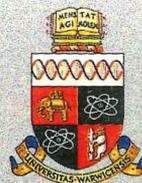


UNIVERSITY OF WARWICK
School of Law



Capítulo 8

DESAFIOS CONSTITUCIONALES CONTEMPORANEOS

César Landa y Julio Faúndez
(editores)



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FACULTAD DE DERECHO
Maestría en Derecho Constitucional 1996
FONDO EDITORIAL

Primera edición, marzo de 1996

Carátula: Sandra Bigio

Cuidado de edición: Carlota Casalino

Corrector de estilo: Eduardo Toche

Desafíos Constitucionales Contemporáneos

Copyright © 1996 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Av. Universitaria, cuadra 18. San Miguel. Apartado 1761. Lima 100, Perú. Telfs.: 462-6390, 462-2540, anexo 220.

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Derechos reservados

ISBN: 9972-42-007-8

Impreso en el Perú - Printed in Peru



Geoffrey P. Wilson

LAS CONVENCIONES Y LA CONSTITUCIÓN BRITÁNICA

LOS CONVENIOS Y EL DERECHO

Hace tres semanas estuve en Varsovia escuchando a juristas alemanes exponer los problemas que entraña la restricción del derecho de propiedad —que está garantizado por su Constitución, la *Grundgesetz*— con fines de protección ambiental. Al intentar identificar los problemas y buscar los principios que pudieran servir para resolverlos, hablaron sobre las disposiciones de la propia Constitución, las decisiones del Tribunal Constitucional alemán y sobre los enfoques de los comentaristas autorizados, de la misma manera que podrían hacerlo abogados privados al estudiar las disposiciones del código o las leyes, los fallos de los tribunales y los puntos de vista de comentaristas enterados, para tratar de encontrar la solución de un problema de derecho privado.

No tardé mucho en darme cuenta de que operaban dentro de un marco legal diferente al que estoy acostumbrado. No es que hubieran asumido una actitud pasiva ante los materiales a mano, ateniéndose estrictamente a los textos y a las decisiones constitucionales, o que estuvieran actuando muy formalmente. En realidad estaban enfrentando el problema en forma muy positiva y sofisticada, decididos a llegar a lo que ellos consideraban un resultado

aceptable, si bien uno que encajara dentro de los textos acreditados con los que estaban trabajando. Esto me hizo recordar un comentario que escuché recientemente sobre el sistema constitucional alemán, que no era simplemente un *Rechtsstaat* –un sistema basado en la ley de derecho– sino también un *Juristenstaat*, un sistema regido por juristas.

Mi experiencia en Polonia fue un recordatorio útil sobre cuán diferentes pueden ser los ordenamientos constitucionales en los distintos países, aun teniendo valores y objetivos similares, y eso no obstante las presiones que se ejercen para alcanzar lo que podríamos llamar la internacionalización de los principios del derecho constitucional. Este fenómeno se ha venido desarrollando por lo menos desde el siglo XVIII con la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos, la puesta en vigencia de su Constitución, y la Declaración de los Derechos del Hombre de la Revolución Francesa, suceso que en Europa, particularmente, ha tenido un reciente resurgimiento como resultado del derrumbe de los regímenes socialistas de la Unión Soviética y de Europa Central y Oriental.

CONSTITUCIONES NO-ESCRITAS

El mero hecho de que existan diferencias no es en realidad particularmente asombroso. Cualquier texto constitucional básico generalmente se inicia con el establecimiento de algunas de las categorías u opciones más generales, en los cuales se pueden dividir las constituciones, por ejemplo: federal y unitaria; presidencial y parlamentaria; de partido único o multipartidario. Pero existe otra distinción que probablemente se nota con menor frecuencia, aunque se le puede encontrar usualmente como una de las mencionadas en primer término en los libros de texto británicos, la misma que en muchos sentidos es más importante que las otras distinciones: la que existe entre constituciones escritas y no-escritas. No faltan razones que explican porqué se le brinda menor atención a esta diferencia. Una es que cuando la gente, en particular los abogados, hablan de la Constitución generalmente tienden a pensar en constituciones

