

# LA DESNUDEZ DE LA CONSTITUCIÓN BRITÁNICA. CRÓNICA MARCIANA DE LA SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DEL REINO UNIDO DE 24 DE ENERO DE 2017

## The nakedness of the British Constitution. A Martian Chronicle of the United Kingdom Supreme Court Judgment of 24th January 2017

RAFAEL BUSTOS GISBERT

Escuela Judicial (Barcelona); Universidad de Salamanca

Revista Española de Derecho Europeo 62

Abril – Junio 2017

Págs. 13 – 46

**SUMARIO:** I. EL CASO Y SU CONTEXTO CONSTITUCIONAL. II. LA DESNUDEZ EN LA INTEGRACIÓN (DESNUDEZ ASCENDENTE): EL MARCO CONSTITUCIONAL BRITÁNICO DE LA INTEGRACIÓN EN LA UE. III. LA DESNUDEZ EN LA DIVISIÓN DE PODERES (DESNUDEZ HORIZONTAL): LOS LÍMITES DE LA PRERROGATIVA REAL EN MATERIA DE RELACIONES EXTERIORES. IV. LA DESNUDEZ EN LA DEVOLUTION (DESNUDEZ DESCENDENTE): LA INEFICACIA JURÍDICA DE LAS CONVENCIONES CONSTITUCIONALES GARANTIZADORAS DE LA INTANGIBILIDAD DE LAS COMPETENCIAS. V. LA DESNUDEZ EN EL GOBIERNO REPRESENTATIVO (LA DESNUDEZ PARLAMENTARIA): REFERÉNDUM Y SOBERANÍA PARLAMENTARIA. VI. REFLEXIÓN FINAL: EL EMPERADOR ESTÁ DESNUDO (PERO YA LO ESTABA ANTES).

**RESUMEN:** Este ensayo se centra en el estudio del efecto de la decisión de salida de la UE en el ordenamiento constitucional británico a partir del comentario de la Sentencia de la Supreme Court en el asunto *Miller*. La tesis sostenida es que la sentencia ha puesto de manifiesto la desnudez de la constitución no escrita británica respecto a la integración europea y la distribución de poderes tanto horizontal como vertical. Ello es el resultado de una desnudez más

profunda en su principio básico (la soberanía parlamentaria) frente a la celebración de un referéndum.

**ABSTRACT:** This essay focuses on the study of the consequences of the Brexit Referendum in the British Constitutional Arrangements. The essay uses the commentary on the Supreme Court Judgment in the *Miller* case to sustain its conclusions. The basic thesis underlines that this Judgment reveals the nakedness of the British Constitution when confronting basic

issues linked to European integration and horizontal and vertical division of powers. This outcome comes from the deeper nakedness of its most essential constitutional principle (parliamentary Sovereignty) when confronted with a referendum.

**PALABRAS CLAVE:** Brexit; Sentencia Miller; Constitución británica; Unión Europea; Prerogativa Real;

Devolution; *ius ad Tractatum*; Convenciones constitucionales; Referendum; Soberanía Parlamentaria.

**KEYWORDS:** Brexit; Miller Judgment; British Constitution; European Union; Royal Prerogative; Devolution; Treaty Making Power; Constitutional Conventions; Referendum; Parliamentary Sovereignty.

Fecha de recepción del original: 05/04/2017

Fecha de aceptación: 12/04/2017

Se dice en la *fuentes de todos los saberes de nuestro tiempo* (Wikipedia, versión española) que las Crónicas Marcianas, de Ray Bradbury, son un conjunto de relatos que «carecen de una línea argumental fija, pero la referencia contextual y temporal es la misma en todos ellos» para destacar que «abunda en descripciones poéticas y melancólicas de Marte y de los marcianos». Me permito comenzar este ensayo con estas irónicas palabras porque leyendo la sentencia objeto de comentario en estas páginas me he sentido transportado a ese contexto de falta de línea argumental y de descripción poética de un mundo, el británico, que bien podría ser considerado por un jurista continental tan lejano como Marte. Efectivamente, el lector continental de esta espléndida sentencia (por su tono, por su contenido y por su claridad) puede sentirse fácilmente transportado a otro mundo diferente en el que los parámetros de decisión y de argumentación no se corresponden con las reglas de nuestra *física* constitucional<sup>1</sup>. El motivo, sin duda, es la británica particularidad de carecer de una Constitución escrita. En estas páginas pretendemos, vaya por delante, hacer una serie de reflexiones sobre los efectos que esa particularidad genera en la articulación constitucional del abandono de la Unión Europea (en adelante, UE) por parte del Reino Unido (en adelante, RU) que es el tema afrontado por esta decisión judicial.

La lectura de la sentencia de manera inmediata provocó, en quien suscribe estas líneas, el recuerdo de un viejo trabajo de RIDLEY titulado «There is no British Constitution: a Dangerous Case of the Emperor's Clothes»<sup>2</sup>. La tesis de aquél trabajo venía a sostener que la ausencia de un texto escrito y codificado de las normas constitucionales británicas dotado de superioridad formal sobre el resto de normas internas obligaba a reconocer que el RU carecía de constitución. Pese a que con orgullo se considerara que existía un orden constitucional (*constitutional arrangement*) o un Derecho constitucional escrito en algunos *Statutes*, en el *common Law* y en las muy británicas *constitutional Conventions*, sostendría el autor citado, el Reino Unido, al igual que el Emperador del cuento, está desnudo y, sin embargo, cree estar maravillosamente vestido.

Por tanto, estas líneas se orientan desde la perspectiva de esa británica *desnudez constitucional* que la sentencia objeto de comentario pone claramente de manifiesto desde la óptica de un constitucionalista continental.

1. Comparte algunas de las *sorpresas* que encontraremos a lo largo del texto A. ANTOINE en su visión de un profesor francés del Brexit. A. Antoine, «Brexit Seen by a French Professor in Public Law», U.K. Const. L. Blog (3rd Apr 2017) en <https://ukconstitutionallaw.org/>.
2. RIDLEY, F.F. «There is no British Constitution: a dangerous case of the Emperor's clothes», en *Parliamentary Affairs*, 1988.

## I. EL CASO Y SU CONTEXTO CONSTITUCIONAL

La decisión del pueblo británico a favor de abandonar la UE<sup>3</sup> (en adelante, BREXIT), adoptada por referéndum el 23 de junio de 2016<sup>4</sup>, plantea innumerables problemas jurídicos de muy diversa naturaleza e intensidad. Nos interesa destacar en estas páginas los problemas constitucionales generados<sup>5</sup>. Efectivamente, el ingreso y la participación del RU en la UE provocaron un cambio constitucional de primera magnitud, como tendremos ocasión de atisbar a lo largo de este ensayo. Por ello es indudable que la opción por abandonar esta organización supondrá también un profundo cambio en una constitución entre cuyas virtudes, se dice, está su flexibilidad y adaptabilidad a las nuevas circunstancias. El impacto constitucional del Brexit se producirá, apunta con razón CRAIG<sup>6</sup>, en los tres momentos sucesivos que integran el proceso de abandono de la UE: en la decisión de iniciativa, en el transcurso de la negociación y alcance de un acuerdo con el resto de Estados miembros, y en la implantación de dicho acuerdo en el ordenamiento británico. Nos encontramos todavía en la primera de esas fases: la decisión de tomar la iniciativa para poner en marcha el procedimiento para la retirada del RU de la UE<sup>7</sup>. En esta primera fase es en la que se produce el caso que da origen a la sentencia que comentamos.

Con carácter preliminar conviene apuntar la importancia conferida al caso por parte de todos los actores que, de un modo u otro, intervienen en el mismo. Importancia manifestada en diversos, si bien heterogéneos, datos. El primer elemento denotativo de tal relevancia es el enorme seguimiento que las dos decisiones judiciales han tenido en medios de comunicación y en el ambiente político. De hecho el excesivo tono crítico expresado por los tabloides llevó a la necesidad de intervención del gobierno británico, a través del Attorney General, para defender al poder judicial de los furibundos ataques de ese tipo de prensa en los que se acusaba de traición y de contrarios a la democracia al poder judicial<sup>8</sup>. El seguimiento, sin embargo, no sólo ha sido mediático y político, sino que también ha

3. Para un relato del proceso histórico de celebración del referéndum y de las primeras reacciones, véase P. CRAIG, «Brexit: a Drama in Six Acts», *European Law Review*, Agosto 2016, puede accederse al texto en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2807975###](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2807975###). En castellano puede consultarse J.M. CASTELLÁ ANDREU, «El Referéndum sobre el Brexit: una historia inacabada», *Revista de Derecho Político*, 97, 2016 pp. 297 y ss
4. El referéndum tuvo lugar en virtud de la aprobación de la *European Union Referendum Act* en diciembre de 2015.
5. Para un resumen de los problemas «de» la Constitución del RU y de los problemas «para» la Constitución del RU véase M. GORDON, «Brexit: a Challenge for the UK Constitution, of the UK Constitution», en *European Constitutional Law Review*, 12, 2016, pp. 409 y ss.
6. Es lo que P. CRAIG llama las tres escenas del Sexto Acto del Drama del BREXIT; «Brexit: a Drama in six Acts», pp. 29 a 42
7. Realmente podríamos dar por concluida esta fase en la medida en que la notificación de la intención de retirarse ya se ha producido mediante carta de la Primer Ministro el pasado 28 de marzo de 2017.
8. N. Barber and J. King, «Responding to Miller», U.K. Const. L. Blog (7th November 2016) (en <https://ukconstitutionallaw.org/>): Refiriéndose a la primera de las sentencias recuerda: «The broader press reaction to the decision in Miller has been outrageous. The Daily Mail ran the headline “Enemies of the People”, underneath pictures of the judges, whilst, not to be outdone, The Daily Express enjoined its readers to rise up and “fight, fight, fight”». En parecido senti-

despertado un inusitado interés entre los publicistas en general y los constitucionalistas en particular. El caso ha sido calificado como el típico *leading case* para toda una generación de constitucionalistas<sup>9</sup> lo que ha generado un constante debate teórico, hasta ahora, desarrollado sobre todo en las webs especializadas en Derecho constitucional<sup>10</sup>.

También desde un punto de vista estrictamente jurisdiccional la importancia del caso ha sido puesta de relieve por varios factores. Por una parte, debe destacarse que es el primer caso en el que la Supreme Court del Reino Unido decide la cuestión a través del Pleno cuando lo habitual es que opere con paneles de 7 o 9 jueces, debido a la elevada importancia constitucional del caso<sup>11</sup>. Por la otra, es sin duda interesante, especialmente para un jurista continental, ser consciente de que el caso se plantea y se resuelve antes de que se haya producido ningún acto jurídico concreto susceptible de ser impugnado ante los Tribunales. Efectivamente, el caso es una suerte de intervención *preventiva* por parte de los tribunales ante un proceso (el abandono de la UE) que jurídicamente aun no había comenzado. Subyace tras esta *anormalidad* el enorme interés en que un proceso de esta importancia constitucional se realice con el pleno respeto a los principios fundamentales de la constitución del Reino Unido<sup>12</sup>.

La decisión de la Supreme Court del Reino Unido resuelve dos cuestiones diferentes planteadas en el marco de procesos diversos, pero responde al mismo contexto: la aplicación del artículo 50 TUE y en concreto la notificación por parte del RU de su deseo de abandonar la UE y, con ello, la puesta en marcha del proceso de negociación de la salida. El apartado 1 del citado precepto establece que todo Estado puede decidir retirarse de la Unión «de conformidad con sus normas constitucionales». Esta referencia a las normas constitucionales nacionales en un texto del Derecho de la UE puede plantear indudables problemas de interconstitucionalidad, señala FOSSAS, que no van a ser objeto de la sentencia ni, por tanto, del presente comentario<sup>13</sup>. Pero sí contextualizan el objeto del caso. Lo que esta sentencia afronta es determinar cuáles son los requisitos constitucionales exigibles a la notificación de la decisión adoptada por el Reino Unido según su propia, no escrita, constitución. Y ello porque hay dos cuestiones básicas que no parecen estar constitucionalmente claras.

---

do véase la entrada en el mismo blog de J. Adenitire, «Exiting the EU Constitutionally», U.K. Const. L. Blog (9th Nov 2016)

9. S. Douglas-Scott, «Miller: Why the Government Should Still Lose in the Supreme Court (even with new arguments)», U.K. Const. L. Blog (15 Oct 2016) (en <https://ukconstitutionallaw.org/>)
10. Más de 70 contribuciones, entre el 7 de noviembre de 2016 y el 3 de abril de 2017, en el blog bajo el tema «Brexit Judgement» de la Asociación de Derecho Constitucional del Reino Unido (<https://ukconstitutionallaw.org/tag/brexit-judgment/> visitado por última vez el 3 de abril de 2017)
11. J. Tomlinson, J. Rylatt and D. Fairgrieve, «And Then There Were Eleven: Some Context on the Supreme Court Sitting En Banc in the Article 50 Case», U.K. Const. L. Blog (9th Nov 2016) (en <https://ukconstitutionallaw.org/>)
12. A. Young, «R (Miller) v The Secretary of State for Exiting the European Union [2016] EWHC 2768 (Admin): Constitutional Adjudication - Reality over Legality?», U.K. Const. L. Blog (9th Nov 2016) (en <https://ukconstitutionallaw.org/>).
13. Sobre este aspecto véase E. FOSSAS I ESPADALER, «Brexit y Constitución (Secesión e identidad constitucional)». Ponencia presentada al XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México 1-3 febrero de 2017. Utilizado por cortesía del autor.

La primera radica en la determinación de qué órgano es el encargado de realizar tal notificación. Dado que se trata de un juicio, en cierta medida, preventivo, tal acto no se había producido, pero la Primer Ministro había anunciado que se produciría en marzo de 2017<sup>14</sup>. Anuncio que vino acompañado de la negativa a que en tal notificación participara el Parlamento. La eventual exclusión del Parlamento fue considerada por los demandantes en primera instancia, la Sra. Miller y el sr Dos Santos, como una lesión de la constitución británica. La High Court de Inglaterra y Gales (en adelante, EWHC), mediante sentencia de 3 de noviembre de 2016<sup>15</sup>, decidió que la intervención parlamentaria era necesaria para poder notificar la retirada de la UE. La decisión fue apelada por el Gobierno ante la Suprema Corte del Reino Unido.

