

UNA REVISIÓN DE LA SOBERANÍA DEL PARLAMENTO BRITÁNICO

JOSE LUIS PEREZ TRIVIÑO (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA TEORÍA CLÁSICA.—III. LA TEORÍA REVISIONISTA.—IV. EL FUNDAMENTO DE LA SOBERANÍA PARLAMENTARIA.—V. PARLAMENTO Y *BILL OF RIGHTS* EN GRAN BRETAÑA: 1. ¿Un «*Bill of Rights*» para Gran Bretaña?—VI. ARGUMENTOS EN CONTRA: a) Político-sociológicos: 1. El «*Bill of Rights*» es ajeno a las tradiciones jurídicas británicas. 2. Los jueces ingleses carecen de preparación para un «*Bill of Rights*». 3. Politización de los jueces. 4. Un «*Bill of Rights*» produciría un aumento de la judicialización de los conflictos. 5. Falta de madurez para adoptar un «*Bill of Rights*». b) Técnico-jurídicos: 1. Un «*Bill of Rights*» no es adecuado para un sistema jurídico complejo. 2. Un «*Bill of Rights*» llevaría a una complicación procesal. c) Morales: 1. La objeción antidemocrática. 2. Los derechos humanos ya están protegidos en Gran Bretaña.—VII. ARGUMENTOS A FAVOR: a) Político-sociológicos: 1. Un «*Bill of Rights*» asemejaría el ordenamiento británico al de los países de la «*Commonwealth*». 2. La resolución de asuntos concernientes a derechos humanos en el Tribunal de Estrasburgo contribuye a la pérdida de prestigio del Reino Unido. b) Técnico-jurídicos: 1. El procedimiento para la imposición de los derechos humanos en Estrasburgo es demasiado lento. 2. Un «*Bill of Rights*» permite una adaptación a los cambios sociales. 3. Progreso técnico-jurídico de jueces y abogados. c) Morales: 1. Un «*Bill of Rights*» coloca el poder de accionar donde corresponde: en los agraviados. 2. Un «*Bill of Rights*» es una fuerza educativa importante. 3. ¿Es antidemocrática una Declaración de Derechos?

I. INTRODUCCION

Ha sido un lugar común en la doctrina constitucionalista británica clásica afirmar que su Parlamento es soberano, lo cual significa que es una auto-

(*) Quisiera agradecer los comentarios que han vertido a este trabajo José Juan Moreso, Víctor Ferreres, Jordi Ferrer, Josep María Vilajosana, Ricardo Caracciolo, Jorge Malem y Albert Calsamiglia.

ridad que carece de límites legales a su competencia legislativa y, además, esta competencia es continua, es decir, no puede desprenderse de ella. Por ello, tiene la facultad de crear cualquier ley y ésta no puede ser reformada o derogada por ningún otro órgano (1). Aunque de una manera no muy precisa, se ha destacado a la soberanía parlamentaria como uno de los elementos de la «grundnorm» o de la «regla de reconocimiento» del sistema británico (2).

Debido a esta caracterización peculiar y distintiva del Parlamento, esta teoría no ha dejado de motivar la reflexión de los constitucionalistas, de los politólogos y de los teóricos del Derecho. En los últimos años, se han vuelto a plantear cuestiones recurrentes relacionadas con la ilimitabilidad jurídica del Parlamento, su fundamento político-moral, la imposibilidad de imponer controles jurisdiccionales a la actividad legislativa o el establecimiento de una carta de derechos humanos. Todos estos interrogantes son sugerentes y de una u otra manera están íntimamente conectados entre sí. En cualquier caso, esta diversidad de cuestiones muestra que esta doctrina no es un vestigio del pasado, sino que ofrece argumentos serios y bien contruidos acerca de un modelo de autoridad suprema en un orden jurídico. Sin embargo, esta teoría ha sufrido en este siglo los embates de una nueva concepción según la cual una legislatura puede —legalmente— autolimitarse o, en otras palabras, puede limitar a una legislatura posterior. El enfrentamiento entre estas dos concepciones ha constituido uno de los debates teóricos más interesantes en el ámbito británico durante varias décadas. Después de un período de adormecimiento ha vuelto a reaparecer con motivo de la entrada de Gran Bretaña en la Comunidad Europea y de algunas sentencias que han reconocido carácter vinculante al Derecho europeo por encima de las leyes del propio Parlamento británico.

Pero el interés de esta discusión no se limita únicamente al ámbito británico, sino que es perfectamente extrapolable a cualquier otro sistema jurídico pues, lo que está en juego es la misma noción de autoridad legislativa suprema, el Parlamento, y la posibilidad de modificar su propia competencia, y más concretamente, restringirla: ¿se puede legislar válidamente sobre una materia que ha atrincherado una legislatura anterior?, ¿qué procedimiento se

(1) Véase J. L. DE LOLME: *Constitución de Inglaterra*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992. Estudio preliminar de BARTOLOMÉ CLAVERO, pág. 141; ALBERT VENN DICEY: *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, MacMillan Education, Hampshire-Londres, 10.ª ed., 1959 [1885].

(2) GEORGE WINTERTON: «The British Grundnorm: Parliamentary Supremacy Re-examined», *The Law Quarterly Review*, vol. 92, 1976, pág. 591.

debe seguir para recuperar esa competencia? Estas son cuestiones que no se plantean exclusivamente en el laboratorio de la teoría del Derecho, sino que tienen su plasmación en situaciones tales como el eventual deseo de un parlamento de romper el compromiso de una legislatura anterior. Esto es lo que sucedería, por ejemplo, si un Estado miembro de la Unión Europea quisiera abandonarla.

Por ello, no parece extemporáneo detenerse en algunas cuestiones centrales sobre las que ha girado la discusión en el ámbito británico: ¿qué sentido de soberanía es predicable del Parlamento británico? En relación a ella, examinaré la teoría clásica y la teoría revisionista que extraen consecuencias jurídicas diametralmente distintas de las respuestas que ofrecen a esta cuestión y, en relación a ellas, expondré tentativamente un criterio para resolver esta cuestión. Por último, se examinará en forma de *excursus* el debate que se ha desarrollado acerca de la conveniencia de que el ordenamiento jurídico británico adopte una declaración de derechos fundamentales, y en concreto, de la Declaración de Derechos Humanos del Convenio Europeo. No hace falta señalar que esta incorporación supondría el acta de defunción de la omnipotencia del Parlamento británico.

II. LA TEORÍA CLÁSICA

La soberanía del Parlamento británico constituye un principio no reflejado en ninguna ley y menos en una constitución escrita, pues como es sabido, Inglaterra carece ella. La caracterización del Parlamento británico como soberano ha sido llevada a cabo por los constitucionalistas a partir especialmente del siglo XVIII. Es más, como señalan algunos autores se puede decir que las obras de algunos constitucionalistas como es el caso de William Blackstone y Albert V. Dicey han sustituido a la inexistente Constitución escrita (3).

Como antes se mencionó, las principales propiedades que caracterizan al Parlamento son su carácter supremo, ilimitado y continuo. La doctrina constitucionalista clásica considera que el carácter supremo del Parlamento supone el derecho de crear cualquier tipo de ley:

(3) WILLIAM BLACKSTONE: *Commentaries on the Laws of England*, The University of Chicago Press, Chicago-Londres, 1979 [1765-1770]; ALBERT VENN DICEY: *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, MacMillan Education, Hampshire-Londres, 10.ª ed., 1959 [1885]. Véase al respecto VERNON BOGDANOR: «Constitutional Law and Politics», *Oxford Journal of Legal Studies*, 7, 1987, pág. 455.

«La supremacía parlamentaria significa en primer lugar que el Parlamento puede crear jurídicamente legislación sobre cualquier tipo de objeto o materia... En segundo lugar..., que el Parlamento puede legislar para todas las personas y lugares. Si ordena que fumar en las calles de París es un delito, entonces es un delito» (4).

Una manifestación de este principio es que el Parlamento, esto es, la Reina, la Cámara de los Comunes y la Cámara de los Lores, puede modificar o derogar cualquier norma según el procedimiento ordinario (mayoría simple). Ninguna norma está más allá de su competencia de creación, modificación o derogación. Esta afirmación incluye a la propia Constitución (5). Ahora bien, la regla según la cual el Parlamento puede crear y derogar cualquier norma está fuera de su competencia (6). La Constitución —en sentido sustancial— puede ser reformada por el Parlamento siguiendo el mismo proceso que afecta a cualquier otra norma del ordenamiento jurídico:

«La Monarquía, la estructura territorial del Reino Unido, la Constitución entera, están a disposición de la Cámara de los Comunes que, teóricamente, podrá derogarla o reformarla, si lo deseara, con sólo la mitad más uno de los votos presentes en la Cámara de los Comunes... Sus leyes derogan todo el Derecho que se les oponga y no pueden ser sometidas a control de constitucionalidad ni revisión judicial» (7).

(4) IVOR JENNINGS: *The Law and the Constitution*, University of London, Londres, 1959, pág. 170. Véase también A. W. BRADLEY: «The Sovereignty of Parliament-in Perpetuity?», en J. JOWELL y D. OLIVER: *The Changing Constitution*, Clarendon Press, Oxford, pág. 26; H. W. R. WADE: *Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, pág. 15.

(5) EN este contexto «constitución» no significa una norma jerárquicamente superior al resto de las normas que componen el orden jurídico, sino solamente un conjunto de normas a las que se otorga más importancia política —no jurídica— por su contenido.

(6) La existencia de esta norma que cae fuera de la competencia del Parlamento ya muestra que, incluso en su concepción más radical, la teoría clásica de la soberanía parlamentaria debe aceptar que se trata de una autoridad limitada jurídicamente. Sobre esto se volverá más adelante.

(7) ANTONIO C. PEREIRA MENAUT: *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1992, pág. 117. Véase también JAMES BRYCE: «Igualmente, podrían ser abolidos los preceptos y principios más sagrados de la Constitución con la misma rapidez con que la Ley de Explosivos fue aprobada y sin ningún quebrantamiento de la legalidad más perfecta. No se exceptúa de esto ni la *Carta Magna* ni el *Bill de Derechos* (una de las leyes más fundamentales de Inglaterra), ni la Ley de sucesión al Trono (*Act of settlement*)». JAMES BRYCE: *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 27. García Pelayo amplía el número de posibilidades de actuación del Parlamento: «El Derecho por él creado tiene primacía sobre el *Common Law*, y sobre cualquier forma de creación jurídica; porque está por encima de los fallos judiciales,

Respecto del carácter continuo de la autoridad suprema, H. L. A. Hart lo define de la siguiente manera:

«... en cada momento de la existencia [...] tiene un poder continuo de legislar como desee sobre cualquier materia excepto la limitación de sus poderes, por lo que no puede limitar irrevocablemente sus poderes» (8).

