

I

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA (INMEMORIAL)

“¿Carreteras? A donde vamos no necesitamos carreteras”*

I.A.- Introducción.

En su estudio sobre los orígenes de la moral Frederick Nietzsche acusaba al utilitarismo de ser la doctrina de “esos psicólogos ingleses”¹. Con o sin razón la crítica de Nietzsche dejaría entrever un prejuicio idiosincrático bastante difundido; aquel que refiere a la singularidad de los ingleses. El constitucionalismo británico no escapa a este preconceito. Más bien lo refuerza². Su forma de gobierno y organización territorial, la dinámica que desarrollan sus instituciones o las condiciones bajo las cuales su ciudadanía concibe sus derechos hasta, incluso, el funcionamiento de su sistema judicial, hacen del modelo constitucional británico, un modelo único.

“El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte” reúne un conjunto reinos, provincias y principados autónomos bajo una monarquía parlamentaria sin cumplir las notas que hacen a la conformación de un sistema federado o confederado³. Dispone de un Parlamento compuesto por dos cámaras legislativas, aunque, en la práctica, su funcionamiento es unicameral⁴. Confiere un gran poder de intervención a los jueces a través de las reglas del *rule of law* (estado de derecho) y los principios del *common law* (derecho consuetudinario). Simultáneamente, se

* Dr. Emmett Brown, “Volver al Futuro” (*Back to the Future*).

¹ Nietzsche (2014: 39).

² Se aclara que a los fines de este trabajo constitucionalismo “inglés”, “británico” o del “Reino Unido” serán utilizados indistintamente aun cuando no designen el mismo objeto. Inglaterra es una de las cuatro naciones que conforman el Reino Unido. Gran Bretaña es la principal isla del Reino Unido y dicho territorio abarca a Inglaterra, Gales y Escocia. El Reino Unido se encuentra conformado por Gran Bretaña (Inglaterra, Gales y Escocia) e Irlanda del Norte.

³ Las *Devolution Acts* de 1998 a través de las cuales se restituyeron competencias legislativas y administrativas a Irlanda del Norte (*Northern Ireland Act*), Escocia (*Scotland Act*) y Gales (*Wales Act*) junto con la creación de una Corte Suprema para el Reino Unido (CSRU) a partir del año 2009 para arbitrar conflictos entre distintas jurisdicciones parecen haber acercado al modelo británico a un sistema federado o confederado. Sin embargo, desde el punto de vista legal, el Parlamento sigue siendo la autoridad suprema para legislar en todos los aspectos de la vida de los británicos, incluso, aquellos delegados.

⁴ La *Parliament Act* de 1911 formalizó la prohibición de los Lores para legislar sobre leyes de naturaleza financiera o presupuestaria (*money bills*) y limitó su poder de veto (de definitivo a suspensivo) sobre el resto de las materias legislativas luego de que en 1909 éstos violaran el acuerdo político que les impedía oponerse a proyectos presupuestarios aprobados por los Comunes. Posteriormente, la *Parliament Act* de 1949 simplificó el procedimiento de sanción restringiendo su poder suspensivo al plazo máximo de un año y a dos sesiones legislativas en vez de tres. Por otra parte, la convención de Salisbury (*Salisbury Convention*) les impide oponerse a la segunda y tercera lectura de cualquier proyecto de ley comprometido en elecciones. El CSRU suplantó las funciones jurisdiccionales que ejercía la Cámara de los Lores a través del Comité de Apelaciones (*Appellate Committee*) como máxima instancia de revisión judicial.

define en torno al principio de “soberanía parlamentaria” que consagra un modelo democrático “absolutista” que como tal permite “tirar a los segundos afuera”⁵. Conserva normas, principios o prácticas institucionales “ancestrales” o “inmemoriales”. Al mismo tiempo, sus reglas constitucionales son sumamente flexibles exhibiendo una gran capacidad de adaptación y cambio⁶.

Todos estos elementos dificultan el encuadramiento del modelo británico dentro de las categorías tradicionales que empleamos para clasificar los sistemas constitucionales. Por ejemplo, tendemos a repetir hasta el cansancio que el Reino Unido carece de una Constitución “escrita”, cuando, en rigor de verdad, la mayor parte de sus normas constitucionales se encuentran documentadas en distintos instrumentos (O’Connel, 2016)⁷. Colocamos a este sistema como referencia paradigmática de un modelo democrático aversivo o esquivo a los controles constitucionales o “anti *judicial review*” sin tener en cuenta el papel que despliegan las “convenciones constitucionales” (o reglas de “moral constitucional”⁸) en la regulación de la conducta de los actores políticos, los límites que imponen las reglas derivadas del *rule of law* o los cambios que ha experimentado este sistema constitucional en las últimas décadas.

Por un lado, con la restitución de competencias legislativas a las regiones del Reino Unido (*Devolution Acts*) que representó un límite político al “absolutismo legislativo” del Parlamento. Por el otro, con la incorporación de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) al ámbito doméstico a través de la *Human Rights Act* de 1998 (HRA) que creó un sistema “débil” de control judicial de normas facultando a los jueces a declarar la “incompatibilidad” de las leyes británicas con las normas del CEDH sin que esa decisión implique anular la vigencia de las

⁵ Tomkins, 2005: 1 (“en el corazón [de la constitución británica] subyace una simple –y hermosa- regla [...] el gobierno del día podrá continuar mientras mantenga apoyo mayoritario de la Cámara de los Comunes [...] por esta esta regla la democracia en Gran Bretaña está garantizada. Por esta esta regla ‘Nosotros el pueblo Británico’ somos capaces, a través de la elección de nuestros representantes en el Parlamento, de ‘tirar a los segundos afuera’”).

⁶ Quizás llevándolo a un extremo, como lo ha sostenido Griffith puede decirse que “la constitución del Reino Unido está viva, cambiando día a día porque la constitución no es ni más ni menos que lo que pasa. Todo lo que ocurre es constitucional. Y si nada ocurriera también sería constitucional” (Griffith, 1979: 19).

⁷ En parte Young responsabiliza por este yerro al rol de las convenciones constitucionales tradicionalmente definidas como reglas no escritas (“coloco en un lado el rol de las ‘convenciones’ en la tradición inglesa [...] estas son importantes pero no las razones principales por las cuales las personas dicen que la constitución inglesa es no escrita”). Young E. (2007: 410, nota al pie 2).

⁸ Dicey, 1992:cxli.

primeras (art. 4 HRA)⁹. A pesar de ello, este sistema de revisión judicial de normas parece haberse fortalecido con el tiempo¹⁰.

El tema se complejiza aún más al intentar identificar el peso de su inocultable influencia sobre otros sistemas constitucionales. No sólo Estados parte del *Commonwealth* que replican la esencia de este modelo constitucional no formalizado (ej. Nueva Zelanda). También su impacto se verifica en comunidades con una impronta, en apariencia, opuesta al modelo británico, esto es, sistemas que exhiben reglas constitucionales codificadas en un texto legal unificado (ej. Estados Unidos de Norteamérica). El presente capítulo entonces intenta dar cuenta de los rasgos distintivos del modelo británico para luego, en el próximo, explorar ese impacto. En particular, busca detenerse en el rol que en su sistema despliegan las “convenciones constitucionales” o las “reglas de moral constitucional” cuya incidencia tiende a ser subestimada cuando no desconocida.

A fin de alcanzar ese objetivo en la primera parte se discute la función del constitucionalismo (I.B). En la segunda, se presentan algunos condicionamientos históricos que explican el origen del modelo constitucional británico (I.C). En la tercera, se describen sus caracteres generales y las disputas sobre la naturaleza de este sistema constitucional (I.D). En la cuarta, se analiza la naturaleza y la fuerza autoritativa de las convenciones constitucionales (I.E). Finalmente, en la última sección se evalúa cómo el colapso de estas reglas está produciendo una profunda transformación de este modelo constitucional (I.F). La tesis defendida apunta a demostrar la conexión entre la mentalidad del *common law*, fundada en el peso de las tradiciones y el valor del *rule of law*, con el desarrollo de un modelo constitucional no formalizado basado en convenciones políticas o en reglas institucionales que vinculan a los órganos de gobierno o a los actores políticos con ciertos principios y prácticas constitucionales “ancestrales” o “inmemoriales” pero, en principio, no susceptibles de ser revisables judicialmente.

I.B.- Una cuestión preliminar: La función constitucional.

Previo a adentrarme en explorar la evolución del modelo constitucional británico y los debates en torno a su naturaleza resulta imprescindible precisar a qué nos estamos refiriendo cuando apelamos al ideario constitucional o sostenemos que existe una Constitución como tal. Esta discusión, de gran relevancia en cualquier modelo constitucional, se vuelve indispensable cuando abordamos la caracterización de un sistema que, por definición, carece de un texto legal a cargo de identificar el contenido de sus normas constitucionales, sus mecanismos de reforma o

⁹ Tushnet, 2013.

¹⁰ Kavanagh, 2015.

las vías para su ejecución, ¿Cómo saber entonces de qué efectivamente estamos en presencia de un sistema constitucional?

Sin pretender agotar el debate, siguiendo el trabajo de Mellon, Stuart y Helen para identificar el contenido de las normas constitucionales del derecho británico, podemos definir una Constitución por su función. Según los autores, los sistemas constitucionales perseguirían tres grandes objetivos: el establecimiento de patrones o reglas para el reconocimiento de la autoridad y la organización de las instituciones de gobierno, la limitación del poder público y la generación de una identidad colectiva a través de principios y metas comunes. Sin embargo, en términos estrictos, cuando invocamos el “constitucionalismo” o cuando nos representamos el funcionamiento de una Constitución, tendemos a referirnos a esta segunda meta. Los restantes objetivos son comunes a toda forma de organización institucional. En cambio, el constitucionalismo tiende a apelar al “... conjunto de principios inviolables y directivas más específicas a las cuales todo derecho futuro y actividad de gobierno debe generalmente ajustarse”¹¹.

El desarrollo de un cuerpo de reglas dotadas de algún grado de jerarquía y estabilidad dirigidas a restringir las decisiones de gobierno y sujetarlas a ciertos principios asociados con una tradición política liberal o republicana según el caso, es entonces el elemento dominante de los modelos constitucionales modernos¹². Sea que estas reglas constitucionales fueran concebidas como límites incapacitantes o “negativos” para proteger la autonomía individual frente a la autoridad o, por el contrario, como herramientas potenciadoras o “positivas” para igualar y fortalecer la capacidad de decisión de los miembros de la comunidad como parte de esa autoridad, su función no es otra que restringir ciertas decisiones inmediatas de gobierno¹³.

La forma que adoptan las reglas constitucionales para llevar a cabo esa tarea no constituiría un factor determinante. Si bien estamos acostumbrados a estudiar modelos cuyas reglas constitucionales son predominantemente de orden jurídico y se encuentran plasmadas en un texto legal de carácter rígido o semi rígido protegido por algún mecanismo jurisdiccional o contra mayoritario que permite su reafirmación, resulta perfectamente compatible con la función descrita pensar en un sistema constitucional con predominio de normas políticas o morales y sin esos mecanismos formales de protección. A continuación, exploraremos el origen de un modelo constitucional de este tipo poniendo el acento en la función constitucional planteada.

¹¹ Mellon, Stuart y Helen (2015: 7).

¹² Loughlin, 2019.

¹³ Holmes (1988) y Waldron (2016: 23-43).

I.C.- La Constitución Antigua.

I.C.1.- Origen.

Antes que la Revolución Francesa reconfigurara el tablero político del mundo occidental institucionalizando el principio de soberanía popular, los colonos de las trece colonias norteamericanas se embanderaban detrás de la célebre proclama “*no taxation without representation*” (ningún impuesto sin representación) para resistir las nuevas contribuciones que se pretendían imponer sobre el comercio colonial desde el Parlamento británico. Inglaterra se encontraba apremiada por cubrir los gastos de su alicaída tesorería luego de sus exitosas campañas militares contra Francia y las comunidades originarias de América del norte en su disputa imperial por el dominio de esos territorios¹⁴. A ningún inglés podía sorprender el reclamo de los colonos. De hecho, Edmund Burke lo había advertido durante el transcurso de su debate parlamentario. Burke no sólo creía que el costo de las contribuciones podía ser intolerable para los colonos sino, como hombre de Estado, era muy consiente sobre las reglas constitucionales imperantes en el derecho inglés. Temía, como efectivamente ocurrió, que el intento de imponer nuevas contribuciones sobre las colonias se convirtiera en un “boomerang” para Inglaterra¹⁵.

El consentimiento de los súbditos como condición para establecer cargas y contribuciones es un principio basal plasmado en la *Bill of Rights* (1689)¹⁶. Pero su origen es mucho más antiguo. Desde fines del siglo XIII los reyes de Inglaterra debieron lidiar con este reclamo. Sus planes de expansión territorial o sus campañas militares, en general, debieron someterse a complejas negociaciones con nobles, representantes de pueblos y condados por el aporte de tropas, el manejo del presupuesto y la imposición de contribuciones para financiarlo¹⁷. Aun cuando se tiende a exagerar el peso de la asamblea parlamentaria durante este período o se minimizan las prerrogativas de los reyes para forzar la entrega de fondos, aquellos que optaron por actuar a espaldas de sus súbditos se exponían a un gran riesgo como nos muestra la cinematografía de

¹⁴ Según Hoffer el plan del entonces Primer Ministro George Greenville (1712 - 1770) buscaba incrementar los ingresos del imperio pero, más importante, “ponerle fin a la notoria corrupción del antiguo sistema imperial” (Hoffer, 1998: 127).

¹⁵ Gallego García (2011: 137).

¹⁶ Párr. 4to, *Bill of Rights* disponible <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/20.pdf>, último ingreso 31.08.20 (“que recaudar impuestos por y para uso de la Corona bajo pretensión de prerrogativas, sin autorización del Parlamento, por un tiempo más largo o de una manera distinta de aquella en que la misma sea otorgada, es ilegal”).

¹⁷ Omrod (1999: 20).

“Robin Hood”, recreando el conflicto de los barones con el rey Juan “sin tierra” que derivó en la concesión de la Carta Magna (1215)¹⁸.

A diferencia de sus pares europeos, la figura de la emergencia o, más tarde, “el estado de necesidad”, herramientas a las cuales apelaban los reyes para sortear la competencia de todo órgano de consulta que limitara su poder recaudatorio, eran sometidas al escrutinio de los representantes de sus súbitos, dejando en claro que las condiciones de elección de esos representantes quedaban restringidas a los “hombres libres” (nobles, prelados y, más tarde, *freeholders*)¹⁹. Los intentos de los reyes ingleses por gobernar a través de un modelo absolutista, en general, no logró el éxito de los reinos continentales o, sólo lo lograron, en la medida en que no se embarcaron en campañas que requirieran del aporte de fondos o se convocara a los súbditos para la defensa del territorio. Koskeniemmi por ejemplo nos recuerda que “sólo 34 de las 197 embarcaciones que fueron enviadas a encontrarse con la armada [española] en 1588 eran embarcaciones de la corona”²⁰.

Estas diferencias también quedaron reflejadas en los modelos coloniales. Mientras la colonización española se caracterizó por su verticalidad expresada en cabeza de los conquistadores (y luego de los Virreyes) que suponían una extensión directa del poder del monarca, la colonización inglesa se definió por la pluralidad y dispersión de sus agentes. Las reconocidas “compañías” (*companies*) y restantes asociaciones corporativas suplían la falta de recursos de la Corona para financiar este tipo de proyectos, pero, simultáneamente, disminuían su influencia sobre el gobierno de las colonias. Según Stern “salvo por algunas excepciones, el monarca ocasionalmente tenía decisión directa, por fuera de la expresa presión política o de su propia participación accionaria (*shareholding*) en cómo esas corporaciones gobernaban”²¹.

¹⁸ Harris (1976: 52). Mientras “sucesivas generaciones de súbitos ingleses encontrarán en el lenguaje de la Carta Magna los principios fundacionales del gobierno representativo” (Ferejohn y McCall Rosenbluth, 2017: 108), lo cierto es que, dicho instrumento, fue uno más entre otros tantos acuerdos feudales de la época para reordenar los atrasos impositivos de la nobleza. Su impacto en el sistema recaudatorio inglés fue sustancialmente menor. Señala Omrod que la verdadera transformación de ese sistema impositivo se dio a partir de “las guerras de largo alcance, tiempo y costo de finales del siglo trece” (Omrod, 1999: 19).

¹⁹ Habrá que esperar hasta fines del siglo XIX para observar una expansión sustantiva del sufragio y de las condiciones de representación en Inglaterra a través de las *Reform Acts* de 1867 y 1884 las cuales tendrán un profundo impacto sobre el sistema institucional británico. Consolidarán el sistema de partidos y con ello la disciplina partidaria, factores determinantes para la adopción de un sistema parlamentario unicameral a través de la *Parliament Act* de 1911. Pero también estos cambios alterarán en forma definitiva el equilibrio de poderes de su sistema constitucional (Bellamy, 2020: 20). El llamativo giro de Albert Venn Dicey, el profesor victoriano que definió los pilares constitucionales del modelo británico sobre la base de la soberanía parlamentaria y el *rule of law*, en parte puede explicarse como parte de una sobrereacción conservadora frente a esa pérdida de equilibrios institucionales (Weill, 2003: 484-491).

²⁰ Koskeniemmi (2017: 361).

²¹ Stern (2013: 25).

La representación como base para la imposición de cargas tributarias, por un lado, afianzó el rol de la asamblea parlamentaria como instrumento para canalizar los reclamos de los súbditos y, por el otro, generó un sistema de controles sobre las decisiones del rey o de “diálogos” entre poderes que, a su vez, sirvieron para legitimar el propio accionar del rey. Estos representantes si bien actuaban en nombre de sus súbditos, también se desempeñaban como “agentes de la corona en los condados”, quedando forzados a “mantener un balance perpetuo entre las necesidades del rey y los reclamos de sus comunidades”²². La interacción podría decirse generó un límite constitucional “negativo” sobre el poder de la Corona pero también “positivo” en tanto “los controles parlamentarios al rey Inglés generaron, paradójicamente, un gobierno más fuerte que en Francia”²³. Sus decisiones debieron ser más sopesadas o exhibir menor grado de arbitrariedad. Después de todo, cada estamento tenía su cuota de participación en las decisiones de gobierno²⁴.

