

# LA RELACION CONTEMPORANEA DEL "COMMON LAW" CON LAS CONVENCIONES, COSTUMBRES Y CONSTITUCION BRITANICAS

H. H. A. COOPER

## *¿Hay una Constitución Británica?*

Hace unos cuantos años, en la radio inglesa había un popular programa llamado "The Brains' Trust". En él, un equipo de expertos respondía las preguntas formuladas por los oyentes. Uno de estos expertos, de conocido renombre, el Profesor C.E.M. Joad (1), con frecuencia comenzaba su respuesta con las palabras, "Eso depende enteramente de lo que se quiera decir con un...".

Hay una inclinación en los abogados y especialistas en ciencias políticas, educados bajo sistemas diferentes al inglés (2), a pensar en una Constitución como una encarnación documental de pensamientos políticos y fundamentales, claros, sucintos, y que no cambian con facilidad. En este sentido Gran Bretaña no tiene Constitución. No hay ningún documento al cual se pueda hacer referencia.

Un país con una Constitución escrita tiene, por decirlo así, una cúspide bien precisa en la pirámide de su derecho, de la cual descende, en etapas lógicas, una serie de normas hasta los más bajos niveles del sistema jurídico. A primera

---

(1) Distinguido autor y filósofo inglés, fallecido en el año 1953.

(2) Empleo esta expresión con la intención de excluir Escocia, la cual por propósitos políticos puede ser considerada parte integrante del Reino Unido, y a otros sistemas en los que la ley inglesa es una fuente principal.

vista, la Constitución británica no parece tener este supremo lugar, este apogeo, debajo del cual reposa el orden jurídico en formación correcta. Sin embargo, el más superficial estudiante del derecho inglés puede percibir su carácter jerárquico. Entonces, si el grado superior de dicho sistema no es un documento, bien determinado, ¿qué es? ¿A dónde van las apelaciones de validez de los niveles más bajos del derecho? En verdad, la contestación tiene que ser: la Constitución británica. Pero lo que al abogado inglés (y otra vez uso el adjetivo "inglés" en el más estricto sentido, porque principalmente son reflexiones inglesas, las que han dado forma a la Constitución) le gusta llamar su "Constitución" es muy diferente de lo que un jurista europeo o americano consideraría apropiado para tal título.

Sencillamente, la Constitución británica es la teoría política básica sobre la que depende la validez del sistema del derecho. Es distinta, por ejemplo, de una Constitución en el sentido latinoamericano, sólo porque sus normas no han sido expresadas concisamente o en forma escrita en un único documento. En ello está, a la vez, la fuerza y la debilidad de la Constitución británica.

La Constitución británica es como una sombra, cuyos límites y formas son difíciles de determinar con precisión; aún más, al hacerlo, la sombra puede que cambie con alguna luz que pase. Diversos juristas han señalado la dificultad de definir la Constitución británica y la ley engendrada por ella (3). Simplemente, hablar de una Constitución británica, es jugar con ideas; y un hombre puede escoger muchas o pocas ideas, como lo desee.

Si se acepta que la diferencia esencial entre la Constitución británica y las Constituciones latinoamericanas, por ejem-

---

(3) Vide, por ejemplo, "An Introduction to the Study of the Law of the Constitution", 9<sup>a</sup> Edn., (1956), A.V. Dicey, (Macmillan, London), pág. 4. "Constitutional Law", Wade & Phillips, 6<sup>a</sup> Edn., (1963), (Longmans, London), pág. 3.

plo, es sencillamente que éstas son expresadas y definidas en forma cierta, frente a aquélla que no lo es, muchas de las dificultades desaparecerían. La Constitución británica tendría el mismo contenido, las mismas materias de cualquiera otra; solamente las fuentes que la han engendrado son diferentes. Invirtiendo este proceso de comparación, se puede ver que en la validez de cualquiera Constitución escrita influyen elementos extra-legales que dan al documento sus características particulares. Es evidente que el primitivo lugar en que debe buscarse la validez del régimen jurídico es el sub-estrato político en que la Constitución ha sido moldeada (4). Esta verdad siempre ha sido desagradable a los juristas ingleses. Es parte de la herencia de la filosofía del derecho de John Austin. El separó cuidadosamente, casi con fervor religioso, la esfera del derecho de la esfera política (5). La misma dirección han seguido otros juristas, como por ejemplo Hans Kelsen. Cada uno la ha motivado con sus propias razones.

Esta discriminación, válida y esencial para el establecimiento de una teoría pura del derecho y su mecanismo intrínseco, es un impedimento artificial para el buen conocimiento de cualquiera Constitución. Se ve en los diversos estudios de la Constitución que el derecho debe estar o caer en las ciencias políticas. El derecho mismo presupone la teoría política y ésta se infiltra en todas las partes del régimen jurídico y le da vida.

La Constitución británica es, entonces, una mezcla de derecho puro, en el sentido de normas producidas por instituciones políticas, y teoría política rudimentaria que no tiene todavía carácter jurídico: lo concreto y lo abstracto.

---

(4) Veá, "Teoría General del Estado", Hans Kelsen, (1934), (Editorial Labor, S.A., Barcelona), pág. 325. Veá, También, "The Law of the Constitution", (Dicey), pág. 470

(5) Veá, Tomo 1º, "The Pollock-Holmes Letters", (1942), (Cambridge University Press), pág. 94.

Un buen análisis de la Constitución británica y el derecho que proviene de ella, debe comenzar con un reconocimiento pleno de que la Constitución es una cosa insubstancial, en constante —aunque imperceptible— flujo y, además, que su contenido es en parte normativo y en parte teoría pura. En el sentido más estricto de derecho supremo, último y básico, la Constitución británica es sencillamente la teoría política predominante del momento.

Si se pusiera a prueba la validez de una ley chilena que regula algunos aspectos de la conducta civil, no se necesitará más que probar su continuidad en la Constitución chilena; si está en contradicción con ella, es anticonstitucional y no tiene validez (6). El sistema del derecho inglés no conoce tal procedimiento. Los árbitros de validez bajo la Constitución británica son las cortes y los tribunales administrativos o de paz que tienen funciones judiciales. Un tribunal, que en el transcurso de un litigio, puede formularse una sola pregunta relacionada con la validez de la norma. ¿Esta es parte de la ley general de Inglaterra o no? Si la respuesta es afirmativa, la aplica. Si es negativa, no. Por ello que bajo el sistema del derecho inglés, se oye hablar mucho de cosas ilegales y muy poco de cosas anticonstitucionales. Para el abogado latinoamericano o estadounidense las dos cosas pueden tener el mismo significado.

Para entender qué significa la expresión “anticonstitucional”, para un jurista inglés, es necesario, en primer lugar, considerar qué materias son las que a él le agrada estudiar como derecho constitucional propiamente dicho. El resultado puede ser sorprendente para los demás juristas, acostumbra-

---

(6) Sin embargo, algunas constituciones escritas pueden carecer del mecanismo para probar la inconstitucionalidad de una ley. En el caso particular de la constitución peruana, hay dificultades prácticas, en establecer el punto. Vea, “Derecho Constitucional Peruano”, José Pareja Paz-Soldán, (Lima, 1951), págs. 249-252. Vea, sin embargo, “Manual de Derecho Civil”, José León Barandiarán, (Lima, 1963, Imprenta de la Universidad de San Marcos), pag. 12.

dos a una interpretación más restrictiva en este ámbito de estudios.

### *Derecho Constitucional Inglés y su Contenido*

La mayoría de los juristas ingleses está de acuerdo en que esta rama del derecho es la que trata de las relaciones de los organismos del gobierno entre sí y de éste con el pueblo, sobre el que cada órgano ejerce su autoridad particular (7).

Las normas de la constitución británica no pueden ser encontradas en un sólo documento preciso, sino que están dispersas por todo el sistema de derecho, en disposiciones legislativas o en resoluciones de los jueces. Pero, para el constitucionalista inglés, los límites del objeto de su estudio se extienden más lejos todavía, y por eso, en particular, debe fijarse en la diferencia entre su posición propia y las posiciones de los demás abogados ingleses, que son especialistas en otros campos de los estudios jurídicos. Para el abogado inglés, generalmente, el derecho significa las reglas que aplicarán los tribunales del país y que éstos ponen en vigor. En cambio, el derecho constitucional inglés se integra por muchas otras normas de conducta, que las cortes no reconocen. Estas prácticas o costumbres son designadas por el abogado del derecho inglés constitucional, "las convenciones de la constitución". Son completamente distintas, en su naturaleza, de las costumbres ordinarias, que desde los albores del "Common Law" se han incorporado como derecho consuetudinario. Estas últimas constituyen una fuente normal del derecho inglés y existen reglas estrictas para su reconocimiento y aplicación por las cortes (8). Cuando una costumbre ha sido reconocida, ju-

---

(7) Vea, "Constitutional Law", Wade & Phillips, pág. 3.

(8) Vea, "Law in the Making", Sir C.K. Allen, (Oxford, Clarendon Press), 5ª Edn., (1951), pág. 106 et seq. Compare, "Filosofía del Derecho", Dr. Luis Recasens Siches, (1959), (México, Porrúa), págs. 167-170.

dicialmente, pasa a formar parte del derecho objetivo, con igual fuerza a la de cualquiera otra norma.

No obstante que las convenciones no son reconocidas como normas por las cortes, habitualmente son cumplidas y obedecidas. Ha habido muchas discusiones para que así fuera. El famoso jurista inglés, Dicey, opinó que las convenciones son observadas porque su violación conduciría, tarde o temprano, a una violación del derecho propiamente tal (9). En algunos casos sería así, pero en la mayoría no tendría este efecto. Sin embargo, el hecho que socava, completamente, la tesis de Dicey, es que estas convenciones cambian de vez en cuando y no se observan más. No son sencillamente pasadas por encima, sino completamente rechazadas y raramente con consecuencias serias. Un examen de algunas de estas convenciones es muy informativo.

Según la ley, cada promulgación legislativa del Parlamento inglés, el cual es la magistratura más alta del país, debe llevar la sanción del monarca. Según la ley propiamente dicha, la reina podría negar la sanción a cualquier proyecto presentado para su consideración (10). Por "convención", la reina nunca procede en esta forma, no obstante que el proyecto no sea de su gusto. Esto ejemplifica la convención según la cual la reina debe aceptar el consejo de sus ministros. Si la reina negara su sanción al proyecto presentado a ella oportunamente por sus ministros, podríamos decir con razón que ha actuado en forma "anticonstitucional". Sin embargo, según la ley estricta, ella estaría dentro de sus poderes legales. En este caso, la "convención", de la cual ninguna corte del país podría tener noticia, es más poderosa que la norma legal, aunque no existe ningún procedimiento para recusar el rechazo de su Majestad.

¿Por aplicación de qué norma superior podemos sostener que dicha acción sería anticonstitucional? Obtenemos la res-

---

(9) Vea, "The Law of the Constitution", Dicey, págs. 445-446.

(10) El monarca no ha negado su sanción desde el tiempo de la Reina Ana (fallecida en 1710). Vea, "Constitutional Law", Wade & Philips, pág. 125.

puesta dando una mirada prudente a las consecuencias del rechazo. En esto, el abogado tiene que salir de los dominios seguros del mundo normativo, para entrar en el dudoso territorio de las ciencias políticas. Confrontando con tal pregunta, el jurista inglés no puede tener ni siquiera el consuelo de tener un recurso ante una Corte Suprema, en el que pueda probar su causa por medio de la existencia de alguna norma superior. Con honradez intelectual, tiene que reconocer, francamente, que si la reina abusara de sus poderes, como en el ejemplo anterior, se le quitarían esos poderes. Esto obliga a reconocer dónde está situado verdaderamente el poder del Estado. Cuando se capta este hecho, se posibilita el entendimiento de la constitución británica.

La situación antes descrita ocasionaría un cambio completo de la constitución; pero si el gobierno mantuviera la confianza del Parlamento y del pueblo, gran parte del drama desaparecería. Sin embargo, produciría nada menos que la abrogación y en consecuencia, la sustitución de una porción fundamental de la ley de Inglaterra, si ésta estuviere expresada en una constitución formal.

El poder para dar este paso tan drástico no se encuentra en ninguna parte de las leyes propiamente dichas, sino que tenemos que buscarlo dentro de la teoría política. Simplemente, la reina no es maestra en su propia casa. Las luchas políticas del siglo XVII destruyeron el poder efectivo de la corona y lo trasladaron a una junta de políticos, la que tenía mayor influencia en el país. Estos políticos son los ministros de la corona. En esta junta se encuentra, nebulosamente, el poder efectivo de la constitución británica. Nominalmente, la aplicación práctica de este poder se sostiene por la legislatura, el antiguo Parlamento del Reino Unido. Este, a su vez, es apoyado por el pueblo británico. Todo lo dicho debe considerarlo el abogado en la discusión de la constitucionalidad de un acto. Pero veremos que la teoría es muy diferente de la práctica.

Todas las "convenciones" no traen estas consecuencias espantosas en el caso de una violación. Algunas no contienen

ningún principio fundamental, mientras que en otros casos no se ha resuelto si tienen o no bastante importancia para imponer su acatamiento. Por muchos años existía la "convención" de que cuando moría o jubilaba el "Lord Chief Justice" (el jefe de la primera división de la corte superior inglesa y uno de los miembros más importantes de la judicatura) la vacante se ofrecía al "Attorney General" (el Fiscal de la Corona, consejero jurídico principal del poder ejecutivo). Esta práctica se remontaba a la primera parte del siglo XVII (11). El carácter parcial de esta designación puede sorprender a aquellos acostumbrados a pensar en la independencia tradicional de la judicatura inglesa como una primera piedra del régimen. En general, esta práctica no ha producido jueces partidistas. Como ejemplo de la primera etapa se puede mencionar a Sir Edward Coke, el famoso Attorney General de la reina Isabel I y del rey Jacobo I, cuya carrera judicial era un modelo de independencia.

En nuestro siglo, la mencionada "convención" no ha sido cumplida con regularidad (12) y después de la jubilación del Viscount Caldecote, en 1946, la vacante fue llenada por un juez de la Corte de Apelaciones, Lord Goddard, quien nunca tomó un papel activo en política. Tiene cierta importancia en relación con este asunto que en dicho año el país tenía un nuevo gobierno del Partido Laborista, por primera vez, desde 1931. En 1958, la necesidad de nombrar a un sucesor a Lord Goddard trajo otra vez el problema de la validez de la supuesta "convención". En esa época el Attorney General, Sir Reginald Manningham Buller, tuvo buenas esperanzas a la sucesión, pero parece que una opinión contraria impidió su nom-

---

(11) Veá, "The History of English Law", Sir W.S. Holdsworth, Tom. VI, pág. 478, (London, Methuen), 1924, y la tesis M.A. del autor (no publicado), Liverpool University, págs. 54-61.

(12) Desde 1912 ha habido 7 Lords Chief Justices; sólo 2, Lord Reading en 1913, y Lord Hewart en 1924 fueron elevados del puesto de Attorney General a Lord Chief Justice.



bramiento (13), y Lord Parker, como "Lord Goddard", legó a su nuevo cargo después de haber servido como juez de la Corte de Apelaciones. Es cierto que el nombramiento del "Attorney General" hubiera sido muy impopular entre muchos sectores influyentes y la designación de un miembro del poder judicial satisfizo a la opinión pública.

Quizás la más poderosa y la más importante convención observada actualmente es la relativa a la designación y el mantenimiento en su cargo del Primer Ministro. Este primer funcionario del Estado ha emergido muy recientemente de las sombras constitucionales (14). Durante toda la larga historia constitucional de Inglaterra y, más tarde, del Reino Unido, el monarca ha contado con algún gran personaje, de cualquier nombre, para conducir su gobierno y asegurar, generalmente, la realización de su política, el concepto moderno del Primer Ministro es, sin embargo, un producto del sistema de la política partidaria, cuya forma ha sido en proceso continuo de refinamiento, desde el reino de Jorge I en el siglo XVIII.

A comienzo del presente siglo, el Primer Ministro no era meramente "Primus inter pares". Su posición se aproximó a la de un Presidente de los Estados Unidos de América (15). Recientes hechos políticos han consolidado esta opinión.

El sistema inglés de sufragio tiende a producir el sistema de dos partidos, divididos políticamente sobre líneas amplias. Así es que, a causa de los movimientos de poder durante el desarrollo constitucional, el centro verdadero del poder político se ubica en la Cámara de los Comunes, la cámara baja y electiva del Parlamento del Reino Unido, y el personaje decisivo en esta cámara es el Primer Ministro, quien por una "convención", pero no por la ley, tiene que ser miembro de los Comunes.

---

(13) Aunque Sir Reginald (1962) vino a ser más tarde Lord Canciller, el jefe de la judicatura inglesa.

(14) "Constitutional Law", Wade & Phillips, pág. 186.

(15) Vea, por ejemplo, "The Pollock — Holmes Letters", Tom. II, pág. 124.

Teóricamente, la reina puede escoger a cualquier persona que le parezca como Primer Ministro. Ella podría escoger a un miembro de la Cámara de los Lores o a una persona que no es miembro ni de esta Cámara ni de la otra. Tan recientemente como el siglo pasado, un Primer Ministro de la Cámara de los Lores no era un caso raro. Sin embargo, desde el comienzo del presente siglo, no ha habido ningún miembro de esa cámara a la cabeza del gobierno y por "convención" parece, actualmente, que ningún miembro de la alta cámara pudiera ser el Primer Ministro (16).

La razón efectiva de esta situación no se halla en el derecho, sino en la política, y pertenece a la doctrina de la responsabilidad de los ministros que ha evolucionado como consecuencia del sistema parlamentario. Si estuviera el Primer Ministro en la Cámara de los Lores, los representantes elegidos no podrían hacerle preguntas, porque, por tradición, las dos cámaras se reúnen aparte.

Muchos ministros importantes han estado en estos últimos años en la Cámara de los Lores y el Ministro de Relaciones Exteriores del último gobierno de los conservadores, estaba en esa cámara a pesar de las duras críticas de la oposición (17).

La curiosa situación de 1963 demuestra la fuerza y el fundamento de esta "convención". El partido conservador, estando en el poder, se vio en la necesidad de escoger a un nuevo líder. Este líder, disfrutando de la confianza del partido con la mayoría de los votos de la Cámara de los Comunes, hubiera tenido derecho a ser Primer Ministro. Después de una gran intriga, el partido escogió al "14th Earl of Home", un miembro de la Cámara de los Lores y a la vez Ministro de Relaciones Exteriores. Pero para ocupar el cargo de Primer Ministro necesitó renunciar a su dignidad de par y ser elegido miembro

---

(16) Vea, "Constitutional Law", Wade & Philips, pág. 77.

(17) Lord Home era Ministro de Relaciones Exteriores en la administración conservadora hasta 1963, año en el cual vino a ser Primer Ministro.

de la Cámara de los Comunes. Por la ley estricta, no había nada que impidiera el nombramiento del "Earl of Home", aunque fuese miembro de la Cámara de los Lores, pero es notable que no tomara esta línea de conducta en violación de la "convención". Por algunos días, en este caso, el líder del partido conservador era Primer Ministro, el jefe del gobierno, sin ser miembro de ninguna Cámara del Parlamento. Es interesante especular sobre su posición, si no se hubiera aprobado el estatuto que le permitió renunciar a su dignidad de par y presentarse para la elección a la Cámara baja. El partido conservador no hubiera podido escoger al líder considerado más apropiado a sus propósitos y, por consiguiente, para tomar dirección de la nación o, alternativamente, se hubiere producido abrogación de la "convención". No hay duda de que, en este caso, un cambio de la constitución hubiese sido producido por el ejercicio de la supremacía del partido conservador en la Cámara de los Comunes.

Por otra convención de la constitución británica, un partido puede continuar en el poder sólo mientras pueda disponer de una mayoría en la Cámara de los Comunes. Su líder puede desempeñar el rol de Primer Ministro sólo a condición de que pueda retener la confianza de una mayoría absoluta de su partido en el Parlamento. Según la ley estricta, un Primer Ministro, que hubiese perdido esta mayoría, podría mantenerse en el cargo. Sin duda, su conducta provocaría una derrota personal en el Parlamento y tal conducta "anticonstitucional" como consecuencia política traería en seguida medidas para su remoción, proyectadas por los que dispusieran de la mayoría en su vez. Después de la elección general de 1964, el líder del partido conservador, por entonces "Sir Alec Douglas Home", se dio cuenta de que no podría disponer de una mayoría de votos en la Cámara de los Comunes. Hubiera podido mantenerse legalmente en su puesto hasta que la oposición lo venciera en la Cámara de los Comunes. Sin esperar en tal eventualidad, tomó lo que consideró el curso correcto y constitucional, y como la pérdida de su mayoría era indu-

dable, ofreció su renuncia a Su Majestad y le recomendó invitar a Mr. Harold Wilson, el líder del partido laborista, para que formare el gobierno.

