LA IDEA DE LA CONSTITUCIÓN «REAL» EN GRAN BRETAÑA

Ignacio Fernández Sarasola

Sumario

I. Las insuperables contradicciones
II. Una teoría distorsionada
III. Algo está cambiando en la Constitución inglesa…
IV. La Constitución teórica *versus* la Constitución real
V. Superando la «Constitución teórica»
VI. La «Constitución convencional» y sus críticos

Una Constitución antigua y que se modifica de continuo es como un anciano que todavía se viste con las añoradas ropas que estaban de moda durante su juventud; lo que ves de él es igual; lo que se oculta ha cambiado totalmente.

Walter Bagehot, *The English Constitution* (1867)

Las tradiciones no escritas de nuestro sistema político fueron objeto de sarcasmo y desprecio por parte de los ingeniosos autores de Constituciones escritas. Tales políticos eran incapaces de creer en un sistema político que no estuviese plasmado en palabras y números.

William Edward Hearn, *The Government of England* (1867)

¿No hemos aprendido que una Constitución, una Constitución real, es la creación de eras, y no de un día, y que cuando destruimos tal Constitución, destruimos de hecho una nación?

Benjamin Disraeli the Younger, *Vindication of the English Constitution in a Letter to a Noble and Learned Lord* (1835)

I. Las insuperables contradicciones

La ausencia en Gran Bretaña de un documento escrito único que contuviese el código político aplicable en la isla acarreó no poca incertidumbre respecto del contenido, o incluso de la existencia misma, de una Constitución inglesa. A falta de un texto al que referirse, las interpretaciones *de lege lata* y las propuestas *de lege ferenda* condujeron a un arduo debate doctrinal que se extendió durante casi cuatro siglos. Si interpretar los enunciados constitucionales ya supone de por sí tarea controvertida, el problema habría de agudizarse en un país que no había sentido la necesidad de redactar una Constitución escrita. La controversia no residía en aclarar el sentido de los términos constitucionales sino en identificar incluso cuáles eran éstos, dónde se hallaban recogidos o si tan siquiera existían.

Desde el siglo XVII se sucedieron en Inglaterra varias ideas de Constitución enfrentadas. La primera fue la que opuso el *common law* al *statute law* como base para identificar el Derecho supremo de Inglaterra.[1] Es de sobra conocido que, frente a las pretensiones absolutistas de los Estuardo —simbolizadas en *The Trew Law of Free Monarchies* (1598) de Jacobo I—, se alzaron las voces de la Cámara de los Comunes y de los jueces del *common law*. Aunados ambos por su oposición a las teorías absolutistas, discrepaban sin embargo a la hora de considerar como norma superior de Inglaterra el *statute law* o el *common law*, respectivamente. Los términos del conflicto se pusieron de evidencia cuando en 1610 Edward Coke resolvió el *Bonham's Case*, afirmando que las leyes dictadas por el Parlamento resultaban nulas en caso de contravenir lo dispuesto en el *common law* que se erigía, así, en la ley fundamental de Inglaterra.[2] Una postura en liza con la sostenida por autores como Prynne, quien consideraba que el Parlamento, y no los jueces ni el Rey, era la autoridad de la que emanaban las leyes fundamentales.[3]

Una segunda controversia constitucional cobró forma a raíz de la irrupción del movimiento *leveller* entre 1645 y 1649. Esta corriente radical de pensamiento se oponía a las teorías del Derecho antiguo al presuponer que las leyes fundamentales no eran aquellas que se habían establecido a través del *common law*, ni aun las emanadas de la autoridad soberana del Parlamento. La norma suprema de Inglaterra era la que derivaba de la voluntad del sujeto soberano, el pueblo, al que incluso el Parlamento se hallaba so-

---

[1] Sobre este punto, me remito al texto de la profesora Clara Álvarez Alonso, incluido en este mismo volumen de *Fundamentos*.

[2] «The Common Law doth controll Acts of Parliament, and somtimes shall adjudge them to be void: for when an Act of Parliament is against Common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will controll it, and adjudge such Act to be void». Steve Sheppard (ed.), *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Liberty Fund, Indianapolis, 2003, vol. I, p. 118. Sobre la idea de «fundamental law» en las teorías de Coke *vid.* John Wiedhofft Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Fred B. Rothman & Co., Colorado, 1985, pp. 30 ss., así como J. G. A. Pockock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, Cambridge University Press, 1987, y Edward S. Corwin, *The «Higher Law» Background of American Constitutional Law*, Cornell University Press, 1976 (10.ª reimpresión).

[3] Cf. Geoffrey Marshall, *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth*, Oxford at the Clarendon Press, 1957, pp. 48 ss. Sobre la evolución del concepto de soberanía en Gran Bretaña *vid.* por todos Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, «La soberanía en la doctrina británica (de Bracton a Dicey)», *Fundamentos*, n.º 1, 1998, pp. 87 ss. En particular, sobre la soberanía del Parlamento y su relación con el *higher law* inglés, *vid.* Jeffrey Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1999.

metido.[4] De resultas, el movimiento *leveller* propició la aprobación de los *Agreements of the People* (1647-1649) que, a modo de pacto social, recogían los derechos inherentes a los británicos y la organización del gobierno. Poco después llegaría la proclamación del *Instrument of Government* (1653), adoptado por Cromwell y su Consejo de Oficiales, y que convertiría al primero en *Lord Protector* de Inglaterra. Libertades y forma de gobierno aparecían, así, emanadas de la voluntad popular. No en balde, para mostrar el origen popular de la normativa fundamental del Reino, el *Agreement of the People* de 1649 se encabezaba con el «We, the free people of England» que luego imitarían los constituyentes norteamericanos. En los propios debates celebrados el 29 de octubre de 1647 en el Concilio General de la Armada, en Putney, algunos *levellers* como Rainborough subrayaron que la ley antigua de Inglaterra era fuente de tiranía, en tanto que John Clarke afirmaba el derecho que asistía a todo pueblo a cambiar su Constitución cuando lo considerase conveniente.[5]

La idea de gozar de los beneficios de una Constitución escrita —que sin duda cuenta con el referido precedente de los *levellers*— se mantendría a lo largo del XVIII por líneas de pensamiento tan distantes como el radicalismo de Paine y el positivismo de Bentham. A ellos me referiré más adelante, por lo que basta ahora con apuntar que el primero, admirador del constitucionalismo norteamericano y francés, criticaba la ausencia en Inglaterra de una Constitución escrita. Una postura que sería luego continuada por el pensamiento radical británico, bien ejemplificado en James Watson.[6] Por su parte, Bentham, a partir de posturas muy alejadas del iusracionalismo que caracterizaba a Paine, concluía igualmente que era necesario formar un texto escrito, enmarcado dentro de un esfuerzo codificador general. Lejos de quedarse en una mera propuesta abstracta, el propio Bentham se encargó en sus últimos años de vida de realizar unos trabajos preliminares para el

---

[4] Así se percibe, entre otros muchos documentos en el texto elaborado por Richard Overton y William Walwyn *A remostrance of many thousand citizens and other freeborn people of England to their own House of Commons* (1646), donde se decía que los representantes apenas eran los agentes del pueblo. Igual de evidente se halla en el texto, también obra de Richard Overton, *An arrow against all tyruants* (12 de octubre de 1646). En el *Agreement of the People* de 1647 se afirmaba expresamente que los representantes de la nación sólo eran inferiores a aquellos que los habían elegido. Los textos se recogen en Andrew Sharp, *The English Levellers*, Cambridge University Press, 1998.

[5] El texto *ibid.*

[6] James Watson, en Richard Carlile, *The Republican*, vol. V, enero-mayo 1822, p. 507.

Constitutional Code que no llegaría a concluir. A pesar de esta circunstancia, las teorías de Bentham ponían de relieve que el basamento histórico de la Constitución inglesa distaba de concitar el apoyo de todos los sectores doctrinales.

II. Una teoría distorsionada

La doctrina del XVIII vio en la división y equilibrio de poderes la esencia de la Constitución de Inglaterra.[7] El reparto equitativo de poder público garantizaba tanto la libertad civil de los ingleses (frente a la concepción metafísica de los derechos del hombre que se extendió en la Francia revolucionaria), como su libertad política. Montesquieu definió esta última bajo una doble perspectiva: en relación con la Constitución, la libertad política entrañaba una forma concreta de organizar los poderes estatales, a saber, dividiéndolos entre diversas instancias; desde la perspectiva del ciudadano, sin embargo, se podía definir como «la seguridad, o la opinión que cada uno tiene de su seguridad».[8] Por tanto, la división de poderes se erigía en las entrañas mismas de la Constitución británica; determinar el contenido de ésta significaba concretar el sistema de gobierno inglés. No es de extrañar, pues, que el capítulo del *Espirit des Lois* dedicado a la «Constitución de Inglaterra» se centrase sustancialmente en describir su división de poderes, al punto de llegar a convertirse en el texto más significativo sobre esta teoría política.

Desde la Revolución de 1688, la esencia de la división de poderes —es decir, la sustancia misma de la Constitución— se consideraba presente en el

---

[7] *Vid.* por todos la extraordinaria obra de M. J. C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Clarendon Press, Oxford, 1967 (existe nueva edición de Liberty Fund, Indianapolis, 1998, así como una edición castellana, a cargo de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna: M. J. C. Vile, *Constitucionalismo y separación de poderes*, CEPC, Madrid, 2007.

[8] Montesquieu, *De l'espirit des lois*, *op. cit.*, livre XII, chapitre II, p. 431. Igual definición en *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Durand, Le Breton, vol. V, p. 472. Esta identificación de la libertad política con «seguridad» (surgida de un gobierno no despótico) se sostuvo en la Revolución Francesa; por ejemplo J. L. Seconds, «Ensayo sobre los derechos de los hombres, de los ciudadanos y de las naciones; o discurso al Rey sobre los estados generales y los principios de una buena Constitución» (1789), en Christine Fauré, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1995, p. 63. Sin embargo, Seconds consideraba que el titular de esta libertad era la nación, y no los individuos.

statute law, muy en particular en el *Act of Settlement* y en el *Bill of Rights,*[9] si bien determinadas cuestiones, sobre todo relativas a la prerrogativa regia, también se entendían estipuladas en el *common law*. Por tanto, eran las antiguas leyes del reino —escritas o consuetudinarias— y el *statute law* surgido de la Revolución Gloriosa los que establecían el modelo de gobierno y, por consiguiente, las relaciones recíprocas entre los órganos del Estado.

La doctrina británica dominante mantuvo la idea de que en Gran Bretaña existía un sistema de gobierno equilibrado, una *balanced constitution*, en la que Rey, Lores y Comunes ejercían los poderes ejecutivo y legislativo, respectivamente, quedando el judicial en manos de los tribunales. El equilibrio se obtenía, sustancialmente, a través de un sistema de frenos y contrapesos (*checks and balances*) conforme al cual cada órgano intervenía parcialmente en las funciones de los restantes, impidiendo así que se trastocase la balanza constitucional. Hasta el último tercio del XVIII, al menos, este esquema se combinó habitualmente con la doctrina de la Constitución mixta, es decir, con la idea de que existían tres formas de gobierno simples (Monarquía, Aristocracia y Democracia) que debían mezclarse para lograr un gobierno óptimo. De este modo, el equilibrio político entre Rey, Lores y Comunes entrañaba por igual un equilibrio social entre Monarquía, Aristocracia y Democracia.

Al elemento orgánico-funcional del Estado se sumaba, así, un aspecto social, por cuanto se tomaban en consideración los distintos estratos corporativos de Inglaterra, lo cual contribuía, dicho sea de paso, a perpetuar su presencia. Sin embargo, la *balanced constitution* no tomaba en consideración más factores sociales o políticos que esta presencia de los estamentos británicos. En concreto, no tenía en cuenta cómo interactuaban en realidad los distintos órganos, descartando toda perspectiva política y práctica de la Constitución. Y, debido a tal circunstancia, a medida que el desarrollo fáctico se alejaba de la literalidad de las normas escritas y de los precedentes del *common law*, cada vez más la doctrina se distanciaba del verdadero funcionamiento de la Constitución británica, quedándose estancada, petrificada, en un retrato que, aunque idílico, no respondía ya a la realidad.

---

[9] Al que se sumaban, obviamente, leyes anteriores, como la *Petition of Rights* (1628), o el *Habeas Corpus Amendment Act* (1679). Los documentos constitucionales esenciales de la historia británica se hallan reproducidos en Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, *Textos básicos de la Historia Constitucional comparada*, CEPC, Madrid, 1998, pp. 7 ss.

Así, William Blackstone, claramente influido por Montesquieu, seguía describiendo la Constitución inglesa como un sistema de equilibrio constitucional, combinado con la idea de supremacía del Parlamento (*King in Parliament*) y, con él, del *statute law.*[10] Por su parte, aunque Jean-Louis de Lolme se fijase algo más en el funcionamiento práctico de la Constitución inglesa,[11] también en su caso se mantenía una postura sustancialmente teórica. Ninguna mención al papel de los ministros, ni del Gabinete, ni de la creciente importancia del control político del Parlamento sobre los agentes regios que iba desplazando a los procesos de *impeachment* y al *bill of attainder*.

Otros teóricos, sin embargo, aunque anclados también en esta misma idea de *balanced constitution*, apuntaron algún aspecto fáctico de la Constitución. Tal fue el caso de Paley y de Hume, quienes percibieron un elemento omitido por otros teóricos: el poder de «influencia» que ejercía el Monarca para contrarrestar el peso de la Cámara de los Comunes. Aparte de las facultades que el *statute law* concedía al Rey para garantizar el equilibrio constitucional (disolución del Parlamento y derecho de veto), la realidad mostraba cómo el Monarca utilizaba ciertas facultades de interferencia —como el nombramiento de Lores— para lograr mayores apoyos a su causa.[12]

La percepción de la «influencia» regia suponía un cierto avance respecto de las teorías constitucionales anteriores, al tomar en cuenta la presencia de elementos políticos —sin reconocimiento normativo expreso— que podían contribuir al óptimo funcionamiento del sistema británico de *checks and balances*.

Pero, aunque algunos autores viesen la influencia regia como un elemento extrajurídico que favorecía el funcionamiento constitucional, otros aspectos, como los partidos políticos, tendían a considerarse distorsionadores. Así lo entendió David Hume, quien, además, diferenció entre los «partidos o facciones de interés», asociaciones perniciosas unidas por intereses parciales, y las «facciones o partidos de principio», asociaciones positivas

---

[10] William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769), book I, chapter II, A. Strahan and W. Woodfall, London, 1791 (11.ª ed.), pp. 146-147.

[11] Jean-Louis de Lolme, *Constitution d'Angleterre ou État du Gouvernement Anglais comparé avec la forme républicaine et avec les autres Monarchies de l'Europe*, Amsterdam, 1771.

[12] William Paley, *The Principles of Moral and Political Philosophy* (1785), B. and S. Collins, New York, 1835, vol. I, pp. 88, y sobre todo 101-104.

vinculadas por principios generales.[13] Daniel Defoe, por su parte, consideró que los partidos suponían un riesgo para las máximas de la Constitución inglesa, y muy en particular para la prerrogativa regia, que se veía comprometida al tener que escoger el Rey a sus ministros, no ya según su libre voluntad, sino teniendo en cuenta el peso de los partidos en la Cámara de los Comunes.[14]

Pero, sin duda, fue Bolingbroke quien teorizó en mayor profundidad sobre esos elementos extraños a la Constitución inglesa que eran los partidos y que distorsionaban el equilibrio entre Rey, Lores y Comunes.[15] La clarividencia de Bolingbroke partía de una distinción previa entre los conceptos de «Constitución» y «gobierno». La primera estaba conformada por un conjunto de leyes, instituciones y costumbres que fijaban el *deber ser*, es decir, la regla de conducta que había de presidir la actuación del poder público. Además, la Constitución (que en Inglaterra fijaba un sistema de mixto y equilibrado) debía ser inmutable en su esencia, aunque ello no impedía que, como había sucedido en Inglaterra en 1688, se procediese a su mejora. Por su parte, el «gobierno» hacía referencia al modo en el que el Monarca dirigía la política estatal, dirección que variaba a tenor de las circunstan-

---

[13] Cf. David Hume, «Of parties in general (1741)», en David Hume, *Essays moral, political and literary*, edición de T. H. Green y T. H. Grose, Scientia Verlag, Aalen, 1964 (reimpresión de la edición de London, 1882), vol. I, essay VIII, pp. 127-133. Sobre la idea de Hume sobre los partidos, *vid.* Joaquín Varela Suanzes, *Sistema de gobierno y partidos políticos: de Locke a Park*, CEPC, Madrid, 2002, pp. 71-73.

[14] Daniel Defoe, *On Government by Parties* (1723). Sobre el origen de los partidos y su vinculación con posturas religiosas, *vid.* también su escrito: «A new text of the Church of England's Royalty», en *A True Collection of the Writings of the Author of the True-Born English-man, collected by himself*, London, 1703, pp. 399 ss.

[15] Cf. Henry St. John Bolingbroke, «The idea of a Patriot King (1738)», en *The Works of Lord Bolingbroke in four volumes*, vol. II, reprints of Economic Classics, New York, 1967 (reimpresión de la edición de Henry G. Bohn, London, 1844), especialmente pp. 401-416. Bolingbroke diferenciaba entre «partido», que era un mal en sí mismo, y «facción», que constituía el peor de los partidos. Cuando el Rey se sumaba a un partido, éste asumía el carácter de facción, convirtiéndose en un poder despótico. En su *Dissertation upon parties*, Bolingbroke insistía en la diferencia entre facción y partido, considerando que la primera suponía la prevalencia de los intereses personales. Cf. Henry St. John Bolingbroke, *A Dissertation upon Parties (1733-1734)*, *ibid.,* vol. II, p. 11. Precisamente en esta obra distinguía entre el *«Cour party»* y el *«Country Party». Vid. ibid.,* letter I, pp. 26-27; letter III, pp. 37, 41; letter V, p. 51; letter VI, p. 61; letter VII, p. 67. Sobre la imagen peyorativa de los partidos en los escritos de Bolingbroke, *vid.* Isaac Kramnick, *Bolingbroke and His Circle*, Cornell University Press, London, 1992, p. 156.

cias.[16] A partir de estas definiciones, se comprende que para Bolingbroke los partidos podrían influir en el gobierno, pero no debían interferir en la Constitución. Y por lo mismo, aunque tomase en cuenta a los partidos —es decir, el funcionamiento real del gobierno— entendía que éstos se movían en el terreno de la acción política, sin que afectasen al entramado constitucional. Derecho y política aparecían, pues, disociados.

III. Algo está cambiando en la Constitución inglesa…

La imagen ortodoxa de la Constitución inglesa ofrecida por los tratadistas mencionados empezó a revisarse a partir de 1770. El reinado de Ana y de la dinastía Hannover habían introducido nuevos elementos fácticos en el gobierno británico —el Gabinete,[17] la responsabilidad ministerial ya evidenciada con Lord North[18] y Walpole,[19] y, en fin, la progresiva preeminencia de la Cámara de los Comunes— que dejaban obsoleta la interpre-

---

[16] Henry St. John Bolingbroke, *A Dissertation upon Parties (1733-1734)*, *op. cit.*, pp. 9, 88-89.

[17] Con la reina Ana surge el Gabinete como institución permanente, aunque su composición dependía de la voluntad de la Reina. Su unidad resultaba necesaria, no obstante, en las cuestiones bélicas, de forma que la Monarca destituyó a todo ministro discrepante con los demás. Cf. A. H. Dodd, *The Growth of Responsible Goverment, from James the First to Victoria*, Routledge & Kegan Paul, London, 1965, pp. 67-68; David Lindsay Keir, *The Constitutional History of Modern Britain, 1485-1951*, Adam and Charles Black, London, 1953, pp. 281-282. No obstante, será con Jorge I y Jorge II cuando este órgano adquiera relevancia, sobre todo a raíz de las ausencias del Monarca, que permitió al Gobierno incluso actuar como una suerte de consejo de Regencia. *Ibid.,* pp. 100-104. Dicho órgano contó ya desde Walpole con un ministro preponderante, esencialmente el del Tesoro, que acabaría por asumir el papel de Primer Ministro. *Ibid.,* p. 105. Un mérito que en algún caso se le ha asignado al Conde de Danby. *Vid.* Clayton Roberts, *The Growth of Responsible Government in Stuart England*, Cambridge at the University Press, 1966, p. 401. Sobre el *First Lord of the Treasury vid.* por todos Sir Norman Chester, *The English Administrative System*, Clarendon Press, Oxford, 1981, pp. 31 y 34.

[18] *Vid.* Thomas Erskine May, *The Constitutional History of England, since the accession of George Third, 1760-1860*, Fred B. Rothman & Co., Littleton, 1986, vol. I, pp. 19 ss.; David Lindsay Keir, *The Constitutional History of Modern Britain, 1485-1951*, Adam and Charles Black, London, 1953, p. 380.

[19] La oposición intentó derrocar a Walpole en las sesiones de 1739, 1740 y 1741 sin éxito, culminando el 13 de febrero de 1741 con sendas mociones en las dos cámaras. No obstante, Walpole no dejó el cargo hasta 1742, impidiendo así que siguiesen adelante los intentos de formar en el seno de los Comunes una comisión de investigación sobre su administración. *Vid.* Jeremy Black, *Robert Walpole and the Nature of Politics in Early Eighteenth Century England*, Macmillan, London, 1990, pp. 40-44.

tación que de él realizaran autores de la talla de Montesquieu, Blackstone o De Lolme.