escritas. Esto es lo que significa para ellos el tener una Constitución, especialmente cuando hablan de tener una nueva Constitución. Pero existen otras razones, que probablemente son aún más importantes. Una es que cuando buscamos ejemplos de constituciones no-escritas, éstas son muy difíciles de encontrar. Se podría decir que el Reino Unido es casi el único país que cae dentro de dicha categoría. Por supuesto que también el Reino Unido se ubica en una categoría única cuando los sistemas de derecho privado en todo el mundo se dividen en sistemas escritos, basados en códigos, y en sistemas de derechos consuetudinario, a los que algunas veces se refiere también como no-escritos. Pero en esto Inglaterra no está sola. Los Estados Unidos, Canadá, Australia, varios países de Africa y la India, tienen también sistemas de derecho privado no-escritos en el sentido de que no operan sujetos a un código global. Una razón más para esta aparente negligencia, es de carácter más práctico, y que comparte una Constitución no-escrita con un sistema de derecho privado también no-escrito. Cada uno de ellos es menos movable y transferrible que una Constitución o código escrito. Una Constitución no-escrita no brinda un modelo útil que pueda ser incorporado de inmediato por ley en otro contexto. No obstante, pienso que por lo menos tiene el valor de una curiosidad y quizás también, valores arqueológicos, antropológicos y hasta zoológicos, como unos restos ruinosos de la antigüedad que por siglos han permanecido ocultos y abandonados y súbitamente son redescubiertos, o algún antiguo animal que se suponía extinto y que de repente apareciera en la costa occidental de Europa, o incluso alguna especie rara de animal en un zoológico. La analogía del animal pudiera ser la más idónea porque, como se verá más adelante, pudiera ser que la Constitución no-escrita no sea sólo singular sino también una especie en extinción.

LA CONSTITUCION BRITANICA

Permítaseme empezar recordándoles algunas de las características de la Constitución británica y las diferencias más resaltantes que existen entre ella y las constituciones escritas. Sobresalen tres.

No sólo no tiene una Constitución escrita sino que tampoco cuenta con un tribunal constitucional. No garantiza derechos básicos. El Reino Unido es un signatario de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, lo que significa que puede ser llamado ante la Comisión Europea y el Tribunal Europeo sobre Derechos Humanos en Estrasburgo en caso de suponerse culpable de una transgresión de la Convención. Sin embargo, la legislación de la Convención no es exigible directamente en los tribunales británicos. Lo que significa que un caso de reparación de daños no puede apoyarse en la Convención, ni se puede apelar a ella para dar sustento a una sentencia ni como respaldo al otorgar una reparación.

No sólo no existen derechos fundamentales sino que tampoco existen leyes fundamentales. La razón es que el principio básico legal de la Constitución británica ha sido la doctrina de la Soberanía del Parlamento. Hasta hace poco la versión ortodoxa de esta doctrina, que estaba incluida en todos los libros, era fácil de citar. En lo que concierne a los tribunales, significaba que no existían límites para las leyes que pudieran ser promulgadas por la legislatura. No existían fundamentos en base a los cuales se pudiera cuestionar en los tribunales una legislación debidamente promulgada. Una de las consecuencias de esta situación es que lo que había sido promulgado podía siempre ser enmendado o incluso rescindido en el futuro y se esperaba que los tribunales aplicaran una ley posterior dondequiera que existiera inconsistencia con una ley previa y esto podía suceder aún si la legislación posterior no expresara explícitamente su intención de afectar la legislación previa y no obstante lo fundamental que se previó fuera la legislación anterior. En la práctica esto significa que una de las principales limitaciones a sus poderes legislativos, por lo demás ilimitados, fue que la legislatura estaba incapacitada de promulgar una ley fundamental. Si el Parlamento, por ejemplo, se propusiera promulgar una Declaración de Derechos como una limitación a futuras legislaciones, e inclusive si la restringiera con un procedimiento especial de enmienda que requiriera, por decir, una mayoría de dos tercios para ser enmendada o rescin-

dida, esto no afectaría en nada a la legislación siguiente puesto que la última prevalecería sobre la primera si hubiera inconsistencia entre ellas, aún cuando no se hubiera observado el procedimiento especial de enmienda. El Parlamento no podría impedir su futura acción legislativa. Esta ha sido la doctrina básica desde hace por lo menos ciento cincuenta años, desde el momento en que la legislación empezó a ser una fuente mayor de jurisprudencia en el Reino Unido. Hoy en día, sin embargo, uno tiene que poner cualquier descripción simple de la doctrina en el pasado, pues ha quedado sujeta a por lo menos una importante condición, como resultado del ingreso de Gran Bretaña a la Comunidad Económica Europea y la aceptación del Reino Unido de las obligaciones impuestas por el Tratado de Roma. A diferencia de la legislación de la Convención sobre Derechos Humanos, la legislación de la Comunidad Europea, sí es aplicable directamente en los tribunales británicos y puede utilizarse como base para argumentaciones, sentencias y compensaciones contempladas en ella. En lo que concierne a la legislación de la Comunidad, es aceptable ahora que inclusive los tribunales británicos, como los tribunales de los otros estados miembros, puedan ser requeridos, al amparo del Tratado de Roma, a aplicar la legislación de la Comunidad aún cuando ésta sea inconsistente con la legislación británica y que rehúse aplicar la legislación británica si fuera inconsistente con la legislación de la Comunidad, inclusive si la legislación británica fuera promulgada después de la legislación de la Comunidad. La antigua y prístina doctrina de la soberanía del Parlamento ha sido modificada hasta ese extremo, al menos en lo que concierne a la legislación de la Comunidad, y la legislación promulgada para implementar las obligaciones británicas que condicionan su ingreso a la CE, llegando a ser una especie de derecho fundamental, que no está sujeto ni siquiera a cambios imprevistos en el campo de la legislación de la Comunidad. Sin embargo, dejando este nuevo acontecimiento de lado por el momento, el resto de las características básicas al parecer permanecen intactas. Sin Constitución escrita, sin derechos garantizados, sin limitaciones básicas en el poder legislativo y sin Tribunal Constitucional.

