

# LA ELABORACIÓN Y EL EXAMEN DE LAS LEYES BRITÁNICAS A LA LUZ DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

OMAR BOUAZZA ARIÑO (\*)

SUMARIO: I. EL IMPACTO *EX POST* Y *EX ANTE* DEL DERECHO DE ESTRASBURGO. - II. EL PRINCIPIO DE SOBERANÍA O SUPREMACÍA LEGISLATIVA DEL PARLAMENTO: 1. *Origen del principio*. 2. *El principio de soberanía parlamentaria hoy*. - III. LA *EUROPEAN COMMUNITIES ACT* 1972. - IV. LA *DEVOLUTION* 1998. - V. LA *HUMAN RIGHTS ACT* 1998: 1. *Notas preliminares*. 2. *La interpretación conforme de las leyes con el Derecho de Estrasburgo ex artículo 3 HRA*: 2.1. Significado del artículo 3 HRA. 2.2. El caso *Ghaidan v Godin-Mendoza*. 2.3. La declaración judicial de incompatibilidad de las Leyes del Parlamento ex artículo 4 HRA. 3. *El examen previo de la legislación británica a la luz del sistema europeo de Derechos Humanos*: 3.1. La declaración de compatibilidad de los proyectos de ley con el sistema de Estrasburgo. 3.2. La Comisión Parlamentaria Mixta de Derechos Humanos (*Parliamentary Joint Committee on Human Rights*). - VI. CONCLUSIÓN.

---

(\*) Departamento de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid.  
obouazza<<@der.ucm.es

## I. EL IMPACTO *EX POST* Y *EX ANTE* DEL DERECHO DE ESTRASBURGO

Hay que empezar afirmando con energía la real efectividad del Derecho de Estrasburgo sobre el Derecho británico, en la doble vertiente *ex post* y *ex ante*. Valga un conocido ejemplo para acreditar lo primero. En efecto, uno de los asuntos resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha proporcionado una rica doctrina en torno al contenido del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, delimitando sus contornos, es el caso *Dudgeon c. el Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981 (1). No en vano, las argumentaciones realizadas por el Tribunal de Estrasburgo en este caso, han servido de apoyo decisonal a más de 50 sentencias sobre el fondo.

Este caso vino a rememorar, de alguna manera, las declaraciones realizadas en varias ocasiones por Sigmund FREUD ante la prensa austriaca de principios del siglo pasado, dirigidas a la Comisión Austro-Germana encargada de modificar el Código Penal, en las que pedía la supresión de las normas que criminalizaban las relaciones homosexuales consentidas entre hombres mayores de edad, manifes-

---

(1) En adelante, para referirme al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo haré también con la denominación «el Tribunal», «el Tribunal de Estrasburgo», «Estrasburgo» o mediante sus siglas «TEDH». Igualmente, al hablar del Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo designaré como «el Convenio» o con sus siglas «CEDH». Finalmente, por «sistema de Estrasburgo» o «el Derecho de Estrasburgo», deberá entenderse el conjunto formado por el Convenio + la jurisprudencia de su Tribunal + las decisiones de la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos.

tando que ello representaba «una violación extrema de los derechos humanos» (2).

Bastantes años después, el señor Jeffrey Dudgeon, emulando la declaración manifestada por FREUD, acude ante el Tribunal de Estrasburgo con la misma aspiración en relación con las leyes británicas aplicables en Irlanda del Norte (3). El señor Dudgeon, sin embargo, tuvo más éxito en su pretensión obteniendo una sentencia en la que el Tribunal diría que la sola existencia de leyes que incriminaban este tipo de relaciones, implicaba una violación del derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). *Dudgeon* consiguió la modificación del Derecho inglés para acomodarlo a los estándares europeos establecidos desde Estrasburgo, reforma que el Parlamento británico (4), reaccionando con una encomiable rapidez, consagró en la *Homosexual Offences (Northern Ireland) Order* 1982. Decimos, por ello, que el sistema de Estrasburgo sirve *ex post* para ajustar los ordenamientos jurídicos de los Estados.

Sin embargo, el Derecho de Estrasburgo también puede servir *ex ante* a la misma finalidad armonizadora. Las sentencias que resuelve no se diri-

---

(2) *Die Zeit*, 27.X.1903. Hasta hace poco tiempo las relaciones homosexuales consentidas entre varones mayores de edad y adolescentes de 14 a 18 años estaban tipificadas en el artículo 209 del Código Penal austriaco. El Tribunal Constitucional del país centro-europeo, el 21 de junio de 2002, declaró inconstitucional este precepto, entrando en vigor la reforma del Código Penal el 14 de agosto de 2002. Sin embargo, la reforma legal no tiene efectos retroactivos, es decir, no se aplica a aquellos casos en los que se hubiere dictado sentencia en primera instancia antes de la fecha de la reforma. Por ello, siguen llegando a Estrasburgo casos con este supuesto de hecho, en los que el TEDH considera que la previsión de un tipo penal para las relaciones homosexuales consentidas entre varones mayores de edad y adolescentes de 14 a 18 años es discriminatoria en tanto que no se prevé el mismo tipo para las variantes heterosexuales y homosexuales entre mujeres. Véase entre los casos más recientes, *L. y V. c. Austria* y *S.L. c. Austria*, ambos de 9 de enero de 2003; *Woditschka y Wilfling c. Austria*, de 21 de octubre de 2004; y *Ladner c. Austria*, de 3 de febrero de 2005. Me remito igualmente a la crónica que yo mismo hice a estas sentencias en el número 9 (2005) de la Revista General de Derecho Administrativo ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)).

(3) Las leyes que el demandante denunciaba eran la *Offences Against the Person Act* 1861, la *Criminal Law Amendment Act* 1885 y el *common law*.

(4) En adelante, para referirme al Parlamento que legisla para la totalidad del Reino Unido, utilizaré indistintamente las denominaciones «Westminster»; «el Parlamento inglés»; «el Parlamento británico», como he hecho en esta ocasión; o simplemente «el Parlamento».

gen únicamente a dar solución a un caso concreto, bien que esta función es muy importante, sino que además establece las pautas que deben regir a los Estados de la región europea en materia de derechos humanos (5).

Un ejemplo de la voluntad de los Estados en la incorporación del estándar europeo de Estrasburgo en materia de derechos fundamentales lo encontramos en el Reino Unido que, a través de la aprobación de la *Human Rights Act* 1998 (en adelante, también «la Ley británica de derechos humanos» o «la HRA»), ha reforzado sus herramientas jurídicas para dar mejor respuesta a la segunda función que cumple el Derecho de Estrasburgo, abriendo vías para ajustar *ex ante* su derecho a los parámetros europeos en materia de derechos humanos, mediante la incorporación de los patrones actuales en la materia en el proceso de elaboración y modificación de las leyes y en la interpretación que realizan los jueces de éstas.

Sin embargo, no deja de sorprender que el Reino Unido, cuya huella se deja notar con intensidad en el texto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, siendo uno de sus principales arquitectos y el primer país en ratificarlo, entrando en vigor el 23 de septiembre de 1953, no lo haya adoptado en su derecho interno como derecho directamente aplicable hasta 1998 (6). Si a ello añadimos que en octubre de 1953 el Gobierno Conservador extendió el Convenio a 42 territorios extranjeros de cuyas relaciones internacionales era responsable, pasando a ser el modelo de las cartas de derechos fundamentales de los países de la *Commonwealth* y de los territorios dependientes, tarde o temprano el Reino Unido debía asumir el Convenio como derecho propio (7). Y,

---

(5) Esta última función es la que cumple, por ejemplo, la sentencia *Karner c. Austria*, de 24 de julio de 2003, a la que me referiré más adelante.

(6) Recordemos que en el sistema de relaciones entre los ordenamientos jurídicos internos y el derecho internacional, existen dos teorías: la teoría monista y la teoría dualista. Los Estados que siguen la teoría monista, como España, asumen el derecho internacional como derecho propio a partir de la ratificación. Por el contrario, los Estados que siguen la teoría dualista, como el Reino Unido, necesitan, además, la transformación del derecho internacional en derecho interno, a través de una Ley del Parlamento, para que sea directamente aplicable.

(7) Pocas declaraciones de derechos, como podemos comprobar, han tenido la eficacia y la fuerza expansiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que no sólo ha sido interiorizado por los Estados, sino también por la otra organización supranacional europea: la Unión Europea. Véase, en este sentido, el impacto progresivo del Derecho de Estrasburgo en

finalmente, por decisión del Gobierno Laborista de Tony BLAIR, así lo hizo. El empuje de una parte de la doctrina jugaría un papel importante. Abrió el debate el profesor F. A. MANN (8) y lo continuaron profesores como Anthony LESTER, en su imprescindible trabajo de referencia para los estudiosos de la *Human Rights Act* 1998, «Fundamental Tights: The United Kingdom Isolated?», en *Public Law* en 1984 (9).

Una de las causas de la tardía recepción del Derecho de Estrasburgo como derecho directamente aplicable ha sido la doctrina de la supremacía legislativa del Parlamento (10). Con esta investigación pretenderé, precisamente, resaltar el impacto de la incorporación de la HRA en este principio constitucional a través de tres cauces:

- A través de la interpretación conforme que tienen que realizar los Tribunales ingleses de la legislación del Estado en relación con el Derecho de Estrasburgo (artículo 3 HRA).

---

el Derecho Comunitario en los trabajos del profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «El orden europeo e interno de los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional», *Revista de Administración Pública* 165, 2004, 7-27, especialmente las páginas 17 y ss.; «Concurrencia de sistemas para la afirmación y garantía de los Derechos Humanos: el ordenamiento constitucional, inicialmente, el sistema del Convenio de Roma, luego, y, al final, también, las opciones comunitarias», Laurea ad Honorem al prof. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer in *Giurisprudenza, Lezione Dottorale*, Bologna, 24 ottobre 2005.

(8) «Britain's Bill of Rights», *The Law Quarterly Review* 94, 1978, p. 533.

(9) Anthony LESTER, miembro de la Cámara de los Lores, destaca por ser uno de los impulsores más tenaces de la incorporación del sistema de Estrasburgo en el Derecho Británico. La doctrina suele reconocerle su incesante ímpetu, antes de la entrada en vigor de la HRA, en remarcar, en relación con los proyectos de ley que pretendían aprobar los sucesivos gobiernos, los aspectos referentes a los derechos fundamentales. A él también se le atribuye el planteamiento de dos proyectos de ley para la definitiva introducción del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el Derecho interno británico. Véase, en este sentido, David FELDMAN, «The Impact of Human Rights on the UK Legislative Process», *Statute Law Review* 25 (2), 2004, p. 96.