La compleja relación que el monarca mantenía con el Parlamento originó entonces tanto un “derecho constitucional” de los súbditos frente al poder público como una regla institucional para su organización que quedó impregnada en la retina de los ingleses como parte de los derechos y libertades de su mítica “Constitución Antigua” (*Ancient Constitution*). Una suerte de proto - modelo de pesos y contra pesos institucionales antes que de división o separación de poderes donde “cada componente de gobierno podía actuar como un control sobre los otros”²⁵. A ello cabe adicionar que las normas del Parlamento (*statute law*) y las reglas emergentes de esta Constitución Antigua o “inmemorial” expresadas bajo los principios consuetudinarios del *common law* no eran concebidas como sistemas jurídicos en competencia. Más bien, formaban parte de un mismo dispositivo de reglas.

Bajo la óptica de los *common lawyers* (Sir Edward Coke, Sir John Davies, Sir. Matthew Hale, entre otros) el Parlamento simplemente declaraba o reglamentaba principios preexistentes derivados de los usos y costumbres comunitarios²⁶. El *common law* reflejaba una concepción

²² Harris (1976: 42).

²³ Ferejohn y McCall Rosenbluth (2017: 111).

²⁴ Algunos autores han desafiado este recorte que suele trazarse entre la monarquía parlamentaria inglesa y el absolutismo francés para intentar demostrar que sus diferencias eran menos relevantes de lo que tiende a pensarse. Ver Hensall, 2013.

²⁵ Michael (1990:425). Según Waldron mientras el principio de división “sólo está interesado en que el poder quede disperso, pero no se interesa en particular en cuáles son esos poderes diferenciados”, el de contrapesos “se interesa en que el poder esté controlado por otro poder o que requiera concurrir con otro para su ejercicio” (Waldron, 2016: 52).

²⁶ Pocock (2011: 44) y Gallego García (2011: 77).

filosófica sobre un conjunto de derechos o libertades civiles de los súbitos originados en un pasado mítico inmemorial que debían ser honrados o protegidos. Pero también expresaba una concepción institucional acerca de la forma en que el poder público debía ser organizado para garantizarlo.

La preservación de estas libertades estaba estrechamente emparentada con la “Constitución Mixta” (*Mixed Constitution*) de los antiguos²⁷. Su finalidad apuntaba a evitar prácticas despóticas o tiránicas del poder público, balanceado su ejercicio entre instituciones con distinta representación social²⁸: uno (la monarquía/el rey), pocos (la aristocracia/Lores temporales y espirituales) y muchos (la democracia/Comunes)²⁹. El Parlamento jugaba un papel crucial dentro de la mentalidad medieval de los *common lawyers* como freno a las aspiraciones absolutistas de la Corona de la misma forma que los jueces de este sistema se erigían como sus custodios más fieles. Legislación y adjudicación “eran medios complementarios antes que antagónicos para identificar el derecho fundamental”³⁰. En la preservación de las libertades políticas y en la lucha contra la tiranía, por ejemplo, el barón de Montesquieu encuentra el fundamento de este modelo constitucional³¹.

Cuando a mitad del siglo XVIII los colonos de Norteamérica se expresaban en contra de la “tiranía del Parlamento” inglés o defendían su derecho constitucional a ser sometidos ante un “juicio por jurados” luego de sus primeros levantamientos contra la *Sugar Act* (1764) y la *Stamp Act* (1765) y no ante tribunales presididos por sólo un juez, su planteo distaba de ser novedoso³². Fuera de todo debate referido a su “derecho” de ser reconocidos como súbditos de la corona o de gozar mismas prerrogativas que el resto de los súbditos en territorio inglés, las proclamas

²⁷ Aristóteles (2003: Libro IV), Polibio (1981: Libro VI) y Cicerón (1991: Libros I y II).

²⁸ Lieberman (2008:342) (“La simbiosis histórica entre common law y constitución mixta pronto siguió ya que ambas instituciones compartían el objetivo por la libertad civil. Y la limitación del poder público en Inglaterra necesitaba ser elucidada en los términos de ambas estructuras. Al igual que el rey no podía alterar la ley excepto a través de los mecanismos de legislación parlamentaria, tampoco podía acusar a un súbito o castigarlo sin movilizar las instituciones del common law”).

²⁹ De todas formas, median diferencias significativas entre la concepción aristotélica y la polibiana sobre el alcance de la constitución mixta. Mientras Aristoteles apuntaba a “emplear dispositivos como una combinación de elecciones y sorteos para asegurar una mezcla social entre los funcionarios públicos, Polibio concebía el gobierno mixto como un equilibrio de clases” (Bellamy, 2020: 9). Esta última concepción primó en Inglaterra de la mano de autores como Tomas de Aquino, Brancton, Fortescue, Smith y Hooker (Varela Suanzes, 1998: 91).

³⁰ Hulsebosch (2003: 453).

³¹ Montesquieu, 2007: 205 (“Hay también una nación en el mundo [la inglesa] que tiene por objetivo directo de su Constitución la libertad política”).

³² Grey (1978: 870).

formaban parte de los antiguos derechos y libertades de los ingleses³³. No menos influyente fue el pensamiento de autores como Locke, Vattel, Pufendorf, Voltaire, Grotius, Burlamaqui o Rutherford entre otros, fuertemente identificados con el derecho natural o con el pensamiento ilustrado que reforzaban principios republicanos de igualdad política, consentimiento cívico y autogobierno colectivo³⁴. Aun así, el contractualismo o la tradición jusnaturalista eran leídos por los colonos norteamericanos bajo el tamiz de las libertades inmemoriales de la Antigua Constitución inglesa³⁵.

Es cierto también que en otros aspectos los colonos rompieron con parte de las tradiciones y privilegios de una sociedad estamentaria cuya Constitución decían representar, dimensión que pone de manifiesto su faceta más “revolucionaria”³⁶. Por ello, no resulta sencillo identificar el rasgo que mejor define este proceso histórico. Lo que queda claro es que el *common law* y la Antigua Constitución inglesa jugaron un papel crucial en la estructuración del proceso revolucionario norteamericano.

En algún punto podría decirse que la estrategia de los colonos norteamericanos no difería sustancialmente de la estrategia más tarde adoptada por nuestros colonos criollos. También la representación fue el argumento central para defender la conformación del primer gobierno patrio. Pero mientras en nuestra región ese principio emergía ante el vacío de poder generado por la caída de Fernando VII a manos de José I Bonaparte y el nacimiento de la Junta de Sevilla como órgano sustitutivo de gobierno (1808), el planteo de los colonos de Norteamérica expresaba un principio constitucional para el ejercicio del poder público, independientemente de la autoridad que estuviera a cargo. En otras palabras, fuera el Parlamento británico o el futuro de los colonos, la

³³ Según Hulsebosch “una de las grandes ironías, no reconocidas en la historia constitucional Anglo Americana es que Sir Edward Coke, el mitólogo del siglo diecisiete de la ‘antigua constitución’ y el jurista más celebrado en los comienzos de América, no creía que los súbitos gozaran del *common law* ni de muchas de las libertades de los ingleses mientras estuvieran fuera del territorio” (Hulsebosch, 2003: 439).

³⁴ Bailyn (1972: 39-42) y Gray (1978: 859-865).

³⁵ Grey, (1978: 864) (“... lo que es importante (y difícil) para nosotros recordar es que la idea de la sanción de una constitución era relativamente novedosa en 1760, mientras la idea de una antigua constitución no escrita compuesta por costumbre y razón era confortable y familiar en el mundo de habla inglesa. Es esta idea tradicional que emergió en la mente de los Americanos cuando leían en Burlamaqui o Vattel sobre ‘constituciones’ y ‘leyes fundamentales’ y era esta idea tradicional que Rutherford expresamente invoca”). Una idea similar expresa Hulsebosch (2003: 445) (“a través de sus logros judiciales, literarios y legislativos, Coke contribuyó sustancialmente a las nociones Anglo-Americanas de *rule of law*. Comenzando a partir del tiempo de la Revolución Gloriosa, los colonialistas en el extranjero, invocaban este canon para oponerse a la regulación imperial, y para el siglo dieciocho la antigua constitución de Coke era una moneda política del imperio”) y Reid (2005: 46) (“los *whigs* americanos recurrieron a la guerra civil antes que arriesgarse a la inseguridad constitucional de un derecho de órdenes legislativas absolutas que no toleraba ninguna limitación de la antigua constitución”).

³⁶ Wood (1998: 13). Sobre la influencia de los escritos críticos al modelo inglés (en particular hacia el rol de la Corona) en el proceso revolucionario norteamericano Baylin (1972) y Wood (2006).

movilización expresaba un principio de legitimidad institucional que marcaba un límite al ejercicio del poder público.

I.C.2.- Un modelo de reglas pre-moderno y dos concepciones de autoridad en pugna.

La idea de consentimiento, representación, “Constitución Antigua” o de un “derecho inmemorial” no fue ajeno al resto de Europa durante el período medieval. En todos los territorios asistimos al desarrollo de similares instituciones para canalizar las negociaciones entre el rey y sus súbditos ante la ausencia de una autoridad central (“Los Estados Generales” y “parlamentos” en Francia, “Las Cortes” en España o “el Parlamento” en Inglaterra). En realidad, como herramienta para articular las negociaciones con los “Tres Estados” (el clero, la nobleza y los restantes sectores). La idea de una representación ampliada o de participación popular durante este período es claramente ficcional³⁷. Tampoco fue ajena al resto de Europa la idea de un derecho común (*common law*) basado en un conjunto de reglas consuetudinarias. Sin embargo, esas reglas nunca lograron el nivel de cohesión que adquirieron en Inglaterra. En estos territorios “el derecho consuetudinario nunca pasó de constituir una masa invertebrada y heterogénea de costumbres locales, y de ahí su insuficiencia y ‘debilidad’ frente a otros derechos, como fueron el romano y el canónico, constitutivos ambos del *ius commune*”³⁸.

Uno de los aspectos más fascinantes del caso inglés es entonces la fuerza, homogeneidad o perdurabilidad que adquirieron todas estas ideas medievales de representación, Constitución Antigua o de un derecho común fundamental que vinculara a los habitantes desde tiempos “inmemoriales” con ciertas reglas y principios dirigidos a limitar (positiva y negativamente) el ejercicio del poder público. Por ejemplo, en Francia, los Estados Generales (*États Généraux*), órgano medieval de consulta que representaba en forma estamentaria el mismo entramado social (clero, nobleza y sectores sin privilegios hereditarios), dejaron de ser convocados desde 1614 hasta el desesperado intento de Luis XVI por evitar la sublevación social que decantó en la conformación de la Asamblea Nacional Constituyente, preludio de la Revolución Francesa³⁹.

³⁷ Como recuerda Waldron con citas de Ullman “ni los arreglos feudales ni los reclamos de los barones se entendían en términos remotamente parecidos a la igualdad política o la democracia participativa. ULLMAN insiste, no obstante, en que la idea más amplia de gobierno representativo se hizo posible gracias a las concepciones feudales que hemos señalado aquí. No se ha resaltado lo suficiente que el feudalismo era *esencialmente* pluralista: los arreglos feudales relacionaban estrechamente la autoridad abstracta del gobierno con un conjunto de señores poderosos, cada uno con derecho, estatus, territorio y jurisdicción propia” (Waldron, 2005: 72).

³⁸ Gallego García (2011: 81).

³⁹ Lo mismo sucedió con el rol de las Cortes en España (Varela Suanzes, 1998: 89/90).

En cambio, en Inglaterra, luego de los levantamientos de los barones (1258, 1264-1267), se instituyó como práctica institucional la periódica convocatoria del Parlamento, obligación formalizada con la *Triennial Act* (1694)⁴⁰. Mientras en el resto de Europa el derecho canónico o romano se impuso frente a cualquier forma consuetudinaria local, en Inglaterra ese enfrentamiento entre sistemas jurídicos no quedó saldado. Documentos análogos a la Carta Magna en el resto de Europa pasaron al olvido. En Inglaterra se transformaron en la prueba más contundente de un derecho inmemorial que ningún gobernante podía avasallar. Por ello, como remarca Gallego García en relación a este documento, “su originalidad y fuerza no radica en su contenido como en la longevidad de su vida, en el hecho de permanecer viva en el tiempo, en la constancia y arrojo en que fue preservada y defendida [...] la fuerza de la Carta Magna está pues, en la constancia no exenta de largos períodos de olvido, con que ésta vivió entre los ingleses, gracias a la fuerza de su instinto de libertad contra cualquier poder arbitrario”⁴¹.

Entre las teorías que se han formulado para explicar este particular fenómeno inglés, una de las más atractivas apunta a vincular su geografía con su proceso político. Distintos autores observan que tanto en Europa continental como en Inglaterra los conflictos armados tuvieron un rol determinante en el desarrollo del modelo estatal. La forma en que esos conflictos impactaron sobre cada territorio fue distinta. El factor geográfico determinante.

La amenaza externa aceleró el proceso de concentración del poder en Europa continental en manos de la Corona a partir del siglo XV. En cambio, ese mismo factor produjo el efecto inverso en Inglaterra⁴². Su geografía insular confirió a Inglaterra defensas naturales tornando el riesgo de invasión en una amenaza remota. Todo intento del rey de forzar a nobles o comerciantes a ceder su cuota parte de poder ante la emergencia chocaba con la resistencia de sus súbditos “que no temían una invasión del continente”⁴³. Esta circunstancia favoreció la preservación de

⁴⁰ Ferejohn y McCall Rosenbluth (2017: 109).

⁴¹ Gallego García (2011:76). Si bien durante siglos la Carta Magna simbolizó un límite al poder de la corona, no fue hasta el siglo XVII que recobraría impulso de la mano Sir Edward Coke quien se valdría de ella para enfrentar los avances de la dinastía de los Estuardo (Jacobo I y Carlos I). Ver Garnett (2015).

⁴² Ferejohn y McCall Rosenbluth (2017); Harris (1976); Omrod (1999).

⁴³ Ferejohn y McCall Rosenbluth (2017: 110). Esta observación no representa ninguna novedad. Los federalistas la tenían muy presente al responder las críticas de sus oponentes por la deriva autoritaria que muchos veían en la propuesta de crear una unión Federal de Estados. Así lo expresa Hamilton: “Hay también una gran diferencia entre las instituciones militares de un país rara vez expuesto por su situación a las invasiones internas, y los de los otros que las sufre con frecuencia y vive temiéndolas [...] el reino de la Gran Bretaña ilustra este primer caso. Su situación insular y su poderosa marina, que los defienden contra la posibilidad de una invasión extranjera, anulan la necesidad de un ejército numeroso en el interior [...] pero si Gran Bretaña hubiera estado situada en el continente y se hubiera visto forzada a equipar sus organizaciones militares con las de las otras grandes potencias europeas, es indudable que ahora sería, como ellas, víctima del poder absoluto de un solo hombre” (Hamilton, Madison y Jay, 2010, Paper VIII: 30-31).

costumbres locales unificadas bajo el paraguas del *common law* que representaban un freno a las aspiraciones del monarca y acrecentó el rol del Parlamento como órgano a cargo de la defensa de los intereses de los nobles y *landholders*. También esta particular característica del sistema inglés originó dos modelos de autoridad en competencia.

La Corona impulsará una visión centralizada que, al igual que en el resto del Europa, expresa la omnipotencia o el poder absoluto del soberano en términos *hobbsianos* o *bodineanos*. Se valdrá para ello del derecho romano y canónico (*ius civile*) transformado en derecho positivo y enseñado en las universidades. También se apoyaron en las prerrogativas reales y en los tribunales regios o eclesiásticos⁴⁴. Luego de la “Revolución Gloriosa” (1688) que consagra la supremacía del Parlamento, se produce una sustitución del soberano y comienza a deshilacharse la unidad que expresaba el *common law* con la idea de gobierno mixto bajo el mito de una Constitución Antigua. De allí la animosidad que exhiben autores fuertemente identificados con esta tradición constitucional como Coke o Burke con la idea de “soberanía” (entendida como poder supremo o sin limitaciones), ya fuera que se expresara en manos del Rey o del Parlamento⁴⁵.

De todas formas, hasta bien entrado el siglo XX, nociones como “balance constitucional” o “gobierno mixto” mantuvieron su correlato institucional a través de la práctica desarrollada entre la Corona, la Cámara de los Lores y de los Comunes. Aquello que en la tradición inglesa al día de hoy se le atribuye el lugar del soberano y se conoce bajo el nombre de “La Corona en el Parlamento” (*King in Parliament*)⁴⁶. También este esquema mantuvo un lugar preponderante en el imaginario social como surge de las obras de autores de la talla de Hume (siglo XVIII), Blackstone (siglo XVIII) y Dicey (siglo XIX), aun cuando, todos ellos, abrazaron el principio de soberanía parlamentaria como fuente de legitimidad institucional⁴⁷.

Los *common lawyers* defenderán una visión distinta. Postularán la existencia de un conjunto de reglas de origen ancestral o inmemorial que marcan límites al poder público (cualquiera sea la autoridad). Una especie de proto-modelo del *rule of law* que recoge el axioma

⁴⁴ Koskenniemi (2017: 358).

⁴⁵ Gallego García (2011: 109/110), Pocock (2013: 302-304) y Bogus (2007: 408-416). La reivindicación de Burke a la Revolución Gloriosa (Burke, 2016) se explica por oposición a la Francesa, como un esfuerzo por marcar un *continuum* (y no una ruptura) en la historia constitucional británica.

⁴⁶ Dicey (1992: 3).

⁴⁷ Bellamy (2020: 15), Varela Suanzes (1998: 103-115).

aristotélico de “gobierno de leyes y no de hombres” y que tendrá como norte la defensa de derechos y libertades personales, entre ellos, el derecho de propiedad como aspecto central⁴⁸.