La segunda de las cuestiones se refiere a la participación de las entidades territoriales componentes del Reino Unido (Irlanda del Norte, Escocia y Gales) en el proceso de retirada de la Unión Europea. El anuncio gubernamental excluía cualquier participación de los territorios con poderes *devueltos* en la notificación de la decisión de retirada de la UE. Dos casos fueron planteados ante los tribunales de Irlanda del Norte contra esta exclusión rechazados en primera instancia. En segunda instancia el Attorney General en el marco de la apelación ante la High Court de Irlanda del Norte, así como, en el segundo proceso, la Court of Appeal de Irlanda del Norte elevaron en total cinco cuestiones a la Suprema Corte<sup>16</sup>. Básicamente las preguntas vienen a plantear que dados los términos en que se produjo la devolución de poderes puede que sea necesaria la consulta y autorización de las legislaturas devueltas antes de que la notificación de la retirada se produzca puesto que ésta cambia el orden jurídico de la *devolution*.

En esencia, por tanto, la Sentencia de la *Supreme Court* de 24 de enero de 2017<sup>17</sup>, viene a resolver dos grandes cuestiones constitucionales. Por una parte, cuál es el papel respectivo de Parlamento y Ejecutivo en la notificación de la retirada del RU de la UE

14. Sin embargo, el Gobierno reconoció que era una cuestión jurídica que debía ser resuelta por los tribunales (véase par. 5 Sentencia de la High Court citada en la nota siguiente). Esto no deja de ser curioso puesto que en las reacciones a las dos sentencias se planteará si los tribunales habían incurrido en exceso de jurisdicción. Incluso antes algún autor consideraba que la judicialización del asunto supondría que los tribunales sobrepasarían su papel constitucional. Vid M. GORDON, «Brexit: a Challenge for the UK Constitution, of the UK Constitution», p. 422.
15. *R(Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2016]EWHC 2678 (Admin.); puede consultarse en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2016/2768.html>
16. Se trata de *devolution questions* mediante las cuales algunos tribunales británicos pueden dirigirse a la Suprema Corte para solicitar el esclarecimiento de aspectos de la descentralización que son fundamentales para resolver los casos. La estructura es similar a la de la Cuestión Prejudicial en el ámbito de la UE puesto que los tribunales hacen preguntas concretas que reciben, también, una respuesta interpretativa concreta por la Suprema Corte. Cuatro de las cuestiones fueron planteadas por el Attorney General para Irlanda del Norte en el marco del caso decidido por la High Court. La quinta fue planteada por la Court of Appeal.
17. *R (on the application of Miller and Dos Santos) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant). Reference by the Attorney General for Northern Ireland - In the matter of an application by Agnew and others for Judicial Review. Reference by the Court of Appeal (Northern Ireland) - In the matter of an application by Raymond McCord for Judicial Review.* [2017] UKSC 5. Accesible en <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0196-judgment.pdf>

y, por la otra, cuál es la participación, si es que alguna, de las entidades políticamente descentralizadas en esa notificación. Se trata, por tanto, de un caso sobre división de poderes horizontal y vertical que podría reconducirse a una sola pregunta: ¿es competencia exclusiva del ejecutivo central el ejercicio del poder de notificar la retirada de la UE?

La Corte Suprema, ya desde el comienzo de su sentencia, no confiere la misma importancia a ambos problemas. En su párrafo 5 sostiene con claridad que la cuestión principal es la primera como consecuencia de los rasgos específicos de la constitución británica y porque, como veremos, la respuesta a la misma condicionará de manera determinante la contestación a la duda respecto la división vertical de poderes. Por ello, antes de entrar en la resolución de ese tema concreto, la Corte recuerda el contexto constitucional básico (parr. 40-46) en el que debe situar su resolución. Contexto que, por otra parte, es común a la resolución de los problemas territoriales.

Recuerda la Corte que no existe en el RU un código único y coherente de normas fundamentales que prevalecen sobre el resto de fuentes del Derecho; sino un conjunto de normas desarrolladas a lo largo del tiempo mediante una combinación de «leyes (*Statutes*), hechos, convenciones, escritos académicos y decisiones judiciales». La división horizontal de poderes sufrirá una evolución a lo largo del tiempo, generando el progresivo vaciamiento de los poderes regios (la *prerrogativa regia* que centrará la sentencia) que se dividirán entre el resto de poderes. La independencia judicial reconocida en los textos legales aprobados en torno a 1688 configurará un poder judicial sometido a la ley pero que desarrolla un discurso propio en el campo que ésta le deja libre (el *common Law*). Ello le permite a la Corte centrarse en el principio básico de la constitución británica (par. 43): la soberanía parlamentaria y que, con cita expresa a A.V.DICEY<sup>18</sup>, define como el derecho de hacer y deshacer cualquier ley y, aún más, el derecho a que ninguna persona u órgano se le reconozca el poder de anular o inaplicar la legislación del Parlamento. Este principio supone la automática sujeción de cualquier acto gubernamental a la voluntad del Parlamento expresada en la ley ya desde las palabras de sir Edward Coke en el famoso *Case of Proclamations* en 1610.

Nada hay que objetar al resumen general de principios constitucionales realizado por la Corte Suprema, aunque como ha señalado algún cronista se haya producido una infrecuente unanimidad<sup>19</sup> respecto al acatamiento de las posiciones de DICEY no solo en la sentencia, sino también en los comentaristas<sup>20</sup>. Sin embargo, conviene ya apuntar, para evitar una visión sesgada del tema, que la definición de los principios realizada por

18. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, publicado por primera vez en 1885 (el texto es de libre acceso en la red: [http://files.libertyfund.org/files/1714/0125\\_Bk.pdf](http://files.libertyfund.org/files/1714/0125_Bk.pdf)).

19. En tal sentido una importante corriente en la doctrina británica lleva tiempo criticando la formulación de la constitución británica a partir del concepto de Soberanía parlamentaria. Así BOGDANOR, reseñando críticamente el trabajo del mayor defensor de la doctrina en la actualidad (J. GOLDSWORTHY, *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, CUP, 2010), acabará calificándola de doctrina «metafísica». V. BOGDANOR, «Imprisoned by a Doctrine: The Modern Defense of Parliamentary Sovereignty», *Oxford Journal of Legal Studies*, 32 (1), 2012, pp. 179 y ss.

20. S. Lee, «Dicey Sentiments», U.K. Const. L. Blog (29th Nov 2016) (en <https://ukconstitutionallaw.org/>).

la Corte es la propia de una definición *jurídica* de la constitución británica tal y como, por otra parte, corresponde a un órgano judicial. Pero, para tener una visión global de la constitución británica probablemente haya también que completarla con la idea de la naturaleza estrictamente política de la constitución y que ha dado origen a la llamada *political constitution* del RU<sup>21</sup>. Esta forma de entender la constitución aparecerá continuamente a lo largo de este trabajo.

Este es pues el conjunto de principios constitucionales con el que el Tribunal ha de concretar la distribución de poderes en la materia objeto a su consideración. La Corte Suprema continúa su sentencia siguiendo una estructura muy clara cómo es la de establecer primero la distribución horizontal de poderes en materia de tratados internacionales para, después, explicar las especificidades de la pertenencia a la Unión Europea mediante el estudio de los procesos de incorporación del Derecho de la Unión al Derecho británico y concluir aplicando tales principios a las especialidades de este en relación con la notificación de la retirada.

Sin embargo, en este comentario cambiamos el orden respecto al de la Sentencia porque, a nuestro juicio, se entenderá mejor su contenido y alcance si primero examina-

---

21. El concepto de *political constitution* como contrapuesto a la *legal constitution* es básico para entender cualquier aproximación a la realidad constitucional británica. No puede entenderse, sostiene ALLAN, que el principio de soberanía parlamentaria sea el único de la constitución británica, esta afirmación sería, a su juicio, el resultado de la lectura errónea por superficial de BLACKSTONE y DICEY. El contenido de la constitución británica se vincula más a la noción de Rule of Law garantizado por el common Law que a la pura afirmación de la soberanía parlamentaria (T.R.S. ALLAN, *Law, Liberty and Justice: the legal Foundations of British Constitutionalism*, Clarendon Press, Oxford, 1993. pp. 2 y ss.). En este planteamiento la Constitución británica es algo más que el principio de soberanía parlamentaria y se vincula a la noción de sistema de gobierno democrático que actúa sobre la base del Rule of Law como concepto mucho más general. Sobre el tema es clásico el trabajo de J.A.C. GRIFFITH, «The political Constitution», *The Modern Law Review*, 42(1), 1979, 1 a 21 que acabará definiendo el «corazón de la constitución» como el poder del gobierno del RU para hacer lo que crea necesario para la buena gobernanza de éste, sujeto a dos límites. El primero es que no puede afectar a derechos de terceros a no ser que esté autorizado por la Ley o por la Prerrogativa. El segundo, que no puede aumentar sus poderes sin el consentimiento del Parlamento. Para algunos, sostenía ya 1979, se podría añadir un tercer límite: el respeto a los Reglamentos y Directivas emanados de la Comisión y del Consejo según el Tratado de Roma (*ibidem*, p. 15). En fin, concluirá V. BOGDANOR («Britain, the political Constitution» en V. BOGDANOR (ed), *Constitutions in Democratic Politics*, Gower, Aldershot, 1988, pp. 53 y ss): la Constitución británica es esencialmente una constitución política cuya operación depende de la fuerza de los factores políticos y cuya interpretación depende de la voluntad de los líderes políticos (p. 71). La idea de la naturaleza eminentemente política de la constitución británica aparece en muchos autores pero ha cobrado especial relevancia en el marco de la aplicación de la objeción contramayoritaria al ejercicio del control judicial sobre los poderes públicos (por todos puede verse R. BELLAMY, *Political Constitutionalism, A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge Univ. Press, 2007) aunque quizás al jurista continental nos recuerde en gran medida a las posiciones de LASALLE respecto al verdadero significado de la Constitución o a las de la doctrina italiana (MORTATI) respecto a la noción de Constitución «material», si bien en ambos casos se opera con una constitución escrita, a diferencia del Reino Unido.

mos el modo en el que la no escrita, evolutiva y flexible constitución del RU afrontó su acceso y permanencia en la UE de manera que podamos comprender la manera en que enfrentará también su salida.

## II. LA DESNUDEZ EN LA INTEGRACIÓN (DESNUDEZ ASCENDENTE): EL MARCO CONSTITUCIONAL BRITÁNICO DE LA INTEGRACIÓN EN LA UE

El ingreso británico en las, entonces, Comunidades Europeas se articuló jurídicamente mediante la aprobación de la *European Communities Act* en 1972 (en adelante, ECA) después de un largo debate que a la postre generaría un referéndum afirmativo en 1975. El ingreso efectivo se produjo una semana después de la aprobación de la ECA, el 1 de enero de 1973. La intervención legislativa era esencial en un sistema dualista como el británico, véase infra apartado 3, en cuanto que los tratados internacionales suscritos por el gobierno del Reino Unido tienen efectos internos solo y con el alcance establecido en la ley.

La ECA, sostiene la Suprema Corte en el párrafo 60 de la sentencia objeto de comentario, no solo confirió esa validez interna a los tratados, sino que autorizó un proceso dinámico por el cual, sin necesidad de legislación posterior, el Derecho de la UE se convirtió *per sé* en Derecho británico y adoptó una posición de *precedencia* sobre todas las fuentes del derecho del Reino Unido, incluidos los sacrosantos *Statutes* depositarios de la voluntad del *King in Parliament*. En términos constitucionales, continúa el Tribunal, tal efecto carece de precedente alguno, aunque las consecuencias no estuvieran claras hasta los casos *Factortame* en los años 90.

La Suprema Corte continuará su argumento (párrafos 61 y ss) destacando la naturaleza constitucional de la ECA a partir del efecto producido en el ordenamiento jurídico británico. En particular subraya cómo la incorporación del Derecho de la Unión con efecto directo prevista en el art.2.1 de la ECA supone la introducción de una suerte de «tubería» a través de la cual fluye dicho Derecho en el ordenamiento jurídico británico. La incorporación de las modificaciones de los Tratados constitutivos se realizó a partir de 1972 mediante la modificación de la ECA y la incorporación expresa del nuevo tratado a la propia ley. Por su parte, el art. 2.2, previsto para el desarrollo de las normas sin efecto directo, otorga una delegación legislativa general en el Gobierno, bajo el control parlamentario, para aprobar legislación secundaria y cumplir con las obligaciones derivadas de la integración. Ello, indudablemente, supone también un cambio constitucional de primera magnitud en lo referido a la articulación de las relaciones entre legislación primaria (parlamentaria) y secundaria (gubernamental) en el sistema de fuentes del Derecho británico. De esta forma queda claro que, al igual que en el resto de Estados miembros, la pertenencia a la UE supone un cambio esencial en su sistema de fuentes como consecuencia de la incorporación de una nueva fuente, antes inexistente, con sus propios sistemas de aprobación que no responden a ningún tipo de intervención nacional. La naturaleza constitucional de la ECA resulta, pues, indiscutible para la Corte Suprema.

Hasta aquí el análisis que nos interesa realizado por la Suprema Corte (que es mucho más complejo y detallado como tendremos de ir exponiendo a lo largo de este comentario) reflejando el estado de la cuestión respecto a la posición del Derecho de la

Unión en el seno del ordenamiento jurídico británico. Pero creo conveniente detenernos un momento en el verdadero significado constitucional en el RU de la incorporación por esta vía a la integración europea. Verdadero significado que, como ya apuntaba la propia Corte, no será claro hasta la saga de sentencias que configuran el asunto *Factortame*.

Efectivamente, esos conocidos casos pusieron sobre la mesa uno de los problemas básicos de compatibilidad entre el Derecho constitucional británico y el sistema de fuentes de la, hoy, UE: la primacía frente a cualquier norma interna y la consiguiente obligación nacional de inaplicar (muy singularmente dirigida a los jueces) cualquier disposición interna contraria sea del rango que sea. El asunto *Factortame* planteaba el problema de una ley parlamentaria posterior y contradictoria de las normas europeas. La constitución británica impide cualquier limitación a la soberanía parlamentaria expresada en la ley por lo que exigía la aplicación de la voluntad de éste que no podía sujetarse a ningún control. Sin embargo, la doctrina Simmenthal era igualmente clara exigiendo la inaplicación de la ley<sup>22</sup>.

