

LA ACOTACIÓN AL ESTADO. LA POLÍTICA, EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL Y LA REVISIÓN JURISDICCIONAL*

Jeffrey JOWELL**

RESUMEN: El autor en este ensayo explica cómo en el sistema constitucional británico del siglo XX muestra con vaivenes una expansión del papel de los jueces en el equilibrio de los poderes públicos, disminuyendo la tradicional inmunidad del Ejecutivo, y reivindicando la potestad jurisdiccional respecto de los actos inclusive soberanos del Parlamento. Se hace especial mención a los derechos humanos, en aplicación por el derecho comunitario europeo, incorporado al derecho interno inglés a través del *Human Rights Act* de 1998. También critica la forma en que actualmente los países en búsqueda de una opción entre la regla mayoritaria irrestricta y la práctica de un gobierno limitado arriesgan demasiado al confiar la resolución de dicho problema a una Constitución no escrita. Ello podría empeorar, al consultar tanto la práctica de la administración pública como los fallos de los tribunales que conjuntamente han creado el modelo democrático que retrata el poder necesario del Estado, pero acotando sus necesarios límites.

ABSTRACT: *In this document, the author explains how in the British constitutional system the 20th. century shows an increasing performance of judges in the balance of public powers, diminishing the Executive's traditional immunity and demanding jurisdictional authority regarding the sovereign acts of the Parliament. The author emphasizes the importance of human rights adjudication under the European Community Law that incorporates British Law through the Human Rights Act of 1998. The author also criticizes the way most countries are looking for alternatives between unrestrictive majority rule and a limited government, take too much of a risk thinking that the solution is an unwritten Constitution. It could get worst facing the public administration's practice as well as the decisions of the courts that had jointly created a democratic model that reflects the power of the State but limiting its necessary boundaries.*

* Traducción del inglés, subtítulos, epígrafes y anotaciones de L. Cortiñas-Peláez, profesor en la Universidad Nacional Autónoma de México y en la Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco.

** Profesor en derecho constitucional y administrativo, y director de la Facultad de Leyes de la Universidad de Londres (UCL). El autor agradece a Gavin Drewry, Stephen Guest, Andrew Le Sueur y David Sugarman, por su valiosa discusión de partes de esta contribución.

I. UNA PANORÁMICA JURIDICOCÉNTRICA: CUATRO FASES DEL SIGLO XX

1. *Dicey, su otra vertiente*

Al escribir sobre Estados Unidos de América, algunos periodistas que conozco han resuelto colectivamente omitir toda cita de las reacciones de Tocqueville respecto de aquel país. Por diferentes razones, he estado frecuentemente tentado de fundar un club basado en una resolución de ya no citar más a Dicey, al comenzar una conferencia sobre derecho público inglés. ¿Cómo podrían ser relevantes los criterios de un liberal del siglo XIX, a fines del siglo XX? Cuando Dicey escribió en 1885, más de los dos tercios de los miembros del Parlamento eran pares o hijos de pares. Mucho menos de la mitad de la población adulta tenía derecho al sufragio. Existía una intensa preponderancia de los propietarios. Ninguna mujer tenía derecho al sufragio. Y Dicey se opuso apasionadamente a la emancipación de la mujer hasta el final de su vida.¹

Ustedes comprenderán por qué quiero constituir mi club. Pero ya he roto con la primera regla del club, debido a que hay otra vertiente de Dicey. Su verdadera contribución ha sido su penetrante visión de que el derecho público (como hoy lo llamamos) consiste no sólo en reglas positivas sino también en principios. Adicionalmente a su principio habilitante primario, la supremacía del Parlamento en la organización y funciones del derecho público inglés, existe un principio inhibitorio o principio limitativo, la regla de derecho.²

El reconocimiento del principio como una fuente constitucional y un posible acotamiento de la acción gubernamental, permite la evolución de la Constitución en respuesta a los cambiantes presupuestos de los reales límites de la potestad gubernamental. La evolución constitucional durante el siglo XX ha sido significativa y ha estado encabezada por el control judicial (*judicial review*).

Sin embargo, como Dicey reconociera, las fuentes de las previsiones constitucionales son más amplias que el derecho de los casos y los estatutos. El hecho de que un estatuto no haya logrado su aprobación puede

1 Y, en lo general, Cosgrove, R. A., *The Rule of Law; Dicey, Victorian Jurist*, Londres, 1980.

2 Dicey, A. V., *Introduction to The Study of The Law of the Constitution*, 10a. ed., "Introduction" de E. C. S. Wade, Londres, MacMillan Press, 1959 [1885], CXCVIII+535 pp.

ser un indicador tan relevante del principio constitucional como la misma entrada en vigencia de un estatuto al respecto.

Por ejemplo, recientemente, el principio de que la propiedad privada no podría ser invadida por el Estado sin autorización judicial (basado en la noción de que el hogar de un inglés es su castillo) fue amenazado por un decreto parlamentario.³ La omisión, en emitir la legislación prevista en dicho decreto, equivale a una indicación del principio constitucional en cuanto elemento de la legislación sancionada o de un fallo jurisdiccional. La propuesta no pudo ofrecer resistencia a las estructuras morales del principio, incluso en ausencia de todo pronunciamiento al respecto por un tribunal.

Volveré sobre la cuestión de principio y sus fuentes más tarde, pero permítanme incurrir en algunos análisis centrados en los tribunales, juridicocentrismo si ustedes quieren, ello mediante un sobrevuelo rápido y selectivo del control judicial durante el siglo XX. La pasada centuria (1901-2000) puede ser dividida en las siguientes cuatro fases.

2. *Primera fase*

Los tribunales invocaban libremente la “justicia del *common law*” como guía del ejercicio aparentemente infinito de la potestad discrecional.⁴ Incluso cuando el estatuto calla, quien ejerce la potestad decisoria es requerido para que provea de la garantía de audiencia, de justicia natural, al peticionario. Lord Loreburn afirmó en 1915 que el deber de proveer justicia natural gravita sobre “cualquiera que decide algo”.⁵ Tal fue la fase uno.

3. *Segunda fase*

Esta fase comienza con la Primera Guerra Mundial y continúa hasta mediados de los años sesenta. Este fue un periodo de autolimitación judicial. Los tribunales erigieron barreras artificiales para justificar su no-interferencia con las decisiones del poder público. El derecho a la justicia natural fue recortado en situaciones consideradas como de ca-

3 *The Police Bill*, 1997.

4 Frase utilizada en el caso “Cooper v. Wandsworth Board of Works” [1863], 14 *CB*, (NS) 180.

5 “Board of Education v. Rice” [1911], *AC*, 179.

rácter “administrativo”, en cuanto opuestas a lo “judicial”, o cuando un “privilegio” estaba en juego en mayor medida que un “derecho”.⁶ Tuvieron literalmente que construirse amplias facultades discrecionales, para permitir al titular del mando la adopción de decisiones fundadas en criterios subjetivos. El clásico ejemplo es la interpretación por la Cámara de los Lores respecto de regulaciones emitidas a comienzos de la Segunda Guerra Mundial: La Cámara Alta exigió al secretario de gobernación (*Home Secretary*) una “causa razonable para creer” en la incriminación de una persona como integrante de asociaciones hostiles, habilitándolo así para su detención indefinida y sólo en base a la sospecha del ministro. Lord Atkin disintió valientemente, disenso que suscitó en uno de sus colegas jueces el cuestionamiento abierto del patriotismo de lord Atkin en una carta abierta al *The Times*, así como el ostracismo de lord Atkin por parte de los otros lores jurídicos, y esto hasta su muerte tres años más tarde.⁷

En otro caso, durante la Segunda Guerra Mundial, una formación de siete jueces de la Cámara de los Lores se negó a desafiar el privilegio de la corona, de no revelar evidencias buscadas por víctimas de un trágico accidente submarino.⁸ Sin resistencia judicial, después de terminada la guerra, fueron implantadas cláusulas excluyentes de la jurisdicción de los tribunales.⁹ Durante todo este periodo, el Poder Judicial se esforzó ansiosamente en asegurar que el Ejecutivo actuara ampliamente y sin acotamientos en el ejercicio de su poder.

4. Tercera fase

A partir de mediados de los sesenta, significó el cese casi abrupto de la deferencia judicial. Los jueces se agigantaron en su creciente voluntad de restricción del poder público en todos los niveles de gobierno. En 1964, la Cámara de los Lores, en el caso *Ridge v. Baldwin*,¹⁰ dismanteló las barreras artificiales para la justicia natural. En 1967, en el caso *Con-*

6 Véase, por ejemplo, “*Local Government Board v. Arlidge*” [1915], *AC*, 120; “*Nakkuda Ali v. Jayaratne*” [1951], *AC*, 66.