(10) Este mismo pilar de la Constitución inglesa provocará que el proceso de adaptación total al sistema de Estrasburgo no quede exento de dificultades. Obsérvese, en este sentido, la «crisis» constitucional provocada tras la suspensión del artículo 5 del Convenio (Derecho a la libertad y seguridad) con la aprobación en 2001, como consecuencia de la alarma que provocaron los atentados del 11 de septiembre, de la Ley Antiterrorista, que permitía la detención sin un proceso previo, de manera permanente y con respecto, únicamente, de no-nacionales. En virtud de esta norma, fueron detenidas 11 personas sobre las que se tenían sospechas razonables de su vinculación al denominado «terrorismo islámico». Más adelante me referiré al pronunciamiento de la Cámara Judicial de los Lores en torno a esta Ley, por su importancia a efectos de este trabajo.

- A través del mecanismo suasorio de la declaración de incompatibilidad de los jueces (art 4 HRA).
- A través de la declaración de compatibilidad que el Gobierno debe adjuntar a todo proyecto de ley antes de su entrada en el Parlamento (art. 19 HRA), así como del examen previo de la convencionalidad de los proyectos de ley elaborados por el Gobierno que realiza la Comisión Mixta de Derechos Humanos. Este contraste pretende informar la aprobación definitiva de las leyes por el Parlamento así como las decisiones de los Tribunales, como veremos.

A tal fin, comenzaré el estudio con una inmersión esencial en el principio de supremacía legislativa del Parlamento, señalando su progresiva matización en la práctica como consecuencia de una serie de acontecimientos jurídicos de suma relevancia que condicionan en los últimos años, en distinto grado, el Derecho británico actual.

## II. EL PRINCIPIO DE SOBERANÍA O SUPREMACÍA LEGISLATIVA DEL PARLAMENTO

### 1. *Origen del principio*

Para entender el principio de soberanía parlamentaria o supremacía legislativa del Parlamento, debemos partir de dos conceptos: el concepto de supremacía y el concepto de soberanía.

La palabra «supremacía» hace referencia a la superioridad jerárquica, es decir, a la preeminencia de un órgano sobre sus rivales. «Soberanía» sugiere, por otro lado, omnipotencia, habilidad para hacer cualquier cosa. De acuerdo con el Diccionario jurídico de Oxford, este vocablo indica la autoridad suprema de un Estado (11).

El principio de soberanía parlamentaria nace en 1689 de la mano de la *Bill of Rights*, la cual lo implantará en sustitución del principio de monarquía constitucional, vigente hasta el momento. En Derecho

---

(11) *Oxford Dictionary of Law*, 5th ed., Oxford University Press, Oxford, 2003.

inglés el principio de soberanía parlamentaria es un principio constitucional que esencialmente significa que el Parlamento tiene una competencia legislativa ilimitada y, por lo tanto, ningún tribunal puede cuestionar su poder de dictar las leyes que desee. Como consecuencia, los Tribunales deberán siempre obedecer las leyes promulgadas por el Parlamento, lo que significa que no podrán inaplicarlas ni revisarlas (12). Sir William WADE explicó la regla de la obediencia de las leyes del Parlamento, en los siguientes términos:

*«is in one sense a rule of common law, but in another sense –which applies to no other rule of common law- it is the ultimate political fact upon which the whole system of legislation hangs... What Salmond calls the «ultimate legal principle» is therefore a rule which is unique in being unchangeable by Parliament-it is changed by revolution, not by legislation; it lies in the keeping of the courts, and no Act of Parliament can take it from them» (13)*

El Parlamento, por tanto, no tiene límite al dictar una ley; no existe una ley fundamental que le limite su poder.

De esta manera, el principio de supremacía legislativa parlamentaria, tal y como lo formuló DICEY, considerado el padre de la teoría desarrollada en torno a este principio, se distinguiría por dos características:

- Westminster puede elaborar leyes primarias sobre cualquier materia;
- ninguna persona u órgano puede anular o inaplicar una ley, pues se entiende que la supremacía legislativa del Parlamento sirve al interés público.

---

(12) Albert Venn DICEY, *Law of the Constitution* 10<sup>th</sup> ed., MacMillan, London, 1959, p. 40.

(13) HWR WADE, «The Legal Basis of Sovereignty», *Cambridge Law Journal* 172, 1955, 188-189. El texto, podría traducirse de la siguiente manera:

«en un sentido, es una regla del *common law*, pero en otro sentido –que no se aplica con respecto de ninguna otra regla del *common law*– es el hecho político último en el que se sostiene el sistema legislativo... Lo que Salmond denomina el «principio legal último» es, por consiguiente, la única regla que no puede ser modificada por el Parlamento: es modificada por la revolución, no por la legislación; recae en la observancia de los tribunales y ninguna Ley del Parlamento puede sus- traer tal obligación»

Por ello, sólo Westminster podrá elaborar, promulgar, modificar o derogar leyes. Se trata, como ya habrá advertido el lector, de un poder inusual en los Parlamentos de los Estados modernos, los cuales encuentran límites a su poder legislativo en sus Constituciones.

## 2. *El principio de soberanía parlamentaria hoy*

Sin embargo, la historia constitucional inglesa y, en concreto, el principio de supremacía legislativa del Parlamento, han quedado aparentemente matizados por la irrupción en los últimos 40 años de tres hechos jurídicos. Hago uso del adverbio «aparentemente» porque, en realidad, los contornos de este principio histórico del derecho constitucional inglés mantienen su perfil.

Los tres acontecimientos, a los que me he referido, que impactan en este principio-base de la Constitución inglesa, son los siguientes:

- La incorporación del Reino Unido a la Unión Europea a través de la *European Communities Act 1972*.
- La *Devolution* o delegación de poder en Escocia, Gales e Irlanda del Norte (1998).
- La *Human Rights Act 1998* (14).

El primer dato que llama la atención es que Europa va a tener un papel decisivo en la evolución del Derecho constitucional inglés pues dos decisiones importantes que adopta el Reino Unido, que implican básicamente el estrechamiento de lazos con el Derecho europeo a través de la Unión Europea y el Consejo de Europa, van a ser las que provoquen, en la práctica, una matización decisiva del principio constitucional en virtud del cual los jueces tienen que aplicar sin cuestionamientos la Ley emanada de Westminster.

---

(14) La doctrina británica da buena cuenta de la evolución que está experimentando la Constitución Inglesa en los últimos años, mediante libros como, por ejemplo, *The British Constitution*, dirigido por Vernon BOGDANOR, *English Public Law*, dirigido por David FELDMAN, que yo mismo he recensionado en la *Revista de Administración Pública* o *The Changing Constitution*, dirigido por Jeffrey JOWELL y Dawn OLIVER.

### III. LA *EUROPEAN COMMUNITIES ACT 1972*

Como sabemos, el Derecho comunitario, que irradia de la Unión Europea, es derecho nacional de cada uno de los Estados miembros y prevalece sobre el derecho procedente de las instituciones de cada uno de éstos.

Pues bien, el Reino Unido se vinculó al sistema europeo de la Unión a través de la *European Communities Act 1972*, Ley que promulgó el Parlamento, abriendo las puertas al Derecho Comunitario, en virtud de la teoría dualista de las relaciones entre el Derecho interno y el derecho internacional. Una primera lectura de este importante acontecimiento lleva a la conclusión provisional de que el derecho europeo comunitario ahora va a prevalecer sobre las Leyes emanadas de Westminster, con lo que se excepcionaría el principio de soberanía parlamentaria. Sin embargo, esta conclusión provisional en puridad no es del todo correcta pues debe tenerse en cuenta que ha sido Westminster, a través de una Ley, el que ha permitido la entrada del Derecho comunitario, que ahora también es Derecho inglés. Por consiguiente, ha sido una Ley del Parlamento la que ha habilitado que otro derecho prevalezca sobre el derecho propio con lo que, de la misma manera, otra Ley del Parlamento podría optar por la salida de la Unión Europea y, por consiguiente, el Derecho comunitario dejaría de ser derecho propio prevalente sobre el derecho inglés. Ello no obstante, a efectos prácticos, ninguna duda cabe que ahora el derecho inglés y, en concreto, las leyes emanadas del Parlamento en Westminster, queda condicionado por el Derecho de la Unión Europea.

Parte de la doctrina inglesa considera que la *European Communities Act 1972* fue el primer paso en la revolución a la que asistimos en la actualidad de modificación de los cimientos del constitucionalismo inglés.

### IV. LA *DEVOLUTION 1998*

Se dice que en 1998, con la importante decisión del gobierno laborista de delegar poder en los territorios que componen el Reino Unido,

se produjo la segunda fase en la matización del principio de soberanía parlamentaria, al devolverse el Parlamento a Escocia e Irlanda del Norte.

Sin embargo, la delegación de poder únicamente se referirá a la posibilidad de elaborar leyes secundarias o subordinadas (disposiciones de rango inferior al de la Ley) en determinadas materias, leyes que al no emanar de Westminster, pueden ser inaplicadas por los jueces (por ejemplo, si consideran que no se ajustan al Convenio Europeo de Derechos Humanos). Además, el Parlamento en Westminster puede retirar en cualquier momento el poder delegado mediante una ley primaria (o lo que nosotros entendemos como Ley formal), pues en él reside la soberanía. De hecho, el Parlamento del que emanan ha sido creado por una ley primaria del Parlamento inglés (*Scotland Act 1998* y *Northern Ireland Act 1998*). Como fácilmente se advertirá por el lector, las Leyes subordinadas no podrán contradecir las leyes primarias, especialmente la *European Communities Act 1972* y la *Human Rights Act 1998*. Por ello, podemos decir que tanto el Parlamento escocés como la Asamblea de Irlanda del Norte son Parlamentos *sui generis*.

En resumen, el principio de soberanía parlamentaria no sufre una matización destacable como consecuencia de la *Devolution* pues Westminster es el único capacitado para:

- Dictar leyes primarias que rigen en la totalidad de los territorios;
- Dictar leyes para Inglaterra y Gales de una manera individual;
- Dictar, incluso, leyes relativas a las materias en las que Escocia e Irlanda del Norte pueden legislar (artículo 28.7 *Scotland Act 1998*; artículo 5.6 *Northern Ireland Act 1998*) (15).