UTILIZACION DE LAS CONVENCIONES

La siguiente interrogante es: ¿qué significado tiene todo esto para el derecho, los abogados y la jurisprudencia? En lo que al derecho concierne, significa que la ley no desempeña en la Constitución de Gran Bretaña el mismo rol principal que se le da en las constituciones escritas que rigen en otros países, especialmente aquéllas que garantizan los derechos básicos y cuentan con un tribunal constitucional. El papel que la ley desempeña está más bien sujeto en considerable medida a lo que denominaríamos convenciones. Son las convenciones, es decir prácticas pasadas que han sido aceptadas y reconocidas como obligatorias, las que disponen las instituciones básicas, la adjudicación de poderes y responsabilidades fundamentales y las que proveen los límites al ejercicio de un poder excesivo y arbitrario. Y por lo general es a ellas a las que uno tiene que apelar dentro del sistema británico y no a la jurisprudencia o a un tribunal constitucional, en caso de algún reclamo sobre alguien que ha actuado inconstitucionalmente o cuando existe una disputa sobre si determinada acción es constitucional o no. Esta es una de las razones por las cuáles es difícil describir la Constitución británica como *Rechtsstaat*. Se apoya en las convenciones más que en el derecho. Existen por supuesto leyes que establecen con gran detalle el comportamiento que se espera de las instituciones, qué poderes deben poseer y cómo deben ejercer dichos poderes; así como también existen tribunales que deciden disputas entre ciudadanos y el Estado y si los mencionados poderes han sido ejercidos con propiedad o si se han cometido excesos. Pero la comprobada legitimidad de estos poderes y el rol de los tribunales que constituyen sus raíces constitucionales, no podrán encontrarse en ningún documento autorizado. Se apoyan firmemente en convenciones y antecedentes prácticos.

En realidad no hay nada sorprendente en la utilización en sí de las convenciones. Aun en los países con constituciones escritas no se puede esperar encontrar en la propia Constitución todo lo que uno busca sobre el ordenamiento constitucional, o en las decisiones

de su tribunal constitucional, ni siquiera en los comentarios sobre ellos. Las convenciones contienen en sí todas las disposiciones y decisiones legales básicas y con frecuencia se convierten en el "aceite" necesario para que la maquinaria formal funcione adecuadamente. No obstante, en el Reino Unido las convenciones no son simplemente "aceite". También son parte fundamental de la maquinaria.

Entre las convenciones existentes las más importantes son aquellas que se desarrollaron históricamente como parte de la transformación de un gobierno monárquico a uno parlamentario, desde la situación del siglo XVII cuando el Rey reinaba a la de hoy día en que la Reina, como decimos, reina pero no gobierna. Fue de esta manera que se desarrollaron el cargo de Primer Ministro, el rol del Gabinete y el principio de la responsabilidad del Estado o rendimiento de cuentas al Parlamento, por ejemplo, y la monarquía dejó de tener un papel activo en el gobierno. Sin embargo, este proceso no quedó totalmente terminado hasta principios del presente siglo. Tomó doscientos años y terminó con el deceso de la Reina Victoria, la última monarca que deliberadamente intentó interferir con las funciones del gobierno electo.

Si bien las convenciones que marcaron la transformación de monarquía a gobierno parlamentario son las de mayor importancia histórica, el papel de las convenciones no es simplemente histórico. Las convenciones se encuentran aún en las raíces de todas las instituciones principales, principios gubernamentales y actuales actividades cotidianas. La independencia de los jueces, el sistema de gobierno local, las disposiciones que regulan la conducta de la administración, el principio del Imperio de la Ley, todos se apoyan en última instancia en las convenciones. Y todos ellos tienen como característica propia que la responsabilidad por su mantenimiento y observancia esté precisamente en manos de los propios actores principales de la escena constitucional. A menos que su conducta se sujete a los detallados reglamentos del derecho administrativo, los mismos que finalmente descansan en una convención, o en casos

aún más extremos, el derecho penal, no existe tribunal ante el que se pueda apelar en caso de transgresión, ni siquiera para determinar si es que ha habido transgresión o no. Hasta cierto punto es un sistema basado en gran medida en la autodisciplina y el autocontrol.

