

BIBLIOGRAFIA

SINTESIS BIBLIOGRAFICA

LAS FUENTES DEL DERECHO INGLES

016:340(42)(094)

Resumen del libro del mismo título de Carleton Kemp Allen, traducido por Antonio Ortiz García y editado por el Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1969; CXX+930 páginas.

Es una gran oportunidad la que el libro de C. K. Allen ofrece a todos aquellos que de algún modo están relacionados con el Derecho, pues repasar la historia viva de Inglaterra a través de sus fuentes jurídicas es una experiencia de incalculable valor.

En la presentación del libro, el traductor ya advierte de las diferencias existentes entre nuestro Derecho y el inglés, pero, a pesar de ello, los resultados obtenidos por ambos sistemas son encomiables y presentan ejemplares instituciones. A su vez, en el estudio preliminar presenta la reseña histórica de las instituciones inglesas y recuerda cómo desde la

Asamblea de los Estados, en Merton, en el año 1236, Inglaterra mantiene su posición insular, separándose así del continente europeo por otra frontera más, la del Derecho, que en líneas generales, pueden señalarse como sus principales características:

1. Su continuidad histórica.
2. La importancia de la centralización.
3. La posición de la Magistratura, que tiene un grado extraordinario de prestigio y autoridad, no sólo por el número no muy elevado de jueces, sino también por la facultad del juez de crear el Derecho.

4. El elemento laico en el sistema jurídico inglés. A través del jurado, el elemento no profesional desempeña un relativo papel en el proceso legal del país.

INTRODUCCION

1. El Derecho y sus fuentes

El autor, en este libro, se ocupa de las fuentes del Derecho, pero no de las comúnmente denominadas «documentales». La palabra *fuentes* se emplea aquí para señalar los factores por los que las reglas de conducta adquieren forma de ley, concretizándose objetivamente y adquiriendo carácter uniforme y, sobre todo, coactivo.

Muchas son las clasificaciones que para el estudio de las fuentes del Derecho se han propuesto, pero aquí el autor sólo tiene en cuenta dos concepciones antitéticas de la formación del Derecho. Una de ellas mantiene que la esencia del Derecho consiste en ser impuesto a la sociedad por una voluntad soberana. En la otra, la esencia del Derecho radica en desarrollarse dentro de la sociedad por su propia vitalidad. En un caso, el Derecho es artificial; en el otro, el Derecho es espontáneo, y crece «hacia arriba», independientemente de cualquier voluntad dominante. El segundo criterio no excluye la noción de sanción o coacción por parte de una suprema autoridad establecida; pero la autoridad así establecida, y obedecida por acuerdo, no es la única e indispensable fuente de todo Derecho. Según la otra concepción, es y debe ser la creadora de la ley; impone coactivamente el Derecho. De acuerdo con esta doctrina, la existencia de una voluntad soberana domi-

nante es un requisito previo y absoluto para todo Derecho.

La doctrina de Austin defiende con fuerza esta postura. Puede haber fuentes «mediatas e inmediatas», «directas e indirectas» u «oblicuas»; pero insiste una y otra vez en que la plena dignidad del término *fuentes* sólo se aplica con propiedad al soberano. Así, pues, según Austin, el soberano es la única fuente del Derecho. Concepción que obtendrá su mayor apoyo cuando se comprenda que la labor de Austin se limitó al análisis de los elementos vigentes en un moderno sistema legal. El jurista, severamente «analítico», excluye la consideración de los elementos históricos, y se preocupa sólo de diseccionar los acuerdos legales tal como los encuentra. Sin embargo, los diferentes materiales existentes en el Derecho no pueden comprenderse con independencia de su evolución histórica; su origen es esencialmente objeto de la historia social, y defender que este origen es y debe ser un simple soberano, del tipo moderno, es ridiculizar la investigación *in limine*. Esta es la debilidad que fácilmente se observa en Austin.

La concepción de las fuentes subordinadas del Derecho es un corolario de la doctrina de la soberanía ilimitada que Austin tomó de Hobbes. Cualesquiera que sean los conceptos sometidos todavía a controversia puede decirse sin temeridad que, al menos hoy, se aceptan generalmente dos calificaciones de la soberanía del Leviathan: 1.ª, cualquiera que sea el instrumento constitucional que asegure la observancia y el cumplimiento coactivo de la ley, no se justifica históricamente la opinión de que este poder debe siempre, y necesariamente, ser un determinado

«superhombre», que al mismo tiempo cree todo Derecho, y 2.ª, el poder soberano, cualquiera que sea su naturaleza, no debe ser concebido meramente como medio para salvar a la sociedad de sí misma. Para Hobbes (seguido específicamente por Austin), las alternativas son inequívocas, ya que la carencia de un poder ilimitado supondría la guerra perpetua de todo hombre contra su vecino. Sin embargo, es muy dudoso este supuesto estado de guerra social natural, ya que el instinto de grupo, del que deriva la sociedad, se basa en la cooperación, y no en la lucha.

Admitiendo esto, el derecho de un determinado soberano a la autoridad absoluta se ve gravemente amenazado. El Derecho, en una palabra, comienza a nacer tan pronto como la sociedad comienza a crecer; no se inventa ni se impone *ab extra* en ningún período específico de su desarrollo.

1.1 INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA AUSTINIANA

No obstante, cualquiera que fuese la historia de las sociedades primitivas, el Derecho del mundo civilizado moderno se impone invariablemente de hecho por alguna especie de sanción última. ¿No será, pues, sustancialmente cierto decir con Austin que este poder sancionador es la fuente de la autoridad del Derecho? El atractivo de la teoría austiniana de la ley se basa en su simplicidad y estabilidad. En la sociedad, las dudas y los problemas engendran un natural deseo de autoridad infalible, y como el Derecho está inevitable-

mente ligado a la cuestión crucial de la justicia, nunca estarán del todo ausentes estos problemas.

Uno de los rasgos más notables de la filosofía política de Hobbes, y de la jurisprudencia de Austin, es que, a pesar de los despiadados ataques que han sufrido, su vitalidad es todavía enorme. Para la exposición sistemática de los métodos de la jurisprudencia inglesa, todavía hay que recurrir a Austin; la jurisprudencia austiniana no ha sido desplazada, y tiene tanta influencia que todavía puede ser descrita como jurisprudencia característica de Inglaterra.

Pero la estabilidad y la autoridad pueden resultar demasiado caras. La doctrina analítica no ha demostrado ser el único esquema práctico y estable del Derecho moderno. La aparición de los estados totalitarios podría hacer creer en una elevación de la doctrina, pero ello no sucede por el carácter tan marcadamente oportunista de los principios políticos de dichos estados. Por otro lado, en las comunidades democráticas, la soberanía indivisible de Austin es inadecuada, e incluso en Inglaterra hace años que existe el convencimiento de que las cambiantes condiciones de una comunidad, en gran medida «socializada», han hecho necesaria una nueva concepción del Derecho.

