

CAPÍTULO NOVENO

JUECES Y TRIBUNALES

De acuerdo con el esquema usual de la separación de poderes, y también con el papel que desempeñan en el funcionamiento del *rule of law*, nos corresponde tratar ahora de los jueces y tribunales, aunque, en realidad, ya veníamos ocupándonos de ellos. En todas partes, pero especialmente en los países judicialistas, de ellos depende, en la práctica, la sumisión del poder al derecho.

Parte de lo que aquí hay que decir pertenece a las teorías generales. El papel constitucional de los jueces y la discusión entre legalismo y judicialismo hunden sus raíces en los propios conceptos de “Constitución” y “derecho”.

I. SENTENCIA O LEY, UNA VEZ MÁS

¿Qué es mejor: la sentencia o la ley? ¿Qué medio es más adecuado para dar a cada uno lo suyo? ¿Cuál sirve mejor a la justicia y garantiza más la seguridad jurídica? ¿Qué preferiría uno, vivir bajo buenas leyes o buenos jueces? ¿Ser protegido en sus derechos por la ley o por el juez? Lo malo del legalismo es que, por buena que la ley sea, al final siempre ha de venir a ser aplicada, *velis nolis*, por un juez, el cual, en los casos no muy claros —y así son muchos, pues, de lo contrario, no proliferarían tanto los litigios— tendrá una cierta facultad de interpretarla como le parezca, pésele a Montesquieu y a Robespierre. Francia es buen ejemplo, pues seguramente ningún otro Estado se ha esforzado tanto por deteriorar la posición del juez ya desde el Antiguo Régimen, pero sobre todo desde la revolución, con el resultado de que el Consejo de Estado, de naturaleza originariamente no judicial, ha terminado desarrollando un auténtico *case law* judicialista. Considérese también el caso de los tribunales constitucionales: en cierto modo, parecen ser fruto de la desconfianza

hacia el legislador y hacia el juez. Respecto al legislador, han conseguido controlarlo, más o menos, pero respecto al juez, lo que han conseguido, al menos en algún caso, es convertirse ellos mismos en nuevos jueces supremos, jueces de los jueces; como había ocurrido antes con la casación, otro invento originariamente antijudicialista.

En cuanto a las preguntas del párrafo anterior, cabe responder que uno preferiría vivir bajo buenas leyes y buenos jueces. Pero dejando de lado las respuestas como éstas y dando por sentado que los jueces son inevitables, ¿qué es preferible, vivir bajo jueces con amplia discreción o muy sujetos a ley?

Si buscamos argumentos a favor de la norma, la sentencia tendrá que reconocer su inferioridad para garantizar la seguridad jurídica y la certidumbre del derecho; ése era uno de los razonamientos antijudicialistas de Montesquieu. Aparte de eso, se esgrime en ocasiones la santidad de la ley *per se*, beneficiándola de una presunción favorable; pero ese argumento parece al menos tan místico como jurídico. Y, en fin, no pocas veces se alega la mayor legitimación democrática de la legislación frente a la adjudicación, pues la ley sería fruto de la voluntad popular, al menos indirectamente, y la sentencia, no. *Sed contra*, parece claro que ordinariamente se tiene menos en cuenta a los electores al legiferar que a los litigantes al juzgar. Por otra parte, debe notarse que la incorporación automática de todas las ideas e intereses de los electores no puede darse por supuesta en cada decisión de un parlamento ni es un principio democrático dar cheques en blanco a nadie, tampoco a los legisladores democráticamente elegidos. Dejemos ahora aparte que la mayor parte de la legislación moderna la hacen los ejecutivos, y que el parlamentario medio interviene poco o nada en la legiferación; para no hablar de lo que interviene el pueblo. Desde cualquier punto de vista que lo consideremos, “legislación” no significa necesariamente “derecho” ni “norma producida democráticamente”.

Además, el carácter más democrático, aun suponiendo por hipótesis que se diera siempre, sería un argumento terminante cuando se tratase de cuestiones políticas, pero la *auctoritas* —por ejemplo, el saber física, o la *prudentia iuris*— no es fácilmente democratizable, porque o se tiene o no se tiene, pero, por su naturaleza, no es divisible: el ciudadano no tiene una parte alícuota de la belleza nacional ni de la sabiduría nacional (si tales cosas existen, lo cual es dudoso), sí la tiene, en cambio, del poder y del dinero, de los cuales el gobierno no tiene parte alguna por derecho

propio. La *potestas*, como la riqueza, es por naturaleza transferible, delegable y divisible, en votos o en monedas. Y mientras que las leyes se hacen para todo el pueblo, las sentencias se dictan sólo para las partes. Por ello, decir que las sentencias son poco democráticas es un argumento vulnerable, más vulnerable que replicar con la ausencia real de democracia en la producción de las leyes, que son fruto de la *potestas*.

Es cierto que la jurisprudencia repetida adquiere alcance general y que eso afecta a todos, pero no lo es menos que el Poder Legislativo y el constituyente retienen la posibilidad de cambiar las leyes o la propia Constitución, y que el juez, por su condición pasiva, nunca podrá realmente lanzarse a competir con ellos. Ciertamente, las cosas cambian cuando los jueces toman la vía del activismo judicial, pero éste, a su vez, sólo es posible si el resto de los poderes y la propia sociedad lo consienten. En general, las sentencias son más imparciales que las leyes, tienen menos ingrediente político, dan más oportunidades a las partes y, obviamente, se refieren al caso concreto, lo cual no es de despreciar tratándose de derecho. Añadamos que, en los últimos siglos, muchos países han conseguido dotarse de cuerpos de jueces aceptablemente competentes e imparciales, mientras que no parece que hayan conseguido dotarse de unas generaciones de parlamentarios de los que pueda decirse lo mismo, entre otras cosas, porque los legisladores no forman, ni deben formar, un cuerpo o profesión estable, que pudiera ir incrementando su ciencia y su experiencia.

