica”.

Pero no está claro que la exigencia del elemento subjetivo sea realista y procedente en la costumbre parlamentaria, al menos a la autonómica. Si por *opinio iuris* se entiende la convicción interna del sujeto activo de estar regulando una determinada situación, puede afirmarse que la reiteración de actos parlamentarios se acomoda mal a tal convencimiento. Se hace difícil imaginar la cristalización de una *opinio iuris* en un Parlamento

22 Un buen ejemplo de estas posiciones críticas, puede encontrarse en N. BOBBIO, *La Consuetudine como fatto normativo*, 1942.

23 F. DE CASTRO: *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 390; quien además añade: “en la doctrina española fue desconocido hasta que la influencia general conseguida por la obra de Savigny, hizo que algunos tratadistas creyeran conveniente utilizar tal requisito, sobre todo para poder diferenciar a los usos sociales”.

—del carácter de los autonómicos— integrado por 35, 39, 45 ó 100 miembros. Por todo ello, y como se verá, lo que habitualmente se conocen como costumbres parlamentarias, no dejan de ser en muchas ocasiones interpretaciones de la norma reglamentaria, lo cual no puede ser considerado costumbre propiamente. La propia jurisprudencia, que registra vacilaciones e inseguridades, lejos de poner claridad en la cuestión de la *opinio iuris* ha dejado más nítidas las cosas en lo referido a este último aspecto. Así, la STS de 28 de abril de 1998, sin dejar de apartarse del genérico reconocimiento explícito de la necesaria presencia del elemento subjetivo de la costumbre, seguidamente afirma: “la costumbre no es fuente del Derecho procesal: no hay una «*opinio iuris seu necessitatis*» del Juez ni de las partes, de la repetición de actos en el ámbito del proceso, ni hay usos jurídicos que tengan la consideración de tales. Si la costumbre que se alega es «*contra legem*», es indiscutible su no aplicación al proceso y, si además, no se ha probado, no es ni alegable”. Es decir, para un sector del ordenamiento jurídico también claramente formalista, como es el Derecho procesal —algo por lo demás que también puede afirmarse del derecho parlamentario—, el Tribunal Supremo niega que haya posibilidad de aplicación de costumbre, por entenderse la imposibilidad material de existencia en este sector del Derecho de *opinio iuris*.

De esta forma, los actores procesales vendrían a carecer de ese elemento subjetivo y voluntarista necesario para que haya costumbre, y en un sentido no excesivamente distante pudiera argumentarse que los sujetos parlamentarios también carecen de voluntad normadora consuetudinaria. Y aun cuando sea posible defender —con dificultad— la presencia de la *opinio iuris* en un ámbito tan reducido como el parlamentario, parece que la *opinio* se da más en contextos anónimos y generales, que en los concretos, públicos y reducidos, propios de la institución parlamentaria. Pero hay más, la misma dinámica parlamentaria motiva que las necesidades producidas por la existencia de vacíos, lagunas y dudas en el ordenamiento, puedan ser suplidas por los propios sujetos parlamentarios, pues en el ámbito representativo es relativamente fácil la producción normativa escrita. No se olvide que no hay definido un procedimiento de aprobación de resoluciones interpretativas del Reglamento, por lo que es relativamente factible su aprobación. Por consiguiente, no entendemos nosotros que el ámbito parlamentario sea tan apropiado como en ocasiones se pretende para la producción de la costumbre *strictu sensu*. Sin llegar a soluciones extremas, puede indicarse que en la mayor parte de las ocasiones, lo que se citan como costumbres parlamentarias no son tales, sino, a lo sumo, usos o meras prácticas y verdaderas interpretaciones de las normas reglamentarias.

En cuanto a la vigencia de la costumbre *secundum legem* en el ámbito parlamentario es también harto discutible. El mismo *F. de Castro* negaba valor vinculante a la costumbre interpretativa, para él la forma habitual de interpretar una norma no es una costumbre, sino la norma jurídica misma. Para nosotros, la denominada costumbre interpretativa no da lugar al reconocimiento de una norma consuetudinaria, estamos realmente ante la misma interpretación de la ley o de otras normas escritas para una serie de casos que se hace de forma reiterada, pero en realidad lo que se está estableciendo es un precedente respecto a cómo se ha de interpretar la norma a aplicar. No hay ninguna duda de que aquí es plenamente aplicable la idea de “los diferentes rostros de la costumbre”, pero la interpretación de la norma reglamentaria es la norma misma y no una costumbre. Ello nos sitúa en el estudio del precedente y de la aplicación del principio de igualdad en el ámbito parlamentario, que se realizará posteriormente.

^{4º} Lo anteriormente señalado no significa que no haya costumbres parlamentarias; supone más bien que, entendido de forma estricta, no hay tantas costumbres como pueda parecer, por carecer la reiteración de actos parlamentarios de verdadera *opinio iuris*, tal y como la interpreta el Tribunal Supremo. Pero el Cc exige, además, que la costumbre no esa contraria a la moral y al orden público. Sería difícil saber, de una forma apriorística, qué se ha de entender por moral parlamentaria, aunque sí parece más factible determinar qué se entiende por orden público parlamentario. El primer dato que se podría tener en cuenta es el del objeto principal del Derecho parlamentario; en efecto, la esencia misma de tal rama del ordenamiento jurídico es el respeto y protección de las minorías parlamentarias. En este sentido, dentro del orden público parlamentario estaría incluido el elenco material que constituye el estatuto del parlamentario y que el Tribunal Constitucional ha venido a elevar al rango de derecho fundamental. Así, cualquier uso parlamentario que contraviniera el concepto de mandato parlamentario²⁴ asumido por nuestro Tribunal Constitucional desde la STC 10/1983, sería invariable; pero no por contravenir el Código Civil, sino por inconstitucional. Esto es, no por contrariar el orden público, sino por contrariar el artículo 23 CE. Los casos más palmarios serían de evidente inconstitucionalidad, pero más cuidado habría de tenerse en relación con la proliferación de ciertas prácticas que tendiesen a primar la visión del grupo parlamentario por encima de la del Diputado individual. La vida parlamentaria siempre se desarrolla en la dinámica mayoría-minoría y