7 “*Liversidge v. Anderson*” [1942], *AC*, 206. En lo general, véase Stevens, R., *Law and Politics*, Londres, 1979, 287.

8 “*Duncan v. Cammell Laird Co*” [1942], *AC*, 624.

9 “*Smith v. East Elloe RDC*” [1956], *AC*, 736.

10 [1964], *AC*, 40.

way v. Rimmer,¹¹ los lores sostuvieron que documentos respecto de los cuales la corona pretendía el privilegio de la reserva, debían ser presentados para su inspección y eventual decisión por los tribunales. En 1968, en el caso *Padfield*,¹² los lores sostuvieron una interpretación teleológica en contra de una interpretación literal: si el estatuto literalmente se presentaba como otorgando una discrecionalidad arbitraria al ministro de agricultura para efectuar una investigación respecto de una queja de granjeros, ella debía ser interpretada no en su sentido literal sino dando efecto a sus objetos y fines. En 1969, en el caso *Anisminic*,¹³ la Cámara de los Lores desaprobó rudamente una cláusula estatutaria que pretendía excluir su jurisdicción en el cuestionamiento de una resolución de la Comisión de Compensaciones Extranjeras.

En apenas cinco años, gran número de barreras técnicas para la intervención judicial se desplomaron y un enfoque interpretativo teleológico de los estatutos se abrió paso a través de la barricada de lo literal. “El ministro puede” podría significar “el ministro debe”; una facultad otorgada en forma de amplia discrecionalidad ya no fue manejada como una habilitación de alcance ilimitado.

Durante los años setenta, este rasgo se robusteció: los tribunales iniciaron un bosquejo del principio de expectativa legítima, permitiendo una garantía de audiencia cuando la expectativa de una audiencia o de un beneficio había sido desahuciada.¹⁴

Debe empero señalarse que, durante cada una de estas fases, como las he llamado, hubo por supuesto casos en sentido contrario. Incluso en los años setenta, los tribunales se inclinaron ante el Ejecutivo cuando éste esgrimió la seguridad nacional para anular la necesidad de la garantía de audiencia, en el caso *Hosenball*,¹⁵ y los tribunales no siempre fueron tan lejos como para controlar una prerrogativa, como la negativa del procurador general de actuar en procedimientos de relatoría en el caso *Gouriet*.¹⁶

11 [1968], AC, 910.

12 [1968], AC, 997.

13 [1969], AC, 147.

14 Véase el inicio de la fórmula a la expectativa legítima, por lord Denning, en “Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs, ex p. Hosenball” [1969], 2 Ch, 149. Véase también R. v. “Liverpool Corporation ex p. Liverpool Taxi Operators’ Association” [1972], 2 QB, 299.

15 R. v. “Secretary of State for Home Affairs, ex p. Hosenball” [1977], 1 WLR, 766.

16 “Gouriet v. Union of Post Office Workers” [1978], AC, 435.

5. Cuarta fase

Comienza a finales de los setenta y llega hasta la actualidad. Es una fase de rápido crecimiento en las diligencias de control judicial y en el comienzo de una aproximación más coherente y menos pragmática al tema. En 1978, una aplicación unificada del control judicial fue¹⁷ introducida ensanchando la legitimación procesal activa y simplificando los procedimientos de revisión. Las peticiones de una revisión judicial se han incrementado dramáticamente desde entonces; empero, poniendo esto en perspectiva, debe recordarse que más de la mitad de las peticiones fueron rechazadas por ilegitimidad, y menos del tercio de las inicialmente desestimadas fueron finalmente exitosas en la obtención del remedio buscado.¹⁸

Durante los ochenta y los noventa se produjeron algunas rupturas mayores de la inmunidad del Ejecutivo. En 1984, en el caso *GCHQ*,¹⁹ la Cámara de los Lores sostuvo que, siendo justiciable, la prerrogativa del poder está abierta para su impugnación ante los tribunales. Este caso asumió también la noción de expectativa legítima, dando lugar a la garantía de audiencia; complementariamente sostuvo que la mera invocación de la seguridad nacional por el Ejecutivo no constituía barrera automática para el control, pues era menester la exhibición de alguna evidencia del peligro para la seguridad nacional. En 1989, urgida por la Corte Europea de Justicia, la Cámara de los Lores emitió por primera vez una orden contra la corona, inicialmente cuando el derecho comunitario estaba directamente en juego,²⁰ pero más tarde cuando sólo lo estaba el derecho nacional inglés.²¹ En el caso *Re M*,²² la Cámara de los Lores asumió jurisdicción para emitir un veredicto de ultraje a la justicia

17 Regla de La Corte Suprema (enmienda núm. 3) 1977, *SI*, núm. 1955 (L. 30). Véase igualmente *Judicature (Northern Ireland) Act 1978*, ss. 18-25, y véase *Supreme Court Act 1981*, s. 31.

18 Hubo un crecimiento: de 558 solicitudes de revisión judicial, en 1981, hasta 3,604, en 1995. Véase *Judicial Statistics for England and Wales 1995*, Cm. 3290, June 1996. Véase Sunkin, M., Bridge, L. y Meszaro, G., *Judicial Review in Perspective: An Investigation of Trends in the Use and Operation of the Judicial Review Procedure in England and Wales*, Londres, 1993; Hadfield, B. y Weaver, E., "Trends in Judicial Review in Northern Ireland" [1994], *PL*, 12.

19 "Council for Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service" [1985], *AC*, 374.

20 *R. v. "Secretary of State for Transport, ex p. Factortame"* ex p. (núm. 2) [1989], 1, *AC*, 603.

21 *R. v. "Secretary of State for Employment"*, ex p. *Equal Opportunities Commission* [1995], 1 *AC*, 1.

22 *M. v. "Home Office; sub nom. Re M"* [1994], 1 *AC*, 377.

contra un ministro de la corona, quien desobedeció un acuerdo que fue provisto en el marco de procedimientos de control judicial. Una obligación de motivar las decisiones se está imponiendo progresivamente, aunque todavía no en lo general.²³ Los casos en los cuales algunos ministros, particularmente el secretario de gobernación, han quebrantado la ley ante los tribunales son demasiado numerosos para resumirlos. Tanto más cuanto, en los últimos años (1997-1999), se ha verificado el surgimiento de una “guerra turística” entre el Ejecutivo y el Judicial.²⁴ Acontecimientos de los últimos pocos meses carecen de precedentes, con antiguas figuras de la judicatura justificando abiertamente un riguroso control judicial de la actuación del poder público, a veces en el foro político brindado a los lores jurídicos por la Cámara de los Lores²⁵ y en una serie de discursos y artículos en periódicos especializados.²⁶ Ministros en ejercicio e inclusive ministros potenciales de la oposición (*shadow ministers*) se han opuesto vigorosamente contra lo que consideran una indebida interferencia política de los jueces.²⁷ Abiertamente, la prensa se ha colocado de un lado o del otro de los protagonistas.²⁸

6. *Las cuestiones fundamentales*

Esta breve narración plantea cuestiones fundamentales respecto del papel del Poder Judicial. ¿Por qué se volvieron los jueces tan diferentes durante la fase dos? ¿Y qué los llevó a ser más autoafirmativos en la fase tres? En alguna de estas fases ¿fue apropiado el enfoque de su propio rol? Mediante la reducción progresiva de la zona originaria de inmunidad del Ejecutivo, ¿estaban los jueces impropriamente buscando

23 R. v. “Secretary of State for the Home Department”, ex p. Doody [1994], 3 *WLR*, 154.

24 Palabras de *The Economist*, diciembre de 1995.

25 En junio de 1996, se inició un debate respecto de la revisión judicial por parte de lord Irvine of Lairg, entonces Shadow lord Chancellor, en la Cámara de los Lores.

26 Por ejemplo, Law, sir John, “Is the High Court the Guardian of Fundamental Constitutional Rights?” [1993], *PL*, 58; y “Law y Democracy” [1995], *PL*, 72; Sedley, sir Stephen, “Human Rights: A Twenty First Century Agenda” [1995], *PL*, 386; y “The Sound of Silence: Constitutional Law Without a Constitution” 1994, 110, *LQR*, 270; lord Browne-Wilkinson, “The Infiltration of a Bill of Rights” [1992], *PL*, 397; lord Woolf, “Droit PublicEnglish Style” [1995], *PL*, 57; lord Ackner, “Does Judicial Independence Really Matter in an Advanced Democracy?”, *NLJ*, 1996.