La situación fue resuelta por la House of Lords<sup>23</sup>, tras la pertinente cuestión prejudicial, mediante la sutil fórmula de eliminar, en lo que al Derecho de la Unión se refiere, la doctrina del *implied repeal* legislativo. Esto es, el principio de soberanía parlamentaria significa que la voluntad del parlamento es suprema. De ello deriva naturalmente que la voluntad parlamentaria a tener en cuenta ha de ser siempre la última expresada de modo que deroga cualquier anterior previsión legal (o de cualquier otro rango) contradictoria; se haya procedido o no a su derogación expresa. Ello además resulta plenamente coherente con la idea de que ningún Parlamento puede vincular la voluntad del Parlamento del futuro. La House of Lords, actuando como máximo instancia judicial en el asunto *Factortame* (1) en 1991 consiguió mantener el principio de soberanía parlamentaria reconociendo que cualquier Parlamento podría derogar en el futuro la ECA, pero estableció un requisito adicional: debería hacerlo *expresamente*. De este modo las normas legales contradictorias con el Derecho comunitario serían un intento de derogación tácito de la ECA y contrarias a ésta por lo que los jueces y tribunales británicos estarían habilitados (por la ECA, esto es, por la soberanía parlamentaria) para inaplicarlas solo en tanto la propia ECA estuviera en vigor y como una derivación de la voluntad del Parlamento (no del Derecho comunitario directamente).

Tiene razón la Corte Suprema británica cuando sostiene que la *regla fundamental de reconocimiento* del Derecho británico no cambió como consecuencia del ingreso bri-

22. Véanse Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 1990. *The Queen contra Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd y otros*; Asunto C-213/89; y Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 1991. *The Queen contra Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd y otros*. Asunto C-221/89. Incluso el TJ acabará usando el asunto para la construcción de su doctrina sobre la responsabilidad estatal por incumplimiento legislativo del Derecho comunitario, vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de marzo de 1996. *Brasserie du Pêcheur SA contra Bundesrepublik Deutschland y The Queen contra Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd y otros*. Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93.

23. *R v Secretary of State for Transport ex p Factortame Ltd (Interim Relief Order)* [1990] UKHL 7 (26 July 1990).

tánico en las Comunidades Europeas<sup>24</sup>. Pero lo cierto es, añadiríamos nosotros, que una de las derivaciones fundamentales de tal regla de reconocimiento cambió totalmente de sentido. De este modo resultaba totalmente coherente la pregunta que el profesor WADE se hacía en un conocido artículo: *Sovereignty: evolution or revolution?* Tiene igualmente pleno sentido el debate doctrinal posterior generado<sup>25</sup>. En fin, dicho en los términos defendidos por LOVELAND, la pertenencia británica a la Comunidad Europeas *ha afectado marcadamente a la comprensión constitucional tradicional* no sólo por la transferencia de poderes, sino porque *también ha sido evidente en la profunda reestructuración de las relaciones entre los tribunales, el ejecutivo, el parlamento y el electorado en el Reino Unido*, produciéndose así *la innovación constitucional más significativa adoptada por cualquier gobierno en el siglo XX*<sup>26</sup>.

Con ello se produce, a nuestro juicio, un efecto fundamental que a menudo ha pasado desapercibido para los juristas continentales y que en alguna medida explica los problemas británicos con la integración en la Unión y en otras organizaciones internacionales (muy singularmente el Consejo de Europa en lo referido a la aplicación del CEDH y la supervisión del TEDH). La integración supone cambiar sustancialmente de significado el principio basilar de la constitución británica. Es posible que la soberanía parlamentaria esté formalmente respetada sosteniendo que el Parlamento siempre puede derogar la ECA. Pero lo cierto es que al Parlamento se le ha retirado la posibilidad de derogarla tácitamente. Se le ha impuesto una obligación, la de derogar expresamente, a su poder para aprobar leyes que no existía. Se ha vinculado mediante la ECA de 1972 la voluntad de todos los Parlamentos posteriores. Por otra parte, y en segundo lugar, se ha conferido a los Tribunales (a menudo como consecuencia de sentencias de un tribunal *ajeno* al Derecho británico como es el Tribunal de Justicia) una potestad que tenía vedada por ser contraria a los principios básicos de la constitución: inaplicar la voluntad del Parlamento expresada en la ley<sup>27</sup>. Con ello no se altera un principio constitucional

- 
24. En sentido contrario, para V. BOGDANOR, la regla de reconocimiento cambió como consecuencia de la ECA 1972 y la soberanía parlamentaria fue limitada. Puede que el Parlamento siga siendo la institución dominante en el sistema político británico, pero no es ya omnipotente. Véase, recordando sus posiciones en *The New British Constitution*; Hart, 2009, «Imprisoned by a Doctrine: The Modern Defence of Parliamentary sovereignty», citado, pp. 182 y ss., esp. 186.
  25. Hemos tratado este debate con cierto detenimiento en *La Constitución Red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, IVAP, Vitoria, 2005, pp. 144 y ss. Véanse las contribuciones de H.R.W. WADE, «Sovereignty: Revolution or Evolution», en *Law Quarterly Review*, 1996, pp. 568 a 575 y T.R.S. ALLAN, «Parliamentary Sovereignty: Law, Politics, and Revolution», en *Law Quarterly Review*, 1997, pp. 443 a 452. Sobre la importancia de la discusión entre WADE y ALLAN, véase, N. MacCORMICK, *Questioning Sovereignty, Law, State and Practical Reason*, Oxford, 1999, pp. 81 y ss. o K.A. ARMSTRONG, «United Kingdom: Divided on Sovereignty», en N. WALKER (ed.), *Sovereignty in transition*, Oxford/Pórtland, 2003, pp. 327 y ss.
  26. I. LOVELAND, «Britain and Europe» en V. BOGDANOR (ed.), *The British Constitution in the Twentieth Century*, Oxford, 2003, pp. 663 y 685-686.
  27. Esto explicaría la importancia de las críticas al Tribunal de Justicia (y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos) durante todo el debate del Brexit. Ambos son los símbolos más claros de

cualquiera. Se cambia de significado el principio constitucional básico del peculiar ordenamiento jurídico británico. Se altera, pues, la propia *identidad constitucional del Reino Unido*.

Esta es la sustancial diferencia entre el RU y el resto de Estados de la UE desde un punto de vista constitucional. En el resto de Estados se ha ido construyendo, con más o menos elaboración, la llamada doctrina de los *contralímites* en virtud de la cual la integración europea no puede alterar sustancialmente los principios constitucionales básicos de los Estados. Doctrina que en alguna medida cristaliza en el artículo 4.2 TUE cuando establece el compromiso de la UE de respetar la igualdad de los Estados «así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos». En el caso británico uno de sus elementos singulares y esenciales en la configuración de su identidad constitucional fue claramente y sustancialmente reformulado. No puede entenderse, creo, la salida del RU de la UE sin tener esta idea en cuenta<sup>28</sup>. Pero lo verdaderamente relevante para estas líneas es que demuestra con toda claridad que la Constitución británica no operó, ni siquiera en sus principios esenciales, como límite frente a la integración en modo alguno. Al contrario, en cierta medida, fue *arrasada*. Frente a la integración europea el RU estaba (y está) *constitucionalmente desnudo*.

Es bien cierto que tanto la jurisprudencia como el legislador británico trataron de paliar esta *desnudez* con posterioridad.

En el primer sentido los tribunales británicos comenzaron a crear la todavía borrosa categoría de las *Constitutional Statutes* como leyes que, según el *common Law* y con independencia de que la voluntad del legislador fuera expresa en este punto, sólo pueden ser derogadas de manera expresa por el Parlamento de modo que se pueda *blindar* total o parcialmente un texto legislativo de importancia constitucional frente a cambios no suficientemente reflexionados en lo referente a sus efectos constitucionales<sup>29</sup>. El punto de partida de esta construcción se puede encontrar en el asunto *Thoburn v. Sunderland City Council* donde se extrajo como consecuencia que en el supuesto de contradicción («que sin duda no ocurrirá nunca en el mundo real») entre Derecho de la UE y un principio fundamental o un derecho esencial reconocido en el ordenamiento jurídico británico,

---

esa afectación: un tribunal, además no-británico, decide lo que el Parlamento puede o no puede hacer. Esta es una negación directa de la constitución británica.

28. En tal sentido creo acertadas las consideraciones de M. GORDON, «Brexite: a Challenge for the UK Constitution, of the UK Constitution», pp. 439 y ss.) en las que insiste en la importancia de este factor, si bien destacando que la visión popular de la constitución y la soberanía era una visión idealizada y no real. Véase más adelante el apartado 4 de este comentario respecto al debate sobre la soberanía.
29. Este es el método de garantizar determinadas normas legales de naturaleza constitucional referentes a la Devolution y a otros textos de importancia constitucional como (aunque parcialmente) la *Human Rights Act* de 1990 o la *Constitutional and Governance Act*. La categoría comenzó a crearse en el caso *Factortame*, pero realmente se desarrolló en *Thoburn v Sunderland City Council* ([2002] EWHC 195 (Admin), [2003] QB,151, (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2002/195.html>))

éste debería imponerse a aquél<sup>30</sup>. Sin embargo, este intento, no consolidado en la más alta instancia jurisdiccional del RU<sup>31</sup>, y sobre el que la suprema Corte del RU guarda un *clamoroso silencio*, no puede ocultar que ese efecto ya se ha producido. Un principio constitucional británico tan esencial como la soberanía parlamentaria no impide que un Parlamento vincule (procedimentalmente) a los Parlamentos del futuro.

Desde el punto de vista legislativo se puede apreciar cómo, desde la ECA de 2008 para ratificar el Tratado de Lisboa, se han ido introduciendo cláusulas de salvaguardia. En concreto el artículo 5 estableció la obligación de ratificación legislativa expresa de cualquier modificación de los Tratados constitutivos que supusiera un aumento de competencias de la UE o una reducción del poder de influencia del RU en las instituciones europeas. Por su parte la *European Union Act* de 2011 introdujo los artículos 2 a 10 bajo el título genérico de *restricciones* de modo que determinadas decisiones relativas a la UE fueran adoptadas parlamentariamente. Especialmente si la modificación de un tratado implicaba aumentar las competencias de la UE debería ser aprobado no solo por ley parlamentaria, sino también en un referéndum nacional. De este modo se introducía el llamado *referendum lock*, como cláusula de garantía de la identidad constitucional. Igualmente establecía que los representantes gubernamentales no podrían votar favorablemente decisiones que supusieran una disolución de la influencia de los Estados miembros en relación con determinados artículos del TUE y del TFUE. Finalmente, el artículo 18 de la misma ley expresa (e innecesariamente) recordaría que la capacidad para la derogación expresa de la ECA seguía siendo una potestad parlamentaria.

Estas previsiones pretendían, a mi juicio, introducir *contralímites* a la integración europea. Pero, a diferencia de lo que ocurre en el resto de Estados miembros, esos contralímites no son de naturaleza sustantiva en cuanto la ausencia de constitución escrita lo impide y en cuanto estas modificaciones esenciales ya se habían producido y eran inevitables si se quería seguir participando en la UE. Se trata de *contralímites procedimentales*<sup>32</sup>

30. Textualmente se sostiene en el párrafo 69 de la antecitada sentencia: *In the event, which no doubt would never happen in the real world, that a European measure was seen to be repugnant to a fundamental or constitutional right guaranteed by the law of England, a question would arise whether the general words of the ECA were sufficient to incorporate the measure and give it overriding effect in domestic law.*

31. El intento perseguido por el juez Laws, ponente en Thoburn, es el de instaurar un limitado control judicial de constitucionalidad, cuestión absolutamente extraña a la tradición británica pero que se ha ido planteando al hilo de la pertenencia a la UE, la devolution y la Human Rights Act. Para un estado de la cuestión sobre el tema, véanse los resúmenes de las principales posiciones en el propio J. LAWS «Judicial Activism», publicado por primera vez en la página web del *Judicial Power Project* el 12 de diciembre de 2016, accesible en <http://judicialpowerproject.org.uk/auto-draft-3/> y la respuesta de C. FORSYTH, «Who is the Ultimate Guardian of the Constitution», accesible en la misma dirección. La posición del segundo es, a nuestro juicio, la mayoritaria en la doctrina británica.

32. La idea de que estos límites son de naturaleza procedimental procede en gran medida de BOGDANOR, cuando se refiere a los límites impuestos por la ECA y su extensión al referéndum *lock* de la *European Union Act*. Vid. «Imprisoned by a Doctrine...» citado, pp. 183 y ss. En parecido sentido sostiene GARNER que la claridad de la sentencia en lo relativo a la primacía del Dere-

que se enmarcan no ya en la constitución *jurídica* del RU, sino en la constitución *política* británica. Con ello lo que se acabó pergeñando es una llamada al principio de soberanía popular (mediante la participación directa del pueblo en la decisión) para defender la soberanía parlamentaria. Sin embargo, con ello, señalan WELLINGS y VINES<sup>33</sup>, al mismo tiempo se produce el debilitamiento de la propia soberanía parlamentaria, en cuanto la *European Union Act* acabó convirtiendo al pueblo y no al parlamento en el guardián de la constitución británica. Volveremos sobre esta cuestión más adelante. Baste pues apuntar que las bases para la desnudez de la *political constitution* británica en el caso ya se sentaron en 2011, precisamente, tratando de protegerla.

Como conclusión de este apartado podemos apuntar que la constitución jurídica y política del RU demostró su desnudez en sus principios esenciales desde el momento en que se aceptó que el principio de primacía significaba la obligación de que el Parlamento derogara expresamente la ley de incorporación a la UE para poder contradecir el Derecho de la UE. Con ello alteraba el principio constitucional esencial de su constitución (la soberanía parlamentaria) en dos aspectos al menos: la imposibilidad de que un Parlamento vincule a otro y la posibilidad, subsiguiente, de que un juez inglés inaplique una ley del Parlamento. Frente a esta situación y mirando hacia el futuro se introdujeron, a partir de 2011, dos contralímites procedimentales: el recuerdo de la posibilidad de derogar la autorización para pertenecer a la UE y el *referéndum lock* en virtud del cual el aumento de competencias de la UE debería contar con el respaldo popular directo.

### III. LA DESNUDEZ EN LA DIVISIÓN DE PODERES (DESNUDEZ HORIZONTAL): LOS LÍMITES DE LA PRERROGATIVA REAL EN MATERIA DE RELACIONES EXTERIORES.

Apuntado el efecto de la integración del RU en la UE, podemos ya centrarnos en el problema básico afrontado en la sentencia como consecuencia de la demanda presentada por la Sra. Miller: la distribución horizontal de poderes. La cuestión a decidir es si la notificación que da inicio al proceso de abandono de la UE, prevista en el párrafo 1 del art. 50 TUE, puede ser realizada por el ejecutivo sin la intervención del Parlamento (como sostenía el gobierno británico) o si, por el contrario, requería la previa autorización de las cámaras mediante ley (como reclamaba la demandante). Ello suponía preguntarse por el alcance de la prerrogativa regia (*Royal Prerogative*).