Así las cosas, el autor de estas líneas preferiría vivir, si tuviera la oportunidad, bajo jueces en un sistema judicialista y, si fuera posible, bajo jueces como los ingleses. En otros países, como España ahora, la evidente contraposición entre Legislativo y Judicial encubre realmente una contraposición entre Ejecutivo y Judicial. Los jueces son objeto de la desconfianza abierta del gobierno, se les somete a presiones indirectas, o menos indirectas, sus nombres se ventilan en la prensa con noticias sensacionalistas, se les buscan intereses económicos y conexiones ideológicas o familiares. El Ejecutivo parece ver con buenos ojos la teoría de que la justicia ante todo ha de ser democrática, incluso antes que independiente o justa, y ajustarse a las preferencias del pueblo tal como las interpreta el vencedor en las elecciones. La profesión judicial no descuella especialmente por su prestigio ni por su sueldo, lo cual, siendo la naturaleza humana como es, no es baladí en un oficio que reposa sobre la imparcialidad. Los jueces están regidos por un Consejo General del Poder Judicial nombrado por los partidos en proporción a sus escaños

en el Legislativo, de manera que si hay una fuerte mayoría, el Consejo puede resultar ser el órgano de control sobre los jueces, más que del autogobierno de los mismos. Por supuesto que también en el Reino Unido hay problemas, sobre todo ahora que los jueces intervienen más en los campos político y económico; también allí se les reprocha, a veces, el ser más bien conservadores y de clase media o alta. Pero ataques abiertos, incluso rudos e insultantes, como los que se les han hecho en España desde el propio gobierno y desde el citado Consejo General, son raros allí. Lo que hicieron los jueces en las sentencias *Anisminic*, *Tameside*, *Padfield* y demás, repetidamente mencionadas, no hubiera sido fácil en España si se opusieran el Ejecutivo y el Legislativo. No queremos aquí decir que los jueces británicos sean perfectos ni carezcan de todo prejuicio cultural, político o de clase, pero en una valoración comparativa, como tienen que ser las de esta clase, no creemos que salgan mal parados. En los últimos decenios ha habido unos cuantos fallos judiciales desafortunados o conflictivos, bastante difundidos por la prensa, varios de los cuales fueron dictados en pleitos relacionados con los conflictos políticos de Irlanda del Norte.

II. LOS JUECES INGLESES, SUS FUNCIONES Y SU ORGANIZACIÓN

En Inglaterra la judicatura tendrá otros defectos, como la excesiva formalidad, la lentitud y la carestía de los procesos, pero, dice Jennings, “la sola idea de la interferencia de los políticos en la administración judicial, es anatema”.¹⁴⁶ Como afirmó el juez lord Scott en 1937 en *Cooper vs. Wilson*: “el riesgo de que un demandado pueda influir sobre el tribunal es tan odioso para la noción inglesa de justicia que su posibilidad, o incluso la apariencia de tal posibilidad, es suficiente para que la decisión quede privada de toda fuerza judicial”.¹⁴⁷

En 1923 lord Hewart había dicho que no sólo se debe hacer justicia, sino que “debe verse que se hace justicia”.¹⁴⁸

Lo que se observa, de cuando en cuando, en otros países democráticos —a una persona se le niega o torpedea la justicia por razones políticas; el ejecutivo presiona; algunos jueces toman partido abiertamente— no es

¹⁴⁶ Jennings, Ivor, *The Queen's Government, cit.*, p. 145.

¹⁴⁷ *Cit.* por Soto Kloss, Eduardo, “El control jurisdiccional sobre la administración inglesa”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, núm. 6, 18, 1975, p. 120.

¹⁴⁸ *Cfr. Oxford Dictionary of Quotations.*

corriente en Inglaterra. Si alguien se siente agraviado, puede esperar, en principio, que el juez se ponga de parte de la justicia, y que los principios del juego limpio y la justicia natural sean respetados.

Jamás se hace insinuación alguna de corrupción contra nuestros jueces. A menudo pueden estar equivocados; sus remedios pueden a veces ser inalcanzables para los pobres por demasiado costosos; pero disfrutan de una reputación de honradez que muchas naciones tienen razón para envidiar... Hacen todo lo que pueden por ser imparciales, y rechazarían abierta y enérgicamente cualquier intento de presión política.

Y un poco más adelante: “... Los tribunales se han enfrentado severamente contra la parcialidad y la corrupción y han insistido en que «no sólo se debe hacer justicia sino que se debe ver que se hace justicia»”.¹⁴⁹

Los jueces ingleses se declaran sometidos a la ley del Parlamento y a los precedentes judiciales. Pero la impresión del observador continental que los ve actuar o lee sus sentencias es que son creadores de derecho, aunque no lo digan. Son personas vivas que argumentan, que opinan, basándose mucho en su sentido común, en la moralidad y en la justicia natural, lo que resulta más simple que el razonamiento jurídico continental: “mucho de la tarea de juzgar”, decía el influyente juez lord Denning a Anthony Sampson, consiste en desarrollar “un sentido de lo que uno piensa que es justo: yo puedo tener en consideración las sentencias precedentes, pero, en realidad, yo he hecho mi trabajo según venía”. Como él mismo escribe en su autobiografía: “en la medida que hice lo que pensaba que era justo, estaba contento, podía dormir por la noche. Pero si hacía lo que era injusto, me quedaba despierto con la preocupación”.¹⁵⁰ Siendo los jueces británicos, como son, un modelo reconocido, cuya justicia no tiene que envidiar a la de ningún país legalista, uno no puede dejar de preguntarse si nuestros tratados, teorías y legalismos valen realmente la pena.