---

(15) Sin embargo, una parte de la doctrina considera que con el paso del tiempo la *Devolution* se convertirá en irreversible y los Parlamentos de Escocia e Irlanda del Norte podrán dictar legislación primaria situándose en una relación de igual a igual con respecto de la legislación primaria de Westminster. En esencia, este sector doctrinal argumenta que la *Devolution* ha traído un nuevo orden constitucional al Reino Unido. Esta postura se basa en una construcción analógica a partir de la relación entre el Derecho inglés y el Derecho comunitario. En este sentido, Noreen BURROWS, *Devolution*, Sweets & Maxwell, London, 2000, p. 65; Rodney BRAZIER, «The Constitution of the United Kingdom», *Cambridge Law Journal* 58 (I), 1999, 96-128, entre otros.

## V. LA *HUMAN RIGHTS ACT* 1998 (16)

Sin embargo, será la Ley Británica de Derechos Humanos de 1998 la que presente instrumentos que impulsen y promuevan la modificación de las leyes primarias desde un órgano externo al Parlamento.

En efecto, la *Human Rights Act* 1998 ofrece a los jueces destacadas herramientas que van a impulsar la modificación de leyes cuando se considere que son incompatibles con los derechos del Convenio Europeo de los Derechos Humanos. En esta importante labor que juegan los jueces a la hora de valorar si el *factor humano*, o la adecuación de las leyes a los derechos del Convenio, se ha respetado, desempeñan también un papel destacado los informes que elabora la Comisión Mixta de Derechos Humanos, creada para evaluar con carácter previo la adecuación de las leyes al sistema de Estrasburgo. Sus informes servirán de apoyo argumentativo para los jueces a la hora de decidir, como veremos.

### 1. *Notas preliminares*

El impacto de la decisión del Gobierno Laborista, al entrar en el poder en 1997, de aprobar la *Human Rights Act* 1998 ha sido sustancial, como ya he tenido ocasión de comentar en relación con la jurisprudencia relativa a las actividades clasificadas y el domicilio (17), si bien en un principio la apatía y el recelo en torno a esta nueva y significativa Ley fueron los sentimientos que predominaron, por diversos motivos (18).

— En primer lugar, por la independencia del Parlamento. El Parlamento es la autoridad legislativa suprema, como se ha dicho, y

---

(16) Una temprana reflexión en España, en el trabajo de Ricardo ALONSO GARCÍA e Ignacio TORRES MURO, «La ley británica de derechos humanos (*Human Rights Act* 1998): una evolución a conciencia», *Revista Española de Derecho Administrativo* 105, 2000, 5-36.

(17) «El impacto de la jurisprudencia de Estrasburgo en materia de planificación y domicilio en el Derecho inglés», *Revista de Administración Pública* 164, 2004, 407-432.

(18) David FELDMAN, «A clash of cultures? Introducing Human Rights to Parliament», conferencia escuchada en el Seminario del Grupo de Discusión de Derecho Público, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cambridge, el 1 de diciembre de 2004.

controla al Ejecutivo (si bien en la práctica el Parlamento aprueba las Leyes propuestas por el Gobierno, con el Asentimiento Real, en base a la mayoría parlamentaria). Por ello, en virtud del principio de supremacía legislativa del Parlamento, la *Human Rights Act* al establecer que las autoridades públicas –incluidas las denominadas «autoridades públicas funcionales», es decir, las empresas privadas que ejercen funciones públicas (19)– deben actuar de una forma conforme con el Convenio, excluye al Parlamento (artículo 6 HRA). En caso contrario, el Parlamento se subordinaría al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la jurisprudencia del Tribunal garante de su respeto.

- En segundo lugar, los políticos veían que con la HRA su ámbito de actuación iba a quedar constreñido.
- Finalmente, también estuvo presente el euroescepticismo, sentimiento muy común en los distintos ámbitos de la sociedad británica. En este sentido, la incorporación del Convenio como derecho directamente aplicable, suponía que lo europeo, por segunda vez (en este caso, a través del Consejo de Europa), iba a penetrar en el Derecho inglés.

Sin embargo, este contexto adverso en el que nació la HRA no ha impedido que hoy sea una de la herramientas jurídicas de moda en el Reino Unido. Y es que la Ley Británica de Derechos Humanos constituye un instrumento jurídico de enorme significado pues incorpora una serie de variantes que van a impactar de una manera trascendental en las bases del Derecho británico.

Por otro lado, significa la incorporación de un catálogo de derechos fundamentales protegibles desde la esfera judicial. Con anterioridad, el sistema inglés de protección de los derechos fundamentales era algo desordenado e indirecto (20).

---

(19) David FELDMAN, «Standards of Review and Human Rights in English Law», en *English Public Law* (Ed. Professor David FELDMAN), Oxford University Press, Oxford, 2004, 431-432.

(20) En efecto, la protección de los derechos fundamentales hasta la HRA, se ha realizado de una forma dispersa a través de diferentes leyes que han ido reconociendo, progresivamente y de forma acumulativa, determinados derechos. En primer lugar, la Carta

## 2. *La interpretación conforme de las leyes con el Derecho de Estrasburgo ex artículo 3 HRA*

### 2.1. Significado del artículo 3 HRA

Una primera variante que incide en el principio de supremacía legislativa del Parlamento viene dada por el artículo 3 HRA, que dice que los jueces y Tribunales, en la medida que sea posible, deberán interpretar las leyes primarias y secundarias de conformidad con los

---

Magna o Gran Carta de las Libertades, impuesta por la nobleza al Rey Juan Sin Tierra en 1215, incluiría los derechos, libertades y franquicias de la Iglesia Católica y un gran número de libertades referidas a «los hombres libres», como la libertad de circulación, provisiones que informarán al constitucionalismo europeo. El siguiente paso vendría dado por la *Bill of Rights* 1689 que, aparte de eliminar el poder de la Corona de suspender o derogar leyes, reconocería el derecho a unas elecciones libres, el derecho de petición o el derecho a la libertad de expresión y debate en el Parlamento. Posteriormente, en los siglos XVII y XVIII, los juristas del *common law*, inspirándose en parte en el *iusnaturalismo*, reconocieron la existencia de determinados derechos fundamentales. Por ejemplo, en el siglo XVIII se exigirá, en este sentido, una clara autoridad legal que impida intromisiones en los derechos de propiedad y libertad. No obstante, estos reconocimientos de derechos no constituirían en verdad un catálogo de derechos fundamentales de las personas. Ya en los siglos XIX y XX, la legislación ampliará el catálogo de derechos, mediante la consagración, por ejemplo, del derecho de participación en la vida pública de las personas no pertenecientes a la Iglesia de Inglaterra, a través de las *Reform Acts* 1832 y 1867; las prohibiciones de discriminación de los años 70 del siglo pasado; o la interdicción del abuso del derecho en el sistema judicial penal. Sin embargo, tampoco conformarían un catálogo de derechos considerados fundamentales. En realidad, la estructura constitucional y tradiciones de Inglaterra eran (y siguen siendo) opuestas a la idea de dar un estatus mayor a determinados derechos y libertades sobre otros, por dos motivos: porque la Constitución se fundamentaba en la libertad de las personas establecida y protegida por el *common law* y, en segundo lugar, porque el Parlamento puede aprobar, modificar o derogar cualquier ley independientemente de su impacto en la libertad, como sabemos. Se partía de la premisa de que los controles políticos, en lugar de los judiciales, podían prevenir la interferencia por ley en la libertad de los individuos. Como consecuencia de la influencia de estos principios, ni siquiera las Cartas de Derechos Fundamentales elaboradas tras la Segunda Guerra Mundial por las Naciones Unidas y el Consejo de Europa lograrían equilibrar el peso del principio de soberanía parlamentaria, con lo que la teoría y práctica de la Constitución inglesa permanecería inmutable. No en vano, existía un sentir general sobre la necesidad de proteger la estructura parlamentaria sobre cualquier elemento que pudiera debilitarla y, en este sentido, cualquier obligación en materia de derechos humanos podría producir tal efecto. Sin embargo, los tratados internacionales de derechos humanos han tenido un impacto creciente en el Reino Unido. De esta manera, cada vez que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que el derecho interno era incompatible con el Convenio, ha procedido a su modificación para eliminar la

derechos del Convenio (21). Ello implica no sólo una interpretación conforme con el texto de los derechos recogidos en el Convenio, sino también con la jurisprudencia emanada del Tribunal de Estrasburgo en torno a tales preceptos. E igualmente se refiere no sólo a las leyes posteriores sino que también a las anteriores. Se trata de una de las piezas fundamentales de la HRA que permite impregnar al derecho británico de lo que se denomina *el factor humano*.

Por lo tanto, desde la entrada en vigor de la Ley británica de derechos humanos, todas las leyes anteriores y posteriores a ella desplegarán su eficacia y serán interpretadas por los jueces de conformidad con el Derecho de Estrasburgo (22). Así lo han reconocido los propios Tribunales. Por ejemplo, Lord Slynn of Hadley en *R (on the application of Alconbury Ltd) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions*, observó que si no se dan circunstancias especiales, los Tribunales ingleses deben seguir las líneas jurisprudenciales claras y constantes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En caso contrario, se corre el riesgo de que los casos lleguen al Tribunal de Estrasburgo y éste aplique su propia jurisprudencia (23).

Por ello, decimos que la HRA no sólo va a afectar al principio constitucional de supremacía legislativa del Parlamento, sino también a la

---

contradicción entre el derecho interno y el derecho internacional y, por lo tanto, cumplir con las obligaciones internacionales adquiridas. Sin embargo, hasta la HRA nadie podía ejercitar un derecho recogido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, a menos que se hubiese incorporado al Derecho inglés a través del Derecho Comunitario; o la materia encontrase protección directamente en el derecho interno. Así se llegará a la HRA que, como se ha dicho, introduce en el derecho inglés un catálogo de derechos basado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, con algunas limitaciones y adaptaciones para ajustarlo a las tradiciones constitucionales del Reino Unido. Sobre la evolución del sistema de derechos humanos en el Reino Unido, véase David FELDMAN, «Standards of Review and Human Rights in English Law», cit., p. 374.

(21) Textualmente, el artículo 3.1. HRA establece:

«*So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights*»

(22) El profesor Paul P. CRAIG observa en el artículo 3 HRA un «control suave» de constitucionalidad de las leyes, en su trabajo, «Fundamental Principles of Administrative Law», en *English Public Law* (Ed. Professor David FELDMAN), Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 691.