---

cho de la UE podría haber sido considerado un «anatema» antes de que se aprobara la retirada del RU de la UE pero que ha de entenderse también como una versión británica de la doctrina Solange en la medida en que tal primacía se mantiene *as long as* el Parlamento decidiera mantener vigente la ECA; vid. O. Garner, «Conditional Primacy of EU Law: The United Kingdom Supreme Court's Own "Solange (so long as)" Doctrine?», U.K. Const. L. Blog (31st Jan 2017) (en <https://ukconstitutionallaw.org/>)

33. Sobre la importancia constitucional de ambas decisiones y el efecto demoleedor sobre la soberanía parlamentaria de la aplicación de la misma lógica con el referéndum del Brexit véase B. WELLINGS & E. VINES, «Populism and Sovereignty: The EU Act and the In-Out Referendum, 2010-2015», *Parliamentary Affairs*, 69, 2016, pp. 309 y ss.

La sentencia perfila el contenido de la prerrogativa regia en los párrafos 47 a 59 y los desarrolla y aplica al concreto caso planteado en los párrafos 74 a 100; dedicando buena parte de los párrafos posteriores a resolver cuestiones más concretas alegadas por el gobierno (párrafos 103 a 125) o a desarrollar ulteriores argumentos secundarios.

La prerrogativa regia es, básicamente, una cláusula residual de atribución de competencias a favor del ejecutivo<sup>34</sup>. Su origen histórico se encuentra en la distribución de poderes propia de la monarquía británica del siglo XVII. A partir del ya citado *case of Proclamations* la prerrogativa va a venir siendo limitada progresivamente por la actuación del Parlamento. De este modo la prerrogativa tiene como límites infranqueables la legislación parlamentaria, bien porque explícitamente las cámaras se arroguen para sí un poder antes encomendado al ejecutivo, bien porque entren a regular cuestiones que antes eran objeto de la prerrogativa. El Tribunal analiza los casos a su juicio más relevantes<sup>35</sup> que han establecido el ámbito de actuación de la citada prerrogativa. No se trata, recuerda la Corte, de una reliquia del pasado puesto que es una figura útil. Lo que ocurre es que con su ejercicio no se puede modificar ni la ley parlamentaria (tampoco frustrar el objetivo perseguido con dicha ley aunque no se contradiga explícitamente), ni el *common Law* establecido por los tribunales. Así, el área más importante de acción de la prerrogativa será el de la dirección de los asuntos exteriores. En este sentido englobará en principio las relaciones diplomáticas, el despliegue de fuerzas armadas en el extranjero y en especial la elaboración de tratados. La elaboración de tratados implica el ejercicio del *treaty making power* que incluye: negociar, concluir, interpretar, observar, violar, repudiar o terminar un tratado en la descripción realizada por Lord Templeton<sup>36</sup>.

El ejercicio del *treaty making power* es, pues, atribuido al poder ejecutivo en virtud de la prerrogativa real. Ello supone que no necesita autorización legislativa para ejercerlo y que no puede ser objeto de ningún tipo de revisión judicial por parte de los tribunales británicos. Ahora bien, en coherencia con la teoría dualista y con la distribución de poderes derivada de la propia prerrogativa, su ejercicio no puede cambiar el Derecho nacional. Dicha teoría establece que Derecho internacional y Derecho nacional operan en planos diferentes. Los tratados internacionales tienen efectos en el Derecho internacional y no están sometidos al Derecho interno de ningún Estado; aunque sean obligatorios en

34. Para un análisis detallado del contenido de la prerrogativa regia en relación al caso planteado puede consultarse, si bien sus posiciones no fueron las adoptadas por la Supreme Court, R. CRAIG, «Casting Aside Clanking Medieval Chains: Prerogative: Statue and article 50 after the EU Referendum», *The Modern Law Review*, 79 (6), 2016, especialmente pp. 1043 a 1045.

35. Los casos más importantes citados por la Corte son: *Burmah Oil Co (Burma Trading) Ltd v Lord Advocate* [1965] AC 75.; *Higgs v Minister of National Security* [2000] 2 AC 228; *Attorney General v De Keyser's Royal Hotel Ltd* [1920] AC 508; *R v Secretary of State for the Home Department, Ex p. Fire Brigades Union* [1995] 2 AC 513. Los dos últimos van a ser objeto de referencia permanente a lo largo de la resolución citados como los casos De Keyser y Fire Brigades Union. Igualmente será objeto de referencia a lo largo del texto el caso Rees-Mogg; *R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, Ex p Rees-Mogg* [1994] QB 552

36. En *JH Rayner (Mincing Lane) Ltd v Department of Trade and Industry* [1990] 2 AC 418, 476. Citado en el párrafo 54 de la sentencia objeto de comentario.

el nivel internacional para el RU, los tratados no son parte del Derecho británico y no generan derechos ni obligaciones jurídicas para dicho Derecho en tanto en cuanto no sean incorporados mediante ley parlamentaria. Así, apunta coherentemente la Corte, la adopción de la teoría dualista en las relaciones entre Derecho internacional y Derecho interno no es más que la consecuencia necesaria de la aceptación del principio de soberanía parlamentaria. Desde finales del siglo XIX esta absoluta independencia del ejecutivo en la conducción del *treaty making power* ha tratado de ser limitada mediante la *Ponsbury Convention* en virtud de la cual la práctica es que el ejecutivo ponga a disposición del Parlamento una copia del tratado, con una antelación de 21 días antes de ser concluido, para que las cámaras puedan expresar su opinión, si así lo desean. La convención ha sido elevada a la ley mediante la *Constitutional and Reform Act* de 2010 en la que, sin embargo, se exceptúan los tratados comunitarios que siguen la regulación prevista en la ECA en sus sucesivas versiones.

Más allá de la particular forma historicista<sup>37</sup> con la que el constitucionalismo británico afronta la cuestión, la distribución competencial entre Parlamento y gobierno en materia de *ius ad tractatum* reúne las características habituales de un sistema dualista de recepción. Ya en John Locke<sup>38</sup> resultaba claro que el poder *federativo* era una parte del poder ejecutivo irresponsable ante los Tribunales y sometido solo a la responsabilidad política ante el parlamento que se ocupaba del «*poder de la guerra y de la paz, ligas y alianzas y de todos los acuerdos con personas y comunidades ajenos al Estado*»<sup>39</sup>. Poder que ha sufrido un incremento progresivo de control parlamentario en el intento sostenido por las cámaras de todos los Estados democráticos por, usando la palabra utilizada por CASCAJO hace ya tiempo, *embridar* el poder exterior del ejecutivo<sup>40</sup>.

- 
37. Para PHILLIPSON, la relación entre prerrogativa y poder parlamentario es una de las cuestiones constitucionales más importantes del Reino Unido dadas sus ambigüedades y la ausencia del control judicial sobre ella. Desde ese punto de vista el caso Miller es muy interesante en la medida en que ha hecho posible la intervención judicial en la definición de sus contornos. Pese a que la conclusión alcanzada no haya sido la que el autor preveía antes de que la sentencia fuera dictada. Vid. G. PHILLIPSON, «A Dive into Deep Constitutional Waters: Article 50, the Prerogative and Parliament», en *The Modern Law Review*, 79 (6), 2016, pp. 1064 a 1089.
38. Vid el esclarecedor trabajo de A. LA PERGOLA, «Un ensayo sobre Antonio de Luna», incluido en el volumen *Poder Exterior y Estado de Derecho*, Salamanca, pp. 81 y ss. (trad. J.L. CASCAJO CASTRO). La influencia de las construcciones de LOCKE en la definición de esta forma de entender el ejercicio del poder exterior es común a muchos autores, véase, L. FERRAJOLI, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, 1999, pp. 126 y ss., aunque realiza una reconstrucción más elaborada de estas ideas que hunden sus raíces en VITORIA y pasan por GROCIO, HOBBS y LOCKE
39. «The power of war and peace, leagues and alliances, and all the transactions with persons and communities without the commonwealth», hemos utilizado la versión del Segundo Tratado sobre el Gobierno incluido en *The Works of John Locke*, reimpresión de 1963 por ScientiaVerla, Vol 5, Parr. 146, p. 425.
40. J.L. CASCAJO CASTRO, «Notas sobre el control parlamentario de la política exterior» en M. RAMIREZ, *El control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas*, Barcelona, 1978. No deja de ser curioso que el mismo término «brida» (*clamp*) para describir la relación entre Parlamento y ejecutivo en la cuestión objeto de decisión en la sentencia haya sido utilizado en

Estos principios van a ser cuidadosamente aplicados por la Supreme Court del Reino Unido a la cuestión de la notificación de la intención de retirarse de la UE.

El argumento más poderoso va a ser muy claro y aparece formulado en el párrafo 82 de la sentencia. La representación procesal del gobierno no contesta a las objeciones basadas en las implicaciones constitucionales de la retirada del Reino Unido de la UE. La retirada de la UE constituye, a juicio del Tribunal, un cambio constitucional tan importante como el derivado de la adhesión en 1972. Sería pues contrario a los principios constitucionales que tal cambio pueda producirse solo por decisión gubernamental, especialmente si la fuente del Derecho afectada (el Derecho de la UE) fue creada por decisión parlamentaria y dotada de supremacía en la jerarquía de fuentes nacional<sup>41</sup>. Esta no es más que una aplicación de conceptos básicos del Derecho constitucional inglés. Además, la salida de la UE supone un cambio del Derecho nacional. Y un cambio del Derecho nacional solo puede ser decidido por el Parlamento legislando sobre la materia. En este caso, ese cambio se produciría como consecuencia de la retirada decidida unilateralmente por el gobierno lo que, ciertamente, supone una extralimitación de la prerrogativa regia. Será pues necesaria la expresa autorización parlamentaria mediante una norma con rango de ley para que se pueda producir la notificación prevista en el art. 50.1 del TUE. La decisión no se aparta del *common Law* en cuanto el único antecedente similar podría ser el caso *Rees-Mogg* en el que se consideró conforme a la constitución británica la ratificación de un protocolo adicional a un tratado constitutivo por parte del Gobierno sin autorización parlamentaria<sup>42</sup>. Disiente el Tribunal de alguno de los argumentos expresados en aquél caso, pero acepta su resultado porque el protocolo no implicaba modificación alguna del Derecho nacional británico.

Tres argumentos, subsidiarios, justifican también la necesidad de la intervención parlamentaria en la notificación de abandono de la UE. En primer lugar, la retirada de la UE produce un cambio en los derechos y obligaciones de los ciudadanos. Por tanto, no puede ser decidida unilateralmente por el gobierno. El poder de la prerrogativa regia para hacer y deshacer tratados opera sólo en el ámbito o en el plano internacional, pero no puede reconocerse en el caso de los tratados constitutivos de la UE. Estos, gracias a la ECA, a diferencia del resto de tratados, crean directamente obligaciones y derechos de los ciudadanos del Reino Unido que dejarán de existir con el abandono de la Unión. El hecho de que la ley no haya previsto expresamente la necesidad de una autorización para retirarse no debe interpretarse, en virtud de la residualidad de la prerrogativa regia, como un permiso tácito para hacerlo, sino que al contrario ese poder para denunciar los tratados por el gobierno sólo podría existir si así lo hubiera

---

los debates doctrinales generados en el Reino Unido; vid R. Jones, «The Importance of Silences in the “Brexit” Appeals», U.K. Const. L. Blog (7th Dec 2016) (en <https://ukconstitutionallaw.org/>)

41. El argumento ya había sido avanzado con claridad antes de la sentencia por S. DOUGLAS-SCOTT, «Brexit, Article 50 and the Contested British Constitution», en *The Modern Law Review*, 79 (6), 2015, pp.1019 a 1089, en concreto, pp. 1027-29.

42. *R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, Ex p Rees-Mogg* [1994] QB 552.

expresamente establecido la ley<sup>43</sup>. En tal sentido, recuerda el Tribunal que la ECA de 2008 ya previó la necesidad de autorización parlamentaria expresa para adoptar decisiones gubernamentales que supusieran el aumento de las competencias de la UE. Si se previó para un aumento parcial y limitado de competencias es lógico que un acto más grave, como la retirada, no pueda hacerse sin la participación parlamentaria. Por ello, «parece altamente improbable» que el gobierno, que es la parte débil en el ejercicio de la soberanía a través del *King in Parliament*, pueda cambiar la situación sin contar con la parte importante de ésta: el Parlamento.

En segundo lugar, sostiene la Corte, si la posición del gobierno fuera aceptable, eso significaría que podría haberla ejercido en cualquier momento desde 1972. Tal conclusión es inaceptable en la medida en que el *treaty making power* no puede ser objeto de control judicial sino solo de control parlamentario. Es muy distinto, tener el poder para hacer algo (retirarse de la UE) y que el Parlamento lo controle a posteriori, que tener un poder solo en virtud de que el Parlamento lo autorice. Parece lógico, concluye la Corte, que el ejercicio de un poder tan importante para la constitución del RU como retirarse de los tratados de la Unión esté en manos del Parlamento y no del gobierno.

En tercer y último lugar, la Corte recuerda que el Gobierno ha reconocido que la retirada de la Unión requerirá necesariamente la intervención, antes o después, del Parlamento. Así tanto las declaraciones públicas como las alegaciones ante el Tribunal pusieron de manifiesto que la retirada de la UE necesitará una *Great Repeal Bill* para reestructurar (conforme a la lógica dualista) el ordenamiento jurídico británico y adaptarla al eventual acuerdo entre el RU y el resto de Estados miembros. Esta afirmación lejos de favorecer el argumento gubernamental lo debilita. Si el Parlamento, razona la Corte, ha de verse involucrado necesariamente en el proceso de retirada de la UE, parece razonable que lo haga desde el comienzo, desde la notificación. Si el Parlamento va a verse obligado a modificar el Derecho nacional legislando como consecuencia de la retirada, parece constitucionalmente razonable que no se vea obligado a hacerlo como resultado de una decisión unilateral del ejecutivo, sino como consecuencia de su propia voluntad.