Esto significa que el Parlamento posee el poder de legislar mediante el procedimiento ordinario —mayoría simple— sobre cualquier materia excepto una: no puede modificar la forma —el procedimiento— de la legislación futura, por cuanto sería imponer límites a las legislaturas soberanas futuras (9).

Una de las consecuencias que se extrae de esta concepción es la validez de la legislación emitida por una legislatura con relación a los límites normativos que haya tratado de establecerle una legislatura anterior. En palabras de Hart,

«Hoy día puede considerarse punto pacífico que el Parlamento británico es soberano en este sentido, y el principio de que ningún Parlamento anterior puede impedir que sus 'sucesores' deroguen la legislación dictada por aquél, constituye parte de la regla última de reconocimiento utilizada por los tribunales para identificar reglas válidas de Derecho... de modo que el Parlamento no puede poner sus leyes a cubierto de la derogación» (10).

Este ha sido el punto de vista clásico sostenido por los tribunales ingleses:

ya que puede dar un *bill* de indemnidad con objeto de legalizar un acto ilegal o de librar a alguien de las consecuencias jurídicas de la comisión de un acto; porque puede prolongar su vida más allá de los cinco años para los que ha sido convocado; porque puede, en fin, regular las sucesión del trono, excluir de ella a los que no sean miembros de una determinada religión, limitar la prerrogativa regia, cambiar la religión de Estado, etc.» MANUEL GARCÍA PELAYO: *Derecho Constitucional comparado*, Alianza Universidad, Madrid, 1984, pág. 310. Véase también H. W. R. WADE: *Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 14.

(8) H. L. A. HART: «Self-referring Laws», en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, pág. 177.

(9) Esta distinción surge de la «paradoja de la soberanía parlamentaria», que es análoga a la «paradoja de la omnipotencia». Véase ILMAR TAMMELO: «The Antinomy of Parliamentary Sovereignty», *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, XLIV, 1958. De forma análoga a la distinción entre omnipotencia continua y autocomprensiva, se ha distinguido entre «soberanía continua» y «soberanía autocomprensiva». Véase JOHN MACKIE: «Evil and Omnipotence», *The Philosophy of Religion* (ed. Basil Mitchell), Oxford University Press, Oxford, 1971.

(10) H. L. A. HART: *El concepto de Derecho*, op. cit., págs. 185-186. Véase también la reconstrucción de ILMAR TAMMELO: «The Antinomy of Parliamentary Sovereignty», op. cit., pág. 507.

«La legislatura no puede, según nuestra constitución, obligarse a sí misma como tampoco a la legislatura futura» (11).

Esta propiedad del Parlamento británico es lo que Dicey llamó el «aspecto negativo» de la soberanía parlamentaria: ningún órgano o persona reconocido por el Derecho británico tiene competencia para derogar o modificar sus normas. El Parlamento puede legislar sobre cualquier materia y sus leyes deben ser aplicadas por los tribunales. Una vez que se publica una norma, ningún tribunal puede hacer otra cosa que aplicarla. Si una ley es dictada conjuntamente por los tres elementos constitutivos del Parlamento (la Corona, la Cámara de los Comunes y la Cámara de los Lores) y cumpliendo las reglas que rigen su actuación, entonces se ha creado una ley válida (12). En otras palabras, los tribunales ingleses no aplicarán ninguna norma subordinada que contravenga una ley del Parlamento, como tampoco una ley anterior.

Uno de los ejemplos clásicos de este poder del Parlamento es la *Irish Free State Act* de 1922 que declaraba independiente una parte de Irlanda, con lo que derogaba la *Union with Ireland Act* de 1800 que establecía la unión de los dos países (órdenes jurídicos) para siempre (13). La validez de la derogación de una norma que se autoproclamaba inmutable o eterna es precisamente el resultado del carácter continuo del Parlamento.

En resumen, según el punto de vista ortodoxo mantenido durante décadas por los juristas ingleses, puede ser resumido en este texto de Wade:

«... el Parlamento del Reino Unido es, a los ojos de los tribunales ingleses, una legislatura soberana continua que no puede obligar a sus sucesores ni en la "manera y forma" ni por otros medios; y si un hábil legislador intentase atrincherar una ley del Parlamento del Reino Unido prohibiendo su derogación, excepto por referéndum, tal ley como cualquier otra, podría ser derogada por una ley ordinaria de la Corona, Lores y Comunes sin referéndum. Sugerir lo contrario es asumir una revolución, en la cual los tribunales deberían abandonar su

(11) Véase el caso *Ellen St. Estates, Ltd. vs. Minister of Health*, [1934] 1 K.B. 590, 597 (C.A.).

(12) H. W. R. WADE: *Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 15. «Lo que la ley misma ordena no puede ser ilegal, porque es la suprema forma de expresión del Derecho que es conocida en este país... y no corresponde a los tribunales decir que una disposición parlamentaria es ilegal». *Cheney v. Conn* [1968] 1 All ER 779 at 782. Citado por COLIN MUNRO: *Studies in Constitutional Law*; Butterworths, Londres, 1987, págs. 91, 82 y 103. Véase también A. W. BRADLEY: «The Sovereignty of Parliament- in Perpetuity?», op. cit., pág. 26.

(13) Marshall realiza un examen de este principio a la luz de su aplicación por la jurisprudencia británica: G. MARSHALL: *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth*, Clarendon Press, Oxford, 1957, pág. 34.

lealtad a la legislatura tal y como está constituida en la actualidad; pero como esto es algo que ninguna legislación puede realizar, es puramente una predicción» (14).

Las tesis de la teoría clásica acerca de la soberanía parlamentaria pueden ser vistas como una parte central del criterio de identidad del Derecho británico. Con el objeto de reconstruir este criterio de identidad, se hará uso del esquema conceptual ideado por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin (15), aunque con alguna variación:

1. Son válidas las leyes que dicte el Parlamento sobre cualquier materia (16).

2. Si existe una norma de competencia válida que habilita a una autoridad *A* a promulgar una disposición *N* y *A* ha promulgado *N*, entonces *N* es válida.

3. Si existe una norma de competencia válida que habilita a una autoridad *A* a derogar una disposición *N* y *A* ha promulgado *N*, entonces *N* es válida.

4. Las normas válidas en el sistema jurídico que no han sido derogadas en el tiempo *t*₁ son válidas en *t*₂.

5. Sólo aquellas normas que son válidas conforme a las reglas 1, 2, 3 y 4 integran el derecho válido.

La conjunción de estas cláusulas configuraría el criterio de identidad, donde resaltaría el principio de la soberanía parlamentaria contenido en la cláusula (1).

(14) H. W. R. WADE: «The Basis of Legal Sovereignty», *Cambridge Law Journal*, 1955, pág. 190. La cursiva es mía: JLPT. Así, por ejemplo, las modificaciones que tuvieron lugar en Inglaterra 1911 y 1949 mediante las que se prescindió del acuerdo de la Cámara de los Lores para cierta legislación pueden ser interpretadas como una mera delegación revocable de algunas potestades del Parlamento en favor de la Reina y la Cámara de los Comunes. Y como se trata de una delegación revocable, una norma emitida por los tres cuerpos conjuntamente puede devolver la competencia al Parlamento en su forma originaria.

(15) CARLOS ALCHOURRÓN Y EUGENIO BULYGIN: *Introducción a la metodología de los sistemas jurídicos y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1971; EUGENIO BULYGIN: «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *DOXA*, 9, 1991, págs. 263-264. Este criterio de identificación ha sido criticado por José Juan Moreso y Pablo Navarro, por lo que he introducido alguna variación. Véase JOSÉ JUAN MORESO y PABLO NAVARRO: *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. Una reconstrucción más compleja de la regla de reconocimiento de un sistema jurídico es la que ofrece MacCormick. Véase NEIL MACCORMICK: *H. L. A. Hart*, Edward Arnold, Londres, 1981, pág. 110.

(16) Un problema de esta caracterización es cómo identificar al Parlamento. Como puede observarse, el criterio de identificación de la teoría clásica parte del órgano de producción normativa. Por ello, es susceptible de las mismas críticas que Raz dirigió a la teoría del soberano de John Austin como ejemplo de las teorías basadas en la fuente de origen. Véase JOSEPH RAZ: *The Concept of a Legal System*, Oxford University Press, Oxford, 1971.

De estas cláusulas se extrae que cualquier norma dictada por una legislatura que contradiga una norma promulgada por una legislatura anterior es una norma válida. También se sigue que cualquier intento del Parlamento por modificar su poder continuo no sería válido. Un ejemplo de esto sería el *Statute of Westminster* (17) pues, a través de dicha norma el Parlamento intentó redefinir la cláusula (1). En efecto, con la promulgación del *Statute of Westminster* se trató de establecer que en el futuro las leyes del Parlamento británico no se aplicarán a los dominios, salvo que así lo dispusieran los parlamentos de esos dominios. La cláusula tendría ahora esta forma:

1'. Son válidas las leyes que dicte el Parlamento sobre cualquier materia siguiendo el procedimiento *P*, salvo en el territorio *M*, respecto de la cual debe seguir el procedimiento *Q*. Esta cláusula sólo puede reformarse siguiendo el procedimiento *Q*.

Desde el punto de vista de (1') cualquier intento de revocar el *Statute* sin consentimiento de los dominios sería una norma inválida. Ahora bien, según (1), el Parlamento no puede dictar una norma irrevocable que modifique su competencia legislativa (18). Por ello, si una legislatura promulga normas siguiendo el procedimiento *P* sobre algún territorio *M*, tal disposición sería válida.

En este mundo jurídico del sistema constitucional británico, tal y como ha sido delineado por la teoría de la soberanía parlamentaria, siempre dicta leyes válidas (19). Nunca puede ocurrir que el Parlamento dicte una norma inconstitucional, por definición de soberanía continua. Esto es lo que provoca que no sea necesario ningún tipo de control de constitucionalidad.

La «teoría de la interpretación» (20) constituye la última de las expresiones

(17) Legislación mediante la que se daba independencia a ciertas colonias británicas.

(18) Por cierto, al menos hasta la década de los sesenta, el grueso de la doctrina constitucionalista sustentó la opinión de que esta legislación no pudo constituir una terminación irrevocable de la potestad de legislar para un dominio sin su consentimiento. Véase G. MARSHALL: *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth*, op. cit., págs. 146-147.

