

# EL MODELO IRLANDÉS DE DERECHOS FUNDAMENTALES\*

GUILLERMO ESCOBAR ROCA

*Profesor Titular de Derecho Constitucional  
Universidad de Alcalá*

TRC, núm. 46, 2020, pp. 511-539  
ISSN 1139-5583

## SUMARIO

I. Planteamiento. II. El catálogo de los derechos: una apertura cuestionada. III. La posición del Derecho internacional y la aplicación del CEDH. IV. La interpretación de los derechos y el control de las intervenciones. V. Igualdad, obligaciones positivas y derechos sociales. VI. Los derechos en la reforma constitucional. VII. Un breve apunte sobre las garantías (frente al legislador). VIII. Conclusiones comparativas.

## I. PLANTEAMIENTO

La utilidad del Derecho comparado para la dogmática y en especial para la política constitucional es evidente<sup>1</sup>. Toda comparación debe realizarse sobre sectores concretos y entre países que guarden cierta afinidad. El análisis del modelo irlandés de derechos fundamentales puede resultar especialmente interesante para España, pues Irlanda es un país inscrito en la tradición del *common law* (lo que puede abrir nuevas perspectivas, aunque más bien por la mayor importancia allí

\* Este trabajo es el resultado de una estancia de investigación, en julio-agosto de 2019, en el *Irish Center for Human Rights* de la Universidad Nacional de Irlanda en Galway. Agradezco a su Directora, la profesora Siobhán Mullally, su amable invitación y apoyo académico durante mi estancia, y al abogado Kieran Fitzpatrick sus comentarios críticos a mi primer borrador. Todas las traducciones inglés-español de las normas, sentencias y citas doctrinales son mías.

<sup>1</sup> Últimamente, p. ej., G. ESCOBAR ROCA y R. GARCÍA MANRIQUE, *Argumentación e investigación en derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 69 y 187-189, así como la encuesta y artículos publicados en el n.º 41 (2018) de *Teoría y Realidad Constitucional*.

concedida al *rule of law*, algo distinto de nuestro Estado de Derecho<sup>2</sup>) pero a la vez cuenta con una Constitución escrita y un sistema de derechos fundamentales comparable con el nuestro pero prácticamente desconocido en la doctrina española. Este trabajo pretende ofrecer una panorámica sintética del modelo (jurisprudencial y doctrinal) de derechos fundamentales en Irlanda, con especial atención a sus elementos de mayor interés para la comparación, como posible ejemplo a seguir para la mejora de nuestro sistema. También se hará referencia a algunas cuestiones no bien resueltas a mi juicio en ninguno de los dos modelos, al menos a la vista de las últimas tendencias del Derecho internacional y regional de los derechos humanos o en contraste con una concepción robusta de los mismos. En todo caso, dada la naturaleza de esta sección de la revista, salvo una mínima referencia al final, las enseñanzas para España deberán ser deducidas por el lector.

## II. EL CATÁLOGO DE LOS DERECHOS: UNA APERTURA CUESTIONADA

La Constitución Irlandesa de 1937 (CI) contiene un título sobre «Derechos fundamentales» (*fundamental rights*), que curiosamente se sabe dónde comienza pero no dónde termina; al menos en las versiones oficiales del texto no hay una separación clara entre los diferentes títulos, pues no llevan numeración. Los artículos que tomaremos primariamente en consideración son los siguientes: «Derechos personales» (art. 40), «La familia» (art. 41), «Educación» (art. 42), «Niños» (art. 42 A), «Propiedad privada» (art. 43) y «Religión» (art. 44). Salvo lo que después se dirá sobre los «Principios directivos de la política social» del artículo 45 y sobre los derechos sociales, los derechos fundamentales de los artículos 40 a 44 tienen el mismo tratamiento jurídico, y la indivisibilidad (concepto surgido en el Derecho internacional pero de creciente importancia en el constitucional), léase, igualdad de todos los derechos, se afirma expresamente en las intervenciones del Gobierno en los foros internacionales. Además de ser iguales, todos los derechos encajan sin discusión en el concepto hoy dominante en el constitucionalismo comparado: vinculantes para el legislador y exigibles directamente ante los tribunales (apartado VII). La supremacía del poder judicial no se discute en

2 Contamos con buenos libros de introducción al Derecho irlandés (p. ej., T. NÍ MHIRTHILE, C. O'SULLIVAN y L. THORNTON, *Fundamentals of the Irish Legal System*, Thomson-Round Hall, Dublín, 2016; o A. KENNEALLY y J. TULLY, *The Irish Legal System*, Clarus Press, Dublín, 2013), y en todos ellos se sigue haciendo referencia, entre las fuentes del Derecho, al *common law*, pero si bien se mira este no parece algo muy distinto a la fuerza vinculante de la jurisprudencia, también aceptada entre nosotros. Factores clave de la «modulación» del *common law* en Irlanda hacia un modelo más próximo al continental europeo y con algún distanciamiento de la tradición británica han sido la existencia de una Constitución escrita (que gracias al *judicial review* influye bastante en la justicia ordinaria) y la pertenencia a la Unión Europea: por todos, D. BARRINGTON, «The Constitution in the Courts», en F. Litton (ed.), *The Constitution of Ireland 1937-1987*, Institute of Public Administration, Dublín, 1988, pp. 110 y ss. Resulta significativo que el Tribunal Supremo (en adelante TS) haya declarado en varias ocasiones preceptos del *common law* contrarios a la Constitución.

Irlanda<sup>3</sup>, lo que sin duda favorece, en principio, una concepción fuerte de los derechos fundamentales, en contraste con la tradición legalista continental.

El catálogo de 1937 ha sido modificado en bastantes ocasiones, vía reforma constitucional, pero no para añadir derechos sino para concretar mejor sus titulares, su contenido o sus garantías (véase después el apartado VI).

El catálogo de los derechos es abierto, y esta apertura se activa mediante la técnica de los «derechos no enumerados», que se apoya inicialmente en el artículo 40.3.1.º CI, según el cual «El Estado garantiza en sus leyes respetar, y en la medida de lo posible, defender y reivindicar mediante sus leyes los derechos personales de los ciudadanos». Si bien esta formulación no equivale a una declaración expresa de apertura del catálogo, ha sido utilizada desde 1965 en este sentido, lo que ha resultado de gran utilidad para ampliar una nómina lógicamente bastante reducida (pues tiene más de ochenta años) en comparación con el actual entorno europeo.

La cuestión es evidentemente polémica, pues los tribunales (y en concreto la *High Court* —en adelante, Tribunal Superior— y la *Supreme Court* —en adelante, Tribunal Supremo<sup>4</sup>; no existe en Irlanda un Tribunal Constitucional) ocupan así prácticamente el lugar del poder constituyente<sup>5</sup>, y la Constitución no señala qué fuentes o argumentos pueden ser utilizados para la creación de nuevos derechos. Veamos brevemente la jurisprudencia en la materia y los comentarios doctrinales sobre ella.

La primera ocasión en que se recurre explícitamente a la técnica de los derechos «no enumerados» es la Sentencia *Ryan v Attorney General* (1965), donde el Tribunal Supremo, interpretando las palabras «en particular» del artículo 40.3.2.º CI como fundamento complementario (mediante el criterio *sensu contrario*)<sup>6</sup> de su tesis, señala con firmeza que los tribunales están habilitados para añadir derechos

3 Por todos, E. DALY, «Reappraising Judicial Supremacy in the Irish Constitutional Tradition», en L. Cahillane, J. Gallen y T. Hickey (eds.), *Judges, Politics and the Irish Constitution*, Manchester University Press, 2017. Dos notas significativas para el lector español: cuando en Irlanda se cita una sentencia se menciona siempre el nombre de su ponente, seguido por la letra J (*Justice*) o P (*President*); no suele decirse, p. ej., «The Supreme Court said» sino «Clarke J said», lo que revela gran respeto por la personalidad individual del juez, y por tanto por su autoridad. De otro lado, en el manual de Derecho constitucional más difundido en Irlanda, escrito por DOYLE y HICKEY, y que después se citará, la parte general de los derechos fundamentales (breve, pues en el ámbito anglosajón no es costumbre teorizar) comienza con los aspectos procesales y solo después dedica unas pocas páginas a un esbozo de teoría general. Más adelante veremos los lineamientos básicos del modelo irlandés de garantía constitucional, pero ya puedo adelantar lo que he visto con mis propios ojos: la Constitución es manejada con frecuencia por todos los abogados y estos confían en la sensibilidad constitucional de los jueces; aquí sí es verdad que el Derecho constitucional impregna todo el sistema jurídico.

4 En *O'T v B* (1998) el Tribunal Supremo deja claro que solo él y el Tribunal Superior tienen la potestad de crear nuevos derechos, con el argumento de que los demás tribunales no están mencionados en la Constitución. Por cierto, en Irlanda existe una curiosa «competencia» entre ambos tribunales, pues los dos son igualmente competentes (y hasta sus últimas consecuencias, como después se verá) en materia constitucional (y razonan bien en este ámbito), y la doctrina cita tanto a uno como a otro. Las discrepancias entre ambos son frecuentes pero se entienden como algo saludable, sin llegar nunca a enfrentamientos personales.

5 P. ej., J. KAVANAGH, *Constitutional Law in Ireland*, Clarus Press, Dublín, 2018, p. 112.

6 «El Estado, en particular, protegerá mediante sus leyes del mejor modo posible, de los ataques injustos y, en caso de injusticia, reivindicará la vida, persona, buen nombre y derechos de propiedad de todos los

fundamentales al catálogo de 1937. Este primer «nuevo derecho», surgido en respuesta a una demanda contra la contaminación del agua, es la integridad física, si bien podría haberse reconocido, y con mayor fundamento, el derecho a la protección de la salud<sup>7</sup>. La sentencia funda la existencia de este derecho en dos argumentos: la naturaleza democrática y cristiana del Estado y la doctrina social de la Iglesia. Con el tiempo (y la creciente secularización de la sociedad irlandesa), este segundo argumento se irá transformando en un Derecho natural que conscientemente no se querrá identificar con una determinada religión.

En *Ryan* se plantea ya la discusión sobre la doble fuente, política y moral, de los nuevos derechos<sup>8</sup>, que ocupará a la doctrina y jurisprudencia irlandesas durante varias décadas. El acento en una u otra fuente dependerá de la naturaleza de cada nuevo derecho, pudiéndose resumir la evolución de los últimos cincuenta años como el «auge y declive del Derecho natural».

El recurso al Derecho natural, que tiene un cierto apoyo en el texto constitucional<sup>9</sup>, fue frecuente en los primeros años, utilizándose esta «fuente» como argumento central de la creación de nuevos derechos<sup>10</sup>, combinado o a veces sustituido por la referencia a la «personalidad humana»<sup>11</sup>. La defensa del argumento comienza con fuerza en *McGee v Attorney General* (1974), que declaró

ciudadanos», interpretándose «en particular» como «por ejemplo», es decir, sin cerrar la posibilidad de que el Estado pueda proteger otros bienes jurídicos y por ende otros derechos fundamentales.

7 El cual no se espera a medio plazo, pues obligaría a cambiar el modelo sanitario irlandés, más cercano al estadounidense que al dominante en Europa, que es el Sistema Nacional de Salud; de interés, M. MILLAR, «Health care: consumer purchase or social right?», en N. Collins y T. Cradden (eds.), *Political issues in Ireland today*, Manchester University Press, 3.<sup>a</sup> ed., 2004, pp. 101 y ss.

8 Un tercer argumento, utilizado más excepcionalmente, es acudir a la propia Constitución como fuente, según la técnica de los «derechos implícitos en otras disposiciones constitucionales». P. ej., en *Macaulay v Minister for Post and Telegraphs* (1966), el derecho de acceso a los tribunales es considerado implícito en el art. 34.1 CI, o aun antes de la doctrina de los derechos no enumerados, en *Educational Company v Fitzpatrick* (1961), se afirma que la libertad de asociación incluye el derecho a no asociarse. Por su parte, en *Attorney General v Paperlink Ltd* (1984) el Tribunal Superior afirma crear un nuevo derecho a la comunicación, diferente de la libertad de expresión, pero el planteamiento es obvio en el marco del Derecho comparado.

9 En el Preámbulo hay una invocación a Dios y a los derechos inalienables, imprescriptibles y anteriores y superiores al Derecho positivo, expresión esta que se reitera en relación con los derechos familiares (art. 41) y la propiedad privada (art. 43).