27 Por ejemplo, Irvine, lord Q. C., “Judges and Decisión-Makers: The Theory and Practice of Wednesbury Review” [1996], *PL*, 59.

28 Véase Le Sueur, A., “The Judicial Review Debate”, *Government and Opposition*, invierno de 1996, 8.

la expansión de su propio poder? ¿De hecho, estaban ellos incurriendo en política, inapropiada para su función?

II. DEFINICIÓN DE LOS LÍMITES APROPIADOS PARA EL PAPEL DE LOS JUECES

1. *Respecto del papel de los jueces en una democracia*

A. *Dos modelos incorrectos*

Antes de contestar a las preguntas que acabamos de formular, debemos definir el rol apropiado del juez en derecho público. Permítanme avanzar aquí dos modelos que podemos convenir como inapropiados, que son incorrectos para el papel de un juez en una democracia. El primero es el juez como hacedor de políticas concretas; el segundo es el juez como burócrata; y finalmente otros dos modelos, el tercero y el cuarto, que apuntan a dos sentidos en los cuales puede decirse que el juez es político (*political*).

B. *El juez como hacedor de políticas concretas*

En este rol, el juez adopta una decisión basada en su propia evaluación de la conveniencia u oportunidad social o económica. Abiertamente, la decisión implica un cálculo del bien público (*public good*).²⁹ Instintivamente sentimos que este rol es inapropiado para un juez porque, en una democracia, la adopción de las políticas es la provincia del Poder Legislativo (o de la legislatura delegada al Ejecutivo u otras autoridades). De este modo, rechazamos este rol para el juez, en cuanto *constitucionalmente* inapropiado para la función judicial.

Debe establecerse una distinción entre aquellas decisiones que se hallan constitucionalmente fuera del rol del juez y aquellas otras decisiones para las cuales el proceso de juzgamiento no es *institucionalmente* adecuado. El control judicial en el Reino Unido se ha apoyado siempre en la noción de que los jueces están limitados en su capacidad, con inde-

²⁹ Para distinguir entre “principio” y “política concreta”, véase Dworkin, Ronald, en *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1997, XV+371 pp., esp. 82-7.

pendencia de su rol constitucional, para pronunciarse sobre el mérito de una decisión en el marco del control judicial. Ello, porque el administrador es considerado como poseedor del *know how* relevante del cual carecen los tribunales, y porque los procedimientos de control judicial carecen de la capacidad de presentar los argumentos relevantes. Adicionalmente, el caso puede no ser justiciable en sí mismo, porque la decisión carece de la posibilidad de una determinación objetiva, o porque contiene puntos interactivos de influencia con otras decisiones para cuya adopción el juez es incompetente.

Muchas decisiones respecto de las cuales el juez debería ser descalificado a causa de su carencia de competencia *constitucional*, implican también incompetencia *institucional*. El procedimiento de adjudicación tiene una capacidad limitada para evaluar respecto de las ubicaciones *a*, *b* o *c*, en cuanto la más adecuada para el nuevo aeropuerto de Londres, o para evaluar los argumentos económicos a favor o en contra del cierre de minas de carbón, o para establecer niveles de tributación. Esta barrera institucional coincide con la constitucional. Estas decisiones incumben a la esfera legislativa.

Por otra parte, hay casos en que existe una competencia constitucional concurrente, y se trata de definir qué rama del gobierno es institucionalmente la más adecuada para decidir en la materia. Los jueces se han recientemente negado a sí mismos la oportunidad de pronunciarse respecto de cuestiones tales como las siguientes: si el gasto de una autoridad local fue “excesivo”;³⁰ o respecto del rango de una universidad según la calidad de su investigación;³¹ o si un hospital debe brindar un costoso tratamiento, con bajas posibilidades de éxito a largo plazo, para un niño enfermo.³²

La verdadera cuestión referente a las sentencias de presuntos criminales es un ejemplo preciso al respecto. Seguramente se encuentra dentro de la competencia legislativa la emisión de algunas reglas relativas al mínimo o máximo de las sentencias, teniendo en cuenta los recursos de las prisiones, la seguridad del público, el sentido de la ofensa pública, y otros factores que una legislatura puede legítimamente asumir. Decisiones relativas al hecho de sentenciar radican también propiamente en

30 R. v. “Secretary of State for the Environment, ex p. Hammersmith Fulham LBC” [1991], AC, 521, por lord Bridge en 596f.

31 R. v. “Higher Education Funding Council, ex p. Institute of Dental Surgery” [1994], 1, WLR, 242.

32 R. v. “Cambridge Health Authority”, ex p. B, [1995], 2, ALL ER, 129.

la realidad constitucional del Judicial, capaz a la luz de los hechos revelados en el juicio específico de un presunto infractor, de determinar con relativa precisión la magnitud del castigo que debe ser ajustado respecto tanto del infractor como de la infracción. Tanto el Judicial como el Legislativo comparten por ello un legítimo rol constitucional respecto del acto de sentenciar. La discusión actual radica en gran medida en la división de la competencia institucional; es la cuestión de cual de las dos instituciones es más capaz para decidir acerca de los elementos del hecho de sentenciar, y respecto de cuáles deben ser dejados a la otra institución.

C. *El juez como burócrata*

En este segundo modelo, el rol del burócrata consiste en la aplicación de las políticas estatales, asegurando su concordancia con los mandatos de los órganos del poder estatal, y que estos mandatos no sean indebidamente obstruidos o distorsionados. Los regímenes despóticos se caracterizan por la existencia de jueces aparentemente independientes quienes, en la práctica, son raramente críticos del ejercicio del poder público. Lord Ackner recientemente nos ha recordado de los “jueces telefónicos” en la antigua Unión Soviética los cuales, después de la audiencia en un caso, querían telefonar al Kremlin para recibir sus instrucciones al respecto.³³

La noción del juez como *Aparatchic* no es aquí ni atractiva ni aplicada, pero a menudo se expresa una forma debilitada del juez como burócrata. El antiguo juez-presidente lord Parker argumentó alguna vez que los tribunales tienen una “responsabilidad positiva para hacer de sirvientes de la administración más que gobernadores de ella”, y “tienen el deber de facilitar los objetos de la acción administrativa tal cual fueron aprobados y autorizados por el Parlamento”.³⁴ Y entre comentaristas británicos se da un punto de vista fuertemente defendido, de que el juez “sustenta la legitimidad del poder público” o “ejecuta la voluntad del Parlamento”.³⁵ Este rol se opone a la del juez como protector de los derechos individuales contra incursiones ilegítimas del poder público.

³³ Véase *supra* nota 26.

³⁴ Citado por Williams, D. G. T., “The Donoughmore Report in Retrospect” [1982], *Pub. Admin.*, pp. 273-291.

³⁵ Véase, por ejemplo, Griffith, John, *Judicial Politics Since 1920: A Chronicle*, Londres, Blackwell, 1993, XIV+207 pp.

Esta noción del juez como burócrata tiene en su sentido más débil una cierta lógica. Puesto que la supremacía del Parlamento es nuestro principio constitucional primario, en consecuencia el rol de los tribunales consiste en el aseguramiento de que los titulares del poder público, poder conferido por el Parlamento, ejercen dicho poder en concordancia con la voluntad del Parlamento. De esta manera, los jueces devienen instrumentos para el aseguramiento de los designios legislativos; son servidores públicos de ejecución por cuenta del Parlamento soberano.

Esta concepción del rol judicial es complementariamente sustentada por la doctrina, según la cual el fundamento de todo control judicial es el control de la incompetencia (*ultra vires*). Si el error jurisdiccional o el patente error de derecho es el único resorte para la puesta en marcha del control judicial, entonces realmente la única función del juez es el aseguramiento de que el autor de la decisión actúe dentro de su jurisdicción o *vires*, es decir dentro de los cuatro ángulos de sus facultades así determinadas por el Parlamento.

Pero la justificación del control judicial en esta forma ignora que todo control judicial implica la interpretación de la potestad estatutaria. Cuando el estatuto calla, o cuando el poder de prerrogativa o de contratación está en juego, los jueces se pronuncian respecto de la regularidad procedimental o sustantiva de una decisión. Inclusive cuando la decisión fue adoptada dentro de los cuatro ángulos de su potestad estatutaria, los jueces intervienen cuando tal potestad fue ejercida de manera irracional o abusiva. La intervención judicial en estos casos se justifica no por nociones de *vires* o jurisdicción, sino por principios independientes del *common law*³⁶ o, todavía mejor, por principio constitucional, con lo cual nos referimos a los estándares esperados en una democracia funcionante. La aplicación de estos principios exige del juez el cumplimiento de un rol más amplio que el de un servidor del Parlamento.