En cuanto a las funciones, los jueces británicos desempeñan las siguientes:

- a) La primera, no hay que decirlo, resolver conflictos.
- b) La segunda, controlar la legalidad de la legislación delegada y de los actos del Gabinete y de la administración. Recordemos que el gobierno

¹⁴⁹ Jennings, Ivor, *The British Constitution*, Cambridge, 1971, pp. 206 y 208. Nótese que Jennings no ignoraba los defectos tradicionales, y defendía los nuevos tribunales administrativos para expropiaciones y similares pleitos modernos

¹⁵⁰ Sampson, Anthony, *The Anatomy of Britain*, Londres, 1962, pp. 181 y 182.

no es el único destinatario de las delegaciones legislativas en el Reino Unido, aunque sí el principal. En cuanto al control por los jueces de actos o decisiones de tribunales administrativos y otros cuerpos inferiores, normalmente de la administración central o local, es más bien asunto del derecho administrativo. Haremos, no obstante, el siguiente breve comentario. Hasta 1978 los recursos a disposición del ciudadano formaban un deshilvanado conjunto de “parches” o “remiendos”, como le llama Yardley, constituido sobre todo por las antiguas *prerogative orders*, órdenes que podían dar los tribunales, que eran las siguientes: *certiorari*: petición a la High Court para que cese o anule las actuaciones de un órgano administrativo; *prohibition*: orden de un tribunal superior a otro inferior de que un pleito no siga adelante; *mandamus*: orden a un tribunal inferior u órgano administrativo de que tome determinadas medidas, por ejemplo, dar adecuada audiencia a un litigante; no se puede interponer contra la Corona, e *injunction*: los jueces prohíben hacer algo por considerarlo contrario a derecho; tampoco utilizable contra la Corona.

Estos recursos forman un conjunto venerable, pues proceden (los tres primeros) de la Edad Media, pero poco adecuado para los tiempos que corren. Por tanto, en 1976 la Law Commission emitió un “Report on Remedies in Administrative Law” (“Informe sobre los recursos del derecho administrativo”) cuyo resultado fue una reforma en 1978 de las *Rules of the Supreme Court*, que produjo la generalización del sistema de revisión judicial de los actos y decisiones tomadas por los jueces inferiores, tribunales administrativos y órganos administrativos. Subsisten las *prerogative orders* para quien lo desee, pero el litigante tiene ahora a su disposición una petición de revisión judicial o *application for judicial review* (antes ni siquiera se usaba esa denominación), que cubre todos los antiguos supuestos y algunos más, es más sencilla y, además, está legitimado para pedirla cualquiera que pueda tener un interés legítimo aunque sea indirecto. No es de extrañar, pues, que esta revisión judicial esté siendo muy usada. La *Constitutional Reform Quarterly Review* de 1986 decía que, en los cinco años anteriores, el número de peticiones de revisión judicial se había incrementado en más del doble, lo que prueba su aceptación.

Estas transformaciones tienen un sentido similar a las que se han dado en otros países: reducir las áreas exentas de la intervención jurisdiccional, judicializar más zonas de la actividad de la administración pública, como se ha hecho en España recientemente; lo que nos recuerda que, en el fondo, todas las Constituciones afrontan problemas similares. Este

planteamiento es positivo, pero, como puede suponerse, no está exento de problemas: excesiva litigación, excesivo recurso a los jueces para resolver asuntos políticos o administrativos que no siempre tendrían que judicializarse, riesgo de que aparezcan tensiones —antes escasas en Inglaterra— entre el Ejecutivo, que siempre puede alegar legitimación electoral, y los jueces, que no pueden, pero se ven obligados a juzgar asuntos de contenido político o económico. Esta clase de riesgos se corre sobre todo en épocas de crisis, en las que se quiere atar todos los cabos; las antiguas presunciones de confianza ya no sirven, hay más tensiones, y así, la gente, en cuanto tiene una instancia jurisdiccional disponible, la usa. En España, ultimamente, se ha asistido a la judicialización de conflictos de toda especie: jueces sentenciando sobre la idoneidad de un profesor universitario o sobre conflictos internos de una federación de clubes deportivos, y, en fin, el propio Tribunal Constitucional debe su sobrecarga, en parte, a esta marea de creciente litigación.

c) Tercera función: los jueces son una de las principales garantías de las libertades de los ciudadanos, al no existir una lista de derechos vinculante para el legislador ordinario. En una encuesta encargada por el Constitutional Reform Centre en 1985, los encuestados dijeron que los tribunales eran la segunda institución en cuanto a protección de sus derechos (*Constitutional Reform Quarterly Review*, primavera de 1986). Con todo se considera comúnmente que los jueces son más bien tímidos, poco “inclinados a desarrollar el derecho en gran escala... en el campo de las libertades cívicas”,¹⁵¹ al revés que los americanos. En los últimos treinta años se ha notado la influencia del mencionado lord Denning, *Master of the Rolls*, hasta 1982, que hizo mucho hincapié en la defensa de los derechos del ciudadano.

d) Cuarta y última función: los jueces actúan también como una especie de conciencia moral de la sociedad. Para una mentalidad continental, que tiende a concebir la labor de juzgar como una tarea técnica, con poco o ningún significado moral, esto puede resultar algo chocante. En este punto tampoco hay pleno acuerdo dentro del Reino Unido, y menos en los momentos actuales, en los que el acuerdo sobre lo fundamental está siendo erosionado a gran velocidad. Antiguamente, los jueces eran considerados como verdaderos *custodes morum*, como dijo lord Mansfield en el caso *Rex vs. Delaval* de 1763, opinión recogida por lord Simmons y

¹⁵¹ Bailey, Stephen *et al.*, *Civil Liberties. Cases and Materials*, Londres, 1980, p. 4.

lord Hodson en el caso *Shaw vs. D.P.P.* de 1961. Otro de los jueces, lord Morris, dijo que los guardianes de la moral son los jurados.¹⁵² El conocido profesor Hart, en *Law, Liberty and Morality*, atacó ese planteamiento, mientras que lord Devlin en *The Enforcement of Morals* escribía:

Una moralidad reconocida es tan necesaria para la existencia de la sociedad como un gobierno reconocido... No debemos considerar la conducta, aislada de su efectos sobre el código moral... [pues] ello podría amenazar uno de los grandes principios en los que se basa la sociedad... En este sentido, la infracción es una transgresión contra la sociedad toda... Esta es la razón por la cual compete al derecho tanto la supresión del vicio como la supresión de las actividades subversivas.¹⁵³

El asunto en el Reino Unido, donde la política, la moral y el derecho no suelen considerarse como cosas absolutamente incomunicadas, parece más una cuestión de grado y de prudencia que de todo o nada. Lord Devlin defendía que “la sociedad no puede vivir sin moralidad”, y que si flaquea el respaldo moral de las leyes, flaquea el respeto a las mismas. Recordemos la tradición inglesa del cumplimiento espontáneo de la ley. Hasta ahí el planteamiento suena muy aristotélico, pero un problema que en cualquier caso queda por resolver, y al que no creo que los británicos presten hoy mucha atención, es el de si lo inmoral es simplemente lo que hace enrojecer al pasajero del autobús de Clapham, o es algo más sustantivo, pues al ritmo que las cosas van ahora, las causas del enrojecimiento pueden alterarse en poco tiempo. En 1908, todavía el juez Phillimore decía que había libertad “para pensar decir y enseñar lo que [a uno] le place en cuanto a materias religiosas, pero no en cuanto a moralidad”.¹⁵⁴ Ello recuerda el juicio de Tocqueville sobre la joven democracia de América: diversidad de religiones, no de morales. En su libro, lord Devlin decía que la moral está constituida por “los standards de conducta que el hombre razonable aprueba”,¹⁵⁵ y que el fallo del caso *Shaw vs. D. P. P.* resuelve el conflicto en el sentido de establecer “que la moralidad en Inglaterra, para los propósitos del derecho, significa lo que doce hombres

¹⁵² Devlin, *The Enforcement of Morals*, Oxford, 1968, p. 98.

¹⁵³ Curzon, L. B., *Jurisprudence*, Plymouth, 1979, pp. 41-44, de donde se toman las referencias de los casos *R. vs. Delaval* y *Shaw vs. D.P.P.* y las opiniones del profesor Hart y lord Devlin).

¹⁵⁴ Caso *R. vs. Boulter*, 1908; *cit.* por Devlin, *op. cit.*, p. 10.

¹⁵⁵ Devlin, *op. cit.*, p. 24.

y mujeres piensan que significa”.¹⁵⁶ La polémica Hart-Devlin tuvo resonancia en su día; algunos piensan que el vencedor del combate dialéctico fue el brillante profesor de Oxford, pero muchas afirmaciones de lord Devlin, provenientes de una persona que conoce el derecho en la práctica, están respaldadas por un sentido común evidente. El divorcio entre los académicos y el resto de la gente es claro en Inglaterra: el juez quizá más influyente del Reino Unido, hasta su jubilación en 1982, el citado lord Denning, opina: “sin religión no puede haber moralidad; y sin moralidad no puede haber derecho”.¹⁵⁷

Por lo que se refiere a la organización judicial, que no nos concierne mucho ahora, basta señalar que era bastante rara —no la típica pirámide—, como producto de la historia más que de la lógica. En este momento, la organización es más o menos piramidal, con las siguientes matizaciones. Escocia, cuyo derecho es más parecido al continental, mantiene su propio sistema de abogados y jueces, aunque la influencia inglesa se deje sentir; tiene un colegio de abogados, más o menos similar a los nuestros, llamado Faculty of Advocates, y su tribunal superior es la Court of Session de Edimburgo. También las Islas del Canal y la de Man son especiales: están fuera de la jurisdicción del Parlamento y de los tribunales ingleses. El más alto tribunal para Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte —o sea, los territorios de la Unión que están bajo la competencia directa del Parlamento— es la Cámara de los Lores, en su calidad de heredera de la histórica *Curia Regis* (para Escocia sólo es supremo en lo civil; la Court of Session de Edimburgo, en lo criminal). Cuando actúa como tribunal, no asisten todos los miembros, lo cual sería imposible, sino únicamente los *Law Lords*, ordinariamente cinco, presididos por el lord canciller. En cambio, para la isla de Man, las del Canal, las diversas colonias y dominios y los pocos miembros de la *Commonwealth* independientes que no han querido rechazarlo, el más alto tribunal es el Consejo Privado de la Reina. Canadá, hace unas décadas, y Australia, en 1986, han adquirido completa independencia judicial, formalmente por medio de sendas leyes de Westminster. Llama la atención que naciones maduras e independientes como esas hayan consentido durante tanto tiempo tal subordinación anticuada y, en principio, atentatoria contra la soberanía nacional. Ello ilumina la peculiaridad del constitucionalismo

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 100.

¹⁵⁷ Cit. por Sampson, Anthony, *The Anatomy of Britain*, Londres, 1962, p. 181; lord Denning no tiene la reputación del conservador de lord Devlin.

británico y la escasa vigencia de las teorías del Estado y la soberanía en esos países. Y cuando por fin deciden abolir la apelación al Consejo Privado, no lo hacen por decisión unilateral, sino pidiendo que se haga una ley inglesa con ese fin.

Como este libro se ocupa del modelo clásico más que de los ulteriores desarrollos, no nos detendremos a considerar el papel del Tribunal de la CEE ni el del Tribunal de Estrasburgo, que, como en todos los países firmantes de los respectivos tratados, están por encima de los jueces nacionales. Estas cuestiones no cesan de ser materia de discusión en el Reino Unido, pero no nos corresponde ahora entrar en ellas.