No se propone el autor entrar en el examen general de la teoría de la soberanía, pero, sin embargo, admite la importancia que tiene echar una rápida ojeada a los principales movimientos de la teoría de la jurisprudencia, puesto que ellos son los que han llevado a la concepción ahora prevalente, la cual afectará radicalmente la manera de enfocar su estudio de las fuentes del Derecho.

1,2 PRINCIPALES MOVIMIENTOS DE LA TEORÍA DE LA JURISPRUDENCIA

Así, el profesor Allen repasa la tradición bizantina a través de la teoría de la Monarquía, que, influenciada por los romanos, sería más tarde adoptada y exagerada por los bárbaros cuando conquistaron el Imperio, teoría que seguirá manteniendo su influencia (hasta el punto que con Dante la soberanía bizantina se convierte no sólo en una epopeya, sino también en un evangelio) y todavía no ha terminado. Hoy no nos extraña el que Pufendorf, Thomasius y Christian Wolff estén profundamente vinculados a la teoría del poder político, del que a menudo tuvieron experiencias personales íntimas y agudas.

1,3 LOS PRINCIPIOS FEUDALES Y MONÁRQUICOS EN INGLATERRA

También resulta interesante el estudio de los principios feudales y monárquicos en Inglaterra, ya que la Edad Media creó también el principio del feudalismo, fundado en la noción de contrato y no en la de mando. La coexistencia de estas dos teorías de gobierno conduce a un curioso dualismo, en ningún sitio mejor ilustrado que en el desarrollo de la doctrina monárquica de Inglaterra.

Hasta el ocaso del feudalismo no comienza a tomar forma definitiva en Inglaterra la soberanía romanista. Cada vez se atribuyen a la majestad del rey más atributos sobre-humanos, hasta acercarse peligrosamente a la blasfemia. La inevitable reacción toma la forma de un «martirio» real y dos revoluciones, y puede decirse que la crisis de 1688 ex-

pulsó el cesarismo de este reino. Como decía Blackstone, «no hay rey donde domina la voluntad y no el Derecho». Este Derecho, al que se debe el dominio, se fundamenta no sobre el mandato arbitrario, sino sobre la razón fundamental que debe regir la conducta corporativa, así como la individual.

1,4 LA REBELIÓN DEL RACIONALISMO

La razón es el soberano, casi el dios del individualismo dieciochesco. Este movimiento no fue independiente de procesos germinales, pues ningún gran movimiento nace repentinamente, pero, como otras veces sucede, una mente única le dio un impulso que hizo irresistible su futura importancia. La filosofía de Descartes hizo que éste—no menos que Hobbes—se convirtiera en el padre de la moderna filosofía.

El siglo XVIII, pues, defendió ampliamente el evangelio de la voluntad individual, la razón individual y la libertad individual.

1,5 LA REBELIÓN CONTRA EL RACIONALISMO

Una rebelión consciente tenía ciertamente que venir de algún otro sector. Ninguna más explícita ni más elocuente que la de Burke, el cual se proclama como verdadero amante de la libertad y auténtico enemigo de la opresión, pero su sano conservadurismo le inspira igual odio hacia el individualismo desatado y la vana creencia de una «igualdad» ficticia.

Tras la reacción de Burke se suceden ininterrumpidamente la reacción histórica, llegando así al «pesimismo» de Savigny, el cual tiene una concepción del Derecho que se

opone directamente a la glorificación de la razón individual.

1,6 JURISPRUDENCIA Y BIOLOGÍA

Burke y Savigny han sido calificados de «darwinianos antes de Darwin». Se reconoce hoy que la biología darwiniana ha influido enormemente sobre todas las ramas de la ciencia. La jurisprudencia, ya encaminada en el sendero de un nuevo método histórico, no podía escapar a esta influencia.

1,7 APARICIÓN DE LA SOCIOLOGÍA

En esta misma línea analítica, el autor prosigue estudiando la aparición de la sociología, de la escuela orgánica y el Derecho comparado, llegando así al renacimiento del Derecho natural, donde estudia diversas posturas, entre ellas, la de R. Stammeler, J. Kohler y la escuela francesa (Saleilles, Géný, Charmont, Le Fur y Demogue), para llegar después a la posterior escuela sociológica, la cual continúa la tradición de los primitivos sociólogos, y dedica su atención a las circunstancias sociales que originan las instituciones legales y condicionan su alcance y contenido. Eugen Ehrlich, Roscoe Pound y otros jugarán un gran papel en la jurisprudencia sociológica.

1,8 JURISPRUDENCIA REALISTA

Un tipo de filosofía jurídica relativista, que se ha desarrollado extraordinariamente y ha ejercido una marca de influencia en el pensamiento jurídico de los años recientes, es la denominada «realista», siendo uno de los primeros realistas auténticos el profesor Duguit, el cual

insistió en que el Derecho es simplemente un fenómeno de «hecho», una «situación objetiva», como la que existe entre Estado e individuo, por una parte, y entre individuos e individuo, por otra.

Al estudio del realismo de Duguit sigue en este trabajo del profesor Allen, el del realismo americano. En éste surge con gran fuerza la figura del juez Oliver Wendell Holmes, el cual ya en 1897 afirmaba: «La profecía de lo que los tribunales harán en efecto, y no algo más pretencioso, es lo que yo considero Derecho.»

Doctrina diferente a la realista norteamericana, que lleva al «realismo» a un extremo intransigente, ha sido defendida últimamente por la «escuela escandinava de juristas», que, basándose en las enseñanzas del filósofo Axel Hägerström, puede describirse como «realismo escéptico de la metafísica», frente al norteamericano, que «es escéptico de la norma».

1,9 LA TEORÍA DEL DERECHO PURO

Contra todo este realismo se alza en oposición la denominada teoría del Derecho puro, que, asociada con la «escuela vienesa», tiene su más importante dirigente en el profesor Hans Kelsen, el cual no se ocupó únicamente de una concepción abstracta del Derecho como ejercicio intelectual. Su punto de vista normativo le llevó a reexaminar muchas de las doctrinas tradicionales de la jurisprudencia. En este aspecto, su contribución ha sido de gran valor, y ha ejercido notables efectos en la jurisprudencia actual. En particular, sus teorías sobre la naturaleza del Estado y la personalidad legal merecen la más detenida atención.

1.10 MÉTODOS DE CONSIDERACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Las observaciones precedentes han querido demostrar que el estudio de las fuentes del Derecho no puede abordarse con la idea preconcebida de que se derivan de un origen único, ya sea el soberano o cualquier otro. Gran parte de la teoría actual tiene la intención de demoler toda la concepción de la soberanía. Si por soberanía se entiende la concepción absolutista del mando del superior al inferior, debemos admitir que es enteramente inadecuada para la sociedad moderna, con excepción de la forma de sociedad que exalta al estado dictatorial a un grado de dominio material, espiritual y emocional sin precedentes en la historia. Pero si por soberanía se entiende un poder constitucional establecido en una sociedad civilizada como parte de su maquinaria social para poner en vigor las leyes, reconocido de común consenso, y obedecido como instrumento necesario de gobierno, entonces surgen consideraciones enteramente diferentes.