(23) [2001] 2 WLR 1389.

formulación del *rule of law* que realizara Dicey según la cual los principios generales de la Constitución y, en concreto, las libertades individuales, no se establecen en ningún texto, sino que emanan de las decisiones de los tribunales en los asuntos que los particulares les someten (24), en el bien entendido que las decisiones de los Tribunales que se consideren precedentes y, por consiguiente, normas para resolver casos, deberán ser leídas, en la medida de lo posible, de acuerdo con los derechos del Convenio y la jurisprudencia de Estrasburgo, prevaleciendo el sistema de Estrasburgo.

Pues bien, los Tribunales ingleses ya nos ofrecen decisiones en las que se aplica este precepto y en las que se observa claramente el impacto que tiene la HRA en el derecho inglés. Para ilustrarlo será mejor ofrecer un caso concreto a la luz del cual se pueda contemplar la incidencia que está teniendo el artículo 3 HRA en la legislación británica.

## 2.2. El caso *Ghaidan v Godin-Mendoza*

Un problema común a varios países europeos es el régimen de titularidades en el derecho a suceder en los contratos de arrendamiento. Concretamente, la controversia viene dada por la interpretación que se debe dar actualmente a las leyes reguladoras de esta materia, normalmente promulgadas en los años 70, al establecer que el cónyuge o el compañero sentimental tiene derecho a suceder cuando el otro miembro de la pareja, siendo titular del contrato arrendaticio, fallece. Habida cuenta que estas leyes normalmente no hacen referencia a la modalidad de relación, ¿qué ocurre entonces cuando se trata de parejas homosexuales? En alguna ocasión, ha llegado un supuesto de hecho de estas

---

(24) Albert Venn DICEY, *Lectures. Introductory to the study of the Law of the Constitution*, MacMillan, London, 1885, 167 y ss. Esta interpretación del *rule of law* había quedado algo matizada en los últimos tiempos pues, si bien los derechos fundamentales y las libertades públicas tradicionalmente se han formulado a través del *common law*, progresivamente se han ido modificando e incrementando a través de leyes como, por ejemplo, la *Race Relations Act 1976* o la *Sex Discrimination Act 1975*. En cualquier caso, el precedente judicial, como sabemos, ha jugado tradicionalmente un papel protagonista en el derecho inglés.

características al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un ejemplo reciente es la sentencia *Karner c. Austria*, de 24 de julio de 2003. Es un caso destacado en la jurisprudencia de Estrasburgo pues, a pesar de que el demandante falleció antes de que el Tribunal dictara sentencia, el Tribunal decide no archivar la demanda y proseguir en virtud del 2º apartado del artículo 37 del Convenio, al considerar que así lo exigía la salvaguarda de los derechos reconocidos por el Convenio.

El supuesto de hecho consistió en la solicitud que realizó el señor Siegmund Karner de continuar el contrato de arrendamiento de la vivienda que compartía con su pareja, hombre también, tras su fallecimiento y sucederle, por consiguiente, en el ejercicio del derecho. Una interpretación estricta del artículo 14 la Ley austriaca de Arrendamientos de 1974 (*Mietrechtsgesetz*) realizada por los Tribunales internos, no le daría la razón al considerar que al elaborar la Ley no se pensó en este tipo de relaciones afectivas con lo que, atendiendo al espíritu de la Ley, una interpretación de conformidad con las sensibilidades de la época, no debía otorgarse la sucesión en el contrato. El señor Karner decide acudir al Tribunal de Estrasburgo pero fallecerá antes de que se dicte sentencia sobre el fondo, como se ha dicho.

El Tribunal consideró que el supuesto de hecho –el trato diferente a los homosexuales en la sucesión en el contrato de arrendamiento según el Derecho austriaco– es un tema de interés general no sólo para Austria, sino también para el resto de los Estados parte (art. 37 CEDH). Por ello, decide entrar en el fondo. Finalmente, fallará que negarse el derecho a suceder *mortis causa* en el contrato de arrendamiento a la pareja homosexual del titular arrendaticio, a diferencia de lo previsto para las relaciones heterosexuales, constituye una discriminación en el reconocimiento del derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 14+8 CEDH).

La interpretación realizada por el Tribunal de Estrasburgo en esta decisión ha sido recibida por los tribunales ingleses, haciéndola suya y sirviendo de base argumentativa para re-interpretar su propia normativa de arrendamientos. Por ello decimos que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos armoniza los derechos de los Estados parte del Consejo de Europa.

La recepción del caso *Karner* por el Derecho inglés ha sido posible a través de la vía prevista en el artículo 3 HRA, al establecer que las leyes deberán ser interpretadas de conformidad con el Derecho de Estrasburgo (Convenio + jurisprudencia del TEDH), como se ha dicho. En efecto, este precepto ha sido la herramienta que ha permitido a la Cámara Judicial de los Lores interpretar en el caso *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30, de 21 de junio de 2004, la Ley Británica de Arrendamientos de conformidad con la sentencia europea *Karner*.

En el caso *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, el demandante, un homosexual que convive con su pareja en el mismo domicilio, solicita la renovación del contrato de arrendamiento una vez que su compañero, el titular arrendatario, fallece. La ley aplicable es el Anejo 1 párrafo 2 de la *Rent Act 1977*, que establece diferentes derechos sucesorios en virtud de si el co-poseedor de la vivienda es el esposo/a o su pareja de hecho heterosexual, por un lado, o tiene otra relación de parentesco. No se contemplaban las relaciones afectivas homosexuales, al establecerse en la regulación de la materia la locución «*living together as husband and wife*» («conviviendo como marido y mujer») (25). Sin embargo, la Cámara Judicial de los Lores, en su Decisión de 21 de junio de 2004, considera por mayoría que, en virtud del artículo 3 HRA, que incorpora la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos da en estas materias (sentencia *Karner*), hoy no debe hacerse diferencia entre las parejas heterosexuales y las homosexuales en la sucesión de los contratos de arrendamiento, en orden a eliminar una incompatibilidad con

---

(25) Exactamente, la norma controvertida, en su versión original, dispone lo siguiente:

'2(1) *The surviving spouse (if any) of the original tenant, if residing in the dwelling-house immediately before the death of the original tenant, shall after the death be the statutory tenant if and so long as he or she occupies the dwelling-house as his or her residence.*

(2) *For the purposes of this paragraph, a person who was living with the original tenant as his or her wife or husband shall be treated as the spouse of the original tenant.*

3(1) *Where paragraph 2 above does not apply, but a person who was a member of the original tenant's family was residing with him in the dwelling-house at the time of and for the period of 2 years immediately before his death then, after his death, that person or if there is more than one such person such one of them as may be decided by agreement, or in default of agreement by the county court, shall be entitled to an assured tenancy of the dwelling-house by succession.'*

la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual en el ejercicio efectivo del derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio (art. 8 + 14 CEDH). Como el precepto controvertido habría ocasionado alguna voz que defendiese que la Ley de arrendamientos pretendía proteger un modelo de familia tradicional en este aspecto concreto, los Lores desarrollarían su línea argumentativa fundamentalmente desde esta perspectiva y a la luz del principio de igualdad en el ejercicio de derechos personalísimos, como la vida privada y familiar. Es meritoria, en este sentido, la argumentación de Lord Nicholls Of Birkenhead, por lo que valdrá la pena reproducir parte de su opinión:

«16. (...) no hay razón para considerar que estas diferencias fácticas entre parejas heterosexuales y homosexuales tengan importancia para otorgar derechos sucesorios a las parejas heterosexuales y no a las homosexuales. La protección de la familia tradicional puede constituir un fin legítimo e importante en ciertos contextos en orden a justificar un trato diferente [véase, *Karner c. Austria* (2003), párr. 40]. Por ello, es necesario determinar el elemento de la «familia tradicional» que el párrafo 2 quiere proteger.

Sin embargo, no parece que Lord Nicholls Of Birkenhead identifique en el precepto discutido una protección restringida a un modelo de familia tradicional, en los siguientes términos:

«En primer lugar, el matrimonio no será un pre-requisito para obtener protección bajo el párrafo 2. En segundo lugar, el parentesco o la existencia de descendientes tampoco constituyen una pre-condición para suceder al arrendatario original en el derecho de arrendamiento (...).

17. Sólo resta por determinar, como rasgo esencial del párrafo 2, la exigencia de convivencia referida a parejas heterosexuales. La protección del sobreviviente de una pareja de tal tipo en la posesión de la vivienda en la que viven es, sin lugar a dudas, un importante fin legítimo social. Los miembros de una pareja heterosexual comparten sus vidas y construyen juntos su hogar. El Parlamento ya ha aceptado que el sobreviviente tiene derecho a verse protegido en su posesión aunque no estuviere casado con el fallecido. La razón que subyace a esa política social (...), es igualmente aplicable al sobreviviente en una pareja homosexual. Los miembros de una pareja homosexual, al igual que los de una pareja heterosexual, comparten sus respectivas vidas y construyen juntos su hogar.

Tienen una relación equivalente. No hay ningún motivo racional para distinguir en este contexto un tipo y otro de pareja» (26).

Con esta sentencia por consiguiente, se modifica el efecto de la Ley de arrendamientos inglesa, Ley anterior a la HRA, interpretándola de acuerdo con el Derecho de Estrasburgo. De esta manera, a través de la consideración del Convenio Europeo de Derechos Humanos como un instrumento vivo, el Derecho británico, por medio de la HRA, ajustará su legislación a los estándares evolutivos en materia de derechos fundamentales. Con este ejemplo encontramos una matización destacable del principio de supremacía legislativa del Parlamento pues ahora las leyes emanadas de Westminster (y de los otros Parlamentos territoriales), quedan en cierto modo condicionadas por la HRA en el bien entendido que deberán ser aplicadas, tanto por los Tribunales como por la Administración, de conformidad con los derechos consagrados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia de su Tribunal. Por consiguiente, nos encontramos ante una matización del principio, no una derogación del mismo pues, en verdad, el Tribunal no ha dejado de aplicar la Ley de arrendamientos ni la ha invalidado, pues el principio de supremacía legislativa del Parlamento lo impide, sino que simplemente ha realizado una lectura conforme con el Derecho de Estrasburgo.