En el propio año de 1770, Burke publicaba sus conocidos *Thoughts on the Cause of the Present Discontents*, donde esbozaba algunos de los elementos del *Cabinet System*, como la presencia de un Gabinete políticamente responsable ante la Cámara de los Comunes o el cometido de los partidos políticos en el funcionamiento real del gobierno. Estos elementos fácticos, que las leyes británicas se resistían a contemplar, permitían enlazar el Ejecutivo y el Legislativo, formando un sistema armónico de colaboración entre los poderes estatales. Ahora bien, la influencia que había ejercido Jorge III desvirtuaba el funcionamiento adecuado del Gabinete, al convertir a los ministros en agentes del Rey, escogidos a su voluntad y frente a la confianza parlamentaria; del mismo modo, también impedía el desarrollo regular de los partidos políticos, al haber creado el Monarca un grupo particular de adeptos que, más que partido, constituían una facción. Estas actuaciones del Rey no resultaban por sí mismas opuestas a la letra de la Constitución inglesa, pero sí a su «espíritu»,[20] distinción que permitía que empezase a fraguar una diferencia entre el *statute law* y las prácticas y convenciones constitucionales. En efecto, no se podía argüir que Jorge III estuviese infringiendo ninguna norma escrita, pero sí estaba subvirtiendo el *modus operandi* del sistema parlamentario. Así como durante la *Glorious Revolution* se había esgrimido que Carlos II había quebrantado las antiguas leyes británicas, en 1770 Burke insinuaba que Jorge III estaba faltando a las prácticas políticas, elevándolas por tanto a un nivel constitucional.

También Thomas Paine percibió que la Constitución que describían los teóricos —muy en particular William Blackstone— se conciliaba mal con la realidad política de la isla.[21] Quizás porque, como él mismo reconocía, la Constitución inglesa estaba dotada de una extraordinaria complejidad.[22]

---

[20] Edmund Burke, «Thoughts on the Present Discontens» (1770), en *Selected Works of Edmund Burke*, Liberty Fund, Indianapolis, 1999, vol. I, p. 99. También mencionaba el «espíritu» de la Constitución inglesa *ibid.,* p. 288. Refiriéndose al modo de actuar de la Cámara de los Comunes, Burke señalaba que se atendería no ya a su «poder legal y formal, sino a su espíritu». *Ibid.,* p. 117.

[21] Thomas Paine, «Common Sense »(1776), en *The Writings of Thomas Paine,* Collected and Edited by Moncure Daniel Conway, G. P. Putman's Sons, New York, 1894, vol. I, p. 72.

[22] *Ibídem*, p. 76.

Si Burke creía que las prácticas parlamentarias habían conformado un sistema de colaboración de poderes que la influencia regia destruía, Paine entendía que, en realidad, ese predominio del Rey que Burke criticaba[23] (ejercido a través de un Gabinete que era el que en realidad ejercía el poder ejecutivo)[24] ya formaba parte misma de la Constitución inglesa. Lo que para Burke no era más que una desviación, Paine entendía que se había integrado en el propio entramado constitucional.

Así vista, la postura de Thomas Paine resultaba menos inmovilista que la de Burke.[25] Si los usos y las prácticas políticas formaban parte del entramado constitucional, ¿por qué afirmar que la influencia regia era una distorsión? ¿Cómo distinguir en las prácticas políticas aquellas que eran constitucionales y las que no? Después de todo, bajo el prisma de Paine, considerar que las convenciones habían establecido un sistema de colaboración de poderes, cuando en realidad quien dominaba era el Monarca a través de su influencia, implicaba una visión distorsionada de la realidad política; tan distorsionada, en verdad, como la esgrimida por Montesquieu o Blackstone.

Como es bien sabido, Paine acabaría por oponerse a la visión historicista de Burke y llegaría a plantear la inexistencia misma de la Constitución inglesa, al faltarle «una forma visible»; la Constitución —donde debía contenerse la forma de gobierno de una nación— no era una simple idea, sino que debía tener existencia real, y como tal faltaba en Inglaterra.[26] Por aquel entonces, Paine dejaba clara su concepción racional-normativa de Constitución. Estas ideas serían luego sostenidas por otros pensadores radicales que ya empezaban a hacer mella en la idea de Constitución histórica, sugiriendo que ésta no existía, al carecer Inglaterra de un auténtico código político formal.[27]

---

[23] *Ibídem*, p. 74.

[24] «Eso que llaman Rey en los gobiernos mixtos es en realidad el Gabinete», afirmaba Thomas Paine. *Rights of man* (1791), en *The Writings of Thomas Paine, op. cit.*, p. 383.

[25] De hecho, señalaba que cualquier mente inteligente podía percibir que la «Constitución presente» era meramente temporal. *Vid.* Thomas Paine, *Common Sense* (1776), *op. cit.*, p. 86. Incluso allí donde existían constituciones escritas, Paine consideraba muy positivo que éstas previeran un procedimiento que facilitase su enmienda. Cf. Thomas Paine, *Rights of man* (1791), en *op. cit.,* p. 250.

[26] *Ibídem*, pp. 309-310, 373, 428, 437.

[27] *Vid.*, a modo de ejemplo, las intervenciones en este sentido de J. Brayshaw y James Watson, en una reunión celebrada en Richmond Hill el 17 de diciembre de 1821. Reprodu-

La percepción que Burke y Paine tuvieron de las prácticas políticas como elementos integrantes de la Constitución inglesa no fue compartida por los autores positivistas, renuentes a calificarlas como Derecho. Tal fue el caso de Jeremy Bentham y de John Austin, autores que, por otra parte, realizaron formulaciones constitucionales más constructivas que descriptivas, de ahí que no se fijasen tanto en *cómo era* la Constitución inglesa, sino en *cómo debía ser.*[28]

En su búsqueda por formar *The Pannomion*, es decir la codificación global de todos los sectores del ordenamiento, Bentham comenzó a preparar un proyecto de Código Constitucional, al que dedicó casi ocho años (1822-1830) y que no pudo concluir; un proyecto sobre cuya necesidad se había pronunciado también James Mill.[29] Para Bentham, las convenciones no podían formar parte de la Constitución inglesa porque, en realidad, Inglaterra carecía de Constitución, al no haber redactado un Código político.[30]

Todavía más explícito fue Austin, quien negaba la juridicidad de las convenciones, al no ser alegables ante los tribunales y, por tanto, tener apenas un carácter de «reglas de conducta».[31] En realidad, para Austin el Derecho Constitucional no era más que «moralidad positiva»,[32] de ahí que cualquier infracción de la misma, aunque «inconstitucional», no debía reputarse como «ilegal». Las reglas de actuación de los órganos superiores del Estado no podían medirse, por tanto, en términos de estricta juridicidad, sino de imperativos morales. Sólo si estas obligaciones se traducían en disposiciones normativas formales adquirían valor jurídico y, por tanto, quedaban protegidas por sanciones de esa misma naturaleza.[33]

---

cido en Richard Carlile, *The Republican*, vol. v, enero-mayo 1822, pp. 504 y 507.

[28] Sobre este punto *vid.* las atinadas reflexiones de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, *Sistema de gobierno y partidos políticos: de Locke a Park*, *op. cit.,* pp. 132-145.

[29] Cf. James Mill, *Jurisprudence* (1825), Supplement to the Encyclopedia Britannica, J. Innes, London, 1825, p. 16.

[30] Cf. Jeremy Bentham, «Constitutional Code», book i, chapter ii, en *The Works of Jeremy Bentham, published under the superintendence of his executor John Bowring*, William Tait, Edinburgh, 1843, vol. ix, p. 9.

[31] Cf. John Austin, *Lectures on Jurisprudence, being the sequel to «The Providence of Jurisprudence Determined», to which are added Notes and Fragments now first published from the original Manuscripts* (1832-1834, publicadas en 1861), Burt Franklin, New York, 1970, vol. ii, pp. 226-229, 236, 436-437.

[32] John Austin, *The Providence of Jurisprudence Determined*, John Murray, London, 1832, p. 274.

[33] *Ibid.,* pp. 275-282.

En definitiva, desde el último tercio del XVIII las tesis más extendidas sobre la Constitución inglesa —es decir, aquellas que atendían ante todo al *statute law* y que partían de una imagen constitucional petrificada— empezaban a revisarse seriamente. No podía desconocerse ya el valor de unas prácticas constitucionales que para algunos tratadistas formaban parte misma de la Constitución. La reacción inversa derivó de las posturas positivistas que negaban el valor jurídico a las convenciones, pero, al mismo tiempo, negaban la existencia misma de una Constitución inglesa, al menos en términos jurídicos, al faltar un texto formal que regulase la forma de gobierno.

IV. La Constitución teórica *versus* la Constitución real

Algunos de los resortes del funcionamiento real del gobierno británico, como el creciente papel político del Gabinete en detrimento del Rey, o la influencia con la que este último compensaba la paulatina mengua de su prerrogativa, se interpretaron como desviaciones de la Constitución teórica que habían definido Montesquieu, Blackstone, De Lolme o Paley. Pero de modo progresivo fue emergiendo a partir del XIX la idea de que no se trataba de corruptelas, sino que, en realidad, éstas ya formaban parte del entramado constitucional.[34] De este modo, lo que antaño se leía en clave de infracciones constitucionales empezó a concebirse como enmiendas a la Constitución inglesa. El problema radicaba en que hasta entonces la doctrina dominante había visto en el *statute law* la base normativa de aquélla; sin embargo, los cambios que se habían operado en la Constitución inglesa no derivaban de modificación alguna del *statute law*. ¿Cómo era posible que simples prácticas modificasen lo que se hallaba establecido a través de reglas emanadas del Parlamento? Admitir que convenciones, prácticas y usos políticos tuviesen virtualidad jurídica, al punto de alterar el *statute law*, suponía asumir un cambio sustancial en la teoría general del Derecho aplicable en la isla.

Una vez más, el cambio en la percepción de la sustancia constitucional nacía de ver cómo se habían modificado las relaciones entre los órganos políticos del Estado, es decir, entre el Rey y el Parlamento. A medida que la antaño exitosa teoría del gobierno mixto se fue abandonando, también la Constitución inglesa empezó a desprenderse de su sustrato social, para

[34] Sobre el abandono progresivo de la idea de *checks and balances* a lo largo del siglo XIX, *vid.* H. J. Hanham, *The Nineteenth Century Constitution. Documents and Commentary*, Cambridge University Press, 1969, pp. 3 ss.

concebirse como una norma que regulaba la relación entre órganos estatales, y no entre grupos sociales. Ya no podía esgrimirse tan fácilmente que la Constitución establecía una mezcla de Monarquía, Aristocracia y Democracia. Los tratadistas más avisados veían, como hicieran Burke y Paine, que el poder ejecutivo lo ejercía sustancialmente el Gabinete, y no el Rey y, por tanto, el elemento monárquico perdía parte de su papel constitucional. Bien es cierto que esta merma del factor «social» de la Constitución inglesa fue progresiva, y que antes de negarla totalmente hubo autores que trataron de reinterpretarla. Así sucedió en un escrito anónimo publicado en la *Edinburgh Review* en 1807, que todavía sostenía la existencia de un gobierno mixto y equilibrado, pero que se formalizaba en el seno de la Cámara de los Comunes, donde no sólo tenían cabida los representantes de los burgos (elemento democrático), sino también el Rey, a través de sus ministros, y la aristocracia, parte de la cual obtenía escaño en la Cámara Baja.[35] La misma idea se repetía en la revista apenas unos años más tarde, en 1812, reinterpretando lo que el anónimo autor denominaba como la «teoría» de la Constitución;[36] un concepto que, como veremos en breve, abriría el camino a un concepto antagónico: el de la Constitución «real».