Cultivada en los tribunales del *common law* (*Courts of Common Pleas*) y en sus fraternidades de formación (*Inns of Courts*), mediante una metodología de argumentación historicista que dista de ser rigurosa y combina ciertos hitos como “la Carta Magna” o “la Petición de Derechos” (*Petition of Rights* -1628-) con algunos rasgos del lenguaje del derecho natural para acomodarlos a un relato constitucional del presente, adscribirán a una visión fraccionada o condicionada de la autoridad. Razón y tradición se unirán en esa suerte de oxímoron que Coke llamaba la “racionalidad artificial” (*artificial reason*) para simbolizar el peso de la experiencia y el valor prescriptivo de las costumbres. Esta concepción historicista o tradicionalista sobre el proceso formativo de reglas dará origen a una constitución política inter-temporal que fija límites al poder público y une a los miembros de la comunidad con un pasado mítico inmemorial. El enfoque puede verse reflejado en el célebre reporte de Edward Coke sobre el caso *Calvin Case* (1608):

“nosotros no somos sino de ayer (y por lo tanto necesitamos la sabiduría de aquellos que fueron antes que nosotros) y somos ignorantes (si no recibimos la luz y el conocimiento de nuestros antepasados) y nuestros días en la tierra son una sombra en comparación a los antiguos días y tiempos del pasado, cuando las leyes fueron puestas por la sabiduría de los más excelentes hombres, en un innumerable sucesión de tiempos, por una larga y continuada experiencia (que es la prueba del derecho y la verdad) cribada y purificada no por un hombre (siendo de tan corta vida) aunque haya tenido en su cabeza la sabiduría de todos los hombres del mundo en su cabeza, en ninguna época podría haberla alcanzado u obtenido”⁴⁹.

Si bien desde el punto de vista historiográfico se ha cuestionado la falta de objetividad del método empleado por los *common lawyers* para reconstruir la historia⁵⁰, desde una visión más holística se destaca que el pasado actuaba solo como argumento de autoridad para defender un

⁴⁸ El valor de la propiedad no debe ser entendido bajo una concepción moderna. Según Hulsebosh “nadie ‘poseía’ tierra en el sentido moderno” (Hulsebosh, 2003:453). En el período feudal la propiedad estaba asociada con la idea de soberanía o con el ejercicio de facultades casi gubernamentales sobre el territorio controlado que se ejercían en forma jerárquica. Pero “aún cuando la corona (mayormente a través de los tribunales del common law) despojó a *landholders* de muchos privilegios feudales, la tierra siguió representando riqueza y simbolizando la independencia política sobre el rey” (Hulsebosh, 2003: 453-454). Por ello “... la propiedad era real y simbólicamente el origen de todas las libertades- en la libertad inglesa. Y el derecho de propiedad fue el origen del *common law*” (Hulsebosch, 2003: 454).

⁴⁹ cit. por Gallego García (2011: 64-65). Las palabras de Coke resuenan como un eco de aquellas pronunciadas por Cicerón muchos siglos antes: “... nuestra república no se debe al ingenio de un solo hombre, sino de muchos, y no se formó en una generación, sino en varios siglos de continuidad. Y decía que jamás había existido un tan gran ingenio, si es que en algún momento pudo haberlo, a quien no escapara nada, ni pudieron todos los ingenios juntos proveer tanto en un solo momento, que pudieran abarcar todo sin la experiencia de la realidad prolongada por mucho tiempo” (Cicerón, 1991: Libro II, 86-87).

⁵⁰ Pocock, 2011.

conjunto de libertades y límites al gobierno. Reid resume este método de argumentación legal bajo el nombre de “historia forense” (*forensic history*)⁵¹. Salvando las distancias, una versión moderna de esta forma de entender las reglas constitucionales podría representar la concepción desarrollada por el profesor Ronald Dworkin sobre el derecho como “integridad” de normas y principios que tanto éxito ha cosechado en ámbitos constitucionales⁵². En especial, su lectura moral de la Constitución norteamericana basada en el encaje (“*fit*”) y en la justificación (“*justify*”) del precedente⁵³. A pesar de las aparentes diferencias en el método de construcción de su teoría⁵⁴ y en el enfoque⁵⁵, ambos atribuyen a la tradición, entendida como el conjunto de reglas y principios desarrollados por la comunidad en el tiempo, un valor autoritativo fundamental para la paulatina construcción de una praxis constitucional dirigida a proteger las libertades de los ciudadanos⁵⁶.

El modelo lockeano capturaría en parte el funcionamiento del modelo constitucional de los *common lawyers* al ofrecernos una teoría amparada en esa defensa de libertades individuales como en la lucha contra la arbitrariedad estatal. Sin embargo, su concepción racionalista sobre la naturaleza de esos derechos, mirada contractualista sobre el origen del Estado basada en el consentimiento de la ciudadanía o la inclinación por defender un modelo de estricta separación de poderes que coloca al Parlamento por encima de los restantes poderes públicos (Locke, 1980) se contraponen con la mentalidad organicista de los *common lawyers*. Fundada en el peso de la experiencia y en el valor prescriptivo de la tradición, esta concepción pre-moderna apunta a

⁵¹ Reid (2005: 24).

⁵² Dworkin, 1986.

⁵³ Dworkin, 1996.

⁵⁴ Mientras Dworkin parte de una teoría liberal reflejada en un texto constitucional y va hacia una praxis institucional que evalúa a la luz de esa teoría, el camino que recorren *common lawyers* sería el inverso; de la práctica a la teoría.

⁵⁵ Dworkin concentra gran parte de su teoría en la práctica judicial, en el caso de los *common lawyers* el enfoque es predominantemente político (no judicial).

⁵⁶ Por ejemplo, la idea de “la novela encadenada” (*enchained novel*), metáfora empleada por Dworkin para ilustrar su método interpretativo, pero también exhibir su concepción integrada del derecho (Dworkin, 1986:228-232), está lejos de constituir una innovación en el mundo anglosajón. Desde el siglo XVIII los *common lawyers* apelan a metáforas similares (el cambio progresivo de la tierra cultivada y su diferencia con el climático, el barco de los argonautas, los cimientos de una construcción) para explicar la autoridad del pasado y las razones que sustentan los cambios paulatinos en la praxis constitucional (Reid, 2005:20-21). Siguiendo esta línea de razonamiento, a la hora de evaluar métodos interpretativos, el profesor Ernest Young encuentra mayores coincidencias entre el tradicionalismo burkeano y la interpretación dworkineana que entre el primero y aquellos autores que adhieren a una tesis “originalista” o “subjetivista”, dirigida a encontrar el sentido original de las normas constitucionales en las convenciones vigentes al tiempo de su sanción o en las intenciones de los constituyentes (Young, 1994: 664-691).

preservar el equilibrio social empoderando a los diferentes estamentos en la conformación de un gobierno mixto⁵⁷.

Se tiende a objetar que esta concepción ampara privilegios de clase mientras se muestra aversiva a los cambios sociales. Por lo menos, abruptos⁵⁸. Contra esta mirada conservadora se rebelarán personajes como Thomas Paine o Jeremy Bentham apelando a los ideales republicanos basados en el autogobierno colectivo que verán proyectados en las convenciones constituyentes o en el Parlamento⁵⁹. Simultáneamente, advertirán los riesgos de mantener un sistema jurídico que, bajo el pretexto de la “inmemorialidad” de sus principios y reglas, concede a los jueces un poder “arbitrario hasta la perfección”⁶⁰. De todas formas, la idea de autoridad de los *common lawyers* quedará plasmada bajo la figura de “La Corona en el Parlamento”, imagen que proyecta la forma mixta o compartida con que entienden el ejercicio del poder público.

Aun cuando estas dos visiones sobre la autoridad han mutado a lo largo del tiempo, al día de hoy se enfrentan con diferentes matices por la forma de entender la naturaleza del constitucionalismo británico. A continuación, las evaluaremos.

I.D.- La Constitución política vs. La Constitución legal.

I.D.1.- Diferencias.

Hasta ahora me he referido en forma tangencial a la idea de una “Constitución política” pero no he dado demasiadas precisiones sobre el alcance de esta concepción. Como advierten Webber y Guee (2010) el término exhibe una gran dosis de ambigüedad desde que fuera acuñado por Griffith en la década de los ’70 para caracterizar la Constitución británica⁶¹. Por un lado,

⁵⁷ El gobierno mixto de los ingleses pareciera ser el formato seguido por Montesquieu (Bellamy, 2020: 13). Su modelo de “separación de poderes” no sólo involucraba una separación de funciones entre órganos públicos, sino, además, requería que esos poderes fueran integrados por diferentes grupos o clases sociales. Por ejemplo, la falta de distinción social explicaría para Montesquieu el “fracaso” del sistema de división de poderes de las repúblicas italianas (“en las repúblicas italianas donde están reunidos los tres poderes, se encuentra menos libertad que en nuestras monarquías [...] en Venecia, el *gran consejo* para la legislación, el *pregady* para la ejecución, y los *cuarenta* con el poder de juzgar. Pero el mal reside en que estos tribunales diferentes están formados por magistrados del mismo cuerpo; lo que no hace más que una sola potencia”) (Montesquieu, 2007: 206/207).

⁵⁸ Observa también Burke que “un Estado sin medios para cambiar carece de medios para conservarse” (Burke, 2016: 59).

⁵⁹ Holmes, 1988.

⁶⁰ Atria (2016: 65).

⁶¹ Griffith 1979.

remite a la legitimidad de las autoridades a cargo de definir las normas constitucionales. Una “Constitución política” se diferenciaría de una “Constitución legal” por la ausencia de órganos judiciales o contra-mayoritarios a cargo de hacer valer normas constitucionales de carácter jurídico contra la voluntad que expresan los órganos de gobierno. Serían los propios “órganos políticos” quienes definirían el alcance de sus reglas constitucionales generando un sistema normativo de carácter “monista” en el cual jurídicamente no resulta factible trazar diferencias entre normas ordinarias y normas constitucionales⁶². Esta circunstancia podría llevar a cuestionar la existencia misma de ese tipo de normas en este modelo⁶³.

A su vez, esta idea puede abordarse desde un enfoque descriptivo para explicar el funcionamiento de este modelo como lo hace Griffith (1979) o, desde uno normativo a fin de identificar las razones que permiten defenderlo o cuestionarlo. Por lo general, aquellos que adscriben a este modelo constitucional parten de teorías asociadas con el republicanismo o teorías que posan la legitimidad de la autoridad en la capacidad de los miembros de la comunidad para dictar reglas sin sujeciones o, en términos *rousseauanos*, sólo con sujeción a su propia voluntad⁶⁴. En cambio, quienes lo cuestionan tienden en apoyarse en postulados liberales que anteponen la protección de ciertos principios, valores o derechos por sobre la voluntad mayoritaria, al menos, transitoria, bajo el entendimiento que estas limitaciones permitirían blindar el sistema democrático o crear un modelo más robusto o, simplemente, proteger la autonomía individual⁶⁵. De allí que puedan asociarse estas posiciones como un enfrentamiento ideológico entre modelos constitucionales divergentes: el modelo de Rousseau y el de Locke que nosotros hemos reproducido bajo las figuras de Hobbes y Coke⁶⁶.

Por el otro, la idea de una Constitución política también remite a un concepto mucho más amplio aplicable a las condiciones para el reconocimiento de un sistema jurídico. En este caso, no habría mayores diferencias entre una Constitución política y una legal. Ambos sistemas

⁶² Ackerman (1991: 7-8), Dicey (1992:37).

⁶³ La idea de que los ingleses carecen de una Constitución es de larga data como lo prueban los escritos de Thomas Paine (1998: 122-124) y Alexis de Tocqueville (2003:118).

⁶⁴ Tomkins (2005); Bellamy (2007).

⁶⁵ Kavanagh (2009); Dworkin (2010).

⁶⁶ No debemos olvidar que para Hobbes el soberano puede ser uno o una asamblea de hombres en tanto se expresen como “una voluntad” (Hobbes, 1994, Part. II, Chap. Xvii: 109-110) y que el propio autor colocaba al *common law* representado por Edward Coke como su antagonista (Hobbes, 2013). Pero también podríamos exponerlo como el debate que enfrenta a Burke (2016) con Paine (1998), Dicey (1992) con Jennings (1952) o, más cercano en el tiempo, Griffith (2000) con Laws (1994 y 1995) o Waldron (2005) con Dworkin (2011). En definitiva, la cuestión es siempre la misma: la forma de concebir la autoridad y sus límites.

constitucionales podrían ser catalogados como “políticos”. La autoridad de sus fuentes (leyes del Parlamento o normas de la Constitución) derivaría de una regla social de reconocimiento aplicada por los funcionarios en ejercicio de su capacidad “política”⁶⁷. En el sistema británico, esa regla implícita podría ser enunciada bajo la fórmula “todo aquello que promulgue la Reina en el Parlamento es Derecho” (“*whatever the Queen in Parliament enacts is law*”⁶⁸). Pero su alcance parecería ser distinto según la noción de “soberanía parlamentaria” adoptada.

Para los defensores del constitucionalismo político la soberanía parlamentaria se expresará en forma “continua” (*continuing*). Cada composición del órgano legislativo será igual de “soberana” que la anterior. Actuará sin condicionamientos legales para definir las normas que rigen los destinos de la comunidad, incluyendo aquellas dirigidas a regular sus procedimientos o composición. Pero se encontrará imposibilitada de obligar a futuras generaciones a través de esas reglas. Se cumpliría el deseo de Paine de borrar las ataduras que limitan al soberano⁶⁹ o de Jefferson, de limitarlas al menos a una generación⁷⁰ que los Federalistas rechazaban temiendo “...alterar la tranquilidad general interesando demasiado las pasiones públicas...”⁷¹.

En cambio, para otros, el Parlamento podrá establecer reglas “auto-vinculantes” (*self-embracing*) aunque sólo de carácter procedimental (*matter and form*)⁷². Por ejemplo, podría exigir mayorías especiales o determinados procedimientos (ej. referéndum) para aprobar o derogar ciertas normas impidiendo su modificación a través de leyes ordinarias⁷³. Sin embargo, quedaría

⁶⁷ Hart, 2012. Al igual que Goldsworthy (2004: 14, nota al pie 27) opto por dejar fuera el debate Hart – Dworkin sobre la naturaleza de la regla de reconocimiento (si incluye sólo reglas o reglas y principios).

⁶⁸ Hart (2012: 102).

⁶⁹ Paine, 1998.

⁷⁰ Jefferson (2014: 564-567 “Carta a James Madison, 6 de septiembre de 1789”).

⁷¹ Hamilton, Madison y Jay (2010, Paper XLIX: 215).

⁷² Hart (2012: 150).

⁷³ Esta posición por ejemplo es defendida Sir. Jennings (1952) y Heuston (1964). Más allá de que, como plantea Hart (2012: 149/50), el debate entre soberanía continua y auto vinculante reedita el dilema clásico sobre la omnipotencia de la autoridad divina (si Dios puede auto limitarse entonces no es en realidad omnipotente, pero si no puede hacerlo entonces tampoco lo es en tanto prueba que hay una acción que no se encuentra en condiciones de realizar), el principal déficit de estos autores surge de la falta de correlato empírico de su teoría. Ninguno de los casos que presentan (“Harris v Minister for the Interior” -1952- 2 SA 425 y “Attorney General of New South Wales v. Trethowan” -1931- HCA 3) pertenecen a Gran Bretaña sino a Estados que forman o formaban parte del *Commonwealth* (Sudáfrica y Australia) (Young A., 2009: 66-69). La jurisprudencia inglesa tradicionalmente ha desestimado esta posición (“Vauxgall Estates Limited v Liverpool Corporation” -1932- 1 KB 733, “Elen Street Estates Limited v Minister of Health” -1934- 1 KB 590, “British Coal Corporation v the King” -1935- AC 500). El debate volvió a replantearse a partir del caso “Factortame (nro. 2)” (1991) 1 AC, 603 en el cual la Cámara de los Lores suspendió a través de una *injunction* la aplicación de una ley del Parlamento argumentando que violaba implícitamente las disposiciones *European Act* de 1972. Si bien no quedaba claro que el caso representara un viraje (véase la discusión al respecto entre Barber -2011- y Young A. -2011-), el caso “Jackson” (2005) UKHL 56, volvió

imposibilitado de establecer normas de justicia sustantiva (ej. cartas de derechos) que limiten la capacidad de decisión de futuras generaciones sobre problemáticas “de fondo”⁷⁴. El Parlamento mantendría su lugar de soberano sólo que tendría capacidad de auto restringirse respecto a cuestiones de forma o procedimiento.

Finalmente, un último grupo entiende que las decisiones de cualquier Parlamento estarán siempre condicionadas por principios sustanciales del *common law*, planteo que, en definitiva, supone reconocer un desplazamiento de la máxima autoridad (del Parlamento hacia los principios del *common law*), colocando a los jueces como sus guardianes finales⁷⁵. Se le ha dado a esta posición el nombre de “Constitucionalismo Common Law” (*Common Law Constitutionalism* o CLC) a pesar de no ser muchos los autores asociados a esta corriente dispuestos a reconocerse como tales. Más bien buscarían presentar una mirada matizada o atenuada sobre la forma en que se desarrolla la idea de soberanía en el modelo británico a través del cuestionamiento al absolutismo parlamentario.

Utilizo el término “Constitución política” para referirme a los órganos a cargo de definir la Constitución y con mero sentido descriptivo. En una Constitución política serán los órganos políticos o mayoritarios como el Parlamento británico aquellos a cargo de definir su alcance. En cambio, en una Constitución legal serán los jueces u órganos contra-mayoritarios quienes dispongan “la última palabra” para pronunciarse sobre la Constitución quedando los órganos políticos “atados” por un conjunto de normas jurídicas o principios “fuera” de su alcance que los jueces u otros órganos contra mayoritarios pueden hacer valer para limitar o cuestionar sus actos⁷⁶.

Existen modelos constitucionales intermedios como el canadiense y su famosa *Notwithstanding Clause* (sección 33 *Charter of Rights*) que intentan erigirse como alternativas superadoras, estableciendo normas de reenvío entre órganos políticos y judiciales para definir la

a inclinar la balanza por la doctrina de la soberanía continua, más tarde ratificada por el CSRU en el caso “Miller I” (2017) UKSC 5, sobre el Brexit. En el primer caso, el Comité de los Lores desestimó que el procedimiento legislativo fijado por la *Parliament Act* de 1911 condicionara el procedimiento de sanción de la *Parliament Act* de 1949 que modificó el primero. En el segundo, la CSRU declaró que el Parlamento era el órgano competente para decidir el retiro del Reino Unido de la UE.