(19) En cierto sentido, el Parlamento británico sería una especie de rey Midas, ya que a semejanza de este último que convierte en oro cualquier objeto que toca, el parlamento convierte en ley cualquier pronunciamiento que emita. MAX RADIN: «The Intermittent Sovereign», *Yale Law Journal*, 1930, pág. 521. La legalidad o ilegalidad se predicaría de las normas de inferior jerarquía. Una aplicación al Derecho español de la idea de que el Parlamento no puede atrincherar leyes frente a la voluntad de parlamentos posteriores puede encontrarse en LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO: *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 100.

(20) Véase H. W. R. WADE: «Sovereignty-Revolution or Evolution?», *Law Quarterly Review*, 112, 1996, pág. 568.

de la teoría clásica y ha surgido a raíz de los casos que han llegado a los tribunales acerca de la limitación de la legislatura actual por las normas del Parlamento de 1972 al sancionar la entrada del Reino Unido en la Comunidad Europea. El artículo 189 del Tratado de Roma establece la aplicación directa de las normas de la Comunidad. Para dar cumplida cuenta de esta obligación el Parlamento británico dictó la *European Communities Act* (1972), cuya sección 2 (1) establece que:

«todos aquellos derechos, poderes, responsabilidades, obligaciones y restricciones creados o que surjan por los Tratados... tendrán efectos jurídicos sin normas complementarias... en el Reino Unido deberán ser reconocidas y aplicadas jurídicamente».

La entrada en la Comunidad Económica Europea supone necesariamente la aceptación de leyes e instituciones que no han sido creadas por el Parlamento británico y que tienen en algunos aspectos primacía respecto de él. Por otro lado, cualquier ley del Parlamento creada tras la promulgación de la ley de acceso a la Comunidad Europea debe ser compatible con el Derecho de la Comunidad. Y por último, los tribunales nacionales deben decidir cuestiones de Derecho Comunitario según los principios emanados del Tribunal Europeo de Justicia. El ingreso en la Comunidad Europea supone la fiscalización de la tarea legislativa del Parlamento ya que puede estar controlado tanto por los propios tribunales ingleses como por el Tribunal de la Comunidad (21).

Un reflejo de las consecuencias que acarrea esta novedosa legislación sobre las vetustas tradiciones inglesas ha sido el caso *Factortame* (22), en el que

(21) ANUPAM CHANDER: «Sovereignty, Referenda, and the Entrenchment of a United Kingdom Bill of Rights», *Yale Law Journal*, 101, 1991, pág. 467.

(22) *R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame Ltd. (No. 2)* [1991] 1 A.C. 603. Esta sentencia ha sido analizada extensamente en varios artículos por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: «El problema de los poderes del juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de las leyes nacionales en consideración al Derecho Comunitario Europeo. La Sentencia inglesa "Regina v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Limited and Others", 1989, y la negación general de medidas cautelares contra la Corona», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 63, 1990, págs. 411-432; «Novedades sobre los procesos en el conflicto de pesca anglo-español. La suspensión cautelar por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de la Ley inglesa de 1989 aparentemente contraria al Derecho Comunitario. Enseñanzas para nuestro sistema de medidas cautelares, sobre la primacía del Derecho Comunitario y respecto a la indemnizabilidad de los daños causados por infracción de éste», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 64, 1990, págs. 593-605.

«La sentencia *Factortame* (19 de junio de 1990) del Tribunal del Justicia de las Comunidades Europeas. La obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del Derecho Co-

el tribunal declaró inaplicable una Ley del Parlamento, la *Merchant Shipping Act 1988*, pues contradecía la normativa comunitaria (23).

La respuesta de la «teoría de la interpretación» ha sido que las eventuales contradicciones entre las normas inglesas y las del Derecho Comunitario deben ser resueltas, en principio, a favor de este último. Ahora bien, si el Parlamento británico de manera clara y expresa declarara en una ley la intención de derogar el Derecho Comunitario, esto es, de separarse de la Comunidad Europea, no habría en tal acto nada extraño desde un punto de vista jurídico. Se habría producido una delegación, no una transferencia de competencia legislativa. Valgan como expresión de esta concepción las palabras de John Laws:

«Es elemental que el Parlamento posee el poder de derogar la ley de las Comunidades Europeas total o parcialmente; y lo máximo que se puede decir, en mi opinión, es que el reconocimiento que la Cámara de los Lores hace de la fuerza del Derecho europeo significa que la regla de interpretación implantada por el 2 (4) no puede ser eliminada por una derogación implícita. Se requieren términos expesos... Aunque el caso *Factortame* demuestra indudablemente lo que puede ser descrito como una devolución de poder legislativo a Europa, no es una verdadera devolución de soberanía. En términos jurídicos... el Derecho europeo no es ley de superior jerarquía porque los límites que ella establece al poder del Parlamento están a disposición del propio Parlamento» (24).

La tesis central de esta concepción de la soberanía es que el Parlamento designa un órgano cuyo principal rasgo es su capacidad omnitemporal de promulgar leyes y en dicho concepto se incluyen las diferentes legislaturas que han existido históricamente. Así pues, cuando aparece un grupo de individuos que son denotados por la definición originaria de Parlamento —la Reina, la Cámara de los Comunes y la Cámara de los Lores actuando conjuntamente—, sigue siendo el «Parlamento». Por ello, basta con que apruebe con la mayoría simple la derogación de la ley que modificaba el procedimiento de creación normativa para que la norma sea válida. Esta concepción está tan arraigada en los operadores jurídicos ingleses que en los debates sobre la entrada en la Comunidad Europea, los ministros quisieron asegurarse de que el Parlamento no

munitario aun a costa de su propio Derecho nacional. Trascendencia general de la Sentencia en el Derecho Comunitario y en el sistema español de medidas cautelares», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 67, 1990, págs. 401-422.

(23) Un caso anterior en el que se planteó una cuestión similar fue *Macarthy's Ltd. v. Smith*, [1979] 3 All ER; [1981] QB 180. Citado por T. R. S. ALLAN: «Parliamentary Sovereignty: Lord Denning's Dexterous Revolution», *Oxford Journal of Legal Studies*, 3, 1, 1983, pág. 22.

(24) JOHN LAWS: «Law and Democracy», P.L., 1995, pág. 89. Citado por H. W. R. WADE: «Sovereignty—Revolution or Evolution?», *op. cit.*, págs. 569-570.

podría obligar a sus sucesores, que la soberanía parlamentaria permanecería intacta porque era indestructible legalmente: cualquier ley que fuese promulgada podría ser derogada siempre y la libertad de los futuros parlamentos quedaría libre de obstáculos (25).

III. LA TEORÍA REVISIONISTA

En uno de los mejores trabajos sobre este tema, Geoffrey Marshall señala acertadamente que hasta la mitad del presente siglo cualquiera que se acercase al Derecho británico y consultase los manuales de Derecho constitucional no tendría problemas en encontrar el primer principio constitucional. Este principio vendría dado por las consideraciones de Blackstone, Dicey y un conjunto de decisiones judiciales acerca de la derogación implícita y del carácter definitivo de las decisiones del Parlamento. Pero si dicho extranjero hubiese vuelto a consultar este material acerca del mismo tema a partir de los años cincuenta y sesenta se encontraría inmerso en un importante debate que le sumergiría en un mar de dudas. La causa debe encontrarse en la aparición de una nueva teoría que revisa los principales presupuestos acerca de la soberanía parlamentaria (26).

La crítica a la concepción clásica presenta una definición distinta de Parlamento, en la que su rasgo central es la posibilidad de modificar el procedimiento de creación de normas hacia el futuro, de manera que el órgano resultante de tal restricción —con independencia de que se le siga llamando «Parlamento»— debe seguir dicho procedimiento para dictar normas válidas. En este sentido, se trata de mostrar que el Parlamento puede crear cualquier ti-

(25) Citado por H. W. R. WADE: «Sovereignty—Revolution or Evolution?», *op. cit.*, pág. 573. En el mismo sentido pueden interpretarse las palabras de L. J. Lawton cuando, en referencia al caso *Macarthy Ltd. v. Smith* dice que no supone ningún apartamiento de la doctrina de la soberanía parlamentaria, puesto que el Parlamento retiene el poder de derogar la *European Communities Act*. Citado por T. R. S. ALLAN: «Parliamentary Sovereignty: Lord Denning's Dexterous Revolution», *Oxford Journal of Legal Studies*, 3, 1983, pág. 24. Entre otras razones, se alegó que esta concepción del Parlamento como autoridad suprema continua refleja la idea democrática de que cada generación debe ser libre para decidir. Es decir, no debe estar atada por la voluntad de generaciones anteriores plasmada en leyes, porque eso supondría, en palabras de Bentham, que la voluntad de los muertos prevalece sobre la de los vivos. Véase ANUPAM CHANDLER: «Sovereignty, Referenda, and the Entrenchment of a United Kingdom Bill of Rights», *op. cit.*; CARLOS ROSENKRANTZ y BRUCE ACKERMANN: «Tres concepciones de la democracia constitucional», en AA. VV.: *Fundamentos y alcance del control de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

(26) GEOFFREY MARSHALL: *Teoría Constitucional*, Espasa-Calpe, Madrid, 1982. Trad. R. García Cotarelo. [Oxford University Press, 1971], pág. 71.

po de ley, incluyendo aquella norma por la cual restringe su competencia legislativa ilimitada. Esto sería un ejemplo de lo que Hart denomina «soberanía autocomprensiva» (27). Así pues, el Parlamento tiene el poder de legislar efectivamente sobre la forma —el procedimiento— de la legislación futura como también lo puede hacer sobre cualquier otro asunto. En concordancia, los tribunales aplicarán las leyes que se adecuen a las condiciones procedimentales establecidas para la legislación válida.

El origen de esta concepción puede ser encontrado en la necesidad por parte de los teóricos y constitucionalistas de dar cuenta de los recientes fenómenos acaecidos en la vida política y jurídica inglesa. Los procesos que acarrearón la pérdida de los territorios de ultramar, los procesos de descolonización de la Commonwealth (*Statute of Westminster*, 1931), la independencia de la República de Irlanda (1922), y la cesión de competencias a favor de la Comunidad Europea (1972) han constituido los ejemplos históricos que más han cuestionado la vigencia del principio de la soberanía del Parlamento británico (28). En dichos casos una ley del Parlamento británico declaró la independencia de un territorio que hasta entonces había estado sometido a su legislación; en otras palabras, estableció determinadas cláusulas que limitaban su poder originario.