En resumen, una de las vías para acomodar el Derecho del Reino Unido al sistema convencional de Estrasburgo es a través de las interpretaciones conformes de las leyes que hacen los tribunales, de acuerdo con el artículo 3 HRA.

### 2.3. La declaración judicial de incompatibilidad de las Leyes del Parlamento ex artículo 4 HRA

La Ley Británica de Derechos Humanos, por consiguiente, introduce la necesidad de que los Tribunales deban interpretar las Leyes de conformidad con el sistema de Estrasburgo. Norma que, como hemos compro-

---

(26) Esta sentencia constituye un primer y significativo paso en el reconocimiento del principio de igualdad en el ejercicio de los derechos por las parejas del mismo sexo. El siguiente lo ha dado la *Civil Partnership Act 2004*, que entró en vigor el 5 de diciembre de 2005, con un fuerte impacto en leyes civiles y fiscales

bado, ya ha desplegado toda su eficacia en casos como *Ghaidan v. Godin-Mendoza*. No obstante, pudiere suceder que un juez o Tribunal, a la hora de aplicar una determinada previsión legal, considere imposible interpretarla de conformidad con los preceptos del Convenio o la jurisprudencia emanada del Tribunal de Estrasburgo. En este caso entraría en escena el artículo 4 HRA, que permite al juez o Tribunal plantear una declaración de incompatibilidad de la concreta previsión legal con respecto del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia de su Tribunal (27). Si bien este mecanismo no es vinculante y, por lo tanto, no afecta a la validez y eficacia de la norma, en virtud del principio de soberanía parlamentaria (28), constituye una importante herramienta persuasiva para que el Gobierno formule un proyecto de ley, modificando la previsión incompatible, y sea aprobado por el Parlamento (29).

En el despliegue de este mecanismo, encontramos un ejemplo muy ilustrativo en uno de los casos más importantes de los que ha conocido la Cámara Judicial de los Lores en los últimos años. Me refiero a la Sentencia dictada en el caso *A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* y *X (FC) and another (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, de 16 de diciembre de 2004, en la que los Lores,

---

(27) Este sistema es aplicable respecto a las leyes primarias. En relación con las leyes secundarias que sean incompatibles con el sistema convencional, los jueces y tribunales podrán inaplicarlas automáticamente, a menos que una Ley primaria disponga lo contrario.

(28) David FELDMAN narra que los redactores de la HRA mostraron una posición muy enérgica para impedir que los jueces pudiesen invalidar legislación primaria que fuese incompatible con los derechos del Convenio, protegiendo en este sentido el principio de soberanía parlamentaria. En «Standards of Review and Human Rights in English Law», cit., p. 420.

(29) Sin embargo, se pueden dar dos posibilidades más. En primer lugar, si la decisión es dictada por un órgano judicial que no agota la vía interna, lo normal será que el Gobierno recurra. En ocasiones –dice el Profesor David FELDMAN, en «Standards of Review and Human Rights...», cit. p. 423–, la decisión de la instancia superior revocará a la de la instancia inferior; en segundo lugar, también es posible la inactividad. Como la declaración no es vinculante, si no se introducen medidas correctoras de la incompatibilidad de una Ley interna con respecto del Derecho de Estrasburgo, no se produce un incumplimiento de las obligaciones impuestas por el Derecho interno. Sin embargo, esta opción será raramente seguida tal y como auguraba Lord Chancellor durante la gestación de la *Human Rights Bill*, al decir que «la declaración tiene un gran poder para incitar al Gobierno y al Parlamento a responder», pues la inactividad puede tener un importante coste político.

por unanimidad, declaran que los artículos 21 y 23 de la *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* («la Ley Antiterrorista», en adelante) quiebran el sistema de derechos fundamentales del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por lo que formularán una declaración de incompatibilidad.

La Ley Antiterrorista es fruto de la preocupación internacional surgida tras los atentados de Nueva York, Washington y Pennsylvania (11.IX.01) cometidos por terroristas alimentados por el odio ideológico hacia los Estados Unidos de América, dispuestos incluso a sacrificar sus vidas con tal de hacer tambalear o, como mínimo, dañar a la nación líder de occidente. Los resultados de tales ataques, contra tales blancos, en tal país, provocaron una inevitable preocupación no sólo en los Estados Unidos, sino también en otros Estados occidentales como el Reino Unido que prestaron y prestan una ayuda importante al Estado norteamericano en su respuesta militar contra Al-Qaeda, la organización responsable de los atentados.

Movidos por esta preocupación, alentada tras las continuas amenazas de la organización terrorista al Reino Unido y otros países –amenazas que se hicieron realidad dramáticamente el 11 de marzo de 2003 en Madrid y el 7 de julio de 2005 en Londres–, el Parlamento Británico dio una rápida respuesta ante lo que se consideró una emergencia pública que amenazaba la vida de la nación. En este contexto nace la normativa antiterrorista que se plasmó a través de una orden de derogación del artículo 5.1.f) CEDH (*Derecho a la libertad y a la seguridad*) (30), en aplicación del art. 15 CEDH y 14 HRA, que legitimaría la posterior Ley Antiterrorista y, en concreto, sus artículos 21 y 23, en los que se prevenía la posibilidad de **detener, sin un proceso previo y de una manera permanente, a no-nacionales** que, aunque no hubiesen cometido delito alguno, se sospechase razonablemente que tenían vínculos con el terrorismo y, además, no se les pudiese expulsar o extraditar, al no garantizar sus países de origen el respeto de los derechos fundamentales, básicamente, el derecho a la vida y la prohibición de tortura. Para atender esta laguna, se procedió a derogar el artículo 5.1.f) del Convenio, que únicamente permite la detención, conforme a derecho, de una persona para evitar su entrada

---

(30) *Human Rights Act (Designated Derogation) Order 2001*.

ilegal en el país o contra el cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

Desde la entrada en vigor de la Ley, se habría procedido a la detención de un total de 9 personas, los cuales compartían las mismas características: los nueve eran ciudadanos no británicos; no recaían sobre ellos imputaciones de comisión de delitos; en relación con ninguno de ellos se iba a celebrar juicio alguno, con lo que la detención no cumpliría la función de medida preventiva en el sentido tradicional; y todos ellos denunciaban la ilegalidad de la detención, de conformidad con las obligaciones asumidas por el Reino Unido en relación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Si bien, de acuerdo con la Ley, los detenidos podían abandonar el país, como de hecho hicieron dos de los demandantes, la mayoría de ellos únicamente hubiesen podido regresar a sus países de origen en los cuales hubiesen tenido que hacer frente a torturas y tratos inhumanos y degradantes (31).

Por consiguiente, esta normativa preveía la suspensión de uno de los derechos de los que el pueblo británico se siente especialmente orgulloso, a saber, el derecho a no ser detenido arbitrariamente sin cargo ni juicio previo, limitación del derecho que el Gobierno amparó en una situación de emergencia pública (32). Por ello, veamos lo que establece la Ley aplicable al caso, es decir, el artículo 15 CEDH:

---

(31) En este orden de consideraciones, el artículo 22 preveía la posibilidad de iniciar un procedimiento de expulsión contra las personas sobre las que recaían sospechas razonables de su vinculación con el terrorismo. Sin embargo, esta previsión tenía un importante límite en la jurisprudencia del TEDH en virtud de la cual no se puede extraditar ni expulsar extranjeros en un Estado parte si existe un riesgo real de que en sus países de origen no les van a respetar sus derechos a la vida y la prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes, como se ha dicho. Así se señala, por ejemplo, en el caso *Chahal c. el Reino Unido* (1996), en el que se argumenta que si el Reino Unido atiende a la petición de extradición del país de origen (India) donde el demandante, el Sr. Chahal, tendría que hacer frente a un riesgo real de violación de esos derechos, estaría interfiriendo en estos derechos. En este sentido, algunos de los apelantes de las medidas adoptadas en virtud de la Ley Antiterrorista encajarían en este supuesto.

(32) Lord Hoffmann recuerda que en la historia del constitucionalismo inglés únicamente se han adoptado medidas similares durante las Guerras Napoleónicas y las dos Guerras Mundiales comprobándose, una vez terminadas, el abuso en la utilización de este poder así como su innecesariedad (párr. 89).

« 1. **En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta que lo exija la situación,** y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del Derecho Internacional.

2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3, 4 (párrafo 1.) y 7.

3. **Toda Alta Parte Contratante** que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario general del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. **Deberá igualmente informar al Secretario general del Consejo de Europa de la fecha en que estas medidas hayan dejado de estar en vigor** y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación»

Sin embargo, este precepto no ha sido adoptado fielmente por la HRA. En efecto, la Ley Británica de Derechos Humanos, tras reconocer la eficacia de los derechos reconocidos en la Ley, salvo que se sometan a derogaciones designadas (artículo 1.2 HRA), en el artículo 14 HRA se definen éstas como cualquier derogación de los derechos del Convenio realizada por la Secretaría de Estado, atendiendo a las finalidades de la Ley. Por consiguiente, en la *transposición* del Convenio al derecho interno británico, no se somete la suspensión de los derechos del Convenio a la existencia de una emergencia pública que amenace la vida de la nación tal y como sí prevé el artículo 15 del Convenio, como se ha dicho. Ello no obstante, los Lores resolverán este caso atendiendo al artículo 14 HRA interpretado de conformidad con el artículo 15 CEDH, considerando si efectivamente el terrorismo internacional constituye una amenaza para la vida de la Nación que justifique, por consiguiente, una limitación permanente del derecho a la libertad de los extranjeros que sean sospechosos de tener conexión con el terrorismo. Para ello, la Cámara Judicial de los Lores ha analizado si en el caso de la Ley Antiterrorista se cumplen los requisitos que se deben dar para autorizar una derogación temporal de los pre-

ceptos del Convenio, requisitos que establecería la Comisión Europea de Derechos Humanos en el denominado «caso griego» de 1969, en los siguientes términos:

«Una emergencia tal [una emergencia que amenace la vida de la nación] debe reunir, en concreto, las siguientes características:

(1) Debe ser verdadera e inminente.

(2) Sus efectos deben comprometer a la totalidad de la nación.

(3) La continuación de la vida organizada de la comunidad debe estar en peligro.