⁷⁴ Según Jennings el Parlamento siempre quedaría limitado por los principios del *common law* dado que su autoridad no puede depender de sí mismo. Serían los jueces quienes tienen a cargo esa función y ello implicaría un ejercicio de una regla del *common law* (aquella que los obliga a aplicar las leyes). Pero esa como cualquier regla podría ser abandonada por el Parlamento (Jennings, 1952). Advierte Wade que Jennings confunde las reglas del *common law* (la aplicación de leyes compete a jueces) con la regla lógica de todo sistema legal utilizada por esos funcionarios para identificar la autoridad a cargo de sancionar las normas jurídicas (regla de reconocimiento). Esa regla es de carácter política y no susceptible de ser modificada por la propia autoridad (Wade, 1955:187-188).

⁷⁵ Barber (2011: 145-146).

⁷⁶ Goldsworthy (2004:3).

constitucionalidad de sus normas. Pero tanto por su escasa aplicación como por el hecho de que, en definitiva, todo debate vinculado a la constitucionalidad de una norma requiere de un pronunciamiento de algún tipo de autoridad (política o judicial) que ponga fin a la controversia (por lo menos en el caso sometido a decisión), la discusión carece de mayor relevancia⁷⁷.

De todas formas, la polémica no debe ser llevada demasiado lejos. Como observan Griffith y Tomkins, todo modelo constitucional presenta una forma “híbrida” o “mixta”⁷⁸. En una Constitución política se verifican elementos legales susceptibles de ejecución judicial. Y viceversa. Una Constitución legal presenta componentes políticos ajenos a la competencia de los tribunales, doctrina familiarizada en nuestro medio como “cuestión política no justiciable”. Se trata entonces de dirimir cuál de ellos exhibe mayor grado de influencia sobre el esquema constitucional. Dependiendo de la forma en que se conciba la autoridad final para pronunciarse sobre las normas constitucionales o la naturaleza de los límites constitucionales a la autoridad, estaremos en presencia de uno u otro modelo.

Si la soberanía recae sobre el Parlamento y es entendida en forma absoluta entonces no habrá limitaciones jurídicas a su autoridad (más allá de todo debate vinculado a su capacidad para auto restringirse). Por el contrario, si la soberanía reside en el pueblo, el texto sancionado por ellos, en una convención constituyente o en un conjunto principios y reglas desarrolladas a través del tiempo, entonces su poder regulatorio se encontrará legalmente condicionado por ellos. En el derecho británico este debate, como vimos, se plantea como un enfrentamiento entre las normas del Parlamento (antes el Rey) y del *common law* o entre quienes defienden la supremacía parlamentaria sobre el *common law* (“soberanismo parlamentario” o constitucionalismo político) y quienes, por el contrario, sostienen la supremacía de este último sobre el Parlamento (“soberanismo common law” o constitucionalismo legal).

I.D.2.- Consecuencias.

I.D.2.1.- Soberanismo parlamentario (constitucionalismo político).

⁷⁷ Señala Dixon que “en más de treinta años desde que la Carta fue adoptada, el Parlamento Canadiense nunca se ha basado en la s. 33 para dejar sin efecto o modificar una decisión de la SCC [Corte Suprema Canadiense]. El poder ha sido también ocasionalmente utilizado por las legislaturas provinciales fuera de Quebec” (Dixon, 2019: 171).

⁷⁸ Griffith (2000: 176), Tomkins, (2013: 2275/76).

Dicey se ocupó de definir el *core* del soberanismo parlamentario. De acuerdo al autor, la soberanía parlamentaria presupone la capacidad del Parlamento “de hacer o deshacer cualquier norma y, más importante, que ninguna persona o institución reconocida por las leyes de Inglaterra tiene derecho de anular o derogar la legislación del Parlamento”⁷⁹. Este principio entonces concentra dos tesis. “Desde un punto de vista positivo, supone que toda ley del Parlamento sea cual sea su contenido, debe ser obedecida por los tribunales; y desde el punto de vista negativo, que no hay persona u órgano que pueda anular o derogar una ley del Parlamento”⁸⁰.

Como advierte Goldworthy, la primera tesis es superflua o deriva de la segunda. Si ninguna autoridad puede anular o derogar una norma dictada por el Parlamento, entonces, desde el punto de vista legal, toda ley dictada por el Parlamento debe ser obedecida⁸¹. Sucede que la definición de Dicey apuntaba a refutar a Austin, para quien, la soberanía en Inglaterra, no sólo abarcaba a la Corona, los Lores y los Comunes, sino, fundamentalmente, a los electores. En el esquema de Austin los Comunes actúan como agentes o administradores (*trustees*) de sus constituyentes. “El pueblo” es el verdadero soberano⁸².

Dicey distingue “soberanía legal” (La Corona en el Parlamento) de “soberanía política” (el pueblo o los electores)⁸³. Ilustra esta diferencia a través de la *Septennial Act* de 1716. Antes de la elección parlamentaria de 1717, esta norma derogó el *Triennial Act* de 1694, extendiendo el mandato de los legisladores en curso de tres a siete años (adicionando cuatro años más a su mandato) frente a la resistencia de gran parte del electorado. Para Dicey “ese acto prueba que desde el punto de vista legal el Parlamento no es un agente de los electores ni un administrador de sus constituyentes. Es legalmente el poder soberano del Estado...”⁸⁴.

De la definición de Dicey se desprenden tres consecuencias lógicas que él mismo se encarga de puntualizar: (1) ninguna norma se encuentra fuera de la esfera de control del Parlamento, o, expresado de otro modo, cualquiera de ellas puede ser modificada o derogada por este órgano; (2) el sistema normativo británico es de carácter monista (no hay diferencias entre normas constitucionales e infra-constitucionales) y (3) ninguna autoridad puede invalidar las

⁷⁹ Dicey (1992: 3).

⁸⁰ Virgala Foruria (2018: 54).

⁸¹ Goldworthy (2004: 9/10).

⁸² Austin, 2001.

⁸³ Dicey (1992: 29).

⁸⁴ Dicey (1992: 9).

normas dictadas por el Parlamento⁸⁵. Estas consideraciones directamente contravienen los planteos de los *common lawyers* como Blackstone para quienes, de violentarse ciertos principios o valores (“las leyes naturales”), las normas podrían ser anuladas por los jueces⁸⁶.

En apariencia, años más tarde, Dicey contradecirá sus propios postulados. Exigirá la convocatoria de los electores como condición para ratificar cambios constitucionales decretados por el Parlamento. Llegará incluso a reconocer la posibilidad de declarar su inconstitucionalidad cuando no se cumpla con ese procedimiento⁸⁷.

Según Weill el cambio de postura de Dicey se explica por los cambios institucionales producidos a principio del siglo XX que consolidaron el poder de la Cámara de los Comunes en detrimento de los Lores (ej. en 1909 se formalizó su prohibición de que aprobaran leyes presupuestarias) y la sanción de normas a las cuales Dicey se oponía con esmero (ej. *Irish Home Rule* de 1912 que reconoció la autonomía de Irlanda). En gran medida, ello obedece a que, si bien formalmente Dicey sostenía que Gran Bretaña era un sistema constitucional “monista”, en la práctica, creía que su funcionamiento era dualista. Todo cambio constitucional requería de un proceso de ratificación de las dos Cámaras del Parlamento que fuera respaldado por los electores en las urnas. La consolidación de la supremacía de los Comunes para Dicey habría anulado esos mecanismos políticos de control y ratificación popular⁸⁸.

El planteo de Dicey es entonces más modesto de lo que a primera vista sugiere. Al igual que otros autores “absolutistas”, Dicey reconoce una serie de límites al poder soberano. Solo que estos límites constitucionales serían de carácter político. Derivarían de “aquellas costumbres legalmente no ejecutables que regulan y restringen los poderes formales otorgados a los actores gubernamentales”⁸⁹.

Además, debe tenerse presente que para Dicey el principio de soberanía parlamentaria se complementaba con el *rule of law* o el “espíritu de legalidad” de los ingleses que representa un límite político adicional. De hecho, en su esquema ambos conformaban las “leyes de la Constitución” (*constitutional laws*) del modelo inglés. El *rule of law* para Dicey abarca tres principios: igualdad formal ante la ley (la aplicación de la ley es igual para todos), garantías del debido proceso (el castigo solo puede proceder de una ruptura de la ley) y la tutela judicial sobre

⁸⁵ Dicey (1992: 37/39).

⁸⁶ Blackstone, *Comenntaries of the Laws of England*, p. 40, cit. por Dicey (1992: 19).

⁸⁷ Dicey, 1910.

⁸⁸ Weill, 2003.

⁸⁹ Lino (2016: 777).

los derechos individuales (la práctica de los precedentes judiciales origina derechos constitucionales)⁹⁰. Este último aspecto (regla de precedentes judiciales) refuerza aún más el componente historicista o tradicionalista del modelo constitucional.

I.D.2.2.- Soberanismo *common law* (constitucionalismo legal o CLC).

A diferencia del soberanismo parlamentario, el CLC no tiene un origen claro. Más bien se construye a través de distintas vertientes que convergen en un objetivo común; defender la supremacía del *common law* y, como consecuencia, el rol primario de los jueces como guardianes constitucionales. Poole agrupa estas vertientes en tres grupos⁹¹. Una primera que asimila al *common law* con una doctrina política de principios morales vinculados al liberalismo político. El *common law* permitiría alcanzar principios morales inherentes a una buena Constitución cuyo fin es proteger la autonomía de las personas. Una segunda que expande la noción formalista del *rule of law* enunciado por Dicey como uno de los pilares de la Constitución británica⁹². El *common law* imprimiría principios sustantivos a esas reglas como derivación de un discurso moral de adjudicación que persigue la equidad⁹³. Una tercera, defiende la supremacía del *common law* a partir de una reconstrucción historicista de la *Ancient Constitution* y las enseñanzas de Sir Edward Coke.

Más allá que esta clasificación ha sido objetada por sobre simplificar las diferentes posiciones dentro del CLC, el gran inconveniente de este grupo de autores es la falta de correlato empírico de sus postulados⁹⁴. Aun cuando algunos han intentado demostrar cómo, a través de la interpretación, los jueces han expandido las vías de control legislativo, en especial, luego de la incorporación de la CEDH al derecho británico⁹⁵, otros, han observado el progresivo

⁹⁰ Dicey (1992: 107/120).

⁹¹ Poole, 2003.

⁹² Dicey, 1992.

⁹³ “La concepción formal, asociada estrechamente a Dicey, concibe el estado de derecho como un conjunto de criterios que una ley debe satisfacer para ser válida y aplicar al ejercicio legítimo del poder. Esto significa que la ley debe ser clara, accesible y no retroactiva, mientras que la acción estatal debe estar autorizada legalmente y aplicada por igual. Es importante tener en cuenta, que este criterio no dice nada acerca del contenido de la ley. Una concepción sustantiva del estado de derecho emplea dichos criterios basándose en principios de justicia. Un ejemplo de esto sería que la ley no debe discriminar injustificadamente sobre la base de la raza, sexo, edad, etc. Esto es diferente del requerimiento formal de que la ley se aplique igual para todos” (Leslie, 2010: 311). Para un análisis más profundo sobre la concepción formal y sustancial del *rule of law* ver Tamanaha 2009.

⁹⁴ Vírjala Foruria (2018: 69/70).

⁹⁵ Leslie 2010.

reconocimiento judicial de normas de naturaleza cuasi constitucional (“*constitutional statutes*”)⁹⁶, la práctica indica que el absolutismo parlamentario, sigue siendo el rasgo distintivo del constitucionalismo inglés⁹⁷. De hecho, algunos han advertido un corrimiento del péndulo hacia un modelo más radicalizado luego de los plebiscitos sobre la UE que culminaron en el *Brexit* (2016) y parecería reemplazar al principio de soberanía parlamentaria como lo entendemos por uno más cercano al de soberanía popular⁹⁸.

Consientes de estas limitaciones, en general, los partidarios del CLC plantean posturas más modestas. Defienden un modelo de soberanía repartido entre el Parlamento y los principios del *common law* a cargo de los jueces⁹⁹. El planteo no innova ni refuta la corriente observada. Dicey, por ejemplo, efectuaba una apreciación similar. Creía que, si bien el Parlamento era legalmente soberano, sostenía que su capacidad era limitada. Mientras la creación de normas estaba bajo su mando, tanto las funciones ejecutivas como jurisdiccionales quedaban fuera de su alcance a pesar de que la estabilidad del gobierno y en algún punto también de los jueces, dependiera de su apoyo. Por ejemplo, estos últimos, vía adjudicación, tenían en este esquema una función sumamente relevante para crear o modificar derechos constitucionales¹⁰⁰.

I.E.- Convenciones constitucionales.

Aceptado el predominio político del constitucionalismo británico y evaluadas sus consecuencias, cabe detenerse en explorar la naturaleza de las reglas convencionales y el origen de su fuerza normativa. De ellas o, de su relación con el principio de soberanía parlamentaria, parecería depender la vigencia de éste modelo constitucional de carácter convencional¹⁰¹.

⁹⁶ Ahmed y Ferry, 2016.

⁹⁷ Véase casos Jackson (2005), Miller I (2017) y Miller II (2019). En todos los casos los jueces defienden el principio de soberanía parlamentaria.

⁹⁸ Bellamy, 2020. Para una mirada crítica en torno al cambio en la concepción tradicional de soberanía luego del Brexit ver Daly E. (2022).

⁹⁹ Young, 2011.

¹⁰⁰ Dicey, 1992: 121. Este tipo de posicionamientos han llevado a reformular las lecturas sobre el pensamiento de Dicey. Lejos de encuadrarlo como un positivista normativo que continúa la obra de Austin (Cosgrove, 1980), algunos autores pasaron a concebirlo como un autor más ecléctico que reúne componentes de distintas corrientes iusfilosóficas (Walters, 2012).

¹⁰¹ Como lo ha resumido Lord Neuberger, ex Presidente de la Corte Suprema del Reino Unido “...podría decirse con considerable fuerza que no tenemos Constitución como tal en lo absoluto, meramente convenciones constitucionales y es una consecuencia de éstas que tengamos soberanía parlamentaria” (Neuberger D., *The British and Europe*, en “Cambridge Freshfields Annual Law Lecture”, vol. 12, 2014, p. 26 cit. Mellon-Stuart-Helen, 215: 12).

I.E.1.- Naturaleza de las convenciones constitucionales.

Dicey emplea los términos “moral constitucional” (*constitutional morality*) para referirse a las “convenciones constitucionales” y las distingue de las “leyes constitucionales”. Define a las primeras como reglas sociales que las instituciones desarrollan a lo largo del tiempo bajo la forma de acuerdos, costumbres o entendimientos para regular las relaciones intergubernamentales y limitar el alcance de sus respectivas facultades pero cuyo rasgo distintivo se define por su imposibilidad de ser reconocidas o exigidas judicialmente¹⁰². Es importante notar entonces que la diferencia no es de origen (carácter escrito o no escrito de la regla, producto de una decisión legislativa o fruto de la costumbre) sino remedial. La acción judicial sólo sería viable para exigir el cumplimiento de las leyes constitucionales. Por ejemplo, la costumbre como la entendemos, si bien refleja un conjunto de reglas surgidas a partir de hábitos, prácticas o entendimientos, a diferencia de las convenciones, sólo actúa como tal cuando es receptada judicialmente¹⁰³. Por ende, dentro de la clasificación *dickeyana*, la costumbre se encuadra o forma de parte de las leyes constitucionales.

Las reglas convencionales pueden manifestarse como prerrogativas regias (poderes discrecionales ejecutivos) o legislativas (poderes discrecionales de cada cámara del Parlamento). Sin embargo, Dicey creía que se encuentran primordialmente dirigidas a regular las potestades de la Corona¹⁰⁴. Esta definición le ha valido variados cuestionamientos por cuanto “... en la práctica [las convenciones] son ejercidas por los Ministros de acuerdo con los principios de gobierno responsable y representativo”¹⁰⁵.

¹⁰² Dicey, 1992: cxli (“El primer grupo de reglas son en sentido estricto ‘leyes’ desde que son reglas (ya sea escritas o no escritas, sancionadas como leyes o producto de la costumbre, tradiciones o máximas judiciales que son reglas ejecutadas por los tribunales [...] el otro grupo de reglas consisten en convenciones, entendimientos, hábitos, o prácticas que a pesar de que reglan la conducta de diferentes miembros del poder soberano, de los Ministerios o de los funcionarios, no son en realidad leyes en lo absoluto en tanto no pueden ser ejecutadas por los tribunales”).

¹⁰³ Anzoátegui 2001: 28 (“la norma consuetudinaria sólo es jurídica en el momento en que el juez la acoge y la aplica, porque es necesario que un agente del sistema jurídico oficial haga la metamorfosis”).

¹⁰⁴ Dicey, 1992: 283 (“Las convenciones de la constitucion son en resumen reglas pensadas para regular el ejercicio de todo el restante poder discrecional de la Corona, ya sea que esos poderes sean ejercidos por el Rey mismo o por el Ministro”).

¹⁰⁵ Geoffrey Marshall (1984: 4). Ivor Jennings comparte la crítica. Señala que las convenciones más importantes se relacionan con el sistema de gobierno del gabinete de Ministros desde que la supremacía parlamentaria reemplazara al Monarca (Jennings, 1952: 84-100). Abarcan la relación entre el gabinete de ministros y el primer ministro, el gobierno completo, las dos Cámaras del Parlamento, los Ministros y el Servicio Civil, los Ministros y la Justicia, el Reino Unido y los Estados miembros del *Commonwealth* (Marshall, 1984: 4). Hoy en día la identificación de las convenciones constitucionales es más sencilla desde que gran parte de ellas fueran formalizadas en el “Código Ministerial” (*Ministerial Code*) y en el “Manual del Gabinete” (*Cabinet Manual*).