Esto sugiere la pregunta de, cuándo es apropiado, constitucionalmente, que un Primer Ministro presente su renuncia. Actualmente, un Parlamento inglés tiene, según la ley, una vida máxima de cinco años (18). Durante este tiempo son posibles cambios en la composición de la Cámara de los Comunes por fallecimiento, dimisiones, etc., pero un partido que gana el poder en una elección general puede gobernar por todo el tiempo de cinco años si lo quiere, aunque, en general, buscará una oportunidad propicia para ganar otro nuevo período antes que venza el anterior. Un gobierno elegido por la mayoría del electorado al comienzo de un período de cinco años, puede perder muy fácilmente, durante ese tiempo, la confianza del pueblo, a pesar de retener una mayoría numérica en la Cámara de los Comunes. Es de la esencia de una democracia que su asamblea política refleje, con razonable exactitud, la voluntad del pueblo. Esta voluntad sólo puede expresarse constitucionalmente por la votación, y ésta procede sólo según los deseos del gobierno mientras no ha vencido el plazo de cinco años. Por ello es evidente que la relación entre los gobernantes y el electorado carece de realidad.

La historia de la política británica desde 1951, respecto a esta materia, tiene mucho interés. En la elección general de dicho año el partido conservador obtuvo una mayoría en la Cámara de los Comunes, por primera vez desde el fin de la segunda guerra mundial. La popularidad del partido laborista había declinado, continuamente, desde la victoria espectacular ganada en la elección de 1945, y, en 1951, el partido conservador logró una pequeña, pero bastante confortable mayoría de escaños en la Cámara de los Comunes bajo su líder Mr. Winston Churchill. En los primeros días de la administra-

---

(18) "Constitutional Law", Wade & Phillips, pág. 113.

ción del nuevo gobierno la política del partido conservador reflejó apreciablemente los sentimientos políticos predominante en el país. Su líder, quien condujo la nación a la victoria en la guerra, hacía seis años, ya tenía casi setenta y siete años de edad. El partido conservador, sin embargo, en esa época no se embrollaba en problemas de sucesión.

Sir Anthony Eden (19), un político experto y bien respetado disfrutó en esa época de la confianza de una mayoría absoluta en su propio partido dentro del Parlamento y su ascensión a la jefatura del partido y también al puesto de Primer Ministro en 1954, fueron bienvenidas, en general. Por la elección general de 1955 su posición fue confirmada por el electorado, lo que dio a su partido otro período de cinco años de poder, con una mayoría aún más substancial. Estos años eran fáciles para el partido conservador.

El partido laborista, llevado al poder por la corriente de sentimiento socialista que corrió de prisa a través de Europa al fin de la guerra, estaba desacreditada considerablemente en la imaginación popular. Su gran sistema de reforma social, la nacionalización de industrias básicas, el servicio de salud nacional y el seguro social nacional habían sido construidos sólidamente, pero a un gran precio. En los difíciles años inmediatamente después de la guerra, la administración laborista se enfrentó a una serie de crisis financieras, resultado inevitable de una guerra larga y costosa. Hay que evaluar la impopularidad creciente del gobierno laborista con referencia a la política de la austeridad, a la desvalorización monetaria y al racionamiento que sufrió el pueblo británico en esta época, mientras los que fueron vencidos gozaron de un nivel más alto de vida.

A partir de 1954, el partido conservador había abolido el racionamiento y muchas otras formas de controles, y lujos ausentes de las tiendas desde antes de la guerra, reaparecieron.

---

(19) Al presente, "Lord Avon". Vea, también, "Constitutional Law", Wade & Philips, pág. 78.

El costo de esta prosperidad aparente, en que todas las clases parecían participar, fue una inflación reptante, caracterizada por alzas incesantes en todos los precios y una depreciación en el valor real de la libra esterlina. No cabe duda que el primer período de administración conservadora era bienvenido y, en general, aprobado por todo el país. El segundo período, que empezó en 1955, es más notable e interesante desde un punto de vista constitucional.

Como consecuencia de la elección de 1955, el partido conservador recibió del electorado un mandato general para la continuación de su política. Sin embargo, la rebaja de los impuestos y la abolición de controles iban a ser costosos. El desembolso del gobierno, especialmente para los servicios, era limitado, y la situación internacional causaba cada año un alza en los gastos de defensa. Ya había temores en algunos sectores que el partido conservador, volviendo a aquella que era considerada la peor de sus tradiciones de antes de la guerra, comenzara a dismantelar el estado socialista elaborado como monumento de la administración laborista, o trasladara el peso de su mantenimiento a la clase de la comunidad que menos podía soportarla.

Claro que, constitucionalmente el partido conservador hubiera podido realizar estos objetivos mediante su mayoría en la Cámara de los Comunes. Es cierto, igualmente, que si tales medidas hubieran interferido de una manera violenta con instituciones que muchos ciudadanos en el momento consideraban poco menos que un derecho, se habría perturbado el delicado equilibrio entre los gobernantes y los gobernados. En el verano de 1956 la crisis de Suez se desarrolló. La administración conservadora heredó en 1951 una situación problemática en el Medio Oriente. En ese año, el gobierno egipcio de Nahas Pasha anuló, unilateralmente, el pacto de 1936 entre su país y la Gran Bretaña, por el cual ésta tenía el derecho de mantener tropas e instalaciones militares sobre parte de la tierra de Egipto, conocida como la Zona del Canal. Otras dificultades políticas en ese año causaron la pérdida de empresas bri-

tánicas en Persia, a causa de la nacionalización de la industria petrolífera de ese país por Dr. Mossadeg. En 1956, en realización de sus aspiraciones, el gobierno egipcio señaló su intención de nacionalizar el Canal de Suez, una vía estratégicamente importante para la Gran Bretaña y a la vez un negocio en el que el gobierno británico tenía cierto interés financiero, como accionista en la sociedad anónima que lo controlaba.

El decoro de la acción tomada por el gobierno británico en el verano y otoño de 1956, en defensa de lo que concibió el interés nacional, no es cuestión para un constitucionalista. Su preocupación es la situación interna y política que esta acción produjo. En primer lugar, la actitud resuelta adoptada por Sir Anthony Eden no era impopular ni en el país en general ni en el Parlamento. Su defensa de los intereses británicos, al permanecer en las etapas diplomáticas, no pudo concitar muchas críticas de la oposición laborista y un estudio de los procedimientos parlamentarios en esos primeros días de la crisis muestra poca división, en principio, entre los dos partidos. Sin embargo, desde el momento en que se empleó la fuerza, muchos sectores en el Parlamento y en el país se apartaron de la política del gobierno. En lo general, el partido conservador en el Parlamento siguió apoyando sólidamente al gobierno. Para Noviembre de 1956, la oposición laborista se opuso con fuerza a una acción del gobierno que comprometiera al país. Una parte del precio del fracaso de la acción militar en Egipto y la deterioración de la situación internacional, fue una pérdida masiva de popularidad que sufrió el partido conservador en todo el país.

No hay duda de que si hubiese habido una elección general en los primeros meses de 1957, el partido conservador hubiera sufrido una derrota más grande que la de 1945. Sin embargo, se debe recordar que el partido conservador había sido elegido en 1955 por una mayoría considerable (20). La

---

(20) El partido conservador tuvo 345 miembros; el partido laborista 277 miembros; y el partido liberal 6 miembros. Había dos independientes.

cuestión para el contitucionalista británico toca el decoro de un partido político que retiene control del poder efectivo en el caso en que sus direcciones y acciones no están ya de acuerdo con las del país en general.

Según la ley, el período de ese Parlamento hubiera vencido el año 1960. Legalmente, la reina tenía el poder de disolver el Parlamento antes, pero, por "convención", podía ejercer su derecho sólo según los consejos de su Primer Ministro. Es claro que este hecho deja al Primer Ministro como juez en causa propia. A pesar de los esfuerzos más enérgicos de la oposición parlamentaria, el Primer Ministro se negó a aconsejar a Su Majestad a disolver el Parlamento y permitir al pueblo tomar su decisión. ¿Por negarse a acceder a estas presiones actuó inconstitucionalmente el Primer Ministro o no? Es concebible que hubiese creído, sinceramente, que un mal gobierno conservador sería mejor para el interés nacional que un buen gobierno laborista. La posición personal del Primer Ministro ante su propio partido fue delicada en grado sumo y su retención personal del poder hizo descender a su partido del lugar de poder que ocupó. Esta dificultad constitucional fue resuelta por un quebranto de salud no previsto que causó la renuncia del Primer Ministro el 9 de Enero 1957.

Entonces, el partido se vio ante un dilema crítico. Perdió su líder en un momento de crisis y no tuvo a ningún sucesor obvio que naturalmente lo reemplazara. Además de las divisiones provocadas por la crisis nacional, surgieron los problemas de la sucesión, y, haberse enfrentado al electorado en tal estado hubiera conducido a una derrota casi segura en los comicios. En ese momento, dos candidatos postularon a la jefatura del partido, Mr. Richard Austen Butler, Ministro de Gobierno, y Mr. Harold MacMillan, Ministro de Hacienda. Los procesos tradicionales por los cuales el partido conservador escogió su líder fueron oscuros y secretos (21). Mr. Butler

---

(21) Vea, "British Political Parties", R.T. McKenzie, 2ª Edn., (1963), Heinemann, London, págs. 21 et seq. y la riqueza de citas en esto.



disfrutó del apoyo de una parte considerable del electorado que le atribuyó ideas más progresivas y moderadas que las de los demás de su partido. Por eso, un sector de su propio partido sospechó de él y se le opuso intensamente. El partido conservador Parlamentario, apoyado por la influyente opinión exterior consultada en estos casos, escogió a "Mr. MacMillan", de casi sesenta y tres años de edad, en preferencia a "Mr. Butler", de cincuenta y cuatro años y aquél fue Primer Ministro el 10 de Enero de 1957. En todo lo medido se ve que el interés del partido predominó desde el principio hasta el fin, y no obstante que los gobernantes pensaran que su conducta era más favorable al interés del país, la verdad es que el electorado no tuvo nunca la oportunidad de expresar su opinión.

La popularidad del gobierno y el partido conservador en general permaneció en un nivel bajo por todo el año 1957 y la inquietud pública fue aumentada por una medida que autorizó el alza de los alquileres, que fue resistida violentamente en ciertas partes del país. La situación inflacionaria por la que pasaba el país, que necesitó, por ejemplo, en Octubre 1957, el alza del tipo de interés bancario a 7%, el más alto nivel desde la guerra, también ocasionaba graves preocupaciones. A pesar del descontento, la oposición Parlamentaria no fue efectiva para desalojar este gobierno impopular que estaba siendo mantenido en el poder solamente por la superioridad numérica de su votación en el Parlamento. Si hubiese tenido la oportunidad de una elección general, es muy probable que el electorado hubiese expulsado al partido conservador del poder, pero la oposición no pudo llevarlo a expulsar el gobierno por otras medidas. No había ninguna acción industrial sólida que interrumpiese la vida económica del país; no había disturbios peligrosos que sugirieran al gobierno una revolución inminente. Por eso, la retención del poder por el partido conservador, juzgando por las apariencias de esta impopularidad evidente, fue justificada. El surgimiento de un líder popular que pudiese capturar la imaginación pública podría haber cambiado la situación entera. Entonces, se debe aceptar que es

constitucional que un partido se aferre al poder en estas circunstancias si las fuerzas opuestas a él no son bastante poderosas y activas para desorganizar las funciones aceptadas del gobierno parlamentario. En otras palabras, para traer, en efecto, al país al margen de la revolución. La incomodidad de esta "convención" y su funcionamiento como norma constitucional, aparece con claridad. Por los indicios, no es posible decir que la acción del gobierno para retener el poder en los primeros meses de 1957 fue "anticonstitucional"; pero, igualmente, es difícil escapar a la creencia que fue así. Más importante, en esas circunstancias, es que fue imposible dar efecto constitucional a esa creencia. Ningún mecanismo existía para probar tal suposición. Dejando de lado la aprensión de rebelión, el mecanismo constitucional permitió la mantención del partido en el poder.

Poco a poco el partido conservador pudo reparar su fortuna destrozada, al punto que, por el otoño de 1959, ayudado por un presupuesto favorable y engañoso en la primavera del mismo año, sintió bastante confianza para afrentar al electorado. Casi es una regla constitucional que el electorado tiene mala memoria. El error de Suez no estaba presente al tiempo de esta elección; la prosperidad aparente estaba en todas partes. Si la memoria política es corta, el caso de la memoria económica es diferente, y no fue difícil convencer otra vez al electorado de que un gobierno laborista significaría un regreso al racionamiento, restricciones tediosas, una baja de los niveles económicos y todos los infortunios que era supuesto traería la nacionalización. Por cierto, el partido conservador tomó como su lema una frase impresionante de su líder: "¡Nunca lo han tenido tan bueno!" En consecuencia, el partido tan bajo en la estima pública hacía sólo dos años, se ganó el poder por un tercer período y disminuyeron los miembros de la oposición laborista en el Parlamento (22).

---

(22) El partido conservador tuvo 366 miembros; el partido laborista 258 miembros; y el partido liberal 6 miembros.

Durante la primera parte de este período el partido conservador parecía estar muy de acuerdo, otra vez, con la voluntad general del electorado. El pueblo disfrutó más o menos, de un nivel de vida más alto que nunca antes, y un gran desencanto y divisiones doctrinales afectaron a la oposición. El partido laborista no pudo ofrecer al electorado una alternativa aceptable, ni podía romper el aura de miedo que tachó su política, una impresión fabricada con gran éxito por sus opositores. Además, no existía ninguna otra alternativa para el electorado, porque el sistema no está adaptado a la producción dinámica de nuevos partidos. Bastante pronto, sin embargo, las corrientes económicas echaron a correr nuevamente contra el gobierno. Los precios subieron rápidamente, y, en el verano de 1961, el gobierno fue obligado a tomar ciertas medidas, las que fueron realizadas de un modo arbitrario y desagradable. En consecuencia, el gobierno perdió mucho del apoyo teórico sobre el que su poder reposaba, pero sin afectar su derecho de gobernar.

Al comienzo del año 1963 gran parte del descontento fue dirigido, personalmente, hacia el líder del partido conservador, el Primer Ministro, "Mr. Harold MacMillan". La desilusión se extendió aun a su propio partido y se pensó que él debería dejar el lugar a un hombre más joven. El desinteresado observador extranjero se fijará en que esta cuestión de la jefatura de uno u otro de los grandes partidos británicos no se resuelve, en primer lugar, como una simple elección del mejor líder para el país, sino el mejor líder para el partido, es decir, el que tenga la mejor posibilidad de mantener su partido en el poder. Esta necesidad tiene consecuencias profundas en asuntos constitucionales. Ya vimos que en 1957 el partido mostró su preferencia hacia una persona como líder, mientras es más que probable que el electorado hubiera preferido a otra. Temprano, en el año 1963, comenzó una serie de incidentes que desalojaron al fin el aferramiento sólido sobre asuntos de estado que el partido conservador había mantenido desde 1951. En la primavera de 1963 circulaban rumores de una asociación

sórdida entre un ministro del gabinete y una mujer de vida airada. Por el verano de 1963 el gobierno enfrentó el escándalo que vino a ser llamado "El Asunto Profumo". Los hechos de este escándalo son desplegados brillantemente en el informe del gran juez inglés nombrado para investigarlos (23). Brevemente, fue descubierto que el hecho de la asociación fue verdadero, pero que la seguridad nacional no había sido puesta en peligro. Las cuestiones constitucionales que surgieron a causa de este asunto fueron de la mayor importancia. No obstante, en el caluroso ambiente provocado por el escándalo, como se expuso ciertos aspectos de la vida pública, la sustancia estuvo en peligro de ser desdeñada. El ministro denunciado, Mr. Profumo, tuvo la insolencia de mentir, directamente a la Cámara de los Comunes. Sin duda, en la antigüedad, habría sido procesado por el Parlamento y ajusticiado. El mintió, sin embargo, con el más amplio apoyo de sus colegas ministeriales y parlamentarios. Además, en el momento preciso, engañó a la Cámara estando el Primer Ministro sentado a su lado, aprobando manifiestamente sus palabras. Para el Primer Ministro el problema en este asunto fue bien claro. El Primer Ministro era jefe titular del servicio de inteligencia, pero pretendió que no sabía ciertos hechos con respecto a un colega íntimo, que aparecieron en la prensa hacía meses. No le hizo, personalmente, en ningún momento, preguntas en este asunto, y sus justificaciones de esta conducta no son convincentes. El electorado tuvo la opción de creer que el Primer Ministro mismo había sido completamente fraudulento y de intento pugnó por no mostrar los hechos al pueblo por mantenerse él y su partido en el poder, o, alternativamente, que fue ineficaz al punto de la idiotez. Poca gente, después de leer el informe de "Lord Denning", pudo hallar en ello mucho sobre qué basar otras opiniones más favorables.

En esa época es cierto que la popularidad del gobierno estuvo al más bajo nivel desde que el partido ganó el poder

---

(23) "The Denning Report", CMD/3152/65.

en 1951. A los ojos del pueblo el partido conservador estuvo infestado por la más grosera corrupción y el prestigio personal del Primer Ministro fue socavado incurablemente. Además, surgió en ese momento un líder de la oposición, nuevo y dinámico, quien, ganando la confianza del pueblo, estaba reparando con rapidez la fortuna de su partido (24). Sin embargo, el Primer Ministro no sufrió la ignominia de una derrota personal y también evitó su partido el obstáculo de su presencia en una elección general. La víspera de la reunión anual de su partido sufrió de repente una enfermedad, que lo hizo librarse de las cargas de su puesto, ante la sorpresa del país y de la mayor parte de su propio partido; la segunda vez que tal cosa sucedía a un Primer Ministro conservador en el espacio de pocos años. Otra vez, el partido estuvo sin líder, pero en esta ocasión, las circunstancias impusieron una selección al partido sin mucho tiempo para preparaciones. Otra vez, en un ambiente de gran emoción, Mr. Butler, el político de popularidad general, fue rechazado y, en su lugar, el partido escogió a Sir Alec Douglas Home (el "Earl of Home"), prefiriéndole aún a los otros aspirantes, Mr. Maudling o Mr. Hogg. Vemos que en esta oportunidad hubo al menos cuatro candidatos para el puesto de líder y, por consiguiente, Primer Ministro. Nadie fue elegido a su cargo por el pueblo, después de todo. El partido se aferró al poder legal precariamente y este Parlamento venció su período legal, con los conservadores llenos de esperanzas de que la corriente política se movería en su dirección. Sin embargo, no fue así y Sir Alec Douglas Home condujo su partido a la derrota en la elección general de Octubre 1964, aunque por un margen muy estrecho.

Las lecciones constitucionales son muchas y provienen enteramente de la actitud característica que tienen los ingleses ante estas "convenciones". La relación precedente señala aspectos en los que se puede decir que la retención del poder

---

(24) "Mr. Harold Wilson", el actual Primer Ministro.

por el gobierno era un abuso. Es claro que, en estas circunstancias, el régimen británico estuvo sin poder para funcionar en el interés nacional y los defectos en el sistema político hacen ineficaz la presión de esos artefactos fuera de la ley, las llamadas "convenciones". Hubiera sido necesaria casi una insurrección para desalojar del poder al partido conservador, tan fuerte era su intención de mantenerse en el gobierno. Por las mismas circunstancias, no hay causas válidas para creer que un gobierno del partido laborista obraría de una manera diferente. Constitucionalmente, el Primer Ministro puede escoger el momento en el cual el electorado debe expresar su voluntad, a menos que el Parlamento haya cumplido su período según la ley. No obstante, mediante su mayoría parlamentaria, el gobierno podría extender este período, y, por lo tanto, su período en el poder. Bajo la constitución británica, la verdad es que cualquier ejercicio del poder confiado al ejecutivo es constitucional a condición de que el electorado lo permita. Y, como se ve, según las evidencias de los últimos años, el electorado británico, en un clima económico favorable, soportaría mucho antes de prestar su apoyo para cambiar el centro del poder constitucional.

Es evidente, pues, que la parte más importante del derecho constitucional británico no es "derecho" en el sentido exacto. La constitución es meramente un juego de principios políticos sobre los cuales la ley, en el sentido de "Kelsen", se basa. Hay leyes de la constitución en el sentido más exacto de la palabra "ley", promulgaciones del Parlamento con respecto a poderes gubernamentales, libertades básicas, sufragio, etc., tal como se encuentra en cualquier constitución escrita. La diferencia esencial es que ninguna de estas leyes es fundamental e intocable; cada una está a merced del Parlamento y puede ser cambiada como cualquier otra (25). La verdadera dinámica está en las "convenciones" y la manera en que son obser-

---

(25) "Constitutional Law", Wade & Phillips, pág. 43.

vadas, rechazadas o cambiadas. ¿Sería "anticonstitucional", por ejemplo, que "Mr. Harold Wilson", el Primer Ministro actual, aboliera la monarquía y se convirtiera en Presidente? El dispone del poder legal para este propósito con tal que su mayoría parlamentaria lo permitiera. Necesita solamente un voto más que su oposición parlamentaria para poner legalmente en práctica este cambio de suma importancia. La única consideración que funcionaría como freno sería un astuto cálculo político que el pueblo no lo permitiría. Este es, en realidad, el único sistema de impedimentos y balanzas conocido por la constitución británica y la delicadeza de su equilibrio aparece solamente cuando se examine los esquemas de extremistas para hacer legalmente una alteración de la constitución (26). Lo que no es siempre bien entendido es que la constitución está cambiándose lentamente, en forma y contenido, sin cesar. Lo que se hubiera considerado "anticonstitucional" hace cincuenta años puede que sea hoy en día una probabilidad constitucional. En cincuenta y tantos años se ha visto una disminución constante de los poderes de la Cámara de los Lores y sin duda se verá la constitución de este proceso hasta que ese órgano haya sido abolido completamente (27). No hay nada sagrado, ni siquiera la soberanía del Parlamento mismo. Es probable que esta flexibilidad, este proceso silencioso de revolución ha dado a la Gran Bretaña la apariencia exterior de estabilidad política, que ha sido la envidia de otras naciones. Bajo la superficie el líquido está hirviendo y burbujeante, pero sin "tapa" en forma de una constitución escrita. La olla nunca rebalsa.