El flanco más débil del argumento de la Supreme Court es sin duda su comprensión de los efectos de la notificación de la retirada de la UE. Para la High Court antes y para la Supreme Court en la apelación resulta claro que tal notificación deberá llevar inexorablemente a la retirada puesto que el art. 50.3 del TUE prevé que en caso de no alcanzar un

---

43. Los silencios de las sucesivas leyes implicadas van a ser uno de los ejes del caso como demuestra el debate doctrinal generado en paralelo a las argumentaciones de las partes desarrolladas durante el juicio oral y debidamente reflejadas en la sentencia. El Tribunal aborda el significado de ese silencio en la ECA de 1972 (párrafos 85 y ss.) y en la ECA de 2008 y en la *European Union Act* de 2011 (párrafos 106 y ss) en cuanto contenían límites específicos ya examinados (el referéndum lock y la reiteración de la soberanía parlamentaria). Véanse: R. Jones, «The Importance of Silences in the “Brexit” Appeals», U.K. Const. L. Blog (7th Dec 2016) y D. Howarth, «On Parliamentary Silence», U.K. Const. L. Blog (13th Dec 2016) (ambos en <https://ukconstitutionallaw.org/>)

acuerdo con los restantes Estados miembros en el plazo de dos años, los tratados dejarán de ser aplicables en el RU. De este modo notificar la retirada llevará tarde o temprano de forma inevitable a la salida del RU de la UE. La Corte, aceptando la alegación de la representación de la sra. Miller, gráficamente lo compara con el disparo de una bala<sup>44</sup> que acaba alcanzando su objetivo (metáfora calificada de *falacia* en el voto particular de Lord CARNWATH): el acto de notificación lleva de modo inevitable a que los tratados dejen de aplicarse, modificando así el Derecho nacional y eliminando los derechos y obligaciones de los ciudadanos británicos.

Sin embargo, la inexorabilidad de la salida de la UE con la mera notificación de la intención de abandonar la UE es una interpretación que dista mucho de ser obvia. Así lo puso de manifiesto el antiguo Director General de los Servicios Jurídicos del Consejo, J-C PIRIS, en un conocido artículo en el *Financial Times*<sup>45</sup>. En dicho artículo sostenía que el RU podría detener el proceso de salida antes del fin del plazo. Este contraargumento apenas aparece en la sentencia y solo muy levemente en los votos particulares. El motivo es claro: gobierno y demandantes expresaron en sus escritos y en sus intervenciones orales su conformidad con la interpretación del artículo 50.1 como una decisión irrevocable. Podría sorprender que el gobierno renunciara a un argumento que resultaba clave para la solución del caso en su favor: si la notificación es revocable, eso implica que no generará necesariamente la modificación del Derecho interno y por ello no será una extralimitación en el ejercicio de la prerrogativa regia. La explicación hay que buscarla en el contexto político del caso. El gobierno aceptó esa interpretación porque lo contrario le hubiera provocado graves problemas en tanto hubiera significado reconocer que la decisión previamente adoptada en el referéndum no era, para el propio ejecutivo, irrevocable. *Brexit means Brexit*. La Primer Ministro no se ha cansado de repetir ese lema. Si en su alegación ante los tribunales introducía la duda sobre la irrevocabilidad de la decisión popular, el referéndum dejaría de significar necesariamente la salida del RU de la UE. Por otra parte, introducir en el debate la interpretación del artículo 50.1 para determinar el alcance de la notificación, posiblemente provocaría que la Corte Suprema, en cuanto tribunal contra el que no cabe recurso, sintiera que se encontraba en la obligación de plantear una Cuestión Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE ex art. 267 TFUE. De este modo, el alcance de la decisión de salida de la UE adoptada en referéndum acabaría siendo enjuiciada por el Tribunal de Justicia de la UE. Posiblemente este era el peor de los escenarios para el gobierno británico. Por ello, la cuestión de la inexorabilidad de la salida como

44. Con un juego de palabras muy británico en la medida en que para describir el acto de notificación se usa el verbo *to trigger* que literalmente significa «apretar el gatillo».

45. «Article 50 is not for ever and the UK could change its mind», *Financial Times*, 1 de septiembre de 2016; puede consultarse en <https://www.ft.com/content/b9fc30c8-6edb-11e6-a0c9-1365ce54b926>. El debate posterior en la doctrina ha sido y es muy intenso al respecto, pero no en el pleito por los motivos explicados en el texto. Con anterioridad al texto de PIRIS, pero sin duda con menos repercusión, ya se había pronunciado P. CRAIG con un detallado examen de la cuestión relativa a la reversibilidad del art. 50; en «Brexit: A Drama in Six Acts», citado, pp. 33 y ss.

consecuencia de la notificación fue excluida de la discusión pese al intenso debate doctrinal generado<sup>46</sup>. Es bien cierto que la Supreme Court podría haber planteado de oficio la cuestión prejudicial, pero esta era una opción igual de peligrosa para la propia Corte desde el punto de vista de la aceptación final de su decisión de modo que la posibilidad de plantear tal cuestión prejudicial no aparece en ningún apartado de la sentencia, ni tampoco en los debates del juicio oral.

En su largo y muy elaborado voto particular, Lord REED expresa la opinión de los restantes disidentes con una aproximación radicalmente diferente a la de la mayoría. Para Lord REED la incorporación del Derecho comunitario no supuso un cambio constitucional tan relevante como el apuntado por la mayoría en cuanto la regla de reconocimiento del Derecho británico no sufrió alteración alguna. De este modo, el Derecho de la UE no sería una fuente del Derecho incorporada a Derecho interno pues su aplicación dependía en exclusiva de la voluntad parlamentaria. Efecto directo o primacía tal y como son formuladas por el Tribunal de Justicia no son principios válidos en sí mismos sino únicamente porque así lo ordena la ECA, en concreto su artículo 2.1. En el análisis de este precepto Lord REED aprecia una estructura condicional. El derecho de la UE es aplicable sólo en cuanto el RU sea miembro de la UE. La membresía no es una decisión del Parlamento, sino una decisión gubernamental en el ejercicio de la prerrogativa regia de dirigir los asuntos exteriores y con ello decidir libremente la suscripción o no de tratados internacionales. Por ello, la ECA lo que viene a prever es que mientras el RU sea parte de la UE, el Derecho de ésta será parte del Derecho nacional. Pero cuando tal condición (la membresía) deje de producirse, dicho Derecho dejará de aplicarse. Así planteado sólo queda determinar si la decisión de pertenecer a una organización internacional como la UE ha sido asumida por el Parlamento legalmente, puesto que en caso contrario, dada la naturaleza residual de los poderes que componen la prerrogativa regia, deberá considerarse que la decisión de abandonar la UE pertenece al ámbito de competencias del ejecutivo. Así, el juez disidente critica a la mayoría cuando deriva del silencio de las sucesivas leyes una retirada al gobierno del poder de abandonar una organización internacional. Al contrario, en ausencia de expresa voluntad parlamentaria ese poder de retirada habrá de

---

46. Véanse las numerosas entradas sobre el tema en el blog de la Asociación británica de constitucionalistas en <https://ukconstitutionallaw.org/>: M. Elliot & H.J. Hooper, «Critical reflections on the High Court's judgment in R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union» U.K. Const. L. Blog (7th Nov. 2016); R. Lang, «The Article 50 Litigation and the Court of Justice: Why the Supreme Court Must Refer», U.K. Const. L. Blog (8th Nov 2016); M. Barczentewicz, «The Supreme Court Should Not Refer to the EU Court of Justice on Article 50», U.K. Const. L. Blog (11th Nov 2016); S. Douglas-Scott, «Miller: Why the Government Should Still Lose in the Supreme Court (even with new arguments)», U.K. Const. L. Blog (15 Oct 2016); J. Jowell and N. Patel, «Miller Is Right», U.K. Const. L. Blog (15th Nov 2016); R. McCrea, «Arguing that Article 50 Notification Is Reversible Involves Risks for the Government», U.K. Const. L. Blog (15th Nov 2016); A. Georgopoulos, «(Un)Crossing the Rubicon: Why the Supreme Court Should Not Refer a Question Regarding the Revocability of Article 50 to the ECJ», U.K. Const. L. Blog (17th Nov 2016); F. de Cecco, «Miller, Article 50 Revocability and the Question of Control», U.K. Const. L. Blog (17th Nov 2016); S. Smismans, «About the Revocability of Withdrawal: Why the EU (Law) Interpretation of Article 50 Matters», U.K. Const. L. Blog (29th Nov 2016).

ser considerado parte de la prerrogativa regia y con ello la notificación prevista en el art. 50.1 TUE no requerirá ningún tipo de intervención parlamentaria.

Lord CARNWATH, por su parte, acepta con carácter general las posiciones expresadas en el voto particular recién resumido si bien acentúa la naturaleza política de la constitución británica. A su juicio en el proceso de salida de la UE hay que tener en cuenta la lógica de la división de poderes y sobre todo el principio constitucional básico de la responsabilidad política del gobierno ante el Parlamento<sup>47</sup>. La notificación gubernamental de salida de la UE no precluye la actuación de este principio, ni la necesaria actuación posterior del Parlamento a través de la *Great Repeal Bill*. A su entender, el proceso implica un permanente consorcio (*partnership*) entre parlamento y ejecutivo. Pero eso no implica que sea necesaria una ley simplemente para iniciarlo. Las leyes serán necesarias para implementar la retirada. El Parlamento si así lo desea podrá establecer la forma y los pasos a seguir en el proceso. Pero si no lo hace, y no lo ha hecho, su voluntad no debe ser sustituida por los Tribunales exigiendo su participación.

Vista la solución adoptada pareciera que la constitución británica ha operado plenamente en el caso objeto de la controversia. Incluso lo habría hecho de una forma muy peculiar y eficaz. La distribución horizontal de poderes ha sido salvaguardada mediante la acción de un particular. Ni siquiera el Parlamento ha tenido que intervenir para defender sus poderes. Se ha evitado la concentración de poderes en el ejecutivo. Y, sobre todo, se ha impedido que una decisión extremadamente importante desde el punto de vista constitucional sea adoptada por el gobierno en lugar de por el poder soberano británico: el *King in Parliament*. El problema es que posiblemente todo este proceso haya resultado meramente formal. De nuevo el *espectro* de la *political constitution* británica aparece.

Hace 150 años, en 1867, sir Walter BAGEHOT<sup>48</sup> describía el *efficient secret* de la constitución británica: *the close union, the nearly complete fusion of the executive and legislative powers*. Esta casi completa fusión entre ejecutivo y legislativo como rasgo específico de la constitución británica ha puesto de manifiesto la desnudez de esta ante el proceso retirada de la UE. Ya DOUGLAS-SCOTT<sup>49</sup> advertía, antes de la sentencia, que el Parlamento solo es soberano en cuanto ejercita la potestad legislativa, estando sometido al Gobierno en muchos otros aspectos.

47. Sobre el contenido y alcance de este principio en el constitucionalismo británico (muy distinto al español) en castellano puede verse R. BUSTOS GISBERT, *La responsabilidad política del Gobierno: ¿realidad o ficción?*, Madrid, COLEX, 2001

48. W. BAGEHOT, *The English Constitution*, Londres, 1ª edición, 1867, pp. 8-9, accessible en <http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bagehot/constitution.pdf>

49. S. DOUGLAS-SCOTT, «Brexit, Article 50 and the Contested British Constitution», citado, pp. 1032. La autora justificaba así la necesaria intervención legislativa antes de la puesta en marcha del proceso porque nada aseguraba que el Parlamento pudiera intervenir después o si, produciéndose la intervención esta no se limitaría a un «lo tomas o lo dejas» sobre el acuerdo finalmente alcanzado. A pesar de la sentencia, como se expone en el texto, esto es lo que finalmente ocurrió en la práctica.

En efecto, si analizamos los hechos posteriores a la sentencia, observamos que el resultado final ha sido muy similar al que se habría producido si nunca se hubiera dictado. El gobierno británico remitió a la Cámara de los Comunes un proyecto de ley que fue tramitado con inusitada rapidez y aprobado por amplia mayoría con solo la oposición del partido nacionalista escocés, el partido liberal y algunos parlamentarios rebeldes de los partidos conservador y laborista. El *European Union (Notification of Withdrawal) Bill* es un texto extremadamente breve (136 palabras) de solo dos apartados. La ley es una pura autorización al gobierno sin ningún tipo de contenido sustantivo. Las enmiendas propuestas en los Comunes fueron rechazadas claramente y el proyecto pasó a la Cámara de los Lores. Curiosamente, en esta cámara no electiva es donde se produjo una verdadera defensa de la constitución británica en la línea establecida por la Corte Suprema. Dos enmiendas fueron aprobadas. En la primera, aprobada el 1 de marzo de 2017, 358 votos a favor y 256 en contra, establecía que en la negociación de la salida, el Gobierno habría de garantizar los derechos de los ciudadanos europeos y sus familiares legalmente residentes en el RU. La segunda enmienda fue aprobada 6 días después, con 366 votos a favor y 268 en contra, y establecía la obligación de que el acuerdo eventualmente alcanzado con el resto de Estados miembros para el abandono de la UE exigiera la aprobación de las dos cámaras del Parlamento.

Sin embargo, las propuestas de modificación realizadas por la cámara alta fueron rechazadas el 13 de marzo de 2017 por la Cámara de los Comunes. La primera fue rechazada con 331 votos a 283 y la segunda por 335 a 287. El mismo día la Cámara de los Lores decidió no volver a plantear las modificaciones propuestas (274 votos a favor y 135 en contra) y tras la ratificación por la Reina, el 16 de marzo de 2017 entró en vigor la Ley. El texto finalmente aprobado fue el propuesto inicialmente por el Gobierno.

Aunque volveremos sobre la cuestión, merece la pena realizar un breve análisis de los acontecimientos recién descritos. Acontecimientos que dan plenamente la razón a BAGEHOT.

El Gobierno no consiguió ganar el proceso judicial e iniciar la salida de la UE por sí mismo. Se vio, así, obligado a solicitar la autorización parlamentaria mediante un proyecto de ley. Con ello entraba en juego la constitución británica. El procedimiento parlamentario dio la oportunidad a las minorías para intervenir y condicionar la actuación del ejecutivo durante todo el proceso. Pero la disciplina parlamentaria, además en un sistema mayoritario donde el partido vencedor suele contar con una holgada mayoría, impidió toda intervención eficaz. Cualquier enmienda en los comunes que pretendiera limitar la capacidad de decisión del gobierno fue ampliamente derrotada. En un típico giro *marciano*, la constitución británica libró su última batalla precisamente en la cámara más denostada de su sistema (debido a su carácter no electivo). Fue esta cámara aristocrática la que intentó salvaguardar los poderes soberanos del Parlamento, y con ello a la propia constitución británica, mediante la introducción de límites a la prerrogativa regia durante la tramitación y aprobación de la salida del RU de la UE. Pero ese intento fracasó.