Entre considerar al Derecho como creador del poder sancionador y considerar al poder sancionador como creador del Derecho hay una gran diferencia. A partir de aquí, el autor considera que existe una sanción determinada de esta especie en todo sistema legal maduro, la cual es parte y no causa del Derecho; es posterior, no anterior al crecimiento de las reglas legales.

En consecuencia, el autor parte desde ahora a ocuparse de las fuentes del Derecho de más frecuente estudio en esta ciencia, y ello en el orden en que normalmente aparecen en el desarrollo social.

CAPITULO I. LA COSTUMBRE: NATURALEZA Y ORIGEN

I. Naturaleza de la costumbre

Toda criatura es animal de costumbres. La mera existencia de una sociedad origina costumbres de las que ningún miembro de la totalidad puede separarse. Sin embargo, ninguna de estas costumbres es completamente obligatoria. La costumbre jurídica tiene la característica propia de que su reacción es de más cierta actuación que la de cualquier otra.

Pocas de las costumbres de las sociedades modernas son jurídicas. Austin les niega fuerza de ley hasta que hayan sido expresamente reconocidas por el poder soberano, y admitió que hay ciertas reglas denominadas de conducta «establecidas por hombres no superiores políticamente»; inventó el término «moral positiva» para la costumbre, pero no consiguió explicar por qué el conjunto de reglas que él califica de «moral positiva» carecía de verdadero carácter de ley.

La costumbre crece con la conducta, y tiene un origen esencialmente no litigioso. La costumbre jurídica, pues, se diferencia de otras costumbres, en que su sanción obligatoria es completa y uniforme.

1. EL COMMON LAW COMO COSTUMBRE

¿Qué es el Common Law? No es simplemente un conjunto de reglas consuetudinarias espontáneas; tampoco es primariamente una creación artificial de mentes expertas, como son los códigos y las leyes. Está profundamente enraizado en la base de las ideas y las instituciones nacionales. El Common Law—dice, sir

Frederick Pollock—«es Derecho consuetudinario si en el curso de unos seis siglos las indubitables creencias y el lenguaje uniforme de todos los que tuvieron ocasión de considerar el asunto fueron capaces de hacerlo tal», mientras que Blackstone se refiere al Common Law como el Derecho común o no escrito propiamente divisible en tres clases: 1.^a, costumbres generales, 2.^a, costumbres particulares, y 3.^a, ciertas leyes particulares que consuetudinariamente son adoptadas y usadas por algunos tribunales particulares. A continuación ofrece numerosos ejemplos, y los describe como «todas esas doctrinas no plasmadas en un estatuto u ordenanza escrita, sino dependientes meramente del uso inmemorial, que es, en cuanto al Common Law, su apoyo».

Motivo de asombro para los extranjeros es que el Derecho inglés esté construido en tan gran extensión sobre «presunciones», y que en las materias más fundamentales haya tan pocos preceptos y prohibiciones directas.

La costumbre y la convención actúan también a través de la maquinaria del mismo Gobierno inglés. El Derecho constitucional es descrito como el Derecho y «costumbre» de la Constitución. La esencia del sistema parlamentario se ha desarrollado principalmente por el uso, y por el uso ha modificado visiblemente su carácter en los últimos tiempos. Tanto el sistema como su nobleza, el individuo que tiene la mayor responsabilidad del reino, carecen de definición en el Derecho escrito.

II. Origen de la costumbre

Ningún problema jurídico, a excepción del de la persona moral, ha provocado más problemas que el origen de la costumbre, y ello se debe, en primer lugar, a que necesariamente se hace relación a fenómenos sociales primarios que no pueden averiguarse por pruebas positivas, y segundo, en que las fuerzas motivadoras a considerar, tanto en el individuo como en la sociedad, son, en gran medida, psicológicas e impalpables. La importancia de la costumbre como fuente del Derecho no se limita por completo a las fases primitivas del nacimiento social; ha constituido siempre un factor fundamental del Derecho inglés, y es la base de muchos de los principios fundamentales del Common Law.

1. TEORÍA DE LA COSTUMBRE EN EL DERECHO ROMANO

No sólo en la jurisprudencia inglesa, sino también en todas las otras civilizaciones, se ha reconocido siempre la gran influencia de la costumbre en el desarrollo de las instituciones legales. El Derecho romano, aunque su teoría en este aspecto no es bastante clara y consistente, atribuyó una importante función a la costumbre, reconociendo constantemente su efecto, tanto en Derecho sustantivo como adjetivo, pero asignándole un puesto secundario en relación con el instrumento legislativo supremo del régimen imperial.

2. LA ESCUELA HISTÓRICA

En la jurisprudencia moderna, la Escuela Histórica alemana encontró en la costumbre la verdadera fuente del Derecho, como derivación de la

«conciencia común del pueblo» o «Volksgeist», y, según la teoría de esta Escuela, el Derecho es válido y justo sólo en tanto en cuanto dé a conocer y resume en formas concretas los instintos legales inherentes a la comunidad a la que pretende gobernar. Así, todo Derecho debe encontrar su origen en la convicción popular y llegar al máximo acuerdo con ella. Esta teoría necesita ser modificada, ya que parece imposible atribuir toda costumbre a una convicción general de la comunidad sobre su necesidad, justicia y propiedad. Las costumbres no son, a menudo, producto de una convicción muy extendida, sino de la conveniencia o interés de una clase dirigente que impone su voluntad a la mayoría de la sociedad. También muchas costumbres son puramente locales en su origen, y muchas otras son resultado de un conjunto de influencias que no pueden denominarse verdaderamente populares o nacionales.

3. DESARROLLO DE LA COSTUMBRE. MANIFESTACIONES INTERNAS Y EXTERNAS

Cuando hablamos de «convicción» o «espíritu», pensamos en algo intangible. Pero ¿no expresamos una presunción al aceptar como hecho cualquier «convicción» consciente en las sociedades y los tiempos en que la costumbre llega a existir naturalmente? Costumbre es conducta. La conducta de un ser humano inteligente no puede carecer enteramente de razón. Tiene sus aspectos externo e interno. Cuando tratamos con un estado de sociedad en el cual el reflejo sobre las instituciones sociales es embrionario *ex hypothesi*, no es fácil distinguir entre las manifesta-

ciones internas de las tendencias sociales y sus manifestaciones exteriores en la mera conducta. Los juristas históricos alemanes tendían a centrar la atención en el aspecto externo o metafísico, lo cual puede conducir a abstracciones, ya que, cuando tratamos con el Derecho, no podemos contentarnos con meras abstracciones.

La conducta implicada en la costumbre es la acción corporativa de un conjunto de individuos. En esta acción, las normas y observancias se presentan en formas tangibles. El Derecho es aquí un hecho, más que una idea. La «convicción», si existe alguna, reside en el hecho de que usualmente tiene alguna razón de necesidad o conveniencia práctica. Esta razón no puede siempre ser aparente a primera vista, pero generalmente se descubre con una investigación más detenida.