---

(26) Vea, por ejemplo, los esquemas propuestos en la década de 1930/40 por "Sir Stafford Cripp" y "Profesor Harold Laski", cuyas opiniones sobre la cuestión de reforma eran muy avanzadas.

(27) El preámbulo al "Parliament Act 1911" expresó la intención de reforma de la cámara alta. La cuestión ha vuelto a considerarse a causa de la conducta de la Cámara en este Parlamento. Vea, por ejemplo, las palabras de "Lord Gardiner" el Lord Canciller, laborista, reportadas en "The Times", (London), 15 Abril 1965.

*La Política Partidaria y la Constitución del siglo XX*

Los partidos no son nuevos en la política inglesa; seguramente se pueden hacer remontar sus orígenes más o menos a comienzos del siglo XVII, la época en la cual muchas instituciones modernas inglesas tuvieron su nacimiento (28). Pero la constitución británica moderna es producto de una política de carácter mucho más contemporáneo, siendo formada por el tipo de partido que apareció al fin del siglo pasado y siendo refinada por el partido desarrollado que dominaba la política durante el presente siglo. En el año 1832 se vio un cambio fundamental en el sistema electoral inglés. Los turbulentos años Victorianos añadían, poco a poco, sus pinceladas de democracia, mientras que cada partido político trataba de extender y fortificar su influencia, dando la votación a aquellos que imaginaron como fuente de poder para el futuro (29). Al llegar los primeros años del presente siglo, la votación para hombres adultos había sido establecida generalmente. Las mujeres esperaron hasta 1928 para lograr la igualdad en este aspecto. Desde 1949 la regla ha sido "Una persona, un voto", un derecho indiferente a requisitos de propiedad, y del cual sólo puede ser despojado un ciudadano mediante los debidos procesos legales. La extensión del derecho de votar es solicitada de vez en cuando. El derecho de votar es adquirido cuando el individuo es inscrito debidamente en el registro por primera vez después de lograr la edad de veintiún años por el funcionario correspondiente. Ha habido movimientos para reducir esta edad de votación a dieciocho años, pero ni uno ni otro de los grandes partidos que han disfrutado del poder tiene

- 
- (28) Veá, "The Rise of the Revolutionary Party in the English House of Commons, 1603-1629", (1957), Williams M. Mitchell.
- (29) Veá, "Derecho Constitucional Comparado", 2ª Edn., Manuel García Pelayo, (1951), (Revista de Occidente, S.A., Madrid), págs. 254-255. Veá, también, "El Régimen Constitucional Inglés", Sir W.I. Jennings (Fondo de Cultura Económica, México), (1943), págs. 17-18; "The English Voter", A.J. Allen, (1961), (English Universities Press), págs. 9-13.



bastante confianza en la ventaja para ellos de tomar este paso. Esto enseña nuevamente la importante lección constitucional de la política moderna de los partidos. Predominantemente, es el interés del partido el que gobierna la reforma constitucional y el funcionamiento de los mecanismos constitucionales.

El sistema moderno ha producido la política de dos partidos (30). Cualquier número de candidatos competentes puede ofrecerse para la elección en un distrito electoral, pero a cada elector le es permitido votar solamente por un candidato. El candidato en cada distrito electoral, (un sector geográfico establecido por la ley y determinado, entre otras consideraciones, por las de población) que recibe la mayoría de votos en su favor sale elegido, miembro del Parlamento para ese distrito. Una elección moderna es un asunto muy caro. El candidato independiente con habilidad y dedicación tiene, raramente, los fondos, pero no es este factor el que ha producido el sistema actual de partidos. Más y más el elector británico ha demostrado su preferencia por programas amplios que tratan de cuestiones contemporáneas en forma clara y definida. Es cierto que el moderno elector británico no ejerce sus derechos para votar haciéndolo por un individuo, cuyas ideas y personalidad le gustan y quien piensa sea buen representante en el Parlamento, sino que vota por un partido, la política del cual desea sea puesta en vigor. Entonces, el elector manifiesta generalmente, lealtad a un partido en vez de adhesión al candidato por quien vota y por eso el candidato ha venido a ser, dentro y fuera del Parlamento, dependiente de la máquina de su partido. Constitucionalmente, esto ha tenido efectos de gran alcance. Los partidos han estado divididos ampliamente con respecto a las principales cuestiones políticas, en tanto que sus programas son sustentados; pero un partido tratando de alcanzar el poder es muy diferente de un partido que tiene

---

(30) "El Régimen Constitucional Inglés", págs. 70 et seq. "The English Voter", págs. 28 et seq.

las responsabilidades del gobierno. Un partido pondría ante el electorado un programa para nacionalizar ciertas industrias si fuera elegido. Cuando obtenga el poder, sin embargo, el partido puede considerar que no está en el interés del partido o de la nación efectuar esa promesa electoral. En tal caso, el partido que gobierna no refleja ya la voluntad de las mismas personas que lo eligieron para el poder. ¿Se puede decir que esta conducta es "constitucional" o no? En el sentido más estricto, sí es constitucional, porque los Miembros de Parlamento no son delegados con responsabilidad limitada previamente, sino representantes con amplia discreción. No obstante, se puede decir en contra que sí es "anticonstitucional" porque la sanción máxima, es decir la desaprobación del electorado no puede efectuarse a menos que el gobierno haya fracasado en otras formas. El electorado puede haber sido engañado y lo acepta, y tal hecho disfraza la "anticonstitucionalidad". Uno puede pensar que tal electorado flojo merece su destino. Sin embargo, una constitución prudente debe proteger aún al más estúpido de la sofistería política. Más importante es el caso de un partido que hace cambios de grandes alcances sin previo aviso en su programa electoral del proyecto. Un partido que desea captar el apoyo popular no va a anunciar su intención de cobrar más contribuciones o que va a subir el costo de vida o bajar los acostumbrados niveles económicos. Sin embargo, muchas políticas proyectadas deben tener este efecto. En 1964, el gobierno laborista de la Gran Bretaña fue elegido para efectuar un programa que, en plan general, estaba definido con cuidado y que se puso ante el electorado en palabras claras. Muy pronto, el nuevo gobierno encontró ciertas dificultades en la industria de aviación que necesitaban de una acción no prevista en el programa electoral y que fue muy desagradable para numerosos partidarios ardientes. En particular, el partido laborista ganó un distrito electoral por muy pocos votos; y este distrito fue el más afectado por la decisión del gobierno. Es probable que el partido laborista no hubiera ganado dicho distrito si sus votantes hubieran sabido lo que iba a ser la

política del gobierno laborista en este asunto; y hay que recordar que el primer gobierno laborista se mantenía en el poder con una mayoría en la Cámara de los Comunes de sólo tres votos. De vez en cuando, cuestiones fundamentales pueden aparecer acerca de las cuales el gobierno deba actuar; particularmente en el campo de asuntos de relaciones exteriores. Muchas veces el gobierno no puede actuar en la forma como recomendaba cuando estaba en la oposición (31). En un caso extremo, el gobierno podría pedir al electorado un voto de confianza en su política; pero un gobierno no va a tomar este paso si existe cualquier posibilidad de derrota. Con mayor frecuencia el gobierno tomaría primero las medidas desagradables y después pediría confirmación de su política cuando hubiera surtido su efecto. Ilustraciones abundan en la historia reciente de la Gran Bretaña de tales tácticas. En realidad, una declaración amplia de propósitos políticos no dan al elector ninguna oportunidad de selección. Puede ser que apruebe, por ejemplo, la idea general de la nacionalización, pero se oponga a la nacionalización de una determinada industria. O que apruebe el seguro social, pero se oponga a la reglamentación de los alquileres. Un programa electoral se revela como un asunto de "tómelo o déjelo", y cuando un partido ha logrado el poder no está de ningún modo obligado a pedir opiniones al electorado sobre cualquier asunto. Un buen ejemplo de esto es la cuestión de la pena de muerte. Hasta 1957, las cortes podían imponer en caso de una persona encontrada culpable del crimen de asesinato, sólo el castigo de muerte por ahorcamiento. En los últimos años, el movimiento para abolir la pena de muerte ha sido muy activo y poderoso. Por consecuencia de la presión de este grupo, el gobierno laborista de 1945-1951 suspendió la pena de muerte por un período experimental de cinco años a partir de 1948. A pesar de que la suspensión de la pena de

---

(31) ¿Es posible que el gobierno presente recomendara la política actual en el caso de Vietnam si estuvieren en la oposición?

muerte era desagradable a un gran número de sus partidarios, el gobierno conservador mantuvo esta norma cuando el partido llegó al poder en 1951. No se renovó la suspensión en 1953, sino el gobierno nombró una comisión para investigar el problema. Después de esta investigación fue promulgada "The Homicide Act, 1957", una ley que estableció por primera vez dos categorías distintas; para una de ellas se retuvo la pena de muerte y para la otra se substituyó con la pena de cárcel de por vida. Esta ley nunca resultó satisfactoria por ser las categorías del concepto artificiales y arbitrarias (32). El partido laborista se comprometió a la abolición total de la pena de muerte y, en esto, tuvo en cierta medida, apoyo de individuos del partido conservador. Las encuestas han indicado que la mayor parte del electorado sigue en contra a la abolición total de la pena de muerte y nunca ha tenido la oportunidad de presentar sus opiniones en forma decisiva. La votación en el poder de un gobierno laborista no significó la aceptación total de su programa electoral, y la constitución británica no contiene ninguna provisión para un referendun ni siquiera en cosas de esta gravedad. El principio constitucional es que el gobierno dirige la opinión pública en esta clase de asuntos; así es que, en efecto, el pueblo obtiene lo que sus dirigentes consideran que es bueno para él, en vez de lo que piensa el electorado que desea (33).

Una consecuencia constitucional de gran importancia que resulta del sistema de dos partidos es la pérdida de indepen-

---

(32) Por el "Homicide Act, 1957" un asesino puede sufrir la pena de muerte por matar a una persona con un arma de fuego; pero no si cortara en pedazos a su víctima con un hacha o usara veneno o medidas como ahogamiento.

(33) Sobre este particular, el gobierno anticipó la resolución del Parlamento mismo al declarar, en efecto, que extendería a todos los asesinos el "Royal Prerogative of Mercy" (el resto del poder real para excusar delincuentes) con lo que ninguno sufriría la pena de muerte. ¿Puede decirse si esto no es "anticonstitucional"?

dencia de los miembros individualmente considerados. Actualmente, los miembros son esclavos del sistema de partido. El poder ejecutivo depende del apoyo constante de sus partidarios en el Parlamento para mantenerse. Se puede imaginar que estos miembros tendrían un control considerable sobre las acciones del gobierno en el caso, por ejemplo, de una desviación de la política aceptada del partido. En realidad, el gobierno tiene indiscutiblemente el dominio. Los parlamentarios votan con el gobierno, con excepción de la más extrema instancia, porque prefieren a su propio partido en el poder a la oposición. Un miembro individual tendría que examinar su conciencia muy atentamente antes de contribuir a la derrota de su propio partido por votar contra el gobierno. Su propia carrera política se pondría en peligro y, por eso, el gobierno puede constreñir a sus partidarios rebeldes. Además, en nuestra época, se ve un abuso serio de la doctrina teórica de la separación de los poderes, en virtud del número de Miembros del Parlamento que tienen a la vez cargos gubernamentales. En el Parlamento actual, casi cien miembros laboristas desempeñan papeles como ministros o funcionarios ministeriales. Entonces, no es sorprendente que la lealtad al partido y a su líder sea una característica tan importante de la constitución británica. Este hecho más que cualquier otro es responsable de las incursiones sobre la sagrada teoría de la soberanía del Parlamento. Estrictamente, el Parlamento, es decir la combinación de la Cámara de los Comunes, la Cámara de los Lores y el Monarca, es supremo, porque podría efectuar cualquier cambio de la ley. Se ha visto que la posición del monarca es puramente formal. Por independiente que sea la reina según la ley, las "convenciones" la obligan a autorizar las medidas que sus ministros le aconsejen sancionar, a condición de que hayan pasado por los debidos procesos parlamentarios. Se ha visto, también, que la Cámara de los Lores, disminuida por las "Parliament Acts 1911 y 1949", es solamente una cifra en esta asamblea soberana. Si no se sometiese a la voluntad de la cámara baja, es posible que perdiese completamente el resi-

duo de sus poderes (34). Por esto, es atrayente considerar a la Cámara de los Comunes misma, con sus 630 miembros, como el sitio real del poder, el soberano político verdadero y el centro dinámico de la nación. Pero esto sería olvidarse de la manera en que estos miembros se dividen por partidos y los resultados que trae este hecho. El poder ejecutivo domina la Cámara de los Comunes, porque domina a sus propios partidarios en esa Cámara. El partido político no tiene significado como órgano del estado en la constitución británica. En realidad, es el verdadero repositorio de la soberanía del Parlamento, esa "Grundnorm", o norma básica que es la misma primera piedra del régimen jurídico.

¿Qué debemos decir del tercer partido en la política británica? En el Parlamento elegido en Octubre de 1964, el partido liberal tenía 9 miembros y ganó un total de 3,093,316 votos por sus candidatos, comparado con 12,205,576 por el partido laborista y 12,002,407 por el partido conservador. Se nota, entonces, que la representación en la Cámara de los Comunes no refleja la medida de apoyo de que goza este partido en el pueblo. Es posible que un partido pueda ganar una mayoría de los escaños en la Cámara de los Comunes sin obtener, en la elección general, la mayoría de los votos emitidos (35). En el Parlamento que duró de Octubre 1964 hasta Mayo 1965, el partido liberal estaba en la posición incómoda de ser el equilibrio de poder entre los dos grandes partidos. Año tras año trata de persuadir, sin éxito, al electorado que su propia política es una alternativa viable. Su intervención en las elecciones ha hecho, generalmente, sólo que su candidato saque suficientes votos de uno de los grandes partidos para que gane con más facilidad su rival. El tercer partido ha sido una válvula útil

---

(34) Vea, Cita 26, encima.

(35) Como el partido conservador en la Elección General de 1951. En esa elección 13,724,418 votos fueron por los conservadores, quienes obtuvieron 321 miembros y 13,948,385 votos fueron por los laboristas, quienes obtuvieron 296 miembros.

de seguridad para los que se sienten desilusionados con los dos partidos principales. En último resultado constitucional, la presencia de un tercer partido es insignificante porque no puede ni apoyar ni oponerse efectivamente sin una pérdida de su propia identidad (36). El electorado gusta de tomar sus decisiones sobre la base de una política negra y blanca; lo difícil es decidirse por un matiz de gris. El electorado se ha acostumbrado, constitucionalmente, a elegir un gobierno en lugar de un parlamento y, por lo tanto, sólo puede escoger, efectivamente, entre dos partidos opuestos radicalmente. La constitución británica sigue manteniendo la ficción de que un elector escoge a un miembro individual para representar sus intereses en el Parlamento; aún la papeleta para votar contiene sólo los nombres de los candidatos y no el de los partidos a cuales pertenecen. En verdad, el elector vota por el partido que considera tiene los objetivos más cercanos a sus propias opiniones políticas. En la mayoría de los electores, éstas están formadas por consideraciones sociales, económicas y por herencia y son, virtualmente, inmutables. Por lo tanto, cada partido puede contar con un núcleo de apoyo sólido, calculando que si estos electores no votan por el partido que apoyan tradicionalmente, no votarán por ningún otro. El peligro real para cualquier partido es la apatía de sus partidarios tradicionales y actualmente el equilibrio político en Gran Bretaña es tan débil que sólo una pequeña oscilación es necesaria para causar un cambio del gobierno en una elección general. El llamado "elector flotante" es un poder significativo en cualquier elección general y así la máquina de partido está preocupada por los votos de esta parte del electorado (37). Al examinar asuntos de este tipo, el abogado especialista en derecho constitucional inglés

---

(36) Vea, "El Regimen Constitucional Inglés", pág. 77. Para otro punto de vista, "The English Voter", págs. 43-46. Vea, también, "The Electoral System in Britain 1918-1951", D.E. Butler, (Oxford, Clarendon Press), pág. 198.

(37) Vea, sin embargo, "The English Voter", pág. 235.

se halla en el mundo alarmante y desconocido del científico político. Es una tentación retirarse nuevamente dentro de los límites que la tradición ha decretado ser el campo del abogado constitucional. Pero, hacerlo es hacer imposible la comprensión del funcionamiento real de la constitución moderna, o, peor, de las mismas materias básicas de que consta.

### *La Constitución y el "Common Law"*

Las palabras "Common Law" están entre las más difíciles con las cuales puede encontrarse un abogado educado bajo otro sistema, ya que éstas son empleadas en muchos sentidos diferentes. Antes de considerar las relaciones entre la constitución británica y el "Common Law", es preciso examinar algunas de estas significaciones para establecer cuál es aplicable a este contexto.

En sentido original, el "Common Law" significó el cuerpo del derecho producido por las actividades de los primeros jueces Reales, quienes viajaban por el país aplicando normas consistentes y aceptables nacionalmente para el arreglo de controversias. De esta manera, tal cuerpo del derecho vino a ser "común" al país porque se aplicó a todo aquel que viniera ante los jueces del rey. En este sentido, la expresión "Common Law" se opone, sencillamente, a "costumbre", la cual es una norma, en este contexto, de origen puramente local y que tenía sólo una aplicación estrecha y particular. En este primer sentido, "Common Law" significó todo el derecho del país, a pesar del modo de su creación, siempre que éste tuviera la calidad de aplicación universal. Cuando, por ejemplo, un historiador del derecho habla que el "Common Law" se ha extendido por todo el país, significa el proceso de la propagación de estas normas del gobierno central mediante la actividad del poder judicial. Este estrecho empleo de la expresión "Common Law" no es frecuente en esta época. Sin embargo, es del aspecto dinámico y creador contenido en esta definición que proviene el segundo uso más usual en nuestra época.



Cuando se usa la expresión "Common Law", el abogado moderno quiere decir, generalmente, que esa porción de la ley es producto de las actividades de los jueces de las cortes superiores y que se la encuentra en la jurisprudencia judicial. Este significado contrasta con la "legislación", que es una actividad consciente en la elaboración de derecho por un órgano o asamblea encargado para la tarea por la constitución. Es una cuestión jurídica muy controvertida, que no ha de examinarse aquí, si los jueces, cumpliendo sus funciones crean el derecho o hacen nada más que una declaración de tal derecho que se revela de una consideración de las fuentes examinadas en el transcurso del litigio (38). Cualquiera que sea la posición verdadera según la teoría jurídica es cierto que las relaciones de las resoluciones de los jueces de los tribunales superiores constituyen una mayor fuente del derecho y las normas producidas por ellos mismos son determinadas por un proceso de análisis del contenido de las resoluciones que es muy técnico (39). Esta actividad misma no produce un cuerpo de derecho, pero la causa directa es la doctrina del precedente judicial. Antiguamente, los jueces del rey tenían una amplia autoridad, no sólo en asuntos procesales, sino también en el derecho substantivo. Eran árbitros exclusivos, no solamente de la forma en que un caso particular era probado, sino, en muchos casos, si una causa llevada ante la corte, ésta podía negarle el paso por no seguir las normas fijadas por ella. Los jueces vinieron a formular el contenido del derecho y crearon las características de los conceptos empleados en los tribunales. En una situación donde relativamente pocas normas están contenidas en obras permanentes el juez tiene una amplia discreción en su elección, y el empleo de una conducta regular hacia litigantes es esencial para obtener una noción satisfactoria de justicia. Por esta razón, la igualdad entre litigantes

---

(38) Vea, "Introduction to Jurisprudence", Dennis Lloyd, (1959), (Stevens, London), págs. 359 et seq.