²⁴ Un estudio más reciente del mandato parlamentario (entre otras muchas cuestiones) puede consultarse en A. ARCE JANÁRIZ: *El Parlamento en los Tribunales. Prontuario de jurisprudencia parlamentaria*, Pamplona, 2004, en especial, págs. 87 y ss.

está claro que la mayoría puede verse tentada a consolidar una práctica (o uso o costumbre) que limite (aún más si cabe) la posición y la fuerza de la minoría. Por ello, el límite en el uso y en la costumbre *secundum legem*, obvio es decirlo, es el Texto Fundamental y el texto del Reglamento parlamentario. En su caso, la vía para impugnar los eventuales excesos consuetudinarios no podría ser otra que la del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional *ex* artículo 23 CE²⁵, en el que se solicitase la nulidad de uno de los actos parlamentarios que constituyesen la base de la costumbre.

III LOS USOS EN EL PARLAMENTO

El concepto de costumbre que utiliza el Código Civil no se acomoda bien a la realidad parlamentaria: la exigencia de *opinio iuris* dificulta el desenvolvimiento de la costumbre parlamentaria. Sin embargo, existe un argumento importante que, además de lo expuesto, impediría su normal formación: el principio de reserva de Reglamento parlamentario²⁶ tiene unos efectos impeditivos evidentes. En este sentido, imponer un quórum de votación reforzado para regular una determinada materia —organización y funcionamiento del Parlamento— no debería permitir una actuación parlamentaria que alterase lo establecido por la mayoría cualificada sin existir tal mayoría. Y esta re-

25 Como se sabe, el Tribunal Constitucional ha elevado el derecho fundamental del artículo 23 CE a la categoría de garante y base del estatuto del parlamentario. Lo recuerda en STC 226/2004, de 29 de noviembre: "En efecto, hemos dicho en sucesivas ocasiones que el derecho fundamental que garantiza el art. 23.2 CE, como el que reconoce el apartado 1 del mismo precepto constitucional, encarna el derecho de participación política en el sistema democrático consagrado por el art. 1 CE y es la forma esencial de ejercicio de la soberanía por el conjunto de los ciudadanos (SSTC 51/1984, de 25 de abril, F. 2; 38/1999, de 22 de marzo, F. 2; 107/2001, de 23 de abril, F. 3; 64/2002, de 11 de marzo, F. 2; 177/2002, de 14 de octubre, F. 3). Ese ejercicio se desenvuelve en los términos que establecen las Leyes o, en su caso, los Reglamentos parlamentarios pues, como también hemos afirmado con reiteración, no en vano se trata de derechos fundamentales de configuración legal, debiendo respetarse la igualdad de todos en su ejercicio y evitar perturbarlo con obstáculos que puedan colocar a unos representantes en condiciones de inferioridad respecto de otros. La privación o perturbación al representante político de la práctica de su cargo menoscaba su derecho de participar en los asuntos públicos de los ciudadanos (SSTC 10/1983, de 21 de febrero; 32/1985, de 6 de marzo, F. 3). Compete a la Ley y, en determinadas materias, a los Reglamentos parlamentarios, fijar y ordenar, precisamente, esos derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos y funciones públicas. Una vez creados, quedan integrados en el estatus propio de cada cargo con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del art. 23.2 CE, defender ante los órganos judiciales —y en último extremo ante este Tribunal— el *ius in officium* que consideren ilegítimamente constreñido o ignorado por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integren los titulares del cargo (SSTC 161/1988, de 20 de septiembre; 181/1989, de 3 de noviembre; 36/1990, de 1 de marzo; 205/1990, de 13 de diciembre; 214/1990, de 20 de diciembre; 220/1991, de 25 de noviembre; 95/1994, de 21 de marzo; 124/1995, de 18 de julio; 38/1999, de 22 de marzo; 203/2001, de 15 de octubre; 64/2002, de 11 de marzo; 177/2002, de 14 de octubre)".

26 Sobre la relación reserva de reglamento y autonomía parlamentaria, S. TOSI: *Diritto Parlamentare*, Milán, 1993, especialmente págs. 101 y ss.; también S. TRAVERSA: *Il Parlamento nella Costituzione e nella prassi*, Milán, 1989, págs. 32 y ss.

serva se dispone en el artículo 71 de la Constitución para las Cortes Generales, así como en la práctica totalidad de los Estatutos de Autonomía para las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Esto impediría, en definitiva, que por parte de algunos sujetos parlamentarios —los de la mayoría, se supone— se impusiese una reiteración de actos que no cumpliese las garantías mínimas de respeto a las minorías²⁷.

En definitiva, no es que fuese muy difícil imaginar una *opinio iuris* creada por los parlamentarios, al modo de una peculiar voluntad general roussoniana intraparlamentaria. Es que lo que se conoce como costumbre parlamentaria, no se acomoda bien a lo dispuesto por el Código Civil e interpretado por el Tribunal Supremo. Por ello una cantidad relevante de autores en nuestro país no se refiere a la figura de la costumbre parlamentaria, sino que prefieren referirse al uso o práctica que hace mención a una figura que se antoja algo más cauta y carente, en todo caso, de *opinio iuris*. En este sentido, los usos serían “una especie de costumbre en el primer estadio de elaboración²⁸”. Seguramente y más por inercia que por rigor científico, suele hablarse de costumbre parlamentaria para referirse al caudal consuetudinario regulador de la organización y funcionamiento del Parlamento.