Para G. Tarde la imitación no es una mera curiosidad de la psicología, sino una de las leyes fundamentales de la naturaleza, la cual se perpetúa por la repetición, y las tres formas fundamentales de la repetición son el ritmo o la «condulación», la «generación» y la «imitación». Tarde ve en esta última uno de los principios necesarios e inherentes por los que la sociedad se perpetúa. En ningún sitio está más marcada la fuerza de la imitación que en el conservadurismo profundamente arraigado de la costumbre y del Derecho.

El mismo autor insiste en que muchas de las influencias que contribuyen a la fuerza de la imitación son «extralógicas». Es posible que el efecto de esta fascinación imitativa, que tiene un origen psicológico oscuro, pero que se basa en la necesidad humana de seguir la línea del

menor esfuerzo y conformarse con las circunstancias ordinarias del medio ambiente, haya sido menospreciado en las teorías usuales sobre la fuerza coactiva de la costumbre.

CAPITULO II. LA COSTUMBRE: INTERPRETACION Y APLICACION

I. Interpretación de la costumbre

CONTROL JURÍDICO DE LA COSTUMBRE.

Cuando una sociedad tiene legisladores o tribunales acreditados, parte de su función es supervisar la actuación de la costumbre. En la terminología ordinaria del Derecho, los intérpretes de la costumbre se denominan generalmente «juristas», y su ciencia adopta el término alemán *Juristenrecht*, el cual incluye todos aquellos cuya función especial es extender y explicar el Derecho consuetudinario.

Se han propuesto dos puntos de vista principales sobre la relación entre el Derecho consuetudinario y la interpretación experta.

1. POSTURA DE LA ESCUELA

HISTÓRICA: «JURISTENRECHT»
SUBORDINADO A «VOLKSRECHT»

Esté primer punto de vista viene representado por Savigny y la Escuela Histórica.

¿Cómo explicar el innegable y persistente fenómeno del intérprete y su influencia sobre la costumbre? Un estudio de Bryce describe al magistrado o juez como «el órgano reconocido y permanente a través del cual la mente del pueblo se expresa dando forma a la parte del Derecho que el poder del Estado no promulga formalmente».

Según esta opinión, el intérprete del Derecho recibe el nombre de jurista, en tanto en cuanto siga siendo el representante del pueblo. A medida que aumente el alcance y complejidad del Derecho, aparecerá una clase de personas «sabedores del Derecho» (*Rechtkundige*), a los cuales se acudirán en caso de disputa para que ejerzan las funciones de elaborar la teoría pura del Derecho y aplicarlo a casos concretos. Funciones que son reconocidas por Savigny como diferentes, aunque ambas están dentro del perímetro de la misma labor esencial: la exposición del Derecho vigente derivado de las costumbres características de la comunidad.

1.1 Objeciones prácticas a este punto de vista

Si profundizar demasiado en los factores oscuros de las sociedades primitivas, un hombre sencillo, considerando el asunto como un simple hecho, recibiría inmediatamente graves objeciones a esta teoría. Es imposible creer, a la vista de los hechos, que la *vox iurisconsulti* es necesariamente la *vox populi*. Pues aquí, como siempre, el juez desempeña una función no meramente subsidiaria para la actuación del Derecho, sino inherente a su misma naturaleza.

2. PUNTOS DE VISTA DE CIERTOS

JURISTAS COMPARADOS:
LA COSTUMBRE, PRODUCTO
DEL «JURISTENRECHT»

¿Hasta qué punto son los juristas «representantes» del pueblo? Todo hombre es producto de su época.

Unicamente a modo de paradoja decimos que este o aquel hombre ha «nacido antes de su tiempo». Tenemos el ejemplo de Julio César y Napoleón, hombres que fueron seguramente hombres de su tiempo; pero sería afectado pretender que por su genio individual no cambiaron la corriente de la historia del mundo. Esto es igualmente cierto de los grandes juristas que han influido en el curso del desarrollo legal en muchos momentos y en muchas naciones. Unicamente forzando el idioma y la razón podemos decir que el Derecho romano fue obra de la razón y no de los hombres.

Sin embargo, el extremo opuesto está en afirmar que la costumbre es pleno producto de la invención individual y no de las fuerzas sociales. Aquí, analiza el profesor Allen las posturas de Maine, Lambert y E. Ehrlich, a través de los cuales observa un cierto dualismo en el desarrollo de las instituciones legales, que puede ilustrarse bien por el Common Law, pues para todo estudiante que a él se acerque habrá de tener en cuenta los amplios elementos consuetudinarios que contienen, aunque es igualmente sabido por los historiadores del Derecho que «las costumbres del reino» eran en gran medida costumbres de los tribunales, no del pueblo. Ya Blackstone decía que «una de las características de la libertad inglesa es que nuestro Common Law depende de la costumbre, que lleva consigo la prueba interna de libertad de haber sido probablemente introducido por consenso voluntario del pueblo».

3. ACCIÓN Y REACCIÓN DEL DERECHO CONSUETUDINARIO Y DE LA INTERPRETACIÓN EXPERTA

Así, pues, en todas partes se encuentra esta constante acción y reacción entre el Derecho consuetudinario nativo y el arte del intérprete. Es muy difícil decir dónde termina el uno y comienza la otra; pero ciertamente resulta imposible considerar al juez como mero instrumento mecánico e impersonal para la aplicación de un Derecho consuetudinario independiente.

II. Aplicación de la costumbre

1. LA COSTUMBRE TIENE VALIDEZ PROPIA

El alcance de la costumbre disminuye según se hace más explícita la formulación de las reglas legales y se establece un sistema más elaborado de creación y administración del Derecho.

La función primaria del análisis judicial es examinar la naturaleza y realidad de costumbres siguientes. A este respecto, el Derecho inglés es particularmente instructivo, porque los tribunales han construido un sistema de principios bien definidos para esta labor de análisis judicial. La principal finalidad de estas reglas o pruebas es determinar si las costumbres generales del Derecho son, «Como hecho establecido», práctica social reconocida.

La costumbre es todavía en Inglaterra derecho autónomo independiente y justificado *per se*, lo que, en líneas generales, y con algunas excepciones, afecta seriamente al principio rector: *si la existencia y la observancia de una costumbre se de-*

muestra en un tribunal inglés por pruebas satisfactorias, la función del tribunal es meramente la de declarar que la costumbre es derecho.

2. LA COSTUMBRE ES «RECONOCIDA» COMO DERECHO SI SATISFACE CIERTAS PRUEBAS

Antes de nada conviene señalar dos características elementales e invariables de la costumbre en la sociedad moderna:

1. Toda costumbre es, en algún aspecto fundamental, una excepción al Derecho ordinario del país.

2. Toda costumbre es limitada en su aplicación.

Las costumbres, pues, son variaciones locales del Derecho general, pero no deben ser más que variaciones; nunca deben ir contra una regla positiva de Derecho estatutario. Igualmente, tampoco puede oponerse una costumbre a un principio fundamental del Common Law.