(39) Vea, "Introduction to Jurisprudence", págs. 414 et seq.

era mantenida, atentamente, por los primeros miembros de la abogacía, aplicándose a la presentación de causas en las cortes. Rogaban a los jueces que trataran de una manera semejante esas causas que tenían características iguales, y así surgió el sistema de precedentes que implicaba simplemente que una vez decidido un asunto, les convenía a los jueces resolver lo mismo en juicios siguientes. Cuando se hubo desarrollado el régimen jurídico y estaba bien establecida la jerarquía de las cortes, esta doctrina se refinó, llegando a ser "La doctrina de precedente obligatorio" por la cual los jueces de las cortes inferiores eran obligados a seguir las normas dictadas por las cortes superiores, todas las veces que una controversia de tipo igual se presentaba para su decisión. La determinación de estas normas obligatorias, que es la tarea más complicada y técnica de los abogados ingleses, es, quizás, la más confusa a abogados educados en otros sistemas y la fuente principal de las creencias que hay algo de extraño y misterioso con respecto al "Common Law". En realidad, no hay nada de eso. Solamente las fuentes del juez del "Common Law", las cuales debe examinar para ver qué normas deban aplicarse y la técnica, que se emplea en tal investigación, difieren de las de los jueces de otros sistemas (40). La diferencia esencial se encuentra en esto. Las decisiones anteriores de los jueces del "Common Law" no son simplemente actos administrativos para arreglar una controversia entre dos litigantes; sino que incorporan principios de derecho, los cuales son importantes para resolver controversias futuras. El método de su extracción es muy distinto y técnico. Pero esto no presenta dificultades para el abogado de un sistema diferente al "Common Law" cuando se ha fijado en la diferencia esencial, porque no tiene que practicar

---

(40) Compárese el método del juez francés, como ilustrado por A.P. Sereni, citado "Introduction to Jurisprudence", pág. 411. Vea, también, "Review of Administrative Acts", Armin Uhler, (1942), (Callaghan, Chicago).

estas técnicas esotéricas; sus fuentes de derecho son distintas y su empleo exige mecanismos de otro tipo.

Más específicamente, el abogado inglés usa la expresión "Common Law" para distinguir un determinado cuerpo de reglas, recursos y procedimientos de la legislación o de la jurisprudencia, de otro cuerpo de normas que coexiste con éste. Este segundo cuerpo se ha llamado la "Equity". Este deriva de circunstancias comunes a todo sistema legal que se va desarrollando (41). En los primeros días de la evolución del "Common Law", en el primer sentido usado precedentemente, los jueces del rey deseaban suplantar todas las jurisdicciones locales y con este fin trataban de llevar todas las causas posibles dentro de su propia jurisdicción. La situación política inglesa de mediados del siglo XIII impidió a la expansión universal del sistema de justicia real y las medidas por las cuales hubiera podido crecer fueron frustradas. Hay que recordar que, en aquella época, el sistema legal inglés no tenía ningún órgano legislativo efectivo que hubiera podido llenar estos vacíos en la ley. La parte procesal del derecho inglés llegó a ser inflexible y muchos litigantes se encontraban impedidos de presentar sus demandas porque no existía la fórmula apropiada para llevarlas ante los jueces. El ambiente político de la época no favorecía la evolución de recursos nuevos para reparar este defecto en la administración de justicia. En consecuencia, el crecimiento del derecho substantivo se frustraba y los litigantes no podían obtener justicia. En esta situación, algunos litigantes, en la forma más sumisa e irregular, empezaron a apelar al Rey, a veces por medio de sus jueces, integrantes de un gran y temible tribunal llamado "The General Eyre", y después, cuando esta institución dejó de existir se dirigían directamente al Rey y a su consejo. La "Equity" empezó como la concesión de recursos extraordinarios en causas especiales no

---

(41) Vea, "Ancient Law", H.S. Maine, y, también, "Law in the Making", págs. 358 et seq.

previstas por la ley, es decir el "Common Law". Al fin, el número de estas solicitudes vino a ser tan grande que el Rey delegó la tarea de considerarlas en el Canciller, quien actuaba en su lugar con el consejo. En aquella época, el Canciller era un funcionario muy poderoso. Era Primer Ministro del Estado, en la misma relación, más o menos, al Rey, que el Primer Ministro moderno. También, era jefe de uno de los más importantes departamentos del Estado, la Cancillería, los oficiales de la cual expedían los requisitos indispensables para iniciar los procedimientos del "Common Law". Además, el canciller era un eclesiástico, muy a menudo arzobispo, y el confesor personal del Rey. La teoría jurídica confirió al Rey el título de "la fuente de la justicia" y el Canciller tenía el cargo de asegurar que las aguas fuesen siempre puras y que no hubiese impedimentos a aquellos que acudían a la fuente. El Canciller, siendo eclesiástico, tenía la ventaja de una educación en el derecho romano y en el derecho canónico, sistemas desarrollados en que las dificultades encontradas por el "Common Law" fueron ya solucionadas. Por largo tiempo, el Canciller ejercía este residuo de la gracia real como cosa excepcional, en acuerdo íntimo con el Rey mismo o algunos de los grandes consejeros del Estado. Poco a poco, como en el caso de los tribunales reales más antiguos, esta jurisdicción adquirió un carácter menos excepcional y, hacia 1478 se ve al Canciller conociendo de estas causas de manera semejante a las otras cortes reales. Solamente los procedimientos y materias eran diferentes (42).

En estos primeros días, la "Equity", como empezó a llamarse este nuevo sistema de normas, adquirió sin dificultad una jurisdicción en asuntos en que las cortes reales más antiguas no podían entender a causa de sus defectos procesales.

---

(42) Vea, "The Constitutional History of England", F.W. Maitland, (1950), (Cambridge University Press), pág. 221. "The History of English Law": Sir W.S. Holdsworth, Tom. I, págs. 395 et seq.

Sin embargo, en los siglos XIII, XIV y XV fueron muy competidores. En aquella época en la cual todas las personas, jueces y funcionarios menores no recibían salarios fijos sino honorarios (43), las consideraciones económicas tenían una influencia considerable sobre la jurisprudencia y el régimen jurídico en general. Cada corte empezó a aumentar su propia jurisdicción y defenderla contra las otras. El alcance de la jurisdicción determinaba los ingresos de los jueces y su influencia en la jerarquía judicial. Este proceso fomentó la lucha entre los sistemas rivales del "Common Law" y la "Equity", cada cual tenía en dicha época sus propias reglas, recursos y distintos procedimientos. Se perdió la idea original de la "Equity" como suplemento extraordinario de las imperfecciones del "Common Law". Una paz inquieta fue restaurada en el siglo XVI con la designación, por primera vez, de Cancilleres quienes no fueron eclesiásticos, sino abogados del "Common Law". Estos trataron de restablecer la "Equity" en su primitivo concepto como una glosa o refinamiento del "Common Law". En aquella gran era de gobierno administrativo inglés, los dos sistemas eran capaces de una coexistencia tranquila, pero en las luchas constitucionales del siglo siguiente volvió nuevamente el conflicto. El triunfo del Parlamento en la Guerra Civil dio la victoria al "Common Law", lo cual en dicha época se consideraba como sinónimo de las normas aplicadas en las cortes regulares del "Common Law" en oposición a las cortes excepcionales, "Prerogativas" en que se suponía que la justicia era administrada arbitrariamente, contaminada con los abusos del poder real sin restricción. Es significativo que la "Corte de Cancillería" como se llamaba este tribunal de la "Equity" no fue abolida en las reformas constitucionales de 1641 y desde aquella fecha hasta la gran reforma del sistema judicial inglés por los "Judicature Acts 1873-75", sucesivos Cancilleres perfeccionaban y regularizaban el siste-

---

(43) Vea, "The History of English Law", Tom. I, págs. 252 et seq.

ma de la "Equity" hasta que vino a ser sencillamente otro cuerpo de reglas, recursos y procedimientos aprovechables por los litigantes en ciertas causas a las cuales las cortes del "Common Law" de la época no podían dar una solución. Los "Judicature Acts" no abolieron las distinciones técnicas y substantivas entre los dos sistemas. Desde el tiempo de estas leyes, los dos cuerpos de normas han sido aplicables según sea apropiado, en el mismo proceso, por los mismos jueces, en las mismas cortes. Actualmente, por lo tanto, cuando un abogado inglés habla del "Common Law" en este contexto, significa estos asuntos, los cuales antes de 1873 se pleitaban en las cortes del "Common Law" de la época comparado con la "Equity", es decir, los pleitos que sólo pertenecían a la jurisdicción de "La Alta Corte de Cancillería" (44).

En su sentido final, el abogado inglés emplea el término "Common Law" para distinguir su propio sistema, con todas sus inherentes peculiaridades, de todos los otros sistemas del derecho, con excepción de los que han sido derivados de él. Esto no es un tratamiento nuevo, pero tiene sus raíces en las comparaciones que el jurista inglés de la Edad Media tenía que hacer, entre su propio sistema y el de los Canonistas y Romanistas. En este sentido, el término "Common Law" es completamente comprensivo. No hace distinciones finas entre legislación, jurisprudencia y costumbres dentro del sistema mismo; comprende todo lo que es producto del sistema jurídico inglés de cualquier fuente a que se remonte. Este es el sentido usual con que lo entienden los abogados de otros sistemas, es decir, como la designación de un sistema diferente, estructuralmente, en carácter y substancia de los suyos. Algunas veces las confusiones aparecen con respecto a su carácter a causa de la importancia que se da a ciertas características, como la doctrina del precedente judicial. Se supone que el "Common Law", en gran parte, consta de inciertas reglas he-

---

(44) "The Constitutional History of England", págs. 470-472.

chas caprichosamente por los jueces, contratadas con la relativa seguridad de las normas planteadas en los códigos rígidos de otros sistemas. Es evidente, después de un estudio crítico, que las diferencias esenciales entre las dos clases de sistemas no se encuentran, sencillamente, en esta característica. En verdad, el sistema moderno del "Common Law" reglamenta las vidas de los ciudadanos y habitantes de la Gran Bretaña de manera no muy distinta de las de otros países que no tienen el "Common Law". "El derecho en actividad" rige igual. Este último sentido es en el que la expresión se emplea en este artículo con relación al estudio de derecho constitucional.

Un Estado, en el sentido físico, comprende un área territorial definida además de personas que ocupan la esfera dentro de la cual su sistema jurídico tiene efecto. El derecho puede definirse como un orden de conducta humana, distinguido por una técnica específica. En el sentido de Kelsen, un Estado y sus sistema de derecho, son, virtualmente, sinónimos (45). Esta tesis tiene relevancia particular para una comprensión de la constitución británica. En sistemas que disfrutan de una constitución escrita, las teorías políticas fundamentales en referencia a las cuales se prueba la validez de todo el sistema legal, son destiladas o cristalizadas y luego colocadas en un documento singular. Hay, sin embargo, solamente un sistema legal, del cual la constitución forma, integralmente, una parte, aunque sea más alta o superior. Consideradas como derecho, en el sentido empleado por "Kelsen", ambas son indivisibles en características. Es sencillamente que la constitución precede a la otra parte en la serie graduada de normas. Sin embargo, en tales sistemas, los principios básicos sobre los cuales depende la validez de la constitución y todas las partes del régimen jurídico, son extra-legales, porque su misma naturaleza impide que sean incluidas dentro del sistema legal, en el

---

(45) Vea, "La Teoría Pura del Derecho", Hans Kelsen, (1941), (Editorial Losada, Buenos Aires), págs. 147 et seq. Compare, "La Filosofía del Derecho", págs. 347 et seq.

sentido en que esta expresión se emplea en la "Teoría Pura del Derecho" (46). No es extraordinario, pues, descubrir que los principios sobre los cuales se hace efectiva la constitución británica, no son, tampoco, parte de la constitución. Asimismo, sus características precluyen tal posibilidad. El carácter especial de la constitución británica es esto. El procedimiento que se ha aplicado a los sistemas normativos de otros países, en el cual ciertos aspectos de sus regímenes se han cristalizado para poner estas normas fundamentales en su sitio lógico dentro del orden jurídico, es decir, en primer lugar de la serie de normas, no ha sido puesto en efecto en el sistema británico. No hay ninguna razón legal, política o jurídica para esta omisión (47), y, de vez en cuando, tales ideas han sido debatidas. Los británicos siguen careciendo de una constitución escrita, sencillamente porque aún no tienen ningún "Hércules" dotado por los dioses con el poder y la sagacidad para "limpiar los establos".

El "Common Law", pues, abarca lo que es la constitución británica, porque, dentro de cada faceta y principio de él, están enclavados los principios fundamentales que han sido extraídos con cuidado y puestos orgullosamente a un lado por otros sistemas. Esto, quizás, está más allá de lo que alguno quisiera viajar, pero la excursión es un producto natural de una visión "Kelseniana" de la constitución británica. Además, se puede sostener que para un entendimiento verdadero de la constitución británica en acción en vez de en reposo, uno tiene que alejarse aún más lejos aventurándose nuevamente dentro del desierto sin camino del cientista político: una experiencia terrible, ésta, para el simple abogado inglés. Cada sistema de derecho en el sentido de "Kelsen" es completo en sí mismo; procede de una norma básica de la cual fluyen todas las otras normas vigentes, en una serie ilimitada en teoría, pero, prác-

---

(46) "La Teoría Pura del Derecho", págs. 94 et seq.

(47) Vea, por ejemplo, "The Pollock-Holmes Letters", Tom. I, pág. 160.



ticamente de una cantidad finita. Si es perfecto, cada sistema coronado con una constitución escrita debe contener dentro del mismo el mecanismo para asegurar la validez de sus normas, un tipo de "control de calidad" intrínseco. Cada sistema contiene, también, algún mecanismo limitado para ajustarse y adaptarse a los cambios de dirección de carácter extra-legal (48). Cualquier cambio más radical tiene que ocasionar, forzosamente, la destrucción completa del régimen jurídico y la reorientación del pensamiento legal. Sin embargo, tal caso es de un carácter cataclísmico y tan evidente que es imposible dejar de notar el cambio. La norma básica ("Grundnorm" de "Kelsen"), la selección de la cual está influenciada por factores fuera del régimen legal, entra en acción para producir todas las demás normas que son lógicamente, pertinentes según sus criterios o se renuevan las normas antiguas si éstas están en conflicto con ella (49). Este incidente no puede ser ocultado o falsificado; es la afirmación por los presupuestos poderes extra-legales, de su capacidad de engendrar o crear nuevas normas básicas, de renovar o modificar las antiguas. Este es el estado de revolución abierta que experimentan todos los países cuya norma básica tiene que renovarse conforme con la factibilidad de su historia. En el sistema británico, al contrario, la revolución es silenciosa y muy a menudo sin ser notada hasta mucho tiempo después que se realizó. Una gran cantidad de las normas de conducta, las cuales son normas legales en el sentido de "Kelsen" en otros sistemas, se encuentran como extra-legales en el régimen constitucional del "Common Law". A primera vista ésta parece ser una contradicción, pero presenta con deferencia cuál es la explicación verdadera de las complejidades extraordinarias del derecho constitucional británico. El derecho, propiamente dicho, y la

---

(48) Vea, "La Constitución Política del Perú", promulgada el 9 de Abril de 1933, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, (1964), Título XV, Artículo 236.

(49) "Teoría General del Estado", págs. 23-24.

teoría política han venido a ser embrollados intrincadamente. Un sistema con constitución escrita tiene, por decirlo así, una declaración concisa de su teoría política predominante transmutada o convertida en normas legales fundamentales. Este proceso no trae dentro del sistema legal las cosas que por su naturaleza no pueden pertenecer a él, pero el contenido jurídico suele ser mucho más ordenado como consecuencia. El constitucionalista británico, en cambio, no tienen ningún repositorio conveniente para sus materias, y, por consiguiente, tiene que explorar todas las partes del "Common Law" para los elementos de su especialidad. Sin embargo, aún cuando reuniera todas sus normas legales y extra-legales, no podría estar seguro exactamente cómo se aplican estas reglas en cualquier momento en la historia constitucional de su país. Esta dificultad no carece de ilustraciones. Se acepta, en general, que la propiedad privada o su negación es uno de los conceptos fundamentales para cualquier sistema legal. Se ve que países con creencias políticas en la santidad de la propiedad privada incorporan tal regla en sus constituciones escritas (50), mientras los demás que tienen la creencia opuesta incorporan una norma de negación (51). El abogado típico inglés quedaría atónito, probablemente, al oír que las materias complicadas que él estudia como "derecho de propiedad real" y "derecho de propiedad personal" tuvieran relevancia para el estudio de tal materia separada y distinta que está acostumbrado a estudiar como "Derecho Constitucional". Una inspección superficial del contenido normativo de cada materia pareciera justificar su sorpresa. Un abogado de América Latina o de los Estados Unidos de Norte América quedaría, sin duda, menos sorprendido respecto a esto. La constitución de Chile de 1925, como dice Don Alejandro Silva Bascuñán, "ase-

---

(50) Veá, por ejemplo, "La Constitución Política del Perú", Título II, artículo 29. Veá, también, "The Constitution of the United States", David K. Watson, (1910), Callaghan, Chicago, Tom. II, pág. 1458.

(51) Veá, "Derecho Constitucional Soviético", pág. 173, S.V. Linares Q., (1947), Editorial Claridad, Buenos Aires.

gura la inviolabilidad del derecho de dominio sobre las cosas de la más diversa índole". El artículo 29 (52) de la carta constitucional del Perú de 1933 contiene una declaración fundamental de pensamiento político y, también, de significación normativa legal con respecto a la propiedad privada. La Quinta Enmienda de la constitución de los Estados Unidos de Norte América contiene una declaración semejante (53). Por comparación, es interesante leer el Artículo 17 del reciente Boletín de derechos humanos en la Gran Bretaña (54), el cual es un resumen conciso del derecho inglés con respecto a la propiedad privada. En este asunto, como otros, se ve que el derecho de propiedad privada, está completamente a merced del Parlamento. Lo cual implica, en realidad, como se ha visto, que está a merced de la junta pequeña que controla el partido político que tenga en tal época el poder de gobernar los asuntos de la nación. Mientras la santidad de la propiedad privada ha sido siempre una primera piedra de la tradicional política conservadora, aun este partido, en los últimos años, ha tenido que utilizar la doctrina contraria hasta un punto considerable. Por otro lado, el partido laborista se ha dedicado abiertamente a la política de nacionalización de una variedad amplia de propiedad, la cual está en el presente en manos privadas. No hay nada en nuestra constitución que impida quitar la propiedad privada mediante una ley aún sin compensarlos. Podría producirse un clamor político, pero el punto de vista jurídico nadie podría decir que el paso no es regular. ¿Pero sería tal cosa "anticonstitucional"? ¿Cortaría a través de algunos de los hilos de la urdiambre del pensamiento político que de manera extra-legal gobierna en verdad la creación y ejecución de las normas "constitucionales"? La respuesta dada por la

---

(52) "Revista de Jurisprudencia Peruana", (1964), pág. 7. "Tratado de Derecho Constitucional", Alejandro Silva Bascuñán, Tom. III, pág. 278, (1963), Editorial Jurídica de Chile.

(53) "The Constitution of the United States", Watson, Tom. II, pág. 1431.

(54) "Los Derechos Humanos en Gran Bretaña", C.O.I. R/5625/S.P., pág. 17.

constitución británica moderna parecería ser que a condición de que el gobierno disfrute de una mayoría, por pequeña que sea, en el Parlamento (prácticamente, en la Cámara de los Comunes) y usase éste para promulgar una ley de expropiación, tal ley no solamente legal, propiamente dicha, sino también "constitucional", a menos que la presión de la opinión pública fuera tan fuerte que hiciera posible desviar al gobierno de manera extra-legal. Esto es decir que solamente una revolución o el temor a una inmediata revolución sería suficiente para hacer "anticonstitucional" un acto de un gobierno británico apoyado por la mayoría parlamentaria necesaria. Es claro que los gobiernos conducen sus asuntos a fin de evitar tales extremos y los gobiernos británicos han tenido muchos éxitos en este respecto. Sin embargo, la existencia de tal posibilidad hace muy elástica, en verdad, la constitución y mientras los fundamentos expresados en forma cristalizada pueden destrozarse y hundirse con tal tratamiento, bajo el régimen británico pueden ensancharse y aceptarse, fácilmente, cambios para los cuales no estuvieron destinados. Es así que por un simple cambio de lealtad política, la constitución británica se exponga a la posibilidad de traspaso de un sistema establecido para sostener derechos de propiedad feudal, a un sistema destinado a la socialización o nacionalización de toda la propiedad privada. Todo esto puede lograrse sin el más pequeño cambio de forma externa. No hablamos del "Referendum", ni tampoco de la mayoría especial; el cambio más fundamental puede efectuarse por medio de una ley ordinaria y el que domina la legislatura puede promulgar lo que quiera constitucionalmente.

¿Qué dice el "Common Law" respecto a estos vientos de cambio que soplan de vez en cuando en los polvorientos corredores de la constitución británica? ¿Quizás "Nuestra Señora" (55) de algún modo divino, por medio de sus "acólitos",

---

(55) Un modo de discurso de reverencia común entre abogados de Inglaterra y Norte América. Vea, por ejemplo, "The Pollock-Holmes Letters".

los jueces, sea protectora de los derechos y libertades más altos que aunque sin forma todavía deben ser considerados como algo sagrado e inmutable? Hay gente que aún tiene esta visión del "Derecho Natural" de la constitución británica. En realidad, es muy difícil de sostener (56). No hay principios básicos del "Common Law", normas primitivas y superiores, en cualquier sentido, que puedan dominar o negar el efecto constitucional a una ley parlamentaria. La verdadera norma básica es esto mismo, el que es reconocida, indiscutiblemente, por los tribunales más altos del país (57). El "Common Law" contiene dentro de su cuerpo en un lugar u otro, los medios para resolver todos los problemas jurídicos con los cuales se ve confrontado, pero no pretende tener las respuestas que corresponden al cientista político. Muchos problemas, con los cuales está confrontado el constitucionalista británico, no son problemas del "Common Law" de ninguna manera y este sistema jurídico no puede proporcionar las respuestas. Hasta el presente ha habido cierta repugnancia a reconocer que gran parte del "Common Law" de "estilo antiguo" tenía mezclada con sus normas castizas, más de su cuota de ciencia política pura. Más que cualquier otro factor, una apreciación de este hecho, es la llave de un entendimiento de las diversas significaciones de la expresión "Common Law" y su relación con la constitución británica.