La crítica no le resta valor a su teoría. Si el ejercicio de las potestades ejecutivas recae sobre la Corona o sobre un Gabinete de Ministros no traza ninguna diferencia trascendente a los fines de caracterizar la naturaleza de estas reglas. Las convenciones constitucionales apuntarían a proteger la “soberanía política” (el cuerpo electoral) de los abusos o embates de la “soberanía legal” (instituciones gubernamentales), cualquiera fuera la fuente que origina su amenaza. Ante la incapacidad de los tribunales para exigir su cumplimiento o hacerlas valer, las propias instituciones gubernamentales o los propios actores políticos estarían cargo de velar por ellas a través de los típicos instrumentos de presión social (el repudio, la descalificación o la opinión pública). De hecho, en el esquema de Dicey ni siquiera los tribunales estaría autorizados a reconocer las reglas convencionales¹⁰⁶.

El enfoque *Diceyano* sobre la naturaleza de estas reglas exhibiría un fuerte compromiso con los principios del republicanismo. La protección de la soberanía política buscaría alcanzarse a través del fortalecimiento de la Cámara de los Comunes que es la institución más representativa de gobierno¹⁰⁷. El conjunto de entendimientos que conforman éstas reglas constitucionales entonces apuntaría a restringir los poderes discrecionales de las restantes instituciones (Corona, Gabinete de Ministros, Cámara de los Loes) para resguardar y garantizar la supremacía de los Comunes y, de esta forma, la voluntad general reflejada en esa Cámara. Sin embargo, al mismo tiempo, como sugiere Marshall, estas reglas también reflejarían principios de naturaleza liberal al actuar como límite al poder omnipotente del Parlamento. Nos recuerda el autor que “la más evidente e indisputada convención del sistema constitucional británico es que el Parlamento no utilizará su poder soberano ilimitado en forma opresiva o tiránica”¹⁰⁸.

La ausencia de mecanismos formales de ejecución de estas reglas dotaría al sistema constitucional de un alto grado de dinamismo y flexibilidad, pero también, de incertidumbre al permitir que reglas fundamentales del sistema constitucional puedan ser abandonadas o modificadas sin necesidad de recurrir a procedimientos legales de enmienda los cuales, por lo general, demandan un importante nivel de consenso social o político, en especial, de parte de minorías disidentes. Su estabilidad presupone entonces o se explica por un fuerte compromiso institucional de las fuerzas políticas. A ello parecería apuntar Jennings cuando afirma que las

¹⁰⁶ Dicey, 1992:292 (“...nadie negaría que ese Primer Ministro habría actuado inconstitucionalmente. Sin embargo, ningún tribunal de derecho tomaría nota de su conducta”).

¹⁰⁷ Dicey, 1992: 286 (“Las convenciones de la constitución ahora consisten en costumbres que (cualquiera fuera origen histórico) son al día de hoy mantenidas en aras de garantizar la Supremacía de la Cámara de los Comunes, y en última instancia, a través de una Cámara de los Comunes electiva, de la nación. Nuestro moderno código de moralidad constitucional asegura, aunque en forma indirecta, aquello que afuera llaman ‘la soberanía del pueblo’”).

¹⁰⁸ Marshall (1984:9).

convenciones constitucionales promueven incentivos para lograr gobiernos más estables¹⁰⁹. Al sujetar a oficialismo y oposición a un esquema de reglas cuya vigencia depende de una conducta co-operacional, ambos compartirían “un código de moralidad gubernamental” cuyo contenido no necesariamente se vincula o se explica a partir de otras reglas morales (religiosa, éticas, etc)¹¹⁰. El paso del tiempo, es decir, la fuerza de la historia sería un factor determinante para explicar o consolidar el valor de estas reglas constitucionales de gobierno. El preponderante rol que, como vimos, la tradición o la costumbre adquiere en este modelo constitucional respondería a esta lógica. Prácticas o reglas institucionales modificables con facilidad, a través del tiempo se tornan inalterables.

Esta primera aproximación a la naturaleza de las convenciones constitucionales deja importantes interrogantes sin resolver vinculados a su naturaleza (¿Qué tipo reglas morales son las convenciones constitucionales? o ¿Cómo sabemos que estamos en presencia de ellas?), nacimiento y extinción (¿Cómo son creadas y cuándo dejan de existir?). Después de todo, como Joseph Jaconelli advierte recogiendo una puntillosa observación de Hart, el mero hecho de estar en presencia de un hábito no demuestra que estemos frente a una convención. Y por el hecho de estar en presencia de una convención, no podemos asumir sin más su estatus constitucional¹¹¹.

El hábito solo requiere convergencia de conductas o repetición de los agentes (ej. ir al cine los sábados). En cambio, una convención (ej. quitarse el sombrero al ingresar a una iglesia) presupone un componente obligacional que guía nuestro accionar y es medida de evaluación social. La convención presupone entonces la internalización de la normatividad de la regla o “una actitud crítica reflexiva” frente a ella¹¹². Las reglas convencionales necesitarían satisfacer dos requisitos básicos sujetos a una tercera condición: Precedentes (una práctica habitual), razones (motivos que justifiquen, expliquen o normativicen la práctica) y una “creencia” en su fuerza

¹⁰⁹ Jennings (1958:100/102).

¹¹⁰ Maquiavelo fue pionero en marcar esta diferencia sobre el contenido de las reglas que rigen la política. Ver Maquiavelo, 2003.

¹¹¹ Jaconelli (1999: 26). El autor cita un ejemplo provisto por Jeremy Waldron (*The Law*) de un hábito gubernamental que no crea una convención constitucional. Se refiere a la práctica del Primer Ministro de mover su residencia de “Downing Street” a “Chequers” cada navidad para pasar sus vacaciones. De acuerdo a Waldron este comportamiento constituye un mero hábito sin consecuencias normativas sobre la estructura de gobierno (Jaconelli, 2005: 150-151).

¹¹² Hart (2012: 56).

obligatoria¹¹³. Sin dudas, es esta última condición (convencimiento acerca del carácter autoritativo de la regla) el factor que define la existencia de una regla convencional.

No es sencillo distinguir meras convenciones de aquellas que aquí pretendemos estudiar: “convenciones constitucionales”. Lo que es evidente es que no cualquier regla social que recaiga sobre las autoridades y cuyo cumplimiento no pueda ser exigido judicialmente representa una convención constitucional en sentido estricto. Sólo cuando además esas reglas regulen en forma relevante algún área trascendente del Estado podríamos efectivamente estar en presencia de ellas¹¹⁴.

La caracterización no deja de ser ambigua o no termina de disipar dudas. La primera dificultad transita por identificar cuáles serían las reglas que efectivamente alcanzarían ese estándar para estar en condiciones de afirmar que su impacto sobre la estructura de gobierno es “relevante”, discusión que nos retrotrae al debate inicial (cap. I.B.). Según el tipo de funciones o el conjunto de ideas políticas que asociemos con el “constitucionalismo”, definiremos un cuerpo específico de reglas que hacen a su formación, esquema en relación al cual, de todos modos, podemos mantener razonables discrepancias.

Sin embargo, aun en este escenario incierto caracterizado por el empleo de términos indeterminados o abiertos (“trascendente”, “relevante”), podemos considerar que todas aquellas reglas que manifiestamente controviertan principios elementales que hacen al funcionamiento de un sistema republicano (ej. aquella que otorgara la suma del poder público a la Corona) quedarían *prima facie* descartadas. Podrán ser reconocidas como convenciones o incluso como reglas fundacionales del Estado, pero, bajo ningún punto de vista, podrán recibir el mote de “convenciones constitucionales”, por lo menos, a la luz de las funciones asignadas al constitucionalismo al inicio de este capítulo.

La segunda dificultad recae sobre las características propias del modelo constitucional estudiado. Cada diseño constitucional conlleva reglas específicas que se ajustan a un esquema singular de funcionamiento. Por ejemplo, la regla convencional que impedía una tercera reelección del Presidente en USA (hasta su formalización a través de la vigesimosegunda enmienda constitucional) funcionaría como convención de naturaleza constitucional en esa

¹¹³ Este test tripartido (precedentes, razones y creencia) fue popularizado por Jennings (“Primero, cuáles son los precedentes; segundo, creen los actores estar obligados por una regla y tercero, hay alguna razón que la justifique”). Ver Jennings (1952: 135).

¹¹⁴ Jaconelli (1999: 38). Un estándar similar adopta la doctrina británica para reconocer la existencia de normas jurídicas de naturaleza cuasi constitucional (“*constitutional statutes*”): aquellas que alteren “sustancialmente” órganos constitucionales (Ahmed y Perry, 2016: 10-11) o regulen instituciones fundamentales del Estado (Feldman, 2013: 346-347).

comunidad, pero no necesariamente en otra. En Inglaterra dicha regla no sería gravitante. La reelección del Primer Ministro no afecta sustancialmente la estructura de un sistema de gobierno cuyo liderazgo depende del apoyo legislativo y, por lo tanto, podría llegar a su fin por la pérdida de confianza o mayorías parlamentarias¹¹⁵. En cambio, adquiere fuerza constitucional la regla convencional que lo obliga a renunciar cuando pierde ese apoyo.

Otra discusión importante para entender la naturaleza de estas reglas transita por dilucidar su origen. La pregunta es si las convenciones pueden crearse en forma deliberada o siempre proceden de entendimientos, hábitos o costumbres. Si bien es factible que las reglas convencionales sean producto de acuerdos o deliberaciones como la “Convención Sewel” (*Sewel Convention*) formulada en 1998 por el Subsecretario de Estado para Escocia (*Lord Bassam of Brighton: “Lord Sewel”*), su fuerza normativa no está atada a un acuerdo original. Como también se verifica en otras prácticas sociales (ej. el lenguaje), su fuerza depende de “una cadena de acciones y expectativas...”¹¹⁶ o, como lo expresa Atiyah, “las costumbres y las convenciones surgen de los que las personas hacen, no de lo que acordaron o prometieron”¹¹⁷. Misma idea parece sugerir McLean cuando señala que “...esos entendimientos son solo articulados en el momento en que son puestos en duda...”¹¹⁸, pretendiendo destacar que, hasta que no entran en crisis o son violentados, tendemos a internalizar o naturalizar su valor.

El aspecto final se vincula con su extinción. La discusión requiere definir qué tipo de reglas morales son las convenciones constitucionales. Algunos autores las han asimilado con reglas de “moral crítica”, ideales regulativos utilizados para someter a evaluación las instituciones de gobierno¹¹⁹. Sin embargo, la mayoría coincide en que son reglas de “moral positiva”, valores morales compartidos por un grupo social dominante¹²⁰.

Si las convenciones constitucionales fueran una variante de la moral crítica entonces cabría esperar mismas o similares reglas en distintas comunidades o, al menos, que aquellas opuestas a ese ideal regulativo fueran materia de reproche u objeción. Y si bien, como remarca

¹¹⁵ Jaconelli (1999: 35/39).

¹¹⁶ Jaconelli (1999: 40).

¹¹⁷ P. S. Atiyah, *PROMISES, MORAL AND LAW* (Claredon Press, 1982), 116 quoted by Joseph Jaconelli, *Do Constitutional Conventions bind?*, 169). En el mismo sentido se expresa David Lewis al señalar que los actos deliberativos no serían precondiciones necesarias ni suficientes para el nacimiento de una convención (Lewis, 2002: 88).

¹¹⁸ McLean (2013: 25).

¹¹⁹ Marshall (1984: 11/12), Heard (2012).

¹²⁰ Jaconelli (1999: 42).

Jaconelli, las convenciones constitucionales efectivizan aspiraciones comunes (valores relacionados con la democracia, el principio de separación de poderes, la responsabilidad gubernamental), varía la forma en que se le da forma a esos valores políticos¹²¹. Los cambios producidos en las valoraciones dominantes tienden a producir cambios sobre el alcance o contenido de esas reglas morales. Ello como veremos muchas veces explica la necesidad de legalizarlas para evitar su desaparición.

Como contrapartida, se objeta que reducir las convenciones constitucionales a reglas de moralidad interna o positiva resultaría tautológico. Dichas reglas serían vinculantes sólo en la medida en que, quienes deben aplicarlas, las consideren como tales¹²². Este problema lleva a algunos autores a insistir en defender el vínculo de estas reglas con los principios de moralidad crítica o atribuirles el rol de guías o de principios de conducta (*guidelines*), asignándoles un valor prescriptivo que resulta independiente de las creencias de los agentes¹²³.

La tautología apuntada no resulta tan clara o no le resta valor a la caracterización. En la medida en que no existen mecanismos formales de ejecución, necesariamente su peso o valor autoritativo depende de la conducta que adoptan los agentes que participan de la práctica. La idea de guía o principio, en cambio, parece restarle fuerza al componente obligacional que presuponen las reglas, pero más importante, no condeciría con la forma en que se desarrolla la práctica de las convenciones.

Darí la impresión que aquellos que vislumbran principios de moral crítica en la formación de las convenciones constitucionales, en realidad, defienden un enfoque dworkiniano sobre la forma de entender la naturaleza de las prácticas sociales. El quid de este enfoque transitaría por sostener que nuestras prácticas no pueden escindirse de nuestras preferencias morales o valoraciones políticas. Toda reflexión en torno a ellas presupone siempre un componente prescriptivo¹²⁴. Más allá que, como vimos, existe un umbral que toda regla asociada con el constitucionalismo moderno debería alcanzar para ser considerada como tal (limitación de poder, esquemas de controles orgánicos, etc), aspecto que permitiría reconocer la existencia del componente prescriptivo alegado, la estructura de las convenciones constitucionales presenta rasgos similares a las restantes convenciones, entendidas como reglas que vinculan a los agentes

¹²¹ Jaconelli (1999: 42/45).

¹²² “las convenciones son vinculantes mientras se las considere vinculantes” (Ridely cit. por Heard, 2012: 328).

¹²³ Heard (2012).

¹²⁴ Dworkin, 1986.

en virtud de cierta conducta espontánea sostenida en el tiempo. Por ello, asimilarlas con las reglas de moral positiva, parece ser el mejor encuadre.

I.E.2.- Normatividad de las convenciones constitucionales.

Dada la particular naturaleza que exhiben las convenciones constitucionales “el enigma pasa por encontrar cuál es la fuerza que habitualmente obliga a obedecer reglas que no tienen por detrás la fuerza coercitiva de los tribunales”¹²⁵. Se han seguido dos estrategias. La primera vincula la fuerza normativa de las convenciones constitucionales con la fuerza legal de las normas jurídicas (normatividad legal indirecta). La segunda anula la distinción entre normas jurídicas y convencionales, reconociendo que también las últimas pueden ser ejecutadas por los tribunales (normatividad legal directa).

I.E.2.1.- Normatividad legal indirecta.

Esta estrategia es adoptada por Dicey. Para el autor toda violación de una regla convencional está inexorablemente conectada con el incumplimiento de una ley, aun cuando, las primeras no puedan ser exigidas judicialmente¹²⁶. Descarta que mecanismos políticos o no judiciales como el *impeachment* o la opinión pública puedan forzar el cumplimiento de convenciones o suplir el rol de los tribunales¹²⁷.

Según el autor, la única forma de lograr que estas reglas sean efectivamente cumplidas se produce cuando su violación “ponga al infractor casi inmediatamente en conflicto con los tribunales y la ley del país”¹²⁸. Dicey ilustra esta teoría a través de la convención constitucional que obliga a convocar al Parlamento al menos una vez al año (*summoned conventional rule*). La fuerza normativa de esta convención se explicaría por el juego de dos leyes que requieren tratamiento anual: *Army Act* (defensa) y *Finance Act* (presupuesto). Sin la convocatoria anual del

¹²⁵ Dicey (1992: 293).

¹²⁶ Jaconelli (2005: 156).

¹²⁷ Si bien podría cuestionarse si por sus características propias (acusación, prueba, garantías, etc) el *impeachment* representa efectivamente un mecanismo no judicial, ni en ese proceso ni en la opinión pública, Dicey encuentra elementos empíricos que acrediten su influencia sobre el comportamiento de los actores políticos (Dicey, 1992: 294/296). Por ejemplo, destacaba la ausencia de destituciones de funcionarios en más de un siglo a través de ese procedimiento. En ningún momento contempla la posibilidad de evaluar los efectos preventivos de la amenaza del *impeachment*.

¹²⁸ Dicey (1992:297).

Parlamento el gobierno prescindiría de control legal sobre las fuerzas armadas o sobre el presupuesto o, en una posición muy incómoda para su manejo. Lo mismo observa Dicey en relación con otras convenciones (ej. obligación del Primer Ministro de renunciar cuando pierde la confianza de los Comunes)¹²⁹. Infiere entonces que por detrás de toda convención constitucional existe siempre una norma legal en la que se apalanca su fuerza normativa.

Jaconelli presenta dos objeciones a la tesis de normatividad legal indirecta. En primer lugar, intenta mostrar que la inferencia trazada por Dicey es equivocada. No todas las convenciones dependen o necesariamente están conectadas con una norma legal (Ej. obligación de los ministros de dimitir de su departamento después de haberse acreditado un mal manejo de su dependencia)¹³⁰. En segundo lugar, objeta las conclusiones de Dicey en los casos traídos a colación.

La autorización anual para aprobar el manejo del ejército surge del art. 6 de la *Bill of Rights*. Una lectura textual de esa norma contradice la interpretación de Dicey. La norma no exigiría ratificación periódica¹³¹. Sin embargo, aun cuando lo precisara, esa como cualquier norma del Parlamento podría ser derogada a través de simple mayoría. Sostener lo contrario pondría en crisis el principio de soberanía parlamentaria. Por lo tanto, en realidad, es la propia *Bill of Rights* aquella que está protegida por una convención constitucional que la torna “inalterable” o la hace más exigente de modificar y, en consecuencia, obliga a convocar al Parlamento para el tratamiento anual de leyes¹³².

I.E.2.2.- Normatividad legal directa.

La segunda estrategia no es menos problemática. Basándose en la doctrina emergente de algunos precedentes, autores como Jennings, Allan o Elliot han sugerido que ciertas convenciones

¹²⁹ Dicey (1992, 297/300). Si el Primer Ministro se negara a renunciar, Dicey cree que no sería sencillo aprobar leyes dirigidas a cumplir con el *Army and Finance Act* o mejor dicho, sería muy complejo su cumplimiento ante la pérdida de autoridad.

¹³⁰ Esta crítica no parece alcanzar el resultado esperado. Se podría argumentar que un ministro desprestigiado está en una posición compleja para aprobar o exigir el cumplimiento de disposiciones legales de su departamento.