Pero nos movemos en terrenos de cierta dificultad. Sin menospreciar los esfuerzos delimitadores llevados a cabo, a la doctrina científica siempre le ha resultado difícil llegar a definir con toda claridad las diferencias entre los usos en el Parlamento por una parte y la costumbre por otra. F. Santaolalla señala que “la costumbre parlamentaria, no reviste, en principio, ninguna particularidad frente al comportamiento de esta genérica fuente del Derecho²⁹; reconociendo líneas más adelante que “Ahora bien, la costumbre parlamentaria posee unas notas singulares que la caracterizan... Al estar regidos la organización y las re-

27 A. MANZELLA: *Il Parlamento*, Bolonia, 1977, págs. 32 y ss.

28 L. VILLACORTA MANCEBO: *Hacia...*, *op. cit.*, pág. 178.

29 F. SANTAOLALLA LÓPEZ: *Derecho parlamentario español*, Madrid, 1990, pág. 51. Añade este autor que las costumbres parlamentarias han sido “la base sobre la que se ha elaborado buena parte del Derecho escrito, hasta el punto de que, en numerosos puntos, éste no es más que el reflejo de o consagración formal de anteriores costumbres. De ahí la considerable extensión de la costumbre en el *Derecho parlamentario*, que contrasta con su carácter residual en otras ramas jurídicas. Sin embargo, este principio tiene que aceptarse con importantes cautelas en el caso español. Téngase en cuenta que el *Derecho parlamentario* hoy vigente entre nosotros nace prácticamente en 1977, a raíz de las primeras elecciones legislativas tras el advenimiento de la democracia, habiéndose perdido para entonces la rica (y mal conocida) tradición parlamentaria española. El paréntesis político entre el fin de la II República y la reinstauración de unas Cámaras elegidas por sufragio universal y libre ha sido demasiado prolongado como para no producir una solución de continuidad en nuestro ordenamiento.” Otros autores en el ámbito doctrinal italiano reconocen el, a su juicio, papel decisivo de la costumbre en el Derecho Parlamentario. Así, V. Longi señala: “en el campo parlamentario la costumbre tiene un peso decisivo, en el sentido que el Reglamento interno de la Asamblea legislativa no es otra cosa que una serie de costumbres... que nacen siempre de una necesidad eventual y que pueden devenir en una norma permanente —primero no escrita y luego escrita— en la vida de la Asamblea Legislativa.” Añadiendo más adelante que “la costumbre parlamentaria adquiere un valor extraordinario, pues constituye o la premisa de la norma reglamentaria o una forma de interpretación del propio Reglamento...”, V. LONGI: *Elementi di Diritto e procedura parlamentare*, Milano, 1995, pág. 26.

laciones de los supremos órganos estatales por normas constitucionales, no es de extrañar que las mismas se cubran mediante normas consuetudinarias, de más fácil surgimiento”. Sin embargo, puede defenderse que, en una gran cantidad de ocasiones, es discutible que se esté en presencia de verdaderas y estrictas costumbres, pues las que se citan como tales más se parecen a usos o prácticas, cuando no interpretaciones de normas reglamentarias. El propio *F. Santaolalla* acaba reconociendo la modestia de la costumbre parlamentaria en nuestro sistema, a diferencia de lo que sucede en otros, aunque debido a la regulación reglamentaria muy prolija en materias “antaño abandonadas a la práctica,” y consecuencia de la creación *ex novo* de 1977 del Derecho parlamentario español. Todo ello ha sucedido para las dos Cámaras de las Cortes Generales e igualmente, como es normal, para el Derecho parlamentario de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

De cualquier modo, no suele ser raro en la doctrina española y extranjera ³⁰ la diferenciación del uso y práctica parlamentaria por una parte, y de la costumbre parlamentaria por otra, reconociendo para ésta un perfecto desenvolvimiento. Así, *Sarmiento Méndez* distingue entre usos y prácticas por un lado, esto es, normas de educación parlamentaria que no alcanzan el rango de costumbre y que “tampoco cuentan un seguimiento estricto”, de las costumbres por otra que se “diferencian de la práctica en la existencia de la *opinio iuris seu necessitatis*” ³¹. Suscribe esta opinión también *Martínez Elípe* cuando defiende que las costumbres parlamentarias son “una «especie» del «genus» representado por las costumbres y convenciones constitucionales, y forman, con las normas reglamentarias, la base fundamental del ordenamiento jurídico parlamentario ³²”. No se puede afir-

30 Algunos autores, como V. DI CIOLO y L. CIAURRO, diferencian las costumbres parlamentarias, las cuales constituyen una “*specie* del *genus* costumbre constitucional y se diferencia de él sólo *ratione materiae*, por su regulación de la organización y el funcionamiento del Parlamento”, *Il Diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano, 1994, págs. 31 y ss. E incluso hay también sectores doctrinales que se aventuran a proporcionar ejemplos de costumbres parlamentarias; tal es el caso por ejemplo de M. L. MAZZONI HONORATI, quien considera que costumbres parlamentarias en Italia pueden ser la no-participación del Presidente de la Cámara en las votaciones, el cómputo de los no presentes en el Senado y la autonomía contable parlamentaria, *Lezioni di Diritto Parlamentare*, Torino, 1995, págs. 176 y ss.

31 F. SANTAOLALLA considera que la *opinio iuris* en el Parlamento es un convencimiento; para V. DI CIOLO y L. CIAURRO es una convicción, *Il Diritto parlamentare...*, *op. cit.*, pág. 32; en fin, L. MAZZONI HONORATI, sostiene se trata de una persuasión, *Lezioni di Diritto...*, *op. cit.*, pág. 177.