### *La Constitución, los Jueces y la Abogacía*

Siempre el poder judicial es difícil de definir. Parece que por esta razón la constitución de los Estados Unidos de Norte América no ofrece ninguna definición rígida (58). Mientras,

---

(56) Vea las palabras de "Viscount Kilmuir", Lord Canciller conservador en esa época a "The American Bar Association" en la ocasión de su visita a Londres: "The Times", (London), Julio 25, 1957.

(57) "Law in the Making", págs. 421 et seq.

(58) "The Constitution of the United States", Watson, Tom. II, pág. 1084.

en épocas modernas, la vaguedad misma del concepto ha presentado dificultades considerables en el derecho constitucional y administrativo británico (59). Otras cartas constitucionales de América Latina, al prescribir muchos preceptos para el ejercicio del poder judicial, no definen tampoco el concepto del poder judicial. Si se acepta que una función importante de cualquier sistema de derecho es el arreglo de controversias y el asegurar la existencia de un orden para la comunidad, es claro que son los jueces a quienes el Estado confía estas tareas, aunque otras funciones sean anexadas incidentalmente al cargo del juez. Los principales problemas constitucionales para un estudiante del sistema británico tocan al carácter y límites de la función judicial y el alcance de la clase de personas que debe ser incluida en la judicatura.

Por mucho tiempo, los ingleses han estado demasiado satisfechos con la administración de justicia. La tarea del juez es difícil en alto grado, lo que no se aprecia, generalmente por el público laico o la profesión lega (60). Hay una diferencia fundamental y notable entre el régimen inglés y el sistema jurídico francés en sus actitudes respecto a la judicatura (61). Para los franceses, la judicatura ofrece una carrera a la cual el candidato competente se lanza en sus grados bajos al ser, comparativamente, joven. Por medio de su habilidad y experiencia en esta rama del gobierno se eleva hacia los más altos grados de la profesión judicial. La carrera de juez está virtualmente completa dentro de su propia estructura, y es muy distinta de la que practican los abogados quienes procesan o de-

---

(59) "Constitutional Law", Wade & Philips, pág. 592.

(60) Veá, "La Abogacía", Dr. Mario Alzamora Valdez, *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Año XXVII, N° 1, (1963), págs. 124-126. Veá, también, "The Nature of the Judicial Process", Benjamin Cardozo, (1921), Yale University Press.

(61) Veá, "Constitutionalism and the Judiciary in France", Jerome B. King, *Political Science Quarterly*, (Columbia University), Vol. LXXX, (Marzo, 1965), N° 1, págs. 62 et seq., 167 et seq.

fienden los litigios ante las cortes superiores. En Inglaterra, en cambio, los jueces de las cortes superiores, al menos llegan a sus puestos después de una carrera de muchos años como abogados ejerciendo ante estas mismas cortes. En general, en tanto más éxitos tiene el hombre del derecho como abogado, es más alta la posibilidad de que obtengan un puesto judicial, menor y de unas cuantas horas al principio y, posteriormente, una designación como juez de una u otra de las cortes superiores. De este modo un individuo puede pasar veinticinco años o más en actividades muy parcializadas y al nombrársele juez se le exige asumir de un día para otro el nuevo estado ideal de imparcialidad judicial. Es esperar muchísimo del ser humano. Sin embargo, es este aspecto el que parece causar en general menos preocupación. Es menos un tributo al sistema y más un tributo a los caracteres de los individuos que han adornado el sillón judicial inglés que, al menos, en los últimos años, el paso de los abogados a jueces haya sido producido tan satisfactoriamente. En el campo estrecho de los estudios constitucionales lo que causa mayor preocupación es la posibilidad de que los jueces pudiesen ser designados para razones de la parcialidad política. Se debe admitir, francamente, que se ha hecho muy poca investigación sobre este asunto, porque las líneas vitales se hallan obstruidas por un refinado sentido de lo que se considera decoro. El difunto Profesor "Harold Laski" calculó, sin embargo, que de los 139 jueces nombrados en las cortes superiores entre 1832 y 1906, 80 fueron miembros del Parlamento al tiempo de sus nombramientos y, además, 63 de éstos fueron miembros del partido que estaba en el poder en la época en la que sus designaciones fueron hechas (62). Los jueces de la corte superior (la llamada "High Court of Justice") son nombrados por recomenda-

---

(62) Vea, "The Machinery of Justice in England", Dr. R.M. Jackson, (1953), 2ª Edn. (Cambridge University Press), pág. 227.

ción del Lord Canciller (63), quien consulta algunas veces al Primer Ministro, los jueces de la Corte de Apelaciones y la Cámara de los Lores (en cumplimiento de sus funciones judiciales) son nombrados por el Primer Ministro, quien consulta, entre otros, al Lord Canciller. En nuestros días, el Lord Canciller es alguien que se ha destacado en la carrera de abogado y, a menudo, con experiencia en la carrera judicial. Con todo es un político y miembro importante del grupo clave del gobierno, el gabinete, y, además, ejemplo notable del grado en que los poderes gubernamentales están mezclados en algunos sectores de este régimen político. En realidad, la garantía contra un nombramiento de extremo carácter partidario es típicamente inglés y de gran informalidad, es decir, las sutiles presiones de la opinión pública y profesional dirigidas por caminos ocultos e irregulares (64). En nuestros días, pocos nombramientos a los tribunales superiores se hacen en un ambiente de política abierta, pero no se puede decir lo mismo del puesto de "Lord Chief Justice", el que ha sido afectado por consideraciones políticas, aun en los últimos años (65). Ha habido

---

(63) No hay Ministro de Justicia en la Gran Bretaña y el Lord Canciller tiene muchas de las funciones que se confían por otros sistemas a tal ministro. Debido al carácter de muchos de los cargos del Lord Canciller sería mejor, en el futuro, considerar el nombramiento de una persona que no sea abogado a este puesto.

(64) Vea, la conferencia informativa sobre "The Lord Chancellor's Office", Sir George Coldstream, Secretario Permanente, Noviembre 13, 1961, reportada en Nº 55, Graya, Easter 1962.

(65) Aquellos que están acostumbrados tradicionalmente a conceptos ideales de la independencia de la judicatura moderna inglesa, pueden recibir un vigoroso choque por la cita siguiente de un discurso del Lord Canciller actual. Es notable que a pesar del carácter del debate en que ocurrió, no se informó que alguna contradicción se presentase por sus antagonistas políticos. Dijo que "todos saben que antes de la guerra, de vez en cuando, algunas personas fueron nombradas jueces de la Corte Superior, no porque su dignidad o carrera lo demandase, sino porque se portaron y votaron durante mucho tiempo en la Cámara de los Comunes en cierto modo". "The Times", (London), Abril 15, 1965.



períodos durante el presente siglo en que las actitudes judiciales han engendrado profundas sospechas en los partidos izquierdistas. Tal sospecha no está erradicada, enteramente, al presente (66). Por mucho tiempo la independencia de la judicatura ha sido una doctrina fundamental de la constitución británica. Los ingleses se han sentido orgullosos que sus jueces fueran, sin miedo, como un baluarte entre el pueblo y las usurpaciones del Ejecutivo; que ésta no es enteramente una impresión laica está probado por un examen de los escritos de algunos de los jueces mismos. Sin duda, ha habido algunos jueces que han sostenido con mucho valor contra fuerzas superiores los principios que han imaginado, individualmente, correctos (67). No obstante, los jueces siguen siendo productos del sistema y en su mayor parte pueden ser solamente tan buenos como este sistema, con sus imperfecciones humanas, lo permite.

Quizás el peligro más grande es que el índice del éxito como abogado es una guía incierta para apreciar la habilidad judicial. Es cierto que muchos abogados que han alegado brillantemente y con gran prosperidad ante las cortes se han convertido en malos jueces. Hoy en día, el peligro es menor porque existen oportunidades para probar, preliminarmente, las cualidades judiciales de un individuo. Sin embargo, la promoción dentro de la profesión legal permanece muy esotérica y su consideración a la habilidad como abogado tiene muchas

---

(66) La prensa inglesa se llenó con tal evidencia tras la decisión de la Cámara de los Lores en la controversia de *Rookes v. Barnard*, (1964), I A.E.R. 367, en la que se creyó que la ley había sido declarada de una manera desfavorable a los sindicatos y, además, declarada de una manera diferente de la que había sido pensada por la mayoría por más de cincuenta años. Vea, "The Law Quarterly Review", Tom. 81, Enero 1965, págs. 116 et seq.

(67) Vea, por ejemplo, las palabras emocionantes de "Lord Atkin" sobre la libertad del súbdito pronunciadas en una decisión en los días más oscuros de la Segunda Guerra Mundial; *Livesidge v. Anderson*, (1942), A.C. 206.

veces la calidad de miopía que afecta de vez en cuando cualquier grupo limitado que tiene un esquema semejante de la vida profesional. El juez de una de las cortes superiores inglesas tiene una inmovilidad garantizada de gran alcance y, hasta hace poco, podía ejercer su carrera de por vida (68). Por lo tanto, un juez de inferior calidad puede ser un problema durante mucho tiempo. Nuevamente, la opinión profesional (y, algunas veces, no profesional) es un correctivo a abusos, pero, por otra parte, no puede asegurar la buena conducta de la función judicial. Es probable que en el futuro los jueces serán nombrados a una edad menor que antes para que puedan hacerse efectivas las supuestas ventajas del "Judicial Pensions Act, 1959". Es apresurado decir en este momento cuál será el efecto de este cambio con respecto a la constitución, pero anteriormente había muchos jueces, que demuestran ser muy competentes para desempeñarse en forma excelente después de la edad prescrita actualmente para la jubilación y hubo pocos que se quedaron después que su período de utilidad hubo pasado. La jubilación obligatoria a una edad determinada de los jueces de las cortes superiores es un ejemplo del cambio de flexibilidad insubstancial a certidumbre rígida producida por la legislación. Enseña muy bien que sería posible abolir mucho de la vaguedad de las normas constitucionales, aunque el precio fuera una pérdida inevitable de elasticidad.

El "Common Law", en tanto que significa las decisiones dadas en las cortes superiores, es todavía, en gran parte, producto de las personalidades dominantes de los jueces. En teoría, al pronunciar su sentencia, el juez inglés no hace la ley, sino la declara, meramente, como si fuera encontrada en las fuentes (69). Con frecuencia, es una sorpresa, aun para la profesión legal, cuando un juez, sobre un punto, que no se ha

---

(68) Muchos, de veras, prestaron servicios útiles en edades de más de 80 años. Actualmente, el juez más antiguo de la Corte Superior, "Mr. Justice Stable", tiene 79 años y sigue trabajando en pleno vigor.

(69) Vea, "Law in the Making", págs. 264 et seq.

presentado precisamente ante las cortes en esta forma, declara que la ley es diferente de lo que todos se la imaginaban. Es una sorpresa aún más grande cuando una corte superior, quizás después de un lapso de muchos años, en el momento de arreglar otra controversia, declara que el primer juez estaba equivocado en su juicio y que la ley en este respecto es, en realidad, completamente diferente. La jerarquía de las cortes superiores inglesas tiene tres niveles y es evidente que esta posibilidad de revisión puede conducir a algunas situaciones interesantes y a la inseguridad del estado de la ley. Más y más causas civiles (que conciernen a intereses privados entre sujetos) son arregladas por un solo juez sin intervención de un jurado, instancia en la que el juez asume la responsabilidad para declarar no sólo la ley, sino también la responsabilidad para determinar los hechos. En ambos casos, los jueces deben confiar muchísimo en la habilidad y probidad profesional de los abogados encargados de presentar los procedimientos. Es imposible que sea omiscente un juez y si comete una falla al declarar con exactitud la ley, debe causar una injusticia, pero ésta no es irremediable. Su falla al descubrir los hechos verdaderos a los que él debe aplicar la ley, muy a menudo es irremediable (70). La condición mental de un juez es tanto un hecho como el estado de su digestión (71). Sus actitudes y creencias habrán sido formuladas por su experiencia judicial y pre-judicial y todas las formas de influencia del ambiente en que vive. Cada juez piensa de los asuntos a su manera particular.

---

(70) Las Cortes de Apelaciones están siempre poco dispuestas a cambiar una determinación de hechos de una corte de primera instancia, si esta determinación es razonable, porque la corte original ha tenido la oportunidad de examinar los testigos y las evidencias mientras la Corte de Apelaciones, en general, no tiene tal oportunidad.

(71) En la opinión del autor, el grupo de juristas norteamericanos llamado "Realistas" ha sido criticado erróneamente de vez en cuando por su "indigestion jurisprudence": el juez, en verdad, completamente objetivo, quien puede dejar aparte sus procesos digestivos y otros que tengan cualquier efecto sobre sus decisiones, no existe. Vea, generalmente, "Filosofía del Derecho", págs. 638-641.

A menudo esas actitudes de la mente se habrán endurecido años antes de que sean aplicadas a los problemas de los cuales conoce el juez en un litigio (72). Cuando el juez declara la ley tiene que recurrir a diversas fuentes; algunas veces llegará a sus decisiones independientemente mientras que en otros casos lo hará en atención a los esfuerzos de los abogados. Lo que da al "Common Law" su huella inolvidable y distintiva es el tratamiento, muy personal, del juez que convertirá estas materias en una nueva y autorizada declaración de la ley. Todo esto es la impresión dejada imborrablemente por las personalidades particulares de los jueces. Las palabras de una ley pueden ser escritas con tal claridad que nadie tenga dificultad en leerlas. Sin embargo, corresponde al juez, bajo la constitución británica, el poder de declarar la significación de lo que ha sido leído. La función del juez inglés respecto a la palabra escrita es de interpretación; la tarea judicial es declarar las significaciones de las palabras. El resultado algunas veces representa una interpretación muy diferente de la que pensaron aquellos que tenían la responsabilidad de la promulgación de la ley, aunque estas autoridades no se hayan dirigido a la cuestión en el transcurso de su trabajo. El cumplimiento de esta función, en realidad, ha producido muchas ideas divergentes que revelan distintos pensamientos jurídicos sobre el alcance y aplicación del poder judicial (73). Estas actitudes judiciales dan gran elasticidad al sistema. Una doctrina de interpretación que hoy en día es la ortodoxa, con el pasar de los años y la llegada de nuevas concepciones, puede dar lugar a otras doctrinas lógicamente inconsistentes con la primitiva. Se ve que con la adopción de estas técnicas diferentes, vendrán sutiles

---

(72) Veá, "The Machinery of Justice in England", citando "Lord Justice Scutton", un gran juez inglés de la Corte de Apelaciones, pág. 234.

(73) Veá, por ejemplo, la observación pertinente del gran juez de los Estados Unidos, "Mr. Justice Holmes", citada a pág. 476 "Law in the Making". Veá, también, "Journal of the International Commission of Jurists", (Winter 1964), Tom. V, Nº 2, "The Principle of Socialist Legality", Edouard Zellwege, pág. 170.

cambios de sustancia que son las características del "Common Law". No se puede pretender que la codificación o la sustitución de principios bien establecidos por escrito arreglaría la situación. Sólo una revolución total del pensamiento, respecto al papel y funciones del juez inglés, podría efectuar tal cosa. El efecto jurídico de una resolución judicial puede ser cambiado por la legislación subsecuente. ¿Pero quién sabe qué opinarán los jueces con respecto a esta modificación legislativa? Muy cómodamente se puede estudiar el efecto de estos procesos examinando los pronunciamientos dados en casos tocantes a las Leyes de Contribuciones ("The English Income Tax Acts") y las leyes anuales rectificatorias ("The Finance Acts"). Un observador imparcial tendría la impresión de una batalla entre el poder judicial y la legislatura. Los legisladores parecen luchar para lograr un mejor entendimiento de sus intenciones, mientras los jueces frustran, continuamente, sus ideas de lo ideal en el campo de impuestos.

Constitucionalmente, este papel de interpretación tiene una importancia tremenda para fijar la posición de la judicatura con relación a los otros órganos del Estado. En teoría, la legislatura debe ser considerada como soberana, porque en ella reside el poder de crear o cambiar para el futuro, o retrospectivamente, la ley (74). En realidad, son los jueces quienes tienen la última palabra. La posición constitucional de los jueces ingleses vino a ser fijada a mediados del siglo XVII. Hasta aquel tiempo constituyeron una provocación muy activa y poderosa al Parlamento mismo. En tiempos modernos, ha habido raramente peligro de un choque constitucional entre el Parlamento y los jueces, pero de tarde en tarde se han manifestado descontentos de la de representación izquier-

---

(74) "Locke" escribió: "Aunque en un Estado ("Commonwealth") constituido puede haber solamente un poder supremo, que es la legislatura...". Aquellos que construyeron muchas constituciones modernas, particularmente los franceses, han sido influenciados por esta idea. Vea, "Constitutionalism in France", pág. 66.

da (75). Sería posible en teoría que una judicatura derechista negara los efectos deseados de la legislación izquierdista por interpretarla según criterios anticuados. En verdad, pareció que éste era el caso durante cierto período antes de la Segunda Guerra Mundial, cuando los jueces, en presencia de una intención manifiesta pero mal expresada, de cambiar ciertos aspectos de la posesión y uso de la propiedad privada, le dio la interpretación contraria que frustró el objetivo de esta legislación (76). Durante los años que vengan, serán nombrados a los tribunales ingleses, jueces cuyas experiencias personales habrán sido concretizadas en el ambiente del siglo veinte, con sus esquemas de reglamentación y planificación y otros productos del Estado socialista inglés. Indudablemente, estas nuevas actitudes causarán su impresión sobre el contenido e inclinación del "Common Law" tan distintiva como el impacto hecho por los jueces de siglos pasados quienes trataron de expresar, normativamente, lo que consideraron ser los sentimientos nacionales predominantes de su época (77). Constitucionalmente, lo importante es que una declaración de un juez de lo que concibe ser la ley, será ley hasta que sea denegada por una corte superior o hasta que el efecto de su declaración sea cambiado por la legislación. Muchas declaraciones de la ley fueron otorgadas en épocas sociales, políticas o económicas muy diferentes de las presentes. A los fines del siglo pasado, la Corte Suprema de Apelaciones de la Gran Bretaña, la Cámara de los Lores, decidió, al contrario de su contraparte en

---

(75) Este era el caso, en particular, tras la decisión de la Cámara de los Lores en *Roberts v. Hopwood*, (1925), A.C. 578, en que un importante principio socialista estuvo en peligro.

(76) Vea, "Courts and Administrative Law", Sir W.I. Jennings, *Harvard Law Review*, Tom. XLIX, págs. 426 et seq., particularmente págs. 454.

(77) Cualquier comparación entre las decisiones de, por ejemplo, "Sir George Gessel", un gran "Master of the Rolls", en el último cuarto de siglo XIX y las decisiones de "Lord Denning", el "Master of the Rolls" actual, demostrará, muy bien, este punto

los Estados Unidos de América, que estaba obligada a seguir sus decisiones anteriores. La incomodidad y lo absurdo de esto ha conducido a distinciones y refinamientos que aunque den placer a algunos abogados, han afectado desfavorablemente la estabilidad de la ley. En Julio de 1966 los jueces de la Cámara de los Lores emitieron una declaración en el sentido contrario, por medio de la cual la corte misma reconoce su poder inherente para efectuar los cambios necesarios aun respecto a sus propias normas previas. La judicatura es un instrumento útil para que la ley pueda adaptarse a los cambios sociales. La eficacia o la no eficacia de este instrumento depende de la habilidad de los jueces de subordinar sus actitudes personales, y de reflejar, en sus pronunciamientos, tan exactamente como sea posible, la actitud prevaleciente de la sociedad en general. Porque el éxito de dicho proceso depende de la visión subjetiva de que lo que el juez considera es la opinión pública en una determinada época. El instrumento puede dar algunos resultados sorprendentes. En todo esto se ve la importancia constitucional de que las designaciones judiciales estén libres de parcialidad política y de otra índole, porque de esta selección dependerá finalmente el contenido normativo o inclinación social, de las decisiones mismas.