¹³¹ “Que el reclutamiento o mantenimiento de un ejército permanente dentro del Reino en tiempo de paz, a menos que sea con el consentimiento del Parlamento, es contrario a la ley” (art 6 *Bill of Rights* <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/20.pdf>, último ingreso el 26.12.22). La norma no especifica la oportunidad en que esa aprobación debe ser realizada o la necesidad de ratificación. No obstante, hasta 1955 la autorización se llevaba a cabo en forma anual (Jaconelli, 2005: 158).

¹³² Jaconelli (2005: 156/59).

constitucionales también originarían derechos y obligaciones exigibles judicialmente¹³³. El problema es que, como se anticipó, desde esta concepción pierde relevancia la distinción normativa de Dicey entre leyes constitucionales y convenciones constitucionales.

Los casos citados por los autores arrojan resultados disímiles. En algunos se observa que el reconocimiento de la convención constitucional no está acompañado de consecuencias legales. El tribunal reconoce la existencia de la regla convencional, pero se inhibe de ejecutarla. Estos casos pondrían en crisis la primera tesis de Dicey (la incapacidad de los tribunales de dar cuenta de una convención constitucional) pero no la segunda (su incapacidad de hacer cumplir una convención constitucional). En otros, en cambio, se verifica una efectiva aplicación de la norma de origen convencional, situación que amerita descifrar que consecuencias trae aparejada esa decisión.

La primera postura tendría lugar en el caso “Att.-Gen v. Jonathan Cape LTS” (1975) citado por Allan en el que se discutía una medida (*injunction*) solicitada por el Procurador General para impedir la publicación de un diario llevado por un antiguo ministro sobre el contenido de reuniones de gabinete a la luz de la convención de “responsabilidad colectiva” (*collective responsibility*) de ese órgano de gobierno. Si bien el tribunal da cuenta del valor de esa doctrina convencional desestima la medida¹³⁴. También se observa en el caso “Reference Re Amendment of the Constitution of Canada” (1981)¹³⁵ en el cual el máximo tribunal canadiense afirmó que sería inconstitucional el impulso de una reforma constitucional cuyo resultado afectara las relaciones entre la Federación y las provincias, sin previa consulta y aprobación de las provincias afectadas. Sin embargo, también concluyó que el incumplimiento de esa convención no traería aparejada ninguna consecuencia legal.

Más cercano en el tiempo, las *Devolution Acts* de Escocia (*Scotland Act* de 2016) y Gales (*Wales Act 2017*) que recogen la “Convención Sewel” plantean una discusión similar. Según estas normas el Parlamento británico no está autorizado para resolver temas internos de las regiones del Reino Unido sin previo consentimiento de los órganos legislativos locales¹³⁶. En el fallo

¹³³ Jennings (1958); Allan (1993); Elliot (2002).

¹³⁴ “Att.-Gen v. Jonathan Cape LTS” [1975] 3 All Er 484. El alcance de la convención sobre educación (*education convention*) también fue evaluada por el *Upper Tribunal* en el caso “Evans v. Information Commissioner” [2012] UKUT 313 (ACC) para decidir si autorizaba la publicación de correspondencia mantenida entre el heredero al trono y el gobierno.

¹³⁵ “Reference Re Amendment of the Constitution of Canada” [1981] 1 SCR 753: 775.

¹³⁶ “Pero se reconoce que el Parlamento del Reino Unido no legislará normalmente en materias devueltas sin el consentimiento del Parlamento Escocés” (art. 28.8 *Scotland Act*); “Pero se reconoce que el Parlamento del Reino Unido no legislará normalmente en materias devueltas sin el consentimiento de la Asamblea” (art. 6 *Wales Act*).

“Miller I” (2017) que exigió la autorización del Parlamento británico para decidir la salida del Reino Unido de la UE en detrimento de las prerrogativas del Primer Ministro, como *Obiter*, la CSRU dejó asentada una postura análoga a su par canadiense. Afirmó que las *Devolution Acts* no tendrían fuerza legal pese a su valor constitucional y al hecho de haber sido sancionadas por el Parlamento¹³⁷.

En el segundo tipo de casos se verifica la ejecución judicial de una convención constitucional, aspecto que supone un desafío directo a la clasificación *Diceyana*. No obstante, analizada la problemática con mayor detenimiento, no queda claro que ese resultado efectivamente se verifique. Más que observarse una refutación general de esa clasificación, media una mutación de normativa en un caso particular. En virtud de una decisión judicial, una regla de naturaleza convencional pasa a adquirir fuerza legal. Este sería el resultado de “Miller II” o “Cherry” (2019) en el cual la CSRU declaró ilegal la prerrogativa convencional de la Corona para clausurar (“*prorogation*”) las sesiones ordinarias del Parlamento (resabio de los tiempos de la supremacía monárquica) entendiéndose que, en ese caso particular, a través de esa prerrogativa, se buscaba atacar los cimientos de la democracia representativa británica; el principio de soberanía parlamentaria y el principio de responsabilidad gubernamental ante el Parlamento (*Parliamentary accountability*)¹³⁸. Cabe recordar que la clausura había sido solicitada por el Primer Ministro, Boris Johnson, para evitar que el Parlamento pudiera bloquear su plan de salida de la UE como le había ocurrido a su antecesora, Theresa May, que culminó en su dimisión. También debe tenerse presente que la decisión del CSRU no fue aislada. Formó parte de una tendencia jurisprudencial en detrimento de las prerrogativas regias como lo reflejan Eliot y Vírgala Foruria¹³⁹.

I.E.2.3.- Normatividad convencional.

¹³⁷ “R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)” [2017], UKSC 5, p. 148 (“El Parlamento del Reino Unido no está buscando convertir la convención *Sewel* en una regla que pueda ser interpretada, mucho menos aplicada, por lo menos por los tribunales; más bien está reconociendo la convención como lo que es, una convención política, y está efectivamente declarando que es un elemento permanente del acuerdo de devolución. Esto se deduce de la naturaleza de su contenido, y está reconocido por sus palabras -‘se reconoce’ y ‘normalmente no’- del apartado del artículo. Esperaríamos otros términos si el Parlamento del Reino Unido buscara convertir una convención en una regla legal justiciable por los tribunales” –trad. Vírgala Foruria, 2018: 42-).

¹³⁸ “R (on the application of Miller) v The Prime Minister (Respondent)” o “Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland” [2019], UKSC 41. La *prorogation* es una potestad de la corona, previo consejo del Primer Ministro, que utiliza para dar por finalizadas las sesiones ordinarias y comenzar a preparar la apertura formal de sesiones que se inician con el discurso de la Reina o el Rey. La *prorogation* sería el período que la Reina necesitaría para preparar su discurso (usualmente una o dos semanas) y en el que se elabora la agenda parlamentaria. En este caso, se había dispuesto una suspensión de cinco semanas con el claro propósito de evitar la actuación del Parlamento.

¹³⁹ Eliot (2002:362/76) y Vírgala Foruria (2018: 23/37).

Descartado el enfoque tradicional para explicar la fuerza normativa de las convenciones, cabe retomar el camino abandonado por Dicey. Evaluar si las convenciones disponen de mecanismos propios de ejecución que no dependen del rol de los tribunales o no necesariamente estén asociados con consecuencias legales y si, esos mecanismos son aptos para defender su fuerza normativa. Para ello parecería necesario desembarazarnos del paradigma cartesiano en el que se apoya la teoría constitucional y el derecho en general, es decir, en la idea que “la razón” o “el consentimiento” son el fundamento de nuestras acciones y el factor que siempre explica nuestra organización social. En este caso, esa mirada no permitiría explicar con solvencia el origen o la fuerza normativa de estas reglas. Y para ello nadie mejor que David Hume.

Recordemos que el filósofo escocés era reactivo a la idea que la razón fuera la medida de nuestras acciones y crítico de los presupuestos del contractualismo, por lo menos, bajo la forma con que Locke concebía “el contrato social” como un acuerdo expreso o tácito de voluntades¹⁴⁰. En cambio, postulaba que nuestras pasiones gobiernan nuestras acciones. Los seres humanos afirmaba el autor forman sus impresiones del mundo a través de procesos experienciales que influyen positiva o negativamente en su carácter¹⁴¹. Ello no lo llevaba a abrazar el escepticismo o a dudar de la capacidad de los agentes para consensuar esquemas normativos. Por el contrario, creía que justamente en virtud de esos procesos experienciales y de nuestra capacidad para empatizar con otros (“simpatizar” en sus palabras) adoptando un punto de vista general para someter las conductas a procesos de mutua evaluación, se forjan sentimientos interpersonales de aprobación o desaprobación hacia ciertas acciones que, tamizados luego por la razón a la cual asigna un rol auxiliar, originan nuestras reglas sociales, instituciones y “convenciones”¹⁴².

Independientemente del acierto de su crítica al racionalismo moral o de la solidez de su teoría, este paradigma experiencial o sentimental cuyo enfoque no está puesto ni en la razón ni aquello que podemos prometer o acordar en tanto ellas mismas derivarían de una convención, puede aportarnos algunas herramientas para explicar la fuerza normativa de reglas constitucionales que expresan compromisos basados en aquello que las personas “habitualmente

¹⁴⁰ Hume (2010: 97-115).

¹⁴¹ Hume, 2006a, Bk. III, Pt. I Sec: 68 y 69 (“ya que la moral, por lo tanto, tiene una influencia en las acciones y en los afectos, se sigue, que no pueden derivar de la razón [...] la razón es perfectamente inerte”). Para un análisis más profundo de la crítica de Hume al racionalismo moral y las características de su teoría véase Radcliffe (2022).

¹⁴² Rasmussen (2018: 40 a 43). Para un análisis de las razones que permiten defender el Punto de Vista General (*General Point of View*) de Hume como un camino necesario para el reconocimiento de la agencia moral de las personas, véase Korsgaard (2008).

hacen de acuerdo sin necesariamente llegar a un acuerdo”¹⁴³. Ciertas prácticas con el tiempo lograrían consolidarse a pesar de no compartir un acuerdo original ni disponer de remedio formal¹⁴⁴. Ya sea para permitirnos superar problemas de coordinación (Lewis, 2002), mantener esquemas normativos de responsabilidades recíprocas (Monti, 2023) o, simplemente, por el valor prescriptivo atribuido al pasado (Burke, 2016), lo cierto es que, las sociedades tenderían a proteger esas reglas, presuponiendo su valor o utilidad social. Una suerte de aquiescencia pasiva forjada por el transcurso del tiempo.

Determinadas prácticas asociadas con el esquema de organización del poder público (división de poderes, rendición de cuentas, control institucional) o, incluso, con nuestros derechos, adquirirían con el tiempo valor sustancial para la comunidad o para las fuerzas políticas que participan de la práctica (limitación de facultades ejecutivas, seguimiento de pautas para la aprobación de normas, acciones prohibidas sin conformidad de los afectados, etc.) al permitirles anticipar la acción de su rival o de otros poderes del Estado. Estas reglas ayudarían a promover aquello que politólogos o sociólogos denominan “capital social”, entendido como “el conjunto de valores y normas informales compartidas entre los miembros de un grupo que incentivan la cooperación”¹⁴⁵. Por ejemplo, la reelección indefinida del Primer Ministro en gran medida se apoya en la confianza depositada de que solo se mantendrá en funciones mientras conserve apoyo parlamentario. Resulta lógico o esperable que la pérdida de ese apoyo provoque su dimisión. No en virtud de un pacto o por temor a una sanción legal, sino más importante, porque su incumplimiento violentaría un esquema de valores constitutivos del sistema de gobierno. Como lo expresa Austin adoptando un tono *humeano*:

En toda, casi toda, sociedad política independiente, existen principios o máximas que el soberano habitualmente observa, y a las cuales la mayoría de la sociedad, o la mayoría de sus miembros influyentes miran con sentimiento de aprobación. No pocas veces, esas máximas son expresamente adoptadas, así como también habitualmente observadas por el soberano o el Estado, pero son sólo impuestas por la opinión predominante de la comunidad... [el soberano] está limitado o constreñido a observarlas meramente por sanciones morales... [incumplirlas] no lo haría y no podría hacerlo incurrir en sanción legal o penalidad, pero probablemente lo haría padecer censura, y podría enfrentar resistencia, de la generalidad o del grueso de los gobernados...

¹⁴³ Atiyah (1982:116). Hume apela a la metáfora de los remeros para explicarlo: “dos personas que reman en una embarcación lo hacen por acuerdo o convención, a pesar de que nunca lo hayan prometido” (Hume, 2006a, Bk III, Pt. II, Sec II: 91).

¹⁴⁴ Esta idea la expresa el propio Hume quien dedicó buena parte de su vida a estudiar la historia de Inglaterra y en cuyo tratado reflexiona: son “los hábitos, más que la razón, los que en todos los casos constituyen el principio que impera sobre la Humanidad”, cit. por Carlos Mellizo en el Prólogo de las investigaciones de Hume (2006b: 10).

¹⁴⁵ Fukuyama (2000: 98).

si la ley u otro acto del monarca o el soberano entra en conflicto con esas máximas que advertí arriba, la ley u otro acto puede ser llamado “inconstitucional” (*unconstitutional*)¹⁴⁶.

Todo intento por desconocer esta práctica tornaría “anti-constitucional” la acción y quebraría las reglas del juego político¹⁴⁷. Por ello, más que esperar anulaciones, declaraciones de “inconstitucionalidad” o pronunciamientos judiciales, dicha violación tendría entidad para poner en riesgo la legitimidad de la propia autoridad. Son este tipo de consecuencias sobre las que posan su atención autores “absolutistas” como Hobbes o Bodin cuando advierten al soberano sobre la necesidad de atenerse a ciertas reglas políticas de gobernanza pese al carácter absoluto o ilimitado que reconocen a su poder de mando¹⁴⁸.

Es evidente que para que este sistema convencional funcione se necesita cierto nivel de cohesión o de uniformidad sobre el contenido, valor o alcance de mínimas directrices constitucionales, por lo menos, en una mayoría dominante. Ello no hace al sistema incompatible con “el pluralismo valorativo” que caracteriza a las sociedades occidentales modernas, aunque, es cierto, en ocasiones ambos objetivos pueden entrar en tensión como lo acreditan algunos de los álgidos de debates que se plantean en la actualidad¹⁴⁹.

Para el éxito de este modelo alcanza con que ciertos principios elementales asociados con el republicanismo o el liberalismo permean en una mayoría dominante a fin de que el constitucionalismo actúe como engranaje del sistema de gobierno¹⁵⁰. Sin esos condimentos, poco podemos esperar en torno al proceso de formación de estas reglas o de su capacidad para influir sobre la voluntad de los gobernantes o para estabilizar la práctica político constitucional. De la misma forma, tampoco podemos abrigar excesiva confianza en los esquemas constitucionales formalizados si no logran generar un cúmulo de valores políticos y sentimientos empáticos hacia

¹⁴⁶ Austin (2001: 214-215).

¹⁴⁷ Siegel emplea el término “anti constitucional” (*anti constitutional*) y no “inconstitucional” (*unconstitutional*) para diferenciar la violación de una convención constitucional de la violación de una ley constitucional (Siegel, 2018).

¹⁴⁸ Hobbes (1994, Part. II, Chap. XXX: 219-233) y Bodin (1997, Libro I, Cap. VIII:47-66). Por ejemplo, este último señala en lo que luce como un compromiso con los principios del *rule of law*. “...si no hay justa causa para anular la ley que prometió mantener, el príncipe no puede ni debe ir contra ella” (Bodin, 1997, Libro I, Cap. VIII: 55).

¹⁴⁹ A modo de ejemplo, véase el debate planteado por el siempre controvertido Michel Houellebecq en su libro “Sumisión” (2015). Imagina un futuro no muy distante en Francia en el que triunfa el partido “Hermandad Musulmana” en las elecciones presidenciales para evitar el ascenso de la extrema derecha francesa. Como consecuencia, progresivamente comienzan a verificarse profundos cambios en los hábitos y modos de vida tradicionales de esa comunidad vinculados con el liberalismo o republicanismo (adopción de una política de poligamia en favor de los varones, religión oficial, etc.).

¹⁵⁰ En este punto estoy retomando la idea de Rousseau del contrato social como “religión civil” (Rousseau, 2011: Bk. IV, ch. 8: 243-251).

los sistemas republicanos o liberales de gobierno. En el próximo apartado abordaremos esta problemática más en detalle al evaluar las consecuencias derivadas de la crisis actual de los modelos constitucionales.

I.F.- Crisis convencional: El dilema de la codificación constitucional.

En las últimas décadas se produjo la irrupción de un fenómeno global que ha puesto en crisis los sistemas democráticos obligando a repensar sus fundamentos. Este suceso ha resultado sumamente desafiante para el funcionamiento del modelo británico.

En distintas comunidades se ha observado un ascenso popular de líderes o propuestas autoritarias de distinta intensidad y variación ideológica que, a diferencia de otros períodos, merced a ese apoyo popular logran desarticular o erosionar las instituciones democráticas “desde adentro”, es decir, valiéndose para ello de esas mismas instituciones o reglas¹⁵¹. En particular, estos movimientos apuntarían a debilitar o minar la confianza en los resguardos tradicionales del constitucionalismo; los mecanismos horizontales de control institucional (reglas cooperativas entre órganos o actores políticos, sistemas de controles recíprocos, sistemas de elección de organismos de control constitucional, etc.) y en los derechos de minorías. A su vez y, a los fines de este trabajo, este proceso erosivo se expresa constitucionalmente por dos canales normativos que se diferencian por su grado de formalidad.

El primero se presenta bajo la forma de la enmienda constitucional “abusiva”¹⁵². En parte de estas comunidades los líderes de estos movimientos impulsan con éxito reformas constitucionales que conspiran contra principios republicanos o liberales de gobierno o, directamente, reformas a través de las cuales “los regímenes autoritarios utilizan los trazos de las constituciones escritas para su propio beneficio”¹⁵³. Se plantea la paradoja entonces de que mediante la implementación de una reforma legal al texto constitucional se pone en riesgo el espíritu republicano o liberal del modelo constitucional con el agravante de que, dejando de lado todo análisis vinculado al procedimiento de enmienda constitucional, estos cambios por su jerarquía y naturaleza quedarían fuera del radio de acción de los órganos de control constitucional. Uno de los casos más emblemáticos probablemente sea el de Victor Orbán en Hungría quien, en virtud de una serie de reformas constitucionales promovidas desde el Parlamento a partir de los

¹⁵¹ Levitsky, S. & Ziblatt, 2018; Rosanvallon, 2021.