(4) La crisis o el peligro debe ser excepcional de tal manera que las medidas o restricciones normales, permitidas por el Convenio para el mantenimiento de la seguridad pública, la salud y el orden, sean claramente inadecuadas»

Pues bien, los Lores comprueban que las medidas previstas en la Ley Antiterrorista son desproporcionadas al no cumplir el *test* establecido por la Comisión Europea de Derechos Humanos para legitimar una eventual derogación temporal de los derechos del Convenio. En este sentido, se argumenta que si bien de los datos que ofrecen los servicios de inteligencia británicos se desprende la existencia de amenazas de ataques terroristas contra el país, no se puede asegurar el carácter inminente de las acciones (párr. 119). Tristemente, como sabemos, las amenazas se ejecutaron. Tampoco se considera que un eventual ataque terrorista pueda amenazar a las instituciones de gobierno o a la existencia del Reino Unido como una comunidad civil (párr. 96). A este respecto, resulta ilustrativa la argumentación de Lord Scott of Foscote, en los siguientes términos:

«Por mi parte, no dudo que exista una amenaza terrorista hacia este país y no dudo que sea necesaria una mayor vigilancia (...) para protegerse de los ataques terroristas, pero tengo grandes dudas sobre si esta «emergencia pública» amenaza la vida de la nación» (párr. 154).

Por consiguiente, se considera que los medios empleados –la detención de no nacionales sin cargo ni juicio previo **de una manera ilimitada**, mediante la derogación del artículo 5 CEDH– son desproporcionados para conseguir el fin perseguido –proteger la seguridad del país frente a eventuales ataques terroristas–. Por ello, los Lores concluirán

que los artículos 21 y 23 de la Ley Antiterrorista son incompatibles con el sistema de Estrasburgo (33).

De la misma manera, los Lores consideran incompatible con el Convenio la derogación del artículo 5 CEDH exclusivamente con respecto a no-nacionales. Argumentan que la violación de la igualdad ante la Ley en el ejercicio del derecho a la libertad por parte de los no-nacionales, es irracional e implica un trato discriminatorio por motivos de origen nacional no justificado (artículo 14 CEDH), en tanto que se habían localizado ciudadanos británicos sospechosos de pertenecer a organizaciones terroristas. En este sentido, la Ley Antiterrorista violaría también el artículo 1 CEDH, que establece que las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I CEDH, entre los que se encuentra el derecho a la libertad.

En base a estas razones, los Lores formulan una declaración de incompatibilidad en relación con los artículos 21 y 23 de la Ley Antiterrorista, al considerar que no respetan las obligaciones contractuales asumidas por el Reino Unido en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Con esta sentencia se realiza, por tanto, un «llamamiento» al Ejecutivo para que formule un proyecto de ley para ser aprobado por el Parlamento respetando, en todo momento, el principio de soberanía parlamentaria. En este sentido, es especialmente significativa la argumentación realizada por Lord Nicholls of Birkenhead, en los siguientes términos:

«79. Los Tribunales son conscientes de la importante tarea que recae en el gobierno electo, y no en el poder judicial, de proteger la seguridad de este país y de todos los que viven en él. Los Tribunales son enteramente conscientes de que el Gobierno puede por sí mismo evaluar y decidir las medidas necesarias en la lucha contra el terrorismo y qué medidas se consideran suficientes. Los Tribunales (...) no tienen tal responsabilidad.

---

(33) Lord Hoffman va más allá y argumenta que las medidas previstas en la Ley Antiterrorista no sólo no son convencionales, sino que violan directamente la Constitución inglesa, concluyendo que la verdadera amenaza de la vida de una nación no viene dada por el terrorismo, sino por leyes como ésta (párr. 97).

80. Sin embargo, el Parlamento ha encargado a los Tribunales una responsabilidad particular (...). Los Tribunales tienen la obligación de comprobar que la legislación y las decisiones ministeriales no pasan por alto los derechos humanos de las personas. Al legislar y decidir, el Parlamento y los ministros deben otorgar el peso debido a los derechos y libertades fundamentales. Los Tribunales, por su parte, en el ejercicio de las tareas que tienen encomendadas, concederán al Parlamento y los ministros, como principales poderes decisores, un margen de actuación adecuado. El margen variará según la materia de que se trate, la importancia del derecho humano en cuestión y el grado de injerencia en el derecho. Los Tribunales sólo intervendrán cuando, ponderando las diferentes cuestiones comprometidas, el decisor no haya otorgado un suficiente peso al factor humano»

En cierta manera la argumentación de Lord Nicholls of Birkenhead plantea la posibilidad de interferencia en el principio de soberanía parlamentaria de una manera indirecta mediante la labor que Westminster ha encargado al poder judicial, a través de la HRA, de velar por el respeto de los derechos humanos, mediante el análisis de la convencionalidad de la legislación primaria, pudiendo plantear una declaración de incompatibilidad con el Convenio. Por consiguiente, con la Ley Británica de Derechos Humanos la modificación de la Ley podrá venir animada desde un Tribunal, con lo que, en cierto modo, podemos hablar de un *control de convencionalidad* de la legislación primaria emanada de Westminster. No obstante, debemos recalcar que en realidad nos encontramos ante una auto-limitación del propio Parlamento pues ha sido éste, a través de una Ley, el que ha permitido esta supervisión indirecta de los actos legislativos. Por ello, decimos que, en la práctica, la HRA impacta en el principio de supremacía parlamentaria, si bien, en teoría, la interferencia de la HRA es una manifestación del principio pues ella misma es una Ley del Parlamento.

En cualquier caso, fruto de la declaración de incompatibilidad formulada por la Cámara Judicial de los Loes en relación con la Ley Antiterrorista, el Gobierno ha elaborado un proyecto de ley destinado a modificar los artículos 21 y 23 de esta Ley. La reforma se ha llevado a cabo a través de la *Prevention of Terrorism Bill*, que entró en el Parlamento para su aprobación el 22 de febrero de 2004, acompañado de una declaración gubernamental de compatibilidad con el Convenio (art. 19

HRA) (34), otro mecanismo de supervisión de la actividad legislativa, al que me refiero a continuación.

### 3. *El examen previo de la legislación británica a la luz del sistema europeo de Derechos Humanos*

Algunas voces autorizadas han dicho que es necesario analizar los entresijos en los procesos de elaboración de las leyes para entender el funcionamiento de un Estado (35). En efecto, la Ley es el producto de la voluntad del Parlamento pero en su formación pueden intervenir diferentes elementos de evaluación que favorezcan su análisis de conformidad con determinados estándares, que traten de asegurar su respeto.

Por consiguiente, nos situamos ante el fenómeno de la evaluación de las leyes *ex ante*, en torno al cual la Ley Británica de Derechos Humanos habrá establecido mecanismos muy interesantes desde el punto de vista de los derechos fundamentales. En este sentido, la HRA no sólo implicará la necesidad de que los jueces deban interpretar el Derecho interno de conformidad con el sistema convencional (evaluación *ex post*), sino que también abrirá otras posibilidades anteriores a la judicial. Me estoy refiriendo a los dos filtros que tiene que pasar toda Ley primaria de Westminster antes de su aprobación: la declaración de compatibilidad de los proyectos de Ley con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que debe presentar el Gobierno ante el Parlamento; y el examen previo de las leyes y modificaciones de éstas por la Comisión Parlamentaria Mixta de Derechos Humanos (en adelante, también «la Comisión Mixta»). Estas variantes, como veremos, contribuirán al reforzamiento de la calidad de la ley, la legalidad y la legitimidad democrática. Por lo tanto, la Ley Británica de Derechos Humanos no sólo implica que los jueces y tribunales tomen en consideración el Convenio Europeo de Derechos Humanos al analizar la Ley aplicable a un caso, sino que el sistema convencional constituye además un

---

(34) Como me referiré más abajo, este proyecto de ley también está suscitando problemas en relación con el sistema de Estrasburgo.

(35) David FELDMAN, «Parliamentary Scrutiny of Legislation and Human Rights», *Public Law*, 2002, p. 323.

estándar que debe ser aplicado durante el proceso de elaboración de las leyes, con lo que la eficacia del sistema de Estrasburgo se incrementa, impregnando masivamente el Derecho inglés.

### 3.1. La declaración de compatibilidad de los proyectos de ley con el sistema de Estrasburgo

Una de las previsiones de la Ley Británica de Derechos Humanos que va a tener un fuerte impacto en el proceso de elaboración de las leyes, es la prevista en el artículo 19, que establece que el Ministro responsable de la elaboración de un proyecto de ley, al remitirlo al Parlamento debe, antes de la segunda lectura:

- formular una declaración de compatibilidad con el Convenio (*statement of compatibility*), si, una vez estudiado el proyecto a la luz del Convenio, considera que es compatible con él [artículo 19.1.a) HRA].
- o bien, en el caso de que observe posibles incompatibilidades con el Convenio, argumentar que, aunque no puede declarar la compatibilidad del proyecto con el sistema de Estrasburgo, desea que sea considerado por el Parlamento [artículo 19.1.b)] (36).

Por consiguiente, todo proyecto de ley elaborado por el Gobierno deberá ir acompañado de una declaración de compatibilidad con los derechos del Convenio, a menos que el Ministro responsable se vea incapaz de hacerlo ante un proyecto de ley que, si bien es contrario al

---

(36) Aunque la Ley entró en vigor en octubre de 2000, esta previsión lo haría en diciembre de 1998, con lo que, desde esa fecha, todo proyecto de ley ha ido acompañado de una declaración de compatibilidad con el Convenio. Por otro lado, como manifestación del fenómeno de la interconexión de los ordenamientos jurídicos, Westminster, al establecer este mecanismo, se inspiró en la *Bill Of Rights Act* 1990 de Nueva Zelanda y, en concreto, en su artículo 7, que establece que los Ministros deben tener en cuenta las implicaciones que puede tener todo proyecto de ley en los derechos y libertades reconocidos en la *Bill of Rights* y en su *Human Rights Act* 1993. Sobre las diferentes manifestaciones del fenómeno de comunicación entre ordenamientos, me remito al libro de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Civitas, Madrid, 2004, 129 p.

Convenio, se considera necesaria su aprobación. Ello presupone que el Ministro responsable debe realizar un ejercicio de probabilidad de la convencionalidad de la disposición ya que, dada la velocidad a la que se desarrolla la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sería difícil arrojar una certeza total en todos los casos sobre la compatibilidad de las previsiones de un proyecto de ley con el Convenio (37). Por consiguiente, se requiere un estudio del impacto y compatibilidad que toda nueva ley que se quiere aprobar, tiene en relación con los derechos del Convenio, debiendo formular una declaración de compatibilidad dependiendo de los resultados (38).