GOBIERNO Y PARLAMENTO

La dependencia de la Constitución británica en convenciones presenta un problema para los eruditos en jurisprudencia. En un país con una Constitución escrita y un Tribunal Constitucional es natural empezar con lo estipulado por la Constitución y las decisiones del Tribunal. No sólo constituyen el punto de partida. Con frecuencia determinan además los alcances del asunto del derecho constitucional. En algunos casos el alcance del tema puede ser aún más estrecho y enfocarse íntegramente en aquellas partes de la Constitución que se considera justiciables. El alcance está determinado entonces por la jurisdicción del Tribunal Constitucional. En el Reino Unido tanto el punto de partida como el alcance del tema que concierne a un abogado constitucionalista son más bien cuestión de elección. No existe lugar en el cual las prácticas constitucionales señalen alguna autoridad. Con frecuencia ni siquiera son explícitas, menos aún formuladas en la manera que están estipuladas las disposiciones de una Constitución escrita. Pueden aparecer simplemente como supuestos o referencias casuales en informes concernientes a otros asuntos. También pueden aparecer como simples prácticas que sólo se convierten en convenciones cuando alguien presenta el desafío de una aparente transgresión a los mismos. Y no existiendo un Tribunal Constitucional cuya jurisdicción y funciones pueda proveer un enfoque principal de atención, ¿qué es lo que se puede hacer?

La razón por la cual los abogados constitucionalistas con constituciones escritas y un tribunal constitucional se centran en las disposiciones constitucionales es porque ellas componen el meollo del ordenamiento constitucional del país. Pero, ¿dónde está el meollo

de la Constitución británica? Para un estudioso de la Constitución británica esto es más bien una cuestión de elección. La mía sería que el meollo de la Constitución británica, lo que le da su carácter predominante y lo que es la clave de sus aciertos y desaciertos, es la relación entre el gobierno y el Parlamento. Es esta relación y el principio de responsabilidad y rendimiento de cuentas del gobierno ante el Parlamento, lo que conforma el meollo de la Constitución británica. En ausencia de un tribunal constitucional es aquí donde recae la principal responsabilidad para el logro y mantenimiento de un gobierno Constitucional en el Reino Unido, y es aquí también que se encuentran los actores políticos que son los principales responsables del logro y mantenimiento de la constitucionalidad.

A pesar del frecuente escepticismo reinante, el hecho de que el gobierno rinda cuentas al Parlamento está en el corazón de la Constitución británica. Los gobiernos son nombrados porque obtienen la mayoría en la Cámara de los Comunes. Todos los ministros principales son miembros de la Cámara de los Comunes. Se espera que los ministros se presenten regularmente ante la Cámara de los Comunes a explicar y defender sus políticas, algo que está simbolizado en el diario *Question Time* (Momento de Preguntas) cuando todos los ministros, incluyendo el Primer Ministro, contestan por turno todas las preguntas que les puedan hacer los miembros de la Cámara. Existe una larga tradición de que la habilidad para debatir en el Parlamento es una de las cualidades que se espera de los miembros del gobierno. La reputación de los ministros depende incluso de la manera en que enfrentan el cuestionamiento y la crítica en el Parlamento. La habilidad de "manejar" al Parlamento verbalmente en público y de pie y no privadamente en los pasillos o a puerta cerrada, se considera todavía como una medida de la habilidad política de los miembros del gobierno y de aquéllos que desean serlo. La introducción de la televisión en la Cámara de debates ha aumentado aún más, si cabe, la importancia de esta actuación en el Parlamento.

Es la relación entre gobierno y Parlamento el meollo mismo de la Constitución británica, por tanto son los procedimientos parlamentarios los que forman la esencia de esta relación y en el corazón de dichos procedimientos parlamentarios se encuentran los reglamentos, las costumbres y prácticas que han devenido alrededor de ellos. Es en dichos reglamentos donde se encuentra en última instancia, el equilibrio del poder constitucional entre el Gobierno y la oposición; entre la necesidad de que se le permita al gobierno gobernar efectivamente, por un lado y del otro, los derechos de la oposición y miembros del Parlamento a criticar, exponer las debilidades de las políticas propuestas por el gobierno y mejorarlas, y en el caso de la oposición, presentarse ante el público en general como una futura alternativa de gobierno.

Al centro de estos procedimientos y responsable de que se cumplan; atendiendo las quejas sobre aquéllos que no se han cumplido y resolviendo problemas y disputas sobre ellos, está el Presidente independiente de la Cámara de los Comunes, que es a su vez un miembro de la Cámara elegido por los otros miembros. Aunque el Presidente es también miembro del Parlamento, por su mismo cargo se espera que actúe con absoluta imparcialidad y mantenga el equilibrio mencionado entre el gobierno por un lado y la oposición y miembros individuales del Parlamento, por el otro. Los usos y reglamentos del procedimiento parlamentario son fundamentales para la efectividad de la Constitución. Son también fundamentales para el entendimiento de la misma. Y esto es, precisamente, la razón por la que no son fundamentales en el sentido formal. Pueden todas cambiarse por simple mayoría en el Parlamento, así como también una decisión del Presidente puede ser anulada por mayoría simple. Esto significa que, en principio, las disposiciones y su observancia están a merced del gobierno de turno. Es cuestión de convenio que en la práctica los gobiernos apliquen un autocontrol a este respecto como en otros, y para ellos hacer lo contrario sería inconstitucional, aún cuando no exista tribunal alguno que los pudiera cuestionar.