3. PRUEBA DE SU EXISTENCIA

En cuanto a los otros análisis reconocidos, pueden distinguirse y clasificarse por muchos métodos diferentes. El autor adopta el presentado por Blackstone, quien sigue en líneas generales a Coke, sobre Littleton. Todos persiguen probar la existencia de la costumbre. Es un antiguo principio del Derecho inglés que una costumbre, por proclamar un privilegio fuera del curso ordinario del Derecho, sea *stricti iuris*, especialmente si supone la anulación de una ley. El problema inicial es siempre decidir si la costumbre tiene un buen fundamento de hecho. Esta búsqueda del hecho corresponde al jurado; pero el análisis judicial se

aplica de oficio para determinar en primer lugar si hay bases para que el jurado considere probada la costumbre.

Siempre se ha establecido que el tribunal tiene poder para declarar una costumbre, aunque haya sido probada de hecho, como irrazonable en su origen y no merecedora de continuar siendo observada. No obstante, esta última regla—a juicio del autor—pertenece más a la teoría que a la práctica, y ha ejercido pocos efectos sobre la actuación de las costumbres en el Derecho inglés. En cuanto al resto, los «análisis judiciales» son simplemente diferentes modos de pesar las razones a favor y en contra de la existencia de las costumbres alegadas.

Pasando ahora a la descripción de las pruebas, tenemos:

a) La costumbre debe existir de tiempo inmemorial.

b) Debe trazarse una distinción entre las costumbres propiamente dichas y los *usage* de un determinado comercio, y también entre la costumbre y los usos locales denominados «costumbres del país». Además, la costumbre, tiene que ser razonable, por ejemplo, no ir en contra de la justicia natural.

c) La siguiente prueba de Blackstone es la de «continuidad». Traza una distinción necesaria entre la interrupción del Derecho y la de la mera posesión de la cosa sobre la que se afirma el Derecho.

d) La regla siguiente es que la costumbre debe haber sido disfrutada pacíficamente, y el Derecho proclamado debe haberse ejercido *nec clam nec precario*.

e) El público, afectado por el uso, debe considerarlo como obligatorio, no como meramente facultativo.

f) La costumbre debe ser también cierta.

g) Las costumbres deben ser consecuentes unas con otras. Sin embargo, el profesor Allen, afirma que no parece haber demasiada sustancia en esta regla, aparte de la incuestionable verdad de que si dos costumbres *in pari materia* son manifiestamente incompatibles, una u otra se denomina incorrectamente costumbre. Y corresponde a las partes implicadas demostrar con las adecuadas pruebas cuál de las dos existe realmente.

h) La última y más difícil prueba es la de la razonabilidad. La auténtica regla parece ser no la de que una costumbre se admita si es razonable, sino que se admita a menos que sea irrazonable.

El examen de los numerosos casos referentes a esta cuestión lleva a la conclusión de que los principios fundamentales de lo «justo y lo injusto», sobre los que los tribunales han considerado que las costumbres son razonables, se reducen en líneas generales a los siguientes conjuntos de circunstancias:

a) En los hechos de muchos casos, la cuestión de si una costumbre es razonable o no, no puede distinguirse de la cuestión de si hay alguna prueba que ofrecer al jurado sobre su existencia.

b) A veces, el término «irrazonable» se emplea para una costumbre o uso contrario a un estatuto o a una norma fundamental del Common Law. En tal caso, es verdaderamente «ilegal» más que irrazonable.

c) Una costumbre o uso debe ser notorio y no puede hacerse valer contra una parte que no lo conozca,

que no pueda esperarse que lo conozca ni tenga la obligación de conocer su existencia. Una costumbre puede ser injusta por las siguientes razones, enumeradas de modo adecuado en el *Comyn's Digest*:

1. Si va «en perjuicio general, con ventaja para personas concretas».
2. Si va «en perjuicio de alguien y no hay un perjuicio o una ventaja igual para otros en el mismo caso».
3. Si se trata del caso de «que alguien sea juzgado por sí mismo».
4. Si «supone una pérdida para una parte, sin ningún beneficio a cambio».
5. Constituye un principio bien establecido que la época para decidir la razonabilidad de una costumbre es la de su origen.

4. CONCLUSIÓN SOBRE LAS PRUEBAS DE LAS FUENTES

El efecto general de estos análisis de la costumbre en el Derecho inglés es un método estricto de prueba de la existencia de una costumbre. Esta, una vez probada indiscutiblemente, es derecho; pero los tribunales tienen poder, con razón suficiente, para modificar ese derecho.

CAPITULO III. EL PRECEDENTE: NATURALEZA E HISTORIA

I. Teoría de la decisión judicial

El proceso de decisión judicial puede ser considerado deductivo e inductivo, y la función del juez diferirá ampliamente según se adopte uno u otro de estos dos puntos de vista.

1. DOS PUNTOS DE VISTA OPUESTOS: MÉTODOS DEDUCTIVO E INDUCTIVO

Desde un punto de vista, la función del magistrado es deducir de una regla general de Derecho formulada el principio aplicable al caso planteado. Según la otra consideración, el magistrado debe razonar de los casos particulares el principio general apropiado al asunto en cuestión. El primer principio es característico de los sistemas codificados, mientras que el segundo lo es del Common Law inglés.

2. LOS PRECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO

En el Derecho romano, aunque los oradores incluyen las *res indicata* entre las fuentes del Derecho, éstas no son precedentes en el sentido moderno; no existe la teoría del Derecho casuístico «obligatorio». El Derecho de los pretores y el de los jurisconsultos se construía ampliamente sobre casos, y los letrados hicieron tanto por el desarrollo del Derecho casuístico y del procedimiento romano como los jueces con respecto al Common Law inglés. Es posible que en el sistema formulario los *iudices* no profesionales tendieran a desarrollar un principio de uniformidad judicial en algunas doctrinas; probable que, después del establecimiento de la *extraordinaria cognitio*, los *iudices* profesionales hicieran esto en muchos capítulos del Derecho sustantivo, y es cierto que lo hicieron en el Derecho procesal. Justiniano desaprobó la fuerza obligatoria de cualquier decisión, excepto las que emanasen del mismo emperador, y afirmó, como principio general de decisión, que *non exemplis sed legi-*

bus iudicandum est. Aparte del Derecho procesal, la jurisprudencia romana admitió el precedente judicial solamente como una influencia indirecta y limitada sobre las normas sustantivas, no como fuente primaria del Derecho.

3. EL PRECEDENTE EN EL MODERNO DERECHO CONTINENTAL

En los modernos sistemas continentales existe una amplia doctrina extrajudicial que se reconoce como factor constante y necesario en la teoría legal. El juez se limita al caso que tiene ante él y no es parte de su función establecer una «disposición general». En la práctica, los precedentes recopilados ejercen cada vez más influencia. Pero no hay uniformidad absoluta, y aunque existe una tendencia a ella en la práctica, la teoría francesa insiste en la independencia de todos los tribunales para decidir los casos según principios y no con acuerdos.