III. PRINCIPIOS POR LOS QUE SE RIGE LA JUDICATURA INGLESA

A. El primero: los jueces reconocen la soberanía del Parlamento. Consecuencia: no pueden controlar la constitucionalidad de las leyes. Como dijo el juez Willes en el caso *Lee vs. Bude and Torrington Junction Railway* (1871): “no nos sentamos (los jueces) aquí como tribunal de apelación del Parlamento... (sino) como servidores de la Reina y del legislativo... Si una ley (es incorrecta) toca al legislativo corregirla derogándola; pero, mientras exista como tal ley, los tribunales han de obedecerla”.

B. El segundo principio es la inamovilidad de los jueces. Una vez nombrados conservan su cargo hasta los 75 años “*quamdiu se bene gesserint*”, “mientras se comporten bien”. Esto fue una conquista de la *Act of Settlement* de 1700 (en Escocia, del citado *Claim of Rights* de 1689). La mayor parte de los jueces son nombrados por el lord canciller, normalmente según criterios razonablemente imparciales de experiencia, méritos e integridad, y teniendo en cuenta la opinión de abogados y jueces. Los jueces proceden de la abogacía de más prestigio, y no ocurre, o es raro, el caso contrario: que los jueces superiores pidan la excedencia para ejercer la abogacía. Los jueces de los tribunales superiores —los de la High Court of Justice, la Civil Division of the Court of Appeal, y los Law Lords— pueden ser removidos de su oficio si ambas cámaras del Parlamento lo solicitan a la Corona, lo cual quizá sea más para admirar que para imitar, al menos no en otros países más agitados o con menor respeto a la judicatura. En la práctica, ningún juez inglés ha sido destituido desde hace unos 300 años; esto sugiere que si bien el sistema no parece muy recomendable para crearlo de nuevo allí donde ya exista otro, tampoco parece necesario abolirlo en el Reino Unido.

C. Tercer principio: la independencia de los jueces. No están sometidos a control alguno; sólo están bajo las leyes del Parlamento (en principio; un poco más adelante volveremos sobre esto) y bajo las sentencias de los tribunales superiores. Su funcionamiento es un ejemplo, otro más, de la autorregulación de la sociedad civil. La judicatura inglesa es como un resto estamental, pero eso es tan difícil de imitar.

Puede mencionarse ahora que están vinculados por las sentencias anteriores. Esta es la doctrina del precedente judicial o *stare decisis* (“estar a lo decidido”), típica del judicialismo y de la mentalidad prudencial y conservadora inglesa que parte de la base de que si una solución ha sido buena en el pasado, no hay por qué apartarse de ella en principio. “Los precedentes son vinculantes, a menos que sean claramente absurdos o injustos”, dijo Blackstone, y “una regla establecida nunca se cuestiona”, se dijo en 1686 en *Godden vs. Hales*.¹⁵⁸ Esta doctrina es de origen inglés, pero ha pasado a Escocia, Irlanda del Norte, Estados Unidos y otros países anglófonos. Que las sentencias repetidas de los jueces superiores vinculen de alguna manera a los inferiores, es cosa normal y corriente; lo específicamente inglés consiste en que las decisiones de los Lores obligan a todos los demás jueces, y a ellos mismos. Como estamos diciendo, los precedentes venían respetándose, más o menos, desde siempre, pero en el caso *London Street Tramways Co. vs. London County Council* (1898), la Cámara de los Lores se declaró “estrictamente vinculada” por sus propias decisiones anteriores. Lo curioso fue el argumento empleado: si hay que cambiar un precedente judicial, que lo cambie el Parlamento por medio de una ley; de lo contrario, los *Law Lords* estarían usurpando la función legislativa.¹⁵⁹ En cambio, en 1966 los *Law Lords* y el lord canceller decidieron que en el futuro la Cámara de los Lores podría apartarse de sus propias decisiones cuando le pareciera procedente; sin que por ello pensasen desligarse de los precedentes por capricho. Por lo demás, el Consejo Privado no está vinculado por sus precedentes.

Un dato no completamente irrelevante es que los jueces no cobran de la misma fuente que los funcionarios, sino de un fondo especial llamado Consolidated Fund, del que cobran también los servidores de la Casa Real, fondo que está exento de la revisión y debate presupuestario que la Cámara baja hace todos los años. Es curioso que una precaución como

¹⁵⁸ *Cit.* por Curzon, *op. cit.*, pp. 242 y 243.

¹⁵⁹ *Cit.* por Calabresi, Guido, *A Common Law for the Age of Statutes*, *cit.*, p. 186, núm. 12.

ésta, que se le ocurre a cualquiera, esté descuidada en algunos países democráticos y constitucionales, y sin embargo haya sido tenido en cuenta al hacer nuevas Constituciones en naciones como Perú y Brasil, donde se asignó a los jueces un porcentaje fijo del presupuesto para sustraer su salario del debate político.

D. El cuarto principio es el juicio por jurados. En otros países eso ha sido introducido como resultado de una revolución democrática, a menudo con poco éxito. En Inglaterra, en cambio, la idea de ser juzgado por un jurado viene de la Edad Media, y se debe más que a la democracia política, a otras diversas razones: a criterios estamentales —recordemos *nisi per legale iudicium parium suorum*—, a la confianza en el hombre, y a la concepción jurídica prudencial y de sentido común. Por otra parte, como es sabido, los jurados sólo actúan en juicios penales de cierta gravedad y se limitan a pronunciarse sobre la culpabilidad. Un famoso caso es el que aparece en *Alicia*, de Carroll, en el que se ve a los jurados, asustados por los reyes, tomando notas en sus pizarras. Uno de ellos, el pobre Guillermito el Lagartija, producía un chirrido al escribir, así que Alicia se hartó de oírlo y le quitó la tiza, Guillermito siguió escribiendo con el dedo, lo cual, naturalmente, no sirvió para nada.¹⁶⁰ Obviamente, la mayor parte de los jurados son más serios, pero en algunos países anglosajones no toman notas. El *animus* del juicio por jurados no está mal, y es una de las pocas maneras posibles de democratizar un poco la administración de la justicia, pero, al mismo tiempo, proporciona un argumento más en favor de la idea de que el derecho es cosa más de sentido común que de lógica matemática, como decía el juez Holmes a propósito del desarrollo del *common law*.¹⁶¹

E. El último principio es el de la unidad de jurisdicción, que está vinculado al imperio del derecho y podría enunciarse como sigue: un solo tipo de jueces aplicará, tanto al poder como a los ciudadanos, una sola clase de derecho. En principio es lo opuesto a la idea originaria del derecho administrativo.

