

¿Hacia nuevas formas de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales? Un balance de los antecedentes, contenido, significado y eficacia de la Ley de Derechos Humanos británica*

Steven Greer

Universidad de Bristol

Rafael Bustos Gisbert

Universidad de Salamanca

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. EL CONTEXTO HISTÓRICO DE LA LEY DE DERECHOS HUMANOS BRITÁNICA
3. EL OBJETO PROTEGIDO: LOS DERECHOS DE LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS
4. LAS PARTES: EL CONCEPTO DE PODER PÚBLICO Y LA EFICACIA DE LOS DERECHOS EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES—4.1. *Los titulares de los derechos lesionados (victims)*—4.2. *Poderes Públicos (Public Authorities)*—4.3. *Poderes públicos y el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión*—4.4. *La horizontalidad: intimidad y la libertad de expresión*

* El presente estudio procede de un trabajo, "A Guide to the Human Rights Act", publicado por el Dr. S. GREER, en la *European Law Review* (En adelante ELR), 24, 1999, pp 3 a 21 por lo que resulta pertinente agradecer a la empresa editora, Sweet and Maxwell el permiso para utilizar los materiales entonces publicados, Ha sido actualizado por el autor (Reader in Law en la Universidad de Bristol, British Academy "Thank Offering to Britain" Research Fellow 2002-2003) para incluir los principales desarrollos de la ley en los últimos años y traducido y completado para la mejor comprensión del lector continental por Rafael Bustos Gisbert (Universidad de Salamanca). Se enmarca en los proyectos del profesor GREER como Research Fellow en el programa precitado y el profesor BUSTOS titulado "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: doctrina jurisprudencial y recepción de sus sentencias en el ordenamiento jurídico español", BJU 2000/0978.

STEVEN GREER y RAFAEL BUSTOS GISBERT

5. PROCEDIMIENTO. EN ESPECIAL, LA COMPENSACIÓN POR LESIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
 6. LA EFICACIA DE LA LEY RESPECTO A LOS TRIBUNALES Y RESPECTO AL PARLAMENTO—6.1. *La supervisión de la ejecución de la Ley*—6.2. *Las garantías de los derechos reconocidos*—6.2.1. Declaraciones ministeriales de compatibilidad—6.2.2. La interpretación judicial—6.2.3. Declaraciones judiciales de incompatibilidad—6.2.4. Las remedial orders—6.3. *Supervisión extra-parlamentaria*
 7. CONCLUSIÓN
-

1. INTRODUCCIÓN

Se ha destacado, a nuestro entender con pleno acierto, la incomunicación existente entre la doctrina constitucionalista española y la del Reino Unido¹. Incomunicación que parece haber apartado a la experiencia constitucional británica del interés de los estudiosos del Derecho Constitucional español que han preferido el examen de otros países, singularmente Alemania, Italia, Francia o, en ocasiones, Estados Unidos. Ello, quizás, ha provocado que cualquier aproximación al derecho británico aparezca como una extravagancia, una curiosidad, o un inútil esfuerzo intelectual con poca aplicabilidad para el análisis de los problemas jurídicos planteados a los intérpretes de la Constitución española. No es ninguno de ellos el objetivo perseguido en el presente trabajo. Es bien cierto que la forma británica de examinar los problemas constitucionales es difícil de entender para el jurista continental y opera con pautas inhabituales para la mucho más formalizada interpretación constitucional continental, a veces incluso con terminologías arcaicas que mueven a la hilaridad de los juristas poco respetuosos con las tradiciones británicas. Sin embargo, este tipo de estudios tiene a nuestro entender una ventaja digna de ser tenida en cuenta: supone una forma de aproximación diferente a problemas jurídicos mucho más similares de lo que a primera vista pudiera parecer. Ese es el valor añadido de un estudio de Derecho británico: la solución jurídica a un problema relativamente similar diferirá profundamente. Ello, por otra parte, muestra con nitidez la importancia de aceptar en los estudios jurídicos que no sólo una solución es posible para cada cuestión planteada.

Es éste el punto de partida, por tanto, desde el que se aborda el análisis de una norma, la Ley de Derechos Humanos sancionada el 9 de noviembre de 1998. Ley que termina con una de las anomalías más sorprendentes del Derecho Constitucional de nuestro entorno como era la ausencia de una declaración de derechos en el Reino Unido. Ley de cuya importancia no se puede dudar para el Derecho Constitucional británico, pues supone la introducción de algunas limitaciones, muy tímidas como tendremos ocasión de comprobar, a la soberanía parlamentaria en virtud de una norma cuyo origen inmediato no es la ratificación o recepción del Derecho comunitario. Pero, más allá de ese efecto para el Derecho Constitucional británico, se trata de una norma que ha despertado nuestro interés, y el de algunos otros autores españoles², por constituir una interesante novedad en el panorama

¹ Véase I. TORRES MURO, «Derecho y Política al británico modo», en *REDC*, 64, pgs. 353 y ss.

² Véase el comentario al texto de la ley realizado por I. TORRES MURO y R. ALONSO GARCÍA, *La ley británica de derechos humanos (Human Rights Act): una evolución a conciencia*, en *REDA*, 105, 2000, pgs. 5 a 36.

comparado de instrumentos de protección de derechos, tanto desde el punto de vista sustantivo (supone la incorporación como declaración de derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos), como desde el punto de vista estrictamente procesal, como, sobre todo, por la peculiar manera de resolver el conflicto entre derechos fundamentales y legislación o, en definitiva, entre la soberanía parlamentaria aún sustentada formalmente y el control judicial del respeto legislativo a los derechos fundamentales.

Esas peculiaridades en las fórmulas de resolución de conflictos muy conocidos para nuestra doctrina permite observar, a nuestro juicio, posibles vías de solución para otras cuestiones que paulatinamente se van planteando con motivo de la integración supranacional en la que nuestro país está inmerso. Más que la aplicación de soluciones similares, cuya eficacia no puede presumirse por el mero hecho de que hayan funcionado en el Reino Unido, se trata de comprobar que la protección de los derechos especialmente frente al legislador no sólo puede intentarse de acuerdo con los modelos de análisis habitualmente utilizados en nuestro país (aplicación de sistemas de control jurisdiccional de la Ley, sean difusos o concentrados), sino que existen, o pueden existir, otras fórmulas de resolución de conflictos dignas de ser tenidas en cuenta.

Este trabajo está realizado, por tanto, desde la óptica del estudio de la Ley de derechos humanos británica en sí misma considerada. No se trata de compararla con otros modelos, sino tan sólo de exponer los extremos más importantes y/o sorprendentes de una nueva fórmula de protección de derechos en Europa. Por otra parte, y como no podía ser de otra forma, se trata de un estudio realizado desde la lógica de la hermenéutica británica, no de la española.

2. EL CONTEXTO HISTÓRICO DE LA LEY DE DERECHOS HUMANOS BRITÁNICA

Las declaraciones de derechos no son extrañas a la tradición británica. La sabiduría popular, incluso, sostiene que el Reino Unido ha guiado al mundo en lo referido a este tipo de documentos. En tal sentido se aduce que en 1215 los barones cortaron las alas del despotismo monárquico forzando al Rey Juan a firmar la Magna Carta y que en 1689 el Parlamento aprobó la declaración de derechos que limitaría el poder de la nueva dinastía del Rey William y la Reina Mary. Sin embargo, dejando a un lado una retórica grandilocuente, estos eran, esencialmente, acuerdos que permitían a las élites controlar a la Corona. Como tales, sus objetivos eran mucho más limitados que los del movimiento en defensa de los derechos fundamentales asociados a las revoluciones americana y francesa de finales del Siglo XVIII. Fuera de las contribuciones derivadas del movimiento *Cartista* en el tercer y cuarto decenio del siglo XIX, el debate sobre la declaración de derechos en el Reino Unido ha estado agonizando durante todo el siglo XIX y principios del siglo XX.

¿HACIA NUEVAS FORMAS DE RECONOCIMIENTO Y GARANTÍA...?

Tras la II Guerra Mundial el paso comienza a acelerarse –aunque inicialmente con muy poca relevancia para el derecho interno– según la comunidad internacional se comprometió solemnemente a una mayor protección de los derechos en una serie de ambiciosos tratados multilaterales³. Indudablemente, el más avanzado de ellos fue la Convención Europea de Derechos Humanos suscrita en Roma en 1950, pues, por primera vez en la historia, habilita a los ciudadanos de los Estados firmantes para recurrir a un Tribunal internacional por lesiones a sus derechos, causadas por sus propios Estados. Pese a que los representantes británicos participaron activamente en la elaboración de este documento, la Administración del Primer Ministro Atlee desconfiaba del reconocimiento del derecho de apelación individual por lo que no sería reconocido a los ciudadanos británicos hasta 1966⁴. Sin embargo, también se decidió no incorporar la Convención al Derecho interno sobre la base de que ello comprometería la soberanía del Parlamento y sujetaría el *common law* a la supervisión de jueces procedentes de una tradición legal diferente⁵.

La cuestión de la incorporación del Convenio recibió muy poca atención en los 20 años posteriores a su promulgación. Pero las siguientes tres décadas fueron testigos no sólo de multitud de panfletos y de documentos para la discusión de activistas solitarios y de diversas organizaciones, sino también

³ Resulta indudable la influencia de estos instrumentos en la generalización de los sistemas de protección de derechos en todo el mundo, véase, entre la bibliografía británica, A. H. ROBERTSON y J. G. MERRILLS, *Human Rights in the World: an introduction to the study of the international protection of human rights*, 34ª ed. Manchester, Manchester University Press, 1996.

⁴ Para una detallada descripción del contexto véanse, G. MARSTON, «The United Kingdom's Part in the Preparation of the European Convention on Human Rights 1950», en *International and Comparative Law Quarterly* (en adelante *I.C.L.Q.*), 42, 1993, pgs. 796 y ss.; A. LESTER, «Fundamental Rights: the United Kingdom Isolated?», *Public Law* (en adelante *P. L.*), 1984, pgs. 46 y ss.; LORD LESTER OF HERNE HILL Q. C., «Taking Human Rights Seriously», en R. GORDON Q. C. y R. WILMOUT-SMITH Q. C. (eds), *Human Rights in the United Kingdom*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pgs. 99 a 112; LORD LESTER OF HERNE HILL Q.C., «U. K. Acceptance of the Strasbourg Jurisdiction: What Really went on in Whitehall in 1965», *P. L.*, 1998, pgs. 237 y ss.

⁵ Es poco comprensible, para el lector continental, la vinculación entre ambos tipos de problemas. Debe recordarse que la ausencia de una Constitución escrita supone, en el Reino Unido, la aceptación conceptual de la soberanía parlamentaria en la medida en que ningún instrumento normativo puede imponerse a la voluntad legislativa de las cámaras. Ello explica el carácter dualista de la recepción del derecho Internacional convencional en el Reino Unido, pues, al menos formalmente representa el mantenimiento de dicha supremacía. Más vinculado de lo que puede parecer a quienes hemos sido educados en tradiciones jurídicas diferentes está el problema de la revisión externa de la interpretación judicial del derecho. En efecto la ausencia de constitución escrita exige un complemento externo que asegure la evolución del ordenamiento jurídico hacia las nuevas realidades que necesariamente debe afrontar. En tal función el *common law* desarrolla un papel esencial desde la propia lógica de la interpretación legal por los jueces que difícilmente puede ser afrontado, entendido, desarrollado o corregido desde tradiciones jurídicas ajenas a la británica. Se trataría, pues, de dos caras de una misma moneda, pese a que para un jurista continental, probablemente, serían dos problemas diferentes.

de numerosos intentos de parlamentarios individuales para aprobar la legislación apropiada que realizara tal incorporación⁶. En términos generales emergían tres puntos de vista que traspasaban la tradicional separación entre partidos políticos. Algunos propugnaban la incorporación de la Convención como la opción de cambio más directa⁷. Otros, aunque no totalmente opuestos a esta alternativa, defendían una declaración de derechos a la medida de la realidad y práctica británicas que estaría inspirada, aunque no limitada, por los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos⁸. Por último, otros se oponían a ambas alternativas bien sobre el tradicional argumento de que los derechos humanos estaban adecuadamente protegidos por el ordenamiento jurídico británico⁹ (o que como mínimo, las mejoras en la protección de derechos se obtendrían mejor con una legislación específica) o bien por el miedo a que una declaración de derechos confiriera demasiado poder a los jueces a costa de la soberanía popular ejercida por el Parlamento¹⁰.

La falta de compromiso por parte de los partidos a través de todo el período de postguerra condenó a los distintos proyectos de declaraciones de derechos a ser meras piezas de discusión y no verdaderas propuestas de cambio. Sin embargo, el temperamento autocrático de los gobiernos conservadores de los años 80 y 90 fortaleció el movimiento a favor de la incorporación de la Convención y llevó a sus filas a importantes figuras de la vida pública y a respetados miembros del poder judicial. Dieciocho años en la oposición también llevó sangre nueva al partido laborista. En marzo de 1993, en una conferencia patrocinada por la organización para la reforma constitucional llamada *Charter 88*, la incorporación de la Convención fue oficialmente respaldada por el entonces líder del partido laborista, John Smith, como un primer paso conveniente para la posterior aprobación de una específica declaración británica de derechos¹¹. En septiembre del mismo año, en el documento del partido, *A new agenda for Democracy: Labour's proposals for cons-*

⁶ Véase, M. ZANDER, *A Bill of Rights*, 4ª ed., Sweet and Maxwell, Londres, 1997, capítulo 1.

⁷ Defensores de esta opinión muy numerosa incluyen a Lord BINGHAM OF CORNHILL, C. J., «The European Convention on Human Rights: Time to incorporate» en el libro ya citado de GORDON y WILMOT-SMITH, pgs. 1-11 y R. DWORKIN, «Does Britain Need a Bill of Rights» en el mismo trabajo, pgs. 59 a 77.

⁸ En tal sentido varios comentaristas han argumentado que algunos de los derechos reconocidos en la Convención están anticuados, véase, por ejemplo, J. WADHAM, «Why Incorporation of the European Convention on Human Rights is Not Enough», en el citado libro editado por GORDON y WILMOT-SMITH, pgs. 25-36.

⁹ Véase, N. LYELL, «Whither Strasbourg Why Britain should think long and hard before incorporating the European Convention on Human Rights», en *European Human Rights Law Review* (en adelante, *EHRLR*), 1997, pg. 132; A. SAMUELS, «A Bad Idea», 141, en *Solicitors' Journal* (en adelante, *SJ*), pg. 400 (con una respuesta de J. WADHAM, «Protecting our Rights», 141, *SJ*, 1997, pg. 452)

¹⁰ K. D. EWING y C. A. GEARTY, *Freedom under Thatcher: Civil Liberties in Modern Britain*, Clarendon Press, Oxford, 1990, pgs. 265 a 275.

¹¹ ZANDER, citado, pg. 32.

titutional reform, se reafirmaron, casi literalmente, las propuestas que Smith había formulado. En el año siguiente se produjeron dos infructuosos intentos para incorporar la Convención en el Derecho interno por parte de Graham Allen (un parlamentario laborista) y por Lord Lester of Herne Hill (un par liberal-demócrata). Tras la prematura muerte de su predecesor, Tony Blair reafirmó el compromiso de su partido para incorporar la Convención en su congreso anual en 1995 y en la *John Smith Memorial Lecture* en febrero de 1996. En diciembre de 1996 un documento para consulta, *Bringing Rights Home: Labour's plans to incorporate the European Convention on Human Rights into UK law*, es publicado por los parlamentarios Jack Straw y Paul Boateng y la petición de incorporación se repitió durante el *Queen's Speech* que siguió a la arrolladora victoria del partido laborista en las elecciones de mayo de 1997¹². En octubre de 1997 el proyecto de Ley de Derechos humanos recibió su primera lectura en la Cámara de los Lores acompañado por la publicación de un libro Blanco, *Rights Brought Home: The Human Rights Bill*¹³. Dada la mayoría parlamentaria del partido laborista era evidente que este proyecto sería aprobado, pero algunas previsiones clave fueron objeto de fuerte discusión hasta el fin del procedimiento legislativo, no siendo resueltas hasta la fase de discusión en la Comisión de los Comunes en junio de 1998.

Tomando como referencia el citado libro blanco parece que el cambio en la posición del partido laborista se fundamentó en dos argumentos particularmente difíciles de contrarrestar en los años precedentes¹⁴. Por una parte, es poco razonable que el ciudadano carezca de instrumentos para resolver judicialmente la cuestión en su propio país¹⁵ y, sin embargo, se permitan reclamaciones a los individuos ante el tribunal de Estrasburgo, con lo que ello implica de costes económicos y de dilaciones. Por otra parte, la auto-complaciente opinión de que el ordenamiento británico respetaba plenamente la Convención había sido totalmente desacreditada por los hechos, pues a fines de los años 90, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) había declarado la violación del Convenio por el Reino Unido en un total de 50 casos, el mayor número de condenas de todos los miembros del Consejo de Europa, excepto Italia¹⁶.

¹² El *Queen's Speech* es el discurso equivalente, con ciertas claras diferencias pues se produce al abrirse cada período de sesiones parlamentarias, a la exposición del programa del candidato a la presidencia del gobierno en la sesión de investidura tras la celebración de elecciones en el ordenamiento constitucional español.

¹³ Cm. 3782.

¹⁴ *Ibid.*, parágrafos, 1.4 y 1.14.

¹⁵ Cinco años para ser resueltos una vez terminado el procedimiento de Derecho interno y cuestan una media de 30.000 Libras, *ibid.*, parágrafo, 1.14.

¹⁶ LORD BINGHAM OF CORNHILL, C. J. «The Way We Live Now: Human Rights in the New Millennium», *Earl Grey Memorial Lecture*, Universidad de Newcastle, 29, de enero de 1998, pg. 6; aproximadamente dos tercios de las lesiones implicaban legislación primaria y secundaria; *The Human Rights Bill: Briefing for the second reading in the House of Commons*, lunes, 16 de febrero, 1998, I.

Aunque la Ley de Derechos Humanos (en adelante HRA) fue aprobada el 9 de noviembre de 1998, la mayoría de sus previsiones no entraron en vigor hasta el 2 de octubre de 2000. En sus dos años de vigencia ha conseguido cuatro grandes objetivos: los derechos de la Convención han sido *repatriados* con éxito; algunas de las bases fundamentales de la Constitución del Reino Unido han cambiado para obtener tal resultado, particularmente la forma en la que se aprueban las Leyes y como se supervisan sus efectos; los poderes públicos han asumido la importancia y la necesidad de respetar los derechos humanos; y los tribunales superiores están comenzando, cautelosa, recelosa y no siempre convincentemente, a afrontar algunos de los retos interpretativos planteados por la Ley. Sin embargo, el impacto de la HRA ha sido bastante marginal en la labor diaria de los operadores jurídicos. Sólo ha tenido una media de 270 casos anuales en la High Court, en la Court of Appeal of England and Wales y en la Cámara de los Lores¹⁷, de los que menos de un cuarto lo han sido basándose en exclusiva en la Ley¹⁸ y ninguno de ellos ha producido cambios radicales en el panorama legal¹⁹. Ello contrasta vivamente con el hecho de que mensualmente hay algo más de 30.000 casos ante los Tribunales Penales y alrededor de 160.000 ante la salas civiles de Inglaterra y Gales²⁰. Sin embargo, como es de esperar en una legislación de perfiles constitucionales, la alegación de las previsiones contenidas en la Ley aumenta cuanto más avanzamos en la pirámide judicial llegando a ser citada en aproximadamente el 7% de las decisiones anuales de la Court of Appeal y en el 30% de las de la Cámara de los Lores²¹.

¹⁷ La página web del Human Rights Act Research Project, creada y mantenida por la Universidad de Londres y la Doughty Street Chambers (www.doughtystreet.co.uk) recoge un total de 428 casos respecto a la HRA en los 19 meses entre el 2 de octubre de 2000 y el 30 de abril de 2002, una media de 270 casos por año. La base documental usada para el cálculo es LAWTEL Human Rights and Butterworths Human Rights Direct databases.

¹⁸ Sólo en 91 de los 428 casos.

¹⁹ Para estudios sobre el impacto de la ley hasta ahora, véanse F. KLUG y C. O'BRIEN, «The first two years of the Human Rights Act» en *P. L.*, 2002, pgs. 649 y ss.; D. BONNER y GRAHAM, «Rapports –England– The Human Rights Act 1998. The Story So Far», en *European Public Law*, 8, 2002, pgs. 177-193; J. WADHAM, «The Human Rights Act: One Year on», en *E.H.R.L.R.*, 2001, pgs. 620; F. KLUG y K. STARMER, «Incorporation through the «front door»: the first year of the Human Rights Act», en *P. L.*, 2001, pgs. 654. Véase también la tabla de casos publicada bimensualmente por la E.H.R.L.R., por el Human Rights Research Project en la revista citada, 2001, pgs. 183, 376 y 683 y en el mismo lugar en el año 2002, pgs. 246, 364 y 503; así como los breves comentarios realizados por E. SALGADO y C. O'BRIEN en la misma revista, pgs. 181 y 677 para 2001 y pg. 239 para 2002; y los realizados por O'BRIEN y J. ARKINSALL en las pgs. 239, 357 y 493 en el año 2002.

²⁰ Estadísticas extraídas del Court Service of the Lord Chancellor's Department, www.lcd.gov.uk/hract/statistics.htm

²¹ Las bases de datos de Butterworths Lexis-Nexis (www.butterworths.com) recogen una media anual de unos 2500 casos ante la Court of Appeal de los que en 180 se cita la Ley de Derechos Humanos. En el caso de la Cámara de los Lores son aproximadamente 30 de 100 casos al año.

3. EL OBJETO PROTEGIDO: LOS DERECHOS DE LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

La finalidad de la Ley está definida en el artículo 1.1: el reconocimiento de los derechos incluidos en los artículos 2 a 12 y 14 de la Convención Europea, así como los arts. 1-3 del primer Protocolo y 1-2 del Sexto Protocolo. Estos han de leerse de acuerdo con los arts. 16 a 18 de la Convención y están sujetos a *expresas derogaciones o reservas* en la propia Ley²². La Ley puede ser enmendada por el Secretario de Estado²³ competente, *si lo considera necesario* para acomodarla a todo protocolo que el Reino Unido haya ratificado o suscrito con intención de hacerlo²⁴.

Como es conocido, los arts. 2 a 12 de la Convención incluyen los derechos esenciales de todo ser humano: el derecho a la vida, la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, el derecho a la libertad y seguridad, a un juicio justo, etc. El artículo 16, por su parte prevé que ninguno de los límites a los arts. 10, 11 y 14 de la Convención pueden interpretarse como limitaciones a la actividad política de los extranjeros. El art. 17 prevé que ninguno de los derechos reconocidos en la Convención puede llevar a abusar de los mismos con el fin de realizar actividades tendentes a la eliminación de los derechos reconocidos. El art. 18 restringe los límites de los derechos a los motivos previstos expresamente en la propia Convención. Los arts. 1 a 3 del primer Protocolo reconocen el derecho a la propiedad, a la educación y a las elecciones libres. Por último, los arts. 1 y 2 del Sexto Protocolo proscriben la pena de muerte excepto en época de guerra.

Los artículos 1 y 13 de la Convención, omitidos en la Ley, respectivamente establecen que los derechos reconocidos en la misma se extienden a todo el que se encuentre bajo la jurisdicción de los Estados firmantes y que todos tienen derecho a un remedio efectivo ante las autoridades nacionales por lesiones a los mismos. En los debates parlamentarios el gobierno ofreció explicaciones inconsistentes para su exclusión. En tal sentido se alegó que precisamente la Ley pretendía hacer efectivos tales derechos por lo que no era necesaria su incorporación formal. Sin embargo, el Lord Canciller²⁵ también admitió que el art. 13 había sido excluido para limitar las oportuni-

²² Art. 1.2, véase infra.

²³ La terminología de los cargos gubernamentales británicos es diferente a la española los Secretarios de Estado son, normalmente, jefes de un Departamento Ministerial y miembros del Consejo de Ministros.

²⁴ Art. 1.4 y 5, las normas de desarrollo (*draft orders*) deben ser aprobadas por ambas Cámaras (art. 20.4), véase infra.

²⁵ El Lord Canciller es un miembro del Gobierno con puesto en el Consejo de Ministros y titular de un Departamento Ministerial encargado, entre otras cosas, de la vertiente administrativa de la Administración de Justicia. Preside la Cámara Alta si bien sus funciones como tal presidente están muy restringidas, lo que le permite participar, a diferencia del presidente de los Comunes, en los debates de manera muy activa y sosteniendo la posición del Gobierno.

dades para crear nuevos recursos judiciales²⁶. Como tendremos ocasión de comprobar, esta no será una limitación insalvable en determinados campos para jueces creativos.

Sólo tres derechos de la Convención y de sus Protocolos, los reconocidos en los arts. 3, 4 y 7, son absolutos en el sentido de que prohíban toda limitación bajo cualquier circunstancia. La mayoría de los demás están sujetos a una variedad de limitaciones expresas y de restricciones recogidas en cada precepto. Al aplicar la Convención, los tribunales británicos, como sus colegas en Estrasburgo, se preocuparán, fundamentalmente, de determinar la finalidad del derecho presuntamente lesionado y de los límites de una excepción alegada como justificación. El art. 11 de la Ley afirma que el disfrute de un derecho de la Convención no puede restringir otro derecho, libertad o interés reconocido en el Derecho del Reino Unido. Sin embargo, establecer la finalidad de un derecho de la Convención puede requerir que los tribunales británicos determinen los límites de otros derechos reconocidos legalmente. Esta operación interpretativa resulta una importante novedad pues tal tipo de interpretación jurisprudencial de los derechos no era posible hasta ahora.

Además de las expresas (y en ocasiones implícitas) limitaciones a determinados derechos, la Convención permite que los Estados introduzcan reservas respecto a sus obligaciones que no serán de aplicación para ellos en determinadas circunstancias (arts. 57 y 15 de la Convención)²⁷. Aunque es demasiado tarde para que el Reino Unido incluya nuevas reservas, sí puede hacerlo respecto a tres protocolos que aún no han entrado en vigor²⁸.

Igualmente se permite una suspensión formal de derechos en el art. 15 de la Convención *en tiempo de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación*. Incluso en estas circunstancias tres derechos deben respetarse: la prohibición de tortura y de tratos inhumanos o degradantes, el derecho

²⁶ Véase, «Editorial: Parliamentary Debates on the Human Rights Bill» en *E.H.R.L.R.* pg. 1, 1998.

²⁷ El Reino Unido sólo ha introducido una reserva al art. 2 del Primer Protocolo (incluida en la ley como una reserva expresa por los arts. 1.2 y 15.1.a), en la que acepta una obligación de respetar el derecho de los padres a que sus hijos sean educados de acuerdo con sus convicciones religiosas y filosóficas sólo en la medida en que sea compatible con la adecuada prestación de una educación eficaz y evitando un irracional gasto público (Anexo 3, párr. 2). Lógico resultado de esta previsión es que los poderes públicos británicos están obligados a comportarse en los términos de tal precepto y de tal reserva.

²⁸ Se trata de los protocolos, cuarto, séptimo y decimosegundo. Hay 13 protocolos en total. Los protocolos segundo, tercero, quinto, octavo, noveno y décimo (que son procedimentales o administrativos) han sido subsumidos en el undécimo que regula el procedimiento en Estrasburgo y que entró en vigor el 1 de noviembre de 1998. El art. 15.1.b de la ley confiere al Secretario de Estado el poder de establecer cualquier otra reserva incluyéndola así en la propia ley, si bien ha de presentarse al Parlamento (art. 20.3). Las reservas han de ser revisadas por el ministro competente cada cinco años, debiendo informar al Parlamento (art. 17), pero no se prevé consecuencia alguna de un eventual incumplimiento de tal obligación.

a no ser sometido a esclavitud y el principio de legalidad penal²⁹. La suspensión de otros derechos esta sometida a un juicio de proporcionalidad existiendo la obligación de informar de las medidas tomadas y de cuando cesan, al Secretario General del Consejo de Europa³⁰.

4. LAS PARTES: EL CONCEPTO DE PODER PÚBLICO Y LA EFICACIA DE LOS DERECHOS EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

4.1. Los titulares de los derechos lesionados (victims)

Sólo *personas* que sean víctimas, reales o potenciales, en los términos establecidos en el art. 34 de la Convención pueden iniciar los procedimientos previstos en la HRA (art. 7.1 y 7.7). Ello incluye a las organizaciones no gubernamentales y los grupos de particulares. A diferencia de lo que ocurre en el resto de los procedimientos de revisión judicial en los que basta con la demostración de un interés suficiente, la Ley prohíbe la presencia de terceros como partes para la defensa de acciones de interés público³¹. La legitimación activa regulada ha sido descrita como «innecesariamente restrictiva, procedimentalmente compleja y potencialmente injusta en los casos de De-

²⁹ El art. 15.2 de la Convención asegura la vigencia del derecho a la vida excepto en lo referido a muertes resultantes de los actos de guerra legales. Pero, este derecho está fuertemente limitado por el propio art. 2, que permite el uso de la fuerza cuando es absolutamente necesario para, entre otras cosas, reprimir legalmente una revuelta o una insurrección.

³⁰ Al aprobarse la HRA en 1998, el Reino Unido había ya introducido una previsión específica respecto a la suspensión del art. 5.3 de la Convención en relación con las previsiones reguladoras de la detención incluidas en la legislación antiterrorista respecto a Irlanda del Norte que, según el TEDH, de otra forma serían contrarias a la obligación de asegurar que todo detenido sea puesto rápidamente a disposición judicial (*Brogan v. UK*, 24 de noviembre de 1988, A.145-B). El art. 14.1.a) de la HRA incorpora los efectos de esta suspensión al Derecho del Reino Unido, mientras que el apartado b) del mismo precepto apodera al Secretario de Estado, sujeto a la aprobación parlamentaria (Art. 20.3 y 16.3 a 7; al Secretario de Estado se exige que emienda la Ley para reflejar cualquier retirada de una suspensión expresa), para que establezca mediante *order* cualquier otra suspensión que el Reino Unido pueda acordar. En noviembre de 2001, tras los atentados del 11 de septiembre, se introdujo una nueva suspensión respecto al art. 5.1 de la Convención en lo referente a los poderes ampliados de arresto y detención bajo las previsiones de la Parte IV de la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*. Por tanto, una lesión a los derechos contenidos en el art. 5.1 y 3 de la Convención infringida bajo las previsiones legales aprobadas en 2001, no puede ser alegada ante Tribunal alguno del Reino Unido hasta que esta concreta derogación expire o se levante mediante notificación formal. A los efectos de la ley de 1998, la suspensión dura cinco años (art. 16.1). Pero este período puede ser prorrogado por el Secretario de Estado por dos períodos más de cinco años cada uno, siempre que tal extensión sea aprobada por las dos cámaras (arts. 16.2 y 20.4).

³¹ Art. 7.3 y 4. Véase, por ejemplo, *R. v. Secretary of State for Social Services, ex p. C.P.A.G.* [1990] 2 Q.B. 540; *R. v. Her Majesty's Inspectorate on Pollution, ex p. Greenpeace (n.º 2)* [1994] 4 All.E.R. 329; *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p. World Development Movement* [1995] 1 W.L.R. 386.

recho público³². Aunque coherente con la jurisprudencia de Estrasburgo, su adopción por la HRA limita la potencialidad de la legislación para favorecer una nueva cultura interna de los derechos. De esta forma, reduce la política de cumplimiento de la Convención a una cuestión dejada a la libre disposición de las partes lesionadas, muchas de las cuales carecerán de la motivación, o recursos, para iniciar los procedimientos judiciales tendentes a la satisfacción de sus derechos.

4.2. Poderes Públicos (Public Authorities)

La HRA proscribía a los poderes públicos *actuar de modo incompatible con un derecho reconocido en la Convención* (art. 6.1). El término «poderes públicos» no está definido, pero expresamente incluye a los jueces y tribunales (art. 6.3.a) y *toda persona concreta cuyas funciones lo sean de naturaleza pública* (art. 6.3.b)³³. Ello no incluye los actos privados de los poderes públicos (art. 6.5), ni tampoco prohíbe a una autoridad pública lesionar los derechos de la Convención si actúa bajo legislación primaria y secundaria³⁴ que no puede aplicarse o interpretarse en forma compatible con la Convención (art. 6.2), en los términos que examinaremos más adelante.

La ambigüedad de la distinción entre las instituciones públicas y no públicas realizada en la HRA es bastante común en documentos de este tipo³⁵. Incluso puede indicar una intención deliberada de confiar tal definición a los Tribunales casuísticamente. Durante la tramitación de la Ley se planteó un fuerte debate acerca de si el Poder judicial dibujará esta cuestión con la claridad y consistencia necesarias para reflejar lo que está en juego. En sentido amplio *público* puede significar *perteneciente a la comunidad general o colectivamente*³⁶ o, en sentido más estricto, puede entenderse como *gubernamental*

³² LORD LESTER OF HERNE HILL, «The impact of the Human Rights Act on Public Law», en J. BEATSON, C. FORSYTH e I. HARE (eds.), *Constitutional Reform in the United Kingdom: Practice and Principles*, Hart Publishing, Oxford, 1998, pgs. 106-107.

³³ Como arguye WHITE, esta expresión es una reminiscencia de la noción de emanación del Estado utilizada en el campo del Derecho comunitario y en el que ha presentado problemas de definición. Vid. «Editorial», *E.L.Rev.*, 22, 1997, 517-518).

³⁴ No es fácil definir lo que en el mundo constitucional británico se entiende por *primary and secondary legislation*. En una primera aproximación, la legislación primaria se refiere a lo que en el continente se considera legislación parlamentaria. La legislación secundaria (o legislación delegada) englobaría tanto lo que en el continente son normas reglamentarias, como normas con rango de ley aprobadas por el ejecutivo por delegación del Parlamento (incluso en algunas de las formas de legislación secundaria británica nos encontraríamos con delegaciones genéricas para aprobar normas con rango de ley para situaciones de urgencia). La legislación secundaria requiere su expresa previsión, regulación y limitación en la legislación primaria para ser legítimamente aprobada y se establece un control parlamentario de la misma.

³⁵ G. MARSHALL, «Patriating Rights With Reservations-The Human Rights Bill 1998» en el libro editado por BEATSON y otros citado, pg. 79.

³⁶ En el debate en segunda lectura en la Cámara de los Lores, LORD DONALDSON sugirió que las cadenas de supermercados podrían calificarse como *poderes públicos* tomando tal concepto, HL Debs, 3 de noviembre de 1997, col. 1293.

u *oficial*³⁷. La segunda interpretación es más coherente con la razón de ser de la Convención que habilita a los ciudadanos para exigir el cumplimiento de los derechos al Estado. Pese a ello, diversas apelaciones ante el TEDH han argumentado con éxito que el Estado debe ser considerado responsable, aunque los derechos hayan sido violados por particulares o por organizaciones no públicas, por haber fallado a la hora de otorgar una correcta protección, por ejemplo aprobando una legislación adecuada³⁸. Esto, por otra parte, no será posible directamente puesto que el legislativo, aparte de la Cámara de los Loes en el ejercicio de su capacidad judicial (art. 6.4), está expresamente excluido de la aplicación de la Ley (art. 6.3 y 6.6).

La cuestión de qué instituciones son poderes públicos a los efectos de la HRA, y por tanto sujetos al respeto de los derechos de la Convención, no ha sido aclarada en los dos años de vigencia de la norma. Se ha confirmado judicialmente que la clave estará en una suma de características, más que en la presencia de un único factor³⁹. Una institución privada no se convierte en un poder público solamente porque desarrolle una función que se convertiría en pública si la realizara un poder público⁴⁰, ni tampoco porque cubra evidentes intereses públicos sobre una base no comercial⁴¹. Pero será habitualmente considerado un poder público si está sujeto a revisión judicial⁴², deriva su autoridad de la legislación⁴³ y está sujeto al control de otra autoridad cuyo carácter público no es cuestionable⁴⁴. Es, pues, difícil aplicar la HRA a proveedores de servicios no estatales en virtud de concesiones o contratos, por ejemplo en materia de vivienda, un resultado difícil de defender en una época en la que tales responsabilidades son, cada vez más frecuentemente, privatizadas⁴⁵.

Sin embargo, existen aún buenas razones para defender un concepto am-

³⁷ Esto puede llevar a algunas curiosas distinciones. Por ejemplo, cuando la ley se discutía en comisión en la Cámara de los Loes, Lord IRVINE OF LAIRG, sostuvo que un médico tratando a un paciente de la sanidad pública sería un poder público en esta ley, pero que el mismo doctor tratando a un paciente en la sanidad privada no lo sería (HL, Debs., 24 de noviembre de 1997, col 811)

³⁸ Evidentemente esta es la doctrina de la eficacia de los derechos entre particulares (Drittwirkung) ampliamente conocida entre los constitucionalistas continentales y no así entre los británicos. Véase sobre la misma en la aplicación del Convenio Europeo, VAN DÏJK & G. J. H. VAN HOOFF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3ª ed. La Haya, Londres, Boston, 1998, pgs. 22-26.

³⁹ *Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd. v Donoghue* [2001] 4 All ER 604; *R (on the Application of Heather) v Leonard Cheshire Foundation* [2002] EWCA Civ 366.

⁴⁰ *Poplar Housing*, citado, parágrafo 65 (i).

⁴¹ *Ibid.*, citado, parágrafo 65 (iv).

⁴² *Ibid.*, parágrafo 65 (iv).

⁴³ *Ibid.*, parágrafo 65 (v).

⁴⁴ *Ibid.*, en el caso *Leonard Cheshire Foundation*, se sostuvo que una institución de caridad que facilitaba acogida a discapacitados elegidos por las instituciones locales y sanitarias, no era un poder público a los efectos de la HRA.

⁴⁵ P. CRAIG, «Contracting Out, the Human Rights Act and the Scope of Judicial Review», *Law Quarterly Review* (en adelante *L.Q.R.*), 118, 2002, pgs. 551 y ss.

plio de poder público en el ámbito del derecho interno. Históricamente el ideal de los derechos humanos se fundamentaba en la asunción de que, excepto cuando está restringido por la Ley, el Estado representa la amenaza más seria para las libertades individuales. Pero, tal concepción era anterior a la emergencia de otros modernos centros de poder, como los medios de comunicación y las grandes multinacionales. La cuestión clave en el debate entre lo público y lo no público se encuentra, por tanto, en reconocer que los derechos individuales están fundamentalmente amenazados por ciertas clases de poder institucional concentrado con independencia de que tal poder sea ejercido por un órgano del Estado o por la sociedad civil. Pese a todo, si esta interpretación es aceptada subsisten importantes dificultades para determinar qué entes no estatales deberían ser incluidos bajo el rótulo genérico de *poderes públicos*.

4.3. Poderes públicos y el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión

El proyecto de Ley fue temporalmente enmendado de diversos modos durante su tercera lectura en la Cámara de los Lores para eximir a las organizaciones religiosas de la obligación impuesta a los poderes públicos de respetar los derechos de la Convención. Los debates parlamentarios, y las afirmaciones realizadas por los líderes de las organizaciones religiosas, indican que tales enmiendas estaban motivadas por el miedo a que determinadas previsiones de la Convención pudieran ser usadas para obligar a actuar de forma contraria a las convicciones religiosas de algunas organizaciones o ciudadanos. Por ejemplo, se temía que la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 pudiera ser alegada para permitir la contratación de agnósticos en escuelas religiosas o que el derecho al matrimonio del art. 12 pudiera usarse para obligar a los clérigos a celebrar matrimonios entre parejas homosexuales⁴⁶.

Todas estas objeciones olvidaban que gran parte de tales preocupaciones estaban ya resueltas puesto que las instituciones de Estrasburgo tienden a dar prioridad a los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión sobre el resto de derechos con los que pueda entrar en conflicto⁴⁷. Más aún, la Comisión Europea de Derechos Humanos específicamente sostuvo que el derecho al matrimonio se restringe a las parejas de diferentes sexos⁴⁸. El derecho de los profesores ateos a propugnar sus puntos de vista en las escuelas religiosas también está limitado por los derechos de los padres, según el art. 2 del Primer Protocolo, dirigidos a garantizar una educación y enseñanza conforme con sus convicciones religiosas y filosóficas⁴⁹.

⁴⁶ Véase P. DUFFY, «European Briefing: religious exemptions», *S. J.*, 142, 1998, pg. 207.

⁴⁷ D.J.HARRIS, M. O'BOYLE y C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Londres, Butterworths, 1995, pgs. 356 a 360.

⁴⁸ *S. v. UK* Núm. 117116/85, 47 DR 274 (1986)

⁴⁹ De todos modos al art. 58.7 de la *School Standards and Framework Act*, permite a los centros docentes cesar a profesores nombrados para impartir educación religiosa cuando no lo hagan «eficiente y adecuadamente».

Finalmente, una nueva previsión fue incluida en sustitución de las cláusulas de exención de las organizaciones religiosas durante la tramitación en Comisión de la Cámara de los Comunes requiriendo a los tribunales del Reino Unido que tengan particularmente en cuenta la importancia del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión cuando consideren, en aplicación de la Ley, cuestiones que puedan afectar a las organizaciones religiosas (art. 13). Siendo cierto que es difícil predecir cual será la interpretación de esta previsión por los tribunales, parece claro que se les anima a seguir el ejemplo del TEDH.

4.4. La horizontalidad: intimidad y la libertad de expresión

Según avanzaba la tramitación parlamentaria de la Ley, se expresó también la preocupación de que podría impedir el periodismo de investigación al exponer a los medios a litigios por violaciones del derecho al respeto de la vida privada previsto en el art. 8 de la Convención⁵⁰. Para hacer frente a estas críticas, el Gobierno presentó una enmienda en la discusión del proyecto en comisión de la Cámara de los Comunes que se convertiría en el art. 12 de la Ley. Este prevé que cuando un Tribunal esté considerando la concesión de la reparación debe tener *particularmente en cuenta* el derecho a la libertad de expresión si la decisión puede afectar a su ejercicio (art. 12.1 y 12.4). Cuando el demandado alegue, o así le parezca al Tribunal, que el material (o la conducta en relación con él) es periodístico, literario o artístico, tres cuestiones deben recibir especial atención: hasta qué punto el material ha sido, o está a punto de serlo, accesible para el público; si es, o podría ser, de interés público que el material sea publicado; y cualquier código de privacidad que pueda ser relevante (art. 12.4)⁵¹. La reparación no puede ser admitida en caso de ausencia del demandado excepto si el Tribunal está convencido de que el recurrente ha realizado todos los pasos prácticos para notificarle la demanda y/o está de acuerdo con la presencia de razones importantes que aconsejan que no sea notificado (art. 12.2). No puede haber restricción previa de la publicación antes del juicio excepto cuando el Tribunal esté convencido de que el recurrente podrá demostrar que la publicación no debe ser autorizada (art. 12.3).

Aunque podría haberse redactado mejor, el art. 12 es una previsión razonable en el contexto de la libertad de expresión en el Reino Unido. No hay

⁵⁰ A. RUSBRIDGER, «Press rights and a free pass», *The Guardian*, 7 de febrero de 1998. La protección jurídica de la privacidad ha sido objeto de discusión pública en el Reino Unido durante varios años. Algunas de las contribuciones más recientes son Lord BINGHAM OF CORNHILL, C. J. «Should be a law to Protect Rights of Personal Privacy?», *E.H.R.L.R.*, 1996, pg. 450; D. EADY Q. C. «A Statutory Right to Privacy», *E.H.R.L.R.*, 1996 pg. 243. Sin embargo, no se ha aprobado ley alguna que específicamente proteja este derecho frente a las lesiones procedentes de los medios de comunicación.

⁵¹ Se refiere a los códigos de privacidad que voluntariamente acuerden la prensa y la *Press Complaints Commission*. Para más detalles, véase H. FENWICK, *Civil Liberties*, 23ª ed., Cavendish Publishing, Londres, 2002, pgs. 551-556.

nada parecido en la Convención⁵² por lo que es sólo una previsión legal que busca aclarar la relación entre dos derechos de la Convención en una materia muy específica y detallada. Como tal, constituye una de las más significativas innovaciones en toda la legislación. No representa ni un triunfo del derecho al respeto de la vida privada, ni de la libertad de expresión, sino que establece un marco que debería permitir que las cuestiones centrales (especialmente las tres previstas en el art. 12.4) sean propiamente consideradas en el contexto de los concretos hechos de una determinada disputa.

Sin embargo, uno de los aspectos más importantes en la determinación de si los medios de comunicación están expuestos a litigios por privacidad radica en cuál sea la posición adoptada por los tribunales respecto a un concepto amplio o estricto del término *poderes públicos*. Si optan por el primero, algunos medios, por ejemplo la BBC que es una organización creada por Carta (*Charter*), serían probablemente vulnerables. Pero, paradójicamente, no lo serán los medios privados, incluidos los tabloides, por el mismo tipo de intromisiones en el derecho a la intimidad. Por el contrario, si se opta por un concepto amplio, muchas más organizaciones serían susceptibles de ser enjuiciadas desde la perspectiva de la HRA. Pero, no está totalmente claro dónde se encontrará la línea de separación. Como ya hemos argumentado respecto a los poderes públicos en general, la cuestión más importante no es el status formal desde el punto de vista organizativo de los medios, sino el poder institucional que posee y la capacidad que ello confiere no sólo para invadir el dominio de lo privado, sino también para dañar las vidas de quienes se ven afectados por tales intrusiones.

Pese a todo, incluso si el término *poder público* es interpretado estrictamente, como parece que está haciendo la jurisprudencia, la HRA puede, a largo plazo, beneficiar a los demandantes por invasión de la intimidad por los medios privados. En primer lugar, la Ley convertirá las decisiones de la *Press Complaints Commission* (PCC) en vulnerables para su revisión judicial sobre la base de la lesión de los derechos fundamentales porque, en tanto autoridad pública, la PCC deberá respetar la Convención. En sí mismo, esto será de poca utilidad para los litigantes. Lo más que puede significar es que, al considerar cuál de los remedios que ésta puede adoptar –la publicación de una disculpa o la garantía de una oportunidad para replicar⁵³–, la PCC podrá declarar que el derecho a la intimidad ha sido violado.

En segundo lugar, y más sustancialmente, la Ley conferirá a los tribunales del Reino Unido la oportunidad de construir gradualmente un derecho

⁵² El TEDH ha sostenido consistentemente que esta libertad constituye una de las bases de la sociedad democrática, véanse los conocidos casos *Handyside v. U.K.*, 7 de diciembre de 1976. A.24; *Sunday Times v. U.K.*, de 26 de abril de 1979 A.30; *Lingens v. Austria*, de 8 de julio de 1986 A.103; *Otto-Preminger Insitut v. Austria*, de 20 de Septiembre de 1994 A.295-A y *Jersild v. Dinamarca*, de 23 de septiembre de 1994 A.298.

⁵³ Véase FENWICK, citado, pg. 552.

general de daños (*tort law*) derivado de la privacidad⁵⁴. Sin embargo, que esto ocurra depende de cómo respondan los tribunales a la muy discutida cuestión del efecto horizontal de la Ley en los procedimientos civiles en que ninguna de las partes puede considerarse poder público⁵⁵. Pese a la opinión de autorizados autores en contra de aplicar la Ley a ese tipo de problemas⁵⁶, parece emerger un consenso judicial en torno a que si los propios órganos jurisdiccionales son poderes públicos, deben asegurar el cumplimiento de los derechos de la Convención en todo tipo de procedimientos judiciales, incluyendo los basados en el *common law*⁵⁷. Por ejemplo en *Venables and Thomson v News Group Newspapers Ltd*⁵⁸ se sostuvo que el derecho a la libertad de expresión no justificaba la revelación de información acerca de los recientemente liberados asesinos del niño de tres años Jamie Bulger que, a su vez, eran menores de edad cuando se cometieron los delitos, pues ello violaba sus derechos reconocidos en los arts. 2 y 3 de la Convención al colocarles en una situación de riesgo para sus vidas y seguridad. Sin embargo, en *A v B and C*⁵⁹ se sostuvo que el interdicto presentado por un futbolista para evitar que un periódico revelara datos sobre sus aventuras extramatrimoniales debía basarse no en su derecho a la intimidad, sino en la ruptura de una relación de confianza (una suerte de secreto profesional), aunque el Tribunal reconoció que la HRA ha aumentado las circunstancias en las que se puede alegar dicha confianza. En *R (on the application of Wooder) v Feggetter and Mental Health Act Commission*, el juez Sedley afirmó que es *probable aunque aún no se haya decidido* que la obligación de los tribunales de respetar los derechos de la Convención *obliga en los medidas y procedimientos judiciales más que en el derecho sustantivo*⁶⁰. Como ponen de relieve KLUG y O'BRIEN, no es fácil de establecer la diferencia entre una demanda basada en una lesión al derecho a la intimidad y la fundamentada en una ruptura de nuevas obligaciones derivadas de la expansión vía Derecho de daños del deber de secreto⁶¹.

⁵⁴ El *tort Law* es uno de los aspectos del Derecho británico más difíciles de comprender para el lector continental. Básicamente es un Derecho de Daños de construcción jurisprudencial que se aplica a todos los ámbitos de la actuación de los particulares en ausencia de una legislación privatística comparable a la de los países continentales (lo que evidentemente no significa que se carezca absolutamente de legislación en esta materia). En este caso nos referimos a la posibilidad de que los tribunales británicos construyan un ámbito de este derecho específicamente dirigido a las lesiones en el derecho a la intimidad de las personas privadas fruto de la actuación de otros sujetos privados, los medios de comunicación.

⁵⁵ Véase J. MORGAN, «Questioning the “true effect” of the Human Rights Act», *Legal Studies*, 22, 2002, pgs. 259 y ss. donde se recogen y examinan las principales contribuciones al tema. Véase también, D. BEYLEVELD & S. PATTINSON, «Horizontal Applicability and Horizontal Effect», en *L.Q.R.*, 118, 2002, pgs. 623 y ss.

⁵⁶ Por ejemplo sir RICHARD BUXTON, L. J. «The Human Rights Act and private law», en *L.Q.R.*, 116, 2002, pgs. 48 y ss.

⁵⁷ MORGAN, citado, pg. 274.

⁵⁸ [2001] 1 All ER 908.

⁵⁹ *A and B, sub nom, Gary Flitcroft v Mirror Group Newspapers Ltd.*, [2002] 2 All ER 545.

⁶⁰ [2002] 3 WLR 591, parágrafo 48.

⁶¹ KLUG & O'BRIEN, citado, pg. 656.

5. PROCEDIMIENTO. EN ESPECIAL, LA COMPENSACIÓN POR LESIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La Ley no establece grandes especialidades procedimentales para la defensa judicial de los derechos reconocidos, sino que aprovecha, con algunas peculiaridades, el ordenamiento procesal vigente que ahora estará vinculado por tales derechos y por la jurisprudencia del TEDH al respecto en términos, como se verá, también peculiares. En tal sentido, tampoco se crea un tipo penal específico por violación de los derechos (art. 7.8).

Los derechos pueden alegarse en el curso de los procedimientos administrativos, en la primera instancia o en las sucesivas apelaciones. Podremos así hablar de lesiones judiciales y extrajudiciales de los derechos. Las segundas, esto es, las causadas por poderes públicos no integrados en el poder judicial, serán reclamables ante el tribunal competente para la revisión del acto causante de tal lesión (art. 7.1.b). Sorprende en este punto el largo plazo conferido, un año, para interponer la reclamación. Plazo que, además, puede ser ampliado por el tribunal competente sobre la base de criterios derivados de las *Rules of Court*⁶² (art. 7.2 y 7.9). Igualmente, sorprende que la alegación de un derecho puede realizarse en las apelaciones pese a no haber sido expresamente exigida en la primera instancia.

Las lesiones a los derechos cometidas por los poderes públicos pueden ser alegadas como motivo principal de la demanda (art. 7.1.a) o como cuestión incidental en el marco de una demanda más general (art. 7.1.b in fine).

Las lesiones judiciales a los derechos sólo puede realizarse a través de las diferentes apelaciones, solicitando la revisión judicial de la decisión⁶³ o mediante cualquier otro sistema que prevea el ordenamiento vigente (art. 9.1). El existente recurso ante el TEDH no ha sido modificado por la Ley, constituyendo, por tanto, una vía final para la apelación.

Los jueces y tribunales *deben tener en cuenta* las decisiones y opiniones relevantes de las instituciones de Estrasburgo, la Comisión (ya desaparecida), el Tribunal Europeo de Derecho Humanos y el Consejo de Ministros del Consejo de Europa (art. 2.1)⁶⁴. La Ley no especifica cómo deben tenerse en cuenta tales decisiones. Sin embargo, el libro blanco afirma que deben ser consideradas *persuasivas* más que obligatorias, a diferencia de las decisiones

⁶² Las *Rules of Court* son reglas detalladas de carácter procesal aprobadas con la autorización de *delegated legislation*.

⁶³ El test del *Common Law* para la revisión judicial está siendo reemplazado por otro basado más formalmente en el principio de proporcionalidad recogido en la Convención (KLUG y O'BRIEN, citado, pgs. 658-661 y KLUG & STARMER, citado, pg. 662).

⁶⁴ Se ha sugerido que las opiniones del *Privy Council*, en ejercicio de sus funciones judiciales, en la preparación de la legislación a la luz de las distintas declaraciones de derechos reconocidas en las Constituciones proveerán también útiles parámetros, vid. Lord LESTER HERNE HILL Q. C., en BEATSON y otros, citado, pg. 106.

del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cuando aplica el Derecho comunitario⁶⁵.

Cuando se declara la violación de un derecho de la Convención por parte de un poder público, el tribunal competente, dentro de sus poderes, será capaz de ordenar y garantizar la reparación o el remedio que considere justo y apropiado (art. 8.1, excluyéndose, en virtud del ya citado art. 7.8 la imposición de pena alguna). Las indemnizaciones sólo podrán ser acordadas por los tribunales que tengan poder para ello (art. 8.2) y no podrán ser concedidas respecto a decisiones judiciales realizadas de buena fe, excepto en los casos de arresto o detención tal y como establece el propio Convenio Europeo (arts. 5.5 CEDH y 9.3 de la Ley). En tales casos, las peticiones han de realizarse contra la Corona, a través del ministro competente, o persona o departamento gubernamental designado por aquél, que se haya visto implicado en el procedimiento judicial (art. 9.4 y 9.5). Cuando se hayan previsto otras formas de reparación, no se procederá a la indemnización por daños, excepto cuando el tribunal entienda que es necesaria la justa satisfacción de la parte agraviada teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso (art. 8.3).

En la determinación de la pertinencia de la indemnización y su cuantía, el Tribunal ha de tener en cuenta los principios aplicados por el TEDH según el art. 41 de la Convención (art. 8.4), pero como muchos de los extremos no están previsto en la propia convención deberán aplicarse los criterios establecidos en el *case law*⁶⁶. Dado que el art. 41 establece que se garantizará la justa compensación *si es necesario*, parece claro que la misma es discrecional. Por tanto, muchos de los apelantes, pese a ganar el litigio, no han recibido compensación alguna y la cantidad ha tendido a ser inferior a la habitualmente otorgada por los tribunales británicos⁶⁷. Más grave es que el TEDH no ha establecido criterios claros respecto a cómo ejercer tal potestad discrecional. Parecen aspectos relevantes: la conducta del recurrente, los delitos que haya podido cometer y el grado de lesión de sus derechos producido. Además de la condena en costas, la indemnización puede acordarse para el recurrente, o sus herederos, por daños pecuniarios –lucro cesante– o por daños personales de diferente naturaleza –ansiedad, enfermedad, pérdida de propuestas de empleo, sentido de injusticia, disminución del nivel de vida y por otras formas menos tangibles de daños morales–. Las indemnizaciones agravadas o ejemplificadoras no han sido nunca concedidas.

⁶⁵ (CM 3782. parág. 2.4).

⁶⁶ J. SIMOR & B. EMMERSON Q. C., *Human Rights Practice*, Londres, Sweet & Maxwell, 2000, párrafos 19.063-19.081.

⁶⁷ KLUG, SINGH & HUNT, *Rights Brought Home: A Briefing on the Human Rights Bill*, Human Rights Incorporation Project, School of Law, King's College, Londres, 1998, pg. 4.

6. LA EFICACIA DE LA LEY RESPECTO A LOS TRIBUNALES Y RESPECTO AL PARLAMENTO

6.1. La supervisión de la ejecución de la Ley

La responsabilidad general para asegurar la adecuada ejecución de la HRA fue asignada, inicialmente, a la Unidad de Derechos Humanos del Ministerio de Interior (*Home Office Human Rights Unit*) creada con este propósito⁶⁸. Con un presupuesto de 4.5 millones de Libras, la unidad se ocupó principalmente de la preparación de los jueces, del resto de autoridades públicas y de la adecuada transmisión de los cambios legislativos a la opinión pública⁶⁹. En tal sentido se ha valorado positivamente esta labor hasta el punto de considerar que serán mucho más infrecuentes las violaciones más importantes de derechos humanos⁷⁰. También se creó una Unidad Especial de Derechos Humanos (*Human Rights Task Force*) para mantener un diálogo constante con las ONGs sobre el impacto inicial de la HRA y, en particular, para ayudar a cultivar una cultura de los derechos humanos mediante programas de promoción y desarrollo, transmitiendo publicidad sobre las correctas prácticas, etc.⁷¹. Ello contribuyó a asegurar que los departamentos gubernamentales y el resto de agentes implicados pusieran en marcha tanto programas de formación, como que revisaran la política y los procedimientos de actuación de los poderes públicos. Igualmente, cumplió un importante papel como forma de conexión con los medios de comunicación. La Unidad fracasó, según apunta WADHAM, en su intento de llamar la atención de la opinión pública respecto a la HRA, tampoco pudo persuadir al Gobierno para que creara una Comisión Permanente de Derechos Humanos⁷². Aunque los derechos humanos no parecen ser una prioridad del Gobierno⁷³, el control de la legislación para evitar que lesione los derechos ha mejorado notablemente desde la aprobación de la Ley⁷⁴. También aparecía prometido en el Libro Blanco, pero la Comisión Parlamentaria mixta de Derechos Humanos, no se creó hasta enero de 2001. A pesar de su lento comienzo, ha desarrollado su labor seriamente y hasta ahora ha aprobado nueve *informes equilibrados y documentados*⁷⁵ estudiando cuidadosamente la legislación apro-

⁶⁸ Véase, www.Homeoffice.gov.uk/hract Tras la elección de 2001 la responsabilidad en materia de derechos, libertad de información y protección de datos fue transferida al Departamento del Lord Canciller (WADHAM, citado, pg. 622).

⁶⁹ Declaración del Lord Canciller a la Comisión mixta de Derechos Humanos, www.parliament.uk/commons/selcom/hrhome.htm.

⁷⁰ Valoración realizada por la ONG *Liberty* para protección de derechos humanos con base en el Reino Unido, vid. WADHAM, citado, pg. 627.

⁷¹ *Ibid.*, pg. 623.

⁷² *Ibid.* La propia Unidad Especial desapareció en abril de 2001.

⁷³ J. CROFT, *Whitehall and the Human Rights Act 1998: the first year*, Londres, The Constitution Unit, College London, Julio de 2002, pg. 3 & 64.

⁷⁴ A. LESTER Q. C. «Parliamentary Scrutiny of Legislation Under the Human Rights Act 1998», *E.H.R.L.R.*, 2002, pgs. 432 y ss.

⁷⁵ BONNER & GRAHAM, citado, pg. 180. Igualmente WADHAM considera que *han hecho un trabajo importante*, citado, pg. 625.

bada con la colaboración de su experto consejero legal, el profesor David Feldman⁷⁶.

6.2. Las garantías de los derechos reconocidos

Si determinados derechos son considerados fundamentales, como parece sugerir una declaración de derechos, debería extraerse como consecuencia lógica que deben disfrutar de un status reforzado situado por encima de las posibilidades de derogación en el sistema legal y constitucional en el que se integran. No debemos olvidar el contexto jurídico en el que esta Ley ha sido aprobada. La afirmación anterior es de una obviedad casi insultante en los sistemas continentales actuales en los que la superioridad formal de la Constitución asegura la resistencia de los derechos fundamentales frente a eventuales derogaciones legislativas. Pero ello no es tan obvio en el sistema británico. Es más, la aceptación de esa *obviedad* supone socavar alguna de las bases sobre las que se asienta la idea británica de Constitución. Es bien cierto, y tendremos ocasión de volver sobre ello, que tal idea viene siendo cuestionada desde hace tiempo y hoy está siendo sometida a una profunda revisión, pero la idea misma de normas jurídicas inmodificables por el legislador no encuentra reflejo alguno en el ordenamiento jurídico británico. Ello explica el particular sistema adoptado en la Ley objeto de estudio.

En sentido muy amplio pueden diferenciarse cinco formas de limitar las posibilidades de que el legislador derogue los derechos fundamentales.⁷⁷

(i) En primer término, la declaración de derechos puede ser protegida judicialmente si el Poder judicial puede anular la legislación que los lesiona como por ejemplo en Estados Unidos. Una variante de este modelo sería el concentrado, en el que la declaración de inconstitucionalidad de la Ley por no respetar los derechos fundamentales corresponde a un órgano ajeno a la estructura del poder judicial, existiendo sistemas para obtenerla mediante recursos directos, recursos específicos de protección de derechos o por intermediación de los propios órganos judiciales (recursos indirectos) tal y como está vigente en muchos de los Estados europeos.

(ii) Una segunda posibilidad es que la declaración de derechos sea protegida por el poder judicial aunque sometido a la posibilidad de revisar tal protección por parte del legislativo. Este sería el caso de Canadá donde el poder judicial puede declarar inconstitucional una Ley por lesión a los derechos fundamentales, pero tal eventual declaración de inconstitucionalidad puede ser superada por el legislativo si éste, expresamente, afirma la prevalencia de la Ley pese a su incompatibilidad con la declaración de derechos.

(iii) En tercer lugar, las previsiones de la declaración de derechos pueden

⁷⁶ Para una completa valoración de estos informes, véase BONNER & GRAHAM, citado, pgs. 179-183.

⁷⁷ Para un útil resumen véase, The Constitution Unit, *Human Rights Legislation*, Faculty of Law, Univesity College, Londres, 1996, parágrafos 55-87.

ser protegidas por una limitada actuación judicial cuando el poder judicial puede pronunciarse sobre su compatibilidad con una Ley antes de que ésta sea aprobada (Hong Kong).

(iv) Una cuarta fórmula, vigente en Nueva Zelanda, consiste en que los tribunales se limitan a realizar la interpretación de la Ley de acuerdo con la declaración de derechos, pero no pueden anular la legislación incompatible con la misma.

(v) Por último, encontraríamos algunos modelos híbridos, como el constituido por la propia Ley de Derechos Humanos británica.

La adopción de los modelos de control más extendidos, el difuso norteamericano o el concentrado, hubiera supuesto un radical cambio en la Constitución británica por lo que pocos lo defendieron. El debate anterior a la Ley, por tanto, se centró en los modelos establecidos en Hong Kong, Canadá y Nueva Zelanda. La Ley se sitúa en un punto cercano a este último aunque con importantes peculiaridades. El Parlamento no está sujeto por la Ley por lo que es técnicamente posible que la derogue totalmente mediante una Ley posterior. Ahora bien, dado el enorme coste político que ello implicaría, no es probable que ningún Parlamento se sienta tentado a hacerlo. Esta afirmación tiene especial importancia en el sistema británico. En efecto, la ausencia de Constitución escrita implica que conceptualmente ningún parlamento pueda vincular a parlamentos posteriores, lo que exige la exclusión de la propia idea de la existencia de una suerte de *normas fundamentales* situadas por encima de la legislación parlamentaria. Ello implica que en el sentido continental del término el Reino Unido carezca totalmente de Constitución. Sin embargo, tal afirmación es válida sólo en la medida en que se produzca la identificación entre superioridad formal de la norma con la idea de Constitución. Es, precisamente, esta identificación la que no se produce en el Reino Unido. Pero la ausencia de superioridad formal, y por tanto la inexistencia de normas aseguradas mediante una rigidez específica (esto es, con un procedimiento específico de reforma y con instancias de control de constitucionalidad de todo el ordenamiento jurídico), no excluye la presencia de una suerte de superioridad material de determinadas normas que constituyen la Constitución británica. Tal superioridad material no es fácil de describir a priori, pero una de sus manifestaciones más evidentes es precisamente la recogida en el texto: a ningún parlamento británico se le ocurriría obrar en un sentido radicalmente contrario a las mismas, sin un debate público, consciente y previo, so pena de sufrir un fuerte coste en su futuro electoral.

Pero, una posibilidad que no puede ser totalmente excluida, como bien sabemos en España y en los países de nuestro entorno, es la aprobación de Leyes contrarias a ciertos derechos de la Convención en aspectos mucho más limitados. Para evitarlo se articulan dos procedimientos uno de carácter previo y otro de carácter sucesivo: las declaraciones ministeriales de compatibilidad y las declaraciones judiciales de incompatibilidad. Igualmente se prevén los límites de la interpretación judicial y un sistema específico para la

corrección de la legislación contraria a los derechos reconocidos: las *remedial orders*.

6.2.1. *Declaraciones ministeriales de compatibilidad*

El art. 19 de la HRA establece que los Ministros responsables de la remisión de proyectos de Ley al Parlamento deberán adjuntar un documento público, antes de la segunda lectura, a los efectos de afirmar la compatibilidad del proyecto con los derechos de la Convención (*una declaración de compatibilidad*), o bien para pedir a las cámaras que aprueban el proyecto aunque no pueda asegurarse totalmente tal compatibilidad⁷⁸. La elaboración de estas declaraciones, como se ha apuntado, es responsabilidad del ministro, a diferencia de Nueva Zelanda donde es una competencia del Attorney General. No está claro hasta qué punto la negativa a hacer una declaración de compatibilidad puede ser susceptible de ser revisada judicialmente. Hasta hoy sólo un proyecto de Ley –que se convirtió en la *Local Government Act 2000*– ha sido aprobado sin una declaración de este tipo⁷⁹. Pese a todo, la clase de garantías en blanco que contienen generalmente estas declaraciones, pueden provocar problemas con previsiones específicas o pueden ofrecer garantías genéricas respecto a Leyes que confieren una amplia discrecionalidad a concretas autoridades⁸⁰.

De todas formas no conviene infravalorar este instrumento de control ciertamente muy extraño para el jurista continental. Como se ha apuntado, el coste político de las decisiones contrarias a las normas constitucionales británicas, y los derechos humanos en los términos fijados por la Ley objeto de comentario en este artículo pertenecen a tal categoría, es una de las garantías de la superioridad material de tales normas. Por tanto, cualquier declaración de incompatibilidad acompañando a un proyecto de Ley dificultará enormemente su aprobación y supondrá un fuerte coste tanto para el ministro que la avala, como para el gobierno como, por último, para la mayoría parlamentaria. Por ello, todo proyecto acompañado de tal tipo de declaración exigirá una fuerte justificación lo que limitará considerablemente el número de proyectos remitidos con declaración de incompatibilidad. Podría pensarse, de hecho es más habitual de lo deseable en los sistemas parlamentarios europeos, en un uso torticero de este tipo de declaraciones para justificar la compatibilidad de proyectos de dudosa conformidad con los derechos reconocidos en la Convención. Sin embargo, no conviene olvidar que el parlamentarismo británico se mueve con unas pautas diferentes en muchos sentidos de las de las formas parlamentarias continentales. En efecto, la tradición británica exigía que los ministros jamás mintieran al

⁷⁸ Esta previsión entró inmediatamente en vigor cuando la ley fue aprobada el 9 de noviembre de 1998.

⁷⁹ WADHAM, op. cit., pg. 625. La ley citada reproducía la controvertida previsión, contenida en la anterior ley de 1986, en la que se prohibía a las autoridades locales promocionar intencionadamente la homosexualidad. El Gobierno intentó eliminar esta previsión, pero fue derrotado en la Cámara de los Lores.

⁸⁰ WADHAM, op. cit., pg. 623.

Parlamento acarreado su cese cualquier falta a la verdad en sus declaraciones parlamentarias. La falta de respeto a esta tradición condujo a su elevación a la categoría de verdadera norma vinculante con la aprobación de la resolución sobre responsabilidad política en julio de 1997 de modo que se espera de todo ministro que dimita cuando mienta al parlamento o que rectifique sus errores en la primera oportunidad de que disponga en caso de que la mentira fuera involuntaria. De este modo la declaración de compatibilidad o no del proyecto con los derechos constituirá un parámetro de juicio de primer orden para establecer la continuidad en el cargo del propio ministro. Dicho en otros términos, una eventual declaración de incompatibilidad realizada por los tribunales implicaría bien una mentira del ministro ante el Parlamento o bien un gravísimo error en su gestión por lo que llevará aparejada su dimisión inmediata. Ello, evidentemente, alejará las tentaciones ministeriales de conferir declaración de compatibilidad a textos que lesionen los derechos fundamentales⁸¹.

6.2.2. *La interpretación judicial*

Antes de la Ley de 1998, los tribunales británicos podían utilizar la Convención en circunstancias muy limitadas, por ejemplo para resolver las ambigüedades del derecho interno o para guiar el ejercicio de la discrecionalidad judicial, pero no necesariamente para juzgar la legalidad de la discrecionalidad administrativa⁸². La HRA cambia esta situación en dos sentidos. En primer lugar, como se ha apuntado al definir el concepto, los jueces y tribunales son considerados poderes públicos. Ello parece venir motivado por el deseo de asegurar que el *common law* se interprete de acuerdo con la Convención. En segundo lugar, el art. 3 crea una obligación general para que la legislación primaria y secundaria, aprobada antes o después de la propia HRA, sea interpretada y aplicada, *tanto como sea posible*, de manera que sea compatible con los derechos de la Convención⁸³. Cuando esta interpretación conforme a los derechos de la Convención no es posible, la validez, aplicabilidad y obligatoriedad de tal legislación permanecerá inalterada (art. 3.2.b y c).

Se ha producido un amplio debate sobre esta cuestión y las más altas instancias judiciales han diferido respecto a su interpretación. En *Poplar Housing and Regeneration Community Ass.ociation v Donoghue*, Lord WOOLF C. J. sostuvo que los tribunales deberían ahora preocuparse menos de las intenciones del legislador y más en interpretar la legislación anterior a la HRA de modo

⁸¹ Sobre este tema véase, BUSTOS GISBERT, R. *La responsabilidad política del Gobierno: ¿Realidad o Ficción?*, Colex, Madrid, 2001.

⁸² Constitution Unit, citado, parágrafo 42; véase también M. HUNT, *Using Human Rights Law in English Courts*, Oxford, Hart, 1997.

⁸³ Lord LESTER OF HERNE HILL, Q. C., argumenta que es el sistema para que la anterior legislación no sea derogada implícitamente mediante la aprobación de normas legislativas posteriores que no contienen una derogación expresa de la norma derogada (en BEATSON y otros, citado, pgs. 105-106).

que se adaptase al sentido del art. 3 de la HRA⁸⁴. Pero toda modificación al sentido de tales previsiones que alterase radicalmente sus efectos debería evitarse en la medida en que ello conduciría a los tribunales más allá de la interpretación, invadiendo el reino del legislador⁸⁵. Por el contrario, Lord Steyn se sintió preparado para ir más lejos en *R v A* cuando sostuvo que incluso una interpretación *lingüísticamente forzada* era posible en virtud del citado art. 3⁸⁶. Lord Hope (en su voto disidente a la anterior decisión) por otra parte, prefirió una aproximación que identificara las concretas palabras que suponían infracción de los derechos y realizar una interpretación restrictiva de las mismas para conseguir la compatibilidad con los citados derechos⁸⁷. En *R v Lambert*, Lord Hope también sostuvo que la interpretación que supusiera la inclusión de términos que no se encontraban expresamente en el texto podía realizarse para obtener una interpretación conforme de la Ley a la Convención, una vez probado que ello no implica derogación frontal de normas que el lenguaje de la Ley muestra que fueron claramente adoptadas por el legislador⁸⁸.

6.2.3. Declaraciones judiciales de incompatibilidad

Sin embargo, la mayor novedad introducida en la HRA se produce en los más altos tribunales enumerados en el art. 4.5: la Cámara de los Lores en el ejercicio de sus funciones judiciales; el Comité Judicial del Consejo Privado (*Judicial Committee of the Privy Council*); el tribunal de apelación militar (*Courts-Martial Appeal Court*); en Escocia la Corte Suprema de Justicia en determinados tipos de actuaciones (*High Court of Justiciary*) y en otros la *Court of Session*; en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte la Corte Suprema (*High Court*) o la Corte de Apelación (*Court of Appeal*).

Si en cualquier procedimiento, alguno de estos altos tribunales determina que una previsión de la legislación primaria es incompatible con algún derecho de la Convención, puede realizar una *declaración de incompatibilidad* (art. 4.1 y 2). Sin embargo, por sí misma esta declaración no afecta a la validez, obligatoriedad y aplicabilidad de la Ley (art. 4.6).

Respecto a la legislación subordinada o secundaria existen hasta tres posibilidades. Si la legislación secundaria es compatible con los derechos de la Convención, y probado que no hay otras razones de legalidad para impugnarla seguirá siendo normativa aplicable. Alternativamente puede ser anulada bajo los principios habituales del *certiorari* sobre la base de exceso en el ejercicio del poder garantizado por la legislación primaria cuando esta es interpretada de forma que sea compatible con los derechos de la Convención. Por último, si la legislación secundaria ha sido adecuadamente apro-

⁸⁴ [2001] 4 All ER 604, parágrafo 75.

⁸⁵ *Ibid.*, pg. 624.

⁸⁶ [2001] 2 WLR 1546 pg. 1563.

⁸⁷ *Ibid.*, pg. 1582.

⁸⁸ [2001] 3 All ER 577, parágrafo 79. Véase también *In Re (FC) W and Others (Second Appeal) (Consolidated Appeals)* [2002] U.K.H.L. 10; *R v Shayler* [2002] W.L.R. 754.

bada bajo la autorización de la legislación primaria que, a su vez es incompatible con los derechos de la convención, ambas pueden ser declaradas contrarias a la Convención. Pero permanecen en vigor mientras la incompatibilidad no sea eliminada mediante una *remedial order* en los términos que se examinarán más adelante (art. 4.6)⁸⁹.

Este último planteamiento podría plantear problemas en Irlanda del Norte pues la mayor parte de la legislación vigente es una forma de legislación secundaria (*Orders in Council*), sin embargo, los amplios términos en los que aparece realizada la habilitación para la misma (la *Northern Ireland Act* de 1974) evitarán la aplicación de estos procedimientos de anulación. Por otra parte, la legislación y la acción administrativa de Escocia y Gales tras el proceso de devolución de poderes, deberá respetar necesariamente los derechos de la Convención. En caso contrario podrían ser anuladas por las Cortes superiores en los términos ya expuestos⁹⁰.

Cuando un tribunal esté considerando la conveniencia de realizar una declaración de incompatibilidad, debe notificarlo al ejecutivo de acuerdo con las normas procesales pertinentes, pudiendo éste constituirse en parte (art. 5.1 y 2). El libro blanco apunta la creación de un grupo interdepartamental de juristas y funcionarios encargados de realizar la coordinación general para estos casos⁹¹. En los procesos penales (excepto para Escocia) el ejecutivo puede apelar ante la Cámara de los Lores las eventuales declaraciones de incompatibilidad (art. 5.4). Debe, de todos modos, tenerse en cuenta que las declaraciones de incompatibilidad no vinculan a las partes (art. 4.6.b).

Al aprobarse la HRA se predijo que tales declaraciones serían comparativamente poco frecuentes⁹², dado que las partes no obtendrían beneficios de una declaración de incompatibilidad, y dado que los tribunales deberían tratar de salvar la compatibilidad de la Ley por vía interpretativa. Esta predicción ha resultado acertada a la vista del hecho de que sólo se han producido ocho declaraciones de este tipo en los dos años de vigor de la Ley, de los cuales sólo dos han adquirido firmeza⁹³. En *R v Mental Health Review Tribunal*⁹⁴ la Court of Appeal consideró que la carga legal de la prueba asignada a los pacientes en las entrevistas para decidir su eventual alta de los hospitales psiquiátricos⁹⁵ era una violación de su derecho a la libertad

⁸⁹ Véase *R (Bono) v Harlow District Council*, [2002] EWHC Admin 423.

⁹⁰ Cm 3782, párrafos 2.20-2.22.

⁹¹ *Ibid.*, Parágrafo 3.5.

⁹² P. DUFFY Q. C., «The European Convention Rights, Issues Relating to its Interpretation in the Light of the Human Rights Bill», en BEATSON y otros, citado, pg. 103; en la misma obra y en el mismo sentido véanse los trabajos de KENTRIDGE y Lord LESTER OF HERNE HILL, pg. 106.

⁹³ KLUG amp; O'BRIEN, citado, pg. 650.

⁹⁴ [2001] 3 WLR 512.

⁹⁵ arts 72 y 73 de la Mental Health Act de 1983.

¿HACIA NUEVAS FORMAS DE RECONOCIMIENTO Y GARANTÍA...?

en los términos del art. 5 de la Convención⁹⁶. En *International Transport Roth GmbH v SS.HD*, la Court of Appeal afirmó que el régimen penal aplicable a los inmigrantes ilegales en el Reino Unido era incompatible con el derecho a un juicio justo en los términos del art. 6 de la Convención (inversión de la carga de la prueba y ausencia de intérprete) y al derecho a la propiedad reconocido en el art. 1 del protocolo 1 debido al poder para detener vehículos sin la posibilidad de revisión por un tribunal independiente⁹⁷.

Con todo debe destacarse que las declaraciones judiciales de incompatibilidad envían las previsiones legales afectadas a una especie de limbo entre la legalidad y la ilegalidad, cuyas implicaciones son difíciles de prever. En tales circunstancias los tribunales actúan correctamente diciéndole a los demandantes: *Gana su caso. La previsión legal que impugna es contraria a la Convención. Pero, no podemos otorgarle ningún remedio o reparación.* La HRA prevé un *camino rápido* (en adelante, vía de urgencia) para permitir una cierta reparación: las *remedial orders*, pero esta figura sólo beneficiará a los futuros litigantes en circunstancias similares. Mientras tanto, la autoridad cuya decisión ha sido impugnada, y las otras que actúen de igual forma, no saben exactamente cómo aplicar la Ley en tanto la materia se resuelva definitivamente.

6.2.4. *Las remedial orders*

El art. 10 de la HRA⁹⁸ permite que las previsiones de la legislación primaria y subordinada⁹⁹ sean enmendadas por una *remedial order* aprobada por los ministros¹⁰⁰, cuando consideren la existencia de *razones relevantes (compelling)* para hacerlo¹⁰¹ y algún tribunal interno o el TEDH hayan declarado tales previsiones contrarias a los derechos de la Convención. Las *remedial orders* pueden contener cualquier previsión incidental, suplementaria, consecuente o transitoria que la persona que la apruebe considere conveniente, puede tener efectos retroactivos, puede incluir el ejercicio de funciones delegadas y, por último, puede prever diferentes normas para distintas situaciones (Anexo a la Ley, número 2, parágrafo 1.1). El poder para modificar o derogar tales normas se extiende tanto a la legislación primaria como a la secundaria diferente de la específicamente declarada incompatible (Anexo 2. Parág. 1.2). En ningún caso las *remedial orders* pueden crear delitos retroactivamente (ibid., parág. 1.3).

⁹⁶ Esta legislación ha sido modificada desde entonces por la Mental Health Act 1983 (Remedial) Order 2001, SI 2001, Núm. 3712.

⁹⁷ [2002] EWCA Civ. 158.

⁹⁸ Las llamadas *Henry VIII clauses*.

⁹⁹ Excepto las medidas adoptadas por la *Church Assembly* o por el *General Synod of the Church of England* (art. 10.6.b).

¹⁰⁰ En el caso de *Orders in Council*, por el Consejo de Su Majestad (art. 10.5).

¹⁰¹ El ejecutivo se resistió frente a todo intento para especificar qué casos constituirían una razón de este tipo (véase HUDSON, «Passage of Rights Bill», *New Law Journal*, 148, 1998, pg. 1610 y ss.). De todos modos debe haberse agotado todos los recursos frente a la decisión judicial (art. 10.1.a).

Los párrafos 2 a 4 del Anexo 2 de la HRA, buscan garantizar la supervisión parlamentaria de las *remedial orders*. Se prevén dos procedimientos, uno para los supuestos de rutina y otros para los casos urgentes. En el primero una *remedial order* no puede realizarse hasta que no se ha aprobado un proyecto en sendas resoluciones de ambas cámaras después de 60 días desde que fue enviada al Parlamento (Anexo 2, párrafo 2.a). Si se han realizado peticiones¹⁰² de cambio durante este período, los proyectos de *order* deben contener un resumen de éstas junto con los detalles de todo cambio hecho en respuesta a las mismas (Anexo 2, párrafo 3.2). En los casos calificados como urgentes por la propia *order*, no es necesaria la aprobación del proyecto (Anexo.2, párrafo 2.b). Pero si se hacen peticiones de cambio en los 60 días posteriores a su envío al Parlamento, la persona que la aprobó, debe presentar ante el Parlamento un resumen de las mismas y detalles sobre las subsiguientes modificaciones posteriores. Si se realizan nuevos cambios, debe presentarse ante el Parlamento una nueva *order* después de otro período de 60 días. Si la *order* no es aprobada por resolución de ambas cámaras en ese período (esto es, en un total de 120 días desde su emisión) deja de tener efecto (Anexo.2, párrafo 4.4), lo que, sin embargo, no invalida los efectos producidos mientras estuviera en vigor.

Aunque probablemente estas *orders* serán poco frecuentes, presentan varios problemas procedimentales y constitucionales. Como MARSHALL pone de relieve mordazmente respecto a las dificultades procedimentales:

«La cuestión objeto de las *orders* puede incluir asuntos muy discutibles desde el punto de vista político... Más aún cuando la vía de urgencia produzca, eventualmente, un instrumento legislativo que expresamente remueve el obstáculo legal que provocó la lesión al derecho... puede descubrirse que no es el remedio más adecuado y puede ser necesario comenzar un nuevo procedimiento legal para decidir si lo es o no. Si el instrumento de urgencia no está elaborado correctamente es muy posible que al final el litigante pierda su caso en el segundo tiempo del partido»¹⁰³.

Respecto a los problemas constitucionales, no es fácil determinar si nace alguna obligación en el derecho interno de responder ante las declaraciones judiciales de incompatibilidad. Es claro, sin embargo, que la eliminación de las incompatibilidades entre la legislación y el Convenio como consecuencia de una condena por parte del TEDH es una obligación internacional derivada de la propia convención. Algunos comentaristas han defendido que la Ley de 1998 puede crear una convención constitucional en virtud de la cual las *remedial orders* serán usadas para corregir los defectos detectados por los tribunales en la legislación lo que impondrá una obligación constitucional (pero no legal) a los parlamentarios para votar positivamente a tales

¹⁰² El envío del proyecto de la *remedial order* ha de contener una explicación de la incompatibilidad que la orden pretende eliminar, incluyendo las particularidades de la peticiones realizadas y una explicación de las razones para proceder con una *remedial order* (Anexo 2, párrafo 5.).

¹⁰³ Citado, pgs. 75-76.

*orders*¹⁰⁴. Si así fuera, ello aumentaría la posibilidad de una revisión judicial de las negativas ministeriales a aprobar las *remedial orders*.

Igualmente será problemático el status jurídico de los actos realizados durante la vigencia de una *order* urgente que, posteriormente, ha sido rechazada por el Parlamento. A no ser que el rechazo parlamentario sea considerado retroactivo, sólo puede concluirse que la *remedial order* era legal, pero ha dejado de estar en vigor. Sin embargo, ninguna de las dos alternativas es satisfactoria.

Por último existe la dificultad esencial de que las *remedial orders* están diseñadas sobre la base del deseo de salvaguardar la concepción pasada de moda de la soberanía parlamentaria. Desde la Ley de la Comunidad Europea de 1972, que requiere de los tribunales la interpretación de la legislación de acuerdo con el Derecho comunitario, el espectro de la anulación judicial de la legislación ha perseguido, y continúa persiguiendo, al Parlamento durante más de 20 años. En tanto no se produzca una asunción verdadera de la posibilidad de controlar el respeto legal a los derechos fundamentales, el Reino Unido tendrá que conformarse con alambicados sistemas que simultáneamente aseguren la *superioridad material* de los derechos contenidos en la Ley que comentamos y la igualdad formal de ésta con respecto a cualquier otra norma con rango de Ley aprobada por el Parlamento, creando, de este modo un pseudocontrol de constitucionalidad de las Leyes que requiere para su eficaz funcionamiento la colaboración plena entre las instancias judiciales, gubernamentales y parlamentarias.

6.3. Supervisión extra-parlamentaria

Antes de la publicación del proyecto de Ley de derechos humanos, a pesar de la ausencia de un expreso compromiso público, el gobierno parecía favorecer la creación de una Comisión de Derechos Humanos como fórmula extraparlamentaria de supervisión del régimen propuesto¹⁰⁵. Pero la Ley no prevé tal institución. Esta omisión fue fuertemente contestada por las ONGs defensoras de derechos humanos que arguyeron que una Comisión de este tipo podría haber desarrollado un papel vital, especialmente en los primeros pasos de la incorporación de los derechos de la Convención¹⁰⁶. Papel que incluiría la prevención de las lesiones a los derechos mediante la información correcta a las autoridades públicas sobre el alcance de sus responsabilidades, promoviendo buenas prácticas administrativas, incentivando la vigilancia sobre la actuación de los poderes públicos, proveyendo formación en materia de derechos a los abogados, y consultando y avisando al gobierno

¹⁰⁴ G. MARSHALL, *ibid.*, pg. 83. El libro Blanco sostiene respecto a las declaraciones judiciales de inconstitucionalidad que *casi con toda seguridad obligarán al Gobierno y al Parlamento a cambiar la ley*, parágrafo 2.10.

¹⁰⁵ S. SPENCER, *Human Rights bill, Second Reading: House of Commons, Monday 16 February 1998, Briefing from the Institute of Public Policy Research, I.P.P.R., Londres, 1998*, pg. 2.

¹⁰⁶ Véase S. SPENCER y I. BYNOE, «A Human Rights Commission for the United Kingdom Some options», en *E.H.R.L.R.*, 1997, pgs. 152 y ss. WADHAM, citado, pg. 626.

de cualquier aspecto en relación con la protección de los derechos humanos. La cuestión sin embargo, no está totalmente cerrada. El libro Blanco, párrafo 3.11, sostiene que antes de la creación de esta Comisión deben considerarse otras cuestiones (por ejemplo, los costes del proyecto y sus efectos sobre otras comisiones relacionadas, como la Comisión para la Igualdad Racial o la Comisión para la Igualdad de Oportunidades) y que el *Committee* parlamentario propuesto podrá revisar la cuestión más adelante¹⁰⁷. De hecho, en marzo de 2003, el *Joint Parliamentary Committee on Human Rights* recomendó la creación de una Comisión de Derechos Humanos¹⁰⁸.

7. CONCLUSIÓN

La Ley de Derechos Humanos ha revolucionado la Constitución del Reino Unido mediante la significativa alteración del proceso a través del que se elaboran las Leyes y confiando la supervisión del respeto a la Convención Europea a una suerte de *comunidad o sociedad formada por los poderes ejecutivo y judicial*, a través de las declaraciones judiciales de incompatibilidad y las *remedial orders*. Igualmente, ha contribuido al desarrollo de muchas áreas del derecho sustantivo, incluido el basado en el *common law*¹⁰⁹. Aunque ha tenido sólo un impacto marginal en los procesos judiciales, sí ha sido importante en la Cámara de los Lores. Ello puede deberse, como algunas voces contrarias a la Ley argumentaron, porque el derecho británico tiene una base más cercana a la Convención Europea de lo que consideraban quienes defendían esta Ley. Sin embargo, una explicación alternativa, y más plausible, es que el Gobierno y los tribunales han estado mucho mejor preparados para contener el potencialmente explosivo impacto de la Ley en las instancias judiciales más inmediatas de lo que lo estaban los profesionales de la abogacía para explotar toda las potencialidades de la Ley¹¹⁰. El completo potencial de la Ley puede, por tanto, requerir para realizarse, si es que lo consigue completamente, mucho más tiempo que unos pocos años. No existe, pese a todo, ninguna evidencia de que la situación vaya a cambiar mucho en el previsible futuro¹¹¹.

Algunos problemas específicos, ya identificados desde la aprobación de la Ley, continúan sin ser resueltos o no lo han sido satisfactoriamente. En primer término, el modo en el que los Tribunales han perfilado la distinción entre poderes públicos y poderes no-públicos o privados es confuso y hace complicada la aplicación de la Ley a agencias no estatales con las que

¹⁰⁷ Cm 3782, párrafo 3.11.

¹⁰⁸ *The Case for a Human Rights Commission*, HL 34/HC 547.

¹⁰⁹ La HRA ha provocado la publicación de docenas de textos y la base de datos Zetoc (<http://www.zetoc.mimas.ac.uk>) que contiene información de más de 20.000 revistas y 16.000 congresos anuales en todas las disciplinas, recoge cerca 700 items con la frase «Human Rights Act» en el título, la mayoría de ellos dedicados a la consideración de las implicaciones de la ley para virtualmente cualquiera de las ramas del derecho británico.

¹¹⁰ CROFT, citado, pg. 63; RAINE & WLAKER, citado, pgs. 1, 53-56.

¹¹¹ RAINE & WLAKER, *ibid.*, pg. 53.

¿HACIA NUEVAS FORMAS DE RECONOCIMIENTO Y GARANTÍA...?

se ha contratado la prestación de servicios públicos. Al permitir que las funciones públicas privatizadas no se encuentren sometidos a la Ley, se ha impedido que se aplique el remedio legal para las víctimas de lesiones a derechos de la Convención.

En segundo lugar, este resultado podía haber sido evitado si la Ley hubiera sido entendida aplicable en sentido horizontal a todas las relaciones entre particulares. Pero, los tribunales británicos tampoco parecen muy dispuestos a adoptar esta posición.

En tercer lugar, persiste la incertidumbre acerca de cómo se debe afrontar la obligación judicial de interpretar la legislación primaria y subordinada conforme a la Convención.

En cuarto lugar, aunque infrecuentes y todavía poco problemáticos en la vida diaria de los Tribunales, las declaraciones judiciales de incompatibilidad pueden crear serias dificultades prácticas.

Por último, la marginación de la HRA en la gran mayoría de los procedimientos judiciales refuerza las peticiones de creación de una Comisión de Derechos Humanos capaz de contribuir al cultivo de una cultura de los derechos humanos en el más amplio sentido, aunque aún no existan indicios de que tal cosa sea inminente.

Más allá de estas importantes consecuencias para el ordenamiento jurídico del Reino Unido, la Ley nos ofrece al lector continental algunas interesantes claves respecto al control del respeto a los derechos fundamentales. En concreto, nos permite observar con indudable interés la puesta en práctica de instrumentos muy elaborados destinados a preservar el respeto a los derechos fundamentales por parte del ordenamiento jurídico (incluida la Ley). Pero, se trata de instrumentos que no requieren, necesariamente, la anulación judicial de las previsiones legales y simultáneamente no excluyen totalmente al poder judicial del control de las normas con rango de Ley. Ello en el actual contexto de integración europea en el que cada vez más frecuentemente debemos plantearnos los problemas derivables de la convivencia de varios instrumentos formales de reconocimiento de Derechos (la Constitución, la Convención Europea y la Carta de Derechos de la Unión Europea) nos permite atisbar con un cierto optimismo la existencia de soluciones que no pasen necesariamente por la convivencia conflictiva de varios Tribunales todos ellos aspirando a ser supremos en ámbitos de actuación no claramente separados.

La experiencia demuestra que los instrumentos de control del respeto a los derechos fundamentales (incluso frente al legislativo) deben ser fundamentalmente judiciales. Pero, la Ley británica de derechos humanos prueba que existen, o pueden existir, fórmulas que respetan formalmente la soberanía de los parlamentos nacionales así como las atribuciones de los tribunales internos y que, simultáneamente, pueden resultar eficaces para garantizar el respeto a los derechos fundamentales si se mantiene un adecuado espíritu de colaboración entre todas las instancias implicadas. No se trata de defen-

STEVEN GREER y RAFAEL BUSTOS GISBERT

der que el sistema de la Ley británica sea trasladable a otras realidades jurídicas y políticas muy diferentes, especialmente cuando las incertidumbres sobre su funcionamiento son todavía importantes. Se trata sólo de apuntar la existencia de soluciones novedosas y distintas a problemas que resultan comunes en los Estados europeos. Sólo por eso, a nuestro juicio, resulta interesante el breve examen de este instrumento normativo británico intentado en estas páginas.