EL ROL DE LOS TRIBUNALES

¿Cuál es entonces el rol de los tribunales en la Constitución británica? ¿Desempeñan algún papel importante? La respuesta es, por supuesto, que desempeñan un rol independiente y que por consiguiente, tanto su rol como su independencia son en sí mismos dos convenciones básicas de la Constitución. Su papel no tiene el elevado perfil que tienen los tribunales en los países donde existe una Constitución escrita, aunque una decisión que detiene al gobierno en su trayectoria o declara que éste ha actuado más allá de sus atribuciones puede causar gran revuelo, y su independencia no se ve garantizada con sólo figurar en un documento fundamental por escrito. En lo que concierne a su independencia los jueces son de los menos protegidos legalmente dentro de cualquier sistema democrático. Ellos son directa o indirectamente nombrados por el gobierno de turno, sin la protección que podría brindarles un nombramiento por una comisión independiente, aunque esto en sí mismo puede también ser considerado una ventaja dentro de un sistema donde el principio de la formalidad de la influencia partidaria es reconocida por el nombramiento de una comisión que intenta reflejar un equilibrio en la influencia de los partidos, o que en la práctica es vulnerable a la presión política de un determinado partido. Sin embargo, se puede afirmar que, salvo dos excepciones, en el Reino Unido los partidos políticos y la influencia o cabildeo juegan un papel casi insignificante en la selección o promoción de los jueces. La primera excepción es cuando un Procurador General es recompensado con un nombramiento judicial, aunque esto es visto más como una compensación por servicios prestados que como una expectativa de que pueda hacer uso de su influencia como juez en alguna tendencia política en particular. En otras palabras, en el sistema judicial es más una cuestión de patrocinio político que de influencia política. La segunda excepción es la algo anómala cartera del Lord Chancellor ¹ quien es al mismo tiempo el jefe político de

1 El Lord Chancellor, para el cual no existe término adecuado en español, es un funcionario británico que preside la Cámara de los Lores tanto en lo legislativo

un Departamento de Estado, el equivalente más cercano en Gran Bretaña de lo que es un Ministro de Justicia y tiene una curul en el tribunal más alto del país, la Cámara de los Lores (que no debe confundirse con la segunda Cámara legislativa que tiene el mismo nombre y en la que él actúa como presidente). Existe una disposición legislativa para que los jueces de mayor jerarquía no deban ser depuestos en tanto que su conducta no deje nada que desear, y si así fuera, sólo serán depuestos con la venia de la Reina y del Parlamento; pero esta disposición, como cualquier otra legislación puede ser revocada o enmendada por mayoría simple en el Parlamento. Por tanto, en esencia, la posición y desempeño de los jueces son cuestiones de convención, al igual que las demás características de la Constitución que ya se han discutido. Los jueces son independientes porque se da por sentado que deben serlo. Los gobiernos no interfieren con su independencia porque también se da por sentado que no deben hacerlo. Es una cuestión de tradición que aquí, como en cualquier otra parte, no se trata simplemente de una práctica sino de una convención constitucional.

No es que la independencia de los jueces se tolere simplemente porque adoptan una posición neutral o pasiva. En realidad desempeñan un rol independiente muy positivo. Un ejemplo notable es su contribución al desarrollo del derecho administrativo británico donde, desde fines del siglo XIX, adaptaron soluciones diseñadas para otros fines a la tarea de supervisar la utilización de los poderes del Estado e, independientemente del gobierno y sin siquiera un buen respaldo legislativo, desarrollaron principios para determinar si los organismos públicos habían actuado dentro de sus facultades y si habían seguido los procedimientos apropiados, no sólo los procedimientos estipulados en la legislación que les otorgaba los poderes en el primer lugar, sino procedimientos que los propios tribunales decidieron exigir adicionalmente. Estos acontecimientos

como en lo judicial y es por lo general un miembro líder del Gabinete. (Diccionario Webster Un-abridged). (N. de la T.)