Estos hechos históricos cuestionan seriamente el modelo de los constitucionalistas clásicos. En principio, pareciera que la teoría clásica de la soberanía parlamentaria es incapaz de dar cuenta de estos acontecimientos de la vida jurídico-política británica en los que el Parlamento ha dividido o modificado su competencia.

Sin embargo, a pesar de las dificultades que causan estos eventos a la teoría clásica, ésta podría responder —como se ha visto en el apartado anterior— que aquí no ha habido transferencia irrevocable de competencias, sino únicamente una delegación. Por ello, sería perfectamente posible, aunque improbable, que el Parlamento en su forma originaria revoque todas las normas mediante las que cedió sus competencias. Por esa razón, interesa examinar si esta posibilidad está avalada teóricamente.

(27) «El monarca tiene poder de legislar sobre todas las materias incluida la limitación irrevocable de sus poderes»; H. L. A. HART: «Self-referring Laws», *op. cit.*, pág. 177. La distinción entre soberanía continua y autocomprensiva está estrechamente conectada con la cuestión de la reforma de las disposiciones de reforma constitucionales, cuya posibilidad es la base de la teoría revisionista. A pesar de la importancia de este tema no será tratado aquí.

(28) Dicey resolvió algunos de estos casos, como la independencia norteamericana, admitiendo que la autoridad jurídica suprema puede abdicar. Esta afirmación es, cuanto menos, sorprendente porque, acepta que el Parlamento pueda hacer lo más, abdicar, pero no lo menos: transferir algunas de sus competencias. Esto ya había llamado la atención de Hart. Véase *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, trad. Genaro Carrió, pág. 188.

Los teóricos que sostienen la posibilidad de limitar jurídicamente al Parlamento británico parten de una distinción básica acerca del proceso legislativo. En este proceso cabe distinguir dos cuestiones, una de carácter sustantivo y otra de carácter procedimental. Respecto de la primera no se discute que el Parlamento tiene una libertad total para dictar cualquier tipo de ley, con independencia de cuál sea su contenido (29).

La teoría revisionista de la soberanía parlamentaria ha puesto el acento en el procedimiento que regula la actividad del Parlamento. A finales del siglo XIX Pollock ya había señalado que el Parlamento, en cuanto poder supremo, está limitado por las normas que prescriben cómo debe ser ejercido (30). En efecto, «el Parlamento» es una expresión que se refiere a la combinación de tres órganos distintos (la Corona, la Cámara de los Comunes y de los Lores), lo cual ya supone que debe existir alguna norma que estipule su composición y otras que establezcan cómo deben actuar como autoridad jurídica suprema. El Parlamento, en cuanto autoridad jurídica suprema está definido y, por tanto, limitado por normas (31). La teoría revisionista define «autoridad jurídica suprema» señalando las normas que deben seguirse para dictar normas válidas. Es en este sentido que la teoría revisionista, a diferencia de la teoría clásica, no parte en su criterio de identidad de la fuente de origen, sino de normas (32). Así, el criterio de identidad de un sistema jurídico que ofrece esta teoría podría tener una formulación de este tipo (33):

1. Las normas $N_1, N_2, N_3... N_n$ (que integran la primera constitución) son válidas.
2. Si existe una norma de competencia válida que habilita a una autori-

(29) Como se verá más adelante, en ocasiones las revisiones procedimentales pueden desembocar en una limitación de carácter sustantivo. Véase H. L. A. HART: *El concepto de Derecho*, op. cit., pág. 187.

(30) Véase GEOFFREY MARSHALL: *Teoría Constitucional*, op. cit., pág. 67.

(31) «Donde la autoridad jurídica suprema es cualquier persona individual, su designación debe incluir el enunciado de reglas para la averiguación de su voluntad, y estas reglas, puesto que su observancia es una condición de la validez de su legislación, son reglas jurídicas lógicamente previas a él». GEORGE WINTERTON: «The British Grundnorm: Parliamentary Supremacy Re-examined», op. cit., pág. 605; GEOFFREY MARSHALL: «Parliamentary Supremacy and the Language of Constitutional Limitations», *The Juridical Review*, vol. 67, 1955, pág. 77.

(32) Por cierto, esta concepción es más cercana a las teorías jurídicas más influyentes en la actualidad en el ámbito británico, como son las de Hart o Raz, en las que la identificación del sistema jurídico no se hace descansar en un órgano, sino en normas.

(33) En cualquier caso, hay que tener en consideración la peculiaridad del ordenamiento jurídico británico, que carece de constitución escrita. Por tanto, no existe un conjunto de disposiciones escritas como las reseñadas en el texto. Estas son una interpretación reconstructiva de la teoría revisionista.

dad A a promulgar una disposición N y A ha promulgado N , entonces N es válida.

3. Si existe una norma de competencia válida que habilita a una autoridad A a derogar una disposición N y A ha promulgado N , entonces N es válida.

4. Las normas válidas en el sistema jurídico que no han sido derogadas en el tiempo $t1$ son válidas en $t2$.

5. Sólo aquellas normas que son válidas conforme a las reglas 1, 2, 3 y 4 integran el derecho válido.

Una de las normas de la Constitución, Nj , establece que: el Parlamento puede legislar sobre cualquier materia siguiendo el procedimiento P . Otra norma de la Constitución, Nk , dice: las normas de esta Constitución pueden ser reformadas siguiendo el procedimiento Q (34).

Ahora podemos ver cómo podría producirse la autolimitación del Parlamento. Posteriormente ($t1$), el Parlamento promulga, siguiendo el procedimiento Q , la norma:

1'. *Las normas que regulan la materia M son inderogables*

Con esta norma (1'), de una manera válida el Parlamento ha modificado, en virtud de (3), una de las normas de la Constitución originaria. Una vez realizado este cambio, surge una nueva definición de Parlamento caracterizada por competencias diferentes —aunque (1') perfectamente podría haber cambiado el procedimiento, el ámbito de validez de las normas, etc.—. Ahora, el Parlamento puede legislar sobre cualquier materia no comprendida en M .

Según esta nueva aproximación, es posible modificar el procedimiento legislativo del Parlamento (35). La noción de soberanía parlamentaria no es incompatible con la estipulación de procedimientos especiales para aprobar cierto tipo de normas:

(34) Si esta norma dijese el procedimiento P , conformaría una Constitución flexible.

(35) En este sentido, esta teoría no contemplaría como un problema insoluble la debatida cuestión de la posibilidad de reformar válidamente la disposición de reforma constitucional. En contra de esta posibilidad véanse ALF ROSS: «Sobre la autorreferencia y un difícil problema de derecho constitucional», en *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, México, 1991, trad. E. Bulygin y E. Garzón; PEDRO DE VEGA: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985; JOSÉ JUAN MORESO MATEOS: «Disposiciones de reforma constitucional», *Doxa*, 10, 1991. A favor: H. L. A. HART: «Self-referring Laws», en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, pág. 177; EUGENIO BULYGIN: «La paradoja de reforma constitucional», en *Alf Ross. Estudios en su homenaje, Revista de Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso* (Chile), 1984. Me he ocupado de esta cuestión en JOSÉ LUIS PÉREZ TRIVIÑO: *Los límites jurídicos al soberano*, Tecnos, Madrid, 1998.

«Es posible el establecimiento de procedimientos especiales o mayorías superiores necesarias para aprobar una norma de importancia constitucional, lo cual puede permitir el establecimiento de protecciones o “reforzamientos” que siempre se han creído incompatibles con la teoría de la soberanía parlamentaria» (36).

La teoría clásica examinó la posibilidad de que un Parlamento pudiese vincular a un Parlamento posterior mediante prohibiciones; es decir, estableciendo que sobre una materia el Parlamento tendría la prohibición de emitir normas. Pero ésta era una posibilidad no realizable en virtud de la definición de autoridad continua y también de la propia noción de mandato.

Sin embargo, la teoría clásica no se planteó otros mecanismos de limitación, uno de los cuales se intentó poner a prueba en Canadá (37). El órgano legislativo canadiense estableció una declaración de derechos donde se consideraba que lo allí recogido tendría el carácter de fundamental. Ahora bien, la legislatura que dictó esta declaración de derechos no la acompañó con ningún tipo de «reforzamiento» que vinculase a una legislatura futura. Cualquier legislatura utilizando la mayoría ordinaria podría derogar o modificar la declaración de derechos, por lo que ésta carecía de protección jurídica frente a leyes ordinarias futuras.

Un segundo mecanismo de limitación jurídica de una legislatura futura puede ser ejemplificado con el caso de Nueva Zelanda. En 1956, el órgano legislativo estableció que una serie de disposiciones sobre materia electoral y privilegios parlamentarios tendrían un procedimiento de reforma agravado. Es decir, una legislatura no podría derogar o modificar dichas disposiciones por mayoría ordinaria, sino que tendría que conseguir un voto favorable del 75 por 100 de los miembros de la Cámara de Representantes o por una mayoría de votos de los electores en referéndum. Esta manera de proteger unas disposiciones constituía un paso más allá de lo que había sucedido en Canadá, ya que ahora la legislatura no puede con la mayoría ordinaria modificar o derogar las disposiciones que se quieren atrincherar. No obstante, este mecanismo no impide que una legislatura posterior tenga una vía más fácil para modificar las disposiciones atrincheradas: derogar o modificar la norma que establece el atrincheramiento. Y como tal norma no prevé un procedimiento agravado para su propia reforma, basta con la mayoría ordinaria para derogarla. Una vez hecho esto último, la legislatura tiene el camino libre para derogar o modificar las normas atrincheradas.

(36) GEOFFREY MARSHALL: *Teoría Constitucional*, op. cit., pág. 68.

(37) En este punto me guío por GEOFFREY MARSHALL: *Teoría Constitucional*, op. cit., pág. 70.

Un tercer mecanismo de limitación del poder de una legislatura que perfecciona los vistos anteriormente sería el siguiente: la legislatura en un momento temporal instituye formas y procedimientos legislativos diferentes a los existentes hasta el momento (mayoría ordinaria) que vincularán a las legislaturas posteriores. Por ejemplo, la primera legislatura puede establecer que en el futuro sobre determinadas materias se puede legislar, pero con la condición de que se logre una mayoría especial del 75 por 100 o que también haya un referéndum. Además, se puede prever que la derogación de la norma que establece el procedimiento agravado no puede ser reformada con mayoría simple, sino que también se necesita cumplir con un procedimiento agravado (mayoría del 75 por 100). En este caso, cualquier intento de derogación utilizando la mayoría simple podría ser rechazada por los tribunales por ser una declaración *ultra vires*, al no ser una norma jurídica válida a pesar de ser dictada por el Parlamento.