Raramente el Ministro responsable habrá presentado a las Cámaras un proyecto de ley sin una declaración de compatibilidad. Uno de los escasos ejemplos se produjo en relación con la prohibición que estableció el Proyecto de Ley de periodismo (*Communications Bill*) de emitir publicidad electoral en la radio y en la televisión. Esta interferencia en la libertad de expresión atendía a una finalidad legítima: evitar tratos de favor a partidos políticos que pudieran tener una influencia política relevante. No obstante, la Ministra responsable no se vería capacitada para formular una declaración de compatibilidad pues recientemente el Tribunal de Estrasburgo había dicho que la prohibición de emitir publicidad con fines cívicos o políticos, violaba la libertad de expresión del artículo 10 CEDH (39), con lo que se decidió mantener esa prohibición aún a sabiendas de una posible declaración de incompatibilidad judicial por los Tribunales internos o bien por el Tribunal de Estrasburgo.

En otro orden de consideraciones, la declaración de compatibilidad del artículo 19 únicamente se refiere a la legislación primaria, es decir, a aquellos instrumentos normativos que se aprueban por el Parlamento

---

(37) David FELDMAN, «The Impact of Human Rights on the UK Legislative Process», cit., p. 98.

(38) El Gobierno elaboró unas guías –*Cabinet Office Guidance to Departments*– en las que se establecen los criterios a seguir para elaborar las declaraciones de compatibilidad.

(39) Caso *Vgt Verein Fabriken v. Suiza*, de 28 de junio de 2001, en el que se consideró contrario al artículo 10 CEDH la prohibición de un anuncio de televisión dirigido a desalentar el consumo de carne, mostrando los tratos que reciben los animales antes de destinarlos al mercado.

en Westminster. No se aplica, por consiguiente, a la legislación subordinada, es decir, a lo que nosotros entendemos como reglamentos, si bien en las guías de buenas prácticas que se elaboraron para los departamentos gubernamentales para elaborar las declaraciones de compatibilidad, se establece que los departamentos, voluntariamente, como buena práctica, deberían acompañar a todo instrumento reglamentario que modifique una ley primaria su punto de vista sobre la compatibilidad de cada instrumento con el Convenio.

Para finalizar, la declaración de compatibilidad cumple una importante función: contribuye a que el proceso de elaboración de la Ley sea razonablemente claro, erradicando las contradicciones e inconsistencias *ab initio* con respecto del resultado final, es decir, la declaración de compatibilidad constituye un instrumento interpretativo y, sobre todo, justificativo de la adecuación de la Ley al Convenio, factor de reflexión importante para asegurar también la «calidad de la ley», aspiración muy sentida en muchos países (40).

### 3.2. La Comisión Parlamentaria Mixta de Derechos Humanos (*Parliamentary Joint Committee on Human Rights*) (41)

En el marco del proceso de modernización del Parlamento Británico, están desempeñando un papel trascendental las denominadas Comisiones Mixtas que se crean sobre diversas materias y se encargan de analizar los proyectos de ley presentados por el Gobierno, para propor-

---

(40) Desde la perspectiva española, no se trata de una cuestión baladí. En efecto, al trabajar en mi tesis doctoral, Turismo y Ordenación del Territorio, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2005, 720 pp., en la que realicé un estudio de los textos legislativos y reglamentarios autonómicos, insulares y estatales que afectan al objeto del trabajo de investigación –la planificación sectorial del turismo– comprobé, como regla general, que las leyes que versan sobre materias conexas se contradicen entre ellas; que en algunas Comunidades autónomas los reglamentos *contra legem* no son infrecuentes; que las memorias explicativas no justifican la importación de técnicas administrativas de otros ordenamientos, sino que simplemente se incorporan al texto legislativo y en la memoria se hace caso omiso, etc., etc.

(41) Las comisiones mixtas están previstas en el ordenamiento jurídico español en los arts. 40 y siguientes del Reglamento del Congreso de los Diputados. Forman parte de la estructura organizativa del Congreso. En España las Comisiones pueden ser permanentes o no permanentes. Conocerán de los proyectos, proposiciones o asuntos que les encomiende la Mesa del Congreso (artículo 43 del Reglamento). Entre las Comisiones Permanentes, encontramos la Comisión Constitucional (artículo 46.1.1ª del Reglamento).

cionar una base bien informada antes de su aprobación por el Parlamento. Estas Comisiones destacan y tienen una gran trascendencia en el proceso legislativo –y en el producto final: la ley– porque en su seno se logran elevados niveles de consenso y entendimiento. Ello se debe a que no se componen por miembros del Gobierno, diputados u oposición –lo que en buena medida conduciría a la adopción de decisiones y luchas partidistas– sino por especialistas en la materia, lo que permite analizar la legislación y elaborar los informes correspondientes sin las ataduras que suele imponer la lealtad de partido (42).

En materia de derechos fundamentales el Libro Blanco *Rights Brought Home* que precedió a la *Human Rights Act* 1998, previó la creación de una Comisión Mixta de Derechos Humanos que se encargase, básicamente, de elaborar informes sobre la adecuación de todo proyecto de ley (de nueva planta o de modificación) al sistema de Estrasburgo y otros Tratados Internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Reino Unido (43) (la declaración de compatibilidad de un proyecto de ley por el ministro responsable, por el contrario, únicamente tiene en consideración el Derecho de Estrasburgo). De esta manera, se unen tres pilares fundamentales de toda sociedad democrática, esto es, el principio de legalidad, el respeto de los derechos humanos y, como consecuencia, la democracia, impregnando el proceso de elaboración de las leyes del factor humano (44).

Una declaración de incompatibilidad de una Ley con el Convenio realizada por la Comisión Mixta no significa radicalmente que tal norma sea contraria al Convenio, pues eso lo deberán determinar las

---

(42) David FELDMAN, «Parliamentary Scrutiny of Legislation and Human Rights», cit., p. 327.

(43) Los informes de la Comisión Mixta pueden ser consulados en el sitio web [http://www.parliament.co.uk/parliamentary\\_committees/joint\\_committee\\_on\\_human\\_rights.cfm](http://www.parliament.co.uk/parliamentary_committees/joint_committee_on_human_rights.cfm)

(44) Véase, en este sentido, el trabajo del profesor David FELDMAN, «The Impact of Human Rights on the UK Legislative Process», cit., p. 92, donde el profesor de la Universidad de Cambridge argumenta que los derechos humanos sólo son tenidos en cuenta de una manera total si son considerados seriamente no sólo por los jueces y tribunales a la hora de aplicar una Ley, sino que también en su proceso de elaboración por el Gobierno y en la tramitación parlamentaria.

más altas instancias jurisdiccionales británicas, de acuerdo con el principio de separación de poderes (45). Por ello decimos que los informes que elabora la Comisión Mixta tienen un carácter consultivo, en el bien entendido que si la Comisión considera que un determinado proyecto de ley no respeta los derechos humanos, tal y como vienen consagrados en el sistema de Estrasburgo u otras declaraciones de derechos fundamentales ratificadas por el Reino Unido, el Parlamento puede aprobar la Ley en virtud del principio de soberanía parlamentaria.

El escepticismo inicial que envolvería a este nuevo órgano, motivado porque implicaba, en cierta manera, una fiscalización de los proyectos de ley que pretende elaborar el Gobierno, quedaría difuminado a partir de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001. En efecto, este penoso acontecimiento paradójicamente permitió observar el importante papel al que estaba llamada la Comisión Mixta de Derechos Humanos, como mecanismo de *control* de las iniciativas gubernamentales que, para dar respuesta a la alarma social creada, pudieren afectar a derechos fundamentales, como ocurrió con la Ley Antiterrorista. En este orden de consideraciones, si bien la finalidad de la tarea de la Comisión Mixta se identifica con el objetivo de la declaración de compatibilidad que formula el Gobierno en relación con los proyectos de ley que pretende que Westminster apruebe, el dictamen que la Comisión elabora sobre la convencionalidad de los proyectos de ley quedará envuelto por un halo de imparcialidad pues sus miembros responden a las diferentes sensibilidades que tienen representación en Westminster y, sobre todo, porque son informados por un asesor legal, el cual advierte de las cuestiones que pueden suscitar los proyectos de ley que pretende aprobar el Gobierno en materia de derechos humanos. A pesar de su corta trayectoria, la Comisión Mixta de Derechos Humanos destaca ya como un instrumento central e imprescindible para el despliegue de toda la eficacia que pretende la Ley Británica de Derechos Humanos.

Los informes de la Comisión Mixta no sólo tienen un importante poder persuasivo en el Parlamento sino que también podrán ser tenidos

---

(45) E incluso, si un Tribunal determina que una Ley es incompatible con el Convenio, la Ley continúa vigente a menos que el Gobierno decida elaborar un proyecto de ley para su modificación, como hemos visto.

en consideración por los Tribunales como un criterio interpretativo adicional. Así, los informes favorables de la Comisión Mixta constituirán una base cómoda para el proceso decisorio de los jueces. De la misma manera, cuando los más altos tribunales tienen que conocer de un caso en el que se ha aplicado una ley sobre la que la Comisión Mixta previamente ha formulado su incompatibilidad con el sistema convencional, el informe de la Comisión puede constituir una buena guía para declarar la incompatibilidad de la ley con el Convenio. Así ocurrió en la importante sentencia dictada por la Cámara Judicial de los Loes sobre la Ley Antiterrorista, comentada más arriba, en la que el Tribunal apoyó su proceso argumentativo en el informe contrario que elaboró la Comisión Mixta (párr. 22, 24, 26 y 65 de la sentencia), junto con otros dictámenes y recomendaciones realizadas por órganos nacionales e internacionales, como el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Don Álvaro Gil-Robles (46), y las Naciones Unidas.

En la elaboración de los informes, la Comisión Mixta no sólo tiene en consideración la opinión de sus miembros, sino que también da participación al Gobierno y al público en general, en los siguientes términos.

En primer lugar, la Comisión Mixta, una vez analizado un proyecto de Ley, realiza un doble ejercicio:

- Observa la adecuación de la iniciativa al sistema de derechos fundamentales (Derecho de Estrasburgo y otros Tratados Internacionales).
- Vigila si la declaración gubernamental de compatibilidad del artículo 19 ha sido realizada conforme al Convenio.