De estos cinco principios, el primero —acatamiento de la soberanía del Parlamento— y el último —unidad de jurisdicción— merecen ulterior comentario.

¹⁶⁰ Cfr. Carroll, Lewis, *Aventuras de Alicia en el país de las maravillas*, 1865, capítulo XI.

¹⁶¹ Holmes, Oliver W., *The Common Law*, Boston, 1881, 1,1.

IV. LOS JUECES, LA CONSTITUCIÓN Y LA SOBERANÍA DEL PARLAMENTO

El principio de la soberanía del Parlamento significa que toda ley válidamente aprobada por el Legislativo y que haya obtenido el *Royal Assent* será aplicada por los jueces.

En el derecho inglés no hay tantas complicaciones ni sutilezas sobre la interpretación de las leyes como en nuestro derecho: “la única regla para la interpretación de las leyes del Parlamento es que deben ser interpretadas de acuerdo con la intención del Parlamento que aprobó la ley. Si las palabras de la ley son en sí mismas precisas e inequívocas no hace falta nada más que exponer aquellas palabras en su sentido natural y ordinario” (juez Tindal, caso *Sussex Peerage*, 1844).

Este criterio, en vez de exprimir las palabras hasta que destilen un cierto significado, podría quizá ser tenido en cuenta por las autoridades encargadas de aplicar las Constituciones y leyes (legisladores, tribunales constitucionales o supremos, e incluso funcionarios), pues de lo contrario vienen a disfrutar de un cierto poder constituyente o legislativo permanente.

No obstante, esta postura de los jueces fue fruto de las luchas civiles del siglo XVII, que terminaron en la proclamación de la soberanía del Legislativo. Anteriormente los jueces habían sentenciado, como el juez Coke, “que en muchos casos, el *Common Law* controlará las Leyes del Parlamento, y a veces juzgará que son completamente nulas” (Dr. *Bonham’s Case*, 1610). Y el juez Hobart en 1615 encontró que “incluso una ley del Parlamento, hecha contra la equidad natural... es nula en sí misma, pues “*jura naturae sunt immutabilia, y son leges legum*” (caso *Day vs. Savadge*).

Pero, al final de las guerras civiles, el arbitrio legislativo que en nombre del *common law* se negaba al rey, no se negó al Parlamento, probablemente porque la lucha no era entre Parlamento y *common law*, sino entre Parlamento y monarquía. Pero como Inglaterra no es un país para llevar teorías al extremo, el *common law* se ha tomado la revancha a través de la interpretación judicial: “Los jueces parecen tener en sus mentes una constitución ideal que comprende aquellas reglas fundamentales del *Common Law* que parecen esenciales para las libertades del súbdito y el adecuado gobierno del país... No pueden ser derogadas sino por disposición directa e inequívoca”. De no ser así, “las leyes serán aplicadas conforme a ellas”.

No se trata, formalmente, de normas superiores a las leyes del Parlamento, sino de presunciones de *common law* que son tratadas por los jueces “como si fueran términos implícitos en las propias leyes. Aquí se pueden encontrar muchos de aquellos derechos fundamentales del hombre” protegidos rígidamente en otras Constituciones (Keir & Lawson, edición de 1954, 10).

Así, al aplicar las leyes de Westminster, los jueces presuponen lo siguiente (*cf.* Keir & Lawson, 8-12):

En primer lugar, que las leyes no obligan a la Corona (en sentido amplio: incluye el gobierno) a menos que se diga explícitamente. Como dijimos, este criterio, expresión de los privilegios y prerrogativas de la Corona, ha servido a veces para dar una inmunidad al ejecutivo no siempre justificable, y suena como el antiguo derecho administrativo continental. Todavía persiste en ciertos casos, pero en 1968 los *Law Lords* dijeron que la expresión *Crown Privilege* era “errónea”, “engañosa” e “imprecisa” (“wrong, misleading and not accurate”).

En segundo lugar: los derechos de *common law* de los ciudadanos, señaladamente los de propiedad, libertad personal y acceso a los tribunales, se considerarán respetados por las leyes a menos que se diga lo contrario con palabras expresas, o se deduzca necesariamente.

En tercer lugar, las leyes penales y fiscales se interpretarán en sentido estricto, por la misma presunción favorable a la libertad del ciudadano.

Y, en cuarto y último lugar, los jueces presuponen que la arquitectura esencial del sistema político no se considerará alterada a menos que el Parlamento lo disponga así con lenguaje claro y expreso. En un país en el que la legislación cotidiana puede modificar la Constitución, este criterio sirve para evitar reformas constitucionales apresuradas o inadvertidas. Como dijo lord Ashbourne en el caso *Nairn vs. University of St. Andrews*, en 1909: “Si se intentara hacer un cambio constitucional grande en favor de las mujeres graduadas, uno esperaría encontrar un lenguaje claro y una declaración expresa”. (Una graduada por esa universidad escocesa pretendía tener derecho a votar, estando entonces las mujeres excluidas del sufragio, alegando que la *Representation of the People (Scotland) Act* de 1868 permitía votar a “toda persona” registrada en una universidad).