A partir del momento en el que la legislatura¹ crea una norma (N1) mediante la cual modifica su propia regla de competencia para instaurar un nuevo procedimiento de creación normativa, la legislatura² está limitada procedimentalmente: debe cumplir con las condiciones establecidas en N1 para dictar normas válidas. En palabras de Marshall:

«[...] no hay ningún asunto político fuera del alcance del Parlamento porque, con el objeto de alcanzar sus fines, el Parlamento se ha de constituir de modo apropiado y la constitución y el procedimiento parlamentario se pueden alterar de modo tal que ciertos objetivos solamente puedan conseguirse mediante el procedimiento adecuado... Cabe decir: "el Parlamento no puede dictar prohibición alguna de índole general sobre su acción futura, pero puede imponer restricciones parlamentarias sobre tal acción". De otro modo: "El Parlamento puede hacer lo que quiera, pero las normas que lo definen se pueden alterar"» (38).

Ahora bien, en este último caso, la reforma procedimental puede acabar convirtiéndose de hecho en una reforma sustantiva. La legislatura futura ya no podrá válidamente modificar o derogar la materia atrincherada. Como dice Hart,

«Va de suyo que si esta técnica fuese válida, mediante ella el Parlamento podría conseguir prácticamente los mismos resultados que la doctrina de que el Parlamento no puede obligar a sus sucesores parece colocar más allá de la potestad de éste. Porque si bien es cierto que la diferencia entre circunscribir el área sobre la que puede legislar el Parlamento, por un lado, y limitarse a modificar la manera y la forma de la legislación, por el otro, es suficientemente clara en

(38) GEOFFREY MARSHALL: *Teoría Constitucional*, op. cit., pág. 80. Del mismo autor: GEOFFREY MARSHALL: *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth*, op. cit., págs. 12-13.

algunos casos, en la práctica los límites de estas dos categorías se confunden» (39).

Estas autolimitaciones surgirían de la reforma válida del procedimiento y del ámbito material de creación legislativa y tendrían como consecuencia una nueva concepción acerca de la manera en que debe legislar el Parlamento en el futuro. Dado el tenor de estas reformas, cualquier intento de violar esas normas sería visto como una usurpación. La teoría revisionista de la soberanía parlamentaria interpreta que el Parlamento ya no sería necesariamente una autoridad jurídica suprema continua sino que podría entenderse como una autoridad jurídica suprema objeto de una autocomprensión que ha restringido su competencia legislativa hacia el futuro.

Ahora, se podría interpretar que el Parlamento británico ha hecho uso de su competencia autocomprensiva:

1) En el caso de modificación del procedimiento sobre un territorio concreto, como sucedió con el *Statute of Westminster*:

«Son válidas las normas que dicte el Parlamento sobre cualquier territorio siguiendo el procedimiento *P*, salvo en lo que respecta al territorio *M*, en que debe seguir el procedimiento *Q*. Esta regla sólo puede reformarse siguiendo el procedimiento *Q*.»

La consecuencia que se derivaría de esta regla es que el Parlamento podría legislar sobre cualquier territorio (*M* y no *M*), y también sería posible la modificación del procedimiento de creación legislativa. En este sentido, esta nueva regla sería la consecuencia de una autolimitación de un Parlamento plenamente autocomprensivo. Tal autolimitación habría consistido en la reforma del procedimiento, pero la consecuencia sería muy similar a la autolimitación en el contenido de la competencia.

2) Si lo que se promulgase fuese una declaración de derechos a la manera establecida en la Ley Fundamental de Bonn, es decir, declarándolos intangibles, la limitación sería estrictamente material. Entonces la formulación podría ser:

«El Parlamento puede dictar cualquier ley siguiendo el procedimiento *P*, excepto sobre la materia *M*. Las normas sobre *M*, incluido este artículo, son inderogables.»

La consecuencia sería que sobre la materia comprendida en *M* —y el artículo que regula su competencia— el Parlamento sería incompetente material-

(39) H. L. A. HART: *El concepto de Derecho*, op. cit., pág. 187.

mente y, por tanto, tendría una competencia continua. Respecto de la materia no comprendida en *M*, el Parlamento puede legislar e incluso delegar y transferir competencias. Se podría decir entonces, que respecto a estos asuntos el Parlamento es ilimitado en principio, pero podría ir restringiendo su competencia procedimental o materialmente. En definitiva, con la inclusión de cláusulas de intangibilidad cualquiera que sea su contenido, se configura un Parlamento continuo y limitado.

IV. EL FUNDAMENTO DE LA SOBERANÍA PARLAMENTARIA

En los dos apartados anteriores se ha examinado la cuestión de qué tipo de soberanía es predicable del Parlamento británico. Según la primera, el Parlamento tiene una competencia suprema de creación normativa de la cual no puede prescindir—soberanía continua— y, según la segunda, sí puede prescindir—soberanía autocomprensiva. Sin lugar a dudas, la teoría dominante desde un punto de vista histórico ha sido la primera, pero en la actualidad existen suficientes evidencias que pondrían en serias dudas su primacía. Ahora bien, ¿cómo es posible resolver esta cuestión? En otras palabras, ¿qué criterio debe ser utilizado para resolver la disputa y con ello ofrecer la reconstrucción más acertada del Parlamento actual?

Uno de los primeros autores en aclarar esta cuestión fue Wade al señalar que la soberanía parlamentaria no es un principio disponible exclusivamente por el Parlamento pues se trata de un hecho político que a su vez depende de la actitud de los Tribunales. Como antes se mostró, la competencia del Parlamento para dictar normas no depende de una norma escrita. La soberanía parlamentaria encuentra su fundamento en un hecho político:

«La distinción entre legislación soberana y subordinada es, por tanto, ésta: la autoridad de la legislación soberana depende de un “principio jurídico último”, por ejemplo, un hecho político para el cual no existe explicación jurídica que dar; la autoridad de la legislación subordinada depende de un poder jurídico superior respecto del cual no se puede ofrecer una explicación jurídica» (40).

Así pues, la última regla del Derecho británico tiene su fundamento en una realidad político-social —la aceptación de los tribunales—, la cual no puede cambiarse a través del Derecho, sino a través de una decisión política o

(40) H. W. R. WADE: «The Basis of Legal Sovereignty», *Cambridge Law Journal*, 1955, pág. 189.

por una serie de acontecimientos que modifiquen la actitud de los jueces. En este sentido, no es paradójico que el Parlamento no pueda (legalmente) solo autolimitarse.

Podría interpretarse que Hart ha seguido la misma línea al señalar que el carácter continuo o autocomprensivo del Parlamento es *contingente*:

«No hay ninguna necesidad lógica, mucho menos una necesidad de la naturaleza, de que exista tal Parlamento [continuo]; es sólo una forma o estructura entre otras, igualmente concebibles, que ha llegado a ser aceptada entre nosotros como el criterio de validez jurídica» (41).

Como es sabido, los criterios de validez jurídica últimos están establecidos en la regla de reconocimiento cuya existencia es una práctica social en la que tienen un papel destacado los jueces y tribunales. Y la solución a la disputa examinada apela a una cuestión empírica: la actitud de los tribunales. Esta conclusión supone que,

«Cuál es la forma de omnipotencia —continuada o autocomprensiva— de que goza nuestro Parlamento es una cuestión empírica relativa a la forma de regla que es aceptada como criterio último para identificar el Derecho» (42).

La modificación o extinción de este criterio no puede ser lograda únicamente por la voluntad del Parlamento. El poder del Parlamento descansa en dicho principio sustentado por los tribunales (43). Sólo puede ocurrir por medio de una especie de revolución, en sentido legal (44).

Así pues, la caracterización del Parlamento ofrecida por la teoría clásica basada en la aquiescencia casi absoluta de los tribunales al Parlamento puede haber reflejado correctamente esa práctica social. Sin embargo, en la actualidad, parece que el Parlamento británico no puede dictar cualquier norma. Está

(41) H. L. A. HART: *El concepto de Derecho*, op. cit., pág. 185.

(42) H. L. A. HART: *El concepto de Derecho*, op. cit., pág. 185.

(43) H. L. A. HART: *The Concept of Law*, op. cit., págs. 144-150. Véase también H. W. R. WADE: «The Basis of Legal Sovereignty», op. cit., pág. 189. El cambio de actitud de los jueces puede ser calificado de revolución como hacen algunos autores. Así, por ejemplo, Hicks dice: «Los miembros de esa sociedad deben decidir aceptar o no el nuevo orden, y los tribunales no están exentos: tienen que decidir si se suman a la revolución y aunque esta decisión pueda ser disfrazada por un argumento jurídico es una decisión política, y no derivada o formada dentro del orden jurídico preexistente.» J. C. HICKS: «The Liar Paradox in Legal Reasoning», *Cambridge Law Journal*, 29, 197, págs. 290-291.

(44) H. W. R. WADE: *Derecho Administrativo*; op. cit., pág. 16.

sujeto a normas que regulan el procedimiento a seguir para la creación válida de normas. Estos límites formales son tan fuertes que podría aceptarse que cumplen la misma función de los límites materiales. Y los tribunales, en consecuencia, no sólo se limitan a comprobar sin las disposiciones legales han sido dictadas por el conjunto de individuos que conforman al órgano llamado «parlamento», sino también el procedimiento.

Hart se pregunta si este cambio en la concepción acerca del «Parlamento» supone que son los jueces los que determinan los criterios de validez jurídica. La respuesta requiere distinguir entre los casos ordinarios y los casos que están en la frontera. Los primeros son aquéllos en los que los jueces están gobernados por reglas a la hora de determinar la validez de las normas jurídicas. Respecto de los segundos, entre los cuales habría que incluir la determinación de la competencia del Parlamento, Hart concluye de la siguiente manera:

«Aquí, en los lindes de estas cuestiones muy fundamentales, *acogeríamos de buen grado al escéptico ante las reglas*, mientras no olvide que se lo acepta en los lindes, y no nos ciegue frente al hecho de que lo que en gran medida posibilita estos notables desarrollos judiciales de las reglas más fundamentales es el prestigio adquirido por los jueces a raíz de su actuación, incuestionablemente gobernada por reglas, en las vastas áreas centrales del Derecho» (45).