10 P. ej., Sentencia *G v An Board Uchtála* (1980), sobre los derechos de la madre biológica sobre los hijos dados en adopción, o Sentencia *Kennedy v Ireland* (1987), sobre el derecho a la privacidad y al secreto de las fuentes de los periodistas. Sin embargo, en otros casos, el peso de la argumentación es la «naturaleza cristiana y democrática del Estado», como en *State (M) v Attorney General* (1979), que reconoce el derecho a la libre circulación, pues un Estado que no la permitiera no podría considerarse democrático.

11 Esta aproximación es más bien minoritaria: apuntada como argumento complementario en *McGee*, se desarrolla sobre todo en los votos particulares de los jueces Henchy y McCarthy en *Norris v Attorney General* (1984), afirmando ambos, frente a la mayoría, la inconstitucionalidad de la penalización de la sodomía. El concepto reduce bastante la discrecionalidad de la doctrina del Derecho natural, más si se acude a las tradiciones constitucionales comunes y a la doctrina del TEDH para concretar el significado del libre desarrollo de la personalidad o, como se suele preferir en Estrasburgo, de la vida privada. En esta última dirección, buscando una deseable aproximación entre no convencionalidad e inconstitucionalidad, G. HOGAN, «The Constitution and the Convention: Happily Married or a Loveless Co-existence?», en S. Egan, L. Thornton y J. Walsh (eds.), *Ireland and the European Convention on Human Rights: 60 Years and Beyond*, Bloomsbury, Dublín, 2014, pp. 73 y ss.

inconstitucional la prohibición de la venta de preservativos y creó un nuevo derecho a la privacidad, y en concreto a la privacidad familiar. El Derecho natural es el argumento central, y no deja de resultar significativo que se utilice aquí en contra de la Iglesia Católica, seguramente para evitar desde el comienzo la frecuente identificación entre iusnaturalismo y conservadurismo: «Los artículos 41, 42 y 43 rechazan enfáticamente la teoría de que no hay derechos sin ley, de que no hay derechos contra la ley y de que no hay derechos anteriores a la ley. Indican que la justicia se sitúa por encima de la ley y que el reconocimiento de los derechos naturales, o de los derechos humanos, no depende de la ley y que la Constitución confirma su existencia y les dota de protección. El individuo tiene derechos humanos naturales sobre los cuales el Estado carece de autoridad, y la familia, como comunidad primaria y fundamental de la sociedad, tiene como tal un derecho a la no interferencia del Estado».

La teoría del Derecho natural, muy criticada desde los ochenta por la doctrina<sup>12</sup>, inicia su decadencia a raíz del recurso previo (art. 26 CI) presentado por el Presidente de la República contra la *Regulation of Information (Services Outside the State for Termination of Pregnancies) Bill* de 1995, derivada de la reforma constitucional de 1992, que más adelante se citará. Poco antes de la Sentencia, ya el juez O'Hanlon había adelantado, fuera del Tribunal, la necesidad de un cambio de criterio<sup>13</sup>, y desde entonces se observa un claro repliegue a favor de la soberanía popular, en la práctica identificada con la «soberanía de la Constitución», en detrimento del Derecho natural. En la Sentencia *Re Article 26 and the Regulation of Information Bill* (1995), el giro radical con respecto a *McGee* es evidente: «Los tribunales, tal y como han sido y tal y como deben ser, reconocen la Constitución como la norma fundamental del Estado, a la que se someten los órganos del Estado, y en ningún lugar se reconoce a los preceptos del Derecho natural como superiores a la Constitución. El pueblo ha sido habilitado para reformar la Constitución [...] y la Constitución es la norma suprema y fundamental del Estado en la medida en que representa la voluntad del pueblo».

Poco después, en *O'T v B* (1998) el Tribunal Supremo reconoce el (nuevo) derecho de los hijos a conocer la identidad de sus padres biológicos, como derivación lógica de la relación entre padres e hijos ya reconocida en las ya citadas Sentencias *G* y *McGee*, pero la argumentación se apoya en el «corpus de Derecho constitucional existente», rechazando de nuevo el recurso al Derecho natural. El voto particular del juez Keane se muestra en contra, hace un llamamiento a la autocontención judicial en el campo de los derechos no enumerados y añade tres

12 Entre otros, D. CLARKE, «The Role of Natural Law in Irish Constitutional Law», *Irish Jurist*, n.º 17, 1982 y G. HOGAN, «Unenumerated Personal Rights: Ryan's Case Re-evaluated», *Irish Jurist*, n.º 25-27, 1990-1992. A favor, sin embargo, defendiendo todavía una lectura constitucional de los «derechos naturales» (mejor que del «Derecho natural»), R. HUMPHREYS, «Interpreting Natural Rights», *Irish Jurist*, n.º 28-30, 1993-1995.

13 R. O'HANLON, «Natural Rights and the Irish Constitution», *Irish Law Times*, n.º 11, 1993.

argumentos: los derechos son algo diferente y superior a los meros intereses, solo pueden derivar de los principios nucleares de la Constitución y no deberían estar sujetos a limitaciones tan fuertes como en el presente caso, donde el derecho a la privacidad de los padres biológicos juega un papel clave en contra. Esta posición de autocontención terminará prevaleciendo en las sentencias que niegan la existencia de derechos fundamentales sociales, a las que después haré referencia.

Hace diez años, la doctrina más solvente daba por concluida la jurisprudencia de los derechos no enumerados<sup>14</sup>. Sin embargo, últimamente reaparece, y el asunto merece una particular atención<sup>15</sup>. La Sentencia del Tribunal Superior *Merriman v Fingal County Council* (2017) crea expresamente un nuevo derecho al medio ambiente. Se nota que el juez Barrett conoce bien las críticas a la doctrina de los derechos no enumerados y se esfuerza especialmente en argumentar su posición. Comienza curándose en salud, rechazando toda suerte de fundamento religioso: «La secular filosofía ambiental ofrece un fundamento racional y no religioso que nos permite llegar a una conclusión no muy alejada de la defendida por las religiones más importantes. [...] Aunque este tribunal tiene el mayor respeto por las convicciones religiosas de todas las personas, esta sentencia pretende ser, y así lo ha sido, decidida exclusivamente siguiendo el razonamiento jurídico aceptado»

Seguidamente pretende buscar un fundamento «objetivo» de este nuevo derecho, sin referencia alguna al Derecho natural, ya definitivamente fenecido, y lo encuentra en el consenso de la comunidad científica y de la propia sociedad irlandesa sobre la importancia del bien jurídico protegido: «Ha quedado demostrado (i) una creciente preocupación pública por el incremento de la degradación ambiental y (ii) un mayor convencimiento público de que la calidad de nuestra vida como nación, y como miembros de la comunidad humana global, está amenazada por los procesos que ponen en riesgo la verdadera calidad de vida que actualmente disfrutamos».

Por último, acogiendo como mejor fundada la tesis de los derechos implícitos o derivados de los expresamente reconocidos o de los principios de la Constitución, concluye: «Los miembros de *Friends of the Irish Environment* [asociación

14 O. DOYLE, *Constitutional Law: Text, Cases and Materials*, Clarus Press, Dublín, 2008, p. 108, o desde un excelente ejercicio de periodismo político, R. MAC CORMAIC, *The Supreme Court*, Penguin Books, Dublín, 2017, pp. 334-336, seguramente la mejor introducción para no juristas al Derecho constitucional irlandés, que llegó a ser número uno en ventas de libros de no ficción en Irlanda; aquí el autor viene a afirmar que el fin de la doctrina de los derechos no enumerados trae causa del carácter de los nuevos jueces, más «políticos» y por tanto más deferentes al poder. Para una crítica de conjunto a la jurisprudencia de los derechos no enumerados, D. M. CLARKE, «Unenumerated Rights in Constitutional Law», *Dublin University Law Journal*, n.º 34, 2011. Recientemente, uno de los más prestigiosos jueces del Tribunal Superior la resumía con estas palabras: «fuimos demasiado lejos y demasiado rápido»: G. HOGAN, «Unenumerated Personal Rights: The Legacy of Ryan v. Attorney General», en L. Cahillane y otros (eds.), *Judges, Politics and the Irish Constitution*, Manchester University Press, 2017, esp. pp. 58-59.

15 El propio DOYLE, en la segunda edición de su manual de Derecho constitucional (2019), escrito ahora en colaboración con T. HICKEY, no tiene más remedio que admitir esta resurrección, dando cumplida cuenta de la última sentencia relevante, a la que enseguida me referiré.

recurrente], y por extensión toda la población, se encuentran igualmente en riesgo, en términos de su integridad física, ante la global, local y acelerada degradación de nuestro medio ambiente. Es difícil entender cómo la dignidad y la libertad de los individuos pueden ser aseguradas si el medio ambiente natural que afecta a nuestro bienestar resulta crecientemente dañado».

En el caso, desestima finalmente la demanda por considerar que la decisión del Consejo del Condado de Fingal de prorrogar la concesión de una de las pistas del aeropuerto de Dublín estaba suficientemente justificada. El alcance futuro de este nuevo derecho está por ver<sup>16</sup>, pero su reconocimiento es firme.

Todavía encontramos un último derecho nuevo en *NHV v Minister for Justice and Equality*, de 2018. Un demandante de asilo de nacionalidad birmana llevaba ocho años esperando respuesta a su solicitud. La *Refugee Act* de 1996 prohibía a los solicitantes de asilo buscar y obtener un empleo, sin excepciones. El Tribunal Supremo, haciendo uso de la novedosa técnica del diálogo entre poderes, experimentada con éxito, entre otros lugares, en Canadá, considera que la ley es inconstitucional pero suspende el fallo y concede al Parlamento un período de seis meses para enmendar la ley<sup>17</sup>. La Sentencia declara la existencia de un nuevo derecho al trabajo (entendido como derecho de libertad), derivado de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad. La vieja referencia al Derecho natural es sustituida, significativamente, por el artículo 15 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y por las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas<sup>18</sup>.

### III. LA POSICIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LA APLICACIÓN DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Los estudiosos tratan conjuntamente, y desde hace tiempo, el Derecho constitucional e internacional en sus escritos sobre derechos<sup>19</sup>. Irlanda ha ratificado un

16 De interés, T. PERNOT, «The Right to an Environment and its effects for climate change litigations in Ireland», *Trinity College Law Review*, n.º 22, 2019.

17 Sobre esta novedosa técnica de control de constitucionalidad, como presupuesto de un auténtico diálogo entre poderes, aún por llegar, últimamente, O. DOYLE y T. HICKEY, *Constitutional Law*, cit., pp. 268-272, con referencia a las sentencias más significativas.

18 Para una revisión crítica del uso del Derecho internacional como argumento para la creación de derechos nuevos, J. ROONEY, «International Human Rights as a Source of Unenumerated Rights: Lessons from the Natural Law», 2019, disponible en <https://ssrn.com/abstract=3448471> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3448471>. El autor critica que favorece el activismo judicial, incluso más que la vieja doctrina del Derecho natural, y puede que sea cierto (más si los tribunales irlandeses empiezan a citar el *soft law* internacional), pero al menos dota a la argumentación de una mayor objetividad.

19 Véase, p. ej., los dos manuales de referencia: E. DEWHURST, N. HIGGINS y L. WATKINS, *Principles of Irish Human Rights Law*, Clarus Press, Dublín, 2012, y H. BECKER y otros, *Human Rights Law*, Oxford University Press, 4.ª ed., 2012, donde cada capítulo tiene cuatro apartados: Derecho constitucional, CEDH, CDF

número importante de tratados sobre derechos humanos y mantiene una política exterior bastante activa en la materia<sup>20</sup>. Sin embargo, la doctrina desde siempre considera (basándose en una lectura rigurosa del art. 29.6 CI) que los tratados internacionales, pese a su ratificación, deben incorporarse al Derecho interno para gozar de eficacia directa o justiciabilidad<sup>21</sup>. Prueba de la firmeza de esta tesis son las reformas constitucionales que establecen una excepción expresa a esta regla general, en relación con el Derecho de la Unión Europea<sup>22</sup>.

El artículo 29.6 CI dispone que «Ningún acuerdo internacional pasará a formar parte del derecho interno sino en la forma determinada por el Parlamento» pero bien podría haberse considerado que esa «determinación» (la doctrina utiliza el término *incorporation*) parlamentaria es la misma ratificación, habida cuenta de que resulta necesaria (aunque ciertamente solo de una Cámara) en todo caso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 29.5.1.<sup>23</sup> La posición de SMYTH, a cuenta de la aplicación directa del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ratificado por Irlanda en 1989, una fecha bastante tardía), demuestra que la cuestión no es tan clara: tras calificar al modelo irlandés como «ultra-dualista», «una posición claramente decidida por la Constitución», seguidamente añade que «la extensión en la cual los tratados no incorporados pueden tener efectos en el Derecho nacional no está del todo clara»<sup>24</sup>, y las formas de aplicación de los tratados ratificados pero no «incorporados»<sup>25</sup> a veces se aproximan bastante al efecto directo. Desde mi interpretación (literal), se trata más de una concepción tradicional del sistema de *common law* que una imposición clara de la Constitución. En todo caso, Irlanda tendrá muchas dificultades para incorporarse a las más recientes tendencias a favor del control de convencionalidad.

y Derecho internacional. Resulta significativo que, pese a que la CI habla de «fundamental rights», esta doctrina prefiere el término «human rights», no prestando demasiada importancia a la diferencia entre derechos de Derecho constitucional y derechos de Derecho internacional.