El referido artículo publicado en 1807 en la *Edinburgh Review* tenía que acabar conduciendo, necesariamente, a la idea de que la Cámara de los Comunes se había convertido en el órgano preeminente del Estado, toda vez que era el *locus* de los distintos grupos sociales. Y así lo sostuvo también Thomas Erskine en su *Armata*, obra concebida a modo de la exitosa literatura de viajes utópicos. Erskine todavía mantenía la idea tradicional de que la Constitución de Inglaterra suponía un modelo de libertad,[37] pero en ella existía algún notable defecto, siendo el más importante la influencia que, *de facto*, ejercía el Rey sobre la Cámara de los Comunes, como ya había destacado Edmund Burke.[38] En todo caso, el sistema teórico de *checks and balances* había desaparecido a través del funcionamiento real del gobierno,

---

[35] Cf. Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, *Sistema de gobierno y partidos políticos: de Locke a Park*, *op. cit.*, pp. 120-121. *Edinburgh Review*, vol. x, 1807, pp. 411-415.

[36] *Edinburgh Review*, vol. xx, 1812, pp. 322 ss. Lo he consultado en *Selections from the Edinburgh Review; comprising the best articles in that journal, frome its commencement to the present time, with a preliminary dissertation and explanatory notes*, edited by Murice Cross, London, 1833, vol. iii, pp. 489 ss.

[37] Thomas Erskine, *Armata: A fragment*, John Murray, London, 1817, pp. 36, 42, 52; *The Second Part of Armata*, John Murray, London, 1817, p. 140.

[38] Thomas Erskine, *Armata: A fragment*, John Murray, London, 1817, pp. 58-62.

hasta el punto de que, aunque no se había producido cambio organizativo formal alguno, el resultado era la aparición de una Constitución enteramente nueva.[39] De este modo, Erskine dejaba claro que el profundo cambio en el funcionamiento real del gobierno suponía una alteración completa de la Constitución, operando lo que más tarde los teóricos del Derecho Público denominarían como «mutaciones constitucionales». Es más, de la *Armata* pueden obtenerse otras dos conclusiones relevantes: por una parte, que la alteración de determinados principios de gobierno se consideraba de tal calado que entrañaba un auténtico cambio en la esencia constitucional; por otra, que al referirse al surgimiento de una «nueva» Constitución, Erskine parecía proponer implícitamente la sustitución (más que la mera enmienda) de la Constitución tradicional y escrita por otra basada en el funcionamiento real del régimen, es decir, en las convenciones, aunque no emplease aún ese término. De este modo, empezaba a insinuarse la duplicidad existente entre la Constitución formal y la real que luego haría suya, como veremos, Park.

Algo parecido se planteaba en la obra de Sir John Russell, quien rechazaba la imagen clásica de la Constitución inglesa como un modelo de separación de poderes en equilibrio. Al margen del poder judicial —verdaderamente independiente— el Legislativo (o Deliberativo, como él lo llamaba) y el Ejecutivo se encontraban en una relación de influencia recíproca.[40] En vez de separación, lo que existía entre ambos era una armonía, en la que representaba un papel de primer orden la responsabilidad política de los ministros ante la Cámara de los Comunes.[41] E igual que sus antecesores, también Russell insistía en el papel que ejercía el Rey a través de su influencia.[42]

Precisamente porque la práctica parecía alejarse cada vez más de aquella Constitución teórica difundida por los comentaristas más distinguidos, la *British Review* elogiaba la edición de los discursos parlamentarios de William Pitt y Charles James Fox[43]. En ellos se podía apreciar la evidente evolución del sistema británico hacia lo que más tarde se conocería como el *Cabinet*

---

[39] *Ibid.,* p. 67.

[40] Sir John Russell, *An Essay on the History of the English Government and Constitution from the Reign of Henry VII to the present time*, Longman, Hurst, Rees, Orme and Brown, London, 1821, p. 116.

[41] *Ibid.,* pp. 121 ss.

[42] *Ibid.,* pp. 184 ss.

[43] *The British Review, and London Critical Journal* (febrero 1816), vol. VIII, n.º XIII, pp. 253 ss.

System.[44] El papel político del Gabinete, tomando el relevo de un Rey todavía poderoso (bien conocida fue la involución del régimen parlamentario durante el reinado de Jorge III), la consolidación de una responsabilidad política solidaria del Gobierno o, en fin, la preeminencia de la Cámara de los Comunes, eran todos ellos elementos que salían a colación de forma reiterada en los debates de los dos egregios líderes políticos.[45] El propio líder *whig*, Fox, había insinuado la distinción entre la teoría y la práctica constitucional, al mencionar que, por más que la Constitución británica fuese defectuosa en la teoría, en la práctica se hallaba perfectamente adaptada al país.[46]

En la *British Review* se ponía de relieve que era precisamente a través de la práctica parlamentaria como en realidad podía llegar a conocerse la Constitución inglesa. De ahí que rompiese una lanza a favor de la creciente importancia de la ciencia política.[47] El análisis de una Constitución real, en constante evolución como resultado de las coyunturas sociopolíticas, no debía ser objeto de estudio por parte de juristas en sesudas obras —equiparables a los *Commentaries* de Blackstone—, sino que tenía que abordarse también a partir de una disección en términos politológicos. Ese carácter mutable, evolutivo, adaptable, que se predicaba de la Constitución británica se oponía a la idea estática que habían sostenido comentaristas como Montesquieu, De Lolme o Blackstone. En la Cámara de los Lores, Lord Plankett llegó a afirmar que la historia de la Constitución inglesa no era más que la historia de los muchos cambios que había sufrido a lo largo de las eras, hasta el punto que podía definirse sencillamente como una sucesión de cambios legislativos.[48]

---

[44] *Vid.* James Fox, *The speeches of the Right Honourable Charles James Fox in the House of Commons*, London, 1815 y William Pitt, *The speeches of the Right Honourable William Pitt in the House of Commons*, London, 1817.

[45] Como detalle peculiar, creo que es interesante señalar que el tomo primero de los discursos de Fox contenía a modo de prólogo una larga carta de Lord Erskine, quien, como hemos visto, fue otro de los intelectuales que pusieron de manifiesto la discrepancia entre la Constitución teórica y la real.

[46] James Fox, *The speeches of the Right Honourable Charles James Fox in the House of Commons*, *op. cit.*, p. 222.

[47] *The British Review, and London Critical Journal*, vol. VII, n.º XIII, 1816, pp. 253-254.

[48] Lord Plankett, «House of Lords» (6 de octubre de 1831), en *Hansard's Parliamentary Debates: Forming a continuation of «The Parliamentary History of England, from the earliest period to the year 1803». Third Series: Commencing with the accession of William IV*, vol. VIII, T. C. Handsard, London, 1832, pp. 126-127.

Más allá de las fronteras inglesas, el Barón de Stäel denunciaba la falsa teoría sobre la Constitución inglesa que se difundía y que nada tenía que ver con la realidad política de la isla.

> Entre los autores que han escrito sobre Gran Bretaña —señalaba—, algunos han formado un conjunto sistemático de sus leyes constitucionales adaptado a sus propias ideas. Han tratado de explicar sus orígenes mediante conjeturas históricas, o han intentado conectarlos con hipótesis más o menos bien fundadas, pero han descuidado observar el estado real de las cosas. Han pintado un cuadro imaginario en el que algunos rasgos naturales son, sin duda, ciertos, pero la imagen no es, de ninguna de las maneras, una representación fidedigna.[49]

Cualquier analista ajeno a prejuicios teóricos llegaría a la conclusión de que el gobierno mixto y equilibrado con el que se identificaba la Constitución inglesa no era más que una idea quimérica sin plasmación real.[50] Así lo entendía también la *Westminster Review*, que criticaba la tan extendida teoría del equilibrio constitucional, a la que calificaba de quimérica y absurda, por no corresponderse con la realidad y ser, de hecho, imposible de implantar en la práctica.[51] Desde esta perspectiva, la *Westminster Review* seguía las pautas de Bentham, quien había criticado —desde luego a partir de otros planteamientos— las teorías de quien fuera su maestro, William Blackstone: la teoría del equilibrio constitucional no sólo se hallaba desfasada sino que no era más que eso, pura teoría. Se negaba, por tanto, que históricamente hubiese existido una fase de desarrollo político en la que el equilibrio constitucional hubiese sido realmente operativo. Desde luego que se trataba de una postura mucho más radical que la sostenida por otros críticos de la teoría constitucional al uso.

Estas reflexiones se reproducirían en parecidos términos a través de un escrito anónimo publicado en la *Eclectic Review* como respuesta al concepto constitucional que sostenía Coleridge. Este último había definido la Constitución en un sentido platónico, como una idea, como un principio con identidad racional arquetípico al que, todo lo más, se aproximarían las instituciones

---

[49] A. de Staël-Holstein, *Letters on England*, Treuttel and Würtz, London, 1830, p. 3.

[50] *Ibid.,* p. 248.

[51] *The Westminster Review*, vol. IV, 1825, pp. 197-198.

reales.[52] La *Eclectic Review*, sin embargo, entendía que la Constitución Británica no podía concebirse como un mero ente racional, sino como una entidad histórica, con existencia a través de las instituciones que le iban dando una forma concreta y que la hacían variar con el devenir de los tiempos. De este modo, la Constitución se hallaba sujeta a cambios, de ahí las discrepancias que podían apreciarse entre la teoría y la práctica, entre la idea y el hecho.[53]

Más allá de las disquisiciones doctrinales, entre los actores políticos también surgió el debate sobre la apreciable diferencia existente entre la teoría constitucional y el funcionamiento real del gobierno. Este debate cobró especial intensidad a raíz de la discusión en 1831 del proyecto de la *Reform Act*, que introducía profundos cambios en el sistema electoral, a fin de eliminar los «burgos podridos» y hacer más fiel la representación popular de los Comunes, garantizando, de paso, la primacía de esta Cámara.[54] Los detractores de la reforma alegaban que ésta implicaría un profundo cambio en el sistema de *balanced constitution* genuino de Inglaterra, y en este mismo contexto fue cuando algunos miembros de la Cámara de los Comunes, y sobre todo un nutrido número de lores, se plantearon en qué medida tal lectura del gobierno británico no era más que una entelequia. A lo largo del debate, la referencia a la disociación entre la teoría y la práctica constitucional se citó en diversas ocasiones tanto en la Cámara de los Comunes como en la de los Lores, aunque de un modo bastante confuso. Así, Peel insinuaba que la «antigua teoría de la Constitución» era cierta sólo parcialmente, ya que se reducía a un esquema especulativo.[55] Otros representantes, como Inglis, Attwood, Lord Dudley y R. Grant expusieron con mayor claridad su postura. El primero señalaba que la idea de gobierno

---

[52] Samuel Taylor Coleridge, «On the Constitution of the Church and the State according to the idea of each» (1830), en *The Complete Works of Samuel Taylor Coleridge. With an Introductory Essay upon his Philosophical and Theological Opinions*, edited by professor W. G. T. Shedd, Harper and Brothers, New York, 1884, vol. VII, pp. IX, 34-35.