32 L. MARTÍNEZ ELIPE: *Tratado de Derecho Parlamentario. Introducción al Derecho Parlamentario*, Pamplona, 1999, pág. 322; además, señala el autor que dentro del ordenamiento parlamentario adquiere la costumbre un relieve sustancial “por múltiples e importantes razones: 1.º) porque es la fuente jurídica que mejor se acomoda a la libertad de acción de los Parlamentos, 2.º) porque exteriorizan, mejor que cualquier otra fuente, el poder jurídico de las fuerzas políticas parlamentarias en las materias que integran la esfera competencial de las Cámaras, 3.º) porque los propios Reglamentos parlamentarios, en muchos aspectos, no son más que una recopilación de usos y prácticas surgidas espontáneamente del funcionamiento de las Asambleas políticas, 4.º) porque, por medio de ellas, se manifiesta la dinamicidad y elasticidad del derecho parlamentario, superando las rigideces resultantes de la normación reglamentaria, 5.º) porque adaptan las normas escritas a las exigencias de la realidad, haciendo flexibles las relaciones interinstitucionales; siendo, además, el vehículo parlamentario para la penetración de modificaciones tácitas en la Constitución y 6.º) porque, por tales motivos, no actúan en el ordenamiento jurídico parlamentario, sim-

mar, no obstante, que sea jurídicamente posible la existencia de un acto de un sujeto parlamentario que se amparase en una costumbre, uso o práctica, y que tal acto fuese contrario a la norma reglamentaria y mucho menos a la Norma constitucional. La imposibilidad de la práctica o costumbre parlamentaria *contra legem* o *contra constitutionem* es manifiesta también en la costumbre parlamentaria. Un acto —parlamentario— contrario a la Constitución o al Reglamento parlamentario es un acto inconstitucional o antirreglamentario, y no puede basarse ni formar parte de una costumbre. La teoría acerca de las consecuencias de un acto antirreglamentario se entiende bien desde la aplicación matizada de la doctrina de los *inter-na corporis* en nuestro sistema, y desde la naturaleza del propio Reglamento parlamentario como norma que regula la organización y funcionamiento del Parlamento, y que suponen la “configuración legal” del derecho fundamental a ejercer un cargo público del artículo 23 del Constitución.

Sí está reconocido de forma prácticamente unánime que es el Parlamento un ámbito adecuado para la pervivencia de prácticas y usos. Sirvan de ejemplo las palabras de *Arce Janáriz*, para quien “si en algún escenario son relevantes las prácticas, ése es el de las Asambleas Legislativas, cuyos usos son tanto o más importantes que las normas que las regulan al coincidir en el mismo sujeto la potestad de normar y la de interpretar y aplicar las normas. De otra parte, esos usos no son, a pesar de su significación, de fácil acceso³³”. Hay que notar que este autor opta por utilizar la denominación de uso o práctica parlamentaria, en vez de costumbre.

A pesar de algunas dudas doctrinales aludidas, no puede dejar de reconocerse que costumbres en sentido estricto hay pocas en el Parlamento. Como ya se ha dicho, en la mayor parte de los casos, las que se reconocen o se citan como costumbres parlamentarias son en verdad meras prácticas o usos que no “alcanzan” la categoría de costumbre, al margen de que se les pueda reconocer un cierto valor jurídico³⁴. El concepto de “uso parlamentario” estaría usado con todo el rigor por el Reglamento del Senado,

plemente con funciones interpretativas o integrativas, sino también con eficacia derogatoria; produciendo, en su caso, la «desuetudo o la obsolescencia» de preceptos reglamentarios o constitucionales, e incluso, la derogación de normas escritas al adquirir validez la costumbre «contra legem, en oposición a lo que sucede en el ordenamiento jurídico general». En relación con esta opinión del autor, sobre todo la última premisa (o razón, como él la denomina), puede matizarse en el sentido de que no cabe hay admitir «desuetudo» o inaplicabilidad por el desuso de las normas.

³³ A. ARCE JANÁRIZ: *Teoría y práctica de la Junta General del Principado de Asturias*, 2003, pág. 9.

³⁴ L. VILLACORTA MANCEBO: *Hacia el equilibrio de poderes...*, *op. cit.*, pág. 178: “Toda vez que el Derecho Parlamentario tiene, en cierta medida, el carácter de indiferente moralmente, cabe pensar en el valor del mero uso sin «opinio iuris»”.

cuyo artículo 37 atribuye al Presidente la potestad de “velar por la observancia del Reglamento, de la cortesía y de los usos parlamentarios”. De hecho, los autores dan cuenta de algunas prácticas que es cierto acaban imprimiendo carácter a la organización y funcionamiento de la Cámara, y a las que no se les debe desterrar enteramente del ordenamiento. Su conocimiento es difícil, por eso suele dar cuenta de ellas quien, por su trabajo y dedicación, presta función o ejerce un cargo público en la Institución parlamentaria y las conoce de “primera mano”. Así las cosas, *Arce Janáriz* expone todas las prácticas de la Junta General del Principado de Asturias, como por ejemplo la de convocar al Pleno semanalmente (tarde de los jueves y mañana de los viernes), cuyo orden del día queda fijado en la Junta de Portavoces del lunes anterior. En la práctica de dicho Parlamento, el orden del día del Pleno es fijado por unanimidad, permitiendo a cada Grupo “inscribir los asuntos que sean de su interés, así como al Consejo de Gobierno en el caso de que los solicite”³⁵. A su vez, cita *Sarmiento Méndez* como uso o práctica la prohibición de utilizar el teléfono móvil en el hemiciclo, y como costumbre parlamentaria señala la inclusión de una segunda intervención en el debate por parte del proponente de una proposición de ley. En el Parlamento de Cantabria también podría citarse como práctica reiterada la apertura de un último turno de intervención del proponente en la tramitación de las proposiciones no de ley, además de alguna otra como puede ser que la Presidencia de la Comisión de Economía recaiga en un miembro de un grupo parlamentario de la oposición —práctica que también es seguida en casi todos los Parlamentos de nuestro país—. También resultan de interés la consulta de las prácticas —aunque él las califique de costumbres— consolidadas en la Cortes Generales a las que alude *Santaolalla López*: “la reserva del banco azul al Gobierno situado en lugar preferente, el desarrollo de los turnos de portavoces siguiendo el orden inverso del tamaño de los grupos parlamentarios, la posibilidad de que estos turnos de portavoces se consuman por parlamentarios que no están investidos de esta condición (...) la consideración de que los períodos de sesiones abarcan la totalidad de los meses mencionados en el artículo 73.1 CE, la admisión de enmiendas de enmiendas *in voce* en Comisión con contenido más amplio que el previsto en la letra de los Reglamentos, la apertura de la Legislatura por el Rey”³⁶.