20 M. O'FLAHERTY, «Irish Foreign Policy and Human Rights», en S. EGAN, *International Human Rights: Perspectives from Ireland*, Bloomsbury, Dublín, 2015, pp. 373 y ss.

21 Doctrina unánime. P. ej., E. DEWHURST y otros, *Principles...*, cit., p. 20. Para un análisis más detallado, D. FENNELLY, *International Law in the Irish Legal System*, Round Hall, Dublín, 2014, pp. 60 y ss.

22 Ya la Tercera Enmienda (1972), modificando el art. 29.4.3.º CI, señaló que «Ninguna disposición de esta Constitución invalida leyes, actos o medidas adoptadas por el Estado en cumplimiento de sus obligaciones como miembro de las Comunidades Europeas, o impide que las leyes, actos o medidas adoptadas por las Comunidades, o por sus instituciones, tengan fuerza de ley en el Estado». En sentido similar, véanse las enmiendas 10.ª (1987), sobre el Acta Única Europea; 11.ª (1992), sobre el Tratado de Maastricht; 18.ª (1998), sobre el Tratado de Ámsterdam; 26.ª (2002), sobre el Tratado de Niza; 28.ª (2009), sobre el Tratado de Lisboa y 30.ª (2012), sobre el llamado Pacto Presupuestario. Para los detalles, D. FENNELLY, *International...*, cit., pp. 50 y ss. y G. W. HOGAN y otros, *Kelly: The Irish Constitution*, Bloomsbury, Dublín, 5.ª ed., 2018, pp. 591 y ss.

23 «Todo acuerdo internacional en que el Estado sea parte será antes sometido a la Cámara de Representantes».

24 C. M. SMYTH, *Social and Economic Rights in Ireland*, Clarus Press, Dublín, 2017, p. 83.

25 D. FENNELLY (en *International...*, cit., pp. 88 y ss.) señala los siguientes: elemento auxiliar de la interpretación del Derecho irlandés, limitación de la actividad administrativa (*constraint on administrative decision-making*) y elemento auxiliar de determinación del *Common Law*, la política pública y el Derecho internacional consuetudinario.



El caso emblemático es *Kavanagh v The Governor of Mountjoy Prison and the Attorney General* (2002), donde el Tribunal Supremo rechazó expresamente la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incluso después del dictamen contra Irlanda del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

La posición antes descrita planteaba un serio problema político en relación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Irlanda fue uno de los Estados signatarios del mismo (1950) y uno de los primeros en ratificarlo (1953), pero como afirmó inicialmente la doctrina, «el CEDH era Derecho *para* Irlanda pero no Derecho *en* Irlanda», y la jurisprudencia siempre dejó claro que el CEDH no era de aplicación directa<sup>26</sup>. En los primeros años no se dio demasiada importancia al tema, a la vista del escaso número de condenas de Estrasburgo (24 en total entre 1959 y 2019), y prevaleció la idea de que la incorporación no resultaba necesaria, habida cuenta de la coincidencia sustancial entre los catálogos del CEDH y de la CI, ampliado el segundo (pero en la práctica también el primero) mediante la técnica de los «derechos no enumerados». Esta tendencia comienza a cambiar tras el *Good Friday Agreement* de 1998, dirigido entre otras cosas a facilitar el acercamiento, también jurídico, con el Reino Unido, que el mismo año dictó la *Human Rights Act*, antecedente claro de la ley irlandesa, pese a las importantes diferencias de sus sistemas constitucionales<sup>27</sup>: al menos sobre el papel, la incorporación irlandesa será más modesta<sup>28</sup>. La Ley de 2003 sitúa expresamente al CEDH debajo de la Constitución (*subject to the Constitution*), y el Tribunal Supremo lo ha dejado bien claro, entre otras, en la Sentencia *Carmody v Minister for Justice, Equality and Law Reform* (2009). Ciertamente, podrían conectarse in-convencionalidad e inconstitucionalidad<sup>29</sup>, pero esta conexión queda en manos de la discrecionalidad judicial, más teniendo en cuenta que la CI carece de una obligación expresa de interpretación de los derechos de conformidad con el Derecho internacional.

La Ley sin embargo sí obliga a los tribunales a interpretar el Derecho irlandés de conformidad con el CEDH<sup>30</sup>, pero solo en la medida de lo posible (*in so far as is possible*). Lo más importante es la Sección 5, que permite a los tribunales

26 P. ej., en *Re Ó Laighléis* (1960), el Tribunal Supremo señaló: «El Parlamento no ha determinado que [el CEDH] forme parte del Derecho nacional del Estado, y consecuentemente este tribunal no puede dotar de eficacia al Convenio si resulta contrario a nuestra legislación o si reconoce derechos o impone obligaciones adicionales a ella».

27 Destacadas p. ej. por F. DE LONDRAS, «Declarations of Incompatibility under the ECHR Act 2003: A Workable Transplant?», *Statute Law Review*, n.º 35, 2014.

28 M. L. PARIS, «The European Convention on Human Rights: Implementation Mechanisms and Compliance», en S. Egan (ed.), *International Human Rights: Perspectives from Ireland*, Bloomsbury, Dublín, 2015, p. 103.

29 Así, F. DE LONDRAS y C. KELLY, *European Convention on Human Rights Act: operation, impact and analysis*, Thomson-Round Hall, Dublín, 2010, p. 39.

30 Para un análisis detallado, F. DE LONDRAS y C. KELLY, *European Convention...* cit., pp. 131 y ss.; potenciando las posibilidades de este mandato interpretativo, C. KELLY, «Maximising the Potential of the European Convention on Human Rights Act 2003: The Interpretative Obligation and the Importance of Framing», en S. Egan, L. Thornton y J. Walsh (eds.), *Ireland...*, cit., pp. 55 y ss.

irlandeses, cuando no haya otro remedio jurídico adecuado o disponible, declarar la incompatibilidad de una norma jurídica, incluso de rango legal, con el CEDH, pero dicha declaración no produce la invalidez de la norma interna sino únicamente implica un llamamiento al legislador para que adopte las modificaciones oportunas. Interesa asimismo destacar que se crea un procedimiento judicial especial para que los ciudadanos (siempre que resulten afectados en sus derechos del CEDH) puedan hacer valer esa incompatibilidad y que se prevé expresamente la posibilidad de solicitar una indemnización en estos casos<sup>31</sup>.

Gracias a la Ley de 2003, la alegación del CEDH es relativamente frecuente en los tribunales irlandeses. Sin embargo, la más reciente doctrina constata una cierta decepción<sup>32</sup>, derivada sobre todo de la debilidad congénita del modelo de declaración de incompatibilidad, pues a los abogados les resulta más útil atacar la constitucionalidad de las normas, para así lograr su invalidez (véase más adelante, el apartado VII), e incluso acudir (si se puede) a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con efecto directo y primacía, al menos teóricamente<sup>33</sup>. Tampoco existen, a diferencia del Reino Unido, mecanismos de control previo de adecuación al CEDH ni seguimiento parlamentario<sup>34</sup>.

A mediados de 2019 en Irlanda se habían producido solo dos declaraciones de incompatibilidad (en el Reino Unido llegaban casi a la treintena en la misma fecha), y el legislador, aunque sin mucha prisa, las ha tenido en cuenta:

- a) La Sentencia *Foy v An t-Ard Chlàraitheoir* (2007) del Tribunal Superior declaró la incompatibilidad del Derecho irlandés con el artículo 8 CEDH<sup>35</sup> y ocho años después la *Gender Recognition Act* de 2015 reconoció los derechos de las personas transexuales<sup>36</sup>.

31 Para más detalles sobre la declaración de incompatibilidad y el proceso para llegar a ella, F. DE LONDRES y C. KELLY, *European Convention...* cit., pp. 192 y ss. Como nota original, la Ley prevé la posibilidad de que el Ombudsman actúe como *amicus curiae* en estos procesos e incluso, en la práctica, que pueda prestar asesoramiento a los litigantes; vid. nuevamente F. DE LONDRES y C. KELLY, *European Convention...* cit., pp. 223 y ss.

32 P. ej., F. DE LONDRES, «Neither Herald nor Fanfare: The Limited Impact of the ECHR Act 2003 on Rights Infrastructure in Ireland», en S. Egan, L. Thornton y J. Walsh (eds.), *Ireland and the European Convention on Human Rights: 60 Years and Beyond*, Bloomsbury, Dublín, 2014, pp. 37 y ss., o B. DICKSON, *The Irish Supreme Court*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 302-303.

33 Vid. no obstante, sobre las diferencias entre los ámbitos de aplicación de la CDF y del CEDH, con datos comparativos sobre la práctica de los tribunales irlandeses, S. KINGSTON, «Two-Speed Rights Protection? Comparing the Impact of EU Human Rights Law and ECHR Law in Irish Courts», en S. Egan, L. Thornton y J. Walsh (eds.), *Ireland...*, cit., pp. 109 y ss.

34 Vid. M. L. PARIS, «The European...», cit., pp. 104-107, incluyendo al final algunas propuestas de reforma, aunque reconociendo que el problema de fondo es de cultura político-jurídica. Para la ley del Reino Unido, entre nosotros, E. VÍRGALA FORURIA, *La Constitución británica en el siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 104-113.

35 Para más detalles, T. NÍ MHUIRTHILE, «Article 8 and the Realisation of the Right to Legal Gender Recognition», en S. Egan, L. Thornton y J. Walsh (eds.), *Ireland...*, cit., pp. 201 y ss.

36 Para el contexto y la evolución del caso, K. O'HALLORAN, *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law*, Routledge, Abingdon, 2020, parte II, capítulo 5.

- b) Las Sentencias *Donegan v Dublin City Council & Others* y *Dublin City Council v Gallagher*, ambas de 2008 y del Tribunal Superior, declaran la incompatibilidad de determinados preceptos legales, nuevamente con el artículo 8 CEDH, en materia de derecho a la vivienda. Seis años después, la *Housing Act* de 2014 (Sección 18) mejora la protección administrativa y judicial en los casos de desahucio, pero su alcance para reducir las vulneraciones del derecho en Irlanda parece haber sido bastante reducido<sup>37</sup>.

Pese a sus modestos resultados, el mecanismo resulta interesante, pues permite clarificar el punto más crítico de las relaciones entre el CEDH y las leyes nacionales<sup>38</sup>, reforzando la vinculación del primero y desde luego la seguridad jurídica.

#### IV. LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS Y EL CONTROL DE LAS INTERVENCIONES

La jurisprudencia de cada país se resiste obviamente a ser conceptualizada ideológicamente, y ello por varias razones: con el transcurso del tiempo hay siempre alguna evolución significativa, que incluso resulta saludable<sup>39</sup>, y no pocas contradicciones<sup>40</sup>, y los magistrados ocultan casi siempre sus teorías, si es que las tienen<sup>41</sup>, y especialmente sus «pre-comprensiones» valorativas<sup>42</sup>. Cualquier intento de

37 Así, G. WHYTE, «Public Interest Litigation in Ireland and the European Convention on Human Rights Act 2003», en S. Egan, L. Thornton y J. Walsh (eds.), *Ireland...*, cit., pp. 265 y ss.

38 Cuando el TEDH condena a un Estado miembro, a veces la violación del derecho trae causa de la legislación, pero esto no siempre está claro. Si los jueces se tomaran en serio el control de convencionalidad, que es además difuso, el riesgo de inseguridad jurídica se acrecentaría, de ahí la oportunidad de este mecanismo.

39 F. DE LONDRA, «In defence of judicial innovation and constitutional evolution», en L. Cahillane y otros (eds.), *Judges, Politics and the Irish Constitution*, Manchester University Press, 2017.

40 Algunas se desvelan con agudeza en D. G. MORGAN, «Judicial Activism — Too much of a Good Thing», en T. Murphy y P. Twomey (eds.), *Ireland's Evolving Constitution 1937-97: Collected Essays*, Hart, 1998, pp. 107 y ss.