Solamente en el sentido más indirecto es el juez inglés protector de la constitución. Causas que contienen asuntos constitucionales se presentan ante las cortes cada día, pero se las reconoce como tales raramente. El juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América está en una posición muy diferente (78). La intervención de esta corte depende del carácter constitucional de la apelación. Además, hay un texto escrito que incorpore los sentimientos políticos esenciales de la nación; éste lo usa para compararlo con las leyes

---

(78) "The Constitution of the United States", Watson, Tom. II, Capítulo XLI, págs. 1050 et seq. Vea, también, "The Legal and Political Genesis of the Supreme Court", *Political Science Quarterly*, (Columbia), 1962, págs. 546 et seq.

ordinarias en virtud de la autoridad otorgada a la corte por la constitución. Los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América han ejercido con frecuencia este poder de declarar anticonstitucionales las leyes inferiores. Que esta facultad no deriva, simplemente, de la existencia de una carta escrita, nos enseña el hecho que nunca han declarado anticonstitucional una ley un juez belga ni un juez francés, y éste se ha negado, bajo su régimen jurídico, el poder hacerlo (79). En cambio, la primera dificultad del juez inglés está en determinar una definición de la constitucionalidad. No puede tomar en cuenta las llamadas "convenciones" y su función con respecto a la legislación parlamentaria es clara; sencillamente debe aplicarla según la significación que considera que tiene. Si el Parlamento decidiera sobre una política de expropiación para llevar a cabo un proyecto relacionado con la posesión de propiedad por el Estado, no sería posible que un juez decidiera que esta actividad sería "anticonstitucional", porque ofende algún principio fundamental tocante a la inviolabilidad de la propiedad privada. Mediante tal ley, la constitución flexible de la Gran Bretaña hubiera cambiado otra vez más; y el juez, declarando la ley correctamente, estaría reconociendo por su fallo, la fatalidad del cambio. Esto no es más que decir, en otras palabras, que la constitución británica tiene la capacidad para hacer más rápidamente cambios radicales que las constituciones escritas, las que demandan algún procedimiento especial para efectuar tal propósito. El papel constitucional del juez inglés es, simplemente, sostener la ley, entera, en todos sus aspectos, como la halla en la controversia que está solucionando. En esto, su tarea esencial no es diferente de la que tienen sus hermanos, actuando bajo la autoridad de constituciones escritas; otra vez, solamente las materias y métodos de trabajo del juez del "Common Law" son diferentes. En los campos, aún vastos, donde no existe ninguna

---

(79) "Constitutionalism and the Judiciary in France", pág. 62.



legislación con respecto al punto preciso para decidir, la opinión del juez, de lo que sea "constitucional" es suprema. Por ejemplo, en el gran caso de la libertad del individuo, se ha supuesto que si se negase una aplicación a la orden de "Habeas Corpus" por un juez, el sujeto podría solicitarla sucesivamente a cada juez individual de la corte hasta que obtuviera la satisfacción o la negación de todos los jueces. Esta regla se encontraba en muchos comentarios hechos por autores bien respetados. No obstante, en un procedimiento en el año 1959, los jueces decidieron que, en realidad, dicho derecho del sujeto no existía y, además, que nunca había existido (80). También en los procesos ante las cortes, es enteramente una función de los jueces decidir a quienes admitirán como representantes para alegar en los asuntos de las cortes. No admiten, directamente, a tales personas ejercer y no hay ninguna resolución legislativa que estipule a quienes debe permitirse ejercer (81). Los jueces pueden admitir a cualquier persona, experta en el derecho o no, representar a otro en litigios, pero de acuerdo con otra parte de ese gran código no escrito que gobierna sus actividades, admiten solamente aquellos miembros que, cumpliendo con la reglamentación de sus sociedades profesionales, los cuatro "Inns of Court", han sido llamados al foro de esas sociedades y por lo tanto constituyen el foro o "Bar" inglés. El derecho inglés, relativo a las pruebas, es en una parte legislativo y en otra parte se encuentra en las decisiones de los jueces como resultado de causas solucionadas en las cortes. En un aspecto importante no es ni legislativo ni está en la jurisprudencia. En el caso de confesiones hechas por personas acusadas, los jueces han decretado, prospectivamente, una guía para la policía y otras personas relacionadas con tales asuntos, como indicación de los requisitos para la admisión de tal

---

(80) *In re Hastings* (Nº 2), (1959), 1Q.B.358.

(81) Vea, "Two Problems in Legal History", W.C. Bolland, *Law Quarterly Review*, Tom. XCVI, pág. 397.

testimonio en las cortes (82). No es, en teoría, legislación judicial, porque los jueces no tienen funciones de este tipo, pero en la práctica este "código" tiene los mismos efectos. En verdad, se puede decir que los jueces que admitieran confesiones en contra de las disposiciones de este código, por ejemplo, confesiones obtenidas por tortura o fraude, actuarían en una forma "anticonstitucional" y se esperaría que un tribunal superior, cuya vigilancia se extiende sobre ellos los rectificara. Se ve, nuevamente, en este ejemplo que "anticonstitucional" no tiene de ningún modo el mismo significado que "ilegal", en su sentido estricto. Se ve también que en ciertos asuntos el juez tiene más discreción que en otros.

Si, en general, la posición y actividad de los jueces de las cortes superiores den causa para orgullo y satisfacción, no se puede pretender que estos sentimientos se extienden, universalmente, a las cortes más bajas. No obstante, éstas, en el más bajo nivel, las cortes de los jueces municipales, "The Magistrate's Courts", en tanto que conciernen a la administración del derecho penal, son las cortes más importantes del país (83). Cada procedimiento penal se empieza en estas cortes y la mayor parte son solucionados allí, ser sometido a otra corte para una nueva consideración. Los jueces de estas cortes no son, con pocas excepciones, gente profesional. Trabajan sin sueldo, sin educación jurídica y sin ninguna instrucción sistemática en el desempeño de sus funciones. Reciben la ayuda en asuntos jurídicos de un funcionario permanente y remunerado, quien actualmente tiene que ser profesional de la abogacía. Dos aspectos de este sector de la judicatura causan es-

---

(82) Estas son conocidas como "The Judge's Rules", y la versión revisada fue publicada en 1964. Vea, también, "The Criminal Prosecution in England", Lord Devlin, (1960), (Oxford University Press), págs. 29 et seq.

(83) Según las Estadísticas Criminales Oficiales de 1961, los Magistrados entendían\* en más de 1,000,000 acusaciones, mientras que las cortes más altas entendían en 34,324.

pecial inquietud. En muchos casos estas designaciones de los tribunales bajos son, francamente, políticas. Constituyen una recompensa, a menudo una recompensa dudosa, por servicios en alguna esfera de la actividad pública y casi invariablemente en el campo de la política municipal. Por consiguiente, en un lugar donde predomina la influencia de un partido político, del mismo modo predominarán sus correligionarios en los tribunales locales. Se puede decir, fácilmente, que no es probable que estas personas conozcan de asuntos de importancia constitucional en que sus lealtades políticas estén comprometidas. Pero esto sólo es verdad en sentido superficial, y decirlo es producto de una aceptación estrecha del alcance del derecho constitucional. El ejercicio de la función judicial misma es algo de que el constitucionalista debe preocuparse y tiene que estar interesado en su funcionamiento en todas partes. En estos últimos años, el partido conservador se ha preocupado mucho de los crímenes de violencia; y, en general, sectores del partido muy influyentes, han abogado por la retención o reintroducción de castigos como el azotamiento y la pena de muerte, en tanto que otros sectores de la comunidad han conseguido al fin la eliminación de aquellos métodos del régimen penal. ¿Cómo pueden afectar tales factores a un tribunal de magistrados conservadores que debe administrar justicia sin estos recursos? El jurista tiene interés en saber si estas opiniones pueden inclinarse más a fallar la sentencia de culpabilidad e imponer castigos más rigurosos a causa de sus creencias políticas. ¿En cambio, es probable que un hombre rico acusado de una transgresión contra las reglas de tránsito (las que son muy comunes en Gran Bretaña en nuestros días) obtuviere una pena menos severa de magistrados de su clase que de otros quienes consideraren su opulencia un crimen más grave aún que el de que está acusado? En ciertos casos, el acusado tiene que elegir si aceptar la jurisdicción de los jueces de paz en su casa o si prefiere que la causa se trate en un tribunal superior. La composición y supuestos prejuicios de los jueces influirían mucho en la elección de los acusados

y reflejarían los consejos de sus abogados. Ha habido mucho progreso desde los días en los cuales el hacendado "Tory" del siglo XIX administraba la justicia en su tribunal local, ante la inquietud de los reformadores y las clases de obreros oprimidos. Pero quedan las divisiones de las antiguas clases y causa descontento a mucha gente que el requisito principal para un puesto en estos tribunales no sea todavía la habilidad de impartir decisiones con calma, imparcialidad y responsabilidad, sino que la influencia que se ejerza en algún partido o sindicato que tenga el predominio local (84).

Otra causa de descontento es la ausencia de uniformidad en las sentencias. Es una gran preocupación para una persona que cometa una transgresión menor contra el código de tránsito, el darse cuenta de su "pecado" en un lugar puede ser castigado veinte veces más severamente por ninguna razón lógica, que la misma transgresión cometida en alguna otra parte. Las responsabilidades amplias confiadas a los magistrados en tan diversos campos, hacen imperativo el establecimiento de una política invariable en el caso de las sentencias (85). En la práctica, son posibles grandes variaciones, porque sólo el máximo de la sanción está prescrito por la ley. A diferencia de muchos otros sistemas, no es parte del cargo del acusador el demandar o aun insinuar una sentencia particular, porque ésta es responsabilidad sola de la corte. Sin embargo, queda una característica del sistema británico que, a pesar de las nuevas opiniones sobre el fin y las funciones de la penalidad, la administración de las sanciones está todavía confiada a afi-

---

(84) Vea, "The Machinery of Justice in England", págs. 142-143.

(85) Instrucciones del Ministro de Gobierno son expedidas de tarde en tarde y "The Magistrates Association", una organización voluntaria, ha hecho recomendaciones a sus miembros; vea, "The Annual Report, The Magistrates Association", Appendix VIII. En Enero 1965 una reunión se realizó durante dos días por miembros de las cortes superiores en una tentativa de producir una política uniforme de sentencias.

cionados u otros, cuyos títulos y educación no los habilitan para la tarea (86).

En el presente, se está preparando esquemas muy interesantes para la reforma del derecho inglés. Un grupo de personas ha sido nombrado con poderes para examinar y redactar en tal forma que toda la gente lo pueda entender, esa masa de derecho, técnico y a veces incomprensible, que en esta época constituye la jurisprudencia" (87). Representa una expresión admirable de "Benthamism" del siglo XX, aunque un poco tardía. Se puede predecir con confianza, y también con tristeza, que todas estas nobles tentativas deben fallar a menos que sean acompañadas por una reforma radical y presiente de la función judicial. El sistema inglés no puede evitar la producción de cuantiosas particularizaciones refinadas, legalísticas, que a su vez vuelven a ser enterradas bajo otras y que sólo son descubiertas cuando son útiles, por el ingenio y diligencia de jueces y abogados ante la perplejidad de otros de la misma profesión y la desesperación total del público. El objeto del derecho debe ser la obtención de justicia (88). No se puede lograr nunca la justicia en un ambiente de inseguridad.

- 
- (86) La idea de una junta administradora para determinar la sentencia apropiada está siendo considerada en círculos de la criminología inglesa. La revisión por el Ejecutivo de tales sentencias indeterminadas que ya existen en el régimen penal es un paso en esta dirección. Vea, artículo por Profesor Rupert Cross en "The Times", (London), Abril 13, 1965.
- (87) "The Law Commissions Bill", planteó la creación de cinco "Law Commissions" que desempeñan cargos por un período determinado y cuyos deberes serían la reducción a lenguaje simple y no técnico de secciones enteras de la ley inglesa.
- (88) La mayoría de juristas están de acuerdo con respecto a esto como un fin deseable, pero pocos pueden lograr acuerdo sobre una definición de la expresión misma; vea, "Justice and State Security", Georges Lassasseur, *Journal of the International Commission of Jurists* (Winter 1964), Tom. V, Nº 2. Vea, también, "Los Derechos de Libertad y de Igualdad y los Derechos Sociales en las Constituciones Americanas", Dr. Mario Alzamora Valdez, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado del Perú*, (1964), Nº 1, págs. 28-29.

ridad. Por último, la efectividad y validez de un sistema legal reposan sobre el ser humano. En gran parte, mucho más de lo que algunas personas quieren admitir, la ley se formula por quienes la ejercen de día en día ante las cortes.

La abogacía inglesa dividida, básicamente, en dos partes (89), división que no es ni lógica ni necesaria. La rama superior, teóricamente, de la profesión, los "Barristers", disfrutan de la comparecencia exclusiva en las cortes superiores, y del derecho de comparecer ante todas las cortes. Además, sólo de esta clase provienen los nombramientos a la alta judicatura. La efectividad y habilidad del "Bar" inglés se mantienen por la presión constante de la competencia profesional en vez de por algunos criterios académicos. En teoría, solamente los mejores pueden sobrevivir profesionalmente, y desde antiguo, esto, junto con los altos niveles de decoro profesional que exigen las sociedades profesionales, los "Inns of Court", produjeron abogados excelentes, quienes a su vez, vinieron a ser jueces buenos y efectivos. Desde la "Legal Aid and Advice Act, 1949", una ley que inauguró la asistencia jurídica gratuita, ha venido a ser mucho más fácil que abogados mediocres puedan ganar una remuneración atractiva. En casos de personas de pequeños recursos, tanto en asuntos civiles como penales, el Estado les da la ayuda necesaria para emplear abogados, que se pagan estos fondos estatales. El efecto de esto sobre la competencia profesional debería justificar una investigación exhaustiva. Cada litigante, hoy en día, obtiene algún servicio aunque no sea de lo mejor; anteriormente, quizás no podía permitirse el lujo de la representación legal, especialmente en asuntos civiles. Es evidente, que la profesión no puede quedar satisfecha con los antiguos factores que producían buenos abogados, porque su influencia está disminuida.

---

(89) Vea las observaciones por Dr. Roberto Maclean Ugarteche en su re-  
censión de R.E. Megarry's "Lawyer and Litigant in England", págs.  
99-100, Boletín del Instituto de Derecho Comparado del Perú, (1964),  
nº 1.

Los argumentos en favor de continuar la división entre las dos ramas de la abogacía son muy irreales y poco convincentes. La división es un anacronismo que tiene tan poco valor en nuestros días como la antigua clasificación inglesa de sus crímenes (90). La reforma de la abogacía es una necesidad constitucional muy urgente en una época en que otras reformas se están efectuando con rapidez; y sería ventajoso, en primer lugar, la reforma de la educación jurídica (91), la cual no es actualmente bien adaptada a la producción de los abogados y jueces del futuro. La abogacía inglesa no debe quedarse contenta con la gloria del pasado; es guardián del presente y del futuro. La reforma de la ley puede realizarse solamente tan rápido como lo permita la capacidad de los hombres del derecho, y la marcha del progreso requiere que éstos se pongan de acuerdo sobre la reforma de la profesión misma. Se ha dicho, referente a las cortes inglesas, que los tribunales del país están abiertos a todo el mundo, como el "Hotel Ritz". Este pensamiento puede ser apreciado en todas partes y; desgraciadamente, se basa en la verdad en esta época. Una apelación a la Cámara de los Lores sería demasiado onerosa para todos, con la excepción de los más ricos o los más atrevidos (92). El efecto sobre la jurisprudencia es doble. Muchas controversias meritorias están abandonadas o arregladas antes

---

(90) Los crímenes graves en Inglaterra eran clasificados principalmente como "felonies" y "misdemeanours". Aquellos originalmente se sancionaron con la pena de muerte y la pérdida completa de la propiedad del criminal. Persisten las incomodidades debidas a esta clasificación, aunque todas las distinciones exteriores han cambiado hace muchos años y muchos "misdemeanours" en nuestros días merecen penas más serias que algunos "felonies". La distinción, desde el año 1966, ha sido abolida.

(91) La asistencia a una escuela de derecho es obligatoria en el primer año de la educación jurídica de un "solicitor", pero, incongruentemente, un "barrister" no debe asistir a una escuela nunca. Ni "barrister" ni "solicitor" tienen que ingresar en una universidad para entrar en sus profesiones.

(92) Vea, "The Machinery of Justice in England", pág. 255.

de la última apelación, con lo que queda un penoso ambiente de injusticia o justicia inadecuada. Otras se abandonan en alguna parte de la jerarquía de las cortes, por falta de fondos o mayor entusiasmo, y resulta que un precedente incómodo permanece fijo en las fuentes de la ley hasta la fecha en el futuro en la cual algún sacrificado demuela el obstáculo el procedimiento hasta el fin. Este problema se constata en forma pernicioso en relación a los litigios entre el Estado y sus súbditos tocantes al derecho tributario. Es el hecho que el Estado tiene fondos ilimitados para litigar (93) y si es necesario puede recurrir a los servicios personales del Fiscal de la Corona, el "Attorney General", el más alto funcionario legal del poder Ejecutivo. Muchos litigantes han retrocedido ante el pensamiento de iniciar una apelación y recibir una decisión favorable de los Comisarios (el tribunal administrativo encargado de la administración de la ley de contribuciones) o, aún, la corte superior, porque el Estado, si la decisión formara un precedente incómodo, llevaría la controversia hasta la última apelación y, a menos que se trate de un caso muy excepcional, el Estado demanda siempre sus costos aunque el litigante sea pobrísimo. En teoría, se ha progresado al hacer responsable al Estado en todas las causas civiles, pero desde el punto de vista económico, queda todavía un litigante preferido. En verdad, el problema es éste: con demasiada frecuencia el litigante que dispone de los mayores recursos, empleándolos para procurar la mejor representación legal, gana el juicio. A todos los niveles, "barristers" y "solicitors", por igual, la mejor representación significa, invariablemente, la más cara. Esto no es de cualquier manera "el imperio de la ley", sino "el imperio del bolsillo más largo", y es difícil demostrar que el esquema de asistencia jurídica ha hecho mucho para corre-

---

(93) Vea, por ejemplo, "Law Notes", Marzo 1965, pág. 55. Claro está que una decisión en favor de un contribuyente puede ser resistida en todos los niveles hasta la Cámara de los Lores, y si es sostenida allá será negada por legislación modificatoria.



gir este mal. Quizás la única cura verdadera y efectiva sería un "Servicio Jurídico Nacional", semejante al excelente "Servicio Nacional de Salud", pero con la exclusión de algunas de las añagazas de éste, tal como la retención permisiva de algún elemento de ejercicio particular. Dentro de tal servicio las mejores características de la profesión, en general, su independencia y tradición de servicio a todas las causas, buenas, malas y sin esperanzas, podrían ser desarrolladas y fortalecidas.

### *La Ley y la Administración*

Detrás del frente público de gobierno está el gran volumen de la administración, central y local, responsable de la diaria aplicación de todas las diversas reglas promulgadas para hacer funcionar el Estado moderno. Es inevitable que de tarde en tarde estos cargos causarán descontentos y controversias entre los ciudadanos y las agencias encargadas de la administración de la ley. Una parte central de la tesis sobre la constitución británica presentada por el famoso constitucionalista inglés, "Dicey", en 1885, fue la ausencia de cualquier régimen distinto de derecho administrativo (94). Contrastando este hecho con la que creyó que era la posición de la constitución francesa, "Dicey" podría afirmar con orgullo que en el sistema británico los tribunales ordinarios entendían en asuntos administrativos del mismo modo que litigios de cualquier otra índole. "Dicey" no hubiera podido sostener tal tesis en esta época. Parcialmente, desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, un montón de tribunales menores se han establecido para tratar las causas de tipo administrativo, para arreglar controversias que anteriormente pertenecían a la jurisdicción de los tribunales ordinarios. En realidad, hasta el fin del siglo XIX,

---

(94) "An Introduction to the Law of the Constitution", págs. 128 et seq. Vea, sin embargo, Maitland, "The Constitutional History of England" págs. 528-536.

en la mayoría de estas causas entendían los jueces de paz, esos jueces de las municipalidades y condados, sin sueldo, a los cuales nos hemos referido antes. El gran aumento de legislación social exige profesionalismo y especialización, y en más y más instancias ha habido una tendencia hacia procedimientos rápidos e informales a fin de excluir los asuntos del régimen jurídico ordinario con su antigua jerarquía de cortes. Un ejemplo nos enseña esta tendencia con claridad. Se inauguró en el año 1897, por legislación parlamentaria ("The Workmen's Compensation Acts"), un esquema de seguros contra las consecuencias económicas de accidentes industriales. Estas leyes eran administradas por las cortes ordinarias en caso de una controversia. La más de jurisprudencia a que esto dio lugar, hizo muy difícil la operación del esquema, siendo insatisfactorio para el pobre obrero, quien debía esperar años hasta el fin del litigio para recibir su compensación. Cuando el gobierno laborista de 1945 lanzó su nueva legislación comprensiva de Seguro Nacional, resolvió la exclusión, en general, de la abogacía de esta esfera y estableció tribunales independientes y completos, de los cuales habría apelación a un alto Comisario, con la misma dignidad e inamovilidad de un juez de las cortes superiores. En consecuencia, se estableció que no habría ninguna apelación del Comisario a las cortes ordinarias. Se creó, pues, un sistema de tribunales administrativos aislados herméticamente de los contactos cotidianos con la profesión jurídica y la judicatura regular del país.