La caracterización de los criterios de validez de las leyes emitidas por el Parlamento, y con ello, de las leyes autolimitativas e incluso, de las leyes mediante las que se recuperaran competencias delegadas o transferidas irrevocablemente, es algo en lo que participan decisivamente los jueces.

En la actualidad podría sostenerse que la actitud de los jueces y tribunales respecto de las leyes del Parlamento es muy diferente a la mostrada en el pasado. Debido a que todavía no hay muchos pronunciamientos judiciales sobre esta cuestión se carece de la seguridad necesaria para afirmar que ha surgido una nueva concepción de Parlamento. Pero sí puede señalarse que hay indicios de un cierto cambio en la concepción del Parlamento en la que se lo caracteriza como una autoridad objeto de una autocomprensión y en la que la validez de sus normas supone su acomodación a reglas procedimentales promulgadas por legislaturas anteriores. Dadas estas consideraciones, Wade ha sido consistente al aceptar que hay algo más que indicios de la evolución de la soberanía del Parlamento británico hacia un carácter autocomprensivo en función de la respuesta de los Tribunales en algunas sentencias como las ya mencionadas *Ma-*

(45) Véase *El concepto de Derecho*, op. cit., pág. 191. El subrayado es mío: JLPT.

carthy Ltd. v. Smith y Factortame. Pero ésta no es una afirmación definitiva sino provisional en función de la decantación de los tribunales hacia uno de los conceptos de Parlamento que están en disputa.

Por eso, si aplicamos al Parlamento británico los versos de Glanville Williams en «Lawyer's Alice» (46),

*When I become a Butterfly,
Am I then no longer I?
Or have I only changed my suits
In other words my attribute?*

no sólo desconocemos si ha cambiado su esencia o sólo sus atributos, sino que todavía no sabemos con certeza si se ha producido la transformación del Parlamento ilimitado y continuo en un Parlamento continuo o autocomprensivo, pero limitado jurídicamente.

V. PARLAMENTO Y *BILL OF RIGHTS* EN GRAN BRETAÑA

Una de las cuestiones que están siendo más debatidas entre los juristas británicos es la referida a la posibilidad de que su Derecho incorpore un *Bill of Rights* (47). Esto provocaría necesariamente un replanteamiento de la noción de soberanía atribuida al Parlamento, ya que significaría que éste es incompetente —total o limitadamente— para regular la materia contenida en esa Declaración de Derechos y, por consiguiente, dejaría de ser soberano.

El debate no es sólo de interés para los británicos, sino que si es colocado en el marco de sistemas democráticos es un ejemplo de una tensión entre las ideas de democracia —representada por el órgano representante del pueblo, el Parlamento—, y la idea de constitucionalismo entendida como limitación del gobierno (48). En otras palabras, ¿es justificable que el órgano democrático por excelencia, el Parlamento, esté limitado por unos derechos colocados fue-

(46) Citado por GEOFFREY MARSHALL: «What is Parliament? The Changing Concept of Parliamentary Sovereignty»; *Political Studies*, II, 3, 1954, pág. 205.

(47) Las primeras manifestaciones a favor de la incorporación de un *Bill of Rights* corresponden a ANTHONY LESTER: *Democracy and Individual Rights*, Fabian Tract., No. 390; LESLIE SCARMAN: *English Law-The New Dimension*, Stevens, 1974. Citados por MICHAEL ZANDER: *A Bill of Rights?*, Sweet and Maxwell, Londres, 1985.

(48) CARLOS NIÑO: *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, pág. 15; FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «Los derechos fundamentales», *Claves*, 75, septiembre 1997, págs. 2-11.

ra de su ámbito de decisión? ¿qué argumentos pueden aportarse para justificar que los miembros de una sociedad no puedan participar en condiciones de igualdad con generaciones pasadas en las decisiones colectivas más relevantes? (49).

En lo que sigue me limitaré a exponer los argumentos a favor y en contra de un *Bill of Rights* que se han aportado en el debate británico, pero también haré una breve referencia a dos cuestiones colaterales a este debate: a) la conveniencia de incorporar al Derecho británico el Convenio Europeo de Derechos Humanos (a partir de ahora, CEDH), o redactar una Declaración de derechos *ex novo*; b) ¿qué tipo de protección frente al cambio debe incorporarse a esta lista de derechos fundamentales?

1. ¿Un «*Bill of Rights*» para Gran Bretaña?

Para facilitar la exposición de los argumentos referentes a la conveniencia o no de incorporar un *Bill of Rights* se ha procedido a una clasificación de los argumentos en político-sociológicos, técnico-jurídicos y morales.

VI. ARGUMENTOS EN CONTRA

a) Político-sociológicos

1. El «*Bill of Rights*» es ajeno a las tradiciones jurídicas británicas

La historia jurídica británica muestra que el dogma de la soberanía del Parlamento ha sido una institución incuestionada por los jueces, la Administración

(49) Al respecto puede verse la interesante discusión en la que han participado, entre otros, RONALD DWORKIN: *A Bill of Rights for Britain*, Chatto&Winus, Londres, 1990; ANUPAM CHANDER: «Sovereignty, Referenda, and the Entrenchment of a United Kingdom Bill of Rights», *Yale Law Journal*, vol. 101, núm. 2, noviembre 1991, págs. 457-480; SAMUEL FREEMAN: «Constitutional Democracy and the Legitimacy of judicial review», *Law and Philosophy*, 9, 1990-1991, págs. 327-370; JEREMY WALDRON: «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, 1993, págs. 18-51; JEREMY WALDRON: «Freeman's Defense of Judicial Review», *Law and Philosophy*, 13, 1994, págs. 27-41; JAMES ALLAN: «Bill of Rights and Judicial Power: A Liberal's Quandary», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, núm. 2, 1993, págs. 337-352. En la doctrina española este debate ha sido llevado a cabo, entre otros, por JOSÉ JUAN MORESO: «Derechos y justicia procesal imperfecta»; JUAN CARLOS BAYÓN: «Legislación y jurisdicción en el Estado constitucional», *Jueces para la Democracia*, 27, noviembre 1996, págs. 41-49.

e incluso el pueblo británico. Durante cientos de años el sistema jurídico británico ha tenido en esta idea uno de sus pilares fundamentales. La incorporación de un *Bill of Rights* supondría eliminar el carácter supremo (omnipotente, soberano) que la tradición jurídica británica ha atribuido a su Parlamento.

No obstante, como ocurre frecuentemente cuando se apela a una tradición como argumento para una tesis, es posible encontrar tradiciones que constituyen fundamento para las tesis contrarias. En este sentido, puede recordarse que fueron precisamente los ingleses los inventores de las primeras declaraciones de Derechos: la Magna Carta (1215) y el *Bill of Rights* (1689), precedentes de las posteriores declaraciones de Derechos norteamericana y francesa. Por otro lado, ya existen precedentes en los que se puede observar que el Parlamento británico está limitado jurídicamente, siendo quizá el principal de ellos la incorporación a las Comunidad Europea (50).

2. *Los jueces ingleses carecen de preparación para un «Bill of Rights»*

Un punto de vista extendido es el que sostiene que los jueces británicos no están formados (ni temperamental, ni profesionalmente) para enfrentarse a las demandas características de un *Bill of Rights*. Por un lado, se alega que por su extracción social e ideología no estarían comprometidos con la protección de los derechos individuales (51). Por otro lado, desde un punto de vista técnico, un texto de estas características obliga a los jueces a tener «una mente más abierta», a utilizar métodos interpretativos extensivos. En cambio, los jueces británicos están acostumbrados a criterios interpretativos restrictivos, a no excederse más allá de los estrechos límites técnicos de la cuestión y a no autorizar a participar en el proceso a nadie más que a las partes (52).

En relación con estas objeciones, otros autores han afirmado precisamente lo contrario, que los jueces locales harían un trabajo mejor que los jueces de Estrasburgo porque tienen la ventaja de conocer las instituciones, costumbres e idiosincrasia del país (53). Y aunque esas objeciones fueran ciertas, se podría alegar que la incorporación de una Declaración de Derechos sería fructífera para la profesión judicial. En primer lugar, porque tendría un efecto pedagógi-

(50) RONALD DWORKIN: *A Bill of Rights for Britain*, op. cit., pág. 30.

(51) COLIN WARBRICK: «Rights, the European Convention on Human Rights and English Law», *European Law Review*, vol. 19, febrero 1994, págs. 34-46.

(52) MICHAEL ZANDER: *A Bill of Rights?*, op. cit., pág. 58.

(53) SIDNEY KENTRIDGE: «Parliamentary Supremacy and the Judiciary under a Bill of Rights: Some Lessons from de Commonwealth», *Public Law*, primavera 1977, pág. 99.

co en la práctica judicial que finalmente repercutiría en un progreso de las técnicas interpretativas tradicionales. En segundo lugar, la Declaración forzaría a una mayor concienciación de la importancia de los derechos humanos entre los abogados, los políticos, la prensa, etc.

3. *Politización de los jueces*

La introducción de una Declaración de Derechos conllevaría que los jueces británicos decidiesen sobre la inconstitucionalidad de leyes y que se involucrasen en cuestiones controvertidas, dadas las características propias de las cláusulas que incorporan derechos y principios (54). La indeterminación lingüística de estas cláusulas fuerza a los jueces a realizar una tarea interpretativa más heterodoxa, y con ello, a mostrar de una forma más explícita sus particulares ideologías o puntos de vista políticos. Todo esto redundaría en una pérdida de imparcialidad y con ello una disminución de su prestigio. Esto generaría entre la ciudadanía una desconfianza en el poder judicial, ya que los jueces aparecerían desarrollando una tarea cercana a la legislativa, y no únicamente la propia de su oficio (55).

4. *Un «Bill of Rights» produciría un aumento de la judicialización de los conflictos*

La Declaración de Derechos puede animar a muchos ciudadanos a elevar sus quejas con más frecuencia de lo que lo hacen en la actualidad. Es decir, se produciría un crecimiento de la judicialización de los conflictos sociales. Sin embargo, esto no es necesariamente un problema, pues precisamente así se llevan a efecto las transformaciones legales: cuando una minoría levanta su voz que puede ser vista como inaceptable por la mayoría.

(54) LORD MACKAY: «Parliament and the judges: A Constitutional Challenge», Speech to the Citizenships Foundation Saddles Hall, London, July 8, 1996. Citado por MICHAEL ZANDER: *A Bill of Rights?*, op. cit., pág. 106.