¹⁵² Landau (2013: 191) (“el constitucionalismo abusivo supone el uso de los mecanismos de cambio constitucional –reformas constitucionales y reemplazos constitucionales– para socavar la democracia”).

¹⁵³ Ginsburg & Huq., 2018: 23.

escaños que obtuvo su partido, primero socavó la autoridad del tribunal constitucional y de otras instituciones de control horizontal para luego cooptarlas y finalmente avanzar en perpetuarse en el poder, no sin antes derogar derechos constitucionales que afectan principalmente a minorías¹⁵⁴.

El segundo se expresa de un modo más informal y, tal vez, por ello, hasta hace no mucho tiempo se le había prestado menor atención. En este caso, los líderes no atacan en forma directa el texto constitucional ni promueven enmiendas constitucionales, sino que simplemente abandonan o dejan de cumplir convenciones constitucionales, tradiciones políticas o reglas morales de gobierno afincadas en la praxis constitucional. Al igual que las enmiendas constitucionales estos cambios convencionales tampoco serían susceptibles de revisión al recaer sobre normas morales o políticas ajenas por definición al marco de competencia de los órganos de control. La resistencia, el reproche social o, directamente, el riesgo a la desobediencia cívica se convierte en el único límite a su accionar.

Cuando a principios del siglo XX uno de los Presidentes más populares de la historia norteamericana, Franklin D. Roosevelt, intentó licuar el poder de la SCOTUS promoviendo un proyecto para influir en su integración encontró una férrea resistencia del Congreso (incluso de los miembros de su partido) a pesar de que contaba con mayoría en ambas cámaras¹⁵⁵. A diferencia aquel entonces, Donald Trump luego de haber logrado designar dos miembros en la SCOTUS, tras la muerte de uno de sus integrantes (la jueza Ruth Bader Ginsburg), consiguió en tiempo record el respaldo de los senadores de su partido para designar un miembro adicional (la jueza Amy Vivian Coney Barrett) con la particularidad que ese nombramiento se produjo durante el último año de su mandato. Esos mismos senadores se habían negado a tratar la nominación de un candidato propuesto por la anterior administración de Barak Obama (el juez Merrick Garland) amparándose en una regla convencional que impediría nominar un candidato para la SCOTUS durante el último año de gestión.

El carácter “informal” de estas transformaciones constitucionales no le resta trascendencia. Contra lo que podría esperarse su impacto puede adquirir similares dimensiones sobre el modelo constitucional a las enmiendas formales del texto. Así lo advierte el profesor Niel

¹⁵⁴ Landau, 2013: 208/211.

¹⁵⁵ Levitsky, S. & Ziblatt (2018: 106/108). Roosevelt estaba enfrentado con la SCOTUS por los intentos de esta última de “boicotear” su plan económico (el *New Deal*) declarando la inconstitucionalidad de las nuevas normas federales sobre la base de una doctrina conservadora que había otorgado rango constitucional a los principios del libre mercado. Entre otros, “Lochner v. New York” 198 US 45 (1905), “Hammer v. Dagenhart”, 247 US 251 (1918) y “Adkins v Children’s Hospital” 261 US 525 (1923). Si bien la propuesta de Roosevelt no prosperó, rápidamente impulsó un vuelco en la jurisprudencia del máximo tribunal norteamericano. Ver “West Coast Hotel v. Parrish”, 300 US 379 (1937) y “NLRB v. Jones & Steel Corp, 301 US 1 (1937).

S. Siegal al evaluar justamente los riesgos que la presidencia de Donald Trump acarrea para el modelo constitucional estadounidense¹⁵⁶.

De todas formas, daría la impresión que la adopción de un texto constitucional disminuiría las chances de éxito de estos líderes. Después de todo, los mecanismos de reforma rígidos o semi rígidos de las constituciones en gran medida fueron pensados para bloquear o dificultar el ascenso de movimientos o líderes “anti republicanos” o para impedir de que, en virtud de su apoyo popular, logren perpetuarse en el poder o desarticular los mecanismos de protección constitucional¹⁵⁷. Un modelo convencional como el británico que no dispone de esos mecanismos legales de protección de sus reglas constitucionales y está sencillamente apoyado en una práctica co-operacional de los actores políticos exhibe suma fragilidad frente a esta tendencia¹⁵⁸. Como vimos con el *Brexit* y el conflicto provocado por el cierre del Parlamento británico para bloquear su intervención a través del uso distorsionado de las prerrogativas de la corona (*prorogation*), la mera desnaturalización de las prácticas políticas puede poner en crisis su sistema constitucional.

La potencia que desde hace tiempo ha ganado en el Reino Unido el debate por la adopción de una constitución escrita o por la codificación de sus reglas constitucionales se comprende mejor a la luz de esta crisis institucional. Si bien esta comunidad parecía encaminada hacia la implementación de un esquema constitucional más formalizado (entre otras razones, por la sanción de la *Human Rights Act* 1998 que incorpora CEDH, las *Devolution Acts*, la creación del CSRU, etc.)¹⁵⁹, sigue preservando la esencia de un modelo constitucional de carácter político cuyos fundamentos se explican a partir de los mismos pilares o principios definidos por Dicey hace más de cien años: el principio de soberanía parlamentaria y el *rule of law* (leyes

¹⁵⁶ Siegal (2018: 177/78) (“Voy a sostener que lo más problemático de la conducta del Presidente Trump durante y desde la campaña presidencial del 2016 no es ninguna potencial violación a la Constitución de USA o al derecho federal. Es probable que hayan existido esas violaciones, y pueden haber más. Sin embargo, lo más problemático del Presidente Trump es su indiferencia a las normas políticas que previamente han constreñido a los candidatos presidenciales y Presidentes, y su desacato a las normas no legales pero obligatorias “convenciones constitucionales” que han previamente guiado y disciplinado a los ocupantes de la casa blanca. Estas normas y convenciones, a pesar de “no estar” en la constitución, juegan un papel fundamental en sostener la Constitución”).

¹⁵⁷ El voto del Dr. Carlos Rosenkrantz en el caso “Evolución Liberal y otro c/ San Juan Provincia s/ Amparo” (CSJ 561/2023, 01.06.23) recoge los antecedentes de nuestra Constitución y de la estadounidense (modelo en el que se referencia la primera) para garantizar la alternancia en los cargos públicos o limitar las reelecciones de los líderes políticos (consid. 6 a 13).

¹⁵⁸ El Reino Unido junto con Nueva Zelanda ranquean entre las constituciones más flexibles o más sencillas de modificar (Albert, 2019: 99). Desde ya, como advierte el autor, ese ranking no contempla los mecanismos informales o las fuentes no textuales de reforma constitucional.

¹⁵⁹ Por ejemplo, con motivo del 800 aniversario de la Carta Magna, la Cámara de los Comunes lanzó una consigna que parecía ir en esa línea. *House of Commons and Constitutional Reform Committee, A new Magna Carta?* (10 julio 2014), HC 463.

constitucionales), por una lado, y las reglas institucionales de gobierno (convenciones constitucionales), por el otro¹⁶⁰. La pregunta que ha comenzado a reiterarse entonces es si el Reino Unido debe apelar a los mismos “resguardos constitucionales” formales que el resto de las comunidades para “salvar” su democracia¹⁶¹.

Los beneficios de la codificación constitucional son bastante difundidos. Una constitución escrita permite clarificar el contenido de las reglas básicas del sistema político, otorga mayor previsibilidad a los agentes, crear un sistema de protección legal de esas reglas y contribuir a la educación cívica de los ciudadanos. Si todos esos mecanismos funcionan en forma armónica y todos los factores que la rodean se encuentran alineados, el texto constitucional actúa como instrumento eficaz para sujetar al gobierno de turno a principios y reglas nodulares de una organización republicana. Especialmente, esta estrategia puede resultar de gran utilidad como herramienta de unidad y cohesión social en sociedades divididas o atravesadas por históricos conflictos políticos, raciales, religiosos, etc¹⁶².

Los riesgos inherentes a esta práctica también son conocidos. Desde el peligro de generar un sistema “sobre paternalista” que subestime la capacidad de decisión de los ciudadanos (o de sus representantes) y anule su autonomía, al menos, su posibilidad de inmiscuirse o deliberar sobre ciertas materias¹⁶³, hasta al peligro de promover un modelo delegado en manos de quienes deberían custodiarlo, desvirtuando su funcionamiento. Es decir, el temor a que el texto constitucional sea cooptado u ofrezca un terreno fértil para propiciar “un gobierno de los jueces”.

Sin embargo, aquello que ha comenzado vislumbrarse es que la problemática es más profunda o estructural de lo que se intuía o que es independiente del grado de formalización constitucional. De hecho, en ocasiones, el texto constitucional lejos funcionar como instrumento de unidad puede convertirse en un factor de disputa o agravar los problemas existentes como ocurrió en Argentina con la regulación de los Decretos de Necesidad de Urgencia (DNU) a través de la reforma constitucional 1994 (art. 99 inc 3ro. CN). Si hasta esa reforma, su utilización por parte del Poder Ejecutivo Nacional representaba una amenaza, a partir de su regulación constitucional ese riesgo se materializó¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Virgala Foruria, 2018.

¹⁶¹ Blick, 2015; Galligan, 2017; Bogdanor, 2019.

¹⁶² Issacharoff, 2007.

¹⁶³ Waldron, 2005.

¹⁶⁴ Hasta 1989 se registraban 25 DNU. Reforma mediante sólo en un período el Presidente Carlos Menem dictó 336 (Levitsky y Ziblat, 2018: 90). Esta práctica lejos de ser aislada inauguró una tendencia (Biachi, 2010).

De modo que “la idolatría constitucional” puede llegar a confundir el objetivo o a desviar el foco de atención al generar “una sobrestimación dramática o persistente de los efectos de una constitución escrita”¹⁶⁵. Como se ha experimentado en más de una oportunidad en nuestra región, la veneración en exceso de los modelos constitucionales puede llevarnos a la equivocada convicción de creer que la implementación de un cierto tipo de reformas constitucionales o la adopción de un diseño institucional particular o de reglas eficaces o exitosas en otros sistemas puede por sí misma ser suficiente para alcanzar una práctica constitucional exitosa o un modelo democrático robusto. Las constituciones son siempre incompletas y dejan espacios que deben ser cubiertos en tanto “ningún manual de operación, por detallado que sea, puede prever todas las posibles contingencias o prescribir cómo comportarse en todas las circunstancias posibles”¹⁶⁶. Las reglas y principios desarrollados a través de la práctica de las convenciones y los precedentes son las que permiten llenar estos agujeros institucionales.

Aquello que el fenómeno erosivo expone entonces es un colapso de la ética constitucional o una ruptura con los compromisos estructurales que sostienen las constituciones modernas. De allí que se verifique escasa capacidad de los textos constitucionales para atemperar o moderar sus efectos. Sea por una crisis de representación, por el fracaso de las promesas de bienestar social de la democracia, por la aversión que parte de la ciudadanía siente hacia los cambios sociales (dominados por los procesos inmigratorios) o tecnológicos, se verifica una tendencia a la polarización política que anula toda regla cooperativa junto con un desconocimiento profundo de los “acuerdos” constitucionales alcanzados a lo largo de décadas (siglos en algunos casos) que dotaban de estabilidad a los modelos constitucionales. Si bien varía el formato en que se materializa este hecho, la lógica que lo gobierna parecería ser la misma. No resultaría casual encontrarnos similares desafíos en comunidades que disponen constituciones con distinto grado de formalización.

Las reacciones frente al fenómeno también presentan rasgos comunes. Si como hemos visto los avances sobre las estructuras democráticas se caracterizan por debilitar los resguardos tradicionales del constitucionalismo y anular sus antídotos, se apuesta por fortalecer los textos constitucionales o ampliar su poder de fuego mediante la formalización de reglas convencionales quebrantadas, el reconocimiento de nuevos derechos constitucionales o la restricción de sus mecanismos de reforma. Ante la evidente dificultad que por lo general exhiben los procesos de enmienda constitucional o ante el riesgo de que ellos mismos pongan en riesgo el esquema constitucional, lo más frecuente es que sean los propios agentes a cargo de los controles

¹⁶⁵ Jones (2020: 5).

¹⁶⁶ Levitsky y Ziblatt (2018: 82).

institucionales quienes asuman esa labor. Por ejemplo, si tomamos la doctrina judicial de “la sustitución constitucional” en Colombia¹⁶⁷ o de “las leyes fundamentales” (*basic law*) en Israel¹⁶⁸ vamos a encontrarnos con una idea común; ciertos principios o reglas políticas, aun cuando no surjan de las constituciones, forman parte implícitamente de ella o de su “espíritu” y, por lo tanto, son indisponibles para los actores políticos o la propia ciudadanía o, lo que es lo mismo, de ser violentadas pueden ser restituidas por las autoridades a cargo del control constitucional.

Expandir el contenido legal de la constitución en detrimento de su contenido político puede ser auspicioso si logra recrear la confianza en el modelo constitucional o en los órganos a cargo de su control que son quienes, como observa Tushnet, más se benefician por esta estrategia¹⁶⁹. Pero no debe olvidarse que “un gran poder va acompañado de una gran responsabilidad” (*with a great power comes a great responsibility*) como siempre recuerda *Uncle Ben* a Peter Parker. Si la tutela constitucional se vuelve intolerable la estrategia puede agravar los problemas apuntados, conduciendo a socavar la autoridad constitucional o, lo que es más común, la autoridad de los órganos a cargo de su defensa bajo el entendimiento de que pretenden colocarse por encima de ella o “judicializar la política”¹⁷⁰.

Pero aun cuando ese riesgo no llegue a materializarse o no lo haga completamente, el resultado igualmente puede ser muy costoso en términos institucionales. Los jueces tienden a desplegar un gran esfuerzo argumental para estirar las reglas constitucionales que les confieran competencia en materias que, en principio, los exceden. Así lo vemos reflejado tanto en “Miller II” donde el CSRU se remonta a los orígenes del modelo británico para saldar un conflicto

¹⁶⁷ La doctrina de la Corte Constitucional busca llevar a cabo un control material sobre las reformas constitucionales impidiendo que a través de ellas se sustituya la “identidad” o “los ejes axiales” del modelo constitucional colombiano. Si bien la doctrina tiene diversos antecedentes, nació en el año 2003 (C-551/03) y ganó notoriedad a partir del año 2005 (C-1040/05) al invalidarse parcialmente un intento de enmienda constitucional. Sin embargo, su mayor impacto tuvo lugar en el año 2010 (C-141/10) cuando se invalidó el referéndum (Ley 1354 de 2009) convocado por el Presidente Uribe para reformar la constitución con el objeto de lograr una nueva elección.

¹⁶⁸ Si bien el plan original de Israel era adoptar una constitución escrita, ello nunca llegó a concretarse. En cambio, como el Reino Unido, siguió el principio de soberanía parlamentaria. A pesar de ello, el Parlamento (Knesset) dictó con el tiempo un conjunto de “leyes fundamentales” a los cuales su tribunal supremo reconoció carácter supra legal y declaró que conforman la constitución formal de la nación. Véase “United Mizrahi Bank Ltd v Midgal Cooperative Village” 49 (4) PD 221 (1995).

¹⁶⁹ Tushnet (2018: 64) (“Mientras el derecho constitucional se expande a más y más áreas políticas y mientras más se “engrose” cada dominio (más denso, más técnico, más diferenciado) al mismo tiempo más serán los motivos para el debate judicial. Este proceso tiende poderosamente a reproducirse, y al hacerlo, se provoca y se refuerza la judicialización”).

¹⁷⁰ Al momento de redactar este trabajo, el Parlamento israelí aprobó una ley que recorta las facultades de su tribunal supremo. En particular anula “la doctrina de la razonabilidad” que le permite revisar y revocar decisiones gubernamentales.

institucional motivado en una disputa política¹⁷¹, como en la doctrina desarrollada por nuestra CSJN para intervenir en un conflicto entre poderes públicos locales (re reelección de gobernadores o vicegobernadores), excediendo en apariencia el marco de su competencia federal conferida por el texto constitucional¹⁷².

En el primer caso, el éxito de la estrategia del CSRU que se inclinó por defender la supremacía del Parlamento legalizando el principio de soberanía parlamentaria y de responsabilidad gubernamental para “anular” la prerrogativa regia abre interrogantes sobre el futuro de su modelo constitucional (¿sigue conservando el Reino Unido un modelo político o ha pasado a un formato legal?)¹⁷³. En el segundo, si repasamos las provincias alcanzadas por la doctrina que restringe la pretensión reeleccionista de gobernadores o vicegobernadores en violación a los límites de las constituciones provinciales, soslayando el análisis sobre la razonabilidad del estándar aplicado, la verificación de sus presupuestos en cada caso o las discrepancias de criterio entre los propios ministros, encontramos disparidad de resultados.

En algunas provincias el gobernador “vetado” apeló a una figura cosmética de reemplazo (el caso más evidente es el de la Provincia de Santiago del Estero en el cual el gobernador postuló a su esposa) manteniendo el control político sobre el gobierno para luego volver a presentarse una vez vencido el mandato cuestionado. Por lo tanto, incluso si valoramos la creatividad del tribunal para pulsar contra la conducta “anti republicana” del gobernante estirando sus reglas de competencia o definiendo en algunos casos conceptos “polémicos” para dotar de mayor alcance de la doctrina, el límite puede acabar siendo superficial o formal¹⁷⁴. Parecería corroborarse las

¹⁷¹ El tribunal cita el célebre *Case of Proclamation* (1611) 12 CO Rep 74 que consagró el principio de soberanía parlamentaria desestimando que la Corona pudiera valerse de sus prerrogativas para modificar las leyes del reino o que las prerrogativas pudieran extenderse más allá de las áreas reconocidas por las leyes.

¹⁷² La reforma constitucional de 1860 excluyó la competencia de los tribunales federales para la resolución de conflictos entre poderes públicos de una misma provincia. A través del principio republicano (art. 1 y 5 CN) la CSJN encontró un resquicio formal para intervenir en estos conflictos. Sin embargo, ese rol no implicó definir el contenido de este principio. Circunscribió su intervención a los casos donde el acto local cuestionado representara una “evidente y ostensible apartamiento del inequívoco sentido” del texto constitucional provincial, configurando entonces una violación indirecta a la norma federal (“Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ acción declarativa de certeza”, 05.11.13, Fallos: 336:2148, Consid. 20).

¹⁷³ Véase Richar Ekins y Stephen Laws, “The Supreme Court has done lasting damage to our constitution”, 04.10.19 www.prospectmagazine.co.uk, última visita 14.10.19; Stephen Tierney “Turning political principal into legal rules: the unconvincing alchemy of the Miller/Cherry decision”, 30.09.19, judicialpoweproject.org.uk, última vista el 14.10.19; Paul Yowell, “Britain Constitutional Crisis”, 26.09.19, www.firstthings.com, última vista el 14.09.19. De todas formas, Jones remarca que, a diferencia del lenguaje paternalista que exhibe “Marbury” (5 U.S. 137 1803) o “United Mizrahi Bank” el cual se focaliza en el *rule of law*, “Miller II” se centra en un aspecto más colectivo (Jones, 2020: 155).

¹⁷⁴ El voto del Dr. Rosenkrantz en el caso “Evolución Libertad” avanza en definir un contenido sustancial del principio republicano para actuar como límite de las pretensiones reeleccionistas de los gobernadores o

sospechas del profesor Tom Gerald Daly para quien es excesiva y hasta riesgosa la expectativa puesta en los tribunales constitucionales de convertirlos en “salvadores” de la democracia¹⁷⁵.

Podemos concluir entonces que la adopción de una constitución escrita o la codificación de un nuevo diseño institucional para el Reino Unido, al igual que en cualquier otra comunidad, es improbable que logre torcer el rumbo si no logra generar o recrear la ética constitucional que permita sostenerlo.

vicegobernadores. También es dable destacar que estrategias similares a la empleada por Santiago del Estero contra los pronunciamientos del máximo tribunal no siempre arrojaron resultado esperado por el gobernante. Por ejemplo, en San Juan, la postulación del hermano del vice gobernador (impedido de presentarse por el fallo “Evolución Libertad”) no logró modificar el resultado de la elección.

¹⁷⁵ Daly T. G. (2017: 293) “es verdad que en muchos estados los tribunales constitucionales han provisto algún bastión contra la decadencia y la descomposición democrática, como se discutió en el capítulo 2. Sin embargo, parece *naïve*, temerario o incluso pernicioso no solo colocar la mayor parte de nuestra fe en los tribunales constitucionales, sino también pasar la mayor parte de nuestro tiempo (*lion's share*) focalizándonos en los tribunales constitucionales con exclusión de todo lo demás. Si las distintas opciones de diseño son ‘el corazón de la farmacopea constitucionalista (*constitutionalit's pharmacopeia*)”, como Andre Reynolds lo indicó, un control judicial fuerte por si mismo claramente no es la panacea”.

BIBLIOGRAFÍA

Ackerman B. (1991), *We the people*, Cambridge, Mass, Harvard U.P.

Ahmed, F. and Perry, A. (2016), “Constitutional Statutes” (March 7, 2016), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2743936, última visita el 24.01.23.

Allan T.R.S. (1993), *Law, Liberty, Justice: The Legal Foundation of British Constitutionalism*, Oxford University Press, 1993.

- (2011) “Questions of legality and legitimacy: Form and substance in British constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 9, Issue 1, pp. 155–162.

Albert, R. (2019), *Constitution Amendments: Making, Breaking and Changing Constitutions*, Oxford University Press.

Anzoátegui, V. T (2001), *El Poder de la Costumbre, Estudios de El Derecho Consuetudinario en América Hispana hasta la Emancipación*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, ***, Buenos Aires.

Aristóteles (2003), *Política*, Alianza, 4ta. Reimpresión.

Atiyah P. S. (1982), *Promises, Moral and Law*, Clarendon Press.

Atria F. (2016), *La Forma del Derecho*, Marcialpons, Buenos Aires.

Austin J. (2001), *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press.

Bailyn, B. (1972), *Los Orígenes Ideológicos de la Revolución Norteamericana*, Paidós, Buenos Aires.

Barber N. W. (2011), “The afterlife of Parliamentary sovereignty”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 9, Issue 1, pp. 144–154.

Bellamy, R., (2007) *Political constitutionalism: a republican defence of the constitutionality of democracy*, Cambridge University Press.

-(2020), “Political Constitutionalism: A Genealogy” (August 3, 2020), *Forthcoming in The Cambridge Constitutional History of the United Kingdom*, edited by Peter Cane and Harshan Kumarasingham, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3666122>.

- Bianchi A. B.** (2010), “Del abuso de los decretos de necesidad y urgencia y de su falta de control efectivo”, *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Agosto 2010, vol. 70, nro. 1, pp. 23-34.
- Blick, A.** (2015), *Beyond Magna Carta: A Constitution for the United Kingdom*, Bloomsbury Publishing.
- Bogdanor, V.** (2019), *Beyond Brexit: Towards a British Constitution*, IB Tauris.
- Burke, E.** (2016), *Reflexiones sobre la Revolución en Francia*, Alianza, Trad. Carlos Mellizo, Madrid.
- Ciceron M. T.** (1991), *Sobre la República*, Gredos, Madrid, 1ra Edición, Trad. Antonio Fontán.
- Cosgrove R. A.** (1980), *The Rule of Law: Albert Venn Dicey, Victorian Jurist*, The University of North Carolina Press.
- Daly, T. G.** (2017), *The Alchemists: questioning our faith in courts as democracy-builders*, Cambridge University Press.
- Daly, E.** (2022), “Popular Sovereignty After Brexit”, *German Law Journal*, 23(1), 1-18. doi:10.1017/glj.2022.3
- Dicey A. V.** (1910), “The referendum and its critics”, *Quarterly Review*, 212.
- (1992), *INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION*, Liberty Fund., Inc., reimpression 8va. Edición (1915)., Michigan.
- Dixon R.** (2019), “Constitutional ‘Dialogue’ and Deference”, *Constitutional Dialogue*, Ed. G. Sigalet, G. Webber y R. Dixon, Cambridge UP., pp. 161-185.
- Dworkin, R.** (1986), *Law’s Empire*, Harvard University Press, Cambridge MA.
- (1996), *Freedom’s Law. The moral reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Massachusetts.
- (2010), “Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales”, *El Canon Neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Trotta, Madrid.
- (2011), *Justice for hudgehogs*, Harvard University Press, London.
- Elliot M.** (2002), “Parliamentary Sovereignty and the new constitutional order: legislative freedom, political reality and convention”, *Legal Studies*, 340-376.

Feldman D. (2013), “The nature and significance of ‘constitutional’ legislation”, *The Law Quarterly Review*, 129, pp. 343-358.

Ferejohn J. y McCall Rosenbluth R. (2017), *Forged Through Fire, War, Peace and the democratic Bargain*, Liveright Publishing Corporation New York.

Fukuyama F. (2010), ***.

Galligan, D. J. (Ed.) (2017), *Constitution in Crisis: The New Putney Debates*, Bloomsbury Publishing.

Gallego- García E. A. (2012), *Common Law, el Pensamiento Político y Jurídico de Sir Edward Coke*, Mínima Política, Madrid.

Garnett G. (2015), “Magna Carta through eight centuries”, *Oxford Dictionary of National Biography*, disponible en <https://doi.org/10.1093/ref:odnb/107251>, ultimo ingreso el 31.01.23.

Ginsburg, T., Huq, A. Z. (2018), *How to save a constitutional democracy*, University of Chicago Press.

Gray, T. C. (1978), “Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought,” *Stanford Law Review* 30, no. 5 (May 1978), pp. 843–93.

Griffith, J. A. G. (1979), “The Political Constitution.” *The Modern Law Review*, vol. 42, no. 1, 1979, pp. 1–21.

- (2000), “The brave new world of Sir John Laws,” *The Modern Law Review*, 2000, vol. 63, no 2, pp. 159-176.

Godsworthy J. (2004), *The Sovereignty of Parliament, History and Philosophy*, Oxford University Press, Londres, ed. Original 1999.

Hamilton A., Madison J., Jay J. (2010), *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México.

Harris G. L. (1976), “War and the Emergence of the English Parliament 1297-1360”, *Journal of Medieval History* 2, North-Holland Publishing Company, pp. 35-56.

Hart H. L. (2012), *The Concept of Law*, Oxford University Press, 3ª edición.

Heard, A. (2012), “Constitutional conventions: The heart of the living Constitution”, *Journal of Parliamentary and Political Law*, 6, pp. 319-338.

Henshall, N. (2013), *The Myth of Absolutism: Change & Continuity in Early Modern European Monarchy*, Routledge.

Hobbes (1994), *Leviathan*, Hackett Publishing Company, Cambridge.

-(2013), *Diálogos entre un Filósofo y un Jurista y Escritos Autobiográficos*, Tecnos, 2da. Edición, Madrid.

Hoffer, C. P. (1997), *Law and People in Colonial America*, The John Hopkins University Press, Baltimore, Maryland, 1997.

Holmes S. (1988), “Precommitment and the paradox of democracy”, Elster, J., & Slagstad, R. (Eds.), *Constitutionalism and democracy*. Cambridge University Press, pp. 195-240.

Hulsebosch, D. J. (2003), “The Ancient Constitution and the Expanding Empire: Sir Edward Coke's British Jurisprudence”, *Law and history review*, 21(3), pp. 439-482.

Hume D. (2006a), “Treatise of Human Nature”, *Moral Philosophy*, , Hackett Publishing Company Inc., 12-184.

-(2006b), *Investigación sobre los Principios de la Moral*, Alianza Editorial, Madrid, 1ra. edición revisada.

-(2010), *Ensayos Políticos*, Tecnos, Madrid, 4ta. Edición.

Issacharoff, S. (2007), *Fragile Democracies*, Harvard law review

Jaconelli J. (1999), “The Nature of Constitutional Convention”, *Legal Studies*, 19(1), pp. 24-46.

-(2005), “Do Constitutional Conventions Bind?”, *The Cambridge Law Journal*, 64(1), pp. 149-176.

Jefferson T. (2014), *Escritos Políticos*, Tecnos, Trad. Antonio Escohotado y Manuel Sáenz de Heredia.

Jennings W. I. (1952), *The Law and the Constitution*, University of London Press LTD, 4th Edition.

Jones, B. C. (2020), *Constitutional Idolatry and Democracy: Challenging the Infatuation with Writtenness*, Edward Elgar Publishing.

Kavanagh A. (2009), “Constitutional Review, The Courts, and the Democratic Scpeticism”, *Current Legal Problems*, vol. 62, nro. 1, pp. 102-135.

-(2015) “What’s so weak about ‘weak-form review’? The case of the UK Human Rights Act 1998”, *International Journal of Constitutional Law*, 13(4), pp. 1008-1039.

Korsgaard, C. M. (2008), “The General Point of View: Love and Moral Approval in Hume’s Ethics”, *The constitution of agency: Essays on practical reason and moral psychology*, Oxford University Press, pp. 263-302.

Koskenniemi, M. (2017), “Sovereignty, Property and Empire: Early Modern English Contexts”, en *Theoretical Inquires in Law*, Vol. 18, N°2, pp. 355-389.

Landau D. (2013), “Abusive constitutionalism”, *47 UC Davis Law Review* 189.

Laws J., (1994), “Judicial remedies and the Constitution”, *The Modern Law Review*, Vol. 57, nro. 2, pp. 213-217.

- (1995), “Law and Democracy”, *Public Law*, nro 1, pp. 72-93.

Levitsky, S., Ziblatt, D. (2018), *How Democracies Die: What History Reveals About our Future*, Penguin Random House LLC, New York.

Lewis, D. (2002). *Convention: A philosophical study*, Blackwell Publishers.

Leslie J. (2010), “Vindicating common law constitutionalism”, *Legal Studies*, 30 (2), pp. 301-323.

Lieberman, D. (2008), “The Mixed Constitution and the Common Law”, *The Cambridge History of Eighteenth Century Political Thought*, Ed. Mark Goldie y Robert Wokler, Cambridge University Press, pp. 317-346.

Lino D. (2016), “Albert Venn Dicey and the Constitutional Theory of Empire”, *OJLS* Vol. 36, No. 4, p. 751.

Locke (1980), ***.

Loughlin M. (2019), “The contemporary crisis of constitutional democracy”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 39(2), pp. 435-454.

Maquiavelo (2003), *Discursos sobre la Última Década de Tito Livio*, Losada, Buenos Aires.

Marshall G. (1984), *Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford University Press.

McLean, J. (2013), “The New Zealand Bill of Rights Act 1990 and Constitutional Propriety”, *New Zealand Journal of Public and International Law*, vol. 11, p. 19.

Mellon, J., Stuart, C. y Helen D. (2015), “To Codify or not to Codify? Lessons from Consolidating the United Kingdom’s Constitutional Statutes”, *The Constitutional Unit* (School

of Public Policy, University College London), Londres.

Michael, H. K. (1990), “Role of Natural Law in Early American Constitutionalism: Did the Founders Contemplate Judicial Enforcement of Unwritten Individual Rights”, *The NCL Rev.*, 69, p. 421.

Montesquieu (2007), *Del Espíritu de las Leyes*, Losada, Buenos Aires.

Monti E. (2023), “Are there any conventional obligations?”, ***.

Nietzsche F. (2014), *La Genealogía de la Moral: Un Escrito Polémico*, Alianza Editorial, 2da. Ed. 2a. reimp., Buenos Aires.

O’Connell, R. (2016), “The Political Constitution Ten Years from Now – Dodo or Phoenix? Implications of the Brexit Referendum” (October 11, 2016). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2851199> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2851199>. Último ingreso 20.03.2020.

Omrod W.M. (1999), “England in the middle ages”, *The Rise of the Fiscal State in Europe 1200-1815*, Bonney, R. (edit.), Oxford University Press, Nueva York, pp. 19-52.

Paine T. (1998), *Rights of Man, Common Sense and Other Political Writings*, Oxford University Press.

Pocock J. G. A. (2011), *La Ancient Constitution y El Derecho Feudal*, Tecnos.

Polibio (1981), *Historias (Libros X a XV)*, Traducción de Manuel Balasch Recort, Edit. Gredos, Madrid.

Poole, T. (2003), “Back to the future? Unearthing the theory of common law constitutionalism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 23(3), pp. 435-454.

Radcliffe E. S. (2022), *Hume on the nature of morality*, Cambridge University Press.

Rasmussen D. C. (2018), *El infiel y el profesor. David Hume y Adam Smith. La amistad que forjó el pensamiento moderno*, Arpa, segunda edición.

Reid J. Ph. (2005), *The Ancient Constitution and the Origins of Anglo-American Liberty*, Northern Illinois University Press.

Rosanvallon P. (2021), *El Siglo del Populismo, Historia, Teoría y Crítica*, Manantial, Bs. As.

Rousseau J. J. (2011), “*On the Social Contract*”, *The Basic Political Writings*, Hackett Publishing Company, 2^{da}. Edición, pp. 153-252.

Siegel N. (2018), “Political Norms, Constitutional Conventions, and President Donald Trump”, *Indiana Law Journal*, Vol. 93, 2017, *Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2018-9* available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3096033>

Stern, P. J. (2013). “‘Bundles of Hyphens’: Corporations as Legal Communities in the Early Modern British Empire”, *Legal Pluralism and Empires, 1500-1850*, Lauren Benton y Richard J. Ross (edit), New York University Press, pp. 21-47.

Tamanaha B. Z. (2009), *On the Rule of Law, History, Theory*, Cambridge University Press.

Tocqueville A. (2003), *Democracy in America and Two Essays on America*, Penguin Group, London.

Tomkins A. (2005), *Our Republican Constitution*, Hart Publishing, Portland Oregon.

-(2013), “What's Left of the Political Constitution?”, *German Law Journal*, 14(12), 2275-2292.

Tushnet, M., (2013), “The Relation Between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review”, *German Law Journal*, 14(12), 2249-2263. doi:10.1017/S2071832200002753.

-(2018), *Advance Introduction to Comparative Constitutional Law*, 2nd. Edition.

Varela Suanzes J. (1998), “La Soberanía en la Doctrina Británica (De Brancton a Dicey)” *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, dedicado a Soberanía y Constitución*, Ramón Punset Blanco (Coord.), ISSN 1575-3247, Nº 1, pp. 87-166.

Vírgala Foruria E. (2018), *La Constitución británica en el siglo XXI, soberanía parlamentaria, constitucionalismo common law, y leyes constitucionales*, Marcial Pons.

Wade, H. R. W. (1955), “The Basis of Legal Sovereignty”, *The Cambridge Law Journal*, nro. 2, pp. 743-768.

Waldron J. (2005), *Derecho y Desacuerdo*, Marcial Pons, Trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga.

-(2016), *Political political theory*, Harvard University Press.

Walters M. D. (2012), “Dicey on Writing the Law of the Constitution”, *OJLS*, Vol. 32 No. 1, p. 21.

Webber G. C. N. y Gee G. (2010), “What is a Political Constitution?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 30, Issue 2, Summer 2010, pp. 273–299, <https://doi.org/10.1093/ojls/gqq013>.

Weill, R. (2003), "Dicey Was Not Diceyan", *Cambridge Law Journal*, Vol. 62, p. 474.

Wood G. S. (1998), *The Creation of the American Republic 1776-1787*, The University of North Carolina Press.

-(2006), "The American Revolution", *The Cambridge History of the Eighteenth-Century Political thought*, Mark Goldie y Robert Wokler Ed., Cambridge University Press, pp. 601-626.

Young A. (2009), *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Oxford, Hart Publishing.

-(2011) "Sovereignty: Demise, afterlife, or partial resurrection?", *International Journal of Constitutional Law*, 1, pp. 163-171.

Young, E. A. (1994), "Rediscovering conservatism: Burkean political theory and constitutional interpretation", *NCL Rev.*, 72, p. 619.

-(2007), "The Constitution outside the constitution", *Yale LJ*, 117, p. 408.