Sin haber hablado en muchas ocasiones de costumbre parlamentaria, lo cierto es que el Tribunal Constitucional se ha referido varias veces al uso parlamentario, reconociendo

³⁵ A. ARCE JANÁRIZ: *Teoría y práctica...*, pág. 109.

³⁶ F. SANTAOLALLA, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 52.

tanto su existencia como su cierto carácter vinculante. El Tribunal ha venido aplicando al ámbito parlamentario la teoría general de la costumbre, pero (lo cual es llamativo) tiende a preferir la utilización del concepto “uso”, más que “costumbre”. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional reconoce sin dudar al uso parlamentario la condición de fuente en el ATC 15/2003, de 20 de enero, además de hacerlo en muchas de las resoluciones que se van a citar. De este modo, en uno de sus primeros pronunciamientos, el Tribunal señaló que “las propias Cámaras, integrantes de las Cortes Generales”, están implicadas en la “tarea de concretar, y de actualizar, un instituto característicamente vinculado a las condiciones históricas de afirmación y de consolidación del Estado de Derecho”, y esto lo hacen las Cámaras “no ya sólo a través de su potestad de establecimiento de sus propios Reglamentos (art. 72.1 CE), sino sobre todo a través de su tarea constante de formación de unos usos parlamentarios que siempre han sido consustanciales al régimen parlamentario y, por ende, al Estado de Derecho” (STC 206/1992, de 27 de noviembre). Además, en STC 177/2002, de 14 de octubre, se señaló que “los usos parlamentarios han constituido tradicionalmente, y siguen constituyendo, un importante instrumento normativo dentro del ámbito de organización y funcionamiento de las Cámara”.

Pero, según el Tribunal Constitucional, el ámbito en el que se desarrollan los usos parlamentarios es muy estricto. Primero, los usos parlamentarios (a modo de trasunto del artículo 1.1 del Código Civil) están subordinados a la fuente escrita reglamentaria. Así se puede deducir de lo declarado por la STC 177/2002, de 14 de octubre, dictada en la resolución de dos recursos de amparo acumulados contra sendos Acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados que inadmitieron a trámite la solicitud de comparecencia del Presidente de «Telefónica de España, SA», el primero, y contra los Acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados, que inadmitió a trámite la solicitud de comparecencia del Presidente de la «Empresa Nacional de Electricidad, SA», el segundo de los recursos. En el relato de hechos llevado a cabo por la sentencia se puede conocer que la defensa letrada de las Cortes Generales alegó la existencia de una práctica parlamentaria, consistente en que las solicitudes de comparecencia relativa a “otras personas competentes por razón de la materia” —permitidas por el artículo 44.4 RCD—, se deben producir en el seno de un procedimiento ya iniciado. En el fundamento jurídico 7 de la STC 177/2002, se señala, no obstante, que ello “no quiere decir que tales usos parlamentarios hayan de tener necesariamente el mismo valor que las propias normas

del Reglamento parlamentario aprobadas por el Pleno de la Cámara, máxime cuando, como ocurre en el presente caso, se trata de prácticas parlamentarias surgidas al amparo de un concreto precepto del propio Reglamento al objeto de interpretar el sentido y la finalidad del mismo...”. Y dos párrafos más adelante se añade “que los usos parlamentarios, al igual que el resto de las normas o resoluciones intraparlamentarias dictadas por los órganos de dirección de las Cámaras, tienen su límite inmediato en el Reglamento mismo, de modo que la práctica parlamentaria efectivamente instaurada en el seno de la Cámara no puede resultar —ni tampoco ser interpretada— de manera tan restrictiva que impida u obstaculice desproporcionadamente las facultades reconocidas a los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente garantizadas, entre las que se encuentran, como hemos reiterado ya, el control del Gobierno. Pero, lógicamente, para determinar si una práctica parlamentaria ha sido instaurada o interpretada con desconocimiento de los derechos constitucionalmente garantizados de los parlamentarios hemos de determinar, en primer lugar, si tal práctica efectivamente existe y, en segundo lugar, cuál es su concreto contenido y finalidad”. Pues bien, tales aseveraciones han sido reiteradas en SSTC 208/2003, 89/2005 y 90/2005, de 18 de abril, en las que se señala, además, que los “precedentes, en cuanto especie del género «usos parlamentarios», tienen su límite, al igual que las normas o resoluciones dictadas por los órganos de dirección de las Cámaras, en el Reglamento mismo”.

De este modo, por encima del uso parlamentario se encuentra el Reglamento, y a igual conclusión ha llegado el Tribunal en relación con el principio de legalidad. Algún tiempo atrás empezó el Tribunal Constitucional recordando algo que actualmente puede parecer obvio, pero que tiene su importancia. En efecto, la STC 119/1990, de 21 de junio, sentó como base importante que el uso parlamentario, una vez demostrada su existencia, no cumple la condición mínima exigida por el principio de legalidad. Enjuicia esta Sentencia el recurso de amparo planteado contra la Resolución del Presidente del Congreso de los Diputados, que declara la no adquisición por los recurrentes —diputados a la sazón electos— de la condición plena de Diputados “al no haber utilizado la fórmula reglamentaria” de acatamiento a la Constitución y que se había aquilatado por el uso parlamentario. Señala el Tribunal que el “uso (*se refiere al parlamentario*) no genera normas con rango de ley, que es el exigido por el art. 23.2 de la Constitución para establecer condiciones o requisitos en el acceso a los cargos públicos y más generalmente,

por el art. 53.1 de la misma para regular el ejercicio de los derechos fundamentales”. Según puede observarse, la importancia del artículo 23 CE en la delimitación del estatuto del parlamentario y la necesidad de una norma escrita para su desarrollo, es uno de los argumentos que llevan al Tribunal a impedir que sea la Resolución de Presidencia, que introducía la fórmula de acatamiento a la Constitución «avalada por el carácter normativo del uso parlamentario repetido e indiscutido», un medio idóneo para desarrollar el Reglamento. La inviabilidad del uso para regular las condiciones de ejercicio del derecho fundamental del artículo 23 CE, ha sido también opinión recogida por nuestra jurisdicción constitucional en alguna que otra sentencia. Así sucedió en la STC 44/1995, de 13 de febrero, de acuerdo con la cual “aquellas disposiciones parlamentarias que, dictadas ultra vires, lejos de suplir o interpretar el Reglamento, manifiestamente innoven o contradigan sus contenidos, implican no sólo una quiebra de la apuntada reserva reglamentaria, sino también una vulneración del citado derecho fundamental”. Todo ello —decirlo era casi obvio—, invalida en el ámbito parlamentario la práctica *contra legem*, lo cual también ha sido reiterado expresamente en otros pronunciamientos, así: SSTC 226 y 227/2004, de 29 de noviembre y ATC 44/2005, de 31 de enero. De este modo, la reforma reglamentaria dejaría sin efecto la práctica parlamentaria que haya devenido *contra legem* de forma posterior a la reforma.

La extensión de los requisitos que el Código Civil exige para la costumbre a los usos parlamentarios, se hace más clara en el caso de exigencia de prueba. Según la STC 89/2005, de 18 de abril, “al igual que hicimos en las SSTC 177/2002 de 14 de octubre, F. 8, y 208/2003, de 1 de diciembre, hemos de insistir en la falta de acreditación de tales precedentes por las partes en el proceso, significadamente por aquéllos «a quienes especialmente correspondía hacerlo, precisamente por justificar en la correcta aplicación de la misma la conformidad a Derecho de la decisión de la Mesa», que reconocen, como se hace en el escrito de alegaciones del Letrado de las Cortes, representante legal del Congreso de los Diputados, que «no existe un uso parlamentario consolidado», puesto que «la Mesa de la Cámara admitió en ocasiones la comparecencia de este Fiscal y, en otras, por el contrario, no se celebraron». La ya citada STC 177/2002 —relativa a la práctica de limitar la solicitud de comparecencia del artículo 44.4 RCD a un procedimiento parlamentario en curso— es particularmente interesante por su contundencia, no en vano señala que a pesar de las “rotundas discrepancias sobre el significado o sentido concreto de la referida práctica parlamentaria, ninguna de las partes ha intenta-

do probar, mediante la aportación de los correspondientes datos o documentos, dicho significado o sentido concretos, ni siquiera aquéllas a quienes especialmente correspondía hacerlo, precisamente por justificar en la correcta aplicación de la misma la conformidad a Derecho de la decisión de la Mesa. En consecuencia, a partir del único dato indubitado de la existencia de una práctica parlamentaria consistente en exigir un «procedimiento parlamentario en curso» para la admisión a trámite de las solicitudes de comparecencia al amparo del art. 44.4º RCD formuladas por los Grupos Parlamentarios, hemos de determinar, tras el análisis de la documentación obrante en el presente procedimiento, si la decisión de la Mesa del Congreso fue respetuosa con el «ius in officium» de los parlamentarios recurrentes garantizado por el art. 23.2 CE en relación con el precepto citado”.

En relación con la práctica de la prueba de la costumbre, también sigue el Tribunal Constitucional un criterio riguroso, pues en la STC 208/2003, de 1 de diciembre, se añade que “en el presente caso no puede entenderse acreditada la existencia misma de esta práctica, toda vez que, habiendo discrepado las partes personadas en este proceso constitucional sobre el sentido o alcance concretos de tales precedentes parlamentarios, no se ha intentado probar adecuadamente ese significado o sentido. Al respecto hay que indicar que *no puede considerarse medio adecuado de probanza la aportación de un listado informático de las diversas iniciativas similares* que se han prestado en el curso de las diferentes legislaturas, pues en ese listado no figura la motivación específica de las diversas inadmisiones liminares que han tenido lugar”. Esto supone, en definitiva, una aplicación tanto en el ámbito intraparlamentario como en la jurisdicción constitucional, de lo dispuesto en el artículo 1.3 del Código Civil y, por qué no, de lo señalado en el artículo 281 de la LEC para la práctica de la prueba de la costumbre.

IV OTRAS FUENTES NO ESCRITAS

Hasta aquí el valor de la costumbre y el uso parlamentario; ahora bien, como suele decirse, el Parlamento es uno de los ámbitos más adecuados para el desa-

rollo de los aspectos no escritos e inaprensibles, y para la demostración de lo verdadero de aquella idea del “valor normativo de lo fáctico”, por recordar una oración feliz por descriptiva. Es normal, por ello, que la doctrina científica hable de “otras fuentes”. Ahora bien, qué ha de entenderse por “otras fuentes” es algo que no se acierta a definir de forma mínimamente precisa. Parece que se hace referencia a figuras como las convenciones parlamentarias³⁷, a los precedentes, a la corrección parlamentaria, a la cortesía o al protocolo parlamentario.

En cualquier caso, tiene una especial importancia el precedente³⁸, en cuanto es indiscutible que la reiteración de decisiones y el juego de los mismos sigue siendo importante en orden a la configuración del ordenamiento parlamentario. Aunque en el ámbito jurídico deba manejarse un concepto más estricto, es interesante conocer que la Real Academia entiende por precedente la “aplicación de una resolución anterior en un caso similar o semejante al que se presenta”. Por su parte, el valor del precedente es bastante claro en el ámbito del Derecho administrativo, en donde no se puede afirmar su valor como fuente pero sí su indudable importancia. La Administración pública se puede apartar del precedente, pero ha de motivar adecuadamente las razones que le llevan a ese apartamiento; lo resume, recogiendo una ya consolidada jurisprudencia constitucional, la STC 85/2003, de 8 de mayo, donde se señala que “ya que, el derecho a la igualdad sólo puede entenderse como igualdad en la legalidad, ámbito dentro del cual siempre ha de operar (SSTC 37/1982, de 16 de junio, F. 3; 29/1987, de 6 de marzo, F. 7; 127/1988, de 24 de junio, F. 4; 131/1988, de 4 de julio, F. 4, por todas)” y es que “la equiparación en la igualdad ha de ser dentro de la legalidad y sólo entre actuaciones idénticas que sean conformes al ordenamiento jurídico, pero nunca fuera de la legalidad. En definitiva —SSTC 17/1984, de 7 de febrero, F. 2; 1/1990, de 15 de enero, F. 2; y

37 En Italia, suelen ponerse como ejemplo varias convenciones parlamentarias (con un indudable alcance constitucional), como la que afecta al artículo 63 de la Constitución sobre el quórum de votación, al artículo 92 sobre nombramiento del Presidente del Gobierno por el Presidente de la República, o a la presentación de una cuestión de confianza vinculada a un proyecto de ley, V. DI CIOLO/L. CIAURRO: *Il Diritto...*, *op. cit.*, pág. 35 y ss. En España, B. Pendás señala: “la Mesa, como órgano «institucional» es convención generalizada que dicha naturaleza la inhabilita para ejercer funciones de dirección política. Sin embargo, la percepción de la Mesa como órgano de «administración y gobierno interior» lleva incluso, a mi juicio, a cuestionar su propia significación en el marco de la estructura orgánica de las Cámaras, puesto que quizá ni vale la pena conservar un elemento destinado a cumplir funciones estrictamente formales y administrativas”, B. PENDÁS GARCÍA: “Otras fuentes...”, en *op. cit.*, pág. 228. Por otro lado, han quedado muy atrás, obviamente, las tesis de cuño británico que consideraban a los reglamentos parlamentarios con el ejemplo paradigmático de convenciones redactadas por escrito, respecto de cuya cuestión puede verse el clásico libro de J. HATSCHEK: *Das Parlamentsrecht des deutschen Reichs*, Berlin/Leipzig, 1915, págs. 25 y ss.

38 Diferente es también el precedente en el ámbito judicial que según recuerda. En Derecho anglosajón, el precedente tiene una eficacia persuasiva en buena parte de los supuestos americanos y en algunos británicos, esto es, fuera de aquellos que son de carácter absolutamente vinculantes; alcanzando en todos estos casos la eficacia del precedente sólo a la *ratio decidendi*.

157/1996, de 15 de octubre, F. 4—, no existe un derecho a que se dispense un trato igualitario en la ilegalidad, pues el carácter individual e intransferible de la responsabilidad disciplinaria exige que cada cual responda por su propia conducta, con independencia de lo que haya de suceder con otros” —STC 27/2001, de 27 de enero—. Para *García de Enterría/Fernández Rodríguez*, el valor del precedente en el ámbito del Derecho Administrativo estaría muy claro: el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, el de buena fe (en sus vertientes de protección de la confianza del tercero y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos) y el principio de confianza legítima del artículo 3 de la Ley 30/1992, obligarían a concluir que las pretensiones de los ciudadanos han de ser resueltas de similitud igual, sin discriminaciones injustificadas³⁹.

Aunque pareciese que el valor del precedente en el ámbito parlamentario tiene importantes diferencias con el valor del precedente administrativo, en realidad no debería serlo tanto. En primer lugar, el principio de igualdad rige en el ámbito parlamentario y vincula, de forma evidente, a los órganos parlamentarios. En segundo lugar, el principio de confianza legítima también funciona para los parlamentarios y los grupos parlamentarios, que adoptarán sus decisiones y presentarán sus iniciativas en función de las decisiones precedentes que haya adoptado el mismo —en especial las Mesas, aunque no de forma exclusiva—. En tercer lugar, el rango de derecho fundamental que se ha proporcionado al estatuto del diputado, *ex* 23 CE supone una obligación añadida de motivación que no puede ser desconocida por los sujetos parlamentarios. En relación con el valor de los precedentes en el ámbito parlamentario, resulta de interés la lectura de la STC 89/2005, de 18 de abril, al establecer que los “precedentes, en cuanto especie del género «usos parlamentarios», tienen su límite, al igual que las normas o resoluciones dictadas por los órganos de dirección de las Cámaras, en el Reglamento mismo”. En este mismo sentido, la STC 208/2003, de 1 de diciembre, ya había indicado asimismo que los precedentes parlamentarios tienen su límite, al igual que las normas o resoluciones dictadas por los órganos de dirección de las Cámaras, en el Reglamento mismo, “de modo que la práctica parlamentaria efectivamente instaurada en el seno de la Cámara no puede resultar —ni tampoco ser interpretada— de manera tan restrictiva que impida u obstaculice desproporcionadamente las facultades re-

³⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, Madrid, 2002, especialmente págs. 76 y ss.

conocidas a los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente garantizadas, entre las que se encuentran, como hemos reiterado ya, el control del Gobierno” —STC 177/2002, de 14 de octubre—.

De todos modos, la jurisprudencia constitucional ha parecido diferenciar entre precedente y uso parlamentario, si bien parece que la diferencia entre ambas figuras es siempre cuantitativa o de número de decisiones reiteradas. De esta forma, el Tribunal Constitucional ha afirmado no sólo el valor nomotético de los usos, sino que entiende insuficiente “un solo precedente (a diferencia, seguramente de lo que sucede en el ámbito de la actividad administrativa) para considerar establecido un uso que vincule a la Cámara, ni sobre todo, puede argüirse que si en un caso anterior el Parlamento resolvió no aceptar la limitación que el art. 181.5 de su Reglamento le impone, ha de prescindir ya en lo sucesivo de esa limitación en todos los casos del mismo género, ni puede solicitarse en consecuencia de este Tribunal que condene al Parlamento a explicitar la voluntad que de modo implícito ya ha manifestado al aceptar sin reacción alguna la decisión de su Mesa” —STC 149/1990, de 1 de octubre—.