(55) No obstante, hay que señalar que la experiencia de los *Bill of Rights* en otros países de la *Commonwealth* permite decir que la mayoría de casos que llegan a los tribunales no son de carácter político, sino penales. SIDNEY KENTRIDGE: «Parliamentary Supremacy and the Judiciary Under a Bill of Rights: Some Lessons from de Commonwealth», op. cit., pág. 107.

5. Falta de madurez para adoptar un «*Bill of Rights*»

La falta de madurez para adoptar un *Bill of Rights* se ha justificado con varios argumentos. Por un lado, se alega que primero deben adoptarse las medidas necesarias para promover la mejor protección de los derechos humanos: ampliación de los remedios contra los actos administrativos, o la división administrativa de la High Court. Por otro lado, se considera necesario adoptar previamente una Constitución escrita. Y por último, se afirma que si la opción fuese adoptar el CEDH, entonces hay que advertir que es obsoleto: no cubre todos los derechos que se consideran importantes (excluye los sociales y económicos) y, en aquella parte que los cubre, lo hace de manera poco eficiente, pues incorpora importantes cláusulas limitativas (56).

b) Técnico-jurídicos

1. Un «*Bill of Rights*» no es adecuado para un sistema jurídico complejo

En ocasiones se ha señalado que una declaración de derechos es signo de un sistema jurídico poco desarrollado (57) dado que se trata de una lista piadosa y abstracta de derechos que no tienen efectos prácticos en la protección de los intereses fundamentales de los ciudadanos al carecer de procedimientos y de capacidad de imposición. Es más, puede producir efectos contrarios a los perseguidos al generar ilusiones muy alejadas de lo que es la práctica jurídica habitual.

Sin embargo, este tipo de afirmaciones es contingente, pues hay declaraciones de derechos humanos —y son las más— con procedimientos efectivos que garantizan que las demandas de los ciudadanos sean escuchadas y satisfechas. Basta señalar la importancia que históricamente ha tenido en Estados Unidos, donde las sentencias del Tribunal Supremo han removido frecuentemente las estructuras jurídicas y sociales. En este sentido, la declaración está lejos de desempeñar un papel simbólico o ser propia de sistemas jurídicos pocos desarrollados.

(56) He analizado el uso por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la cláusula limitativa basada en la protección de la moral en JOSÉ LUIS PÉREZ TRIVIÑO: «Derechos humanos, relativismo y protección jurídica de la moral en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Doxa*, 17-18, 1995, págs. 469-490.

(57) Zander cita a Lord Hailsham, que vertió afirmaciones de este tipo en un artículo publicado en *Times* (1975). MICHAEL ZANDER: *A Bill of Rights?*, op. cit., pág. 46.

2. Un «*Bill of Rights*» llevaría a una complicación procesal

La incorporación de un *Bill of Rights* añadiría una instancia más al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo cual supondría una dilatación de la solución de los conflictos, además de una mayor complicación y coste económico para los particulares.

La importancia de estas objeciones pueden rebajarse, pues podría establecerse un procedimiento interno cuyo fin sea filtrar las principales (o fundamentadas) reclamaciones. Por otro lado, se podría permitir la simultaneidad de las acciones (58).

c) *Morales*

1. *La objeción antidemocrática*

En esta objeción es posible distinguir dos argumentos: 1) la superioridad democrática que tienen las decisiones emanadas de un Parlamento elegido por la ciudadanía frente a las decisiones tomadas por los Tribunales; 2) la falta de justificación para que las decisiones tomadas por una generación y que adoptan la forma de *Bill of Rights* sean privilegiadas (inmunizadas o protegidas) respecto de las decisiones de las generaciones futuras, pues aquella limita el campo de decisión que pueden tomar estas últimas.

En relación con el primer argumento, la idea que se trata de defender es que la democracia legitima las decisiones colectivas tomadas por el órgano representativo del pueblo (el Parlamento), y no por un órgano distinto y no representativo (los jueces) (59). Además, como cuestión de hecho se añade que por su propia idiosincrasia y origen social, los jueces suelen estar más alejados de las condiciones de la sociedad contemporánea, y que por ello, sintonizan menos con las preocupaciones de la comunidad, y en particular con los intereses de las minorías (60).

En lo concerniente al segundo argumento, Jeremy Waldron ha señalado que el atrincheramiento de los derechos fundamentales constituye una muestra

(58) MICHAEL ZANDER: *A Bill of Rights?*, op. cit., pág. 74.

(59) Cfr. VÍCTOR FERRERES: *Democracia y justicia constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998; ROBERTO GARGARELLA: *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996.

(60) MICHAEL ZANDER: *A Bill of Rights?*, op. cit., págs. 47-49; RONALD DWORIN: *A Bill of Rights for Britain*, op. cit., pág. 45.

de desconfianza hacia la ciudadanía y hacia su autonomía, pues impide (o dificulta en grado sumo) que adopten decisiones distintas (61). Estas objeciones ya habían sido consideradas por D. Hume, J. Bentham y Th. Paine. El primero señaló que la existencia de reglas inmunes al cambio:

«[...] supondría que el consentimiento de los padres obliga a los hijos hasta las más remotas generaciones...» (62).

El segundo también se pronunció en contra de este tipo de estrategias porque en ese caso

La suma total de los vivos quedaría bajo la tiranía de la suma total de los muertos (63).

Por último, Thomas Paine consideró que sería inmoral limitar el derecho que tenía cada generación para elegir su propio destino:

«[...] cada tiempo y cada generación debe ser libre para actuar por sí misma en todos los casos, como lo fue el tiempo y la generación que la precedieron» (64).

En definitiva, en esta objeción va implícita una concepción de la democracia que ha recibido varias denominaciones: «el modelo de Westminster» (65), o «monismo constitucional» (66). La idea central subyacente es que no hay autoridad legítima más importante que un Parlamento elegido democráticamente, y por ello, se ha de rechazar que una Constitución o Declaración de Derechos establezcan materias fuera del alcance de la decisión del órgano democrático representativo.

(61) JEREMY WALDRON: «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», *op. cit.*, pág. 27.

(62) DAVID HUME: «Del contrato original», en *Ensayos políticos*, Tecnos, Madrid, 1987 [1741], pág. 101.

(63) JEREMY BENTHAM: *Falacias políticas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 51.

(64) THOMAS PAINE: *El sentido común y otros escritos*, Tecnos, Madrid, 1989.

(65) ROBERT DAHL: *Democracy and Its Critics*, Yale University Press, New Haven, 1989, págs. 156-157.

(66) BRUCE ACKERMAN: *We the People*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts-Londres, 1991, pág. 8.

2. *Los derechos humanos ya están protegidos en Gran Bretaña*

Una idea recurrente entre los que argumentan en contra de la incorporación de una Carta de Derechos al ordenamiento jurídico británico es que éste ya cuenta con una adecuada protección de los derechos humanos. Ya existen una serie de remedios institucionales y no institucionales (el Ombudsman, los medios de comunicación, los grupos de presión, los tribunales, *the Question Time in the House of Commons*) que llevan a afirmar, incluso, que el grado de protección de los derechos de la ciudadanía británica es mayor que en algunos países que cuentan con una Declaración formal de Derechos Fundamentales.

Quizá haya sido Dworkin el autor que se ha mostrado más crítico con esta versión optimista de la situación de los derechos fundamentales en Gran Bretaña. Entre otros graves déficit ha señalado una serie de casos en los que los derechos fundamentales no han actuado como «triumfos» frente a consideraciones basadas en el interés nacional o colectivo: el derecho a la privacidad (67), la libertad de expresión y de prensa (68) han decaído frente a la protección de los secretos oficiales o de la seguridad nacional, el derecho a la intimidad frente a la moral pública (69), o los derechos de los detenidos frente a los intereses estatales protegidos por una ley antiterrorista (70). Esta primera impresión acerca de los derechos humanos acaba corroborándose cuando se observa que Gran Bretaña es uno de los miembros del Convenio contra el que más veces se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

VII. ARGUMENTOS A FAVOR

a) *Político-sociológicos*

1. *Un «Bill of Rights» asemejaría el ordenamiento británico al de los países de la «Commonwealth»*

Desde que Irlanda promulgara su Constitución (1922) en la que se protegían derechos como la libertad frente a detenciones arbitrarias, la libertad de expresión, de asociación pacífica, etc., muchos países miembros de la *Commonwealth* han ido incorporando a su ordenamiento jurídico una constitución

(67) *Malone v. U.K.* [1984].

(68) *The Sunday Time v. U.K.* [1979].

(69) *Dudgeon v. U.K.* [1981].

(70) *Golder v. U.K.* [1975]; *Ireland v. U.K.* [1978].

o una lista de derechos fundamentales. Así, la India (1950), Nigeria (1960), Canadá (1960 y la reforma llevada a cabo en 1983), Australia (1984), Sudáfrica (1994) (71), etc. El único país que todavía permanece sin Constitución escrita y sin Carta de Derechos es Gran Bretaña.

El nivel de aislacionismo británico aumenta si se considera que en comparación con los países que forman parte del CEDH, a pesar de la heterogeneidad que existe entre ellos, el único que carece de Constitución escrita y en el que el Convenio no forma parte del Derecho interno es el Reino Unido. Al margen de las consideraciones de homogeneización —que son ya en sí mismas importantes—, lo grave es que esto supone que hay ciertas acciones que no pueden ser planteadas ante el Tribunal de Estrasburgo, pero que tampoco tienen remedio en el Derecho británico (72).

2. *La resolución de asuntos concernientes a derechos humanos en el Tribunal de Estrasburgo contribuye a la pérdida de prestigio del Reino Unido*

De una manera más directa Zander dice que esto supone que los «trapos sucios» británicos sean lavados fuera, con el consiguiente detrimento del buen nombre británico (73). Esto es lo que sucedió en la década pasada en la que el Reino Unido fue llevado repetidamente ante el Tribunal. La existencia de remedios judiciales internos no supondría que el Gobierno británico hubiese ganado estos casos, pero al menos su descrédito como país comprometido con los derechos humanos habría sido menor.

b) *Técnico-jurídicos*

1. *El procedimiento para la imposición de los derechos humanos en Estrasburgo es demasiado lento*

Aunque es completamente cierto que los ciudadanos británicos pueden buscar en Estrasburgo el remedio jurídico a las situaciones en las que sus derechos fundamentales están amenazados o violados, también lo es que el proceso

(71) SIDNEY KENTRIDGE: «Parliamentary Supremacy and the Judiciary Under a Bill of Rights: Some Lessons from the Commonwealth», *op. cit.*

(72) MICHAEL ZANDER: *op. cit.*, págs. 27-36.