II. Desarrollo de los precedentes en el Derecho inglés

El desarrollo de la autoridad de los precedentes en el Derecho inglés constituye un estudio pleno de interés. En el Derecho inglés, la costumbre de anotar las sentencias parece haber aparecido muy pronto en la profesión legal. En los anuarios (*Year Books*), aunque no son muy frecuentes las citas de casos específicos con sus nombres concretos, hay suficientes pruebas de que los jueces y los consejeros solían razonar por analogía con las decisiones previas. Pero no existen trazas de una doctrina medieval sobre la obligatorie-

dad de los precedentes, y si un tribunal consideraba una decisión como mal fundamentada, no dudaba en rechazarla.

Por otra parte existe una conciencia por parte de los jueces de que sus sentencias ayudan a establecer el Derecho del futuro, y en algunas ocasiones lo dicen en términos claros. Muchos de los precedentes de los siglos XVI y XVII son precedentes de demandas y práctica, más que de Derecho sustantivo. En la segunda mitad del siglo XVII Vaughan estableció ciertos principios sobre los valores relativos de los diferentes tipos de precedentes; estaba seguro de que «si un tribunal dicta una sentencia judicialmente, otro tribunal no está obligado a dar tal sentencia, a menos que crea que la opinión del primero se ha dado de acuerdo con el Derecho»; incluso llega a denegar la fuerza de los precedentes procesales, a menos que estén «de acuerdo con el Derecho». En el siglo XVIII los precedentes forman parte regular e integrante de la técnica jurídica, y a fines del siglo todas las bases de la doctrina moderna del precedente ya se habían establecido, aunque ésta no alcanzó su desarrollo final hasta que se realizaron cambios en el sistema de judicatura y en la naturaleza de los informes legales.

Hacia 1833 se reconoció que las decisiones de los tribunales más altos vinculaban a los tribunales inferiores, a menos que fueran «claramente irrazonables e inconvenientes», y que ningún juez era libre de apartarse de un principio establecido una vez, simplemente en base a que no fuera «tan conveniente y razonable como él mismo hubiera imaginado».

CAPÍTULO IV. EL PRECEDENTE. AUTORIDAD Y ACTUACION

I. Reglas generales para la aplicación de los precedentes en el Derecho inglés

Hay ciertas reglas generales que, con algunos requisitos, son reconocidas ahora como rectoras de la aplicación de los precedentes en el Derecho inglés.

Estas reglas son:

1. Todo tribunal está vinculado por las decisiones de los tribunales superiores, y la Cámara de los Lores y el Tribunal de Apelación están obligados por sus propias decisiones, aunque con ciertas excepciones concretas en el Tribunal de Apelación.

2. Cualquier opinión relevante de un tribunal constituye un argumento fuerte que merece una respetuosa consideración.

3. Un juicio tiene autoridad únicamente en cuanto a su *ratio decidendi*.

4. Un precedente no se deroga por el transcurso del tiempo.

5. Pero los precedentes muy antiguos no son, en la práctica, comúnmente aplicables a las circunstancias modernas.

6. Puede citarse un precedente de cualquier fuente que el tribunal considere fidedigna, pero las recopilaciones del *Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales* gozan de autoridad particular.

II. Autoridad de los precedentes

Los juicios de los tribunales ingleses ocupan una posición especial como las más decisivas autoridades

que pueden citarse, pero otras decisiones y opiniones son partes integrantes de la dialéctica forense si afectan a una disposición general del Derecho. Las normas inglesas de Derecho internacional privado se han basado ampliamente sobre opiniones de juristas, y el Derecho de propiedad inmueble se ve afectado por la práctica de los notarios. Por otra parte, algunos libros de texto gozan de gran estima en los tribunales, a la vez que en los últimos años se observa la tendencia a seguir juicios de la Commonwealth y de los Estados Unidos.

III. Actuación de la inducción legal

Advirtiendo que en toda la aplicación del Derecho los principios son primarios y los precedentes secundarios, el profesor Allen trata aquí de la actuación de la inducción legal, tanto en el foro como en la magistratura, y se pregunta en qué sentido está «vinculado» el juez, aclarando que no debe olvidarse que un juez tiene que revisar todo precedente citado ante él no como formulación precisa de una norma general y abstracta de Derecho, sino como aplicación concreta o argumento en favor de alguna norma. El juez, añade, está «vinculado a las autoridades» únicamente en cuanto considere que el precedente citado es aplicable a las circunstancias en cuestión.

1. LOS PRECEDENTES COMO CONTRARIOS A LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL COMMON LAW

Sobre los precedentes particulares y por encima de ellos hay ciertos principios cardinales del Common

Law, y las decisiones, por muy deliberadas que sean, que vayan contra esos principios poseen, en el mejor de los casos, una autoridad aparente, y verosíblemente la perderán por el proceso de «distingos» o por su expresa derogación.

IV. Aplicación práctica de los precedentes

La función esencial del juez no es sólo encontrar y establecer los fundamentales principios técnicos del Derecho, sino también la administración general de justicia. Así, cuando no pueda aplicarse ninguna decisión específica, el juez habrá de recurrir a la justicia natural, la razón, la moralidad y la utilidad social, principios todos que han desempeñado un papel importante en el desarrollo del Common Law.

El sistema inglés de precedentes se describe frecuentemente como «derecho creado por el juez», y esto es erróneo. La mayoría de las veces el juez no hace una norma como acto original de creación. Dispone de un material limitado. Sus poderes son muy diferentes a los del legislador en el sentido exacto de la palabra. Su función es interpretar, no legislar; pero en el proceso de interpretación afecta inevitablemente al desarrollo del Derecho. «Crea» el derecho solamente en un sentido secundario o derivado; pero el efecto formativo de su interpretación de los principios más esenciales del Derecho es de la mayor y más trascendental importancia.

El precedente, aunque tiene algunos inconvenientes restringido a su uso adecuado y entendido como instrumento de lógica, ha resultado

ser uno de los factores más valiosos del razonamiento legal inglés. Aunque el Common Law está constantemente experimentando transformaciones, su rigidez inherente es inconsecuente con la exigencia de «flexibilidad»; debilidades que, no obstante, no disminuyen los méritos sustanciales del sistema de precedentes tal como se practica.

CAPITULO V. LA EQUIDAD

I. Derecho y Justicia

Únicamente cuando las normas de Derecho se hicieron multiformes a través de un largo proceso de síntesis se vio que el derecho y la justicia pertenecen a dos esferas diferentes. Por encontrar en la ley humana una aspiración hacia la justicia ideal, los hombres de la Edad Media estaban tan profundamente interesados por el Derecho natural. En el pasado, los esfuerzos conscientes para encontrar principios de rectitud natural han desempeñado un papel extraordinariamente importante en la evolución legal. La equidad ha sido, como la denominó Maine, una especie de «jurisdicción residuaria o complementaria», sin la cual el Derecho se habría atrofiado fatalmente. Pero ya que la justicia es el fin del Derecho, ¿por qué no basta el Derecho por sí mismo? ¿De dónde, la necesidad de una jurisdicción residuaria o supletoria? Esto ha sido necesario porque las normas legales son generalizaciones formuladas y como tales son necesariamente incompletas. La uniformidad absoluta

no puede alcanzarse en la actuación de ningún derecho, y a menos que se deje un margen para los casos extraordinarios, encontraremos que el *summum ius* es *summa iniuria* y que el propósito esencial del *ius* se frustra por esta razón. Este margen de interpretación discrecional puede tomar la forma de equidad en general o de equidad en particular. La primera es comparativamente fácil de mantener y resulta esencial para todo sistema racional de justicia; la segunda es más difícil, ya que no es siempre posible, ni deseable, relajar una regla necesaria por compasión hacia un individuo desafortunado. En este sentido, lo que popularmente se denomina «injusticia» es inevitable en ciertos casos.