[53] *The Eclectic Review*, July 1831; también citado en *The Eclectic Review*, June-July 1832, p. 471, con ocasión de analizar el libro de Park *The Dogmas of the Constituition*.

[54] Sobre la *Reform Act* y su contexto *vid.* Sir Llewellyn Woodward, *The Age of Reform. 1815-1870*, Oxford at the Clarendon Press, 1962, pp. 78 ss. Un amplio resumen de las circunstancias políticas que rodearon a la *Reform Act* en Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, *Sistema de gobierno y partidos políticos: de Locke a Park*, *op. cit.*, pp. 145-148.

[55] Sir R. Peel, «House of Commons», 24 de marzo de 1831, en *The Speeches in both Houses of Parliament, on the question of reform in the representation of the people, during the last session of the first Parliament of his present Majesty King William the Fourth*, Joseph Robins, London, 1832.

mixto sustentada por algunos diputados era apenas una teoría constitucional sin correspondencia con la práctica, llegando a rechazar en este sentido la autoridad de Montesquieu y De Lolme, que habían desconocido aspectos tan relevantes como la influencia de la Corona.[56] La distinción entre teoría y práctica constitucional era también uno de los argumentos esgrimidos por Attwood como claves para orientar el debate de la *Reform Act.*[57] Por su parte, Lord Dudley puso de manifiesto que el equilibrio constitucional no era más que una proposición teórica, que sólo había podido mantenerse en la práctica merced a lo que tendían a denominarse como abusos constitucionales.[58] Por su parte, Grant señalaba que la composición entonces vigente en la Cámara de los Comunes no se correspondía con el sesgo «democrático» que le conferían autores como Blackstone o De Lolme, de modo que

> si la teoría de nuestra Constitución es correcta, tal cual nos la han expuesto nuestros mejores constitucionalistas, entonces debemos concluir que nuestra práctica actual es negativa; y, por el contrario, si la práctica es correcta, entonces ésta falsifica la teoría.[59]

Un año después, estas mismas ideas encontrarían su plasmación más clara en la obra de un oscuro profesor del King's College, John James Park,[60] quien, por cierto, prácticamente reproduciría, sin citarlo, a Grant.

En efecto, nadie hasta entonces había puesto de manifiesto con tanta evidencia la discrepancia existente entre el *statute law* y la realidad política de Inglaterra; entre los planteamientos teóricos de los tratadistas más exitosos (de Montesquieu a Paley) y el verdadero funcionamiento del sistema de gobierno de Albión. Park consideraba que era un error seguir hablando

---

[56] R. Inglis, «House of Commons», 1 de marzo de 1831, *ibid.,* pp. 46-52.

[57] Attwood, «House of Commons», 8 de marzo de 1831, *ibid.,* p. 374.

[58] Lord Dudley, «House of Commons», 5 de octubre de 1831, citado en Thomas Doubleday, *The Political Life of the Right Honourable Sir Robert Peel, Bart. An Analytical Biography*, Smith, Elder and Co., London, 1856, vol. II, pp. 118-119.

[59] R. Grant, «House of Commons», 7 de marzo de 1831, en *The Speeches in both Houses of Parliament, on the question of reform in the representation of the people, during the last session of the first Parliament of his present Majesty King William the Fourth*, *op. cit.*, 1832, p. 349.

[60] La más autorizada y completa semblanza vital e intelectual de este desconocido autor la ha elaborado Joaquín Varela-Suanzes Carpegna en su «Estudio preliminar» a John James Park, *Los dogmas de la Constitución* (edición y estudio preliminar de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna), Akal-Istmo, Madrid, 1999.

de una Constitución inglesa basada en la idea de *checks and balances* y de gobierno mixto, porque esa imagen no era más que una entelequia. Los propios políticos perpetuaban tal error, al negarse a mostrar a los ciudadanos cuál era la imagen y el funcionamiento reales del gobierno inglés. Lo mismo sucedía con los autores que se empecinaban en seguir las enseñanzas de Montesquieu y Blackstone, ya que se veían obligados a silenciar la presencia de cuantos elementos del gobierno británico tuviesen difícil encaje en la teoría constitucional que sustentaban:[61] la presencia del Gabinete, su responsabilidad política, la inoperatividad del veto regio o la supremacía fáctica de la Cámara de los Comunes.

Precisamente por ello, lejos de emular a los clásicos comentaristas del gobierno británico que habían triunfado más allá de las fronteras de Inglaterra, Park expresaba su preferencia por los historiadores que se habían ocupado de mostrar con fidelidad la evolución política de la Gran Bretaña, así como por aquellos teóricos que habían descrito cómo funcionaba en realidad el gobierno inglés contemporáneo. Entre los historiadores destacaba a Mackintosh y Betham, ya que ambos habían puesto de manifiesto el carácter dinámico y los tránsitos por los que había atravesado la Constitución inglesa, frente a la imagen inmovilista que de ésta habían expuesto teóricos como Montesquieu o Blackstone.[62] Entre los comentaristas del sistema británico actual, Park resaltaba la clarividencia de Thomas Erskine y de John Russell.

Por vez primera, con claridad y sin tapujos, Park hablaba de una duplicidad constitucional. En Inglaterra existían dos Constituciones incompatibles y hasta antagónicas: la teórica o propositiva,[63] y la real, tácita o «no declarada».[64] La diferencia insalvable entre ambas era una consecuencia del carácter no escrito de la Constitución británica. Allí donde existía un texto escrito, a modo de código político, como sucedía en Francia o Estados Unidos, resultaba sencillo identificar la Constitución, ya que ésta se definía por su forma. Pero donde tal cosa no ocurría, como en Inglaterra,

---

[61] John James Park, *Los dogmas de la Constitución*, *op. cit.*, p. 84.

[62] En un escrito biográfico sobre Mackintosh se reproducían sus palabras expuestas en 1797, en las que señalaba que su intención era mostrar la Constitución inglesa tal cual era «en acción», y no como la habían imaginado y representado de forma imperfecta muchos de sus más reputados comentaristas. *The Museum of Foreign Literature and Science*, vol. XXVII, 1835, p. 361.

[63] John James Park, *Los dogmas de la Constitución*, *op. cit.*, p. 73.

[64] *Ibid.,* p. 74.

> su Constitución sólo puede conocerse comprobando la forma real que en cada momento se ejerce el gobierno, los poderes a través de los cuales se hace efectivo, y los controles que operan;[65]

unas ideas, por cierto, ya insinuadas por William Austin.[66] De este modo, las Constituciones no escritas quedaban al margen de procedimientos específicos de reforma y eran, por su misma naturaleza, flexibles. Una flexibilidad que le procuraba su propia esencia: la Constitución no era más que el *modus operandi* político concreto de cada momento.

Hay que recordar que las *Lecciones* impartidas por Park respondían a una coyuntura muy particular, a saber, el debate de la *Reform Act* que resultaría aprobada definitivamente en 1832 y que entrañaba cambios sustanciales en el sistema político inglés, como ya he referido. Precisamente en un contexto tan significativo, Park denunciaba que resultaba imprescindible determinar el alcance que un cambio legislativo de tal calibre tendría para la Constitución inglesa; pero no para la teórica, sino para la real ya que era ésta, en definitiva, la que se aplicaba y la que regía los designios de los británicos. De este modo, reconocía que el *statute law* también incidía en la Constitución, al alterar los términos en los que iban a desenvolverse los órganos superiores del Estado. Pero, desde luego, el *statute law* no comprendía toda la Constitución, también integrada por usos y convenciones, aunque no utilizase todavía este último término.

Estas prácticas habían modificado la relación entre los órganos políticos del Estado, de manera que, coincidiendo en este punto con la *Edinburgh Review*, Park entendía que el equilibrio constitucional antaño existente entre Lores, Comunes y Rey (no ya entre aristocracia, democracia y monarquía) se hallaba ahora en el seno de la Cámara Baja. Pero, a efectos de lo que ahora interesa, lo relevante era destacar la modificación *material* de la Constitución, que no se había acompañado de enmiendas *formales*, y de ahí la ausencia de sintonía entre doctrina y práctica:

> toda la Constitución del país se ha transformado por completo en los últimos ciento cincuenta años. Pero, al haberse observado rígidamente sus formas

[65] John James Park, *Los dogmas de la Constitución*, *op. cit.*, p. 88.

[66] Cf. William Austin, *Letters from London, written during the years 1808 and 1803*, printed by W. Pelham, London, 1804, p. 191.

> en muchos aspectos, esta revolución se ha producido de forma silenciosa e imperceptible a los ojos de los cronistas y tratadistas de la Constitución, que se dejan llevar por el sonido de las palabras sin atender a la eficacia de las cosas.[67]

El clarividente libro de Park no obtuvo una gran repercusión, e incluso pocas fueron las revistas que se hicieron eco de su presencia.[68] No obstante, su huella se deja adivinar en obras posteriores que abordaban el espinoso asunto de la verdadera forma de la Constitución inglesa. Aunque no cite al profesor del King's College, es muy posible que éste haya influido, al menos nominalmente, en la percepción de James B. Bernard sobre la Constitución británica, en una obra que reflexionaba, como la de Park, en la repercusión que tendría la *Reform Act* de 1832.[69] Una obra en la que, además, parece sentirse cierta presencia de Harrington, al conectar las formas de gobierno con la distribución de la propiedad territorial aunque desde una perspectiva obviamente más moderna, trayendo a colación las aportaciones de la Economía Política. En lo que ahora interesa, Bernard concluía que el sistema de gobierno mixto y equilibrado que había caracterizado a Inglaterra era un modelo teórico perfecto que nunca se había puesto en práctica.[70] De ahí que insistiese en la necesidad de distinguir entre aquello que la Constitución británica comprendía «en teoría», y lo que entrañaba «en la práctica». Su intención —como, después de todo, la de Park— era determinar en qué medida la *Reform Act* afectaba a ambos planos constitucionales.[71] De hecho, en los capítulos de su libro, diferenciaba entre «Teoría de la Constitución» y

---

[67] John James Park, *Los dogmas de la Constitución*, *op. cit.*, p. 130.