El aumento del sistema de justicia administrativa ha sido mirado con las más profundas suspicacias por la abogacía y la alta judicatura, cuyos antecedentes en aquella no deben ser olvidados. Un número de Comisiones (95) ha considerado el problema y se han hecho correcciones para erradicar algunos abusos. El resultado, discreto como siempre, es que por adap-

---

(95) Principalmente "The Committee on Ministers' Powers" en 1932 y "The Committee on Administrative Tribunals and Enquiries" en 1957.

tación de antiguos procedimientos, las cortes superiores se han convertido nuevamente en protectores de los "derechos" de los ciudadanos, y han elaborado un gran cuerpo de derecho administrativo, nuevo y típicamente inglés mediante este asumido poder de revisión judicial (96). Comparativamente tarde, la legislatura ha regularizado la posición y ha acordado a los jueces, en determinados campos, los poderes ya asumidos en otros. En verdad, los jueces descubrieron un modo de revisar los actos administrativos, aun en sectores en los cuales es evidente que el Parlamento manifestó su intención de excluir tal interferencia (97). Las posibilidades de conflictos constitucionales en esto son ilimitadas, pero es afortunado que los jueces hayan reflejado con exactitud el sentimiento público en estos casos. Hubiera sido diferente si los jueces hubieran asumido sencillamente una posición obstruccionista. A pesar de las inquietudes profesionales, los tribunales administrativos han funcionado muy bien, en general, y en cierto modo pueden servir como modelos útiles para la reforma de algunas de las cortes ordinarias, especialmente las cortes de los jueces de paz. El derecho administrativo inglés no muestra, todavía, su independencia completa del régimen jurídico establecido antiguamente. En general, es probable que el Estado disfrute de menos ventajas contra el súbdito en estos tribunales, que en el ambiente más formal de las cortes regulares.

El campo en que existe un verdadero temor de opresión administrativa es donde la ley no establece ningún mecanismo para una apelación legal en caso de disconformidad con algún acto administrativo. Tales áreas en la práctica son inmensas y se extienden de casos de simple incompetencia o de obstrucción premeditada por funcionarios hasta una interpretación

---

(96) Vea, para el tratamiento más completo, "The Judicial Review of Administrative Action", Dr. S.A. de Smith (1961).

(97) Vea, la causa de *Punton v. The National Insurance Commissioner*, (1963), 1.W.L.R.186, en que aún un punto decidido por el "National Insurance Commissioner" ha sido llevado a las cortes ordinarias para consideración.

desfavorable al ciudadano de un reglamento con respecto al cual el departamento del Estado tiene una facultad discrecional de bastante amplitud administrativa. La única garantía de que el ciudadano pueda hacer efectivos sus derechos ha sido, hasta el presente, su representante en el Parlamento. Conforme a las "convenciones" de la constitución, los empleados de todos los niveles del Estado son anónimos y no reciben, personalmente, el honor por los trabajos meritorios ni la ignominia pública por actos de mala administración. El honor y la responsabilidad corresponden al Ministro de la Corona, el miembro del poder ejecutivo quien es jefe político de dicho departamento del Estado. Su responsabilidad se debe al Parlamento y si la mala administración es sumamente grave renunciará a su cargo y su mala fortuna puede poner en peligro el gobierno entero (98). Es claro que los miembros individuales del Parlamento, si son miembros del partido político que está en el poder, no van a tener deseos de insistir hasta estos extremos, pero este poder de revisión es muy útil como correctivo y las demandas de los miembros del Parlamento son siempre contestadas con expedición. No obstante, en la mayoría de los casos, la lealtad del departamento es tal que una defensa animada, preparada para el Ministro por su personal, sin investigación independiente de los hechos, se dirigirá al miembro demandante. Sólo en casos en que las demandas hayan causado inquietud en todas partes de la nación es probable que la presión produzca una investigación imparcial e independiente. Este ha sido el caso particularmente con respecto a demandas hechas contra miembros de la policía, la responsabilidad de la cual, con la excepción de la "Policía Metropolitana" (99)

---

(98) Veá, "Constitutional Law", Wade & Philips, pág. 84.

(99) El Ministro de Gobierno, un Ministro del Gobierno Central, tiene la responsabilidad de esta fuerza, la que ejerce su control en la metrópoli. Veá, para un estudio interesante "Le 'Local Gouvernement' en Grande Bretagne". Roger Garrea, (1959), (Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence), págs. 105-108. También "Constitutional Law", Wade & Philips, pág. 230.

(la fuerza de Londres metropolitano) pertenece a la autoridad local y no es cuestión del gobierno central. Ha habido mucha inquietud pública de que, en tiempos pasados, las demandas no hayan recibido la consideración merecida o que la hubieran recibido de un comité imparcial. Pareció que la solución más aceptable hubiera sido encontrada en el nombramiento de un "Ombudsman", a la moda del modelo escandinavo (100). Un destacado comité de la Sección Nacional de la Comisión Internacional de Juristas emitió un informe en tal sentido, y tal puesto era parte del programa del partido laborista inglés antes de la elección general de 1964. Que tal nombramiento no deroga la doctrina inglesa de la responsabilidad ministerial, se mostraba en el modo en que este funcionario ha cumplido con sus cargos en el Dominio de Nueva Zelanda, un país que tiene muchas instituciones semejantes a las de la Gran Bretaña (101). Para ser efectivo, bajo la constitución británica, se consideraba que tal funcionario tendría que disfrutar de poderes mucho más amplios que los de su contraparte en Nueva Zelanda y habría mucha preocupación a causa de la posible interferencia en los procesos tradicionales del Parlamento y las relaciones entre éste y el poder ejecutivo. La solución ha sido típicamente inglesa, en que el "Ombudsman" recibiría, en primer lugar, las quejas de miembros del Parlamento y no tendría poderes para intervenir independientemente. Nadie sabía cómo funcionaría esta novedad, pero es cierto que la flexible constitución británica tiene la capacidad para adaptarse a la adición.

- 
- (100) "The Ombudsman, a Grievance Man for Citizens", Talbot D'Alemberte, *University of Florida Law Review*, Tom. XVIII, Spring 1966. Nº 4, pág. 545 y las citas hechas por este escritor. El "Ombudsman" exhibe alguna semejanza al alto funcionario incaico Tukuyrikoq. Vea, "Power and Property in Inca Peru", Sally Falk Moore, (Columbia University Press), 1958, págs. 114-115.
- (101) "The Ombudsman in New Zealand", A.G. Davis, *Journal of the International Commission of Jurists*, (Summer 1963), Tom. IV, Nº 2, págs. 316 et seq. Vea, también, "The Citizen and the Administration", *Justice Report*, London, 1961.

En estos últimos años, una excursión más de la judicatura fuera de su campo tradicional es digna de nota. Ha habido, especialmente durante los años de gobierno conservador desde 1951 hasta 1964, una proliferación de comisiones de todos tipos. Ha habido una tendencia a que los graves problemas sociales sean consideradas por Comisiones Reales, pues el poder ejecutivo ha visto la ventaja de estudiar las reacciones públicas antes de iniciar un programa de legislación. La designación de comisiones independientes se ha dirigido a suavizar las implicancias partidarias de algunas medidas y ha permitido, por ejemplo, la adopción por un gobierno conservador de ciertas líneas legislativas o administrativas, que si se basasen en su propia iniciativa, hubieran desatado una tormenta de protesta pública (102). Unido con esto ha estado la designación de comités "ad hoc" para investigar irregularidades del Estado. Desde el punto de vista de un constitucionalista, tres de estos tienen interés especial; "The Bank Rate Tribunal", bajo la presidencia de "Lord Justice Parker", el "Lord Chief Justice" actual, investigó una revelación alegada de información financiera que implicó a altos dirigentes del partido conservador. "The Vassal Enquiry" se estableció después de una acción penal contra un dependiente llamado "Vassal" del almirantazgo y trataba de asuntos de espionaje y seguridad del Estado. Este tribunal fue encabezado por "Viscount Radcliffe", en esa época un "Lord of Appeal in Ordinary", uno de los jueces permanentes de la Cámara de los Lores. Esto afectó a la conducta de ciertos aspectos del gobierno y las relaciones personales de ministros y funcionarios. El tercer tribunal se estableció como consecuencia del escándalo de "Profumo", y la investigación fue hecha por "Lord Denning", el "Master of the Rolls", jefe de la Corte de Apelaciones. Un ejemplo de tipo distinto fue la llamada "The Nyasaland Commission Enquiry" de 1959, el presidente de la cual fue "Lord Devlin", en ese tiempo juez

---

(102) "Constitutional Law", Wade & Philips, págs. 278-279.

de la corte superior. Es probable que, el modo altanero con que el consejo de este gran juez fue recibido, tuvo algún efecto sobre su carrera judicial subsecuente y puede haber contribuido en parte a su jubilación indebida de la judicatura. El empleo de los jueces de esta manera ha sido el objeto de severas críticas tanto por la forma misma de las investigaciones como por el enredo de la judicatura en cuestiones de política de índole muy controversial. Cualquier sospecha de que el poder ejecutivo esté usando la judicatura para disculpar o disimular sus propias fallas es un asunto muy serio y las lecciones de la historia británica son claras de los usos desgraciados de la judicatura por los Reyes en el siglo XVII. Este empleo, impropio de los talentos judiciales desprestigió, seriamente la judicatura como órgano del gobierno (103).

### *La Constitución Británica y el Imperio de la Ley*

Quizás porque hay tan poco descontento serio y abierto con el régimen jurídico inglés, los ingleses se inclinan a no tener en cuenta el imperio de la ley como concepto jurídico con relevancia a su propio país. Es cosa para otros, cuyos sistemas políticos son menos desarrollados o menos benévolos. El inglés puede señalar, orgullosamente, la definición del imperio de la ley propuesta por "Dicey" (104) y se siente feliz en proclamar que este pronunciamiento del sagrado principio está, hoy en día, tan firmemente enterrado en la constitución como era anteriormente. Sin embargo, no debemos ser tan aislados como "Dicey" de proclamar que este principio es algo peculiar a la Gran Bretaña. En verdad, juristas ingleses de nuestra época estarían orgullosos de mantener lo contra-

---

(103) Vea, "The Case of Ship Money", (1637), 3.S.T.825, (John Hampden's case, gran patriota inglés) y las consecuencias constitucionales.

(104) "An Introduction to the Law of the Constitution", págs. 188 et seq., en particular pág. 188.

rio (105). Sin embargo, el jurista inglés quien da hoy en día una mirada imparcial y crítica a la constitución británica, no puede estar satisfecho que la definición estrecha de "Dicey" tenga aplicación muy exacta. Porque en esta época, la expresión "El Imperio de la Ley" ha adquirido un significado más amplio y más dinámico; puede ser interesante hacer una prueba, aunque superficial, de la constitución británica para determinar si cumple o no con los requisitos que han evolucionado como criterio de la existencia del Estado de Derecho en su sentido más moderno (106).

### 1. *La Constitución debe ser Adoptada Libremente*

La constitución británica en su forma actual nunca ha sido "adoptada" en el sentido estricto de esa palabra. Ha evolucionado durante un largo tiempo y en su historia han habido algunos cambios notables, si bien graduales. Es evidente que la constitución esté aceptada, y por las pruebas exteriores parece aceptable en general. Sin embargo, si una vez se permitiera al pueblo una elección libre entre la retención de la constitución en su forma actual y su reposición por una versión modificada en forma drástica, es difícil estimar si el pueblo no escogería la modificación. La razón para esta dificultad es que bajo el actual sistema británico al pueblo no le es ofrecida nunca tal elección. Puede ser, por ejemplo, que en determinada época algún cuerpo de opinión política prefiera que el sistema se cambie de una monarquía tradicional para que el país pueda disfrutar de alguna forma de gobierno presidencial. Hasta el presente, desde el experimento básicamente impopular del siglo XVII, al pueblo no le ha sido ofrecida la elección.

---

(105) Vea, por ejemplo, "The Rule of Law - Anglo-Saxon or World Wide?", Professor Donald Thompson, *Journal of the International Commission of Jurists*, (Winter 1964), Tom. V, N° 2, pág. 303.

(106) Vea, "The Law of Lagos", *African Conference on the Rule of Law*, International Commission of Jurists, Geneva, (1961), pág. 11.



Uno que ha estudiado los hechos de la historia constitucional británica y sabe algo del país, puede pronosticar con confianza que nunca tendrá el pueblo una elección en forma tan directa. Si se considerara deseable la adopción de alguna forma republicana de gobierno, en lugar del monarca, es mucho más probable que tal cambio sería efectuado fácilmente y sin rupturas por los ya descritos procesos flexibles de la constitución. Por los mismos métodos, la constitución ya ha efectuado cambios por lo menos tan fundamentales sin enfrentarse a una crisis mortal. En tal caso, el pueblo sería invitado simplemente a confirmar una política previamente escogida en vez de ser invitado a innovar. ¿Es ésta en realidad una adopción libre de una constitución? No es meramente un juego de palabras, sino ejemplo de la actividad de un principio psicológico que motiva gran parte del pensamiento constitucional británico. El ser humano aceptará muy a menudo un género de actividad prescrito por algún superior aunque no lo escogería si le fuera dejado a su propia elección. Un pequeño ejemplo político sirve para ilustrarlo. La ley inglesa llamada "Trade Unión Act, 1913" hizo legal la aplicación por un sindicato de una parte de sus fondos para propósitos políticos. Esto significa en la práctica su suscripción a los fondos de algún partido político, casi invariablemente, el partido laborista. Que esta licencia podría ser desagradable a algunos miembros fue reconocido en la ley por la cláusula según la cual un miembro podría solicitar su liberación de esta "exacción política". Después de la Huelga General de 1926, el gobierno conservador promulgó una medida modificando la ley de 1913 que dispuso, en cambio, que los miembros tendrían que contribuir a estos fondos políticos solamente si solicitaban hacerlo específicamente. Muchas gentes demasiado apáticas para pedir su exención de pagar, en cambio, serían apáticas de igual manera para hacer sus contribuciones a los fondos políticos. El deber se convirtió en un privilegio, y el efecto sobre las contribuciones a los fondos políticos era bajarlos considerablemente. Uno de los primeros actos del gobierno laborista de 1945 fue la restauración de la

posición establecida por la legislación de 1913. Esta lección constitucional no debe ser olvidada y enseña mucho de la llamada "voluntad" del pueblo británico y de la dinámica de la constitución.

## 2. *La Legislatura debe ser Establecida de Acuerdo con la Voluntad del Pueblo*

La determinación de los anhelos de un grupo es siempre un proceso muy artificial y en países democráticos es convencional aceptar los deseos de la mayoría, como se expresa mediante el mecanismo constitucional apropiado como representación de la voluntad de todo el pueblo. El sufragio no es, bajo la constitución británica, una obligación del ciudadano, sino un derecho del que pueda aprovechar si quiere. Muchos súbditos no votan nunca aunque tengan el derecho; otros votan caprichosamente y con indiferencia, ignorantes de cualquier concepto de obligación hacia el Estado y sus compatriotas. Sin embargo, se puede sostener que todos tienen derechos iguales y nadie puede quejarse si la indolencia personal o la apatía política le causan la pérdida del voto. ¿No obstante, puede uno sostener siempre con igual confianza que la omisión de ejercer el sufragio es, indudablemente, un "voto" en el sentido de mantenimiento de la posición que subsiste, el "statu quo"?

Mucho más serio es el efecto constitucional en el contexto de esta cuestión del sistema electoral. ¿Se puede decir, en verdad, que cuando en el año 1951 el partido laborista recibió 13,948,385 votos y el partido conservador recibió solamente 13,724,418 votos, fue la voluntad del pueblo que estableció una legislatura con las proporciones de 321 escaños al partido conservador y 296 escaños al partido laborista, con la consecuencia que el poder ejecutivo pasó del partido laborista al partido conservador? ¿Cómo se aprecia la posición del partido liberal, cuyo apoyo, según el número de los que votaron por este partido en la elección general de 1964 fue aproximadamente una

tercera parte del que disfrutaban los partidos principales, aunque ganó en la legislatura solamente nueve escaños? Además, la cámara alta de la legislatura, la Cámara de los Lores, no ha sido establecida según la voluntad del pueblo de ninguna manera. Esta cámara queda, en general, aristocrática y hereditaria y a pesar de las buenas intenciones de gobiernos sucesivos, ha sido permitido que se atrofie hasta venir a ser un mero accesorio reluctante de la cámara baja. Sus funciones y utilidad son mantenidas por una minoría de miembros como un asunto personal, en vez de un deber institucional (107).

Es muy dudoso que el sistema de votación sea capaz de producir una legislatura que refleje con precisión la voluntad del pueblo. En cambio, tiene el mérito, generalmente, un resultado definitivo (108), pero esto mismo tienden a desplazar el equilibrio de poder, moviéndose del pueblo al Ejecutivo. El poder constitucional actual del Ejecutivo, se debe, sobre todo, al sistema de dos partidos. El ciudadano que vive en un distrito electoral representado, tradicionalmente, por uno u otro de los partidos principales, se halla en la posición frustrada de saber que su voto será completamente inefectivo contra ese partido en toda elección, pero el sistema no le permite usarlo en otro distrito donde pueda conducir a la elección de un representante del partido que este votante apoya. No hay ninguna representación proporcional, ni elecciones por listas.

---

(107) La mayoría de aquellos que tienen título para estar en la cámara alta de la legislatura de Gran Bretaña, no lo usa porque no tienen aspiraciones políticas ni tampoco sentido de vocación en esta esfera. Aquellos que mantienen las funciones de la cámara, por eso, son movidos por cualquier razón, por un sentido personal poderoso del deber, que, en muchos modos, es una personificación del espíritu que ha mantenido vigente la cámara a pesar de todos los ensayos de matarla o permitirle morir espontáneamente.

(108) Compárense los resultados de las elecciones del Estado de Eire en 1965. Sin embargo, el sistema británico no produce siempre una mayoría dominante; vea, "The English Voter", pág. 6.

Solamente en los "distritos" marginales, así llamados, donde los partidos están balanceados delicadamente, tiene el individuo alguna posibilidad real de afectar el resultado. La división artificial del país para los propósitos del sufragio tiene el efecto simplemente de dar una confirmación superflua de un gran número de votos a uno u otro partido, mientras que otros votos se han dado ineffectivamente, a pesar de las voluntades de los electores, porque estos votos valen sólo en áreas desfavorables. ¿No es ésta una prueba falsa de la "voluntad" del pueblo?

Además, el estado de los registros electorales da motivo para preocuparse. Estos son compilados anualmente por autoridades locales, cada una responsable por su propio distrito electoral. Son preparados sobre la base del formulario prescrito por ley que impone al ocupante de propiedad una obligación legal de indicar nombres y apellidos de todos los mayores de veintiún años de edad que viven en dicha propiedad al 14 de Octubre. En realidad, pocas autoridades hacen, salvo en algunos casos dudosos, una verificación duplicada, sino que aceptan la información proporcionada si les parece satisfactoria. El registro basado en esta información entra en vigencia el 16 de Febrero, y es efectivo por un año. Evidentemente, pérdidas por muerte, traslados, etc., deben ocurrir en este período. Se ve que además de irregularidades en la información original, el registro es, hasta cierto punto, absoluto antes de ser legal, porque ha sido preparado sobre la base de información conseguida meses antes de la fecha en que entra en vigencia. Esta situación, evidentemente, puede ser propicia al partido que cuenta con partidarios cuya residencia permanece relativamente estática, mientras el partido cuyos partidarios tienen un carácter más ambulante, debe sufrir. Un examen de los hechos revela que el partido beneficiado es el de los conservadores, por razones sociales y económicas bien claras (109).

---

(109) Vea, por ejemplo, "The Electoral System in Britain, 1918-1951", pág. 202. También, "The English Voter", págs. 50-51.

Además, se ve el caso de una persona residente en un distrito electoral, quien llegue a la edad de veintiún años después de llegar a ser efectivo el registro correspondiente a su inscripción. Tal persona no puede ejercer el sufragio durante ese año, porque el derecho de votar depende de la inclusión, según la ley, de un votante con título en un registro vigente. Considérese el caso de una persona llegada a la edad de veintiún años en 1964, después que se cumplió el registro electoral correspondiente quien no pudo aprovechar los derechos limitados del "Section 2 of the Electoral Register Act. 1949". Tal persona no hubiera podido votar en la elección general de Octubre, 1964, y si el Parlamento elegido hubiera continuado sin disolución hasta Octubre, 1969 (como fue posible según la ley), dicha persona hubiera tenido más de veintiseis años de edad antes que pudiera ejercer su sufragio por primera vez en una elección general.

En este contexto, se debe tener en cuenta que el poder ejecutivo puede escoger, dentro de los límites permitidos por la ley (los cinco años) cuando dará consejos a Su Majestad para la disolución del Parlamento. Este acto preliminar es esencial para que pueda realizarse la elección general que determine la composición del nuevo Parlamento. Muchos factores influyen en la selección hecha por el gobierno; el estado económico del país, el estado de la opinión pública, el desorden aparente de sus rivales. Otro y constitucionalmente más controvertido factor es el estado del Registro Electoral. Sin duda, este hecho hubiera afectado al resultado de la elección de Octubre 1964, que fue realizada sobre la base de un registro compuesto un año antes; y si hubiera alguna ventaja en esta demora, no se puede negar que ésta hubiera propiciado al gobierno del partido conservador. En cambio, la elección de Marzo 1966 se realizó con un registro flamante que, indudablemente, fortaleció la suerte del partido laborista, el gobierno actual, en estos vitales comicios. Se ve claramente la peligrosidad en esta actitud autoritaria hacia la voluntad del pueblo. Sin embargo, el defecto que permite al gobierno que aprove-

che un momento favorable para ir a las urnas, es parte del sistema y no se puede censurar a un partido por utilizar la ventaja para sus propios propósitos. Es igual a lo que sucede con la evasión de impuestos por una "explotación" astuta de las leyes. Pero es significativo que no ha habido grandes manifestaciones para protestar contra la pérdida del sufragio. Se puede decir en conclusión, respecto al pueblo británico en general, que la constitución no le garantiza siempre la legislatura que quiera, pero le da, probablemente, la legislatura que merezca.