II. La equidad en el Derecho inglés

En el Derecho inglés la equidad se ha convertido en un sistema técnico diferente del Common Law; pero su origen no debe encontrarse exclusivamente en la jurisdicción del *Chancellor*. Por razones históricas y de procedimiento, el principio general de la equidad en Inglaterra pasó del control del Common Law al del Tribunal del *Chancellor*, en cuya jurisdicción el principio moral rector era el de la conciencia. Los *Chancellors* no eran invariablemente consecuentes o conscientes al basar su jurisdicción sobre un principio uniforme de este tipo; pero en general se esforzaron notablemente por hacerlo así, y el resultado fue la consolidación de principios bien reconocidos de equidad.

III. La equidad como fuente de Derecho

Las partes principales de la equidad se han dividido en relaciones fiduciarias, fraude en lugar de falsedad procesable del Derecho común (Common Law), casos accidentales e imprevistos de excesiva dureza, jurisdicción tutelar de aquéllos bajo responsabilidad permanente o temporal y recursos suplementarios del Common Law. Estos principios, y sus muchas subdivisiones, son ahora un sistema de Derecho separado y casi enteramente técnico. Pero no debe suponerse que la bifurcación de un sistema legal en estas dos ramas es una necesidad jurídica. Es perfectamente posible, y de hecho sucede, que los dos principios se reúnan en un cuerpo de Derecho y sean administrados por los mismos tribunales. Pero no se sigue de esto que la equidad no sea en sí misma una fuente distinta del Derecho. La equidad es la fuente de un ingrediente vital del Derecho, no menos necesario por ser suplementario.

CAPITULO VII. LEGISLACION

I. Lugar de la legislación entre las fuentes del Derecho

La legislación es el instrumento característico de creación del Derecho en las sociedades modernas y expresa la relación entre el individuo y el Estado. Representa un proceso de acción y reacción entre iniciativas, constitucionalmente organizadas, y fuerzas sociales espontáneas. Para el eficaz funcionamiento de la maquinaria del Gobierno debe haber siempre armonía entre las disposiciones legislativas y la corriente dominante de la opinión pública.

II. Formas de legislación

Hoy se acostumbra a considerar ley, de acuerdo con la distinción clásica de Coke, a la que ha recibido el consentimiento triple del rey, los Lores y los Comunes. Si no cumple estos requisitos no tiene la autoridad absoluta de la promulgación. Pero el consentimiento triple no puede referirse a una época anterior a la del Gobierno parlamentario, basado en la moderna teoría constitucional. Las denominadas antiguas leyes se asemejan a las modernas en que son documentos de autoridad pública y de importancia gubernamental, pero no son necesariamente promulgaciones legislativas.

Ha sido tema de controversia si los diferentes nombres que se daban a la legislación representaban algunas distinciones substanciales de naturaleza y efecto. La clave está en que en el gobierno de la Inglaterra medieval no había ninguna doctrina consciente de separación de poderes.

Respecto a las promulgaciones, no se comenzó ninguna colección oficial hasta comienzos del siglo XIX, cuando la Record Commission publicó las grandes series de los Estatutos del Reino. El material lo obtenían de muchas fuentes además del *statute rolls*. Hoy día ya existen colecciones de legislaciones razonablemente manejables, aunque todavía se está muy lejos de la perfección y puede hacerse mucho para reducir los estatutos a una forma más sistemática.

III. Fuerza de la legislación

1. DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE LA FUERZA OBLIGATORIA

La variedad de formas legislativas de la Edad Media produjo incerti-

dumbre con respecto a la autoridad obligatoria de los estatutos o pretendidos estatutos. En la primera parte del siglo xiv, los jueces solían evadir las disposiciones de los estatutos y algunas veces se negaban claramente a aplicarlos. La doctrina moderna es que las promulgaciones parlamentarias son absolutamente ilimitadas en alcance y autoridad.

2. LIMITACIONES SUPUESTAS Y REALES DE LA FUERZA DE LOS ESTATUTOS

Algunas veces se ha supuesto que existen ciertos límites:

1. Conformidad con la ley de Dios o con «el sentido y la razón común», o con la equidad natural.

2. Conformidad con el Derecho internacional. Pero hay ciertas limitaciones más reales que ésta:

1. Los estatutos no pueden ordenar lo que resulta imposible realizar.

2. Las leyes penales hechas *ex post facto* y los estatutos dirigidos contra individuos son tan contrarios a las modernas opiniones que puede decirse que actualmente son anti-constitucionales a todos los efectos prácticos. No se suprime, sin embargo, la legislación retroactiva.

3. Ninguna ley puede inmortalizarse en sí misma prohibiendo su propia derogación en el futuro.

4. La opinión pública constituye el control real y verdadero, aunque no el legal, sobre la legislación.

IV. Ambito y vigencia de las leyes

1. PROMULGACIÓN

En el año 1365 se afirmó judicialmente que «todos están obligados a conocer lo realizado por el Parlamento, aun cuando no se haya pro-

clamado en el país; tan pronto como el Parlamento ha concluido una materia, la ley presume que toda persona tiene conocimiento de ella, pues el Parlamento representa a todo el reino». La norma actual es que, tan pronto como la ley recibe la sanción real, y a menos que se señale una fecha futura para su entrada en vigor:

1. Los tribunales conocerán inmediatamente la ley.

2. Obligará desde ese momento a todos los súbditos de la reina.

2. DEROGACIÓN

Una vez que ha entrado en vigor, la ley produce sus efectos hasta ser derogada o, si se trata de una ley temporal, hasta su expiración. La derogación puede ser expresa o tácita. La derogación expresa es razonada, la derogación tácita está regida por el principio *leges posteriores priores contrarias abrogant*.

3. DESUETUDO

Una ley nunca se deroga en derecho inglés por simple desuetudo; pero en la práctica muchísimos estatutos antiguos, al ser bastante incongruentes con las circunstancias modernas, pueden considerarse como letra muerta, aunque nunca han sido formalmente invalidados.

V. Principios generales de interpretación estatutaria

Las leyes han de ser aplicadas por los tribunales y su alcance y efecto son, en gran medida, producto de la interpretación judicial. Lo primero que hará el juez será determinar el

significado literal o gramatical de las palabras elegidas por el legislador. No puede haber reglas invariables para la interpretación de las palabras y las frases de un estatuto; las palabras deben ser consideradas siempre en el contexto y sometidas las normas *eiusdem generis*.