Con ello el *sentido constitucional* de la sentencia objeto de comentario se ha perdido. La sentencia pretendía asegurar los poderes del Parlamento en un acto de máxima im-

portancia constitucional. El Parlamento debía intervenir desde el principio en el proceso que se iniciaba. Pero esta intervención tiene sentido si lo es para influir en el mismo. Si implica una auténtica participación. Por ello, la sentencia exigía una participación en forma de ley y no una mera autorización: para garantizar la soberanía del Parlamento en todo el proceso. La *political constitution* del RU sin embargo, ha actuado en sentido contrario. La intervención parlamentaria, a pesar de los intentos de la Supreme Court y de un grupo de viejos e influyentes parlamentarios de ambas cámaras, ha sido en la práctica una mera formalidad y ha concluido con exactamente la misma situación que perseguía el gobierno desde la sustitución del anterior Primer Ministro tras el referéndum: un auténtico cheque en blanco para la negociación y el acuerdo de retirada del RU en la UE. Las palabras de BAGEHOT creo que resuenan aún con fuerza: *A Cabinet is a combining committee - a hyphen which joins, a buckle which fastens, the legislative part of the state to the executive part of the state.*

En definitiva, por tanto, aunque la Corte Suprema aparentemente salvaguardó la división de poderes constitucionalmente establecida impidiendo al ejecutivo realizar por sí mismo un acto de naturaleza constitucional; en la práctica es el ejecutivo el que ha controlado con mano de hierro el proceso hasta ahora y lo seguirá haciendo hasta el final. Como sarcásticamente sostiene ALLOTT<sup>50</sup> respecto a la ley finalmente aprobada: «hemos sido testigos de nuestro primer hecho post-jurídico. Derecho populista. Si mucha gente dice algo jurídicamente incorrecto muchas veces, puede acabar siendo tratado como si fuera correcto. Derecho alternativo». El ropaje constitucional británico sólo formalmente habrá existido. En la práctica no ha sido más que el cuento narrado por ingeniosos sastres.

#### IV. LA DESNUDEZ EN LA DEVOLUTION (DESNUDEZ DESCENDENTE): LA INEFICACIA JURÍDICA DE LAS CONVENCIONES CONSTITUCIONALES GARANTIZADORAS DE LA INTANGIBILIDAD DE LAS COMPETENCIAS

La segunda cuestión planteada en la sentencia fue considerada claramente menor por la Corte y, en general, despertó mucho menos interés tanto en los medios de comunicación como en la doctrina especializada, al menos hasta la sentencia<sup>51</sup>. Sin embargo,

50. P. Allott, «Taking Stock of the Legal Fallout from the EU (Notification of Withdrawal) Act 2017», U.K. Const. L. Blog (2nd Feb 2017) (en <https://ukconstitutionallaw.org/>)

51. Es significativo que, con algunas excepciones como los trabajos de DOUGLAS-SCOTT (citados) y C. HARVEY o K. CAMPBELL (C. Harvey «Northern Ireland's Transition and the Constitution of the UK», U.K. Const. L. Blog (12th Dec 2016), K. Campbell, «How Devolution Has Altered Some Fundamentals of the British Constitution», U.K. Const. L. Blog (20th Jan 2017) (ambos en <https://ukconstitutionallaw.org/>), la vertiente territorial del caso no fuera objeto de mucho estudio y, sin embargo, tras la sentencia se haya convertido en una cuestión muy debatida tanto en lo referente al propio Brexit como a una eventual salida del sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos por sus consecuencias en los Bill of Rights aplicables en Escocia e Irlanda del Norte. Sobre la primera cuestión véanse las entradas en el blog <https://ukconstitutionallaw.org/>: P. Reid, «Time to Give the Sewel Convention Some (Political) Bite?», U.K. Const. L. Blog (26th Jan 2017); E. Velasco

es igualmente importante a los efectos de mostrar la desnudez constitucional británica. El problema planteado, como ya se ha apuntado, afecta a la posición de las instituciones devueltas, en particular los Parlamentos de Irlanda del Norte y Escocia, ante la salida del RU de la UE. La Corte lo resuelve en los párrafos finales de la posición de la mayoría (parr. 126 a 151).

Comienza poniendo de manifiesto que buena parte de las cuestiones planteadas ya han sido resueltas al establecer la obligación de la intervención parlamentaria, mediante ley, en la notificación que pone en marcha el proceso previsto en el art. 50 TUE. Recuerda igualmente que la materia «relaciones exteriores» no ha sido devuelta a las instancias regionales. De este modo las legislaturas devueltas no tienen una competencia paralela a la del Parlamento británico respecto a la retirada de la UE. La retirada supondrá, por otra parte, una transferencia masiva de poderes hacia las instituciones descentralizadas en cuanto que *recuperarán* las competencias hasta ahora ejercidas por la UE que afectaban a materias devueltas.

Siendo este el punto de partida, el problema subsistente es el relativo a si el Parlamento británico puede adoptar una decisión que va a afectar a las materias que han sido transferidas a las instancias descentralizadas sin contar con ellas. El problema conduce inmediatamente a la aplicabilidad de la llamada *Convención Sewell*. Esta convención era el medio que aseguraba la cooperación entre los parlamentos en las competencias legislativas superpuestas o discutidas. En todos los acuerdos de devolución, incluidos después en las leyes de *devolution*, el Parlamento del RU ha mantenido su soberanía. Por ello, su poder para legislar en cualesquiera materias sigue existiendo<sup>52</sup>. Para evitar que tal cosa pueda generar un vaciamiento progresivo y unilateral de las competencias legislativas devueltas se acuñó la recién citada convención en virtud de la declaración de Lord Sewell, Ministro de Estado de la Scotland Office, durante la tramitación de la Scotland Bill en 1998 en la cámara alta: «esperamos que se establezca una convención en virtud de la cual Westminster normalmente no legislará respecto a las materias devueltas a Escocia sin el consentimiento del Parlamento Escocés» (reproducido en el parr. 137 de la sentencia). La convención fue posteriormente incluida en los Acuerdos de Intenciones suscritos por el gobierno británico con los ejecutivos devueltos. Este consentimiento se articula como una moción propuesta por el gobierno descentralizado ante la legislatura devuelta. En la práctica, constata la Suprema Corte, la Convención se ha aplicado regular y correctamente.

---

and C. Crummey, «The Reading of Section 28(8) of the Scotland Act 1998 as a Political Convention in Miller», U.K. Const. L. Blog (3rd Feb 2017); A. Welikala, «The Need for a “Cartesian Cleaning of the Augean Stables”? Miller and the Territorial Constitution», U.K. Const. L. Blog (7th Feb 2017); J. Atkinson, «Parliamentary Intent and the Sewel Convention as a Legislatively Entrenched Political Convention», U.K. Const. L. Blog (10th Feb 2017). Respecto a la interacción con la cuestión de los derechos, vid. T. Lock and T.G. Daly, *Brexit and the British Bill of Rights: Capturing Constitutional Complexity*, U.K. Const. L. Blog (13th Feb 2017) y D. Scott, «Miller, Sewel, and the Human Rights Act», U.K. Const. L. Blog (8th Feb 2017)

52. Art. 5.6 *Northern Ireland Act*; art.28.7 *Scotland Act*, art. 107.5 *Wales Act*.

Pero, continúa el Tribunal, se trata de una convención constitucional. Las convenciones no pueden ser aplicadas por los tribunales. Las reglas estatutarias (legislación primaria y escrita) y el *common Law* son normas jurídicas y su eficacia está garantizada por los tribunales. Pero tal garantía no existe para la ruptura de las reglas convencionales. Estas dependen de la aceptación por parte de los actores encargados de aplicarlas. Si no lo hacen, no puede acudir a los Tribunales para que las impongan. La sanción por la no observancia de una convención constitucional es política. Puede llevar a una derrota electoral. Pero no puede llevar a una condena judicial porque no tienen naturaleza jurídica.

Los intentos de hacerlas efectivas ante los tribunales han sido, a juicio de la Corte, infructuosos porque estos no son ni los *padres* ni los *guardianes* de las convenciones, sino meros observadores. Pueden reconocer su existencia, pero no pueden tomar decisiones ni sobre su funcionamiento, ni sobre su funcionalidad porque pertenecen al mundo político y no al jurídico<sup>53</sup>.

La Corte, sin embargo, encuentra una dificultad añadida porque debido a la naturaleza evolutiva de la *devolution*, la convención Sewell ha sido reconocida legalmente (artículo 2 de la *Scotland Act* de 2016 y, con posterioridad a la sentencia, en la *Wales Act* 2017). Para el Tribunal, sin embargo, el Parlamento no ha pretendido convertir la convención en una regla jurídica que pueda ser interpretada ni, menos aún, aplicada por los tribunales. Es simplemente el reconocimiento de lo que realmente es: una convención política. Y ello como consecuencia de las palabras del texto legal: «se reconoce» y «normalmente no legislará». A su juicio el Parlamento habría escogido unas palabras muy diferentes si lo que hubiera querido era establecer una obligación jurídica de contar con el consentimiento de las legislaturas devueltas y con ello convertir en jurídica lo que hasta entonces era una obligación política<sup>54</sup>.

Con esta conclusión, termina el Tribunal, no se pretende subestimar la importancia de las convenciones constitucionales que resultan esenciales para el funcionamiento de la constitución británica. Lo que pretende poner de manifiesto es que tales convenciones no afectan a la labor de los tribunales cuyo papel es la protección del *Rule of Law* y no de las reglas establecidas por los actores políticos.

---

53. La posición expuesta en el texto es sustancialmente aceptada en la doctrina británica. El tema de las convenciones constitucionales en el RU resulta apasionante para el jurista continental. Sobre la cuestión son de obligada referencia Jennings, I. *The Law and the Constitution*, University of London, Londres, 1959, Munro, C.R. «Laws and Conventions Distinguished» *Law Quarterly Review*, 1975, vol. 91; Marshall, G. *Constitutional Conventions: the Rules and Forms of Political Accountability*, Clarendon Press, Oxford, 1984; Brazier, R. «The non-legal Constitution: Thoughts on Convention, Practice and Principle»; *Northern Ireland Legal Quarterly*, 43, 1992. Entre ellos es JENNINGS quien más defiende el carácter jurídico y por tanto vinculante de las convenciones por contraposición a la más restrictiva posición de DICEY (vid., pp. 66 y ss. esp. 74)

54. En sentido contrario se pronunciaba DOUGLAS-SCOTT quien sostenía que la ausencia de petición de consentimiento a las legislaturas devueltas sería una violación de la ley y de la convención y, por ello, debían ser exigibles. S. DOUGLAS-SCOTT, «Brexit, Article 50 and the Contested British Constitution», citado, p. 1039.

La sentencia afrontó y resolvió una de las cuestiones clásicas de la división vertical de poderes: la posición de las entidades descentralizadas frente al ejercicio del poder exterior del Estado por parte de las autoridades centrales. En otro lugar ya destacamos hace tiempo que ésta era una cuestión clave, pues el ejercicio del poder exterior ha de ser unitario para garantizar su eficacia y a la vez la intensificación de las relaciones internacionales implicaba un progresivo desapoderamiento de los poderes descentralizados<sup>55</sup>. En el caso británico, curiosamente, el ejercicio de este poder ordenando la salida de la UE no supondrá un desapoderamiento, sino un incremento de poderes regionales. Frente a esta situación las opciones constitucionales posibles son limitadas.

La primera puede ser la exigencia de consentimiento expreso de los entes territoriales políticamente descentralizados cuando sus competencias puedan verse afectadas como consecuencia del ejercicio del poder exterior del Estado. Era la opción que podría haberse deducido de haber otorgado valor jurídico vinculante a la convención Sewell, pero tal cosa no se ha hecho en la sentencia y, posiblemente, tampoco podría haberse reconocido sin romper el principio de soberanía parlamentaria. Es más, tal opción era inviable en la práctica en la medida en que supone subordinar la acción exterior del Estado a la voluntad de una de sus partes. De hecho, no existe esta opción, excepto en casos limitados por la materia afectada, en Derecho comparado y allí donde existe alguna previsión general en este sentido, no tiene eficacia en la práctica<sup>56</sup>.

Una segunda opción era la formulada por Nicola STURGEON, y otros líderes escoceses durante las discusiones precedentes a la convocatoria del referéndum, a favor de la exigencia de una cláusula de doble mayoría en virtud de la cual solo podría acordarse la salida del RU de la UE si obtenía el voto favorable tanto del Reino Unido como de Escocia (y de Irlanda del Norte y Gales). La opción fue claramente rechazada por el Primer Ministro con el argumento de que la decisión sobre la permanencia o no del RU en la UE dependería de la voluntad del RU en su conjunto<sup>57</sup>. Con ello se adopta una determinada visión *centralista* de la *devolution* que parece ser claramente mayoritaria frente a quienes la conciben como el resultado de una Unión de Estados<sup>58</sup>. El problema se planteará con

---

55. *Relaciones Internacionales y Comunidades Autónomas*, CEPC, Madrid, 1996, especialmente, pp. 372 y ss. El asunto se resuelve, aunque no sea muy satisfactorio, con la reserva al Estado solo de lo que se denomina el «núcleo duro» de las relaciones internacionales (Representación exterior, *Ius ad Tractatum*, responsabilidad internacional y dirección de la política exterior), por una parte; y con el reconocimiento del derecho a la participación de las entidades regionales en las decisiones que les afectan de acuerdo con los mecanismos constitucionalmente previstos.

56. Como podría ser el caso del art. 20.3 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, nunca impugnado pero tampoco nunca utilizado para limitar en modo alguno el poder exterior español.

57. El argumento fue rechazado por el Primer Ministro en una alocución ante la Cámara de los Comunes en octubre de 2014 sosteniendo que «Somos un Reino unido, habrá un referéndum y se decidirá por la mayoría de los que voten. Así es como las reglas deberían funcionar». Hansard, Commons Debates, 29 octubre de 2014, Cm 301. Sobre el argumento de la doble mayoría puede consultarse también J. M. CASTELLA, «El referéndum sobre el Brexit», citado, p. 325.

58. Las dos posiciones y la defensa de la segunda puede consultarse en S. DOUGLAS-SCOTT, «Brexit, Article 50 and the Constested British Constitution», citado, pp. 1035 a 1037.

toda su crudeza cuando en el resultado final del referéndum una clara mayoría de los escoceses (y los irlandeses del Norte) se pronunciaran a favor de la permanencia.

Una tercera opción sería la típica de los Estados federales recogiendo lo que LA PERGOLA denominó los *residuos contractuales* en los Estados federales<sup>59</sup>. Estos residuos se plasmarían en las decisiones más relevantes de un Estado federal. Aquellas que pudieran alterar el pacto federal presente en el origen de los Estados federales. Los *residuos* se concretan no en un consentimiento individualizado y unánime, sino en un consentimiento indirecto mediante la exigencia de mayoría cualificada de los Estados. Entre estos residuos se encontraría, por supuesto, la participación de los Estados miembros de las federaciones en la reforma constitucional o, en lo que a nosotros interesa en estas páginas, la participación cualificada de la Cámara de representación territorial en la ratificación de tratados internacionales. De este modo, la intervención de las entidades territoriales en el ejercicio del poder exterior del Estado se realiza a través de los senados como fórmula de *consent* indirecto pero relevante (recuérdese que la mayoría para la ratificación de un *Treaty* según la constitución norteamericana es de 2/3 del Senado y que la ratificación de los tratados UE en el caso de la República Federal Alemana requiere la intervención del Bundesrat según el art. 23 GG).

El RU no es un Estado federal. Carece, además, de cámara de representación territorial. Ni siquiera contiene una constitución que garantice la intangibilidad de las competencias. Por ello, la vía del *consent* a través del parlamento nacional es también inviable.

Por ello, si la autorización expresa e individualizada de las entidades territoriales está vedada y tampoco es posible la participación en una cámara de representación de las entidades descentralizadas, la constitución territorial del RU también está desnuda ante la retirada de la UE.

La Corte Suprema, pese a reconocer en el párrafo 40 de la sentencia que la constitución británica se compone también de convenciones, no les otorga valor jurídico. No constituyen un límite jurídico al poder. En ausencia de cámara de representación territorial el único límite a los poderes centrales cuando ejercen el poder exterior afectando las competencias descentralizadas era la convención Sewell. Y esta no es aplicable jurídicamente y no se utilizó políticamente. La desnudez constitucional de la devolution en este caso es evidente desde el punto de vista jurídico. Las convenciones constitucionales son un *traje jurídicamente transparente*<sup>60</sup>.

Por su parte, la *political constitution* se ha puesto inmediatamente en marcha. Al menos en Escocia. Efectivamente, la reciente petición de la Primer Ministro escocesa de un nuevo referéndum sobre la independencia escocesa, tras la decisión de comenzar el proceso de retirada de la UE, puede interpretarse como el intento de uno de los actores básicos de la convención de responder a su incumplimiento por parte del Parlamento

59. A. LA PERGOLA, *Residui «contrattualistici» e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Milán 1969.

60. Indudablemente este es el motivo por el que se ha despertado el interés doctrinal destacado en una nota anterior solo con posterioridad a la sentencia.

británico<sup>61</sup>. Pero este tema nos introduce en el último de los apartados de este ensayo y que se centra sobre todo en esa *political constitution* que a lo largo del texto ha ido apareciendo y desapareciendo entremezclada con las consideraciones propiamente jurídicas de la sentencia que comentamos.

## V. LA DESNUDEZ EN EL GOBIERNO REPRESENTATIVO (LA DESNUDEZ PARLAMENTARIA): REFERÉNDUM Y SOBERANÍA PARLAMENTARIA

Según se avanza en la lectura de la sentencia cuyo comentario centra estas páginas, se tiene la sensación de que algún aspecto esencial se está escapando del análisis del tribunal. Ese aspecto perdido, no afrontado claramente en ningún momento, es el propio referéndum que acordó la salida del RU de la UE. Referéndum que, a nuestro juicio, es la clave de bóveda de todos los problemas constitucionales y que, a la postre, es el que va a demostrar la desnudez constitucional británica.

La Corte Suprema deja claro desde el principio de su sentencia que no le corresponde decidir la salida o no del RU de la UE. Esa decisión ya ha sido tomada. No corresponde, sostendrá el Tribunal, a los jueces decidir sobre la sabiduría o de la decisión de salida (parr. 3). Por ello, la Corte claramente excluye cualquier análisis del referéndum hasta el final de su decisión. Efectivamente, después de haber construido todo el argumento constitucional y de haberlo aplicado a la división de poderes horizontal de la constitución británica, la Supreme Court se ve en la obligación de dedicar unos pocos párrafos a la cuestión del referéndum (parrs. 116 a 125) para poder cerrar la parte de su sentencia dedicada a la extensión de la prerrogativa regia. Aprovecha para ello la alegación por parte del Fiscal General de que los límites a la prerrogativa regia no deberían aplicarse a las decisiones adoptadas en un referéndum aprobado por el Parlamento.

Comienza la Corte recordando el carácter novedoso del referéndum en el ordenamiento constitucional británico. De hecho sólo se han celebrado tres a escala nacional (1975, sobre la pertenencia a las Comunidades Europeas; 2011, sobre ciertas modificaciones en las normas electorales y 2016, sobre abandono de la UE) a los que habría que sumar los celebrados en el marco de la *devolution* en las regiones afectadas y el relativo a la independencia de Escocia en 2014. Para que pueda celebrarse un referéndum se requiere necesariamente la aprobación del parlamento británico según establece la *Political Parties, Elections and Referendums Act* de 2000. Esto es, la celebración de un referéndum requiere la aprobación de una ley específica de convocatoria. En dicha ley se fijan, en su caso, los efectos de los eventuales resultados de la convocatoria. Pero, ni la ley de 1975 convocando el referéndum para la permanencia en las Comunidades Europeas, ni la de 2015, convocando el referéndum del Brexit, previeron específicamente ningún efecto (no así la ley de convocatoria del referéndum de 2011 donde los efectos

61. Con ello se da origen a una crisis constitucional y al renacimiento del debate sobre la independencia que ya preveía DOUGLAS-SCOTT si la visión unitarista de la *devolution* se imponía y los escoceses votaban en sentido diferente al británico. Vid., S. DOUGLAS-SCOTT, «Brexit, Article 50 and the Contested British Constitution», citado, pp. 1038 y ss.

estaban claramente establecidos). El referéndum así convocado sólo puede tener, a juicio del Tribunal, naturaleza política. Nunca jurídica. Por tanto, no podía considerarse vinculante.

Al no estar expresamente previsto efecto jurídico alguno en la ley de convocatoria del referéndum, éste por sí mismo no produce ningún cambio en el ordenamiento. Ni siquiera en la distribución de poderes entre ejecutivo y legislativo. Eso no significa que carezca de efectos. Significa que su fuerza es política y no jurídica en tanto el Parlamento no diga nada al respecto. En tal sentido recuerda<sup>62</sup>, para concluir, cómo el *Select Committee* de asuntos constitucionales de la *House of Lords* sostuvo: «Debido a la soberanía del Parlamento, los referéndums no pueden ser jurídicamente obligatorios en el Reino Unido y son, por lo tanto, consultivos. Sin embargo, sería difícil para el Parlamento ignorar una expresa toma de posición de la opinión pública». Afirmación confirmada por el gobierno: «El gobierno está de acuerdo con esta recomendación. Bajo el marco constitucional del Reino Unido, el Parlamento debe ser el responsable para decidir si debe o no tomar decisiones en respuesta al resultado del referéndum»<sup>63</sup>.

Abundará en parecidos argumentos en su voto particular Lord HUGHES cuando sostiene que está claro que nadie sugiere que el referéndum pueda, por sí mismo, tener efecto jurídico. El resultado del referéndum, continúa, tiene sin duda un enorme impacto político, pero no tiene ningún efecto jurídico.

Este planteamiento es perfectamente respetuoso de la ortodoxia constitucional británica. La soberanía reside en el Parlamento. Por ello, un referéndum solo tiene los efectos que el propio poder soberano, el Parlamento, le reconozca. Y aún esos efectos no derivarán de la voluntad expresada directamente por el pueblo al participar en la consulta, sino de la voluntad parlamentaria de dar validez a ese resultado. Efectos que, por otra parte, no vincularán totalmente al Parlamento que siempre podría volver sobre sus pasos y derogarlos mediante la expresa abrogación de la ley de convocatoria del referéndum. De este modo la consulta popular tiene, por naturaleza, siempre carácter consultivo y nunca vinculante.

El problema es la vacuidad de este argumento. Lo dicen los Lores con la habitual ironía de las islas: «sería difícil que un Parlamento» contradijera el resultado de un referéndum. Sostiene con acierto BOGDANOR<sup>64</sup> y, con él la mayoría de la doctrina británica, que los referéndums se han convertido en parte de la constitución británica, pero nadie

62. Párrafo 125. Se refiere al *12th Report of Session 2009-10 of the House of Lords Select Committee on the Constitution (Referendums in the UK)*; en concreto al párrafo 197.

63. También citado en el párrafo 125 de la sentencia, como la Respuesta del Gobierno al informal y como aparece en el *Committee's Fourth Report of Session 2010-2011*.

64. V. BOGDANOR, «Conclusions», en V. BOGDANOR (ed), *The British Constitution in the Twentieth Century*, Oxford, 2003, pp. 695 y ss. El autor, desarrolla su posición entendiendo que el referéndum está convirtiéndose en un instrumento esencial cuando se trasladan competencias legislativas a otras instituciones (la UE o los Parlamentos devueltos) dando quizás origen a una nueva concepción de la Constitución británica alejada de la pura soberanía parlamentaria. Hemos tratado esta aproximación en *La Constitución Red*, citado, pp. 117 y ss.

sabe muy bien cuál es su posición<sup>65</sup>. Pero, efectivamente, *Brexit means Brexit*. No hay gobierno, ni Parlamento que pueda oponerse a la voluntad expresada libremente por el pueblo británico. El referéndum para salir de la UE tiene, concluye GORDON, una *autodad constitucional* indiscutible<sup>66</sup>.

Resulta enormemente ilustrativa al respecto la intervención de dos grandes personalidades parlamentarias del Partido conservador durante la tramitación de la ley de retirada de la UE. En primer lugar, resulta brillante (y hasta cierto punto enternecedora) la intervención en la cámara de los Comunes de Kenneth Clarke (ex Chancellor of the Exchequer, Exministro de Sanidad; Ex Ministro de Educación y ex Lord Chancellor, puestos desempeñados entre 1990 y 2012 y miembro de la Cámara de los Comunes desde 1970) defendiendo el derecho del Parlamento a oponerse a la decisión del referéndum, así como su libertad para buscar (con expresa cita a Edmund BURKE) el interés de la comunidad<sup>67</sup> que en última instancia le llevó a oponerse parlamentariamente al Brexit y ser amplísimamente derrotado. El segundo caso digno de ser reseñado es el de Michael Heseltine. La larguísima trayectoria política de Lord Heseltine (miembro de la cámara de los Comunes desde 1966 a 2001 y después miembro de la cámara de los Lores, ministro en diversos puestos del gobierno Thatcher y la persona que provocó su cese y sustitución por John Mayor que le nombró Deputy Prime Minister) le convierten en una de las figuras indiscutidas del Partido Conservador. Unos días antes de la aprobación de la primera enmienda a la *European Union (Withdrawal) Bill* aceptada en la Cámara de los Lores, publicó un demoledor artículo<sup>68</sup> en el *Daily Mail* y. Con ello lideró la rebelión de los lores conservadores en aras de, según las intenciones del líder británico, salvaguardar la posibilidad de que el Parlamento pudiera adaptarse a las cambiantes situaciones de una futura negociación sin sentirse totalmente vinculado por el referéndum. El resultado es conocido. La enmienda fue posteriormente eliminada por la cámara de los Comunes y el propio Heseltine fue cesado por la Primer Ministro de su puesto de asesor del Gobierno. Justo al día siguiente de la aprobación de la enmienda por él defendida en su artículo<sup>69</sup>.

65. En tal sentido S. DOUGLAS-SCOTT, «Brexit, Article 50 and the Constested British Constitution», citado, p. 1020.

66. Como sostiene M. GORDON («Brexit: a Challenge for the UK Constitution, of the UK Constitution», pp. 415-416) se trata de un referéndum convocado a petición del Parlamento, sobre la base de un compromiso manifiesto de un gobierno electo; el resultado fue ajustado pero claro y con una alta participación (72.2%, participación superior a cualquier elección general desde 1992 y muy superior al 64.6% de participación en el referéndum de 1975).

67. HC, 31 de enero de 2017, Vol 620, cmn 828 a 831. La intervención puede verse en su totalidad en [https://www.youtube.com/watch?v="6AegxZePiYs"](https://www.youtube.com/watch?v=) (visitado por última vez el 30 de marzo de 2017).

68. «My Brexit fight back starts here», *Daily Mail*, 26 de febrero de 2017. Puede consultarse en <http://www.dailymail.co.uk/debate/article-4260424/My-Brexit-fightback-starts-MICHAEL-HESELTINE.html> (visitado por última vez el 30 de marzo de 2017)

69. Se trata de la aplicación de la doctrina de la responsabilidad política del gobierno que exige la unidad gubernamental en las votaciones de los parlamentarios. Heseltine, en su trayectoria política ha tenido bastantes problemas con esta regla convencional lo que le llevó al enfrentamiento con Margaret Thatcher primero, y, finalmente, con Theresa May. Sobre la regla de la

Dos viejos e influyentes parlamentarios del partido en el gobierno (entre ambos acumulan casi 100 años de experiencia parlamentaria en Westminster) defendieron con convincentes argumentos la soberanía parlamentaria y con ella la posibilidad de que el Parlamento pudiera aprovechar la oportunidad dada por la Supreme Court de intervenir en el proceso de notificación de la salida del RU de la UE. El resultado es conocido y su derrota solo puede calificarse de total. Derrota que debería resultar particularmente sorprendente si tenemos en cuenta que antes de la celebración del referéndum la mayoría parlamentaria a favor de la permanencia en la UE era de  $\frac{3}{4}$  partes de la Cámara baja. Como señala con ironía en su alocución Kenneth Clarke, resulta espectacular la enorme cantidad de conversos que el referéndum generó en el parlamento británico.

A estas alturas del ensayo, la explicación es obvia. La conversión se produce porque el pueblo inglés habló con claridad y tomó la decisión política de fondo. Pero la pregunta que un constitucionalista debe hacerse es también obvia. ¿Cómo puede mantenerse simultáneamente la obligación política de respetar el resultado del referéndum con la soberanía del Parlamento como principio constitucional esencial del Reino Unido?

Esta pregunta nos introduce en la verdadera cuestión de fondo. La constitución británica no se asienta en la soberanía popular, sino en la soberanía parlamentaria<sup>70</sup>. Por eso no se articula jurídicamente en un cuerpo escrito de normas jerárquicamente superiores adoptado en un momento de ruptura histórica de una comunidad política constituida en un poder constituyente popular democráticamente movilizad. Se asienta en la voluntad parlamentaria que constituye, como con toda claridad sostiene la Supreme Court, la *regla de reconocimiento* de su ordenamiento jurídico. Por eso la posición del referéndum en la constitución británica dista de estar clara y genera graves problemas.