41 A. HUNT, en «The Irish Constitution and the Limits of Constitutionalism», en T. Murphy y P. Twomey (eds.), *Ireland's Evolving...*, cit., pp. 317 y ss., hace un interesante llamamiento (crítico) a la comunidad científica para cubrir esta evidente «falta de teoría» de los tribunales, pues sin ella el Derecho constitucional seguirá dando palos de ciego...aunque acaba reconociendo que el predominante «análisis formalista del Derecho público por parte de la doctrina» no es exclusivo de Irlanda.

42 Se advierte no obstante, como se ha comprobado con el ejemplo de los derechos no enumerados, un uso frecuente y consciente de la interpretación de los derechos conforme a valores. El método queda bien descrito en la Sentencia del TS *McGee v Attorney General* (1974): a la hora de interpretar los derechos, «la Constitución ofrece ciertas líneas guía para el juez. La misma estructura y contenido de los artículos que tratan sobre derechos fundamentales indican claramente que la justicia no está subordinada a la ley [...] De acuerdo con el Preámbulo, el pueblo se dio a sí mismo la Constitución para promover el bien común con la debida observancia a la prudencia, la justicia y la caridad, así como para asegurar la dignidad y libertad de los individuos. Los jueces deben, por tanto, del mejor modo que puedan según sus conocimientos y experiencia, interpretar estos derechos de acuerdo con sus ideas de prudencia, justicia y caridad». Y continúa con una atenuación «sociológica» y «evolutiva» de una peligrosa determinación subjetiva del Derecho natural: «pero es natural que en ocasiones las ideas prevalentes sobre estas virtudes se vean condicionadas por el paso del tiempo; ninguna

calificar estas concepciones judiciales implícitas de una forma global (otra cosa es el análisis de sentencias concretas) tendrá siempre algo de simplificación<sup>43</sup>. Sin embargo, como se comprobará mejor en el apartado siguiente, los estudios de conjunto advierten la presencia de una impronta marcadamente liberal<sup>44</sup>.

De otro lado, la doctrina ha sistematizado bien los criterios de interpretación utilizados por los tribunales irlandeses, lo que es una manera tangencial de aproximarse al tema, y a ello me remito<sup>45</sup>.

El Tribunal Supremo, formado por doce miembros (dos miembros natos, los Presidentes del Tribunal de Apelaciones y del Tribunal Superior, y diez nombrados por el Presidente de la República, pero en la práctica por el Gobierno, tras dictamen no vinculante del *Judicial Advisory Board*)<sup>46</sup>, cuyo mandato se extiende hasta su jubilación (70 años), ha desarrollado una jurisprudencia en general poco innovadora y sin excesivas pretensiones teóricas, lo que quizás se debe a la ausencia de profesores universitarios en el Tribunal, en contraste con otros países europeos<sup>47</sup>. Es cierto que la propia CI, dada la época de su aprobación y su carácter

interpretación de la Constitución es para siempre. Debe realizarse a la luz de las ideas y conceptos prevalentes». Concluye la Sentencia, poniendo como ejemplo al TS de Estados Unidos, con un firme rechazo al positivismo jurídico como guía de la jurisprudencia.

43 El interesante libro de E. DALY y T. HICKEY, *The political theory of the Irish Constitution*, Manchester University Press, 2015, más que una reconstrucción del modelo irlandés tal y como se ha desarrollado en la práctica es una propuesta de lectura totalmente nueva, más normativa (en el sentido de las ciencias sociales) que descriptiva. Si bien los autores hacen algunas referencias aisladas a la jurisprudencia del TS, con buen criterio evitan conceptualizar ideológicamente dicha jurisprudencia como un todo. En su visión de conjunto, otro constitucionalista concluye: «No hemos percibido que los tribunales hayan seguido una teoría o un método de interpretación constitucional particulares»: G. HOGAN, «Constitutional interpretation», en F. Litton (ed.), *The Constitution of Ireland 1937-1987*, Institute of Public Administration, Dublín, 1988, p. 187.

44 P. ej., W. BINCHY, «The Supreme Court of Ireland», en B. Dickson (ed.), *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*, Oxford University Press, 2007, esp. pp. 214-215.

45 Una síntesis interesante puede verse en O. DOYLE y T. HICKEY, *Constitutional Law: Text, Cases and Materials*, Clarus Press, Dublín, 2019, pp. 60-71, destacando el uso de la jurisprudencia de los valores. Más ampliamente, G. W. HOGAN y otros, *Kelly: The Irish Constitution*, cit., pp. 9 y ss.

46 Aunque nada se dice en la Constitución, según la ley (*Court and Courts Officer Act 1995*), el Gobierno debe tener en cuenta la «recomendación» del *Judicial Appointments Advisory Board* (JAAB), formado por diez miembros (los cinco Presidentes de los tribunales más importantes, el Fiscal General, el Decano del Colegio de Abogados (*Bar Council*), un miembro designado por la *Law Society* y tres más por el Ministerio de Justicia), y lo habitual es que siga dicha recomendación. En la práctica, hay un cierto corporativismo del foro (raramente un profesor ha sido nombrado juez), que tiende a excluir a los juristas progresistas, pero no se cuestiona la independencia de los nombrados, garantizada sobre todo porque son prácticamente vitalicios. Para un estudio exhaustivo y crítico, combinando dogmática y sociología jurídica, J. C. MACNEILL, *The Politics of Judicial Selection in Ireland*, Four Courts Press, Dublín, 2016. Para el contexto político de algunos nombramientos polémicos y sobre las relaciones entre jueces y políticos, con nombres y apellidos, R. MAC CORMAIC, *The Supreme Court*, cit., pp. 299 y ss., 326 y ss. y 353 y ss. El método de nombramiento, sin duda poco democrático, podría derivar hacia una jurisprudencia politizada; sin embargo, un concienzudo estudio empírico demuestra que no ha sido así: R. ELGIE, S. McAULEY y E. O'MALLEY, «The (not-so-surprising) non-partisanship of the Irish Supreme Court», *Irish Political Studies*, n.º 33, 2018.

47 Los votos particulares, muy frecuentes en la jurisprudencia irlandesa, dejan no obstante entrever las teorías subyacentes. Para un interesante estudio sobre el uso del voto particular en Irlanda, N. NI LOIN-SIGH, «Judicial Dissent in Ireland: Theory, Practice and the Constraints of the Single Opinion Rule», *The Irish Jurist*, n.º 51, 2014.

moralmente conservador<sup>48</sup> (véase la importancia de la propiedad y la familia y la inicial prohibición del divorcio, después suprimida), puede conducir a concepciones poco avanzadas de los derechos, más próximas a un liberalismo tradicional que a uno republicano<sup>49</sup>. De hecho, buena parte de la doctrina, revelando esa impronta conservadora del texto constitucional, aboga claramente por su reforma, en un sentido más acorde con las necesidades actuales, especialmente en materia de justicia social<sup>50</sup>.

La jurisprudencia se centra en los derechos de defensa y en las intervenciones (*interferences*) sobre ellos. Tras algunas vacilaciones iniciales, desde la década de los noventa comienza a consolidarse el principio de proporcionalidad<sup>51</sup>. Como *leading case* suele citarse la Sentencia del Tribunal Supremo *Cox v Ireland* (1992), que declaró inconstitucional (sin mencionar todavía expresamente este principio) la sección 34 de la *Offences Against the State Act* de 1939, por discriminatoria contra los empleados públicos, y *Re Article 26 and the Matrimonial Home Bill 1993* (1994), que hizo lo propio con dicho proyecto, considerado contrario al mandato constitucional de protección de la familia, ya con expresa referencia al principio. El test de proporcionalidad se detalla finalmente en *Heaney v Ireland* (1994), de nuevo sobre la *Offences Against the State Act*, esta vez sobre su sección 52. El Tribunal Supremo no tiene complejo en citar como referente al TEDH y al Tribunal Supremo de Canadá y formula el principio en los siguientes términos: «El objetivo de los preceptos impugnados debe tener la suficiente importancia como para merecer su prevalencia [*over-riding*] sobre un derecho constitucionalmente protegido. Debe referirse a cuestiones apremiantes y sustanciales en una sociedad democrática y los medios elegidos deben superar un test de proporcionalidad.

48 Para un resumen del proceso constituyente, donde se aprecia la influencia decisiva de la Iglesia Católica, por todos, D. KEOGH, «The Constitutional Revolution: an analysis of the making of the Constitution», en F. Litton (ed.), *The Constitution of Ireland 1937-1987*, cit., pp. 4 y ss. Más claramente, G. FITZGERALD, «The Irish Constitution in Its Historical Context», en T. Murphy y P. Twomey (eds.), *Ireland's Evolving...*, cit., esp. p. 37.

49 Sin embargo, recientemente T. HICKEY, en «Judges as God's philosophers? Re-thinking principle in constitutional adjudication», en L. Cahillane, J. Gallen y T. Hickey (eds.), *Judges, Politics and the Irish Constitution*, Manchester University Press, 2017, pp. 64 y ss., observa dos tendencias jurisprudenciales, una libertaria (representada por el juez Hogan y la Sentencia *McGee*, varias veces citada) y otra liberal (en el sentido estadounidense del término) o republicana, que ejemplifica en el juez Kearns y la Sentencia *Doberty v Government of Ireland* (2011). Veamos esta última: en Irlanda, producida una vacante parlamentaria (en el caso, un diputado abandonó su escaño por ser elegido para el Parlamento Europeo), el Gobierno debe convocar elecciones parciales (*by-election*) pero la ley no dice cuándo: el TS aplica aquí el principio constitucional (implícito en la CI) de democracia representativa y obliga a dicha convocatoria. El trabajo de HICKEY es interesante: descubre y defiende en la jurisprudencia un uso a lo Dworkin de los principios, que no implica necesariamente un aumento del poder de los jueces pues hoy día es muy difícil que los tribunales actúen al margen de su entorno: la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución es ya un hecho real.

50 P. ej., I. BACICK, «Future directions for the Constitution», en E. Carolan y O. Doyle (eds.), *The Irish Constitution: Governance and Values*, Thomson-Round Hall, Dublín, 2008, esp. pp. 141-143.

51 Para una síntesis del uso del principio, últimamente, D. KENNY, «Proportionality and the Inevitability of the Local: a comparative localist analysis of Canada and Ireland», *American Journal of Comparative Law*, vol. 66, n.º 3, 2018.

Ellos deben: estar racionalmente conectados con el objetivo y no ser arbitrarios, injustos [*unfair*] o basados en consideraciones irracionales; afectar [*impair*] a los derechos lo menos que sea posible, y sus efectos sobre los derechos deben ser proporcionales al objetivo».

Desde entonces, el principio es utilizado en numerosos casos, entre ellos sobre tutela judicial y derechos del proceso penal, sufragio, libertad personal, legalidad, imposición de penas, libertad de expresión, derechos familiares, libertad religiosa o integridad física<sup>52</sup>. El Tribunal Supremo considera sin embargo que en determinados derechos (o, más propiamente, en determinados casos) la invocación de la proporcionalidad resulta «inapropiada». Este es el caso de la igualdad (*SM v Ireland (No 2)*, 2007), pues cuando la discriminación es clara, huelgan más consideraciones: una suerte de tácito reconocimiento de la teoría absoluta del contenido esencial.

El modo de argumentar de los tribunales irlandeses para el control de las intervenciones sobre los derechos de defensa es el siguiente:

- a) Inicialmente deben concretarse los objetivos perseguidos por la intervención. Aquí el Tribunal Supremo se siente libre para determinar a su manera estos objetivos, sin necesidad de recurrir a los debates parlamentarios. Si bien en *Heany* se exigía el criterio de la importancia del objetivo, este acaba diluyéndose en la práctica, bajo la excusa de la presunción de constitucionalidad. Solo en casos muy excepcionales se presenta alguna duda, pero no hasta el punto de considerar el objetivo como ilegítimo. Muchos de los objetivos del legislador se apoyan en circunstancias fácticas que deberían demostrarse, pero nuevamente aquí los tribunales eluden entrar en el análisis. La excepción es la Sentencia del Tribunal Superior *Gilligan v Criminal Assets Bureau* (1998), donde se niega el presupuesto fáctico del aumento de la criminalidad.
- b) El elemento de razonabilidad (*rational connection between means and ends*), que nosotros solemos llamar adecuación, no suele ser tomado en consideración, dándose por evidente en la inmensa mayoría de los casos<sup>53</sup>. Las excepciones son la Sentencia del Tribunal Superior *McCann v District Judge Monaghan* (2009), que declaró inconstitucional la sección 6 de la

52 Las referencias, en G. W. HOGAN y otros, *Kelly: The Irish Constitution*, cit., p. 1480. Resulta encomiable el esfuerzo de la doctrina (véase por todos la obra de DEWHURST y otros, ya citada) de analizar sistemáticamente cada derecho, incluyendo para cada figura las «justificaciones legítimas de intervención sobre el derecho», y dentro de ese apartado, el principio de proporcionalidad.