1. LA RATIO LEGIS

Constituye una regla de oro de la interpretación de toda disposición que la interpretación literal únicamente sirve como medio para la aclaración y aplicación de la finalidad general del acta o *ratio legis*.

VI. Práctica de la interpretación de estatutos

La *ratio legis* y la *ratio verborum* nunca han aparecido como aliados naturales en el derecho inglés. Las recopilaciones inglesas abundan en ejemplos de las minuciosas investigaciones de la intención que han tenido que realizar los jueces para intentar reconciliarlos.

Las críticas de las normas actuales de interpretación de estatutos se han agrupado en tres formas principales:

1. Se ha objetado que toda la doctrina de la interpretación literal se basa en una falacia.

2. Se han dirigido muchas críticas contra la norma que excluye las partes extrínsecas y explicativas de la interpretación de los estatutos y, que, en particular, prohíbe el examen de la «historia parlamentaria» de una ley como medio de descubrir la intención del legislador.

3. Otro tipo de crítica hace referencia a una disposición general de

las mentes judiciales hacia los trabajos del Parlamento, más que hacia cualquier regla técnica de interpretación.

CAPITULO VII. LEGISLACION AUTONOMA Y SUBORDINADA

I. Desarrollo del principio de delegación

En los momentos actuales existe una marcada tendencia a delegar los poderes legislativos del Parlamento en una serie de autoridades subordinadas. La teoría tradicional de la constitución inglesa es que la soberanía legislativa del Parlamento es única y exclusiva, y que el Imperio del derecho asegura una administración de justicia única y uniforme para toda persona y para toda causa. No puede decirse que esta opinión concuerde perfectamente con los hechos y tendencias actuales.

II. Principales esferas de la legislación delegada

1. PODERES DIRECTAMENTE DELEGADOS POR EL PARLAMENTO

La presión de los asuntos y el aumento de problemas técnicos ha obligado al Parlamento a amplias delegaciones de poderes. El resultado ha sido la aparición de un conjunto de órganos de gobierno de creciente influencia. Pueden mencionarse:

1. El Consejo Privado, que tiene poderes para legislar por medio de Ordenes del Consejo, y que, en realidad, actúa como cuerpo sancionador de las normas realizadas por los departamentos del Gobierno.

2. Varios «cuerpos legisladores», creados por diferentes actas, como el Comité de Normas del Tribunal Supremo.

3. Autoridades locales, que han adquirido importantes poderes de dar reglamentaciones de gran variedad y vigencia en cuestiones cotidianas.

4. El Ejecutivo, al que el poder de realizar instrumentos estatutarios se le ha conferido por estatuto con creciente frecuencia y cada vez más amplio alcance.

2. ENTIDADES AUTÓNOMAS

Además de las autoridades especialmente designadas por la legislación, una serie de corporaciones, dentro del Estado, tienen poderes autónomos para preparar sus propias constituciones internas, y en muchos casos reglamentos para el público en general.

III. Relación entre legislación soberana y subordinada

¿Qué control constitucional se ejerce sobre la legislación delegada? Para resolver esta cuestión, el autor considera, en primer lugar, los poderes teóricos que, a este respecto, poseen las autoridades legislativas y judiciales, y en segundo lugar, la actuación práctica de estas fuerzas en los tiempos actuales.

1. CONTROLES CONSTITUCIONALES

La forma actual de legislación subordinada está ampliamente regulada por la Statutory Instruments Act, de 1946, que pretende hacer las leyes subordinadas tan accesibles al público como los estatutos del Parlamento.

1,1 Publicidad y control parlamentarios

La salvaguardia de publicidad viene dada por varios medios constitucionales de control, ejercidos, en teoría, por el Parlamento y por los tribunales. Algunos instrumentos estatutarios se convierten en obligaciones sólo después de haber sido aprobados por el Parlamento o, al menos, no haber sido desaprobados, o haber satisfecho ciertas condiciones preliminares establecidas por determinadas disposiciones.

1,2 Control judicial

El control judicial actúa principalmente por medio de *ultravires*, a las que toda legislación subordinada está sometida *prima facie*. Se ejerce un control general disciplinario sobre las autoridades públicas y casi públicas por parte de órdenes de tribunales, como el *mandamus*, el *certiorari*, la prohibición y procesos análogos, como el entredicho y el juicio declaratorio; por medio de éstos se puede obligar a las autoridades subordinadas, por una parte, a cumplir sus deberes estipulados, y por otra, a mantenerse dentro de sus propios poderes.

2. ACTUACIÓN PRÁCTICA DE ÉSTOS CONTROLES

Hoy es cada vez más corriente que estos controles tiendan a debilitarse, pues suele hacerse que la actuación de la legislación parlamentaria dependa, en cuanto a su comienzo y validez, de órdenes dadas por el ejecutivo. Existe una tendencia hacia la derivación del control parlamentario, disponiendo que, una vez dado un instrumento estatutario, tendrá el mismo efecto que un acta del Parla-

mento. Igualmente, hay una tendencia a suprimir la jurisdicción de los tribunales y a terminar con un conveniente control judicial, haciendo que el Departamento sea juez en sus propias causas. Así, las funciones del ejecutivo van creciendo a costa de los otros poderes del Estado.

La tendencia hacia la descentralización del Gobierno es irresistible y no criticable en sí misma, pero para ello se requiere un fuerte poder regulador del Estado. El legislativo ejerce un control real demasiado pequeño sobre sus agentes ejecutivos, tanto en la creación como en la aplicación del derecho. Igual sucede con el control judicial.

3. EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA INGLATERRA ACTUAL

Como el Gobierno se va haciendo cada vez más complejo, es cierto que los choques entre el ciudadano y el administrador aumentarán. No se refieren frecuentemente a cuestiones de principio, sino a cuestiones de método y actitud, que apenas están reguladas por las normas legales.

Recientemente se propuso por «Justice», la Sección Británica de la Co-

misión Internacional de Juristas, el establecimiento de un comisario parlamentario más o menos equivalente al Ombudsman de los países escandinavos y de Nueva Zelanda, para actuar como una especie de «señor del recurso»; no obstante, el Gobierno ha rechazado un tanto bruscamente la propuesta.

En el Estado moderno es necesaria una influencia reguladora para mantener una delicada y triple relación entre el Estado y sus agentes, por una parte, y entre el ciudadano y el Estado, por otra. Estas relaciones se mantienen mejor por un sistema inteligente y explícito de derecho administrativo, único remedio para los crecientes males, y que no ha sido aceptado plenamente por muchos juristas y funcionarios ejecutivos ingleses, en gran parte, por creer equivocadamente que confiere un especial privilegio y protección a la Administración y va en contra del individuo, cuando, en realidad, puede ser la mejor protección del individuo en contra del abuso de los poderes delegados, ya que dispone el recurso a un árbitro imparcial en caso de conflicto.

FEDERICO SÁNCHEZ CÁNOVAS