se han visto estimulados aún más en los últimos años por los cambios hechos en los procedimientos en 1978 para obtener la posibilidad de interpretación judicial, uno de cuyos resultados ha sido concentrar por primera vez la audiencia de casos que conciernen a la determinación y aplicación del derecho administrativo, a cargo de jueces especializados, pero sin transgredir formalmente la tradición británica de no contar con un tribunal administrativo separado *eo nomine*. Aun cuando algunos de estos acontecimientos han sido dramáticos, como muchos otros, se apoyan en realidad en convenciones; esta vez la convención que se asocia al principio del Imperio de la Ley, en el sentido de que el gobierno de un país debe darse dentro de poderes limitados y sujeto al derecho consuetudinario de la nación administrado por tribunales ordinarios, uno de los persistentes legados del impacto que tuvo la Ley y la Constitución del Profesor Dicey en el siglo XIX en el área del pensamiento constitucional británico. Y, como se ha mencionado anteriormente, los tribunales han ido más allá en relación a la legislación de la Comunidad Europea, donde se ha abandonado la doctrina tradicional de la Soberanía del Parlamento e ignorado la legislación inglesa cuando ha quedado demostrado que son inconsistentes con la legislación de la Comunidad. Los gobiernos han tenido que aceptar cada uno de estos hechos descollantes.

MAYORES INFLUENCIAS

Todos los asuntos discutidos hasta el momento son importantes para quienquiera que sienta curiosidad sobre la Constitución británica y la forma en que ésta funciona en la práctica. ¿Tienen acaso una influencia más amplia en el estudio de las constituciones en general? A fin de cuentas es el lector quien debe juzgarlo, pero algunas sugerencias se me vienen a la mente.

El énfasis en las convenciones en la Constitución británica es un importante correctivo para un estudio centrado en las estrictas normas del derecho y para el supuesto de que es la ley lo que determina exclusivamente lo que es constitucional y lo que no lo es.

La inexistencia de una Constitución escrita y particularmente de un tribunal constitucional, impone al constitucionalista británico la necesidad, y de ahí la libertad, de escoger lo que es relevante constitucionalmente y lo que no lo es, no en términos de la jurisdicción de un tribunal o de las disposiciones estipuladas por escrito en una determinada Constitución, sino de una forma más cercana a la realidad. El énfasis en las convenciones significa en realidad el énfasis en la práctica, la manera en que la gente se comporta realmente más que una doctrina formal legal, y en la práctica cotidiana y no en el tipo de casos espectaculares o especiales que pueden recurrir a un tribunal constitucional.

El hecho de que los problemas constitucionales no necesariamente deban discutirse dentro del marco de una doctrina legal, significa que existe un mayor espectro de factores que pueden ser tomados en cuenta. Los abogados constitucionalistas, por ejemplo, pueden proponer nuevas instituciones así como nuevos principios y doctrinas legales, sin estar sujetos a ningún texto en particular.

En el caso de una Constitución no escrita, es claro que la responsabilidad de lograr el constitucionalismo no se puede aplicar solamente a los tribunales, ni existe tampoco la tentación de utilizar los procedimientos diseñados para tratar temas constitucionales como un medio para llevar a otro foro los conflictos político-partidarios. La responsabilidad primordial claramente recae en los actores políticos más importantes. Dentro de este contexto es importante añadir que un gobierno responsable necesita el complemento de una oposición responsable, algo que se le reconoce formalmente en la Constitución británica, bajo el título de La Oposición de su Majestad, a los partidos de oposición en el Parlamento, siendo designado el líder del partido mayoritario opositor como Representante de la Oposición de su Majestad asignándosele una remuneración. La oposición debe también aprender autocontrol. A cambio se les reconoce un *estatus* especial, que dentro del contexto británico se refleja en su desempeño en la organización y la conducción de los asuntos parlamentarios. La responsabilidad no sólo recae en los actores prin-

cipales sino que se dirige directamente hacia su base, a los hombros de los actores minoritarios como son el policía en ronda, los funcionarios de las oficinas locales de seguridad social hasta llegar al ciudadano común. En realidad este es el lado positivo pero oneroso del autogobierno.

A nivel de teoría, la experiencia de una Constitución no escrita sugiere que no es de sabios hacer una distinción simple y drástica entre la política y el derecho. Sin embargo, existe un campo para una categoría intermedia que, por falta de una expresión más apropiada, podría llamársele político-constitucional, que cubre los logros del constitucionalismo por medios catalogados como no legales, lo cual es una de las funciones esenciales de las convenciones.

Una Constitución no escrita pone énfasis en los continuos esfuerzos que se necesitan para mantener la constitucionalidad. Aquí no existe un momento decisivo que permita a todo el mundo relajarse. Finalmente, la constitucionalidad realmente nunca se logra totalmente. Aunque se haya llegado a la decisión definitiva por una Constitución escrita, aún así, la elaboración y la implementación cotidiana de una Constitución se traduce en que el debate constitucional siempre continúa. Una Constitución no escrita hace más destacable esta situación, así como hace evidente que esta tarea no puede ser dejada enteramente al derecho o a los tribunales. También demuestra con claridad meridiana que los temas constitucionales no pueden jamás ser separados de la conducta del debate político ordinario.