53 Cuando el planteamiento no es propiamente de derechos fundamentales sí puede ser trascendente, entendido como deber de motivación, como sucede en la Sentencia del TS *Mallak v Minister for Justice, Equality and Law Reform*, de 2012, donde se anula la denegación de la nacionalidad simplemente por falta de motivación. La importancia del caso es destacada en T. COCHRANE, «A General Public Law Duty to Provide Reasons: Why New Zealand Should Follow the Irish Supreme Court», *New Zealand Journal of Public and International Law*, vol. 11, n.º 3, 2013, pp. 517 y ss.

*Enforcement of Courts Orders Act* de 1940: pese a la legitimidad del objetivo (facilitar el pago de las deudas), la medida de prisión fue considerada inadecuada (*arbitrary, unfair and not based on rational considerations*) para su consecución. Un razonamiento similar se encuentra en *Bleibein v Minister for Health* (2009).

- c) El elemento del menor daño a los derechos (*minimum impairment of rights, excessiveness*), que nosotros llamamos necesidad, se puede entender de distintas maneras, y los tribunales irlandeses no desarrollan un modelo coherente sobre ello. La Sentencia *McNally v Ireland* (2009), del Tribunal Superior, pone de manifiesto esta pluralidad de concepciones pero no se pronuncia por ninguna de ellas. En bastantes casos el elemento desaparece, absorbido por la ponderación. En general, el uso del elemento de la necesidad es bastante débil, y muy pocas veces se revela útil para un efectivo control de las intervenciones. Como ejemplo puede citarse la Sentencia *Murphy v IRTC* (1999), donde el Tribunal Supremo rechaza expresamente examinar posibles alternativas menos dañosas para la libertad religiosa, pues ello implicaría una intromisión en las funciones de otros poderes. Quizás la única Sentencia donde el elemento de la necesidad tiene trascendencia para resolver el caso es *DK v Crowley* (2002), donde el Tribunal Supremo declaró inconstitucional el precepto de la *Domestic Violence Act* de 1996 que permitía expulsar de la vivienda al acusado de violencia de género sin determinar el plazo de la expulsión.
- d) El elemento de la ponderación (*balancing*), considerado el decisivo en el juicio de proporcionalidad<sup>54</sup>, apenas es utilizado, y aun así, sin mucha consistencia. La Sentencia más clara es *Daly v Revenue Commissioners* (1995), bien valorada por la doctrina<sup>55</sup>, donde el Tribunal Supremo declaró inconstitucional un precepto de la *Finance Act* de 1990, que ampliaba el plazo para el cobro de unas deducciones fiscales. Sin embargo, en *King v Minister for Environment* (2007) o en *Bleibein v Minister of Health* (2009), el Tribunal Supremo practica una ponderación poco clara.

En general, la doctrina critica el uso del principio de proporcionalidad por los tribunales irlandeses<sup>56</sup>. Los puntos más débiles son: poca atención al texto consti-

<sup>54</sup> El *balancing* es el único criterio cuando hay dos derechos fundamentales en conflicto, como sucede en *Tuohy v Courtney* (1994), aunque tampoco aquí el juicio de proporcionalidad, pese a su simplicidad, resulta muy coherente: al respecto, B. FOLEY, «Inconsistencies in Proportionality» (disponible en [http://www.brianfoley.ie/Prop\\_Essay\\_GCD.pdf](http://www.brianfoley.ie/Prop_Essay_GCD.pdf)), criticando de nuevo el mal llamado principio de deferencia al legislador.

<sup>55</sup> G. W. HOGAN, «The Constitution, Property Rights and Proportionality», *The Irish Jurist*, n.º 32, 1997, pp. 373 y ss.

<sup>56</sup> P. ej., B. FOLEY, «The proportionality test: present problems», *Judicial Studies Institute Journal*, n.º 1, 2008, pp. 67 y ss.; G. W. HOGAN y otros, *Kelly: The Irish Constitution*, cit., pp. 1497 y ss. Recientemente, D. KENNY («Proportionality...», cit.) echa un cierto capote para afirmar que cada país aplica el principio a su manera, pero no acaba de convencerme, y sigo creyendo en la posibilidad de construir un modelo

tucional, incoherencia, falta de claridad, confusión entre los distintos elementos del principio y, como resumen de todo ello, un cierto desaprovechamiento de su potencialidad para construir un modelo exigente de derechos fundamentales<sup>57</sup>, lo que manifiesta la resistencia de los tribunales a tomarse en serio el principio y la necesidad de ejercer una vigilancia crítica por parte de la doctrina.

## V. IGUALDAD, OBLIGACIONES POSITIVAS Y DERECHOS SOCIALES

El tratamiento de la igualdad, las obligaciones positivas y los derechos sociales es un indicador importante de la concepción implícita de los derechos que se mantiene en cada país. En materia de igualdad, debemos partir del artículo 40.1 CI, según el cual «Todos los ciudadanos, como seres humanos, serán considerados iguales ante la ley. Esto no significa que el Estado no pueda tener debidamente en cuenta en sus leyes las diferencias de capacidad, física y moral, y de función social». La formulación es ciertamente original, aunque lingüísticamente confusa, pues no queda claro si las dos diferencias expresamente aludidas por el precepto *pueden* o *deben* ser tomadas en consideración<sup>58</sup>.

Seguramente con buen criterio, los tribunales irlandeses suelen evitar acudir a este derecho (con un contenido siempre más indeterminado que los demás) cuando pueden argumentar a partir de otro. El análisis de los supuestos de hecho sigue normalmente los siguientes pasos: determinación de la diferencia de trato, término de comparación y justificación legítima de dicha diferencia<sup>59</sup>. Llama la atención la exclusión de las personas jurídicas de la titularidad del derecho a la igualdad, con apoyo en la interpretación literal («as human persons»).

El derecho se entiende de forma «predominantemente» formal (o liberal<sup>60</sup>), como derecho negativo, que se infringe por acción (diferencias de trato no justificadas) y no por omisión (trato igual, sin consideración de las diferencias reales entre las personas)<sup>61</sup>. No tiene como función (aunque podría tenerla<sup>62</sup>) la correc-

universal, claro y coherente: así, K. MÖLLER, *The global model of constitutional rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 178 y ss.

57 Así, O. DOYLE y T. HICKEY, *Constitutional Law*, cit., p. 282 y, más ampliamente, N. BUCKLEY, «Merging principles of public law: towards proportionality in an irish context», *The Irish Jurist*, n.º 39, 2004.

58 Según relata O. DOYLE (*Constitutional Equality Law*, Thomson-Round Hall, Dublín, 2004, p. 61), el texto procede de una enmienda del Departamento de Finanzas dirigida precisamente a evitar que la igualdad impusiera obligaciones de trato diferenciado.

59 Un buen resumen del método de análisis, con selección de jurisprudencia, en E. DEWHURST y otros, *Principles...*, cit., pp. 25 y ss.

60 Concluyendo su estudio del tratamiento jurídico de la igualdad en Irlanda, O. DOYLE (*Constitutional Equality...*, cit., p. 270) concluye categórico: «Esto es ideología».

61 P. ej., H. BECKER y otros, *Human Rights...*, cit., pp. 232-233.

62 Así, O. DOYLE, *Constitutional Equality...*, cit., pp. 230-231, defendiendo su concepción (moderada) de la igualdad sustancial como una interpretación posible del art. 40.1 CI. Diversos trabajos de S. MULLALLY



ción de las desigualdades materiales<sup>63</sup> y se resume en la prohibición de tratar desigual a los iguales y no en la obligación de tratar desigual a los desiguales. Esta idea se afirma de manera expresa o implícita en diversas ocasiones. Por ejemplo, en *Landers v Attorney General* (1975), los padres de un niño con habilidades musicales acusan de discriminatoria a la *Prevention of Cruelty to Children Act* de 1904 por no distinguir, a la hora de imponer límites al trabajo infantil, entre las capacidades de unos niños y de otros, argumento que es rechazado de plano por el Tribunal Supremo. Lo mismo sucede en *Draper v Attorney General* (1984), donde se desestima la demanda de una persona con discapacidad que solicitaba facilidades para ejercer su derecho al voto por correo. En el fondo de este planteamiento, aunque no siempre se diga, se encuentra de nuevo la deferencia al legislador, argumento que queda más claro cuando la acción demandada implica recursos públicos, tal y como sucede en *MhicMhathúna v Attorney General* (1995), donde el Tribunal Supremo considera no discriminatoria para las parejas casadas la concesión de ayudas a las parejas monoparentales.

Tampoco se ha admitido hasta ahora la discriminación indirecta, según la cual la ley no considera las diferencias de hecho entre dos grupos, y precisamente por no hacerlo, provoca una discriminación. En *Norris v Attorney General* (1984) se rechaza que la penalización de la sodomía resulte discriminatoria contra los homosexuales, pues «la ley es igual para todos». Después, en *Fleming v Ireland* (2013), donde el tema de la discriminación indirecta es planteado de frente por la demandante (que acusaba a la *Criminal Law (Suicide) Act de 1993* de no tener en cuenta que las personas con discapacidad no podían suicidarse), el Tribunal Supremo, corrigiendo al Tribunal Superior<sup>64</sup>, reitera que la ley es igual para todos y que persigue proteger la vida, quedando en manos del legislador la solución del problema.

En cuanto a los llamados deberes positivos (*positive duties*), entendidos como mandatos de actuación a favor de derechos defensivos, tal y como este concepto se entiende en el Derecho internacional<sup>65</sup> (no como acciones positivas a favor de la igualdad), la jurisprudencia irlandesa no ha elaborado una doctrina general, y ello pese a que una de las Sentencias del TEDH emblemáticas sobre el tema surge

ponen de manifiesto la limitada concepción de la igualdad del TS, su trasfondo ideológico y la necesidad de un cambio de rumbo, en línea con las tendencias más avanzadas del Derecho constitucional comparado: «Equality Guarantees in Irish Constitutional Law — The Myth of Constitutionalism and the Neutral State», en T. Murphy y P. Twomey (eds.), *Ireland's Evolving...*, cit., pp. 147 y ss.; «Mainstreaming equality in Ireland: a fair and inclusive accommodation?», *Legal Studies*, n.º 21, 2001, y «Substantive equality and positive duties in Ireland», *South African Journal on Human Rights*, n.º 23, 2007.

63 Relatando, con datos empíricos, estas desigualdades (serias, a su juicio) en Irlanda y criticando la responsabilidad de los tribunales en ello, O. DOYLE, *Constitutional Equality...*, cit., esp. pp. 20-23.

64 B. MITCHELL («Constitutional Equality after Fleming v Ireland», *Dublin University Law Journal*, n.º 37, 2014) considera que en el caso el Tribunal Superior apunta hacia una concepción sustancial y el TS hacia una formal (*process conception*) de la igualdad.

65 Por todos, S. FREDMAN, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford University Press, 2008.

precisamente de un caso contra Irlanda (*Airey*, 1979) y a que el primer derecho «no enumerado» (Sentencia *Ryan*), como ya se ha visto, admitía perfectamente esta interpretación. No obstante, encontramos atisbos de esta idea en algunas sentencias sobre el derecho a la integridad física<sup>66</sup> y, más claramente, en la línea jurisprudencial que, con un cierto tono paternalista, declara la obligación del Estado de cuidar de las personas en situación de vulnerabilidad, como niños abandonados (*FN v Minister for Education*, 1995) o con desorden de personalidad (*DG v Eastern Health Board*, 1997) o adultos drogodependientes (*SS v HSE*, 2007)<sup>67</sup>.

Los derechos sociales no se encuentran reconocidos como tales en la Constitución, salvo el derecho a la educación, y aun así de forma muy peculiar: el artículo 42 tiene una impronta marcadamente liberal, centrándose en la educación en el seno de la familia (incluso se permite expresamente la educación *in their homes*) y destacando en especial la libertad de los padres de educar a sus hijos fuera de las instituciones públicas, añadiendo además el derecho a una «ayuda razonable a las iniciativas educativas privadas y empresariales». La impronta del principio de subsidiariedad de la acción pública es evidente, en contraste con el modelo predominante en Europa. Como derecho de prestación, aunque de manera matizada (no se utiliza la palabra «derecho»), simplemente se señala que el Estado cuidará que «los niños» «reciban una «mínima educación moral, intelectual y social», añadiéndose que «El Estado proveerá la educación primaria», pero con el calificativo de «libre», expresión esta que literalmente podría incluso cuestionar la obligatoriedad de la educación. Al menos desde *O'Donoghue v Minister for Health* (1996)<sup>68</sup>, el Tribunal Supremo corrige esa lectura extremadamente liberal, imponiendo en el caso la obligación estatal de proporcionar al menos educación primaria y gratuita, adecuada además a las capacidades de cada niño, en una suerte de conexión entre derecho a la educación y derecho a la diferenciación<sup>69</sup>: «Según el artículo 42.4 de la Constitución, el Estado tiene la obligación de proporcionar a todos los niños una educación básica gratuita, lo cual implica que todos ellos cuenten con el apoyo, la instrucción y la enseñanza que les permita lograr el desarrollo de sus capacidades físicas, mentales y morales, actuales y potenciales, por muy limitadas que tales capacidades puedan ser».