Por lo tanto, nuestro juez no debe ser hacedor de políticas, en el sentido de actuar al margen de su competencia constitucional o institucional. Pero tampoco debe ser un burócrata, en su sentido fuerte o débil. ¿Y qué decir respecto del juez como político?

36 Oliver, Dawn, "Is the ultra vires rule the basis for judicial review?" [1987], *PL*, 543; Law, sir John, "Illegality: the problem of Jurisdiction", en Supperstone, M. y Gouldie (eds.), *Judicial Review*, Londres, 1994, chap. 4; pero véase Wade, sir William y Forsythe, Christopher, *Administrative Law*, 7a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, LXXXI+1039 pp., esp. 340 ff.

D. *Sentidos en los cuales el juez es político*

Hay dos sentidos en los cuales puede decirse que un juez es político (y utilizo este término como diverso del juez en cuanto hacedor de políticas, como vengo de resaltarlo).

E. *¿Jueces congénitamente sesgados?*

En su primer sentido, el juez-político quiere sesgar sus decisiones hacia sus propias preferencias e inclinaciones políticas. Así, el juez conservador estará predisposto hacia valores e intereses conservadores y en contra de intereses socialistas.

En un libro³⁷ que ha tenido muy amplia circulación, el profesor Griffith sostiene que en Inglaterra y, en general, por obra de sus antecedentes de formación y de clase, los jueces están congénitamente sesgados en favor de los intereses conservadores. Griffith sostiene además que este sesgo se traduce en sus fallos. Muchos de los ejemplos de Griffith respecto del sesgo del juez conservador son extraídos de fallos judiciales contrarios a los intereses del movimiento obrero organizado, favorables a los derechos de propiedad o contrarios a los gobiernos del partido laborista o a las autoridades locales.

Por supuesto que es imposible la eliminación completa de las inclinaciones personales y de la predilección política, pero hay vías para la reducción de sesgos, por ejemplo, mediante la selección de los jueces a partir de una amplia gama de antecedentes e intereses. Otra vía para los jueces es su autoaislamiento respecto de la forja de políticas, dejando el espacio necesario para la fragua de políticas a otros organismos, adecuadamente habilitados y equipados para dicha tarea.

A lo largo de los años ha sido una cuestión perenne la de la amplitud con la cual el Parlamento ha habilitado a las autoridades locales para comprometerse en la adopción de decisiones de franca motivación política. Así, por ejemplo, la elevación de los salarios de las mujeres trabajadoras en paridad con los de los varones trabajadores,³⁸ el otorgamiento de tarifas de tren bonificadas para la tercera edad,³⁹ la reducción

³⁷ Griffith, J. A. G., *The Politics of the Judiciary*, 4a. ed., Londres, Fontana Press, 1999, 352 pp.

³⁸ "Roberts v. Hopwood" [1925], AC, 578.

³⁹ "Prescott v. Birmingham Corporation" [1955], Ch, 210.

de tarifas de transporte londinenses en cantidades significativas;⁴⁰ el boicoteo de productos de empresas que comerciaban con Sudáfrica en los tiempos del *apartheid*;⁴¹ o la prohibición de la cacería del venado en los cerros de Quantock.⁴² Por su participación en estas decisiones, los jueces son fácil presa de acusaciones por actuar políticamente. Pero en la mayoría, si no en todos estos casos, de ningún modo se trataba de una cuestión claramente decidida, de si la autoridad local había recibido una competencia suficientemente amplia para la viabilidad de su programa social, o la expresión de un escándalo moral y, si así fuera, si la autoridad en alguna forma había tenido una actuación impropia.

Ni duda cabe de que un juez que confunde reiteradamente el derecho con sus valoraciones personales suscita un ataque contra la independencia judicial.⁴³ Debe empero señalarse que los años noventa se han destacado por una serie de decisiones que censuran a los ministros conservadores, por lo cual los alegatos de sesgadura planteados por Griffith no son actualmente fáciles de sustentar, si alguna vez lo fueron.

F. *Los jueces como actores políticos*

Existe, sin embargo, una segunda vía en la cual los jueces pueden ser caracterizados por su actuación política: cuando asumen técnicas para el aseguramiento de la aceptación pública de sus propias decisiones, para maximizar la legitimidad de sus fallos. Aquí observamos a los jueces como actores políticos, pero no en el sentido de sesgar sus fallos en favor de sus predisposiciones políticas o de sus preferencias socioeconómicas. Los jueces están aquí en la arena política, en el sentido de ganar y mantener apoyo para su rol constitucional. No hay nada impropio en ello.

Durante años, los jueces han probado ser astutos políticos, utilizando una variada gama de técnicas: así, pueden decidir un caso por la motivación más estrecha, técnica utilizada para la evitación de toda controversia, aunque sin comprometer el resultado.⁴⁴

40 "London Borough of Bromley v. Greater London Council" [1983], 1, AC, 768.

41 "R. v. Lewisham LBC, ex p. Shell UK Ltd" [1998], 1, ALL ER, 938.

42 "R. v. Somerset County Council, ex p. Fewings" [1995], 1, WLR, 1037.

43 Cox, Archibald, "The Independence of the Judiciary: History and Purposes", *U. Of Dayton L Rev*, núm. 196, 566, y citado en Herne Hill, lord Lester of, "Human Rights and the Rule of Law: Memories and Reflections", *QC'S Suffian Lecture in Malaysia*, 1997.

44 Así, ex p. Shell UK Ltd., nota 41, *supra*, y Wheeler v. Leicester City Council [1985], 1, AC, 1054 (HL); *cfr.* la visión más expansiva de Browne-Wilkinson, L. J., en *CA, op. cit.*, nota 26, pp. 1064 y 1065.

Los jueces pretenden a veces que el control judicial implica sólo procedimiento o a lo sumo la vía de adopción de los fallos, pero ello sin rozar las cuestiones de fondo; aserción dudosa pero que tranquiliza al público en cuanto que los jueces no estarían invadiendo el terreno del Legislativo.⁴⁵

Recientemente, los tribunales han emitido comunicados de prensa tratando de persuadirnos de que sus fallos no son en modo alguno entendidos como usurpación de la autoridad del ministro, y que de ninguna manera implican una cuestión personal.⁴⁶

Un examen de la fase dos de la revisión judicial, desde los años de la guerra hasta los años sesenta, muestra claramente que los jueces estaban actuando como burócratas. Había escasa razón lógica o principal para que la antigua y amplia misión de decidirlo todo limpiamente se redujera cuando estuviera en juego un privilegio, más que un derecho; o cuando el organismo estaba actuando más administrativa que judicialmente. Estas distinciones son inventadas y espúreas. La revisión judicial en modo alguno devino obliterada en aquellos años, pero *grosso modo* y cuando la discrecionalidad era incumbencia de un servidor público, los tribunales estuvieron muy preocupados por asegurar que el ejercicio libre de dicha discreción no fuera obstruido y mostraron poco interés en la búsqueda de principios rectores para la limitación del poder público.

2. *Nuevas perspectivas en el derecho inglés contemporáneo*

A. *Discrecionalidad y activismo judicial*

¿Qué llevó al Judicial a volverse deferente ante el poder público, a la concepción de barreras técnicas para la intervención judicial? Habitualmente las respuestas dadas a esta pregunta son dos: las guerras mundiales y la expansión del Estado de Bienestar. A partir de 1914, el Par-

⁴⁵ Por ejemplo, en R. v. "Chief Constable of North Wales, ex p. Evans [1982], 1, *WLR*, 1155, por lord Brightman; R. v. "Secretary of State for Home Affairs, ex p. Brind" [1991], *AC*, 696 por los lores Ackner y Lowry.

⁴⁶ Como se verificara en el reciente fallo de CA, R. v. "Secretary of State for Home Department", ex p. Fayed [1997], 1, *ALL ER*, 228.

lamiento confirió cometidos y facultades a los ministros, para que pudieran actuar flexible y rápidamente en interés de la seguridad nacional. Al mismo tiempo fuimos testigos del crecimiento del Estado de Bienestar. A comienzos del siglo XX el Estado era escasamente perceptible fuera de las clásicas imágenes del agente de policía y de la estafeta de correos.⁴⁷ A partir de la segunda década, el espacio del Estado como proveedor, regulador, así como protector, crece exponencialmente. Es menester de la discrecionalidad para sus nuevos y complejos cometidos. Sin embargo, el desaliento al activismo judicial no fue a menudo expresamente contenido en los estatutos gubernamentales. Fue ampliamente obra de los propios jueces.

B. *La Rule of Law y el “sabotaje judicial de la legislación socialista”*

Contemplando ahora la literatura sobre la Constitución durante aquel periodo, sorprende la unanimidad de que el rol de los tribunales no debía ser demasiado relevante. El profesor Jennings contradujo⁴⁸ la noción de la *Rule of Law*, según Dicey, para quien significó principalmente que el derecho debe ser cierto y predecible. La potestad discrecional, según Dicey, es esencialmente impredecible y por ello viola la *Rule of Law*. Para Jennings, por el contrario, la *Rule of Law* podría impedir la necesaria introducción o la aplicación de poderes discrecionales y así obstruir una gran parte de la nueva actividad asumida por el Estado. Aneurin Bevan, ministro de salud en el gobierno laborista de 1945, estableció un sistema de tribunales administrativos en su flamante Servicio Nacional de Salud, para proteger sus decisiones respecto del peligro que él denominaba “sabotaje judicial de la legislación socialista”.⁴⁹

C. *La preferencia por un control mediante tribunales ajenos a la maquinaria judicial clásica*

Se llamó la atención respecto de los peligros de un Ejecutivo inmoderado. Lord Hewart, el lord Canciller, había prevenido contra el nuevo

47 Como lo destaca Taylor, A. J. P., en *English History*, 1914-1945, Londres, 1965, 1.

48 Jennings, sir W. Ivor, *The Law and the Constitution*, Londres, 1933, 30911.

49 *N HC Rep.*, 23 de julio de 1946, col. 1983.

despotismo en un libro del mismo título.⁵⁰ William Robson, en su libro *Justice and Administrative Law*,⁵¹ identificó la “hegemonía del Ejecutivo” (una frase con sorprendente resonancia moderna, o postmoderna) y promovió nuevas medidas para controlar al Ejecutivo, pero preferentemente mediante tribunales ajenos al campo judicial.

Durante este periodo, los jueces se limitaron a la aceptación del consejo de actuar como leales servidores públicos ¿Cuál fue la causa de la casi abrupta transición hacia una actitud más activista y menos burocrática de los jueces en los sesenta? ¿Por qué en este momento, bajo qué autoridad, tuvo lugar este cambio de postura? La explicación usual apunta a una combinación de eventos causales.

D. *La explícita influencia del derecho administrativo francés*

Muchos relatos se centran en la influencia de dos jueces, los lores Reid y Denning.⁵² Lord Reid fue el juez-presidente en aquel tiempo en la Cámara de los Lores y todos los más relevantes cambios de jurisprudencia que he mencionado llevan su marca. Lord Denning, en aquel tiempo *Master of the Rolls*, se involucró con una excepción (*Ridge v. Baldwin*)⁵³ en todos los casos, y en todos ellos fue autor de un voto particular en el Tribunal de Apelaciones. Lord Denning expresó oportunamente su criterio en sus conferencias de Hamlyn de 1949, tituladas *Freedom under the Law*. Estas conferencias contienen el germen de numerosos posteriores “fundamentos” de revisión y de búsqueda adicional de nuevos principios para el control de la potestad discrecional, algunos de ellos expresamente tomados del derecho administrativo francés. En 1953, en su libro *The Changing Law*, Denning inicia una crónica de la revolución social en este siglo, según él, acompañada por una revolución constitucional. “En la teoría jurídica”, escribió, “el Parlamento sigue siendo soberano y todavía pretendemos hallarnos bajo la *Rule of Law*; pero emerge ansiedad en numerosos grupos ante los crecientes poderes

50 Publicado en 1929, principalmente relativo a los peligros de la legislación delegada, entonces enfocada por el Donoughmore Committee en 1932.

51 Publicado por primera vez en 1928.

52 Cfr. crónica de Griffith, *Judicial Politics...*, *cit.*, nota 35.

53 Véase *supra* nota 10.

del Ejecutivo”.⁵⁴ A lo largo de este libro, sostuvo el rol del derecho y los jueces (a veces llamados “virtuosos” o “independientes”) como árbitros de la Constitución y protectores de la libertad contra el abuso de poder. Mucho antes del caso *Ridge v. Baldwin*, lord Denning había estado preparando el camino hacia una más amplia misión de proveer justicia natural, en sus fallos relativos a las facultades de los tribunales domésticos y en algunos de los juzgamientos que llevan su impronta en el consejo privado.⁵⁵

Otras explicaciones respecto del abrupto cambio en las posturas judiciales destacan la influencia del Comité Frank en materia de tribunales e investigaciones administrativas,⁵⁶ que llegó a la conclusión de que estas técnicas decisorias corresponden más a la órbita jurisdiccional que a la administrativa. El Informe Frank llevó a la judicialización de un cierto número de tribunales e investigaciones, de modo que el camino hacia una aceptación oficial de una administración más participativa fue aceptado, por lo menos respecto a la garantía de audiencia en contextos cuasijudiciales.

E. *Una explicación psicológica para el viraje de la jurisprudencia*

También se brinda a veces una explicación psicosocial de este cambio.⁵⁷ Se había roto la costumbre de la deferencia hacia la administración pública por parte de los ciudadanos, ruptura eventualmente atribuible a tres experiencias, a saber: sea por la observación del comportamiento incompetente de los oficiales durante la Primera Guerra Mundial; sea por la negativa de aceptación del patrocinio del servicio civil en el otorgamiento de los beneficios del Estado de Bienestar a los económicamente débiles; o sea por el cuestionamiento de la arrogancia profesional de los planificadores al imponer la apertura de espacio para autopistas y modernos monolitos, a través de comunidades estrechamente entretejidas.

⁵⁴ Denning, *The Changing Law*, 1953, p. 1.

⁵⁵ Por ejemplo, “*Kanda v. Government of Malaya*” [1962], AC, 322.

⁵⁶ *Cmnd.* 218, 1957.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, la síntesis del profesor Griffith, “The political Constitution”, *MLR*, 1979, 42.

F. *Aportación del derecho comparado y de la nueva doctrina británica*

A lo anterior vinieron a añadirse las influencias del extranjero. La participación de los ciudadanos y los derechos al bienestar fueron urgencias que atravesaron el Atlántico en tiempos de gravitación estadounidense. El eco de las canciones de los manifestantes por la libertad en el Mississippi fue asumido por variadas voces demandando derechos diferentes, de diferente naturaleza, en diferentes países.

En 1951 se produjo el ingreso de Gran Bretaña a la Convención Europea de Derechos Humanos. Fuimos los primeros signatarios. La convención no fue nunca [hasta su ratificación en 2000] incorporada a nuestro derecho interno pero, en 1966, el derecho de petición directa ante la Corte de Derechos Humanos de Estrasburgo fue habilitado a los ciudadanos británicos. Por lo menos, en derecho internacional, se operó el reconocimiento de la primacía de los derechos sobre la oportunidad.⁵⁸ A mediados de los setenta, el derecho de la Comunidad Europea incorporó, en su jurisprudencia [de la Corte de Luxemburgo], la jurisprudencia [establecida por la Corte de Estrasburgo] de la Convención Europea, de modo que la convención tuvo que ser aplicada directamente en la efectiva totalidad del derecho comunitario europeo.⁵⁹

Y los libros de texto estaban disponibles. En 1959, el profesor Smith estableció los principios de la revisión judicial en una masiva tesis, citando 1,800 casos, es decir, probando inclusive para los positivistas, la existencia de una materia a exponer.⁶⁰ El libro del profesor Wade lo siguió, aprobando la “aventura”.⁶¹ Algunas facultades de derecho en el Reino Unido empezaron la enseñanza del derecho administrativo a sus estudiantes, aunque todavía en los últimos años de los setenta, lord Scarman urgía la obligatoriedad de la materia y que debía ser sistemáticamente impartida en todas partes, lo cual todavía no se hacía.

58 Ténganse igualmente presentes las leyes prohibitivas de la discriminación racial y sexual, sancionadas desde 1964, que establecieron derechos estatutoriamente positivos en favor de la igualdad en dichas áreas.

59 “Nold v. Commission”, Case 4/73, [1974], ECR, 491.

60 Smith, S. A. de, *Judicial Review of Administrative Action*, Londres, 1959, ahora en su 5a. ed., con la autoría de Smith, Woolf y Jowell.

61 Wade, H. W. R., *Administrative Law*, 7a. ed., Oxford, 1969, ahora en Wade, sir William, y Forsythe, Christopher, *Administrative Law*, 7a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, LXXXI+1039 pp., esp. 340 ff.

Todos estos factores pueden haber jugado su papel en el acotamiento judicial del Estado desde mediados de los sesenta. Debemos todavía preguntar empero si es *apropiado* en la judicatura el dar respuesta de esta manera a las tendencias o actitudes sociales. Al abandonar su anterior deferencia, ¿no estaban los jueces actuando según una motivación política, quizá hasta disfrutando el hecho de que ministros *laboristas* [énfasis del traductor] fueran el objetivo principal de su reproche durante aquellos excitantes días?

La relación entre actitudes públicas y principio jurídico en derecho público necesita una consideración más cuidadosa que la hasta hoy proporcionada por los historiadores. Si la gente se escandalizara pidiendo sangre, ¿deberían los jueces satisfacerlos más que si exigieran derechos?

G. *Los dos factores de la historia del siglo XX*

Sorprende que los historiadores jurídicos de este siglo XX, en sus balances sobre el desarrollo del derecho público, ignoren uno de los dos factores conformadores de la historia humana en el siglo, según lo escribe sir Isaiah Berlín en un ensayo sobre “La pervertida madera de la humanidad”:

En mi opinión, hay dos factores que, por encima de todos, han conformado la historia humana en este siglo.

Uno es el desarrollo de las ciencias naturales y de la tecnología, ciertamente el gran hecho histórico de nuestro tiempo, que ha merecido grande y creciente atención por parte de todas las tendencias. Sin duda, el otro radica en las grandes tormentas ideológicas que han virtualmente alterado la vida de toda la humanidad: la Revolución Rusa y sus consecuencias (tiranías totalitarias tanto de derecha como de izquierda y explosiones de nacionalismo, racismo, y en algunos lugares, de gazmoñería religiosa), que ninguno de los más perceptivos pensadores sociales del siglo XIX predijo jamás.

En dos o tres centurias (si la humanidad sobreviviere hasta entonces), cuando nuestros descendientes vengán a contemplar nuestra época, son estos dos fenómenos, proclamados como las relevantes características de esta centuria, los más necesitados de explicación y análisis.

Las tormentas ideológicas del siglo XX atravesaron las islas británicas, para su eterno crédito. Pero su irradiación ha sido significativa. En los años treinta, Alemania demostró la posibilidad de que un régimen de-

mocráticamente electo puede transformarse en una tiranía totalitaria, en nombre de la voluntad popular. El imperio soviético desplegó gráficamente los resultados de la despiadada persecución de fines populares y aún nobles, cerrando los ojos ante los medios necesarios para su realización.

H. *Distinción entre la democracia y la regla de la mayoría*

La democracia no podrá nunca ser confundida nuevamente con la regla de la mayoría, o con la ejecución de la voluntad de la mayoría. Los derechos contra el Estado ya no podrán ser conferidos en lo futuro como una dádiva del Estado. Estos derechos, a la vida misma, o la libre expresión entre otros, son inherentes al respeto que la democracia debe en igual medida a todo ciudadano. El gran símbolo de este respeto es el derecho al sufragio que, para cada elector, comporta idéntico peso. Pero este respeto se extiende más allá, en la manera como el gobierno trata a cada individuo, inclusive en el periodo que media entre unas y otras elecciones, y sin consideración tanto de la voluntad del electorado como de la palabra del Parlamento.⁶² La democracia ya no podrá ser confundida por más tiempo con la regla de la mayoría, o incluso con la soberanía del Parlamento. Una democracia auténtica contiene en su núcleo principios que reconocen su protección permanente, aún respecto de la voluntad de una mayoría temporal.

Nada de esto fue explicado en aquella época. En 1974, lord Justice Scarman, en sus conferencias de Hamlyn, abogó por el robusto establecimiento de un decreto de derechos (*Bill of Rights*), mediante la incorporación de la Convención Europea al derecho interno inglés.⁶³ Dejando esto de lado, la aproximación mediante la revisión judicial era esencialmente empírica: aplicación de la justicia en el caso individual, pero sin basamento de las decisiones en ningún cimiento constitucional o sin referencia explícita a ningún principio exigible en una democracia.

⁶² "Igual preocupación y respeto" es la frase empleada por Ronald Dworkin, quien ha desempeñado un importante papel en la conceptualización de la noción del gobierno limitado (así como en el papel apropiado del Poder Judicial en una democracia). Véase, especialmente, Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Londres, Duckworth, 1986, y *Freedom's Law*, Nueva York, 1996.

⁶³ Scarman, lord Justice, *English Law-The New Dimension*, Londres, Hamlyn Lectures, 1974, 14.

I. *Nuevos y diversos elementos de la juridicidad*

El caso *CGHQ* de 1984⁶⁴ abrió, en mi opinión, la puerta a una aproximación más coherente, particularmente en la intervención de lord Diplock. *CGHQ* fue uno de los últimos casos en los cuales intervino lord Diplock antes de su muerte. Su estado era entonces estacionario. En sus últimos años había confesado su conversión a los méritos de la revisión judicial⁶⁵ (lord Diplock había integrado la mayoría del Tribunal de Apelaciones en todos los casos que he mencionado anteriormente, en los cuales lord Denning había disentido en los años sesenta).

a. Distinción conceptual entre los derechos público y privado

Cuando ingresó a la Cámara de los Lores, lord Diplock junto con lord Wilberforce había estado forjando tranquilamente una noción del derecho público conceptualmente distinto del derecho privado.⁶⁶ En el caso *CGHQ*, tuvo la oportunidad de utilizar aquella distinción de modo que ayudara positivamente a los recurrentes. Bajo el derecho privado no tendrían derechos, pero el derecho público exigía enfocar el modo de los actos estatales hacia un individuo, y en este caso, una expectativa legítima generaba un deber de derecho público de proveer la garantía de audiencia (o podría generarla, de no plantearse una interferencia de la seguridad nacional).

b. Nuevos fundamentos para la revisión judicial

Quizá el avance más significativo fue logrado en la intervención oral de lord Diplock en el caso *CGHQ*, contingente para el fallo en sí mismo, pero que tuvo impacto inmediato. Fue el pasaje en el cual enunció lo que llamara los “fundamentos” de la revisión judicial.⁶⁷ Estos eran: ilegalidad, impropiedad procedimental e irracionalidad. Estos “fundamentos” fueron asumidos por los prácticos del foro como categorías dentro de las cuales podía conformarse el ejercicio de la revisión judicial. Su

⁶⁴ Véase *supra* nota 19.

⁶⁵ “O’Reilly v. Mackman” [1983], 2, AC, 277.

⁶⁶ Por ejemplo, en “Gouriet v. Union of Post Office Workers” [1978], AC, 435.

⁶⁷ [1985], AC, 374, AT 41011.

aceptación jugó un papel mayor que la simple conveniencia o mérito; finalmente, liberaron a la revisión judicial respecto del tecnicismo del error jurisdiccional en cuanto único “fundamento” de la revisión, con excepción del error patente de derecho. La naturaleza estrecha y elusiva del error jurisdiccional nunca fue satisfactoria o siquiera completamente comprensible. A partir de ahí, el objetivo de la revisión judicial (bajo los “fundamentos” recientemente definidos) fue la administración contraria a derecho, no la administración jurisdiccionalmente errónea.

— Ilegalidad e impropiedad procedimental

De mucho mayor significación fue que lord Diplock separó el fundamento de ilegalidad (según el cual un organismo contraviene o excede los términos del poder autorizante de la decisión), respecto de la impropiedad procedimental (sesgo u omisión en brindar una audiencia), así como respecto de la irracionalidad (a la que volveré en un momento). Haciéndolo así, destruyó la ficción de que toda revisión judicial está involucrada en la interpretación de la voluntad del Parlamento. Ella lo está, en gran medida, en dicha cuestión, considerada bajo el “fundamento” de la legalidad. Pero una decisión puede perseguir de buena fe el propósito de un estatuto y aún así derrumbarse en las evaluaciones de impropiedad o irracionalidad procedimentales. Ambos “fundamentos” promueven una justificación fundada en el principio constitucional, al margen de la supremacía parlamentaria.

El principio constitucional provee obviamente la limpieza procedimental. Además es requerimiento de la democracia que, cuando sea posible, los individuos deben participar en las decisiones que les afectan.

— La irracionalidad

¿Qué decir de la racionalidad, o de la carencia de racionalidad, como es todavía denominada?

La fórmula de lord Greene respecto a una decisión irracional, en el caso *Wednesbury* de 1947,⁶⁸ como aquella que no es exactamente irracional sino “tan carente de racionalidad que ninguna autoridad razonable podría decidir en ese sentido”, por incómoda que fuese, buscaba ade-

68 “Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wdenesbury Corporation” [1948], 1 *KB*, 223.

cuadramente prohibir al juez toda interferencia con una decisión fundándose en una política concreta o desafiando levemente sus méritos. *Wednesbury* por lo tanto busca confinar a los jueces en su adecuado rol constitucional y acotarlos en el área de su propia competencia institucional. La forma probó también ser una suave herramienta de la política judicial. El simple encanto de su fórmula tautológica tiende a la inducción del oyente hacia la aceptación de que los jueces no interfieren en los méritos de las decisiones. En verdad, la formulación de *Wednesbury* sí permite a los jueces dicha interferencia, pero sólo cuando la decisión es manifiestamente irracional; en caso extremo, cuando la decisión es “perversa” o absurda,⁶⁹ como la designa la terminología corriente.

Por supuesto, hay algo profundamente insatisfactorio respecto de la lógica de este enfoque. Si *Wednesbury* busca la proclamación del principio limitativo de la competencia constitucional e institucional de los jueces, ¿qué justifica el relajamiento de este principio en casos extremos o manifiestos?; ¿qué tan robusto puede ser un principio que es programado para su colapso bajo presión?; ¿o sólo para ser actuado *in extremis*? En ausencia de una delimitación más precisa de *cuándo* un caso es manifiesto o extremo respecto de las situaciones en las cuales se sanciona su intervención, *Wednesbury* es escasamente útil para el público y para los hacedores de decisiones. Es también un profeta inconfiable del comportamiento judicial.

— Racionalidad y carencia de razonabilidad: legítima expectativa y certidumbre jurídica

En el caso *GCHO*, lord Diplock pareció comprender la frágil lógica de *Wednesbury* y reformuló su definición. Definió la irracionalidad como “una decisión que es tan ultrajante en su reto a la lógica o las pautas morales aceptadas, que nadie que tuviese que aplicar su criterio a esta cuestión para decidirla, podría haberla decidido de manera semejante”.⁷⁰

Aunque sin abandonar de ninguna manera la noción de la reserva judicial (la decisión irracional conceptuada por lord Diplock tenía además que ser “ultrajante”), la fórmula así modificada fue importante por su

⁶⁹ *Cfr.* R. v. “Secretary of State for the Environment”, ex p. Notts, CC [1986], AC, 240, por lord Scarman, en 247-8.

⁷⁰ [1985], AC, 374, at 410.

referencia más específica a la lógica y al raciocinio de una decisión. Todavía más significativamente, las pautas morales son reconocidas como un rasgo del ejercicio del poder público, invitando así a la elaboración judicial de los deberes morales del Estado y de los derechos morales contra el Estado.

¿Qué yace en la práctica bajo la cobertura de carencia de razonabilidad? En primer lugar, hay decisiones que son estrictamente irracionales, en el sentido de carencia de lógica o de justificación inteligible.⁷¹ Aquí tenemos a la decisión arbitraria, carente de sustento ante cualquier comprobación o justificada por razones incomprensibles. La intensidad de revisión en esos casos no es evidentemente baja, pero por definición quizá estas decisiones son absurdas o perversas.

Pero hay otras decisiones carentes de razonabilidad, cuando el margen de apreciación no se ajusta en favor del hacedor de decisiones; en las cuales se presta escasa atención a la reserva *Wednesbury*. Uno de estos ejemplos es la legítima expectativa como fundamento de un derecho sustantivo a no ver frustrada dicha expectativa. Así, el reembolso tributario no debe revocarse sin una notificación del requerimiento competente, hecho al contribuyente respecto de cómo puede organizar sus negocios.⁷² Otro ejemplo es la creciente aceptación de la noción de trato desigual, como fundamento de una pretensión de carencia de razonabilidad. Las regulaciones migratorias han sido anuladas por “manifiestamente injustas y carentes de razonabilidad”, porque implican un efecto discriminatorio contra inmigrantes de países menos desarrollados.⁷³ Ambos ejemplos se fundan en principios específicos. La legítima expectativa se apoya en el principio de la certidumbre jurídica, que subyace en la *Rule of Law*.

— El trato equitativo y la equidad sustancial

El segundo ejemplo se apoya en el principio de igualdad, que requiere no sólo un trato coherente de casos similares (otra vez, un elemento de la *Rule of Law*) pero también, como en el caso de la normatividad migratoria, una igualdad sustantiva, es decir, que situaciones similares no

⁷¹ Cfr. Smith, Wolf y Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, Londres, 1995, paras. 13-019-024.

⁷² R. v. “Inland Revenue Commission, ex p. Matrix-Securities Ltd” [1994], 1, *WLR*, 334; R. v. “Inland Revenue Commission, ex p. Unilever plc” [1996], *STC*, 681 [1996], *COD*, 421.

⁷³ R. v. “Inmigración Appeal Tribunal, ex p. Manshoora Begum” [1986], *IAR*, 385.

deben ser tratadas diferentemente salvo que exista una justificación apropiada (este segundo sentido de la igualdad está igualmente enclavado en la *Rule of Law*).⁷⁴

— El derecho comunitario europeo
ante la proporcionalidad

La certidumbre jurídica y la igualdad son proclamadas en derecho comunitario europeo como “principios generales de derecho”, asumidos en cuanto comunes a todos los países de la Unión Europea, inherentes a sus estructuras democráticas.⁷⁵

Se dan, sin embargo, categorías de decisión respecto de las cuales y antes de decidirse a intervenir, los tribunales requieren algo abrumadamente desproporcionado u ofensivo. En primer lugar, casos en los cuales quien decide pone acento excesivo en una consideración particular, aun cuando fuera conforme a derecho el tenerla en cuenta. El equilibrio de las consideraciones relevantes debería ser, en principio, asunto de quien decide. Pero los jueces han intervenido en casos como cuando el secretario de gobernación (*Home Secretary*), en la negativa a liberar a un prisionero, tuvo en cuenta infracciones menores de éste cuando estuvo años atrás en libertad provisional;⁷⁶ el peso acordado a las infracciones relativamente menores convertía a la decisión en carente de razonabilidad. El derecho europeo, tanto el emanado de la Corte de Justicia de Luxemburgo como el de la Corte de Derechos Humanos de Estrasburgo, invocaría aquí el principio de proporcionalidad, el tercer principio general del derecho comunitario europeo, para justificar su intervención.⁷⁷

Una segunda situación en la cual podría aplicarse la proporcionalidad en derecho europeo es cuando el impacto de la decisión fuere opresivo para el requirente, porque generare dureza innecesaria u onerosos perjuicios a sus intereses o derechos; así, las onerosas condiciones de li-

⁷⁴ Para una elaboración de este distingo, véase Jowell, J., “Is Equality a Constitutional Principle?”, 1994, 47 *CLP*, 1.

⁷⁵ *Cfr.* Wyatt, D. y Dashwood, A., *European Community Law*, Londres, 1993, 95-8.

⁷⁶ R. v. “Secretary of State for the Home Department, ex p. Handscomb”, 199, 68 *Cr. App. R.*, 59; ex p. Walsh [1992], *COD*, 240.

⁷⁷ Véase Schwarze, Jürgen, *European Administrative Law*, Londres, Office for Official Publications of the European Communities/Sweet and Maxwell [versión inglesa del original alemán *Europäisches Verwaltungsrecht*, Baden-Baden, 1988], 1992, cap. 5.

cencias de planificación.⁷⁸ En estos casos, el principio de proporcionalidad rechazaría el exceso o contingencia de los medios empleados para la obtención de un fin legítimo, por lo cual debería buscarse una alternativa menos restrictiva.

En el caso *GCHQ*,⁷⁹ lord Diplock provocativamente sugirió que la proporcionalidad podría volverse el cuarto fundamento de la revisión judicial en Inglaterra pero, aunque a veces utilizado, todavía no ha sido definitivamente aceptado ni rechazado. En el caso *Brind*, lord Lowry con fuerza rechazó la proporcionalidad en cuanto ajena a nuestra revisión judicial, porque no contiene la reserva *Wednesbury* al permitir la revisión apoyada en el mérito u oportunidad.⁸⁰ En la práctica, sin embargo, el margen de apreciación de la proporcionalidad en derecho comunitario europeo es elástico. Cuando se trata de la interpretación de un supuesto fundamental del Tratado de Roma, entonces la proporcionalidad se entiende en sentido estricto. La misión de la revisión en caso semejante equivale a la de los tribunales ingleses respecto de la ilegalidad, cuando el margen de apreciación de quien decide no debe ser ampliado.

— El derecho comunitario europeo
ante la discrecionalidad

Respecto de la potestad discrecional en la toma de decisiones relativa a un área normativa compleja, sin embargo, cuando se adoptan respecto de la política agrícola común, la Corte Europea es esencialmente deferente ante la administración y sólo interviene ante medidas “manifiestamente inapropiadas”.⁸¹

— La tiranía o la libertad

En consecuencia, la proporcionalidad es quizá una *carencia de razonabilidad* bajo nombre diferente, pero es un principio más relevante que la carencia de razonabilidad, un aspecto específico de la carencia de

78 R. v. “Hillingdon LBC, ex p. Royco Homes Ltd” [1974], *QB*, 720.4

79 Véase *supra* nota 70.

80 R. v. “Secretary of State for the Home Affairs, ex p. Brind” [1991], *AC*, 696, at 766-7.

81 El punto es puesto de manifiesto claramente en *Burca*, G. de, “The Principle of Proportionality and its Application in Eclaw”, 13, *Yearbook of European Law*, 1993, 105. *Cfr.* para una reciente ilustración, *Germany v. Council (Bananas)*, Case C-280/93, 5 de octubre de 1994.

razonabilidad, y uno más apto para centrarse en una cualidad particular de la toma deseable de decisiones, a saber, la consideración de alternativas menos restrictivas como corresponden a la relación entre fines legítimos y medios apropiados. Después de todo, uno de los rasgos típicos de la tiranía es que los medios pueden ser sacrificados a los fines. Y uno de los rasgos típicos de la libertad es que la fidelidad a los fines de las políticas públicas no debería ser justificación inevitable de los medios para lograrlas.

— La colisión con los derechos humanos

El más contundente desarrollo actual, basado en la carencia de razonabilidad, se refiere a casos donde han sido cuestionados derechos humanos fundamentales. Durante la última década (1991-2000) los tribunales han reconocido explícitamente, en ausencia de una legislación específica, derechos como la libertad de palabra.⁸² Tratándose de revisión judicial, han rebajado el umbral de *Wednesbury* en casos de asilantes cuyo derecho a la vida estaba en juego, para imponer acucioso o muy severo análisis de la decisión del secretario de gobernación (*Home Secretary*).⁸³ En el caso *Brind*, la Cámara de los Lores se negó a tumbar la prohibición del secretario de gobernación respecto de la transmisión directa de las palabras de varias organizaciones prohibidas en Irlanda del Norte. El otorgamiento parlamentario de amplia potestad discrecional al secretario de gobernación no fue considerado ambiguo, lo que no permitió que el asunto fuera decidido siguiendo los criterios de la Comisión Europea, en cuanto obligación emergente de un tratado. La prohibición no fue considerada como carente de razonabilidad, pero la mayoría de los lores sostuvo que cuanto más sea sustancial la colisión con los derechos humanos, tanto más el tribunal exigirá una justificación para admitir su razonabilidad.⁸⁴ Este enfoque ha tenido continuidad y aplicación por el Tribunal de Apelaciones en un caso reciente, cuando estuvo en juego la prohibición del ministro de defensa respecto de los homosexuales en las fuerzas armadas.⁸⁵

82 Por ejemplo, “*Drebyshire County Council v. Times Newspapers Ltd*” [1993], *AC*, 534.

83 Por ejemplo, “*Bugdaycay v. R. v. ‘Secretary of State for the Home Department’*” [1987], *AC*, 514, 53, por lord Bridge, 537-8 por lord Templeman.

84 [1991], *AC*, 696, por lord Bridge, Roskill y Templeman.

85 *R. v. ‘Ministry of Defence, ex p. Smith’* [1996], *QB*, 517.

Una de las más claras expresiones de esta tendencia se dio en 1992 en el caso *Leech* (núm. 2). Las reglas de prisión permitían interferir en la correspondencia del prisionero con su consejero jurídico: el Tribunal de Apelaciones declaró inválidas dichas reglas y se sostuvo que las reglas violaban el “derecho constitucional” del prisionero de acceso a la justicia. Empleando el lenguaje de la proporcionalidad, el tribunal sostuvo también que no existía “evidencia automática ni premiosa necesidad” para el ejercicio de tal facultad.⁸⁶ Este importante fallo ha sido ratificado en numerosos casos.⁸⁷

J. Principios de una democracia constitucional

El caso *Leech* y otros, que están ahora emanando de los tribunales, ponen de manifiesto una aceleración en la desagregación de la carencia de razonabilidad. En lugar de la oscuridad del caso *Wednesbury*, se está articulando una muestra de principios más claros: principios de racionalidad, certidumbre, igualdad, quizá proporcionalidad, paralelamente a un reconocimiento explícito de los derechos humanos.

En sí mismos, estos principios requieren interpretación pero son mucho más específicos y predecibles que la ejecutoria *Wednesbury*. Las decisiones que en ellos se basan emergen como de calidad diferente, no sólo de categoría, respecto de las decisiones para políticas concretas o las motivadas en el mérito u oportunidad del caso. No puede discutirse respecto de estos principios, que se espera de los jueces, equipados y requeridos para su elucidación, que los apliquen pues son necesarios para sustentar una democracia constitucional.

III. CONCLUSIONES

1. El espectro de un futuro gobierno ejercido por jueces carentes de legitimación electoral: una discusión abierta

Finalmente, cabe brevemente preguntarse, de cara al futuro y a la

⁸⁶ R. v. “Secretary of State for the Home Department, ex p. Leech”, núm. 29 [1994], *QB*, 198.

⁸⁷ Por ejemplo, R. v. “Secretary of State for the Home Department, ex p. Simms and O’Brien”, *The Times*, Londres, 17 de junio de 1997.

incorporación de la Convención Europea al derecho doméstico inglés, cómo podrá ella afectar la revisión judicial y la calidad de nuestra democracia.

La argumentación contra la incorporación se apoya, ampliamente, en el temor de que implique una relocalización del poder, de una legislatura electa hacia un judicial no-electo. El espectro de un futuro gobierno por jueces no-electos es a la vez exagerado y equivocado.

Es exagerado en cuanto ignora los rasgos de la revisión judicial que he mencionado; así como el hecho de que los jueces ingleses tienen inclusive ahora que aplicar la Convención Europea, cuando directamente aplican derecho comunitario europeo efectivo, el cual incorpora la jurisprudencia de la Convención.

Es equivocado, por cuanto coloca un acento excesivo en la elaboración de la decisión judicial, y muy poco en las consecuencias morales del principio constitucional. La revisión judicial es periférica y esporádica, inclusive en un país dotado de Constitución escrita y de un decreto de derechos (*Bill of Rights*), como lo ha destacado el profesor Smith.⁸⁸ La intervención judicial tendrá por supuesto lugar de tiempo en tiempo, pero sólo para la evaluación de los márgenes de un supuesto, para la clarificación de una ambigüedad, para la definición de los márgenes de una excepción.

2. *El Bill of Rights comunitario europeo: su impacto extra-judicial*

El *Bill of Rights* impacta en el comportamiento y hasta en las actitudes, con prescindencia de la intervención judicial; pues endosa y declara operativo a un conjunto de principios inherentes a una democracia. Estos principios, como Dicey lo reconociera, poseen su propia fuerza de gravitación, alertando los espíritus y las acciones de todas las instituciones gubernamentales y sus servidores. El *Bill of Rights* deberá ser impartido en las escuelas e instruido a la policía. Gran parte de todos los principios que actualmente guían nuestro comportamiento constitucional deben ser explícita y oficialmente endosados, y así volverse más aparentes y accesibles. Mejores predicciones de un comportamiento oficial y aceptable

⁸⁸ En las palabras utilizadas por Smith, S. A. de, *Judicial Review of Administrative Action* (1959-1995 edns.), 1.

pueden ser efectuadas pero más precisas prohibiciones cautelares pueden ser formuladas en contrario.

3. *Las “tormentas ideológicas” del siglo XX*

Las impredecibles “tormentas ideológicas” que con tanta ferocidad nos envolvieron durante el pasado siglo XX, parecen haberse calmado en sus días finales. La Unión Soviética, una de las más formidables concausas de aquellas tormentas, dobló y alejó tranquilamente su estandarte del gobierno absoluto, ciertamente no hacia el final que Carlos Marx había predicho para el estadio final del socialismo. En estos tiempos, las ideologías conviven con otras en lugar de estarse agrediendo respecto de los finos virajes que limitan actualmente a la economía del mercado.

4. *Poder y límites del Estado*

Respecto a los límites del gobierno, el acuerdo es quizá menos aparente. Actualmente, los países en búsqueda de una opción entre la regla mayoritaria irrestricta y la práctica de un gobierno limitado, podrían estar arriesgando demasiado si confiaran la resolución de semejante dilema a una Constitución no escrita.

Empero, podría hacerlo quizás peor al consultar tanto la práctica de nuestra administración pública como los fallos de nuestros tribunales, que conjuntamente han creado el modelo democrático que retrata el poder necesario del Estado, pero acotando sus necesarios límites.