En todo caso, el valor del precedente en el ordenamiento jurídico parlamentario es muy limitado, puesto que las decisiones que supongan “apartarse del criterio manejado anteriormente «sólo puede ser argumento para sostener la infracción del derecho fundamental consagrado por el art. 23.2, si tal precedente puede considerarse integrado en la Ley que ha de ser aplicada en condiciones de igualdad para el acceso al cargo o función pública, o la permanencia en aquél o en ésta» (SSTC 36/1990, de 1 de marzo, 119/1990, de 21 de junio, 149/1990, de 1 de octubre, 205/1990, de 13 de diciembre, 107/2001, de 23 de abril, y 64/2002, de 11 de marzo, F. 7, y ATC 15/2003 de 20 de enero)”. En este sentido, es especialmente interesante, la STC 4/1992, de 13 de enero, pues por medio de la misma se limita de modo notable el valor del uso parlamentario y del precedente como fuente normativa del derecho parlamentario. En efecto, la sentencia estima constitucional la decisión de la Mesa de la Asamblea de Madrid de separarse de los precedentes seguidos en anteriores ocasiones, al permitir la no utilización del sistema D’Hondt y la distribución finalmente de los Senadores de designación autonómica entre los diversos Grupos Parlamentarios “conforme a cualquier técnica y, en concreto, la fórmula proporcional de reparto de los restos... siempre y cuando no llegue a alterar la misma esencia proporcional de este sistema electoral”.

Hasta aquí, pues, las breves consideraciones respecto de la importancia del precedente y del uso en el Parlamento. En el ámbito parlamentario, por su propia configuración y estructura, y hasta considerando pudiéramos decir su forma de ser, puede afirmarse que es un campo más adecuado para la determinación de otras pautas de comportamiento que, si bien no sean estrictamente fuentes del Derecho, sí ayudan sin embargo a la configuración de la organización parlamentaria, la dotan de personalidad y, si se nos permite la expresión, imprimen un carácter y un tráfico propio al Parlamento. Que ello así, puede resultar incluso obvio hasta para quienes no ven diariamente la realidad del Parlamento; es más, resulta patente que existen estas pautas de comportamiento, y trascienden las mismas de forma más palmaria en cuanto a su existencia a la totalidad de la Comunidad política, cuando la actuación de los sujetos parlamentarios no se produce conforme a esas normas de educación y corrección. Sin embargo, aun cuando sean pautas que tengan cierta importancia, no disponen de fuerza de obligar⁴⁰. Quedarían, por tanto, fuera del ordenamiento jurídico parlamentario las pautas de corrección parlamentarias y la cortesía parlamentaria. Significativamente, faltará en ellas la nota de “juridicidad” propia de todas las normas jurídicas y que en nuestro sistema les acaba reconociendo el Tribunal Constitucional, como se extrae del artículo 1.7 del Código civil interpretado conforme. Se está haciendo referencia a algunas disposiciones que se denomina en terminología italiana normas de *galatteo* o de educación parlamentaria. Estas normas de educación suelen distinguirse de las de *correttezza* o de *fair play* como las califican *Di Ciolo* y *Ciaurro*⁴¹, aunque no pueda adivinarse bien las diferencia entre una y otras, más allá de lo expuesto por la doctrina italiana⁴². Además, ha de recordarse las pautas de protocolo parlamentario⁴³ que, sin llegar a tener contenido normativo, causan algunos problemas en términos propios de las normas jurídica mismas, con ocasión de la celebración de actos —generalmente no parlamentarios—. Pero todas estas figuras no dejan de ser elemen-

40 Quizá para seguir dando la razón a F. MOROF, y su tesis respecto de que el Derecho parlamentario está integrado por normas jurídicas y no jurídicas, aunque el autor arranque de otros postulados, *Il diritto parlamentare*, Roma 1969, pág. 155.

41 V. *DI CIOLO/L. CIAURRO: Il Diritto...*, *op. cit.*, pág. 35 y ss.; en cuanto a V. LONGI también resalta la ausencia de valor normativo, *Elementi...*, *op. cit.*, pág. 26.

42 El carácter no jurídico de las normas de *correttezza*, entre otros, puede verse en TESAURO, “La consuetudine costituzionale e le norme della *correttezza* costituzionale”, en *Scritti in memoria di Orlando*, Vol. II, Padova, 1957, págs.505 y ss.

43 Destaca, por referirse (entre otros muchos temas) al protocolo en el ámbito parlamentario, M. DEL RÍO MARTÍNEZ/M. VIDAL LÓPEZ-TORMOS/P. LÓPEZ MOLINILLO: *Protocolo. Manual básico para conocer las normas básicas del protocolo de uso diario*, Santander, 2005, en especial págs. 170 y ss. Es también de interés la obra de F. A. VILARRUBIAS: *Tratado de protocolo de Estado e internacional*, Oviedo, 2000. Además puede consultarse sobre diversos aspectos del protocolo, F. LÓPEZ-NIETO Y MALLO: *Honores y protocolo*, Madrid, 2000 y *Manual de Protocolo*, Barcelona, 1995; F. FERNÁNDEZ: *El libro azul del protocolo y las relaciones públicas*, Madrid, 2004; C. FUENTE LAFUENET: *Manual práctico para la organización de eventos: técnicas de organización de actos II*, Madrid 2005, y *Técnicas modernas de protocolo [Recurso electrónico]: la organización de actos en el siglo XXI*, Madrid, 2005; J. C.

tales normas de que vienen impuestas por la convivencia, muchas veces diaria, de los parlamentarios en solo espacio físico. Su ausencia de valor normativo es evidente, por lo que disposiciones como las del artículo 16 del Reglamento del Congreso de los Diputados, más parecen un buen deseo que la plasmación de un deber jurídico.