El caso más conocido sobre la educación como derecho prestacional, que nos sirve como primer ejemplo de la concepción de los derechos sociales dominante en la jurisprudencia irlandesa es *Sinnott v Minister for Education* (2001), donde el

66 Vid. G. W. HOGAN y otros, *Kelly: The Irish Constitution*, cit., pp. 1692 y ss.

67 A. BRADY, en «The Vindication of Constitutional Welfare Rights: Beyond the Deprivation of Liberty», *Dublin University Law Journal*, n.º 40 (2), pp. 135-136, afirma que estas sentencias están reconociendo, sin decirlo expresamente, un auténtico derecho a la protección estatal, al menos en circunstancias excepcionales.

68 Adelantada en *Gladys Ryan v Attorney General* (1965), donde la educación se define como educación «en las escuelas».

69 O. DOYLE y T. HICKEY, *Constitutional...*, cit., p. 515 la consideran «el apogeo del fortalecimiento de los derechos socio-económicos en el Derecho constitucional irlandés».

Tribunal Supremo enmienda la plana al Tribunal Superior, al negar medidas de educación especial a un hombre autista de 23 años, con el argumento de su mayoría de edad<sup>70</sup>. La CI no habla de edad sino de «educación primaria», y por tanto resultaba posible interpretar, como hizo el Tribunal Superior (y el voto particular del juez Keane en el Tribunal Supremo) que la educación es una necesidad de titularidad universal, no dependiente de la edad<sup>71</sup>. Al final, el voto concurrente del juez Hardiman busca el fundamento último de la sentencia en la separación de poderes, entendida otra vez como deferencia al legislador<sup>72</sup>, que es la justificación más frecuente, ya desde bastante antes<sup>73</sup>, de la no justiciabilidad de los derechos sociales<sup>74</sup>. Poco después, la Sentencia *TD v Minister for Education*, también de 2001, confirma esta línea, revocando de nuevo la Sentencia del Tribunal Superior sobre un caso similar.

El artículo 45, no reformado desde 1937, se denomina «Principios directivos de la política social», y evita usar el término «derecho», salvo en una ocasión. La referencia expresa al «derecho a unos medios adecuados de vida» (*livelihood*) ha servido a la jurisprudencia para encontrar una excepción a la no justiciabilidad, mediante la combinación entre los artículos 40.3 y 45.2 i), construyendo un auténtico derecho fundamental, incluso frente a particulares, si bien con un

70 Para el contexto del caso y su repercusión, R. MAC CORMAIC, *The Supreme Court*, cit., pp. 337 y ss.

71 Este tipo de argumentación, confirmada en sentencias posteriores (véanse sobre todo *O'Carolan v Minister for Education*, de 2005, y *O'C v Minister for Education and Science and Others*, de 2007), revela el temor de los tribunales irlandeses a adentrarse en cuestiones sociales, rectificando así la inicial posición manifestada en *O'Donoghue*; así, O. DOYLE y T. HICKEY, *Constitutional...*, cit., p. 517. No obstante, si leemos despacio las sentencias, cabe dudar de que se trate de una doctrina general, pues en cada una de ellas se analizan con cierto detalle (aunque dejando amplio margen a la discrecionalidad administrativa) los hechos de cada caso, examinando si las autoridades adoptaron medidas adecuadas; para esta lectura, V. O'MAHONY, «The Right to Education and Constitutionally Appropriate Provision», *Dublin University Law Journal*, n.º 28, 2006, p. 422.

72 El mismo HARDIMAN se encarga de justificarlo fuera del tribunal en «The Role of the Supreme Court in Our Democracy», en J. Mulholland (ed.), *Political Choice and Democratic Freedom in Ireland*, McGill, Glenties, 2004, pp. 32 y ss. Resulta interesante la réplica de G. WHYTE en «The Role of the Supreme Court in Our Democracy: A Response to Mr Justice Hardiman», *Dublin University Law Journal*, n.º 28, 2006.

73 P. ej., ya en *Ryan v Attorney General* (1965), se afirmó: «tratando con cuestiones sociales, económicas y médicas controvertidas, sobre las que existen notables cambios de puntos de vista de generación en generación, el Parlamento debe reconciliar el ejercicio de los derechos personales con las exigencias del bien común y su decisión sobre esta reconciliación debe prevalecer aunque resulte opresiva para todos o parte de los ciudadanos». Hace años, un sector de la doctrina criticaba que se había llegado demasiado lejos con esta doctrina y que los tribunales irlandeses estaban incumpliendo su función de tutela de los derechos: P. A. McDERMOTT, «The Separation of Powers and the Doctrine of Non-Justiciability», *The Irish Jurist*, n.º 35, 2000.

74 Se trata de un leitmotiv de cualquier Tribunal Constitucional no activista. En Irlanda contamos con una solvente monografía sobre el tema, que repasa el uso de este criterio en los tribunales irlandeses, llegando a la conclusión de que lo hacen de manera como mínimo poco coherente. Criticando en especial los casos *Sinnott* y *O'Reilly* (al que seguidamente haré alusión), B. FOLEY, *Deference and the Presumption of Constitutionality*, IPA, Dublín, 2008, pp. 193 y ss. En relación con todo ello, el criterio «técnico» más depurado (y aun así, relativamente: O. DOYLE y T. HICKEY, *Constitutional Law*, cit., p. 256) para justificar la deferencia es la «regla de la doble construcción», según la cual, si caben dos interpretaciones posibles de un precepto legal, debe optarse por la que resulte coherente con la Constitución, presumiéndose que el legislador actúa constitucionalmente. Fuera de ello, predomina el decisionismo.

carácter exclusivamente defensivo<sup>75</sup>. En realidad, en la jurisprudencia irlandesa los derechos fundamentales de prestación brillan prácticamente por su ausencia. El caso más citado rechazando el reconocimiento constitucional de los derechos sociales, además de los ya referidos sobre igualdad y educación, es *O'Reilly v Limerick Corporation* (1989), desestimando la demanda de protección social de un grupo de personas en extrema pobreza (se trataba de una comunidad trashumante que solicitaba servicios básicos en áreas de descanso), con el solo argumento, nuevamente, de la autocontención judicial. El juez Costello distingue, de modo algo simplista, entre justicia conmutativa (que corresponde al poder judicial) y justicia distributiva (propia del poder legislativo); a su juicio, los demandantes pretendían «Que el Tribunal imponga su opinión sobre la injusta distribución de los recursos nacionales. Para llegar a esa conclusión tendría que pronunciarse sobre la validez de las muchas peticiones competidoras sobre tales recursos, establecer prioridades entre ellas y determinar las consecuencias financieras de la reclamación del demandante. Como demuestra el presente caso, también puede requerir decidir si hubo una asignación correcta de los recursos materiales disponibles para los fines públicos. Al ejercer esa función, el Tribunal no estaría administrando justicia, como sí lo hace cuando resuelve un problema de justicia conmutativa, sino que se estaría ocupando de algo completamente diferente, es decir, de decidir en equidad u otro valor sobre la forma en que los órganos del Estado han administrado los recursos públicos. Dejando de lado que los jueces no tienen especial cualificación para acometer esa función, la manera en que la justicia es administrada por ellos, es decir, caso por caso, los convierte en instituciones totalmente inapropiadas para cumplir ese papel. No puedo interpretar la Constitución de forma que se les asignen esos derechos. [...] La demanda debió haber sido presentada en *Leinster House* [sede del Parlamento] y no en *Four Courts* [sede del Tribunal Supremo]».

No obstante, como anuncian, entre otros, el citado voto particular de *Sinnott*, algunos *obiter dicta* del propio Tribunal Supremo<sup>76</sup> y sentencias aisladas del Tribunal Superior, que suele ser más progresista, crecientemente se advierten atisbos de un cierto cambio de criterio. El mismo ponente de *O'Reilly*, el juez Costello, viene a reconocer esta evolución en la primera de las pocas sentencias favorables, aunque de forma algo matizada, a los derechos fundamentales sociales. Se trata de los casos *In re Article 26 of the Matter of Article 26 of the Constitution and the Health (Amendment) (n.º 2) Bill 2004* (2005), que anula el intento gubernamental de cobros retroactivos

75 En *Shanley v Galway Corporation* (1995), se afirma expresamente que este derecho «no impone ninguna obligación positiva al Estado ni a ninguna autoridad local con poderes delegados del Estado, a proveer de medios de vida al demandante».

76 El nuevo punto de inflexión, que recupera *O'Donoghue*, se inicia seguramente en 2004 con *In re Article 26 of the Constitution and the Health (Amendment) Bill*: aunque es desestimatoria, se afirma lo siguiente: «en un caso concreto, y en circunstancias particulares, puede surgir el problema de en qué medida la regla de la discrecionalidad del Parlamento en la distribución de los gastos públicos debería ceder ante la obligación constitucional de proporcionar alojamiento o manutención a personas en situación de extrema necesidad».

por servicios médicos (con apoyo en el derecho de propiedad), y sobre todo, *O'Donnell v South Dublin County Council* (2007) y *O'Donnell & Ors v South County Council* (2008), donde el Tribunal Supremo, ante la «clara evidencia de condiciones inhumanas y degradantes» confirma la sentencias estimatorias del Tribunal Superior, obligando al municipio a prestar alojamiento de urgencia a los miembros de una comunidad nómada (*Irish Travellers*). La influencia del TEDH es clara, pero interesa destacar que el Tribunal Supremo se apoya también en la Constitución<sup>77</sup>.

En conclusión, la más reciente jurisprudencia sigue evitando una declaración general favorable a la existencia de derechos fundamentales sociales pero los protege en casos excepcionales, una especie de derecho (no reconocido expresamente) al mínimo vital. Así, en *CA and TA v Minister of Justice and Others* (2014), el Tribunal Superior analiza la demanda por la escasa cuantía de las ayudas a una madre y a un hijo solicitantes de asilo. Aunque la sentencia es desestimatoria (al igual que en un caso similar del año siguiente, *NHV & FT v Minister for Justice and Equality*), en ella se afirma muy claramente la posibilidad de órdenes judiciales exigiendo a la Administración el desembolso de fondos públicos: «Cuando la acción del Estado produce un incumplimiento de los derechos humanos y cuando el único remedio es el suministro de dinero adicional, el tribunal, en mi opinión, está habilitado para emitir una orden ejecutiva, incluso si implica que el Estado deba gastar dinero para cumplir con los términos de dicha orden, [especialmente] en situaciones que provoquen efectos tan negativos para la vida que puedan producir daños en ella».

La jurisprudencia quizás todavía vigente, representada por el caso *O'Reilly*, a pesar de estos recientes e importantes avances, es criticada por un amplio sector de la más reciente doctrina<sup>78</sup>, diríamos que mayoritario entre los estudiosos del tema. Nos siguen pareciendo más atendibles los argumentos de la doctrina anterior, basados más que en el Derecho internacional, en la argumentación en principios y valores<sup>79</sup>.

77 Como en Estrasburgo, no se afirma expresamente el derecho a la vivienda pero de la argumentación se deduce al menos un derecho al refugio (*right to shelter*) o alojamiento de emergencia en casos de extrema necesidad: así, C. CASEY y D. MCCORMACK-GEORGE, «An Analysis of the Right to Shelter in Irish Law for Children and Adults», *Irish Jurist*, n.º 154, pp. 134-137.

78 Desde la teoría constitucional, el más amplio estudio es G. WHYTE, *Social inclusion and the legal system*, IPA, Dublín, 2.ª ed., 2015, esp. pp. 13 y ss. Destacando la naturaleza excepcional e insuficiente de estos últimos pronunciamientos y su contraste con el Derecho internacional y comparado, C. M. SMYTH, *Social and Economic Rights in Ireland*, Clarus Press, Dublín, 2017. La posición de L. THORNTON es más aséptica y escéptica, sobre todo en cuanto a la utilidad del CEDH para mejorar el estatus de los derechos sociales en su país: «The European Convention on Human Rights: A Socio-Economic Rights Charter?», en S. Egan, L. Thornton y J. Walsh (eds.), *Ireland...*, cit., pp. 227 y ss., y «Socio-Economic Rights and Ireland», en S. Egan (ed.), *International...*, cit. Desde una perspectiva más tradicional, valorando positivamente la «prudencia» judicial en esta materia, G. HOGAN, «Directive Principles, Socio-Economic Rights and the Constitution», *The Irish Jurist*, n.º 36, 2002.