[68] *The Jurist: Or, Quarterly Journal of Jurisprudence and Legislation*, vol. III, 1832, pp. 267-276; *Specimens of the table talk of Samuel Taylor Coleridge*, John Murray, London, 1836, p. 166; *The Gentleman's Magazine and Historical Chronicle, from January to June 1832*, vol. CII, pp. 329-332. Obituario sobre Park: *The Gentleman's Magazine, and Historical Chronicle from July to December, 1833*, J. B. Nichols and Son, London, 1833, pp. 84-85; *The Eclectic Review*, enero-junio 1832, vol. VII, p. 471; *The Athenaeum. Journal of Literature, Science and Fine Arts*, enero-diciembre 1832, p. 335, donde se afirmaba que Park defendía sus ideas con firmeza, coraje y habilidad.

[69] James B. Bernard, *Theory of the Constitution, compared with its practice in ancient and modern times with an enquiry how far the late reform of Parliament is, or is not, consistent with the principles of the Constitution either in theory and practice*, James Ridway and Sons, London, 1834.

[70] *Ibídem*, pp. 8, 9, 30.

[71] *Ibid.,* p. 6.

«Práctica de la Constitución», evidenciando así ese dualismo constitucional que ya había denunciado Park.

V. Superando la «Constitución teórica»

A mediados del siglo XIX varios autores exponían ya una teoría constitucional muy diferente a la que había sido popular en los tratados. De hecho, pocos eran los que, como Henry Brougham, seguían interpretando la Constitución inglesa a partir sólo del *statute law*, mirando más al pasado —desde la *Magna Charta* de 1215— que al presente, y utilizando obsoletas definiciones del régimen británico, como la de «Monarquía mixta».[72] En otras ocasiones, aunque se emplease la distinción entre teoría y práctica constitucional, se hacía en un sentido muy diverso al que empleara Park. Tal es el caso de la diferenciación efectuada en un escrito anónimo de 1835 entre la «Constitución real» existente durante el reinado de Carlos II, que habría destruido la «Constitución legal».[73] En este caso se quería poner de manifiesto que la primera de estas Constituciones, aunque efectiva, no era más que una desviación o corrupción de la verdadera forma de gobierno británica.

Dejando al margen estas excepciones que, o bien obviaban la existencia de una «Constitución real», o bien la consideraban como un simple extravío de la verdadera Constitución británica (a saber, la «teórica»), otros autores siguieron la estela de Park y ahondaron en la importancia que tenía la aplicación efectiva de las normas a la hora de definir con propiedad el sistema constitucional de la isla. Así, Grey destacaba que los más reputados escritores políticos se habían fijado apenas en la distribución de poderes que establecían las normas, en vez de atender a las prácticas que habían variado sustancialmente la forma de gobierno, desde Guillermo III pero muy en especial a partir de la *Reform Act* de 1832, dando lugar a un «gobierno parlamentario».[74]

> El cambio —señalaba Grey— se ha producido en parte a través de la legislación, pero en mayor medida se debe a lentas y silenciosas alteraciones derivadas de

[72] Henry Lord Brougham, *The British Constitution: Its History, Structure and Working*, Richard Griffin and Company, London and Glasgow, 1861.

[73] *Essay on the Constitution of England*, T. Becket and P. A. de Hondt, London, 1835, p. 26.

[74] Earl Grey, *Parliamentary Government, considered with reference to a reform of Parliament*, Richard Bentley, London, 1858, pp. 3 ss. Sobre la influencia de la *Reform Act* en la génesis del gobierno parlamentario *vid.* pp. 84-114.

> prácticas y usos, nacidas para hacer frente a las nuevas necesidades de una sociedad avanzada.[75]

La antigua rivalidad entre los diversos órganos de gobierno —Rey, Lores, Comunes— apenas paliada a través de controles recíprocos se habría sustituido por una armonía entre todos ellos.[76] Una armonía que se procuraba, entre otras cosas, por la presencia de los ministros en la Cámara de los Comunes,[77] que variaba *de facto* lo que estipulaba *de iure* el *Act of Settlement* de 1701.[78] Grey también percibía otros elementos ajenos a la Constitución escrita, a los que consideraba esenciales para el funcionamiento real del gobierno, como la influencia regia y la presencia de partidos políticos que, entre otras cosas, justificaban una responsabilidad política solidaria de todo el Gabinete.[79] Si la compatibilidad de cargos aparecía como un elemento *contra Constitutionem* impuesto por la práctica, la existencia de partidos o la influencia resultaban mecanismos *praeter Constitutionem* sin los cuales ya no podía entenderse de forma cabal la verdadera Constitución inglesa.

También John Stuart Mill dedicó unas palabras a la existencia de determinadas prácticas políticas a las que, anticipándose a Dicey, denominó como «máximas de moralidad constitucional». Unas máximas que debían tenerse presentes porque, según su criterio, eran las que realmente garantizaban que la Constitución siguiese existiendo.[80] Sin embargo, si hay una fecha significativa en esta nueva visión constitucional, quizás sea la de 1867, año especialmente prolífico por lo que se refiere a obras que aspiraban a describir la verdadera Constitución británica. Por aquel entonces vieron la luz las obras de Alpheus Todd, William Edward Hearn y, sobre todo, la de quien alcanzaría un mayor éxito en las décadas sucesivas: Walter Bagehot.

Alpheus Todd exponía su particular perspectiva de la Constitución británica en un título que ponía de relieve la preponderancia que el Parlamento

---

[75] *Ibid.,* p. 7. *Vid.* también p. 9.

[76] *Ibid.,* pp. 16-17.

[77] *Ibid.,* pp. 61-65.

[78] «Que ninguna persona que desempeñe un cargo o puesto lucrativo bajo el mandato real, o reciba pensión de la Corona, podrá ser miembro de la Cámara de los Comunes». *Act of Settlement* (12 de junio de 1701).

[79] *Ibid.,* pp. 36 ss.

[80] John Stuart Mill, «Considerations on Representative Government» (1861), en *Collected Works of John Stuart Mill*, vol. XIX, *Essays on Politics and Society*, University of Toronto Press, 1977, chap. XII, pp. 504-505.

había adquirido merced al desarrollo político y al margen de las normas.[81] El autor se quejaba —como también haría por cierto Bagehot— de que ningún trabajo anterior hubiera mostrado el funcionamiento real del gobierno «responsable» o «parlamentario», basado en el protagonismo del Parlamento, y la responsabilidad ministerial de un nuevo órgano, el Gabinete, que había ocupado el puesto que antaño le correspondía al gobierno de prerrogativa regia.[82] Lo que evidenciaban los textos al uso (y citaba expresamente a Blackstone, Paley y De Lolme) no era más que la perspectiva general, el esbozo, del sistema real de gobierno existente en la isla, pero faltaba un tratado sobre su «práctica»,[83] especialmente útil para las colonias británicas. Lo que a Todd le interesaba, y así lo decía expresamente, eran los «usos constitucionales», hasta entonces omitidos por la literatura política.[84]

En una misma línea reflexionaba William Edward Earn, aunque con algunas aportaciones propias de no escaso relieve. La primera aseveración de su principal obra —*The Government of England*— dejaba ya clara su postura: «La Constitución inglesa —decía— forma parte del *common law*».[85] Aquí precisamente residía el elemento distintivo de Earn, al tratar de recuperar la posición ya sostenida por Coke de que el *common law* era más relevante que el propio *statute law*. La particularidad residía en su concepto amplio de *common law*, ya que mencionaba entre sus componentes las citaciones y decisiones judiciales, pero también los precedentes parlamentarios[86] y las prácticas y usos «oficiales».[87] Aun cuando el *statute law* apenas había sufrido cambios —más allá de los introducidos por el *Bill of Rights*—, ni tampoco la esencia constitucional (que él identificaba con la existencia de unos derechos de libertad heredados por los ciudadanos ingleses), el *common law* sí había sufrido una alteración sustancial, debido

[81] Alpheus Todd, *On Parliamentary Government in England: Its origin, development, and practical operation*, Longmans, Green and Co., London, 1867, 2 vols.

[82] A pesar de su afirmación previa, el propio Todd citaba luego a Grey a la hora de definir los puntos esenciales del «gobierno parlamentario». *Ibid.,* p. 2.

[83] *Ibid.,* p. VIII.

[84] *Ibid.,* p. XII.

[85] William Edward Hearn (sic), *The Government of England. Its structure and its development*, Longmans, Green, Reader and Dyer, London, 1876, p. 1.

[86] Sobre el carácter vinculante de la *lex et consuetudo Parlamentari* se pronunciaba *ibid.,* pp. 545-547, llegando a afirmar que constituían una parte esencial del sistema político.

[87] *Ibid.,* p. 8.

a la existencia de un Gabinete políticamente responsable ante la Cámara de los Comunes, de cuya confianza dependía.[88] Yendo aún más lejos, Earn afirmaba que la esencia de este «gobierno parlamentario» no podía figurar en regla escrita alguna; dicho en otros términos: la cuestión no residía en que el *statute law* omitiese cómo funcionaba realmente el gobierno británico sino que, simplemente, carecía de virtualidad para regularlo. La razón, según el publicista irlandés, estribaba en que el gobierno parlamentario requería de ciertas actuaciones discrecionales que serían incompatibles con el Derecho escrito ya que éste establecía obligaciones jurídicas. Esta discrecionalidad, por otra parte, hacía que los términos mismos de constitucionalidad e inconstitucionalidad no le resultasen virtualmente aplicables.[89]

Earn pretendía presentar, por tanto, una visión dinámica de la Constitución inglesa que, como él mismo afirmaba, era el resultado de un proceso de evolución natural.[90] Los teóricos de la *balanced constitution* parecían esgrimir una idea estática de Constitución, en tanto que para Earn lo único que no había cambiado, lo que permanecía inalterable, era apenas la esencia constitucional, esto es, la presencia de un gobierno libre. Más allá de este núcleo, la Constitución británica se había ido adaptando a los tiempos a través del *common law*, de ahí que la obra de Earn la estudiase desde una perspectiva histórica.

Pero sin duda, ningún autor alcanzaría la repercusión de Walter Bagehot, quien publicaba ese año de 1867 su conocida obra *The English Constitution*, que previamente había visto la luz en forma de artículos incluidos en *The Fortnightly Review* (1865-1867).[91] Posiblemente influido por Park —al que sin embargo Bagehot no citaba expresamente— consideraba que existían profundas discrepancias entre la Constitución inglesa descrita en los tratados jurídico-políticos y aquella que se percibía en la realidad. La diferencia que Park establecía entre la «Constitución teórica» y la «Constitución real», Bagehot la explicaba *intra muros* de la misma Constitución, distinguiendo en ésta unas «partes solemnes» y unas «partes eficientes». Las primeras garantizaban el respeto a la Constitución; asentarían, por decirlo en términos

[88] *Ibid.,* pp. 114-119, 180-209 y 220.

[89] *Ibid.,* pp. 126-128.

[90] *Ibid.,* p. 37.