Con todo, sería exagerado hablar de “venganza” del *common law*, a través de los jueces, contra Westminster. Tradicionalmente no podía hablarse de guerra, ni siquiera de que los jueces interpretasen con tanto

margen como el Tribunal Supremo americano o los tribunales constitucionales europeos. En todo caso, el Parlamento siempre puede dictar nuevas leyes más claras o más concretas, para no hablar de su poder de alterar toda la fábrica de la judicatura si lo desea.¹⁶²

Esta era la situación tradicional: sólo el Parlamento puede legislar, si bien sus leyes serán aplicadas por unos jueces que son, aunque no lo digan, verdaderos creadores de derecho. Se recordará, además, que, durante siglos, el Legislativo legisló poco. Como —otra vez más— las teorías no son lo más importante, la realidad era que esas modestas presunciones de *common law*, sin ser leyes formales de superior rango, operaban como un trasfondo o marco de referencia de una ley superior no escrita, lo cual, por otra parte, es conforme a la tradición angloamericana.¹⁶³ Por flexible que sea una Constitución, la completa igualdad entre todas las leyes es imposible: la *Magna Carta* es más importante que las leyes de arrendamientos rústicos; ninguna Constitución flexible puede ser completamente flexible en la práctica. Dejemos ahora sin tocar el hecho de que, en el lado contrario, nuestra rigidez continental también se ve corregida por la práctica, incluso en Constituciones jóvenes, como la española.

Después, las cosas han cambiado, inclinando la balanza más hacia el lado de los jueces y en contra de la soberanía parlamentaria y la flexibilidad. Durante más de tres siglos, la casualidad y las circunstancias —el claro predominio del *common law* sobre el derecho legislado, la escasez de éste, la moderación de los gobernantes, el funcionamiento real del Parlamento, y la autonomía de los jueces una vez promulgadas las leyes— habían ahorrado a estos jueces el problema de revisar, controlar o desafiar la legislación. Pero en las circunstancias actuales aumentan las tensiones, y los jueces británicos se aproximan a los de otros países. Cuando ellos, según decíamos hace poco, construyeron un derecho administrativo a base de someter al *common law* el ejecutivo, aunque estuviese protegido por autorizaciones de Westminster; es claro que desobedecieron al legislativo, como en el citado caso *Anismic*. Por eso en 1980 sir Henry Wade podía decir que no todas las leyes son iguales,¹⁶⁴ que ciertos aspectos de la Constitución son fundamentales —ni las propias leyes de

¹⁶² El planteamiento que acabamos de exponer está tomado de la edición de Keir y Lawson de 1954.

¹⁶³ Corwin, E. S., *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, Ithaca, 1961.

¹⁶⁴ Wade, Henry William Rawson, *Constitutional Fundamentals*, *cit.*, pp. 34 y ss.

Westminster podrían ir contra ellos—, y que, efectivamente, hay una especie de ley superior a la que las leyes mismas deben su legitimidad.¹⁶⁵

Esos fundamentos constitucionales están “en el pecho de los jueces”.¹⁶⁶ Ellos son quienes tienen la última palabra y reconocen como legislación efectiva lo que les parece; en este sentido, llega a decir este ilustre profesor, “son los jueces los soberanos”.¹⁶⁷ Palabras fuertes, pero, en el fondo, no tan nuevas, porque ninguna ley se aplica sola. Así, todo el sistema constitucional vendría a reposar sobre algo que es un dato político y, al mismo tiempo, el fundamento del sistema jurídico: la lealtad de los jueces.¹⁶⁸ Ellos son, según él, “la única salvaguarda real que nuestra distorsionada Constitución todavía ofrece” tras la sumisión del Parlamento.¹⁶⁹ A la postre, y por diferentes, vías nos acercamos al *dictum* americano: la Constitución es lo que el Tribunal Supremo dice que es (si bien tampoco esto es una teoría para tomar a la letra, ni siquiera en los Estados Unidos).

Puede ser que las opiniones del profesor Wade sean algo osadas, o al menos así lo parecen, pero si tenemos presente la referida evolución jurídico-administrativa, hemos de admitir que tienen fundamento. Y, en fin, a un observador español lo que más llama la atención no es el mayor protagonismo asumido recientemente por la judicatura, incluso por encima de una ley del Parlamento, sino la moderada reacción de los otros dos poderes, que no llegaron a presentar batalla (aunque no faltase algún indicio).¹⁷⁰

Se notará que no hemos entrado en los detalles del caso escocés. Nos limitaremos a recordar que los jueces de la Court of Session de Edimburgo, en la citada sentencia MacCormick (1953), reservaban su derecho a considerar nula una ley del Parlamento de Londres que fuera contra el Tratado de Unión de 1707, si bien no preveían que ello fuese a ocurrir en un futuro próximo.¹⁷¹

¹⁶⁵ *Ibidem*, pp. 82 y 83.

¹⁶⁶ *Cfr. ibidem*, p. 50; también Diéguez Cuervo, Gonzalo, “Ensayo jurídico sobre las huelgas políticas”, *Anuario del Instituto de Relaciones Laborales*, 1, 1977, p. 126, sobre la “constitución íntima” en relación con el derecho de huelga.

¹⁶⁷ Wade, *op. cit.*, p. 33.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 36.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 100.

¹⁷⁰ *Ibidem*, pp. 83 y 89.

¹⁷¹ Bailey, Stephen *et al.*, *Civil Liberties. Cases and Materials*, *cit.*, p. 1.

V. LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

La aparición de los muchos tribunales administrativos hoy existentes ha sido una de las transformaciones más llamativas del *rule of law*.