79 W. BINCHY, en «Dignity as a constitutional concept» (en E. Carolan y O. Doyle (eds.), *The Irish Constitution...*, cit., pp. 317-319), había defendido la conexión con la dignidad, apuntada por el propio TS en *Quinn's Supermarket v Attorney General* (1972), y después por el Tribunal Superior en *O'Donoghue v Minister for*

## VI. LOS DERECHOS EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL

El procedimiento de reforma constitucional es muy sencillo (art. 46 CI): aprobación parlamentaria por mayoría simple de ambas Cámaras, seguida en todo caso de referéndum, y sin limitaciones materiales<sup>80</sup>. De las 32 reformas constitucionales acaecidas (otras cinco fracasaron en el referéndum, lo que demuestra un saludable distanciamiento entre ciudadanía y clase política) desde 1937, más de la mitad tienen que ver con los derechos fundamentales, aunque sea de forma indirecta, como sucede con las realizadas en materia de sufragio, adopción, nacionalidad o sobre la Corte Penal Internacional. Seguidamente me centraré en las reformas que han afectado directamente al texto de los artículos 40 a 44, obviando por razones de espacio el contexto y debate social de cada una<sup>81</sup>:

- a) *Sobre la libertad religiosa*, la Quinta Enmienda, aprobada en referéndum (con el 84% de votos favorables) de 7 de diciembre de 1972, suprime la posición preferente de la Iglesia Católica y la alusión expresa a otras confesiones<sup>82</sup>.

*Education* (1996) y en *Redmond v Minister for the Environment* (2001). En todo caso, no hay una concepción clara de la dignidad en la jurisprudencia irlandesa, por lo que recientemente se aboga por su inclusión expresa mediante la reforma constitucional: E. DEWHURST, «Human Dignity in Ireland», en P. Becchi y C. Mathis (eds.), *Handbook of Human Dignity in Europe*, Springer, Cham, 2018, pp. 431-451. Por su parte en el mismo volumen editado por Carolan y Doyle, O'CONNELL («From equality before the law to the equal benefit of the law: social and economic rights in the Irish Constitution») había apostado por la conexión con la igualdad. Años antes, T. MURPHY advertía que la única explicación de la estrecha concepción del TS sobre la igualdad y los derechos sociales era ideológica («Economic Inequality and the Constitution», en T. Murphy y P. Twomey (eds.), *Ireland's Evolving...*, cit., p. 179).

80 El problema de los límites materiales a la reforma se planteó ya bajo la vigencia de la Constitución de 1922, cuando se recurrió una enmienda que limitaba la libertad personal. En 1934 el TS (*State (Ryan) v Lennon*) se declaró incompetente para revisar la constitucionalidad de dicha reforma, con el voto particular del Presidente, el juez Kennedy, quien se pronunció en contra, pues «la reforma es contraria a la *rule of law* y pondría a Irlanda en una situación próxima a la anarquía [...], implicando una radical alteración del esquema básico y de los principios de la Constitución», pudiendo los «valores del Derecho natural» limitar el poder de reforma. Ya con la nueva Constitución de 1937, el problema reaparece en diversos recursos contra enmiendas constitucionales, y la postura del TS reitera lo señalado en 1934, ya sin votos particulares; p. ej., en relación con el recurso contra la 14.<sup>a</sup> Enmienda, sobre el derecho de los ciudadanos a acceder a información sobre el aborto en el extranjero, las Sentencias de 1995 *In re Article 26 of the Constitution* e *In re the Regulation of Information Services Outside the State for the Termination of Pregnancies* apoyan su inhibición en el principio de soberanía popular: «La voluntad del pueblo expresada en el referéndum de reforma constitucional es sacrosanta y libremente expresada, y nosotros no podemos interferir en ella». En contra de esta posición, parte de la doctrina afirma que el poder de reforma, aunque ciertamente no está limitado por el Derecho natural, puede estar sujeto a límites explícitos (p. ej., el Tratado Anglo-Irlandés) o implícitos (p. ej., la estructura básica de la Constitución); p. ej., Y. ROZNAL, «The theory and practice of «supra-constitutional» limits on constitutional amendments», *International Comparative Law Quarterly*, n.º 62, 2012, específicamente sobre Irlanda, pp. 566 y ss. Desde concepciones republicanas, también se alerta sobre esta concepción maximalista del TS del principio de soberanía popular en E. DALY y T. HICKEY, *The political...*, cit., pp. 22 y ss.

81 Para una visión de conjunto, por todos, O. DOYLE y T. HICKEY, *Constitutional Law...*, cit, pp. 77-95.

82 La redacción originaria del derogado art. 41.1.2.º señalaba: «El Estado reconoce la especial posición de la Sagrada Iglesia Católica Apostólica y Romana como guardiana de la fe profesada por la gran mayoría de los ciudadanos».

b) *Sobre el derecho a la vida* se han producido tres reformas constitucionales en materia de aborto<sup>83</sup>. La Octava Enmienda, aprobada en referéndum de 7 de septiembre de 1983 (con un 67% de votos a favor), se realizó con la intención de limitar el aborto al supuesto de riesgo para la vida de la mujer. El aborto estaba penalmente castigado, y sin excepciones, en Irlanda desde 1861 pero la Constitución no decía nada al respecto y los activistas pro vida, organizados en la Campaña «Enmienda pro Vida» (PLAC), temían que se produjera un fallo judicial favorable al aborto, como había sucedido en la Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos *Roe v Wade* (1973); de hecho, en la ya citada Sentencia *McGee v Fiscal General* (1973), el Tribunal Supremo de Irlanda se había pronunciado en contra de la penalización de la venta e importación de anticonceptivos, con apoyo en el artículo 41 CI. La iniciativa de reforma constitucional partió del gobierno de coalición Fine Gael-Partido Laborista. Por su parte, la 13.<sup>a</sup> Enmienda, aprobada en referéndum de 25 de noviembre de 1992 (con un 62% de votos favorables), permitió el aborto en el extranjero y la publicidad del mismo (nuevo art. 40.3.3.<sup>o</sup>). Meses antes, el Tribunal Supremo en *Attorney General v X* había reconocido el derecho al aborto en caso de riesgo para la vida de la madre, incluyendo como riesgo el posible suicidio de esta. Como consecuencia de esta Sentencia, el ministro de Justicia propuso esta Enmienda, coherente además con la libre circulación comunitaria y con la realidad cotidiana del desplazamiento al Reino Unido de mujeres irlandesas para practicar el aborto, que era legal desde 1967. Por último, la 36.<sup>a</sup> Enmienda, aprobada en referéndum de 25 de mayo de 2018 (con un 66% de votos a favor), pretende incorporar, aunque sin decirlo expresamente, a Irlanda a los parámetros dominantes en Europa en materia de aborto (nuevo art. 42 A). Pese a la citada Sentencia, conocida como X, el legislador tardó veinte años en regular el aborto, empujado por la STEDH A, B y C *contra Irlanda* y por el mediático caso de la muerte en 2012 de una joven en un aborto ilegal. Entre 2014 y 2016 se realizaron un total de 77 abortos legales bajo la ley de 2013 pero los desplazamientos al Reino Unido eran muy frecuentes (alcanzando la cifra récord de 6.673 en 2001). Las limitaciones de la Ley de 2013 eran evidentes, y una alianza pro aborto logró el compromiso de varios partidos de promover una nueva reforma constitucional. Poco antes del referéndum y en una suerte de apoyo indirecto a la Enmienda, el Tribunal Supremo había revocado una decisión del Tribunal Superior que consideraba al *nasciturus* titular de los derechos del niño

83 Para un análisis detallado de lo que sigue, con especial atención al contexto sociopolítico, aunque desde la perspectiva feminista, últimamente, L. EARNER-BYRNE y D. URQUHART, *The Irish Abortion Journey, 1920-2018*, Palgrave, Cham, 2019.

del artículo 42 A CI. La Enmienda deja el problema en manos del legislador y todavía se está a la espera de una solución, si bien todo apunta hacia un sistema de plazos, en los bordes de la constitucionalidad.

De otro lado, la 21.<sup>a</sup> Enmienda, aprobada en referéndum de 7 de junio de 2001 (con un 62% a favor), suprime la pena de muerte. Ya en 1990 (*Criminal Justice Act*) se había suprimido por ley pero ahora la abolición es absoluta, de conformidad con la CDF y con el Protocolo 13 del CEDH. La reforma, que obliga a retocar varios preceptos, afecta sobre todo al artículo 15.5.2.º, que queda como sigue: «El Parlamento no dictará ley alguna permitiendo la imposición de la pena de muerte». Se trata sin duda de una reforma coherente con la asunción de los compromisos internacionales asumidos por Irlanda.

- c) *Sobre el derecho al matrimonio*, se han producido dos reformas constitucionales sobre el divorcio: la 15.<sup>a</sup> Enmienda, aprobada en referéndum de 24 de noviembre de 1995 (por un 50,3% a favor), para permitirlo<sup>84</sup>, y la 38.<sup>a</sup> Enmienda, aprobada en referéndum de 11 de junio 2019 (con un 82% de votos favorables), para reducir de cuatro a dos años el requisito de falta de convivencia para solicitarlo.

Interesa más detenernos en la 34.<sup>a</sup> Enmienda, aprobada en referéndum de 22 de mayo de 2015 (con un 62% de votos favorables), para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo mediante la introducción del nuevo artículo 41.4 CI, según el cual «El matrimonio podrá contraerse de acuerdo con la ley entre dos personas sin distinción de su sexo». En 2006, la Sentencia *Zappone & Anor v Revenue Commissioners & Ors*, del Tribunal Superior, había rechazado la demanda presentada por una pareja de lesbianas para el reconocimiento en Irlanda de su matrimonio celebrado en Canadá. En 2010 se permite el registro de parejas de hecho (*Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act*) y poco después la coalición de gobierno entre Fine Gael y el Partido Laborista pone en marcha una comisión de reforma constitucional, la cual recomienda en mayo de 2013 el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, y ello pese a que no pocos consideraban que la Constitución bien podía ser interpretada en ese sentido. Muy poco después de la publicación de la Enmienda entró en vigor la nueva Ley (*Marriage Act*), cuyo borrador era públicamente conocido antes del referéndum, celebrándose el primer matrimonio entre personas del mismo sexo en el mismo año.

- d) *Sobre el derecho a la libertad personal*, la 16.<sup>a</sup> Enmienda, aprobada en referéndum de 28 de noviembre de 1996 (con un 74% de votos a favor), permitió

84 El nuevo precepto permite el divorcio, pero con muchos requisitos, que desde luego sorprenderían a la mayoría de los juristas europeos. De otro lado, interesa destacar que en *McKenna v An Taoiseach* (1995), el TS prohibió la campaña gubernamental a favor del «sí». Poco después (*Referendum Act* de 1998), la ley crea una Comisión independiente de Referéndum para garantizar la neutralidad en estos procedimientos.



(actual art. 40.4.6.º) la denegación judicial de fianza a los procesados por graves delitos. El caso es curioso, pues una de las reformas constitucionales con mayor porcentaje de votos afirmativos se realiza para limitar derechos, una especie de regresión constitucional. Treinta años antes, en *People (AG) v O'Callaghan* (1966), el Tribunal Supremo había interpretado el artículo 40.4 CI en el sentido de que solo se podía denegar la libertad bajo fianza a los acusados en caso de riesgo de fuga o de interferencia con testigos o pruebas.

- e) *Sobre los derechos de la niñez*, la 31.ª Enmienda, aprobada en referéndum el 10 de noviembre de 2012 (con el 58% de los votos favorables), introduce un nuevo precepto, el 42 A, con el fin de adecuar la anticuada regulación sobre la familia (art. 42) a la consideración de los menores como sujetos de derechos y regular los derechos de los niños de forma separada. El debate estaba ya abierto desde los noventa pero la mayor presencia mediática y judicial de casos de abuso de menores o negligencia en su cuidado, lo impulsaron crecientemente.
- f) *Sobre la libertad de expresión*, la 37.ª Enmienda, aprobada en referéndum de 26 de octubre de 2018 (con el 64% de votos a favor), elimina la referencia a la blasfemia (art. 40.6.1.º) como excepción de la libertad de expresión, siguiendo la propuesta del ministro de Justicia Charles Flanagan. Veinte años atrás, en *Corway v Independent Newspapers* (1999), el Tribunal Supremo había manifestado las dificultades de interpretar el concepto de blasfemia después de la reforma de 1972 sobre la libertad religiosa. La última legislación, contenida en la *Defamation Act* de 2009, no se aplicaba en la práctica, pero el tema había reaparecido en la opinión pública a raíz del proceso penal abierto contra el conocido actor inglés Stephen Fry.