[91] El texto cuenta con una reciente edición del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, 2010), con estudio preliminar de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, y utilizando la traducción realizada en su día por Adolfo Posada.

modernos, su *legitimidad*; las segundas conformarían el funcionamiento efectivo del sistema. Los aspectos teóricos, forjados a lo largo de la historia británica, integrarían esas «partes solemnes», que conferían a la Constitución británica aquel aire de respeto que se obtenía merced al transcurso de los siglos. Pero las «partes eficientes» habrían variado sustancialmente. Lo que garantizaba que la maquinaria de gobierno siguiera funcionando era un modo de engranar las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo que nada tenía que ver con lo que había operado en siglos anteriores.

La teoría constitucional seguía manteniendo dos interpretaciones obsoletas del régimen británico: el de separación de poderes y el de equilibrio entre éstos con controles recíprocos (*checks and balances*). Sin embargo, el funcionamiento real del sistema había variado ostensiblemente, merced, ante todo, a la presencia de un Gabinete, al que Bagehot concedía tanta relevancia que colocaba en el primero de los capítulos de su obra, en tanto que la institución formal ejecutiva, el «Privy Council», no aparecía ni tan siquiera mencionada. Lejos de existir una «separación de poderes», el Gabinete ponía de evidencia una «fusión» de ellos, al actuar como un Comité legislativo, elegido y responsable ante la Cámara de los Comunes.[92] Una Cámara que, si bien en la «parte solemne» de la Constitución aparecía como inferior a la Cámara de los Lores, en la «parte eficiente» se había convertido en el motor político del Estado. También el papel del Monarca se había redimensionado. Atrás quedaba el intento de Jorge III de controlar toda la gestión política, puesto que las instituciones políticas habían evolucionado de tal modo que el Rey no ejercía ya aquellos poderes de que había disfrutado antaño: ni la selección de los ministros[93] o su destitución,[94] ni las facultades de veto[95] y disolución parlamentaria. De modo que al titular de la Corona, alejado de la contienda política,[96] apenas le quedaba la, por otra parte, importante tarea de ejercer su influjo,[97] y con él (en palabras ya clásicas del autor británico), «the right to be consulted, the right to encourage, the right to warn».[98] Por ese motivo, Bage-

[92] Walter Bagehot, *The English Constitution* (1867), Oxford University Press, 2001, pp. 5-25.

[93] *Ibídem*, pp. 11-13.

[94] *Ibídem*, pp. 56-57.

[95] *Ibídem*, p. 53.

[96] *Ibídem*, p. 54.

[97] *Ibídem*, p. 62.

[98] *Ibídem*, p. 64.

hot consideraba ya inútiles obras como el *Digest* de Comyn, en cuya voz «Prerrogativa» describía unas competencias regias que nada tenían que ver con las que realmente correspondían al Monarca.[99] Unas ideas sobre la prerrogativa, por cierto, que había descrito de forma más acertada John Allen —quien tanta importancia tuvo en España con sus *Suggestions on the Cortes*—, al mostrar la distancia que existía entre la teoría monárquica sustentada por muchos juristas, y la «Constitución real de Inglaterra».[100]

En definitiva, Bagehot describía el funcionamiento real de la Constitución inglesa como un *Cabinet Government,*[101] término que luego influiría decisivamente en Woodraw Wilson a la hora de escribir su obra *Congressional Government* (1885) aplicado esta vez a los Estados Unidos de Norteamérica.

VI. La «Constitución convencional» y sus críticos

Park se había referido a la existencia de una Constitución «práctica» y otra «real», construida sobre la base de prácticas, usos y costumbres políticas, a los que no asignó un nombre específico. No sería hasta el último tercio del siglo XIX cuando empezó a emplearse el término «convenciones» para referirse a éstas y, por extensión, también se llegó a hablar de «Constitución convencional». Así lo hizo Edward A. Freeman,[102] quien afirmaba que, junto con el Derecho escrito, había medrado en Gran Bretaña una Constitución no escrita o «convencional», surgida sobre todo desde la Revolución de 1688,[103] y que permitía, además, distinguir las conductas «ilegales» de las «inconstitucionales».[104] Si la ilegalidad suponía una infracción de la norma constitucional escrita, la inconstitucionalidad implicaba una infracción de las convenciones. Para Freeman ambas presentaban un mismo significado

---

[99] Sir John Comyn, *A Digest of the Laws of England* (1762-1767), J. Laval and Samuel F. Bradford, Philadelphia, 1824, vol. VIII, pp. 39-92.

[100] John Allen, *An Enquiry into the Rise and Growth of the Royal Prerogative in England*, Longman, London, 1830, p. 38.

[101] Walter Bagehot, *The English Constitution* (1867), *op. cit.*, pp. 26-37.

[102] Edward A. Freeman, *The Growth of the English Constitution from the earliest times*, Macmillan and Co., London, 1872.

[103] *Ibid.,* p. 118. De hecho, afirmaba que en el transcurso de doscientos años, el desarrollo implícito y «extralegal» de la Constitución había sido, como mínimo, tan relevante como los cambios operados en la norma escrita. *Ibid.,* p. 120.

[104] *Ibid.,* pp. 86-87, 109 y 148.

jurídico y, de hecho, las convenciones tenían un carácter tan efectivo y vinculante como la norma escrita.[105]

Antes de que el término «convenciones constitucionales» llegase a cuajar definitivamente —algo que sucedería, como enseguida veremos, con Dicey— se barajaron otras alternativas. Así, Boutmy designaba a estas reglas no escritas como «compacts» y las describía como parte integrante del Derecho no escrito de la Constitución. Un Derecho tan relevante que Boutmy llegaba a afirmar que las reglas escritas debían considerarse como Derecho excepcional o legislación complementaria.[106]

A medida que la idea de convenciones constitucionales (con su distinta nomenclatura) y, por extensión, de «Constitución convencional», iba ganando adeptos, también surgieron detractores. Las críticas empezaron a centrarse más en argumentos de teoría general del Derecho, que en discutir si la idea de *balanced Constitution* todavía seguía vigente. El más claro exponente de la corriente crítica a las convenciones fue A. V. Dicey.[107] Según su criterio, la alternativa no debía plantearse entre Derecho escrito, y Derecho no escrito, sino, sencillamente, entre lo que era Derecho y lo que conformaban meras reglas morales políticas. ¿Y cuál era la diferencia para distinguir entre unas y otras? Simplemente la aplicación judicial. Allí donde ésta se hallase ausente no podía hablarse con propiedad de auténtico Derecho. De este modo, creación y aplicación normativa se entrelazaban de un modo indisoluble. En las tempranas teorías constitucionalistas, la ejecución se hallaba totalmente subordinada y dependiente de la legislación. El monismo parlamentario conducía, por ende, a un sometimiento funcional del Ejecutivo al Legislativo, es decir, de la aplicación normativa a la creación de Derecho. Sin embargo, ahora el planteamiento resultaba muy distinto, porque de hecho era la aplicación normativa la que permitía incluso definir qué era el Derecho. Una regla de conducta sería verdaderamente norma jurídica no sólo por proceder del órgano competente para expedirla, sino también porque resultaba aplicable por los tribunales.

---

[105] *Ibid.,* p. 110.

[106] Émile Boutmy, *Studies in Constitutional Law*, MacMillan and Co., London, 1891, pp. 18-23.

[107] Para un breve análisis de la teoría de Dicey sobre las convenciones *vid.* Giuseppe Passaniti, «Le convenzioni costituzionali e la constituional morality», Giornale di Storia Costituzionale, n.º 13, 2007 (número monográfico dedicado a «Il pensiero costituzionale di Albert Venn Dicey»), pp. 155 ss.

Negado el valor jurídico de las convenciones, se entiende que Dicey evitara hablar de una «Constitución convencional», algo que sería contradictorio en sus términos, aunque dedicase atención a las «convenciones» concretas. Puesto que eran reglas morales, no parecía extraño que su contenido se centrase sustancialmente en la regulación de la prerrogativa regia, es decir, de una función política, dotada de discrecionalidad —como ya habían apuntado de Locke a Burke—[108] y parte de cuyo alcance, por cierto, ya se había contemplado en normas escritas, es decir, en auténtico Derecho.[109]

Ahora bien, Dicey parecía introducir un elemento contradictorio cuando, a pesar de negar el valor jurídico de las convenciones por no ser judicialmente aplicables, acababa por reconocer que eran obedecidas por estar dotadas de un respaldo normativo. Esta supuesta antinomia la resolvía afirmando que cuando se quebrantaba una convención constitucional se producía, de forma indirecta, una violación de alguna ley escrita que, de un modo u otro, se relacionaba con la convención infringida. Por ejemplo, la no convocatoria anual del Parlamento no sólo supondría menoscabar una convención constitucional (aspecto político), sino también impedir que se aprobara la ley anual que regía al Ejército, sin la cual éste no podría funcionar, lo cual entrañaba una violación legal[110] (aspecto jurídico).

Pero quizás la aportación más señera de Dicey respecto de la teoría de las convenciones constitucionales deriva de su particular forma de justificar que éstas no sólo existiesen *de facto* en Inglaterra, sino que su presencia fuese imprescindible. La argumentación de Dicey se basaba en una concepción democrática que partía de la distinción entre el soberano *jurídico* y el soberano *político*. El primero era, según el Derecho inglés, el Parlamento. Ahora bien, existía también un soberano político, la colectividad, a la que el Parlamento representaba. Una colectividad, por cierto, que Dicey a veces denominaba como «nación» y en otras ocasiones como «cuerpo electoral», a pesar de la clara diferencia que existe entre ambos ya que en realidad, el cuerpo electoral no es más que un órgano cuyas decisiones se imputan como voluntad nacional.

---

[108] A este respecto me remito a mi estudio «Dirección política y función de gobierno en la historia constitucional», *Historia Constitucional* (revista electrónica), n.º 4, 2003 (‹http://hc.rediris.es/cuatro/articulos/html/05.htm›).

[109] A. V. Dicey, *Introduction to the study of the Law of the Constitution* (1885), Liberty Fund, Indianapolis, 1982, pp. 277-291.

[110] *Ibid.,* pp. 296-300.

Si el soberano jurídico podía, en términos normativos, actuar sin limitaciones, la presencia de un soberano político acababa por restringir su actuación en términos prácticos. En consecuencia, el Parlamento se veía compelido a actuar conforme a la voluntad nacional a la que representaba, por mucho que el *statute law* inglés siguiera predicando su soberanía (jurídica, añadiría Dicey). El modo de garantizar esa adecuación era, precisamente, a través de las convenciones constitucionales.[111] Éstas regían las actuaciones políticas de los órganos constitucionales, pero lo hacían, y ésta fue la principal aportación de Dicey, con el objetivo de procurar la soberanía política de la nación. La conexión que establecía entre convenciones y soberanía supondría otorgarles a las primeras un papel primordial en el sistema constitucional inglés, por más que se les negara su carácter jurídico.