### *3. Los Derechos Humanos Fundamentales Deben ser Escritos y Fijados en la Constitución*

La respuesta muy simple es que la constitución británica no tiene ningún lugar en el cual escribirlos. Cualquier ley del Reino Unido es igual a cualquier otra; puede ser abrogada o modificada por una simple ley parlamentaria subsecuente, sin considerarse su contenido o carácter. No pueden ser, por lo tanto, derechos inmodificables, porque no hay ningún texto dentro del cual puedan contenerse con seguridad absoluta. En teoría, todo es fluido. Sin embargo, paradójicamente, en la práctica la mayoría de los principios protegidos con tanta formalidad en constituciones escritas se encuentran muy seguros sin grandes esfuerzos para su preservación. Otra vez, este feliz hecho no se debe a las instituciones mismas, sino a la personalidad de aquéllos a quienes es confiado su funcionamiento. Utilizando el poder ilimitado del Parlamento inglés, el ejecutivo podría abrogar los "Habeas Corpus Acts" o declarar legal la detención sin proceso, o la intervención del poder judicial (como sucedió al comienzo de ambas guerras mundiales). No obstante, tan improbable es esto, salvo en caso de grave emergencia, que la ausencia de salvaguardias formales para impedir la contingencia, no preocupa mucho a los abogados, generalmente, que la seguridad colectiva debe ser suprema y pasar

por encima de las consideraciones de libertad individual (110). Lo que demanda el Imperio de la Ley es un equilibrio correcto y justo entre los dos intereses. Justo, en este contexto, significa, idealmente, un equilibrio entre lo que es necesario para lograr los fines del Estado y lo que es necesario para la vida de los individuos de que está compuesto. En realidad, parece que no fuera posible lograr tal perfección y mantenerla una vez lograda. En tiempos turbulentos, se acepta que debe haber una disminución de la libertad del individuo de hacer lo que le guste para preservar el interés general en la cohesión del Estado, que está hecho para garantizar esa libertad. En tiempo de guerra, muchas de las inmundicias tradicionales de la constitución británica han sido suspendidas, con poca formalidad, relativamente, y gran poder arbitrario fue entregado en manos del Ejecutivo para la mejor prosecución del esfuerzo de la guerra. El proceso fue un poco semejante al nombramiento de un "Dictador" en Roma Antigua, cuando un peligro amenazaba la ciudad y las responsabilidades divididas de los cónsules hubiesen ocasionado acción indecisa. Lo que está ausente de la constitución británica es alguna forma de garantía de que las libertades anteriores serían restauradas cuando hubiera pasado el peligro. Es fácil, comparativamente, aumentar los poderes del Ejecutivo; es mucho más difícil privarlo de ellos luego en el futuro. Los poderes de emergencia persistieron durante los dos períodos de la administración laborista después del fin de la Segunda Guerra Mundial y después que los conservadores ganaron el poder. Muchos se convirtieron, sutilmente, en forma de leyes permanentes. Se podía decir, en otra época, que el hogar del inglés fue su castillo, pero en nuestros días es un castillo del cual muchos, además del dueño, tienen la llave y derecho de entrar. Estas cosas no son opre-

---

(110) Veá, "Italian Constitutional Practice", Dr. Amarosa Pizzi. The Journal of the International Commission of Jurists, (Summer, 1963), Tom. IV, Nº 2, pág. 294. Veá, También, "Filosofía del Derecho", págs. 618 et seq.

sivas, salvo para los más sensitivos; pero queda la verdad no sólo que estas invasiones son posibles legalmente dentro de la constitución; sino que el hecho de su realización no depende de alguna ley más alta que limite la acción del Estado, sino del buen sentido político de los que ejercen el poder en el nombre del Estado.

#### 4. *Debe Haber una Distribución Apropiada del Poder Dentro del Estado*

No hay ninguna separación de poderes ni real ni teórica en la constitución británica. En realidad, la consecuencia vital del enredo de los poderes es no sólo que el Ejecutivo constituye una porción substancial de la legislatura, sino que tiene además el verdadero control de ella. Una situación que no se toleraría si el Ejecutivo hubiera sido el monarca mismo, no solamente ha sucedido, sino que ha sido estimulada por la práctica política, ya que el Ejecutivo es en realidad el partido dominante. No obstante, esto no sería tan serio, si no fuera el caso de que no hay ningún límite a la competencia legal de la legislatura. Aunque el poder ejecutivo dentro del Parlamento no representa ni siquiera la mayoría del electorado, se ha demostrado cómo puede ejercer este poder temible para sus propios fines. No hay ninguna cosa que la legislatura no podría cambiar, en teoría, hasta la constitución misma, mediante su simple mayoría política. Se ve, otra vez, que solamente las fuerzas extra-legales son las que contienen y restringen el ejercicio de este poder dentro de límites aceptables.

No hay ningún límite impuesto a la legislatura por la constitución, ni siquiera respecto a la legislatura retroactiva. De vez en cuando, todo Ejecutivo comete fallas y aquellos que han dejado de cumplir caen bajo las penas prescritas por la ley. No obstante, tan poderoso es el Parlamento, que puede mitigar estas consecuencias desagradables al ministro que haya cometido una ofensa, mediante una simple ley de indemnizar.



Es significativo que el motivo de esta benevolencia es el interés del gobierno y que estos poderes se ejercen en favor de transgresores del partido del gobierno. Además, el Parlamento puede declarar ilícitas ciertas cosas que no fueron ilegales de acuerdo a la ley que parecía existir cuando se cometió el acto impugnado. En estos últimos años, este poder se ha empleado frugalmente, pero ha sido usado para pasar por encima de algunas decisiones de las cortes (111), que han dado a las leyes una interpretación que no favorecía la política del gobierno. Que la rectitud de aquellos a quienes se ha confiado con dicho poder no es en sí una salvaguardia constitucional adecuada, se aprecia por un examen de algunas de las defensas frívolas ofrecidas como justificación del uso del poder.

Otra cosa fundamental cuando se habla del Imperio de la Ley es que la constitución debe garantizar la igualdad de derechos entre los ciudadanos; y en causas civiles, idealmente, el Estado debe asumir la posición de un ciudadano. Este principio era exaltado por "Dicey" como uno de los sostenes principales y distintivos de la constitución británica (112). En realidad, la prueba verdadera de la existencia de este principio consiste en vez hasta qué punto un ciudadano puede mantener con éxito sus derechos. La respuesta, en verdad, es que sería muy difícil mantenerlos con éxito si su antagonista es rico, poderoso y sin escrúpulos, y él es pobre, ingenuo y tiene poca afición por los retrasos y frustraciones de la ley. Si su adversario es el Estado mismo, con sus recursos inmensurables, tiene de veras causa de alarma. La raíz de este mal se puede hacer remontar a la organización de la profesión legal misma. Es injusto, pero inevitable, bajo el sistema actual, que la persona que tenga los mejores medios económicos para pagar los costosos procedimientos de las cortes, los retrasos causados

---

(111) Vea la controversia en 1965 respecto a la compensación que debe ser pagada al "Burmah Oil Company" por la destrucción de algunas de sus instalaciones durante la guerra.

(112) "An Introduction to the Law of the Constitution", pág. 293.

por éstos, y la más costosa representación legal a todos los niveles, tenga la mayor posibilidad de asegurar sus "derechos" que, por supuesto, pueden ser asegurados solamente por la pérdida de los de su adversario. Nadie, quien ha visto los beneficios obtenidos por el empleo de abogados ingleses de primera fila, puede dudar de la ventaja de quienes tienen los medios disponibles para adquirir sus servicios. Esto es un buen negocio, para los litigantes favorecidos y los mejores miembros de la profesión, pero constituye a la vez un escándalo jurídico que hace ridícula la igualdad superficial ante la ley de la cual "Dicey" estaba tan orgulloso. La única cosa que puede dar cierta satisfacción, es que el sistema en la época de "Dicey" estaba aun menos favorablemente inclinado a los pobres que el presente. La posición insatisfactoria, hoy en día, es que el sistema favorece a los ricos, quienes pueden defender sus derechos como quieran, utilizando sus propios recursos, o, en cambio, a los muy pobres, cuyos derechos son defendidos sin pagar absolutamente nada. La clase media, a veces, no puede permitirse el lujo de correr los riesgos, y se somete o se compromete sin respeto a nada más que la conveniencia. Es probable que este fenómeno compela a más y más personas a buscar recursos extra-legales para obtener su objetivo y el efecto sobre el sistema debería ser motivo de una investigación más profunda.

No se agota esta materia sin hacer mención de la policía. En estos últimos años, este cuerpo de servidores públicos ha sido objeto de crítica severa de muchos sectores del público, incluyendo los que son tradicionalmente considerados como favorablemente inclinados hacia la fuerza. De vez en cuando, asuntos sensacionales han señalado la existencia de prácticas inaceptables y aun ilegales, pero en general se acepta que la policía se integra por un cuerpo de ciudadanos beneméritos, que tratan de cumplir, en un clima social y económico cada vez más difícil, una tarea necesaria para la comunidad. La organización y responsabilidad de la policía sobre una base municipal resulta insatisfactoria, y es producto de conceptos

anticuados que han conducido a un temor ilógico en este siglo, de una fuerza nacional de policía. Este temor, en nuestros días, no es más realista que la aprensión que mantiene la ficción constitucional de que la Gran Bretaña no tiene ejército permanente en circunstancias que ha sido una necesidad por más años que la mayor parte de la gente puede recordar (113).

Un desafío al Imperio de la Ley que concierne a la policía inglesa es que en procedimientos penales un policía con frecuencia alega como agente de la prosecución ante las cortes bajas. Hay, entonces, identificación en la mente pública entre policía y prosecución que es indeleble y tiene mucho que hacer en la formación de las actitudes hacia la penalidad. La totalidad de la organización y administración del sistema de las cortes de los jueces de paz, esté infiltrado por la influencia policial. Hasta cierto punto, estas cortes están unidas a los mismos edificios de la policía y la preparación de las listas y el arreglo de las causas están en manos de la policía. Además, algunos jueces de paz muestran una confianza obvia en el testimonio de la policía, lo que en sí no ayuda a la apariencia de la justicia (114). La manera inaceptable en que gran parte del testimonio policial se presenta ante las cortes, también es causa de preocupaciones. Se puede decir que muchas pequeñas causas se les permiten perderse sin defensa, aunque tal defensa existe, a causa de la posibilidad que la corte preferirá, automáticamente, el testimonio de la policía. Nadie que haya estado como observador imparcial en estas cortes, puede sentir gran satisfacción con sus procedimientos; y no hay duda de que grandes injusticias son perpetradas algunas veces por equivocaciones acerca de los hechos que no pueden rectificarse por la apelación. Actualmente, muchos inocentes están preparados a pagar una pequeña multa por confesarse culpables, en vez de incurrir en grandes gastos para defender sus prin-

---

(113) Vea. "Constitutional Law", Wade & Philips, págs. 355-356.

(114) Vea, por ejemplo, "The Criminal Prosecution in England", pág. 39.

cipios y correr la humillación de no ser creídos. Así es, especialmente en caso de infracciones del reglamento de tránsito, que actualmente constituyen gran parte del trabajo de los jueces de paz. Esta situación lastimosa está formando una actitud social común frente a estas infracciones que desprestigia el derecho penal y disminuye su fuerza, en tanto que existe muy a menudo en favor del delincuente una simpatía pública en vez de odio o repugnancia (115).

Finalmente, se puede mencionar las consecuencias del control de las denuncias por la policía. En causas graves la policía recibe los consejos del "Director of Public Prosecutions", un funcionario, cuyo cargo está bajo la supervisión del "Attorney General". Sin embargo, si una denuncia se presenta o no, depende en gran parte, de la decisión de la policía local y, de vez en cuando, este poder inicia causas que no parecen merecer prosecución, mientras que otras de carácter insignificante se persiguen. Naturalmente, a la policía no le gusta perder, y este hecho tiende a dar una visión subjetiva y, algunas veces, conduce a resultados que son menos que justos. Sin duda, una división de funciones ayudaría al mantenimiento del Imperio de la Ley en estos asuntos, y al fin de que la policía se ocupara, exclusivamente, de la colección de pruebas en casos penales, mientras la decisión sobre la iniciación del proceso fuere tomada por alguna autoridad independiente tras consideración de esas pruebas (116). En el mismo contexto, otra práctica no deseable de la policía es el presentar denuncias alternativas, una de carácter más serio que la otra. Esto conduce a arreglos "entre bastidores", por los cuales la policía acuerda no ofrecer pruebas con respecto a la acusación más grave en cambio de una confesión de culpabilidad con respecto a la

---

(115) Vea, por ejemplo, "Crime, the Public and the Law", *The Magistrate*, Tom. XXI, N° 3, Marzo, 1965, pág. 34.

(116) Como está indicado en otro contexto por el "Bangalore Seminar", informada a pág. 341, *Journal of the International Commission of Jurists*, (Summer, 1963), Tom. IV, N° 2.

otra. Estas transacciones desacreditan a la policía y a la abogacía, a pesar de sus pretensiones de utilidad; y su naturaleza oculta las hacen aún más peligrosas.

### 5. *El Derecho de Libertad Personal Debe Ser Garantizado*

Hay en la Gran Bretaña, generalmente, una inmunidad ante la detención arbitraria. Una persona acusada de un crimen puede ser detenida por orden expedida por un juez de paz, después de haber oído el testimonio que lo ha convencido que se ha cometido un crimen con respecto al cual la persona nombrada debería responder. Por regla general, los jueces de paz son parcos en la emisión de estas órdenes y su prudencia se ha comunicado a la policía, cuyos agentes constituyen la mayor parte de los solicitantes. La detención, por orden judicial, es un asunto lento y es claro que ningún sistema que confíe en este único modo podría ser efectivo. La característica insatisfactoria del régimen jurídico inglés, es que poderes de detención sin orden son muy técnicos y complicados, aun para una persona con una educación jurídica. No se los encuentra en ningún código, al cual el ciudadano ansioso podría referirse. Algunos de estos poderes para detener sospechosos se derivan de leyes parlamentarias, otros se autorizan por la legislación delegada por el Parlamento, mientras los demás se encuentran en el "Common Law", esa parte oscura y dispersa, basada en las decisiones de los jueces superiores y muchas veces refiriéndose a una época en la cual "El Condestable" era un funcionario muy diferente de los agentes de policía que tienen el mismo nombre en nuestros días. Algunos de los poderes de detención pueden ejercerlos todos los ciudadanos; otros pertenecen solamente a los policías. Algunos son generales y pueden ejercerse en cualquier región o en cualquier momento. Otros pueden ser ejercidos solamente por ciertos funcionarios estatales en determinados lugares o en ciertas épocas. Desde la antigüedad, la disponibilidad de estos poderes se ha

relacionado con una clasificación de crímenes, que no tiene ninguna relevancia actual, aunque retiene su validez en nuestra época (117). Por fin, esta clasificación está por desaparecer. El peligro actual al Imperio de la Ley no es la existencia de extensivos poderes de detención sin orden, sino la oscuridad de los que existen y la completa inhabilidad por parte del ciudadano ordinario de comprender sus derechos. Es cierto que muchas personas inocentes acompañan a los policías a sus cuarteles, en la creencia equivocada que deben hacerlo según la ley. Igualmente es infortunado que esta actitud mental sea fomentada y estimulada por la policía misma con motivo de evitar algunas de las dificultades de su trabajo. La oscuridad, junto con esta conducta crea sospechas hacia la policía y un desgano de los ciudadanos de cumplir sus deberes. Como el primer paso es asegurar la confianza pública y reparar esta violación del Imperio de la Ley, sería deseable la publicación de una definición clara y simple de los poderes de la policía.

Una persona que considera que su libertad ha sido infringida ilegalmente, puede iniciar una acción civil o penal contra la persona que cree responsable de su infortunio. La experiencia ha enseñado que no es fácil lanzar con éxito tales acciones contra la policía. Generalmente, las personas que inician las demandas son de pocos recursos o de mal carácter, disminuyendo la probabilidad de lograr éxito en su acción ante la corte. Ha habido, en estos últimos años, un número de acciones contra la policía, que han llevado a la inquietud pública. De tarde en tarde, los defensores hacen respecto a conducta impropia durante la detención o respecto a prácticas irregulares dirigidas a obtener confesiones. El sistema actual hace muy difícil las investigaciones policiales si las autoridades se portan estrictamente. Esta incongruencia causa ficciones

---

(117) Vea, Cita 88, arriba. Aún un ciudadano ordinario tenía el poder, de veras, un deber, de detener a alguien que comete un "felony" en su presencia. Poca gente podía distinguir un "felony" de cualquier otra infracción.

y engaños que son completamente perniciosas y que muchas veces pueden conducir a graves injusticias. Demandas para la orden de "Habeas Corpus" son raras en Inglaterra. Acusaciones de confesiones obtenidas por medios impropios, o que la persona acusada haya sido sometida a presión irregular, se oyen diariamente en las cortes inglesas. Es con referencia a la frecuencia de éstas, en vez de a la variedad de aquellas demandas que se debe estimar el grado de libertad personal que existe en realidad bajo la constitución británica. Los abogados ingleses tienden a considerar este problema no como pertinente a la constitución, sino como parte del derecho penal. El caso sirve una vez más para ilustrar cuan difusos son los principios del derecho constitucional británico y cuan lejos se debe viajar para recogerlos.

### *Resumen*

Es claro, aun por estas pruebas superficiales, que la constitución británica no guarda muchas de las características que hoy en día son consideradas esenciales para establecer y mantener el Imperio de la Ley. Sin embargo, existe la firme creencia de que los principios son bien observados en el espíritu, aunque no se los encuentre en la sustancia. Si en verdad es así, no es merced a la constitución misma, sino a la manera en la cual sus diversos componentes se manejan en la realidad. Hay graves peligros en esta fluidez y vaguedad, pero al fin la cuestión se reduce a esto: ¿Es mejor tener una constitución escrita, los principios de la cual son claros para ser vistos por todos, pero la que se pasa por alto cuando sea inconveniente, y que sea destruida cuando venga a ser un lastre; o una constitución, la cual, pese a sus imperfecciones es capaz de adaptarse con cierta exactitud al espíritu político del pueblo al que sirve, siendo, en realidad, nada más que la manifestación encarnada de ese espíritu? Poca gente dudará de la respuesta. No existe ninguna constitución que

pueda resistir los huesos de una revolución completa, preservándose en efectividad jurídica; ninguna constitución destruida de este modo puede pretender validez contra la constitución que la suplantara (118). La constitución británica debe su energía y efectividad a su enredo completo con el sistema de derecho del que forma parte (119). No es sencillamente algo encima, algo diferente en carácter y cualidades del resto, al que se refiere solamente en ocasiones especiales. La constitución es la ley misma, en todos sus aspectos, y todo su alcance. Los peligros reposan en su dinamismo. los sutiles cambios de poder que hacen posible su flexibilidad. Durante gran parte de la larga historia de la profesión, el abogado inglés ha acariado ficciones. Un gran tiempo después que una institución ha dejado de servir al objeto para el cual fue originalmente diseñada, se la retiene para algún propósito enteramente distinto, mientras que mediante la preservación de la misma forma se sostiene el fingimiento de que nada ha cambiado. Muchas interpretaciones de la constitución británica se basan en tales ficciones (120). A este proceso el "Common Law" debe mucho de su desarrollo. Es cierto que el abogado inglés se engaña en cuanto al estado verdadero de cosas, manteniendo por largo tiempo estas ficciones. ¿Quién puede decir en nuestra época cuál fue el momento preciso en que la soberanía del Parlamento se convirtió en tal ficción? La mera sugerencia de tal cosa como doctrina constitucional, sería una herejía actual-

---

(118) Veá, "An Introduction to the Law of the Constitution", págs. 128-131.

(119) Es notable que no se encuentra ninguna palabra tocante a derecho constitucional como tal en las obras del gran abogado inglés del siglo XVIII, "William Blackstone", cuya influencia sobre la constitución de los Estados Unidos de América era tan considerable.

(120) Veá, "Derecho Constitucional Comparado", págs. 231-232. Veá, también, el brillante artículo por Profesor Bernard Crick, "The Fiction of Magna Carta", "The Observer", Junio 6, 1965. Veá, también el artículo, por Dr. Rodolfo Batiza, Boletín de Derecho Comparado de México, N° 49, En Abril 1964, págs. 3-30.



mente (121). Muchos años deben pasar antes de tomarse conciencia de ella y tener la seguridad para expresarlo abiertamente. Sin embargo, es cierto que el abogado inglés no descubrirá la respuesta al estudiar lo que se considera convencionalmente el derecho constitucional inglés. Solamente por animarse y aventurarse intrépidamente en el país como explorado del científico político será probable hacerlo. La contemplación de tal excursión revela los límites de la materia en el régimen jurídico inglés. El que puede apreciar el dilema del abogado inglés frente a problemas de esta índole, ya ha aprendido mucho de la constitución británica.

---

(121) Compare De Tocqueville, citado por Dicey: "An Introduction to the Law of the Constitution", pág. 123, "(Inglaterra) no teniendo una constitución escrita, ¿quién puede afirmar en qué momento su constitución es cambiada?"