Aunque la patria nativa del *rule of law* sea Inglaterra, la absoluta unidad de jurisdicción nunca ha existido allí. En esto como en otras materias jurídicas y políticas, la realidad no suele coincidir con los esquemas de los libros. Incluso después de terminar con las jurisdicciones especiales del absolutismo, como la Cámara Estrellada, existieron otras, que no daban lugar a polémicas, como las de la Iglesia anglicana y la Court of Admiralty (Tribunal del Almirantazgo), que fue muy importante. Así que en el siglo XIX hubo de dictarse varias leyes para poner orden en las diversas *courts*. Como no toda jurisdicción particular aplica un derecho privilegiado para el gobierno y desfavorable para el ciudadano, esos tribunales especiales no producían mayores problemas. No obstante, en el siglo XX, ante los alarmados ojos de los puristas del *common law*, empezó a proliferar un nuevo tipo de tribunales. Parecía como si todos los demás países estuvieran esperando a ver si los ingleses abandonaban la unidad de jurisdicción para lanzarse sin escrúpulos por esa línea; como si el caso inglés, en esto como en otras cuestiones, fuera el ejemplo a seguir, o, al menos, el punto de referencia.

En realidad, la denominación *administrative tribunals*, hoy consagrada en el Reino Unido, no es muy exacta. Advirtamos en primer lugar, antes de entrar en materia, que *tribunals* parece reservarse para esta clase de tribunales, a los que al principio se denominaba *commissions*, mientras que *courts* sigue designando los tradicionales tribunales que juzgan según el *common law*, y con las formalidades de siempre. En segundo lugar, no todos estos tribunales son propiamente administrativos, y, seguramente, en los países de *Régime Administratif* no siempre se les llamaría así. Sería más correcta la expresión “tribunales especiales” u otra similar, pero ya parece tarde para tales precisiones terminológicas.

No son parte de la administración del Estado; tampoco constituyen una auténtica jurisdicción contencioso administrativa como la española; no siempre resuelven disputas entre la administración y el individuo — por ejemplo: los tribunales de alquileres de viviendas—; no aplican unas leyes contrarias, aunque sí diferentes, del *common law*; a menudo sus miembros no son juristas (excepto el presidente), sino representantes de los grupos afectados (empresarios, trabajadores, médicos, arrendadores,

etcétera). Son tribunales especiales, normalmente creados por la ley que regula la materia sobre la cual han de juzgar, y con arreglo a la cual actúan; por ejemplo, la *Mental Health Act* de 1959. Ello no significa, decíamos, que necesariamente juzguen contra el *common law* ni que apliquen un derecho más favorable al Estado que al ciudadano. Igual que los otros tribunales, siguen las reglas de justicia natural, juego limpio y equidad.

Otro aspecto importante es que contra sus sentencias se puede recurrir a los tribunales ordinarios, concretamente a la High Court y a la Divisional Court of the Queen's Bench (en Escocia a la Court of Session). Como se ve, son verdaderos tribunales de naturaleza jurisdiccional e integrados en un sistema judicial. Fueron naciendo de la mano de las necesidades prácticas porque los clásicos tribunales de *common law* no podían con facilidad hacer frente a las situaciones modernas, tanto por la novedad de los problemas —pues es verdad que los ingleses inventaron tanto el *common law* como el *welfare State*, pero con unos ochocientos años de diferencia—, como por la lentitud, carestía y formalismo de las *courts* tradicionales.

Por estas razones fueron creándose muchos tribunales administrativos a lo largo de este siglo. Su proliferación alarmó a muchas personas —otros, como Jennings, los defendían— a causa de lo cual se pidió un informe al mencionado Franks Committee. El “Informe Franks” concluyó que estos tribunales eran necesarios. Decía también que debían juzgar con *openness, fairness and impartiality*, y, por lo que se ve, lo hacen así más o menos.

La existencia de estos tribunales se justifica por lo que hacen: justicia rápida y sencilla, los miembros no llevan pelucas ni togas, los afectados pueden en muchos casos pleitear sin letrados y, cosa importante, si han de ser más ágiles que los tribunales clásicos, no están vinculados por los precedentes. En vez de adjudicar siguiendo todos los tecnicismos y formalidades, parten de la base de que a veces, en la vida actual, es preferible conformarse con soluciones rápidas y baratas, con compromisos de intereses dictados según el sentido común, en vez de obstinarse en alcanzar el *summum ius*; sobre todo en casos como alquileres y expropiaciones.

Los tipos principales, según la clasificación que puede verse en un manual corriente como el de Yardley, son los *rent tribunals*, que entienden en alquileres de viviendas, los *land tribunals (compulsory acquisitions)*, creados para las expropiaciones, los Mental Health Review Tribunals,

dedicados a conflictos relacionados con los negocios o propiedades de personas mentalmente insanas, o malos tratos o negligencias sufridas por esas personas, y los Social Security Appeal Tribunals, competentes en la multitud de casos que plantea un Estado de bienestar. Como la Gran Bretaña fue el primer país que desarrolló el *welfare State*, y, con él, un sistema generalizado de seguridad social, la lista de prestaciones y servicios del gobierno, y con ella la de posibles pleitos, es grande, incluso después de una década de thatcherismo.

Como se puede deducir, no hay nada en estos tribunales que los haga necesariamente odiosos para una mentalidad constitucionalista, si nos preocupa más el espíritu que la letra. Ciertamente que el *rule of law* tiene problemas en el Reino Unido, pues cuando el poder crece tiende a liberarse de lo que frene su libertad de acción, pero los principales riesgos para el imperio del derecho no proceden de esos tribunales, sino más bien de un rasgo, que es la grandeza y debilidad de las Constituciones flexibles. Una Constitución flexible es para *gentlemen* que gobiernen por consentimiento, practiquen una constante autolimitación y respeten las convenciones y los movimientos de la opinión pública. Pero no ata todos los cabos, no pone al gobierno controles insuperables ni para los ciudadanos, garantías inviolables (si es que tales cosas realmente existen). En un momento de crisis, un Ejecutivo inmoderado y con gran mayoría en los Comunes puede restringir los derechos de los ciudadanos. Así, éstos se encuentran hoy con la paradoja de que una libertad inglesa de pura cepa, como el *habeas corpus*, tras las últimas restricciones para combatir el terrorismo, está más protegida por el Convenio Europeo de Derechos que por la legislación del Reino Unido. Pero de los derechos y libertades trata el capítulo siguiente.