Aún bajo un sistema tan dominado por el Gobierno como lo es el británico, en el cual jueces y tribunales están formalmente subordinados a la legislatura, es muy importante que tanto los jueces como los tribunales se vean a sí mismos desempeñando un papel descollante e independiente, basado en valores constitucionales que son tan importantes como aquellos en que se basan los poderes del gobierno y del legislativo y que tanto los gobiernos como las legislaturas deben respetar su independencia en general y en lo particular.

¿PERO QUE PASA CON LO NEGATIVO?

En un sistema constitucional no escrito como el británico, la protección de los derechos básicos no tienen el filo que una garantía legal les podría brindar. El hecho de que no pueden usarse y de que no son usados como sustento para alegatos o para doctrina legal en los tribunales británicos les da algunas ventajas a los gobiernos, aparte de que la ausencia de garantías básicas conlleva a confiar mucho en la gente, en los miembros del gobierno, los miembros de la legislatura, los miembros de la burocracia, etc., quienes no siempre pueden ser merecedores de la misma. Decir que una Constitución está basada en derechos es entonces más que una descripción. Es también un grito de batalla y una orientación que está faltando en la Constitución británica.

Paradójicamente la ausencia de una Constitución escrita no sólo ha conducido al fracaso en la elaboración de principios relacionados con los derechos básicos sino también al fracaso en el desarrollo de un cuerpo de principios y valores de democracia constitucional, porque paradójicamente uno muy bien podría esperar que el vacío dejado por la ausencia de una Constitución escrita y de un tribunal constitucional hubiera sido cubierto con declaraciones de principios constitucionales fuertes y ampliamente aceptados. En la práctica tales declaraciones generales de principios, presunciones y valores se encontrarán más probablemente en las sentencias de los tribunales constitucionales de países con constituciones escritas, en el *Bundesverfassungsgericht* alemán y en los comentarios sobre el *Grundgesetz* en Alemania, por ejemplo, y en las decisiones de los tribunales o de la Corte Suprema de los Estados Unidos y los comentarios y la elaboración de principios generados en su accionar, así como los de la Corte Suprema de India, más que en el Reino Unido. Pareciera que ha sido cada vez más poderoso el estímulo de la necesidad de extraer de textos de constituciones escritas y de construir sustentándose en ellos, una base aceptable para argumentación y enjuiciamiento en los tribunales constitucionales, más que la necesidad de llenar el vacío dejado por el derecho constitu-

cional británico por la ausencia de una Constitución escrita o de un tribunal constitucional. En el Reino Unido afirmaciones de este tipo sólo se encontrarán en la misma forma que se encuentran los principios generales de derechos consuetudinarios, dispersos en muchos lugares y mencionados solamente de paso y dentro del contexto de la investigación de casos o tópicos particulares y en esta instancia no sólo en las decisiones de los tribunales, sino más bien en los informes de las Comisiones Departamentales o Reales, por ejemplo, o los Grupos de Comités Especiales del Parlamento, o incluso en la evidencia presentada ante ellos. Aunque esto tiene la ventaja de la flexibilidad, trae consigo como costo un buen bagaje de inseguridad.

¿EL FIN DE UNA ERA?

¿Será que la Constitución británica es una especie en extinción? Uno de los profesores alemanes en la conferencia de Varsovia mencionada, sugirió que la forma en que yo estaba describiendo las características básicas del enfoque británico a los temas constitucionalistas era totalmente anticuado. Señaló, por ejemplo, que Gran Bretaña era signataria de la Convención Europea sobre Derechos Humanos y que, aunque la Convención no regía aún directamente en los tribunales británicos, era ciertamente algo que el gobierno británico, el derecho británico y hasta los tribunales británicos y por lo tanto, los abogados y eruditos en la jurisprudencia británica, tenían que tomar en cuenta, tal como se habían acostumbrado hace ya tiempo, los abogados alemanes y otros que cuentan con constituciones escritas y garantías de derechos básicos. En otras palabras habían dejado de ser una simple materia de convención y se habían convertido en materia de derecho... Por supuesto que estaba en lo cierto. Podría haber citado también el hecho de que la Corte Europea de Justicia de Luxemburgo ha manifestado que tendrá en cuenta los derechos básicos cuando los considere atentatorios a la validez de la ley de la Comunidad, que no es simplemente un estándar externo por el cual debe medirse la legislación inglesa sino que se ha convertido en parte integral del derecho inglés. Otro cambio notable