(73) MICHAEL ZANDER: *op. cit.*, pág. 37.

es lento. La pretensión debe pasar primero por la Comisión, la cual intenta un acuerdo amistoso entre el reclamante y el Gobierno respectivo. En caso de fracaso —lo más habitual— la Comisión entra en el fondo, mediante la apertura de una serie de trámites orales y escritos. Si la reclamación es admitida por quebrantamiento de algún precepto del Convenio, el asunto es llevado al Consejo de Ministros o al Tribunal. En este último, vuelven a repetirse los trámites orales y escritos, hasta que al final adopta una decisión. Todo esto puede durar entre cuatro y seis años.

2. *Un «Bill of Rights» permite una adaptación a los cambios sociales*

Aunque también se ha esgrimido como una crítica, el carácter vago y general de una declaración de derechos puede ser visto como una ventaja. Frente a la incerteza que genera una interpretación del texto realizada por los jueces para los casos concretos, el aspecto positivo radica en que esto favorece una adaptación a los tiempos, a las costumbres y a las creencias cambiantes de la sociedad.

Por otro lado, constituye una forma de incentivar cambios legislativos que quizá el legislativo o el ejecutivo no tendrían la iniciativa de llevar a cabo. Esto es especialmente importante, puesto que un tribunal no toma en cuenta consideraciones de oportunidad política que sí son frecuentes en el legislativo o ejecutivo para retrasar una reforma.

3. *Progreso técnico-jurídico de jueces y abogados*

Con la incorporación de un *Bill of Rights*, la profesión jurídica podría aprender nuevas (o al menos diferentes) técnicas jurídicas que son propias (o que se usan de manera especial) con un texto jurídico tan específico como es una Declaración de derechos fundamentales. No hace falta señalar el cambio que introduce en la interpretación la existencia de principios y directrices.

Por otro lado, un *Bill of Rights* supone una transformación radical de las relaciones entre el Parlamento y los jueces, pues si estos en la actualidad son «sirvientes» en la medida que no tienen ningún poder de control sustantivo de las leyes, con una declaración de derechos, pasarían a convertirse en sus controladores.

c) *Morales*

1. *Un «Bill of Rights» coloca el poder de accionar donde corresponde: en los agraviados*

La gran ventaja de este sistema de protección es que son los individuos los que, de una manera más directa, pueden elevar sus quejas y reclamaciones ante un tribunal que deberá ofrecer una respuesta pública y razonada.

2. *Un «Bill of Rights» es una fuerza educativa importante*

Una Declaración de Derechos puede generar un aumento del nivel de conciencia acerca de los derechos humanos. Y esto es posible predicarlo no sólo respecto de la ciudadanía, sino de los jueces, funcionarios, parlamentarios, etc. Como escribió Harold Laski sobre este punto:

«Un *Bill of Rights* es, sin duda alguna, un control sobre los posibles excesos del gobierno [...]. La solemnidad que implica sirve para poner en guardia al pueblo. Actúa como un punto de reunión en el Estado para todos aquellos que se preocupan profundamente por el ideal de libertad» (74).

3. *¿Es antidemocrática una Declaración de Derechos?*

Uno de los principales argumentos contrarios a una Declaración de Derechos protegidos frente a la decisión del órgano representativo de los ciudadanos es que se trata una institución no democrática. Aunque ha habido una extensa literatura en relación con esta cuestión, me limitaré a examinar sucintamente las respuestas de algunos autores.

En opinión de Dworkin tal argumento presupone un malentendido acerca de cuál es el significado de la democracia, pues confunde la democracia con el poder de los «officials», es decir, los políticos elegidos. La democracia no debe confundirse con la decisión de la mayoría, y mucho menos, que se legitime, sin ulteriores precisiones, lo que ellas decidan. La democracia está comprometida con el respeto de ciertas reglas que garantizan la legitimidad del proceso que lleva a elección de los representantes. Y estas reglas incluyen la garantía

(74) HAROLD LASKI: *Liberty and the Modern State*, Allen and Unwin London, 1948. Citado por ZANDER, pág. 41.

de los derechos fundamentales. En este sentido, parece preferible un procedimiento que además del principio de la mayoría («modelo Westminster»), establezca restricciones al poder de los gobernantes y garantice la participación en términos de igualdad y de libertad (de información, de prensa, de expresión, de asociación, etc.) Estas condiciones de participación, para que sean efectivas a lo largo del tiempo, deben estar excluidas del ámbito de decisión de los gobernantes que representan a la mayoría. Este es el concepto de democracia que ha sido adoptado por la mayoría de países occidentales (75).

Otra respuesta es la de Jon Elster y Stephen Holmes basada en la estrategia de Ulises. Como se sabe, Ulises, con el objetivo de oír los cantos de sirena, ordenó a sus marineros que lo ataran al mástil. Esto es, se auto-limitó para lograr su objetivo. Aunque esta estrategia de precompromiso es ejemplificativa de una racionalidad imperfecta, parece correcta y puede ser utilizada para entender la idea de unos derechos fundamentales que constituyen un límite a la decisión de la mayoría: suponen una restricción que se impone a sí misma una sociedad (y a las generaciones futuras), con la finalidad de proteger decisiones que se consideran valiosas y que además, ponen las condiciones necesarias para garantizar en el futuro la autonomía para tomar otras decisiones (76).

Junto a este argumento, hay que añadir que la promulgación de la Constitución supone, por lo general, un mayor compromiso, una mayor reflexión por parte de la voluntad popular que lo habitual en la legislación ordinaria. Esto explica que el proceso que lleva a su promulgación requiera una mayoría cualificada. Por eso, B. Ackerman destaca la relevancia de este «momento constitucional» que justifica su mayor grado de protección hasta que la sociedad vuelva a manifestarse de una manera tan contundente en otro momento constitucional (77).

En último lugar, abordaré de manera breve dos debates que han acompañado a la discusión que se ha reflejado en el apartado anterior: 1) ¿promulgar un *Bill of Rights* o incorporar al Derecho interno británico el CEDH?; 2) el grado de protección de la lista de derechos frente al Parlamento.

Respecto a la primera cuestión se han aportado algunos argumentos en con-

(75) RONALD DWORIN: *A Bill of Rights for Britain*, op. cit., págs. 32-36.

(76) JON ELSTER: *Ulises y las sirenas*, Fondo de Cultura Contemporánea, México, 1989. Trad. J. J. Utrillas. STEPHEN HOLMES: «Precommitment and the Paradox of Democracy», en J. ELSTER y R. SLAGSTAD (eds.): *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, págs. 195-240. Puede verse al respecto JOSÉ JUAN MORESO MATEOS: *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 165-167.

(77) BRUCE ACKERMAN: *We the People. Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1991.

tra de la incorporación del CEDH. El primer argumento apunta a que el Convenio es el fruto de un acuerdo entre Estados con muy diferentes tradiciones jurídico-políticas, lo cual redundaría en una protección de mínimos. El segundo señala su carácter obsoleto. Como antes se apuntó, el Convenio no cubre todos los derechos que se consideran importantes (excluye los sociales y económicos) y, en aquella parte que los cubre, lo hace de manera poco eficiente, pues incorpora cláusulas limitativas. Por otro lado, habría una duplicidad de lista de derechos fundamentales que podría provocar la aparición de contradicciones entre ambas Cartas y, por consiguiente, generar decisiones opuestas del Tribunal nacional y el de Estrasburgo erosionando con ello el prestigio y autoridad del primero.

En cambio, la mayor parte de la doctrina se ha decantado por la opción de incorporar el CEDH. Entre otras razones, se ha señalado que Gran Bretaña es ya parte de la Convención y que trasladar al Derecho interno las obligaciones que ya se tienen internacionalmente no supone ningún problema especial (78).

En relación con la segunda cuestión —el tipo de incorporación y el grado de protección (79)—, se han sugerido dos tesis sobre la incorporación: la tesis débil y la tesis fuerte.

En realidad, no hay una única tesis débil, sino varias. El rasgo común es que dejan inmóvil la competencia del Parlamento para promulgar una ley que derogue la incorporación. En esto radicaría su ventaja: no entraría en contradicción con el importante dogma y tradición británicos de la soberanía del Parlamento. Por el contrario, este tipo de incorporación estaría lejos de ser eficaz, pues no lograría el principal fin que persigue, que es limitar de manera efectiva el poder del Parlamento, pues éste, con mayoría ordinaria podría derogar el *Bill of Rights* (80).

Una primera versión de la tesis débil es la llevada a cabo en Nueva Zelanda, cuya Constitución incluye una disposición referida a los derechos y libertades que establece que si a una disposición cualquiera se le puede atribuir un significado consistente con el *Bill of Rights*, este significado debe ser preferido a cualquier otro. Esto implica que los jueces no pueden declarar inválida una ley inconsistente con el *Bill of Rights*, lo cual ha generado que este tipo de protección sea criticada por su debilidad (81).

(78) MICHAEL ZANDER: *A Bill of Rights?*, op. cit., pág. 83.

(79) Sobre esta cuestión puede consultarse DERYCK BEYLEVELD: «The Concept of a Human Right and Incorporation of the European Convention on Human Rights», *Public Law*, págs. 576-598.

(80) RONALD DWORKIN: *A Bill of Rights for Britain*, op. cit., págs. 24-28.

(81) SIDNEY KENTRIDGE: «Parliamentary Supremacy and the Judiciary Under a Bill of Rights: Some Lessons from the Commonwealth», op. cit., pág. 103.

Un tipo de protección más robusta es la que suministra la Constitución canadiense con la cláusula «notwithstanding» (82), que aplicada al caso que nos ocupa supondría la nulidad de las leyes contrarias al Convenio, a no ser que el Parlamento previera *expresamente* tal contradicción, no obstante lo cual, la ley sería operativa si se la considera fundamental para el interés público o para desarrollar su programa político.

La tesis fuerte sugiere que la incorporación sea realizada de manera que los Parlamentos siguientes no puedan (o al menos les sea difícil) modificar o derogar el Convenio. Por supuesto, existen diversas variantes en función del grado de protección e inmunidad que se pretenda otorgar al Convenio. Pero de este tema no nos ocuparemos. En todo caso, lo que se extrae de esta tesis fuerte es la nulidad de cualquier ley cuyo contenido no se adecue a las cláusulas del Convenio.

(82) ROLAND PENNER: «The Canadian Experience with the Charter of Rights: Are there Lessons for the United Kingdom?», *Public Law*, primavera 1996, pág. 109.

JURISPRUDENCIA