Desde el punto de vista de la constitución *jurídica* del Reino Unido no se ha producido modificación alguna. Pero la introducción del referéndum supone un cambio esen-

---

unidad y sobre los problemas de Heseltine en el Gobierno Thatcher véase R. BUSTOS GISBERT, *La responsabilidad política: ¿realidad o ficción?*, citado, pp. 80 y ss.

70. Eso no significa que en la historia constitucional británica las ideas de soberanía parlamentaria y soberanía popular no hayan estado presentes. Es más, existe una relación difícil en la cultura política británica entre ambas formas de entender la soberanía (WELLINGS & VINES, citado, p. 312). Así para RIDLEY («The British Constitution: A Dangerous Case of the Emperor's Clothes», citado pp. 344 y ss.) el RU nunca desarrolló la idea de soberanía popular en términos constitucionales. Sí en términos políticos, pero no es lo mismo. La construcción política permite concluir que el electorado elige al gobierno, pero no basa o fundamenta el orden del gobierno. Si nos preguntamos de dónde proviene el poder en UK, la respuesta es del Parlamento. No del pueblo. Y ello por motivos fundamentalmente históricos derivados de la revolución de 1688. El momento fundacional británico es 1688 y no es el que las democracias calificarían como una adecuada fundación de las constituciones. De este modo, lo cierto es que la línea representada por BURKE-BAGEHOT-BIRCH en cuanto teóricos británicos del sistema representativo es mucho más fuerte que cualquier otra aproximación al problema, si bien puede apreciarse una diferente aproximación en Escocia en cuanto en esta región el titular de la soberanía es claramente el pueblo y no el Parlamento escocés (WELLINGS & VINES, *ibidem*, pp. 312-313 o DOUGLAS-SCOTT, citado, pp. 1035 y ss).

cial de la constitución *política*. La *political constitution* sigue un camino totalmente contrario a la *legal constitution* y la vacía de sentido material. Puede seguir sosteniéndose que las normas jurídico-constitucionales se han respetado con la intervención parlamentaria. Pero esto solo es cierto si el análisis es exclusivamente formal. Desde un punto de vista sustantivo lo cierto es que, por parafrasear a los propios lores, sería muy difícil (¿imposible?) que un Parlamento no siguiera la voluntad expresada en un referéndum por el pueblo británico. Y si esto es cierto, ¿podemos afirmar que la soberanía sigue residiendo en el Parlamento?. La tensión entre los instrumentos de la democracia representativa y los de la democracia directa en un sistema sin constitución escrita tiene una difícil respuesta<sup>71</sup>.

Más preguntas se suscitan como consecuencia de este problema. En particular desde la perspectiva británica debemos tener claro que la cuestión de la titularidad de la soberanía está resuelta si es parlamentaria. El titular de la soberanía es sin duda el Parlamento británico. Pero la cuestión no tiene por qué ser tan clara si la titularidad de la soberanía se sitúa en el pueblo. ¿Qué pueblo es el sujeto de una eventual soberanía popular?. ¿El pueblo del Reino Unido o los pueblos de las naciones que lo componen?. Esta pregunta está también resuelta en los países con constitución escrita. Pero no en el Reino Unido en la medida en que este es consecuencia de la Unión de Estados preexistentes que o bien ya se han pronunciado sobre su independencia (Escocia) o bien en sus normas constitucionales básicas se prevé la posible secesión por incorporación a otro Estado (Irlanda del Norte). En tal sentido es destacable que el resultado en esos dos territorios fue claramente favorable a la permanencia en la UE. Y por ello no resulta sorprendente que el Parlamento escocés haya solicitado a la Primer Ministro del gobierno devuelto que negocie un nuevo referéndum de independencia. Es, simplemente, una consecuencia natural del resultado del referéndum unido al nulo papel conferido a los parlamentos devueltos en el proceso de secesión de la UE como consecuencia de la ineficacia de la Convención Sewell. Resulta, además, especialmente simbólico que esa autorización se produjera justamente el día antes de que la premier británica suscribiera la carta con la notificación del inicio del proceso de retirada del RU de la UE.

Sea como fuere, el referéndum y todo el proceso posterior muestran cómo la constitución británica aparentemente no está funcionando como un verdadero sistema de control del ejercicio de poderes. Ni siquiera la *political constitution* está actuando con la eficacia adaptativa y flexible que se le suponía. Es posible, como se pregunta GORDON<sup>72</sup>, que la *political constitution* se haya visto *aplastada* por la política. El constitucionalismo británico, junto a los retos que hemos tratado de poner de relieve al hilo del comentario a la sentencia Miller, afronta, a nuestro entender, el más importante: compatibilizar la

71. En el mismo sentido se pronuncia a lo largo de su trabajo, J.M CASTELLÀ «El referéndum sobre el Brexit», citado.

72. M. GORDON, «Brexit: a Challenge for the UK Constitution, of the UK Constitution», pág. 435. El autor, pese a todo, no cree que ese efecto se haya producido sino que más bien al contrario la *political constitution* está mejor equipada para resolver los desafíos planteados que ninguna otra constitución escrita (*ibidem*, pp 437-439). Sin embargo, de momento los hechos no le están dando la razón, comenzando por la intervención de los tribunales y acabando con el nulo papel político real desarrollado por el Parlamento

soberanía del Parlamento con la eficacia política casi absoluta de instrumentos de democracia directa como el referéndum, poniendo con ello de manifiesto la tensión entre soberanía parlamentaria y soberanía popular que, en un sistema sin constitución escrita<sup>73</sup>, deviene irresoluble sobre todo en la medida en que no existen normas que puedan canalizar los cambios constitucionales<sup>74</sup>.

## VI. REFLEXIÓN FINAL: EL EMPERADOR ESTÁ DESNUDO (PERO YA LO ESTABA ANTES)

Hasta aquí el comentario a la Sentencia de la Supreme Court. Las cuestiones planteadas no son más que las generadas en la primera fase de un proceso que muy posiblemente sea largo. Quizás la constitución del RU recupere fuerza normativa y/o política durante el mismo. Si así es mostrará todavía su capacidad para vestir adecuadamente al Emperador. Por ello, hasta que el proceso no termine, buena parte de las afirmaciones realizadas en este comentario han de considerarse provisionales y sometidas a la posible prueba en contrario.

Sin embargo, algunas reflexiones sí pueden hacerse a estas alturas que puedan resultar de interés no solo para el constitucionalismo británico.

La primera es la indudable dificultad de compatibilizar la Constitución en cuanto norma jurídica suprema limitadora del poder con el uso del referéndum incluso aunque se le confiera un carácter consultivo. La experiencia británica quizás aconseje especial cuidado en el uso de este instrumento en un momento en que sus defensores parecen crecer en todo el continente europeo, en general, y en España, en particular.

Someter a una decisión binaria cuestiones complejas plantea problemas que la experiencia británica pone de relieve. La decisión política básica está tomada: abandonar la Unión. Pero cómo, con qué límites, qué contrapartidas, qué grado de control parlamentario, qué intervención de los territorios devueltos, qué hacer con los territorios mayoritariamente favorables a la permanencia... son todas cuestiones abiertas que el referéndum no responde por mucho que el mantra (*Brexit means Brexit*) siga siendo repetido. Aún más, aparentemente en el RU la primera ministra y el gobierno se han convertido en una suerte de guardianes directos de la voluntad popular expresada en el referéndum. Es el ejecutivo el que pretende rellenar esas lagunas decisivas dejadas por el uso de este instrumento de democracia directa. No es una reacción desconocida, pero no por ello deja de ser paradójica y peligrosa simultáneamente. La reciente convocatoria de elecciones no hace sino poner de relieve el intento de la Primer Ministro de acrecentar su control sobre el Parlamento apoyándose en su role de depositaria de la voluntad expresada en el referéndum.

73. En tal sentido son muy interesantes los comentarios de V. BOGDANOR, «Imprisoned in a Doctrine», citado, pp. 188-189 o el examen prospectivo de M. GORDON, «Brexit: a Challenge for the UK Constitution, of the UK Constitution», citado.

74. Insiste en esta idea o S. DOUGLAS-SCOTT, «Brexit, Article 50 and the Constested British Constitution», citado, pp. 1020 y ss.

Paradójica porque no deja de sorprender la reacción tan negativa de los defensores del Brexit frente a la sentencia de la Supreme Court o frente a los representantes que defendieron aumentar el control parlamentario del gobierno en el proceso recién iniciado. Sorpresa en la medida en que uno de los ejes del referéndum fue la recuperación de la soberanía perdida por el RU como consecuencia de su pertenencia a la UE<sup>75</sup>. Y precisamente la sentencia de la Supreme Court o la posición de parlamentarios como Heseltine o Clarke era precisamente la de conferir suficiente presencia al depositario de esa soberanía: el Parlamento. Es curioso que se haya planteado una fuerte crítica contra la Supreme Court desde la perspectiva de su carácter contramayoritario cuando la sentencia lo que hace es asegurar la participación del Parlamento. Si de lo que se trataba con la salida de la UE, señala la DOUGLAS-SCOTT, era de recuperar el control soberano, mejor que tal recuperación se hiciera al principio del proceso<sup>76</sup>. Es realmente paradójico que el referéndum sea utilizado para proteger la soberanía (parlamentaria) del Reino Unido.

Pero la situación es también peligrosa. El proceso, hasta donde está desarrollado a finales de marzo de 2017, muestra el apropiamiento del resultado del referéndum por parte del poder ejecutivo central. Con ello ha conseguido un poder de facto ante el que la constitución británica (con sus controles jurídicos –Supreme Court– y políticos –la intervención parlamentaria obligatoria–) parece estar desnuda. Concentración de poderes en el ejecutivo central, desnudez constitucional y un proceso constitucionalmente tan importante como la salida de la UE no son una combinación que, *a priori*, parezca deseable. Sostenía DOUGLAS-SCOTT que la constitución británica se ha convertido en un *objeto discutido e incierto, de forma a veces fantasmagórica y a veces cambiante*. El resultado, continúa la autora, es *que nos vemos arrojados a la política, donde el más poderoso tiende a dominar*<sup>77</sup>. El peligro del populismo tras la defensa del uso del referéndum como forma de adoptar decisiones es, a nuestro juicio, muy claro<sup>78</sup>.

Por último, conviene señalar que la sentencia cuya personal lectura hemos tratado de explicar en estas páginas, muestra una forma de argumentar y pensar el Derecho di-

75. Véase en tal sentido P. CRAIG, «Brexit: a Drama in six Acts» quien destaca que los tres argumentos esenciales usados en el campo del «leave» fueron la economía, la inmigración, la soberanía y la lucha contra las élites políticas del Reino Unido. En relación con el argumento de la soberanía, el deseo de retomar el control sobre el destino del país resultó particularmente importante durante la campaña, si bien para el autor existía una fuerte manipulación de la realidad tras este argumento (pp. 15 y ss, especialmente 18-19).

76. Esta era la coherente posición, antes incluso de la sentencia, de S. DOUGLAS-SCOTT, «Brexit, Article 50 and the Constested British Constitution», citado, p. 1026. También expresada en «Miller: Why the Government Should Still Lose in the Supreme Court (even with new arguments)», U.K. Const. L. Blog (15 Oct 2016) (available at <https://ukconstitutionallaw.org/>)

77. S. DOUGLAS-SCOTT, «Brexit, Article 50 and the Constested British Constitution», citado, pág. 1040

78. Particularmente claro en este sentido el trabajo ya citado de WELLINGS y VINES, «Populism and Sovereignty: The EU Act and the In-Out Referndum, 2010-2015». Ya en 1988 RIDLEY destacaba que el peligro derivado de la inexistencia de una constitución rígida en RU era la posibilidad de acabar creando verdaderas *dictaduras electivas*, vid. «The British Constitution: A Dangerous Case of the Emperor's Clothes», citado, p. 352.

ferente de la habitual en Europa. *Marciana*, decíamos al inicio de este trabajo. Quizás la lectura que hemos realizado sea totalmente errónea como consecuencia de las dificultades terrestres para entender las dinámicas de otro planeta. Lo cierto es que el constitucionalismo británico ha mantenido una envidiable continuidad a lo largo de los siglos y no deberíamos aventurarnos a destacar sus defectos. Ojalá así sea y el constitucionalismo británico siga nutriendo el pensamiento constitucional con sus matices, su sentido común jurídico y su forma pragmática de abordar los problemas. No es la primera vez que se ha considerado que está desnuda. Es posible que dentro de unos años podamos entender que lo que hoy consideramos como desnudez no es más que una muestra de la *marciana brillantez* para la resolución de problemas constitucionales<sup>79</sup> que el Reino Unido ha venido demostrando desde hace casi 400 años.

Mientras tanto la lectura de una sentencia tan brillante y bien construida como la comentada debería hacernos pensar no sólo en lo que UK pierde con su salida de la UE. Debemos también pensar (y lamentar) lo que supone la salida de UK para un proyecto europeo de futuro: plural y en común. Una de las voces más especiales de esa pluralidad, expresada en esta sentencia, posiblemente se pierda para el futuro de la UE. Y también esta es una buena lección para España. La mutilación, aunque sea deseada, es desastrosa para el órgano mutilado, pero también lo es para el resto del cuerpo. Buscar y encontrar la forma de mantener unido ese cuerpo (Unión o Estado) debería ser la prioridad de quienes defienden la constitución tanto en su comprensión jurídica, como política.

---

79. Brillantez que ya se ha puesto en marcha con motivo de la preocupación suscitada por el desequilibrio de poderes a favor del ejecutivo que se está produciendo y que puede acrecentarse con la Great Repeal Bill en la medida en que esta puede prever el uso de las Cláusulas de Enrique VIII en virtud de las cuales el gobierno podría a través de legislación delegada modificar la legislación parlamentaria sin un adecuado control. Es realmente espectacular que el Committee on the Constitution de la House of Lords ya haya aprobado un informe para intentar evitar un mayor desequilibrio de poderes (House of Lords. Select Committee on the Constitution, 9th Report of Session 2016-17, «The Great Repeal Bill and delegated powers». 2 de marzo de 2017. HL Paper 123) o que la doctrina ya haya comenzado a debatir la cuestión: D. Jancic, «A Very Parliamentary Brexit: Satire in Two Acts», U.K. Const. L. Blog (23rd Feb 2017); T. Horsley, «UK Courts and the Great Repeal Bill - Awaiting Fresh Instruction», U.K. Const. L. Blog (28th Feb 2017); M. Elliott and S. Tierney, «The “Great Repeal Bill” and Delegated Powers», U.K. Const. L. Blog (7th Mar 2017) E. Campion, «The Constitutional “Ripple Effect” of the European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017» U.K. Const. L. Blog (27th Mar 2017); todos en <https://ukconstitutionallaw.org/> .