que ha ocurrido en el ordenamiento constitucional tradicional del Reino Unido ha sido el impacto de su incorporación en la Comunidad Europea. Como se mencionara anteriormente, esto ha devenido en un cambio en el equilibrio de poderes entre los tribunales, sean de la Comunidad, del gobierno o de la legislatura, en lo que concierne a la legislación de la Comunidad. El Parlamento del Reino Unido ya no goza más del monopolio del poder legislativo y sus poderes legislativos ya no son ilimitados. Los tribunales han reconocido este hecho. No sólo esto, sino que en el curso de realizar este cambio los tribunales han abandonado los principios y actitudes que hasta entonces se habían considerado fundamentales en la relación entre los tribunales y la legislatura. No sólo se han preparado para ignorar la legislación que era inconsistente con la legislación de la Comunidad sino que han dejado de lado los principios de interpretación estatutaria que desde siempre habían sido considerados como básicos y característicos del enfoque de los tribunales británicos ante la legislación. Inclusive han encontrado soluciones que el derecho inglés no consideraba. Formalmente, todos estos acontecimientos se han limitado a cuestionamientos sobre los problemas que han surgido frente a la legislación de la Comunidad. Sin embargo, cuando se apartan de principios tan básicos, por la manera en que los tribunales funcionan en otros campos es difícil predecir por cuánto tiempo será posible o deseable aislar estos acontecimientos del campo de la legislación de la Comunidad. A este respecto, la cuestión de los derechos básicos puede convertirse en la piedra de toque. Se habla una vez más de poner en vigencia una Declaración de Derechos como por ejemplo, haciendo vigente la Convención Europea como una ley británica y convertirla así en parte de la legislación inglesa directamente exigible en los tribunales. Uno de los cuestionamientos que siempre aparecen en relación a tal estrategia es si se podría hacer efectiva en relación a legislaciones posteriores que incumplan los derechos mencionados. La respuesta ortodoxa, como se dijo anteriormente, fue que era difícil prever cómo la puesta en vigencia de los derechos mismos o la provisión de procedimientos especiales para su enmienda o revocación podría evitar que un

gobierno posterior simplemente los atropelle por medio de una ley de derecho consuetudinario en la forma tradicional. Pero la experiencia en relación a la legislación de la Comunidad Europea da a entender que esto no es tan claro como lo era anteriormente. Lo que los tribunales han demostrado que son capaces y están deseosos de hacer en relación a la legislación de la Comunidad, pueden también estar en capacidad y disposición de hacerlo en relación a la vigencia de una Declaración de Derechos y tratarlo como si fuera un nuevo tipo de ley fundamental, que sobreesería cualquier legislación posterior que lo transgrediera o fuera inconsistente con el mismo. Una convención podría de esta manera desarrollar tanto lo que es constitucionalmente apropiado para ellos y lo que es constitucionalmente apropiado que el gobierno acepte.

Esto por supuesto significaría cambios mayores en la manera en que funciona la Constitución británica y también en el papel de los tribunales. Sin embargo, no llega tan lejos como para hacer que las características de la Constitución británica, que prefiere la convención a la legislación escrita, pueda desaparecer por completo. No obstante que, por ejemplo, existen un sinnúmero de razones por las cuales los abogados británicos deben tener en cuenta ahora las garantías de los derechos básicos. Estos derechos todavía no son vistos como fundamentales en el sentido de que son considerados más bien como elementos que cimientan la Constitución a partir de los cuales se pueden desarrollar principios y alegatos. En el pasado los tribunales de Gran Bretaña han rechazado expresamente alegatos basados en la Convención Europea considerando que no forman parte de la legislación inglesa y que no pueden ser por tanto utilizados como fundamento para sentencias de los tribunales británicos. De hecho, uno de los argumentos de aquellos que defienden la integración de la legislación de la Convención Europea a la legislación inglesa es que por primera vez se podría argumentar sobre la base de derechos básicos. La Constitución del Reino Unido permanece aún como una convención más que un sistema legislativo basado en derechos. La renuencia de incorporar las disposiciones

de la Convención Europea dentro del pensamiento de los abogados y eruditos en jurisprudencia británicos puede en parte explicarse por el hecho de que éstos no forman parte formalmente de la legislación inglesa. También puede explicarse como parte de una renuencia general mayor entre los abogados y eruditos en derecho a aceptar el hecho de que las familiares instituciones británicas se han europeizado en el sentido de que la dimensión de la legislación europea debe ser ahora tomada en cuenta en su pensamiento diario, así como también la renuencia a aceptar las consecuencias de la membresía británica a la Comunidad Europea puede aún llevar a los eruditos en jurisprudencia a tratar la legislación y las instituciones de la Comunidad como una suerte de añadidos, que deben interferir lo mínimo posible con los ordenamientos y concepciones tradicionales. Sin embargo esto no pone el punto final a la historia. Existe, como se desprende de las descripciones de la forma en que se ha desarrollado la Constitución británica y de la manera en que funciona actualmente, una profunda renuencia a la exclusiva dependencia y exclusiva atención a la legislación. Y es precisamente esto lo que distingue el enfoque tradicional británico del, por ejemplo, tradicionalista enfoque alemán de plena dependencia y plena sujeción a la ley. Es algo además que hace la transición a los más amplios dispositivos constitucionales de la Comunidad particularmente problemático para cualquiera que esté acostumbrado a trabajar con una Constitución enraizada en la convención más que en la ley escrita. Pero eso ya es tema para otra exposición.

Lima, abril de 1995