La idea expuesta por Dicey de que las convenciones carecían de valor jurídico, pero disfrutaban de una extraordinaria importancia política para definir el verdadero alcance de la Constitución inglesa, alcanzó incluso a los historiadores como Maitland, quien no dudó en hacer suyas las teorías ya expuestas.[112] Si Bagehot había tenido gran difusión por la brillantez de su discurso casi periodístico, Dicey sería imitado por la solidez de sus argumentos en el plano jurídico.

El debate posterior a Dicey se ha teñido de una extraordinaria confusión, fruto en parte de que las convenciones constitucionales se ven desde las perspectivas diferentes de los constitucionalistas, los politólogos y los historiadores. Dicey aportaba una teoría general del Derecho que, se compartiera o no, resultaba coherente. Sólo tras definir qué era el Derecho abordaba el difícil asunto de la obligatoriedad de las convenciones. La mayoría de los autores posteriores, sin embargo, estudian este último extremo sin tomar como punto de partida una definición de Derecho que es imprescindible —como bien había visto Dicey— antes incluso de definir la propia Constitución.

Al buscar bases para la obligatoriedad de las convenciones al margen de una teoría jurídica, los argumentos se han ido difuminando a lo largo del siglo XX, tiñéndose de connotaciones políticas y sociológicas. El único paso en el que se ha avanzado, ya desde Dicey, es en eliminar la contra-

---

[111] *Ibid.,* pp. 285-291.

[112] F. W. Maitland, *The Constitutional History of England*, p. 342, donde citaba expresamente a Dicey. *Vid.* también p. 398, donde define las convenciones como «reglas de moralidad constitucional», en el sentido indicado por Dicey.

posición entre una Constitución jurídica y otra material. Parece existir un consenso en que no existen dos Constituciones contrapuestas, sino sólo una. El papel de las convenciones queda, entonces, en una encrucijada: o se consideran parte de la Constitución misma (y su valor jurídico-constitucional debe afirmarse) o se entienden como aplicación o desarrollo constitucional, en cuyo caso podrían ser meras prácticas políticas o, por el contrario, normas también jurídicas pero no estrictamente integradas en la Constitución misma.

Los teóricos británicos se han centrado sustancialmente en dos cuestiones: la relación de las convenciones con el Derecho escrito, y, como acabo de indicar, su obligatoriedad. Por lo que se refiere al primer punto, se considera que las convenciones sirven para garantizar la conexión entre las teorías políticas dominantes en cada momento y las reglas escritas. Una conexión que puede producirse en un doble sentido: las convenciones pueden determinar cómo se concreta la aplicación del Derecho constitucional escrito (que por tanto las precede)[113] o, por el contrario, pueden servir para establecer hábitos de conducta que posteriormente se formalicen en términos jurídico-positivos.[114] La diferencia entre ambas posturas estriba en la relación causal existente entre las convenciones que dan soporte a dichas teorías políticas, y el Derecho escrito. La primera de las concepciones mencionadas implica que las convenciones *presuponen* el Derecho escrito, que las antecede. Así vistas, aquéllas se asimilarían a reglas hermenéuticas, ya que implicarían formas de interpretar el Derecho escrito a la hora de proceder a su aplicación. Si las reglas escritas resultan ambiguas, abstractas o abiertas, las convenciones podrían muy bien cumplir un cometido de concreción.

El problema surge en los casos en que las convenciones parecen contradecir lo que estipula la normativa escrita en la que se apoyan (convenciones *contra constitutionem*). En ese caso, más que concretar, las convenciones parecen reformar el Derecho escrito, con lo que emerge la duda de determinar en qué medida un uso político tiene virtualidad para alterar una regla escrita emanada del Parlamento. Si ambas poseen el mismo valor normativo, en principio no existiría problema en admitir esa reforma no formal (*lex posterior derogat lex anterior*). Ahora bien, la complejidad de admitir

[113] Sir William Holdsworth, *The Conventions of the Eighteenth-Century Constitution*, Iowa Law Review, n.º 17, 1932, p. 161.

[114] Sir W. Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, University of London Press, 1959 (5.ª ed.), p. 84.

esta relación jurídica es la que ha conducido a hablar más que de reforma, de «mutación constitucional».[115] Una categoría, por cierto, forjada fuera de Inglaterra y que no ha tenido éxito en aquel país.

La segunda perspectiva mencionada, sin embargo, considera que las convenciones pueden preceder al *statute law*. Se trataría entonces de decisiones políticas, de ejercicio de una función de gobierno, que resultarían posteriormente formalizadas.[116]

En todo caso, conviene tener presente que, cualquiera que sea la postura que se adopte, ambas perspectivas coinciden en considerar que las convenciones resultan obligatorias, tanto si preceden como si suceden al Derecho escrito.[117] Precisamente el problema de la obligatoriedad sigue resultando el más controvertido, ya que, como es obvio, plantea la dicotomía de situar la frontera entre los mundos político y jurídico. Por tal razón, la ambigüedad es característica a la hora de referirse a tan compleja cuestión. Así, es frecuente hallar afirmaciones tan vagas como la de «prácticas *generalmente aceptadas*»[118] o reglas que *«se consideran»* de obligado cumplimiento por los actores constitucionales, aunque su aplicación efectiva no pueda hacerse valer ante los tribunales.[119] En este sentido, no ha quedado más remedio que reconocer la tenue línea que separa en las convenciones un carácter meramente

---

[115] Georg Jellinek, *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; Giuseppe Ugo Rescigno, *Le convenzioni costituzionali*, Cedam, Padova, 1972, p. 28.

[116] Para un análisis sobre las dos fases de la función de gobierno (condicionamiento y normativa) *vid.* Ignacio Fernández Sarasola, *La función de gobierno en la Constitución española de 1978*, Universidad de Oviedo, 2002. El libro más clásico, y aún no superado, sobre la función de gobierno sigue siendo el de Enzo Cheli, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Giuffrè, Milano, 1961.

[117] En el caso de que las convenciones precedan al Derecho escrito cabría preguntarse, precisamente, cuál es el motivo que lleva a formalizar las convenciones. Si éstas son en sí mismas obligatorias, parece superfluo que hayan luego de plasmarse en normas escritas. La única justificación de este proceder sería considerar que la formalización entraña mayor seguridad jurídica, al permitir conocer con mayor detalle el alcance de las reglas de gobierno que, en manos de las meras convenciones, siempre están dotadas de mayor incertidumbre.

[118] James P. Mackintosh, *The British Cabinet*, Stevens and Sons, London, 1977, p. 13.

[119] Geoffrey Marshall/Graeme C. Moodie, *Some problems of the Constitution*, Hutchinson University Library, London, 1968, pp. 22-23. En un sentido similar: Kenneth Wheare, *Modern Constitutions*, Oxford University Press, 1951, p. 129, y O. Hood Phillips, *Constitutional and Administrative Law*, 1978 (6.ª ed.), Sweet and Maxwell, London, 1978, pp. 104-105; Geoffrey Marshall, *Constitutional Conventions. The rules and forms of political accountability*, Clarendon Press, Oxford, 1984, p. 12.

descriptivo de cuanto acontece en la realidad política, de una naturaleza verdaderamente prescriptiva que sería la que les concediera valor jurídico.[120]

En esta mixtura, los teóricos británicos del Derecho Constitucional dedican una importante parte de sus estudios de Derecho positivo al análisis de las convenciones y de la evolución histórica de la Constitución británica. De ahí, que, frente a la concepción estática de las Constituciones formales —cuyo cambio se produce exclusivamente a través del ejercicio del poder de reforma constitucional previsto en ellas—, en Inglaterra tienda a verse en la Constitución británica una norma en constante cambio y evolución; un texto, pues, fácilmente adaptable, sobre todo por vía convencional, a las necesidades de cada época.[121] La Constitución, dice Griffiths, «es ni más ni menos lo que acontece cada día. Todo cuanto sucede es Constitucional. Y si no sucede nada, eso también sería constitucional».[122] De ahí que se haya hablado de una «Constitución en desarrollo» (*Developing Constitution*)[123] y que en realidad los manuales, tratados y obras de Derecho Constitucional que se elaboran en Gran Bretaña no se olviden en ningún caso de mencionar tanto la legislación histórica como las evoluciones convencionales del régimen.[124]

Estas perspectivas no son sin embargo exclusivas de Gran Bretaña, sino que las comparte el constitucionalismo norteamericano, donde todavía hoy se mantiene una pugna entre las interpretaciones originalistas —que constantemente acuden a la voluntad de los *founding fathers* para desentrañar el significado de las cláusulas constitucionales— y las interpretaciones que

---

[120] Cf. E. C. S. Wade/G. Godfrey Phillips, *Constitutional and Administrative Law*, Longman, New York, 1982 (9.ª ed.), pp. 17 y 24.

[121] *Vid.* Elizabeth Wicks, *The Evolution of a Constitution. Eight Key Moments in British Constitutional History*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006.

[122] John Griffiths, «The Political Constitution», *Modern Law Review*, n.º 42, 1979, pp. 1 ss.

[123] Meter Bromead, *Britain's Developing Constitution*, George Allen and Unwin Ltd., London, 1974.

[124] Los ejemplos son interminables. Entre algunas de las obras más recientes, puede mencionarse: David Feldman, *English Public Law*, Oxford University Press, 2004; Ian Loveland, *Constitutional Law, Administrative Law and Human Rights: A Critical Introduction*, Oxford University Press, 2006 (4.ª ed.); A. Bradley/K. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, Longman, London, 2006 (14.ª ed.); J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution: Continuity, Change and European Effects*, Cambridge University Press, 2007; Colin Turpin/Adam Tomkins, *British Government and the Constitution. Text and Materials*, Cambridge University Press, 2007 (6.ª ed.).

conciben el texto de 1787 como una «Constitución viva», en continuo desarrollo y cambio, única manera de entender, por ejemplo, la constitucionalidad de la teoría de los poderes implícitos del Presidente.[125] Esta coincidencia de los dos mundos anglosajones de ambas orillas del Atlántico tiene una explicación evidente: las normas superiores de Estados Unidos y Gran Bretaña se construyeron hace al menos dos siglos y su vigencia actual sólo puede mantenerse ya a través de enmiendas formales, ya mediante interpretaciones que traten de adaptar los textos históricos a las necesidades del siglo XXI. En estas naciones el tratamiento jurídico no es capaz de desprenderse de los lazos que unen, inexorablemente, las normas a su pasado histórico y a su desarrollo político presente.

[125] Sobre la importancia de las convenciones constitucionales también en el sistema norteamericano ya se pronunció William Bennett Munro, *The Makers of the Unwritten Constitution: The Fred Morgan Kirby Lectures, Delivered at Lafayette College*, *1929*, Macmillan, New York, 1930. Sobre las ficciones legales de la Constitución escrita, *vid.* por todos: Todd E. Pettys, *The Myth of the Written Constitution*, Notre Dame Law Review, vol. 84, pp. 991 ss.