

LA DISPUTA ENTRE DEMOCRACIA Y DERECHOS: EL CASO DE LA *HUMAN RIGHTS ACT* BRITÁNICA

CAROLINA RUDNICK VIZCARRA*

RESUMEN

¿Cuáles son los caracteres que definen a un diseño constitucional orientado a la protección y fortalecimiento de derechos, como tal? La respuesta a esta pregunta nos enfrenta al desafío de intentar equilibrar la relación entre *democracia* y *derechos*, entre la primacía del parlamento como expresión de la voluntad popular de ciudadanos libres e iguales y el reconocimiento de ciertos derechos básicos de los que somos titulares por nuestra sola condición humana y ante los cuales los gobiernos deben someterse. El Reino Unido ha logrado, frente a este desafío, un resultado sobresaliente, al promulgar en 1998 un estatuto de derechos que expresa los derechos y libertades del pueblo de Gran Bretaña.

Palabras clave: Derechos, Democracia, Parlamento, Derecho Inglés.

ABSTRACT

Which are the characteristics that define a constitutional design oriented to rights protection and reinforcement? The answer to this question confronts us to the challenge of trying to balance the relationship between democracy and rights, including the primacy of parliament as an expression of the popular will of free and equal citizens and the recognition of certain basic rights that we own because of our human condition and due to which governments must submit. The UK has achieved this challenge, an outstanding result, in 1998 enacting a bill of rights that expresses the rights and liberties of the people of Britain.

Key words: Rights, Democracy, Parliament, British Law.

Recibido: 21 de mayo de 2013.

Aceptado: 20 de junio de 2013.

* Abogada de la Universidad de Concepción. Máster en Política Criminal, London School of Economics and Political Science. Correo electrónico: crudnick@gmail.com.

¿Cuáles son los caracteres que definen a un diseño constitucional orientado a la protección y fortalecimiento de derechos, como tal? La respuesta a esta pregunta nos enfrenta al desafío de intentar equilibrar la relación entre *democracia* y *derechos*, entre la primacía del parlamento como expresión de la voluntad popular de ciudadanos libres e iguales y el reconocimiento de ciertos derechos básicos de los que somos titulares por nuestra sola condición humana y ante a los cuales los gobiernos deben someterse¹.

El antagonismo entre estas dos corrientes político-filosóficas reside en su aparente contradicción: en una democracia, si el Parlamento es el fiel representante de la voluntad del pueblo, en orden a poder expresarse como el verdadero soberano no puede ser restringido por nada externo a él, ni siquiera un estatuto de derechos inalienables, y en particular, tribunales resolviendo a favor y otorgándole estatus jurídico a esos derechos.

Por otro lado, los gobiernos, no obstante su calidad de representantes del pueblo, no son libres en el ejercicio de su poder delegado ni carece este de límites: estos deben obedecer y someterse al deber de respetar los derechos fundamentales de los individuos, y la tarea de declarar y controlar ese deber está radicada en la judicatura, con el potencial aumento de su poder².

En esta búsqueda, el Reino Unido ha logrado un resultado sobresaliente, al promulgar en 1998 un estatuto de derechos que expresa los derechos y libertades del pueblo de Gran Bretaña. Lo hace incorporando la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) a la legislación inglesa. A partir del año 2000, el Reino Unido disfruta, entre sus códigos y sus leyes, de una “ley superior, un conjunto de principios dominantes a los que todas las leyes y políticas, prácticas y procedimientos –presentes, pasados y futuros–, deben obedecer”³.

Esta imagen se aparta radicalmente del antiguo sistema de protección de derechos fundamentales propio de la tradición legal británica.

¹ LOUGHLIN, Martin, “Rights, Democracy and Law”, en CAMPBELL, Tom (ed.), *Sceptical essays on Human rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 41.

² GEARTY, Conor, *Principles of Human Rights Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 21.

³ KLUG, Francesca, *Values for a Godless age: The story of the United Kingdom’s new bill of rights*, London, Penguin Books, 2000, p. 7. Nota: Todas las traducciones son de la autora.

Aunque la noción de derechos humanos e incluso la idea de reconocer derechos básicos en declaraciones formales no es ajena a la tradición del Reino Unido⁴, este tipo de declaraciones estaban más preocupadas de la distribución del poder político entre el monarca y el parlamento que en establecer un sistema de derechos de los individuos contra el Estado.

El arreglo institucional para la protección de derechos descansaba en las características particulares de un sistema que entremezclaba principios del Derecho común (*Common Law*) con la intervención específica, a través de la legislación, de un parlamento supremo⁵. En consecuencia, una declaración constitucional de derechos, inderogable e inmune al cambio legislativo al estilo de los sistemas constitucionales de Estados Unidos o Francia, estaba ausente.

El presente artículo pretende bosquejar las debilidades y las fortalezas de ambos sistemas —el sistema de primacía del parlamento y el sistema de derechos constitucionales—, en un intento por evaluar y examinar su potencial como instrumentos efectivos de protección de derechos humanos. Se sugerirá que la *Human Rights Act* (Ley de Derechos Humanos) ofrece una delicada articulación de ambos sistemas de principios, que puede ser entendido como una *tercera vía* de diseño constitucional. A pesar de no estar exenta de deficiencias, ofrece una oportunidad única de sostener derechos fundamentales sin comprometer principios democráticos.

EL SISTEMA BRITÁNICO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS ANTERIOR A LA HUMAN RIGHTS ACT

El Reino Unido carece de una constitución escrita concediendo derechos positivos a sus ciudadanos. Su sistema constitucional descansa en un Parlamento omnicompetente, que implica que “el Parlamento tiene el derecho de hacer o deshacer cualquier ley, y más aún, que ninguna persona o cuerpo es reconocido por la ley de Inglaterra

⁴ BEATSON, Jack, *et al.*, *Human Rights: judicial protection in the United Kingdom*, London, Sweet & Maxwell, 2008.

⁵ DAVIS, Howard, *Human Rights and Civil Liberties*. Cullompton, Willan Publishing, 2003.

como titular de un derecho a revocar o dejar sin efecto la legislación del Parlamento”⁶.

En ausencia de declaraciones de derechos, tan despreciadas por los juristas británicos⁷, es a través del desarrollo del derecho común por los jueces, y a través de promulgación estatutaria expresa, que se provee de una diversidad de derechos específicos con sus respectivos remedios.

Derechos tales como el derecho a la libertad personal o el derecho a reunión, “están con nosotros como resultado de decisiones judiciales determinando los derechos de personas privadas en casos particulares puestos a conocimiento de los tribunales”⁸. Bajo este esquema, los derechos civiles son concebidas como *libertad negativa*: “La libertad no es algo que pueda ser afirmado en oposición a la ley: es el *residuo de conducta permitida* en el sentido de conducta no prohibida por ningún estatuto o regla del derecho común”⁹. Dado lo anterior, existe una presunción de legalidad: todo es permitido a menos que haya sido prohibido expresamente por la ley¹⁰.

Siguiendo al jurista decimonónico Dicey, cualquier restricción a la libertad requería basarse en reglas –estatutarias o dictadas por los jueces– que debían ser identificadas con la suficiente precisión como para vencer la presunción de legalidad¹¹.

El sistema prioriza al principio democrático e instala al Parlamento como el más apto para proteger derechos humanos, en la medida en que, de acuerdo a Dicey “ninguno gobierno podría oprimir a su pueblo eternamente sin correr el riesgo de ser derrotado en las urnas”¹². La responsabilidad política de los órganos democráticamente electos protege el espacio de libertad de los ciudadanos.

⁶ DICEY, A.V., *Introduction to the study of the law of the Constitution*, décima edición, Londres, Macmillann & Co Ltd, 1959, p. 40.

⁷ BENTHAM, Jeremy: “Anarchical Fallacies; being an examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution”, en WALDRON, Jeremy (ed.), *Nonsense on Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Methuen, 1987, pp. 46-76.

⁸ EWING, K.D. y GEARTY, Conor, *Freedom under Thatcher. Civil Liberties in Modern Britain*, Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 8.

⁹ EWING, K.D. y GEARTY, Conor, *Freedom under Thatcher...*, p. 9.

¹⁰ DAVIS, Howard, *Human Right...*

¹¹ DAVIS, Howard, *Human Right...*

¹² DAVIS, Howard, *Human Right...*, p. 15.

De la misma forma, las particularidades de la tradición del derecho común también contribuyen a la tarea de protección de libertades. De acuerdo a Lord Scarman, el derecho común se caracterizaba por su independencia: “creado y cultivado por los jueces, sin deberle nada al parlamento, asegurando ser costumbre jurídica, ha construido una resistencia al poder de otros, sean estos barones o sindicatos, reyes o departamentos gubernamentales, o incluso el Parlamento mismo. Su propia existencia es, por lo tanto, un bastión contra la opresión y la tiranía, sin importar quien sea el potencial opresor o tirano”¹³.

Al contrario de un sistema que autoriza a los jueces a declarar nula legislación contraria a derechos humanos reconocidos constitucionalmente, el sistema británico de supremacía parlamentaria respeta una estricta separación de los poderes.

Esto nos lleva a dos importantes e indudables ventajas del sistema: primero, deja la dimensión esencialmente política de las alegaciones de derechos en el escenario que le es más apropiado: la arena de la persuasión, el compromiso y el acuerdo que tiene lugar en la deliberación de los representantes del pueblo democráticamente elegidos¹⁴. En efecto, “la Justicia, de la manera en que se ha encarnado en los derechos humanos, no es un valor general y común, por el contrario, es un valor disputado por una variedad de diferentes intereses sociales y políticos”¹⁵. La naturaleza eminentemente controvertida de los derechos humanos requiere, entonces, que sus reivindicaciones sean realizadas en el seno del proceso democrático y no reemplazadas por el recurso a los jueces.

En segundo lugar, al permitir que las personas se gobiernen a sí mismas, el principio permite que la sociedad se adapte y desarrolle en el tiempo, al no estar restringido a una visión del individuo y de la comunidad fijo en el tiempo por medio de leyes inderogables.

¹³ SCARMAN, Leslie: *English law. The new dimension*. Londres, Stevens & Sons, 197, p. 6.

¹⁴ Ver EWING, K.D. y GEARTY, Conor, *Freedom under Thatcher...* y BINGHAM, Thomas: “The European Convention on Human Rights: Time to incorporate” en BINGHAM, Thomas: *The business of judging: selected essays and speeches*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2000.

¹⁵ DAVIS, Howard, *Human Right...*, p. 29.

Con ello se protege la reputación de la judicatura de ser políticamente neutral y deja intacta la estricta separación entre ley y moral: al apelar a reglas más que a principios, el sistema del derecho común evita declaraciones éticas, cánones teleológicos de interpretación y el consecuente cambio en el poder desde el legislativo al judicial¹⁶.

Sin embargo, en la noción residual de derechos y libertades, existentes solo si no hay regla o disposición legal que los limite o derogue, “ellos pueden ser reducidos a su mínima expresión donde haya una regla legal positiva que permita su violación”¹⁷. Tal como afirma Ewing y Gearty¹⁸, no hay nada en este esquema diseñado para defender la libertad en los casos en que el legislativo o las cortes impongan leyes restrictivas que atentan contra ella. Y aun en el caso de principios de interpretación que pudieran mitigar tal efecto, el derecho común carecía del poder de corregir o restablecer derechos en presencia de voluntad parlamentaria expresa.

A mayor abundamiento, los fundamentos de la revisión judicial o *judicial review*, bajo los cuales las cortes están habilitadas para interferir en las decisiones de autoridades públicas, no eran necesariamente lo suficientemente amplios como para permitir una protección total a los derechos humanos¹⁹.

En este escenario, el sistema sufría de una severa debilidad inserta en el centro de su naturaleza: “el principio británico de rehusarse a declarar derechos positivos no le entrega a la libertad armas para contraatacar”²⁰.

No existen en este sistema herramientas disponibles para el individuo para combatir legislación autoritaria y mantener a salvo sus libertades y derechos fundamentales, especialmente ante el caso de individuos que no pertenecen a la fuerza mayoritaria en el poder y desafían el statu quo. “Cuando los tiempos son normales y el miedo no azota el territorio, la ley inglesa protege la libertad del individuo y respeta la personalidad humana. Pero cuando los tiempos se sacuden por el miedo y prejuicio, el derecho común está en desventaja: no

¹⁶ LOUGHLIN, Martin, *Rights, Democracy...*”

¹⁷ BEATSON, Jack, et al., *Human Rights...*, p. 20.

¹⁸ EWING, K.D. y GEARTY, Conor, *Freedom under Thatcher...*

¹⁹ BEATSON, Jack, et al., *Human Rights...*

²⁰ EWING, K.D. y GEARTY, Conor, *Freedom under Thatcher...*, p. 9.

puede resistir la voluntad, por muy asustada y prejuiciada que sea, del Parlamento”²¹.

LAS PARTICULARIDADES DE LAS DECLARACIONES CONSTITUCIONALES DE DERECHOS

Bajo el modelo de derechos consagrados constitucionalmente, sistema opuesto al modelo democrático del sistema jurídico británico, el riesgo y peligro de que las mayorías en el Parlamento puedan abusar de su poder promulgando leyes que opriman a las minorías queda a salvo por medio de la imposición de restricciones formales y legalmente obligatorias sobre el poder de los cuerpos legislativos. “Al ser contrario al contrato entre el ciudadano y el Estado, la ley que infrinja los derechos del ciudadano es inconstitucional y los jueces están autorizados para declararla nula”²².

En el modelo de derechos los individuos poseen ‘derechos positivos’, promulgados en textos jurídicos que actúan como una ley superior, y que controla a través de su poder de revocación la legislación pasada, presente y futura que sea inconsistente con los derechos humanos y la conducta y desempeño de las autoridades públicas²³.

Se produce un cambio en la manera en que entendemos la naturaleza de la tarea de gobernar, en el sentido de que, desde aquel espacio libre de interferencia estatal nos movemos a uno de obligaciones positivas.

El modelo “requiere que el gobierno u otras autoridades públicas prevengan o corrijan su actuar en ciertas circunstancias”²⁴; hay una mayor certeza en cuanto a qué son esos derechos de los que somos titulares, y esta certidumbre es “lo suficientemente precisa como para habilitar a una persona a prever las circunstancias en las cuales el estado puede actuar restrictivamente hacia él o hacia ella”²⁵, todo esto

²¹ SCARMAN, Leslie: *English law. The new dimension*. Londres, Stevens & Sons, 197, p. 15.

²² LOUGHLIN, Martin, *Rights, Democracy...*, p. 42.

²³ BAILEY, S.H. et al, *Civil liberties. Cases and Material*, Londres, Lexis Nexis Butterworths, 2001.

²⁴ KLUG, Francesca, *Values for a Godless age: The story of the United Kingdom's new bill of rights*, Londres, Penguin Books, 2000, p. 45.

²⁵ DAVIS, Howard, *Human Right...*, p. 31.

unido a la existencia de mecanismos conocidos para hacer su ejercicio efectivo y real.

Este diseño institucional sigue la tradición proveniente de Locke, Kant y Rawls. Y toma en consideración dos hechos que aunque contingentes, no por eso menos históricos: en la práctica, el Parlamento como guardián de los derechos fundamentales está sujeto a su propia agenda, donde aquellos controversiales y delicados asuntos sobre derechos humanos “no habrán sido parte del manifiesto del partido. No permiten ganar elecciones. No tienen ninguna prioridad política”²⁶.

Asimismo, la naturaleza cada vez más heterogénea de nuestra sociedad y la posición cada vez más asertiva de las minorías permiten descartar al gobierno –entendido como la mayoría– como aquel que tratara de manera más justa las afectaciones de derechos, evitando cualquier abuso de su posición dominante. En este esquema, son las cortes las más aptas para preservar la primacía de los derechos sobre la lucha, a ratos indolente, por el poder político.

Hay ciertos supuestos detrás de este diseño que no podemos ignorar: sin perjuicio de la naturaleza y alcance indeterminado de ciertos derechos, no hay discusión en cuanto a lo absoluto y universal de ciertos otros, como el derecho a la vida y el derecho contra la tortura y la esclavitud.

De la misma forma, la democracia como forma de gobierno es más que el solo principio mayoritario; su rasgo distintivo es su compromiso con la dignidad, con tratar a sus ciudadanos con igual respeto y consideración²⁷.

En una sociedad cada vez más compleja y heterogénea, las controversias acerca de derechos son resueltas de manera más apropiada en un tribunal, en el sentido que “las cortes están más abiertas a un estudio cuidadoso y fundamentado de la cuestión que los procesos político partidistas, donde intereses irrelevantes para la decisión del asunto tienden a ser decisivos”²⁸.

²⁶ BINGHAM, Thomas, “The European Convention on Human Rights: Time to incorporate” en BINGHAM, Thomas, *The business of judging: selected essays and speeches*, New York, Oxford University Press, 2000, p. 133.

²⁷ Ver DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Londres, Duckworth, 1977, y DWORKIN, Ronald, “Rights as Trumps”, en WALDRON, Jeremy (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984.

²⁸ DAVIS, Howard, *Human Rights...*, p. 30.

La adopción de un estatuto de derechos tiene también significado simbólico e implicaciones morales que no podemos desmerecer. “Pueden contribuir a formar la identidad nacional de un país al expresar los valores fundamentales de una nación”²⁹. Al reafirmar el valor del individuo, tiene la potencialidad de determinar el comportamiento público y privado, generar conciencia y fomentar una “cultura de los derechos humanos”³⁰.

Sin embargo, la debilidad del sistema radica justamente en aquello que lo define: la transferencia de poder desde los representantes democráticamente elegidos a funcionarios que no son elegidos y respecto de los cuales no podemos exigir cuentas, los jueces. “La decisión política final en cuestiones trascendentes sería tomada por sujetos que no tienen mandato alguno para tomar esas decisiones”³¹.

No solo el sistema de designación –con sus riesgos de clientelismo– sino también la zona elitista y no representativa de reclutamiento –en el caso de Gran Bretaña– “educados en colegios públicos y Oxford o Cambridge, varones, blancos, mayoritariamente protestantes, mayoritariamente de clase media, frutos del colegio de abogados”³², conllevan el riesgo de reemplazar legislación fruto de la deliberación democrática por las preferencias personales de los jueces.

De *guardianes* de la constitución, los jueces pasan a ser los *amos* de la constitución.

Y el alcance correcto de este nuevo poder es indeterminado y librado en manos de sus propios artífices: “Los jueces, por tanto, son libres de determinar no solo qué tan activamente intervendrán, sino además cuáles libertades constitucionales están dispuestos a leer extensivamente y cuáles grupos e intereses están dispuestos a defender”³³. Los jueces podrían revocar legislación progresista que contradijera sus convicciones morales y políticas, ocultos en una argumentación legal acerca del significado correcto y verdadero de los términos en que están consagrados los derechos fundamentales, cuya textura abierta permite que sean interpretados tanto de una manera conservadora como liberal.

²⁹ KLUG, Francesca, *Values for a Godless age...*, p. 28

³⁰ BEATSON, Jack *et al.*, *Human Rights...*

³¹ EWING, K.D. y GEARTY, Conor, *Freedom under Thatcher...*, p. 267.

³² BINGHAM, Thomas, *The European Convention...*, p. 138

³³ EWING, K.D. y GEARTY, Conor, *Freedom under Thatcher...*, p. 269.

LA HUMAN RIGHTS ACT

La *Ley de Derechos Humanos* británica, ¿sigue el modelo democrático o el modelo de derechos humanos? ¿Existe una primacía de la voluntad del soberano o contempla derechos que actúan como escudos protectores ante el eventual abuso de la *mayoría*?

El sistema que contempla la Ley de Derechos Humanos es bastante único. Goza de la particularidad de rendir sus respetos a ambos principios de gobierno. Es esa particularidad, en nuestra opinión, donde reside su potencial éxito como sistema de protección de derechos y libertades, “una síntesis efectiva entre derechos humanos y democracia representativa”³⁴.

La *Human Rights Act* incorpora indirectamente a la legislación británica los derechos establecidos en la Convención Europea de Derechos Humanos. Los denomina, en su Sección 1, “derechos de la Convención” y los desarrolla en el Esquema 1 (*Schedule 1*) de la misma.

El impacto en la legislación se produce de dos maneras. En primer lugar, la Sección 3 impone a las cortes del Reino Unido la obligación, en todos los casos puestos en su conocimiento, de interpretar la legislación primaria³⁵ vigente o futura, de manera compatible con los derechos de la Convención en la medida en que sea posible³⁶, contando para ello con la posibilidad de recurrir a la interpretación que de ellos se ha dado en Estrasburgo (Sección 2).

Si, a pesar de todos los esfuerzos, la legislación primaria no puede ser interpretada de una manera compatible con los derechos de la Convención, las cortes están autorizadas para emitir una “declaración de incompatibilidad”, según lo dispone la Sección 4. Esta declaración no afecta ni la validez ni la eficacia de la respectiva ley. La legislación sigue vigente pero el Primer Ministro puede legislar con el objeto de remover la incompatibilidad contando para ello con un procedimiento legislativo de urgencia (*Fast-track*).

En cuanto a la legislación delegada, aquella que es incompatible con los derechos de la Convención es generalmente nula (Sección 3).

³⁴ GEARTY, Conor, “Reconciling Parliamentary democracy and human rights”, in *Law Quarterly Review*, 118 (Apr), 2002, p. 248.

³⁵ La legislación primaria es la legislación que emana directamente del Parlamento. La legislación secundaria es aquella producto de la potestad normativa delegada.

³⁶ La Sección 2 dispone: “so far as it is possible”.

En segundo lugar, la Sección 6 de la Ley de Derechos Humanos impone un deber sobre las “autoridades públicas” de actuar en conformidad con los derechos de la Convención, salvo disposición estatutaria expresa. De no hacerlo, la “víctima” de la infracción a la Ley de Derechos Humanos posee un nuevo derecho de carácter público de recurrir contra la autoridad correspondiente, o bien ejercer su derecho de la Convención en otro tipo de procedimientos (Sección 7). La corte puede disponer de reparaciones u otras formas de compensación (Sección 8).

Como podemos observar, la *Human Rights Act* se esfuerza por lograr un delicado equilibrio entre democracia y derechos humanos. En cuanto declaración de derechos, cumple la función de establecer con claridad los derechos y libertades de la gente de Gran Bretaña y establece los procedimientos a disposición en caso de ser vulnerados. Al introducir derechos y mecanismos de reparación en la legislación doméstica, evita el arduo y fatigoso viaje a la Corte Europea de Derechos Humanos en Estrasburgo. La eficacia de su ejercicio y su adjudicación es radicada en la judicatura nacional, “a quien se le ha entregado un poder mayor, pero limitado”³⁷. En la interpretación de las leyes del Parlamento, su lectura y efecto debe ser “en la medida en que sea posible” compatible con los derechos de la Convención.

Asimismo, y según lo dispone la Sección 2, en la interpretación de la ley puede recurrirse a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. Consiguientemente, aproximaciones interpretativas progresistas tales como: concebir la Convención como un documento en evolución, el principio de legalidad, el principio de obligaciones positivas de los Estados, el principio de proporcionalidad³⁸, todos ellos desarrollados por la Corte Europea en su misión de proteger los derechos humanos, tienen una vía de acceso al orden legal doméstico.

Por otro lado, el deber de actuar de manera compatible con la Convención impuesta sobre todas las autoridades públicas, concepto que incluye a la judicatura, puede proporcionar el fundamento para el llamado “efecto horizontal” de los derechos de la Convención. Esto significa que las cortes y tribunales escojan desarrollar relaciones legales privadas, como la difamación o el derecho laboral de forma tal

³⁷ GEARTY, Conor, *Reconciling...*, p. 269.

³⁸ DAVIS, Howard, *Human Rights...*

que se dé efecto a los valores subyacentes de la Convención³⁹, a pesar de que esta última no contemple derechos económicos, sociales y culturales. Adicionalmente, los derechos de la Convención podrían ser utilizados por las cortes como base para desarrollar reglas de derecho común o causas de pedir que amplíen esos mismos derechos.

En cuanto al compromiso con el principio democrático, a través de la Sección 3, la *Human Rights Act* reserva la propiedad de la deliberación política al pueblo soberano, dejando la supremacía parlamentaria intacta. La “declaración de incompatibilidad” es lo más lejos que las cortes pueden llegar en su examen de la legislación. Este esquema promueve las nociones de autocontrol y deferencia que los jueces deben observar en órdenes jurídicos democráticos, análoga a la doctrina del “margen de apreciación” desarrollada por la Corte Europea de Derechos Humanos. Y lo más importante, reasigna la responsabilidad política de establecer las reglas de convivencia social a los órganos democráticamente elegidos. Enfrentados a una “declaración de incompatibilidad”, les exige pronunciarse explícitamente y asumir los costos de sus decisiones políticas.

La *Human Rights Act* no está exenta de críticas. Campbell señala que el alcance del “requerimiento interpretativo”, en el contexto de teorías de la interpretación que acompañan la judicialización de los derechos humanos, “tiene la capacidad de producir de facto la incorporación completa de la Convención a un punto donde las cortes, en la práctica, son capaces de revocar leyes que consideran en infracción de su lectura de la Convención”⁴⁰. Campbell pone en tela de juicio la capacidad real de los gobiernos de ignorar declaraciones de incompatibilidad o de invalidar legislativamente modificaciones al derecho común realizadas bajo la justificación explícita de ser compatibles con la Convención.

Otros autores, subrayando el trasfondo liberal de los derechos de la Convención Europea, advierten del peligro que ello conlleva, esto es, favorecer el reconocimiento y ejercicio de los derechos civiles y políticos en desmedro de los derechos sociales y económicos, imponiendo sobre legislación de corte social y progresivo exigencias superiores de justificación. “En otras palabras, existe el peligro que la Ley de De-

³⁹ DAVIS, Howard, *Human Rights...*

⁴⁰ CAMPBELL, Tom, “Incorporation through interpretation”, en CAMPBELL, Tom et al (eds), *Sceptical essays on Human rights*, Oxford University Press, 2001, p. 80.

rechos Humanos blinde a los detentadores del poder privado cuando son blanco de regulación social”⁴¹.

LOS DESAFÍOS

Enfrentados a los recientes fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos, como en el caso de *Qataba v. Reino Unido*⁴², o recordando la lucha del Centro Americano de Derechos Constitucionales en el caso *Al-Aulaqui*, las palabras de Lord Scarman acerca del efecto de las fuerzas del miedo y el prejuicio suenan premonitorias. Lo que estos casos ponen de manifiesto es que no existe un orden legal que sea lo suficientemente fuerte como para vencer las fuerzas del miedo y el prejuicio cuando estas invaden el discurso social, nuestras mentes y nuestros corazones.

Teniendo esto en consideración, sorprende el descubrir un denominador común presente en las críticas a los tres modelos: el democrático, el de derechos y aquel consagrado por la *Human Rights Act*. Este elemento común es la *desconfianza*: desconfianza en todos aquellos que detentan el poder último de proteger y defender derechos humanos: jueces, políticos y entidades privados. Y como la mayoría de los autores sabiamente destaca⁴³, aunque los diseños constitucionales sí importan, lo que es a lo menos igualmente importante son los valores de aquellos que detentan el rol de determinar qué derechos tenemos y de protegerlos de la arbitrariedad y la injusticia.

El éxito de la *Human Rights Act* y su compromiso sutil entre democracia y derechos, invita al desafío de imaginar y crear, de acuerdo a nuestra tradición constitucional y los rasgos distintivos de nuestra historia, un producto que refleje a lo menos un compromiso similar con la dignidad humana, entendida esta tanto en cuanto autonomía como en la fuente de titularidad de derechos inalienables.

⁴¹ EWING, K.D., “The Unbalanced Constitution”, en CAMPBELL, Tom *et al.* (eds), *Skeptical essays on Human rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 111.

⁴² *Qataba v. Reino Unido*, CEDH.

⁴³ KLUG, Francesca, *Values for a Godless age...*, p. 23; EWING, K.D., *The Unbalanced...*, p. 112

BIBLIOGRAFÍA

- BAILEY, S.H. *et al.*, *Civil liberties. Cases and Material*, Londres, Lexis Nexis Butterworths, 2001.
- BEATSON, Jack *et al.*, *Human Rights: judicial protection in the United Kingdom*, Londres, Sweet & Maxwell, 2008.
- BENTHAM, Jeremy, “Anarchical Fallacies; being an examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution”, en WALDRON, Jeremy, *Nonsense on Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Methuen, 1987, pp. 46-76.
- BINGHAM, Thomas, “The European Convention on Human Rights: Time to incorporate” en BINGHAM, Thomas, *The business of judging: selected essays and speeches*, New York, Oxford University Press, 2000.
- CAMPBELL, Tom, “Incorporation through interpretation”, en CAMPBELL, Tom *et al.* (eds), *Sceptical essays on Human rights*, Oxford University Press, 2001, pp. 79-102.
- DAVIS, Howard, *Human Rights and Civil Liberties*, Cullompton, Willan Publishing, 2003.
- DICEY, A.V., *Introduction to the study of the law of the Constitution*, décima edición, Londres, Macmillann & Co Ltd, 1959.
- DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Londres, Duckworth, 1977.
- DWORKIN, Ronald, “Rights as Trumps”, en WALDRON, Jeremy (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984.
- EWING, K.D., “The Unbalanced Constitution”, en CAMPBELL, Tom *et al.* (eds), *Skeptical essays on Human rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 103-118.
- EWING, K.D. y GEARTY, Conor, *Freedom under Thatcher. Civil Liberties in Modern Britain*, Oxford, Clarendon Press, 1990.
- GEARTY, Conor, “Reconciling Parliamentary democracy and human rights”, en *Law Quarterly Review*, 118 (Apr), 2002, pp. 248-269.
- GEARTY, Conor, *Principles of Human Rights Adjudication*, Oxford: University Press, 2004
- GEARTY, Conor, 2007 ‘Are judges now out of their depth’ Justice annual lecture, 17 October 2007
- GEARTY, Conor, “The Human Rights Act – an academic sceptic changes his mind but not his heart” en *European Human Rights Law Review*, vol. 6, 2010, pp. 582-588.

KLUG, Francesca, *Values for a Godless age: The story of the United Kingdom's new bill of rights*, Londres, Penguin Books, 2000.

LOUGHLIN, Martin, "Rights, Democracy and Law", en CAMPBELL, Tom *et al.* (eds), *Sceptical essays on Human rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 41-60.

SCARMAN, Leslie, *English law. The new dimension*. Londres, Stevens & Sons, 1974.