Como se advierte, ninguna de estas reformas crea propiamente derechos nuevos y la mayoría se refiere a cuestiones especialmente polémicas (aunque algunas no tanto) en la sociedad irlandesa sobre el contenido, límites o garantías de los derechos ya reconocidos en 1937. Algunas de estas reformas se han producido en contestación a previas decisiones del Tribunal Supremo<sup>85</sup>, apelando a la fuerza normativa de la Constitución y a principios fundamentales de justicia, calificados como «trascendentes». Coincidimos más bien con la opinión del juez Walsh quien, tras sopesar los diversos pros y contras, termina pronunciándose a favor del referéndum como mejor método para construir una deliberación pública auténticamente democrática<sup>86</sup>. Téngase en cuenta además que la normativa y la práctica

85 Para una crítica de fondo, creo que minoritaria, a la activación judicial del referéndum, D. M. CLARKE, «Interpreting the Constitution: essentially contested concepts», en E. Carolan y O. Doyle (eds.), *The Irish Constitution...*, cit., p.113.

86 B. WALSH, «The Constitution and Constitutional Rights», en F. Litton (ed.), *The Constitution...*, cit., p. 108. Desmontando en parte el mito de la identificación soberanía popular — referéndum aunque

irlandesa del referéndum incluyen importantes cautelas para evitar el tan denostado populismo, como estudios previos independientes sobre la necesidad de la reforma, una especie de interpretación auténtica previa de su significado y consecuencias, elaborada en un lenguaje claro por una comisión también independiente, así como una minuciosa regulación del procedimiento, sujeta a un control judicial con acción pública, que se ha ejercido en numerosas ocasiones<sup>87</sup>.

## VII. UN BREVE APUNTE SOBRE LAS GARANTÍAS (FRENTE AL LEGISLADOR)

No existe un recurso «político» que puedan presentar los parlamentarios pero sí un control previo de constitucionalidad, que puede proponer el Presidente de la República (previa consulta al Consejo de Estado), una vez el proyecto (*Bill*) ha sido aprobado por ambas Cámaras (art. 26 CI), algo que ha sucedido en quince ocasiones<sup>88</sup>, pues las ideas del Presidente pueden no coincidir con la mayoría parlamentaria<sup>89</sup>. Quedan exceptuados de este recurso previo los proyectos de reforma constitucional, los de carácter financiero, los aprobados por el procedimiento de urgencia, y (añadido de la jurisprudencia) la legislación delegada.

Fuera de este caso, la alegación de inconstitucionalidad de las leyes debe plantearse ante el Tribunal Superior<sup>90</sup>, que ostenta la competencia originaria en la materia. Este control ordinario de constitucionalidad puede calificarse como mixto, pues aunque no cualquier tribunal puede declarar una ley inconstitucional, podría hacerlo un solo juez de los más de cuarenta que componen el Tribunal Superior, si

también desde una valoración positiva de este, resulta interesante el trabajo de T. HICKEY, «Popular Sovereignty in Irish Constitutional Law», *Dublin University Law Journal*, n.º 40 (2), 2017, pp. 147 y ss.

87 Para los detalles, G. W. HOGAN y otros, *Kelly: The Irish Constitution*, cit., pp. 2539 y ss.

88 Las referencias, en G. W. HOGAN y otros, *Kelly: The Irish Constitution*, cit., p. 480.

89 Se trata de un caso inédito en Europa, pues el Presidente, aunque su poder es más bien simbólico (con excepciones como esta), es elegido directamente por el pueblo, mientras que el Primer Ministro, que ostenta realmente el poder, es elegido por el Parlamento. Curiosamente, el porcentaje de éxito de este recurso es bajo (en comparación con los demás), pues el TS se muestra más cuidadoso a la hora de paralizar el proyecto aprobado por el Parlamento; además, este control abstracto resulta extraño en el *common law*, acostumbrado a juzgar sobre casos concretos. La doctrina plantea que debería abrirse alguna forma de diálogo entre los poderes legislativo y judicial cuando el primero juzgue inconstitucional la actuación del segundo; sobre todo ello, últimamente, G. HOGAN, D. KENNY y R. WALSH, «An Anthology of Declarations of Unconstitutionality», *The Irish Jurist*, n.º 54, 2015, pp. 15-20 y R. NOONAN, «The Wending Path of the Law: Unconstitutionality in the Irish Courts», 2018, disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3170600>.

90 El Tribunal Superior es el tribunal de primera instancia para los asuntos penales y civiles de mayor importancia, así como para examinar la constitucionalidad de las leyes. Está compuesta por su Presidente, 35 jueces ordinarios y otros jueces natos (el Presidente del Tribunal de Apelaciones, el Presidente del Tribunal de Circuito y los antiguos Presidentes de ambos órganos no jubilados). Todos los miembros del Tribunal Superior son nombrados por el Gobierno (aunque formalmente por el Presidente de la República), pero la particularidad que presenta este órgano es que como regla general cada caso es visto por un solo juez (salvo que el Presidente decida que sea visto por tres). Esto es lo sorprendente: un solo juez (casi vitalicio) puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, por lo que en la práctica el modelo irlandés se asemeja más al sistema difuso que al concentrado.

bien sus decisiones pueden ser revisadas por el Tribunal Supremo. Cualquier ciudadano afectado por una resolución administrativa o judicial que aplique una ley a su juicio inconstitucional puede solicitar una declaración de inconstitucionalidad<sup>91</sup>, y aunque el Tribunal Superior tiene discrecionalidad en este punto, suele admitir estas solicitudes, si están bien argumentadas: el requisito de encontrarse afectado (concretado en las reglas *locus standi* o *ius tertii*, dos requisitos próximos pero distintos) por la ley presuntamente inconstitucional se interpreta de manera flexible, y la cuestión es clave porque revela el grado de vinculación de la Constitución y la posibilidad de apropiación ciudadana de la misma<sup>92</sup>. Un caso emblemático fue la admisión a trámite de la demanda de un ciudadano de a pie, que logró paralizar la ratificación del Acta Única Europea con el solo argumento de que ello exigía la reforma constitucional. Corrigiendo al Tribunal Superior, en *Crotty v An Taoiseach* (1987), el Tribunal Supremo admitió la legitimación del ciudadano y finalmente impuso la apertura del procedimiento de reforma constitucional<sup>93</sup>. En esta misma dirección de abrir la legitimación para recurrir *measures that affect everyone in general* puede citarse la Sentencia *McKenna v An Taoiseach* (N.º 2), de 1995, donde el proceso se abrió a instancias de un simple ciudadano que se quejaba del gasto gubernamental para la campaña de un referéndum.

Entre 1939 y 2015 se habían declarado 93 leyes contrarias a la Constitución, muchas de ellas por violatorias de derechos fundamentales, especialmente en materia de igualdad y propiedad<sup>94</sup>. Aunque no se prevé expresamente, en los últimos tiempos se han producido varios casos de control de omisiones legislativas, y lo relevante es que no se trataba de omisiones parciales sino absolutas, es decir, recursos de inconstitucionalidad sin objeto<sup>95</sup>.

## VIII. CONCLUSIONES COMPARATIVAS

El modelo irlandés de derechos fundamentales presenta una serie de elementos cuya introducción en España redundaría en la mejor eficacia de nuestro

91 No podemos abordar aquí el problema, según todos los datos que he podido recabar, bastante serio en Irlanda, del coste de la justicia, un auténtico efecto disuasorio para litigar, especialmente en favor de los derechos de los grupos marginados. Para un análisis exhaustivo y propuestas de reforma, G. WHYTE, *Social inclusion... passim*. Clarificador al respecto, K. FITZPATRICK, «The cost of costs», *Village Magazine*, 3 de abril de 2018.

92 En el libro de DALY y HICKEY, ya citado, *The political theory of the Irish Constitution*, se otorga gran importancia a este tema para la construcción de una concepción republicana de los derechos fundamentales. Los autores citan (pp. 74-75) las Sentencias *Norris v Attorney General* (1984) y *East Donegal Co-op Ltd v Attorney General* (1970) como modélicas en su concepción de la legitimación procesal, en tanto permiten la apertura del debate público, aunque sea un tanto forzosamente y en sede judicial.

93 Para el contexto del caso y su repercusión, R. MAC CORMAIC, *The Supreme Court*, cit., pp. 251 y ss.

94 Para un recuento estadístico y de las tendencias, G. HOGAN, D. KENNY y R. WALSH, «An Anthology...», cit., pp. 1 y ss. Con el dato de una media de tres declaraciones de inconstitucionalidad al año, los autores celebran la vitalidad del Derecho constitucional en Irlanda.

95 P. ej., *BG v Murphy* (2011) y *Byrne v Director of Oberstown Centre* (2014), ambas del Tribunal Superior.

sistema, a saber: a) el catálogo de los derechos es expresa y conscientemente abierto, lo que aporta seguridad jurídica y permite una mejor discusión pública sobre los nuevos derechos; aunque sería preferible la reforma constitucional, puede servir de inspiración, utilizando un razonamiento similar (no hay gran diferencia entre el art. 40.1 CI y nuestro art. 10.1 CE), para el reconocimiento jurisprudencial entre nosotros, por ejemplo, de un derecho fundamental al medio ambiente; b) un mecanismo institucional de declaración judicial de la incompatibilidad de las leyes nacionales con el CEDH aportaría también seguridad jurídica y redundaría en una mayor eficacia del Convenio en España; c) la facilidad de reformar la Constitución favorece de nuevo el debate público sobre los derechos, refuerza la democracia y actualiza el necesario consenso constitucional: uno de los principales defectos de nuestro sistema es la desaparición de facto (desde 1978) del poder constituyente del pueblo; d) un sistema menos concentrado de control de constitucionalidad de las leyes y una amplísima legitimación para recurrirlas incrementa la fuerza normativa de la Constitución así como su apropiación ciudadana.

Como notas negativas que ambos países comparten pueden mencionarse: a) una concepción anticuada de la igualdad y de los derechos sociales (aunque algunos atisbos de reconocimiento de estos en casos excepcionales bien podría servir como ejemplo a nuestros tribunales), que con la mala excusa de la deferencia al legislador, contrasta con el más avanzado Derecho internacional y regional de los derechos humanos; b) una resistencia a una aplicación más rigurosa y frecuente del principio de proporcionalidad, el cual, al contrario de lo que a veces se dice, serviría para controlar mejor el poder de los jueces, al someter sus razonamientos a un esquema de fácil comprensión y por tanto susceptible de crítica.

\*\*\*

TITLE: *The irish model of fundamental rights*

ABSTRACT: *The irish model of fundamental rights provides an interesting comparator for the Spanish model. Positive elements which could inspire an improvement of our model: the express development of unenumerated rights within the current catalog of rights; a statutory mechanism for declaration of incompatibility between national law and the ECHR; a frequent call to reform the constitution via a referendum process; and a more accessible and less politicized system of constitutional review of laws. Problems common to both countries, are the delay in implementation of recent trends in international law and doctrine; it is also worth mentioning: a resistance to overcoming the formal conception of equality and recognizing fundamental socio-economic rights, and a weak and incoherent use of the principle of proportionality.*

RESUMEN: *El modelo irlandés de derechos fundamentales resulta de utilidad para la comparación con España. Como elementos positivos que podrían inspirar una mejora de nuestro modelo pueden mencionarse: la apertura expresa y argumentada del catálogo de los derechos; un mecanismo institucional de declaración de incompatibilidad entre la ley nacional y el CEDH; el llamamiento frecuente al referéndum de reforma constitucional; y un sistema más accesible y menos politizado de control de constitucionalidad de las leyes. Como problemas comunes a ambos países, que manifiestan su retraso en relación con las tendencias recientes del Derecho internacional y de la doctrina, cabe mencionar: una resistencia a superar la concepción formal de la*

*igualdad y a reconocer derechos fundamentales sociales, y un uso débil e incoherente del principio de proporcionalidad.*

KEY WORDS: *fundamental rights, human rights, comparative constitutional law, Ireland.*

PALABRAS CLAVE: *derechos fundamentales, derechos humanos, Derecho constitucional comparado, Irlanda.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 04.10.2019

FECHA DE ACEPTACIÓN: 09.09.2020