Realizado este análisis previo, para formar un juicio ponderado de la convencionalidad de un proyecto de ley, formula preguntas orales al Gobierno y escritas al Ministro responsable, sobre las implicaciones en materia de derechos humanos que pueda tener la ley, en relación o no con la declaración de compatibilidad formulada por el Ministro responsable (artículo 19 HRA). El Ministro responsable o cualquier otro

---

(46) Opinión 1/2002 del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa [Com DH (2002) 7, 28 de agosto de 2002], en los párrafos 23 y 113 de la Sentencia.

miembro del Gobierno, según los casos, deberán responder a estas preguntas, justificando, de acuerdo con el Convenio, la concreta previsión legal sobre la que la Comisión solicita aclaraciones. En este tira y afloja, la Comisión Mixta puede conseguir que se introduzcan en el proceso de tramitación parlamentaria modificaciones a los proyectos de ley con tal de adecuarlos al sistema de derechos fundamentales (47). Todo ello se publica para conocimiento del público en general. Como puede comprobarse, se trata de un proceso interactivo con el que se persigue mejorar la transparencia de los motivos que han conducido a la legislación propuesta, activando la virtualidad de la declaración de compatibilidad del artículo 19 HRA (48). Desde la perspectiva española, me resulta fascinante que un órgano independiente especializado en mate-

---

(47) Esto es lo que ha ocurrido, por ejemplo, en la tramitación parlamentaria de la Ley destinada a modificar la Parte IV de la Ley Antiterrorista, declarada incompatible con el sistema de Estrasburgo por la Cámara Judicial de los Lores, como he comentado. Me refiero a la *Prevention of Terrorism Bill*. En efecto, este proyecto de ley preveía la posibilidad de que la Secretaría de Estado formulase *control orders* en virtud de las cuales se procede a una restricción de la libertad de movimiento de las personas sobre las que se tengan sospechas razonables de su vinculación con organizaciones terroristas (artículo 1), para proteger al público de la amenaza terrorista. En virtud del grado de restricción del derecho, se clasifican en *non-derogating* o *derogating*. Las primeras, de baja intensidad, no implican una suspensión del artículo 5 CEDH y pueden tener una duración máxima de 12 meses renovables (por ejemplo, la restricción en la tenencia de determinados objetos). Las segundas, por el contrario, implican una injerencia mayor en el derecho a la libertad y tienen una duración máxima de seis meses no renovables (por ejemplo, el arresto domiciliario). Pues bien, la Comisión Mixta argumentaría en un informe preliminar que la no participación judicial en la formulación de estas órdenes es contrario al artículo 5 CEDH, en cuanto que la privación de libertad debe realizarse con toda una serie de garantías. En virtud de ello, el Gobierno ha modificado el proyecto de ley instituyendo en el *High Court*, a petición de la Secretaría de Estado, la potestad de realizar las *derogating orders*. Puede consultarse en el propio informe elaborado por la Comisión Mixta: *House of Lords-House of Commons/Joint Committee on Human Rights, Prevention of Terrorism Bill, Tenth Report of Session 2004-05*, de 4 de marzo de 2005, p. 3. Por otro lado, la especial preocupación tras los atentados del 7 de julio, ha llevado al Gobierno de Tony Blair a adoptar nuevas medidas, plasmadas en un nuevo Proyecto de Ley Antiterrorista, de 12 de octubre de 2005, igualmente evaluado por la Comisión Mixta.

(48) El profesor David FELDMAN señala que cuando la Comisión Mixta ha planteado la incompatibilidad de alguna previsión legal con el Convenio, normalmente el departamento gubernamental ha cambiado su posición, o bien, aún aceptando que interfiere en alguno de los derechos del Convenio, justifica la injerencia en base al fin legítimo perseguido, usando el principio de proporcionalidad, en «Parliamentary Scrutiny of Legislation and Human Rights», cit., p. 334.

ria de derechos fundamentales pueda *obligar* a los diputados a la toma en consideración de cada una de sus propuestas normativas desde la órbita de los derechos humanos: ¿quién se atrevería a plantear una medida similar a nuestros parlamentarios! ¿Se dejarían fiscalizar nuestros ministros y diputados por una voz externa independiente que les dijese cómo deben plantear sus iniciativas? ¿Harían caso de los posibles informes negativos? Sin duda, me parece un planteamiento atrevido pues pienso que en nuestro caso, en general, parece que lo democrático y lo importante va por otros caminos.

Volviendo a la línea argumentativa en torno a la Comisión Mixta, tras una breve digresión, la Comisión Mixta, para hallar cualquier posible incompatibilidad con los estándares europeos, da entrada a la participación ciudadana. De esta manera, la Comisión Mixta, al evaluar la adecuación de todo proyecto de ley con el sistema de derechos fundamentales, puede solicitar o recibir la opinión de las personas afectadas por la disposición normativa, adquiriendo un papel protagonista las organizaciones no gubernamentales que trabajan en el campo delimitado por el proyecto de ley, así como la opinión de la doctrina especializada. Esta participación, además, no es simbólica sino que ha sido determinante en algunos de los informes elaborados por la Comisión Mixta, como por ejemplo, en el relativo a la Ley Antiterrorista (49). En efecto, como señala Anthony LESTER, dos importantes organizaciones no gubernamentales británicas, *JUSTICE* y *Liberty*, presentaron opiniones de expertos legales independientes sobre la legalidad de la derogación del artículo 5 CEDH en los términos planteados por el Gobierno en el proyecto de ley antiterrorista, opiniones que tendrían un peso importante en el informe que finalmente elaboró la Comisión Mixta (50).

Por todo ello, decimos que la Comisión Mixta de Derechos Humanos cumple una auténtica función de *chien de garde*, velando en el aseguramiento de que los derechos y obligaciones de los ciudadanos que se plasman en las leyes son suficientemente claros y evitando, de esta

---

(49) Puede decirse que la petición de apoyo a opiniones expertas se ha convertido de hecho en una regla de funcionamiento de este órgano.

(50) Anthony LESTER, «Parliamentary Scrutiny of Legislation Under the Human Rights Act 1998», *European Human Rights Law Review* 4, 2002, 432-451.

manera, fallos jurisdiccionales interpretando la legislación de conformidad con el sistema de Estrasburgo e imponiendo obligaciones positivas a las autoridades para garantizar los derechos del Convenio. De esta manera, se consigue una mayor certeza legal y administrativa (51). Por ello, la doctrina inglesa alaba la encomiable labor que realiza esta Comisión al reforzar la tarea del Parlamento en la evaluación de las leyes de conformidad con los estándares en materia de derechos fundamentales que vienen dados por el sistema de Estrasburgo y otros instrumentos de derecho internacional ratificados por el Reino Unido (52).

## V. CONCLUSIÓN

La aprobación de la *Human Rights Act* 1998 ha impregnado el Derecho Británico del factor humano que se desprende del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la jurisprudencia del Tribunal garante de su respeto. Esta importante Ley no significa simplemente la transposición del Convenio Europeo de Derechos Humanos al Derecho interno —que no es poco, por otro lado—, sino que, a través de toda una serie de mecanismos, promueve que «el lenguaje de los derechos humanos» pase a formar parte del día a día de las instituciones británicas y, en concreto, del Gobierno y la Administración, los Tribunales y el Parlamento.

En primer lugar, como se ha señalado, los jueces, si al conocer sobre un asunto surgen cuestiones que pueden afectar algún derecho fundamental, deberán decidir de conformidad con el sistema de Estrasburgo, planteando una declaración de incompatibilidad de la Ley aplicable al caso si es contraria al Convenio. De la misma manera, el Derecho de Estrasburgo estará presente en la mente de los ministros y diputados desde las primeras fases del proceso de elaboración de las leyes. En este ámbito destaca la labor que realiza la Comisión Mixta

---

(51) Véase, en este sentido, el primer informe de la Comisión Mixta, sobre el Proyecto de Ley sobre la carencia de hogar, de 7 de noviembre de 2001 (*Homelessness Bill*, párr. 10); el informe sobre el Proyecto de Ley de sanidad animal, de 28 de enero de 2002 (*Animal Health Bill*, párr. 21); y el informe sobre el Proyecto de Ley del menor, de 21 de septiembre de 2004 (*Children Bill*, párr. 164), entre otros.

(52) Anthony LESTER, «Parliamentary Scrutiny of Legislation Under the Human Rights Act 1998», cit., p. 433.

consistente en el análisis de la convencionalidad de los proyectos de ley que pretende aprobar el Gobierno, tarea equiparable al control de constitucionalidad de las leyes que se puedan realizar en otros ordenamientos jurídicos ya que, aunque la postura de la Comisión no es vinculante, en la práctica, con el diálogo que genera en el Parlamento entre el Gobierno y la Comisión, consigue influir de una manera decisiva en la formulación final de las leyes.

Por consiguiente, nos encontramos ante un control judicial de la adecuación de las leyes al sistema de Estrasburgo y, lo que es más importante, un control previo de convencionalidad, lo que puede permitir, en mayor medida, una disminución del planteamiento de conflictos ante los jueces y tribunales adelantando, por lo tanto, la adecuación del Derecho al sistema de derechos fundamentales. Se trata de un entendimiento y asimilación escrupulosa de la función a la que está llamada el sistema de Estrasburgo, tal y como se plantea en la Recomendación Rec (2004)5 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la verificación de la compatibilidad de los proyectos de ley, de las leyes en vigor y de las prácticas administrativas con las normas fijadas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Todo ello, sin perjuicio del principio de soberanía parlamentaria que, si bien se mantiene, queda matizado por el compromiso de hacer el Derecho de Estrasburgo derecho propio.

Llama la atención, en definitiva, que a pesar de la no vinculatoriedad de las declaraciones de incompatibilidad de las leyes con el sistema de Estrasburgo realizadas por los jueces y del carácter consultivo de los informes de la Comisión Mixta de Derechos Humanos, el Reino Unido haya optado por tal grado de vinculación, desde el punto de vista de la eficacia, con respecto del Derecho de Estrasburgo, como he intentado exponer en este trabajo (53) (\*).

---

(53) De todas las sentencias, tanto de las procedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como de las sentencias de los tribunales ingleses, ofrezco traducción propia.

(\*) Este trabajo se cerró en Palma de Mallorca durante las vacaciones de Semana Santa de 2004. Su elaboración ha sido posible gracias al Proyecto de Investigación BJU 2001-1929, del extinguido Ministerio de Ciencia y Tecnología, sobre «Garantía y protección de los ciudadanos...», del que es director el Prof. Dr. D. LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid.