

EDUARDO VÍRGALA FORURIA  
Catedrático de Derecho Constitucional

# LA CONSTITUCIÓN BRITÁNICA EN EL SIGLO XXI

**Soberanía parlamentaria,  
constitucionalismo *common law*  
y leyes constitucionales**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO  
2018

# ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN .....	11
<b>CAPÍTULO I. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA (NO CODIFICADA) BRITÁNICA Y SUS COMPONENTES.....</b>	<b>15</b>
1. LA LEY PARLAMENTARIA Y OTRAS FUENTES DEL DERECHO DE SIMILAR RANGO.....	18
2. LA PRERROGATIVA REGIA.....	23
3. LAS CONVENCIONES CONSTITUCIONALES .....	37
<b>CAPÍTULO II. EL PRINCIPIO FUNDAMENTAL DE LA CONSTITUCIÓN BRITÁNICA: LA SOBERANÍA PARLAMENTARIA Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA .....</b>	<b>45</b>
1. EL ORIGEN HISTÓRICO DE LA SOBERANÍA PARLAMENTARIA .....	45
2. A. W. DICEY Y LA SOBERANÍA PARLAMENTARIA .....	54
3. LA SOBERANÍA PARLAMENTARIA COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO HARTIANA Y LA DISPUTA ENTRE SOBERANÍA PARLAMENTARIA <i>SELF-EMBRACING Y CONTINUING</i> .....	59
<b>CAPÍTULO III. EL CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO Y EL CONSTITUCIONALISMO <i>COMMON LAW</i>.....</b>	<b>65</b>
<b>CAPÍTULO IV. LOS CAMBIOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN BRITÁNICA EN LOS SIGLOS XX Y XXI ....</b>	<b>87</b>
1. LAS <i>PARLIAMENT ACTS</i> DE 1911 Y 1949 Y LA SENTENCIA <i>JACKSON</i> DE 2005 .....	87

	Pág.
2. LA ADHESIÓN AL CEDH Y LA HRA DE 1998 .....	104
3. LA ENTRADA EN LAS COMUNIDADES EUROPEAS, LA ECA 1972, LAS SENTENCIAS <i>FACTORTAME</i> DE 1990-1991 Y LA SENTENCIA <i>MILLER</i> DE 2017 .....	114
 <b>CAPÍTULO V. LA CONSTITUCIÓN (¿LEGAL?) BRITÁNICA EN LA ACTUALIDAD</b> .....	 121
1. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EJERCIDO POR EL TRIBUNAL SUPREMO DEL REINO UNIDO A PARTIR DE 2009.....	121
2. LAS LEYES CONSTITUCIONALES Y SU CONSAGRACIÓN A PARTIR DE LA SENTENCIA <i>THOBURN</i> DE 2002.....	128
 <b>CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES</b> .....	 139
 <b>RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS</b> .....	 149
 <b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	 153

## INTRODUCCIÓN

Este libro nace de la insatisfacción del autor ante una cierta displicencia con la que se suele tratar académicamente en España a la Constitución británica. Es inusual ir más allá de su calificación como Constitución no escrita sin control judicial de constitucionalidad o de que no deja de ser un conjunto de leyes, costumbres y convenciones, en que primarían las primeras sin distinción jurídica entre las que produce el Parlamento de Westminster. Esa era también la idea que yo tenía al no haber profundizado más allá de lo que suelen señalar los manuales de Derecho constitucional comparado y no existir monografías en castellano sobre el origen y evolución de la Constitución en el Reino Unido.

En 2014 tuve una invitación para investigar e impartir seminarios como *Visiting Fellow* en el Institute of Advanced Legal Studies, centro de posgrado de la University of London. La magnífica biblioteca del Instituto me permitió acceder a la ingente producción académica sobre los cambios que se han ido produciendo en el constitucionalismo británico en las dos últimas décadas y, también, a profundizar en cómo se ha ido conformando el mismo a partir de la revolución liberal de 1688.

El principio fundamental de esa Constitución, la soberanía parlamentaria, se mantiene, pero nadie niega allí que lo hace en una tensión constante con otros principios, señaladamente el *rule of law*, en su interpretación por los tribunales, hasta el punto de dar lugar a un amplio movimiento tanto en sede judicial como académica, conocido como el constitucionalismo *common law*. Este entendimiento de la Constitución y de su naturaleza jurídica se enfrenta al más clásico, el de la denominada Constitución política.

A la anterior confrontación teórica y práctica en su aplicación judicial se han ido uniendo desde comienzos del siglo xx hitos legales que, en mi modesta opinión, no han sido suficientemente analizados en España. Pueden citarse las *Parliament Acts* (Leyes sobre el Parlamento) de 1911 y 1949, que condicionan el procedimiento legislativo, y lo que debe considerarse como ley parlamentaria, con la sentencia *Jackson* de 2005 fijando la naturaleza de esas leyes. El fuerte condicionamiento

que supone la (todavía) pertenencia del Reino Unido al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y, especialmente, el sometimiento al Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde 1966 han tenido un impacto importante en el sistema británico de fuentes del Derecho y de su funcionamiento con la *Human Rights Act* (HRA), Ley de derechos humanos, de 1998. Esa Ley permite a los tribunales declarar la incompatibilidad de la legislación británica con el CEDH, aunque deja al Parlamento la última palabra sobre la validez de la ley. De la misma forma, la entrada en las entonces Comunidades Europeas en 1972 y la aceptación completa de la primacía del Derecho de la UE desde la sentencia *Factortame* (No. 2) de 1991<sup>1</sup> suponen una clara mutación de la Constitución británica y de la soberanía parlamentaria.

En el siglo XXI ha habido, entre otros, dos importantes hechos en la evolución de la Constitución británica. Por un lado, la consagración jurisprudencial, a partir de la sentencia *Thoburn* de 2002, de la categoría de las leyes constitucionales, como fuente del Derecho diferenciada, en la que queda excluida la derogación implícita, como forma de reconciliar una cierta superioridad de las mismas sin impedir la soberanía parlamentaria, que, en última instancia, posibilita la modificación o derogación expresa de las Leyes constitucionales. Es inevitable también la referencia a la entrada en funcionamiento del Tribunal Supremo del Reino Unido, en sustitución del antiguo *Appellate Committee of the House of Lords* (Comité de apelación de la Cámara de los Lores). Su prestigio, a pesar de su reciente creación, y la labor de control de constitucionalidad que desarrolla en materia de leyes regionales avalan su papel en la paulatina transformación de la Constitución británica de política en legal en el siglo XXI.

Finalmente, la próxima salida del Reino Unido de la UE como consecuencia del referéndum de 2016 sobre el *Brexit* tendrá como consecuencia un reforzamiento, aunque sea formal, de la soberanía parlamentaria. A partir de ese momento no existirá primacía sobre las leyes parlamentarias británicas, aunque nadie puede ignorar que en la forma de gobierno parlamentaria es el Gobierno el que controla a la mayoría parlamentaria y, en última instancia, tiene en su mano en gran medida la producción legislativa.

No puedo terminar estas líneas sin referirme a la ayuda que supuso la comentada estancia en el Institute of Advanced Legal Studies de Londres y que debo personalizar en la figura de su director, Jules Winterton. En la Universidad del País Vasco personalizaré mi agradecimiento en Miguel Ángel García Herrera, no por director del Departamento de Derecho Constitucional e Historia del Pensamiento Político, que también, sino por su ayuda y amistad durante tantos años. A los estudiantes de Derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad del

---

<sup>1</sup> *R v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd* (No. 2), [1991] 1 AC 603.

País Vasco, tanto en su sede de San Sebastián como en la de Leioa, les doy las gracias por la paciencia que han tenido con mi ininterrumpida docencia desde 1982 y que ha permitido que haya mantenido siempre la ilusión de ir a dar clase.

Eduardo VÍRGALA FORURIA  
Catedrático de Derecho Constitucional  
Donostia-San Sebastián, a 19 de marzo de 2018,  
206 aniversario de nuestra primera Constitución de Cádiz,  
que abrió el camino de la libertad en España

# CAPÍTULO I

## LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA (NO CODIFICADA) BRITÁNICA Y SUS COMPONENTES

La Constitución británica es una Constitución no codificada en ningún documento como tal y contiene más elementos de Constitución política, en el sentido de estar sujeta a las convenciones establecidas entre diferentes órganos estatales y los partidos políticos, que de Constitución jurídica, plasmada en textos legales y sometida a algún tipo de control jurisdiccional. Esa definición de Constitución política es más atinada que la de Constitución no escrita que suele utilizarse normalmente, pero que no refleja la realidad, ya que la mayor parte de la Constitución británica está escrita aunque no codificada ni con los elementos característicos de una Constitución formal europea<sup>1</sup>. Realmente, como señalan O'Connell o Griffith, no existe en ningún Estado constitucional una separación rígida entre Constituciones políticas y jurídicas, sino una línea continua en la que unas tienen más componentes políticos que jurídicos y al revés, siendo la británica la que más tiene de los primeros, pero con una participación también de los tribunales en su definición, aunque evidentemente no tengan la última palabra<sup>2</sup>. Eso explica que el cambio constitucional lo pueda realizar cualquier ley ordinaria, pero que dichos cambios no provengan solo de esa fuente<sup>3</sup>.

En este sentido de Constitución política, la británica ha de entenderse como un conjunto de relaciones políticas entre los órganos del Estado, de forma que las reglas que regulan el ejercicio del poder se basan en sobrentendidos políticos, a partir de un elemento central como es la soberanía parlamentaria y un entendimiento fundamentalmente formal del Estado de Derecho<sup>4</sup>. De ahí que las posibles inconstitucionalidades hayan de resolverse políticamente, limitando el control judicial ya que no tiene legitimidad democrática, siendo el Parlamento o, en última ins-

---

<sup>1</sup> O'CONNELL (2016: 1-2).

<sup>2</sup> O'CONNELL (2016: 1-2), GRIFFITH (2000: 176).

<sup>3</sup> NEUBERGER (2011: 7).

<sup>4</sup> MURKENS (2017: 8).

tancia, el pueblo en las siguientes elecciones el que frenará las hipotéticas inconstitucionalidades<sup>5</sup>.

La esencia de la Constitución no codificada es, por tanto, su carácter político, lo que significa que, aunque puedan realizarse cambios legales fácilmente, el acuerdo político es el que prima, de forma que el cambio legal encuentre límites políticos materiales y no formales. Así, por ejemplo, alcanzado un acuerdo para la devolución territorial con Escocia y Gales, el mismo podría revertirse derogando la *Scotland* o la *Welsh Acts* (Leyes de autonomía de Escocia o Gales), pero eso rompería el pacto político alcanzado y, por ello, es descartable. Lo mismo podría decirse para los derechos fundamentales, hipotéticamente suprimibles por ley, pero no políticamente<sup>6</sup>.

Esta definición como Constitución no codificada puede llegar a posiciones extremas, como la mantenida por alguien tan relevante como el presidente del Tribunal Supremo del Reino Unido (TS-RU) de 2012 a 2017, Lord Neuberger, cuando señaló en 2014 que el Reino Unido no tiene una Constitución, sino que solo rige la soberanía parlamentaria, y, por tanto, los tribunales no tienen ninguna capacidad de anular una ley, adscribiéndose a una tendencia a negar la propia Constitución, incluso en su consideración de no codificada o no escrita. Lord Neuberger afirma incluso que normas tan fundamentales como la Magna Carta de 1215 o el *Bill of Rights* de 1689 no deben confundirse con partes de una Constitución, ya que pueden derogarse por mayoría simple<sup>7</sup>.

Este concepto de Constitución política no codificada es fruto de la evolución histórica que luego se detallará, pero ya en el siglo XIX Freeman escribía que desde finales del siglo XVII puede decirse que no hay distinción jurídica alguna entre Constitución y ley, desarrollándose una Constitución convencional, no escrita y no codificada. A partir de entonces algo puede ser inconstitucional, pero no ilegal, por ejemplo, si un Gobierno siguiera sin más después de una moción de censura en el Parlamento eso sería inconstitucional por romper las convenciones de la forma de gobierno parlamentaria asentada desde el siglo XVIII, pero en términos jurídicos no sería un Gobierno ilegal, y desde luego que no podría ser juzgado como tal por los tribunales<sup>8</sup>.

¿En qué consiste esta Constitución no codificada? Es un conjunto de leyes, prerrogativa regia y convenciones constitucionales, junto con otros documentos, sin valor jurídico formal, pero que tienen una influencia decisiva en el funcionamiento de los órganos constitucionales y que podemos denominar como una especie de *soft-constitution*, como pueden ser el *Ministerial Code* (Código Ministerial) o el *Cabinet Manual* (Manual del Gabinete)<sup>9</sup>, de los que luego hablaré. Lo que dis-

<sup>5</sup> ELLIOTT y THOMAS (2017: 38).

<sup>6</sup> ELLIOTT y THOMAS (2017: 33), ELLIOTT (2004: 546).

<sup>7</sup> ELLIOTT (2015g: 1-5).

<sup>8</sup> FREEMAN (1873).

<sup>9</sup> TOMKINS (2013: 2276).



tingue al Reino Unido de otras Constituciones no codificadas (Israel<sup>10</sup>, Nueva Zelanda) es el gran número de leyes relevantes constitucionalmente aprobadas por el Parlamento británico a lo largo de los siglos. La Constitución no codificada británica tiene la peculiaridad, además, de la ausencia de consenso en la determinación concreta de cuáles son las leyes que formarían parte de la misma. Mellon, Stuart y Helen en 2015 han identificado dieciocho, pero ellos mismos reconocen que el informe del *Political and Constitutional Reform Committee* (Comisión de reforma política y constitucional) de la Cámara de los Comunes incluye una lista diferente de *Acts of Parliament of a constitutional nature* (Leyes del Parlamento de naturaleza constitucional), que también difiere de la que agrupa *online* la *Oxford Constitutions of the World* con leyes «de significación particular para el desarrollo constitucional del Reino Unido»<sup>11</sup>.

La Constitución política pivota sobre dos principios, uno fundamental superior y que se constituye en la regla de reconocimiento del ordenamiento jurídico británico, la soberanía parlamentaria, y otro fundamental, el *rule of law*, que pugna con el anterior y cuya reafirmación por los tribunales, muy especialmente en las últimas décadas, empuja hacia la evolución de la Constitución en un sentido legal.

Esta consideración de la Constitución no codificada como exclusivamente política, que encaja con una visión de la democracia mayoritaria, ha ido impugnándose en el último siglo para confrontarse con la Constitución del *common law* o, más bien, con el constitucionalismo del *common law*, al que más tarde haré extensa referencia, partidario de que la determinación de lo que es la Constitución británica quede en manos de los tribunales. El constitucionalismo «político» plantea aquí una divergencia muy fuerte al considerar que los jueces no pueden llevar a cabo esa tarea de decisión sobre la validez de la Constitución, ya que no son elegidos por los ciudadanos, provienen de determinados estratos sociales y tienen una formación jurídica enfocada hacia la práctica procesal y no a la teórica<sup>12</sup>. Pero, sobre esto, como decía, volveré más tarde.

---

<sup>10</sup> En 1950, el Parlamento israelí adoptó la resolución *Harari* por la que se autorizaba a dictar leyes básicas, aprobadas por mayoría absoluta, con estatus constitucional, aunque sin ser una Constitución. De 1958 a 1991, el Parlamento aprobó nueve leyes básicas. En 1992 aprobó dos más en materia de derechos, a lo que se había resistido por décadas, la *Freedom of occupation* (Libertad de ocupación) y la *Human Dignity and Liberty* (Libertad y dignidad humanas: con derechos de la primera generación como vida, dignidad, libertad, libertad de entrada y salida del país, intimidad, propiedad). De todas formas, en Israel surge el control judicial de constitucionalidad por el TS a partir de 1995, al impugnarse una Ley por ser contraria a las dos leyes básicas en materia de derechos. En la sentencia *United Mizrahi Bank Ltd. Migdal Cooperative Village*, el presidente del TS Aharon Barak afirma que Israel tiene una Constitución y asume para sí el control de constitucionalidad. Israel adopta un modelo de control limitado de constitucionalidad, de forma que el TS puede declarar la inconstitucionalidad, pero el Parlamento puede por mayoría absoluta modificar la ley básica y acomodarla a la ley «ordinaria» declarada inconstitucional, de forma similar a lo que ocurre en Canadá con el art. 33 de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* o en el Reino Unido con el art. 4 de la *Human Rights Act 1998* (HRA): CALABRESI (2016: 46-48), BLICK (2011: 27), GARDBAUM (2013b: 97 ss.).

<sup>11</sup> MELLON, STUART y HELEN (2015: 10-11).

<sup>12</sup> GRIFFITH (2000: 163).

A lo anterior se añade que en las dos últimas décadas, desde finales del siglo xx, la Constitución británica ha vivido un proceso de cambio continuo que probablemente solo pueda darse en una Constitución no codificada de este tipo, desde el *big bang* que supuso el Gobierno laborista de Blair (1997-2007) con la HRA de 1998, el proceso de devolución territorial ese mismo año a Escocia e Irlanda del Norte, luego extendido a Gales, la reforma de los Lores en 1999, la *Freedom of Information Act* (Ley de libertad de información) de 2000, la reforma judicial en 2005 y la puesta en marcha del TS-RU en 2009; y el Gobierno de coalición conservador-liberaldemócrata de Cameron (2010-2015) con la legislatura fija de cinco años en la *Fixed-Term Parliaments Act* (Ley de legislatura de plazo fijo) de 2011<sup>13</sup>, el referéndum sobre la independencia en Escocia en 2014; y, finalmente, el Gobierno solo conservador de Cameron (2015-2016) con el EVEL<sup>14</sup> en 2015 y los distintos avatares de su relación con la UE<sup>15</sup> hasta el referéndum del *Brexit* de 2016. A ello se añade la utilización frecuente del referéndum como mecanismo constitucional<sup>16</sup>. Lo anterior muestra la fortaleza de la Constitución no codificada británica para poder adaptarse a los cambios sociales<sup>17</sup>.

Analizaré ahora brevemente los componentes genéricos de la Constitución no codificada británica: leyes, prerrogativas y convenciones.

## 1. LA LEY PARLAMENTARIA Y OTRAS FUENTES DEL DERECHO DE SIMILAR RANGO

En el Reino Unido se suele decir que no cabe la distinción entre Constitución y ley, de forma que esta puede modificar o derogar cualquier principio constitucional inveterado o los derechos fundamentales<sup>18</sup>, aunque sí habrá una diferencia, que luego explicaré en detalle entre lo que podemos denominar ley ordinaria y la denominada, desde la sentencia *Factortame (No. 2)* de 1991, ley constitucional<sup>19</sup>. Siendo

<sup>13</sup> Que no impide totalmente la disolución anticipada, sino que exige para ello la aprobación por dos tercios de la Cámara de los Comunes, como sucedió el 19 de abril de 2017 para autorizar las elecciones a celebrar el 8 de junio, solo tras dos años de legislatura.

<sup>14</sup> *English Votes for English Laws* (Votos ingleses en las Leyes inglesas), del que hablaré con mayor detalle en el apartado 1 del capítulo V.

<sup>15</sup> ELLIOTT (2015d y 2015e: 1), O'CONNELL (2016: 3), BLICK (2011: 14).

<sup>16</sup> BLICK (2011: 14).

<sup>17</sup> ELLIOTT y THOMAS (2017: 30).

<sup>18</sup> *Ibid.*: 12.

<sup>19</sup> En el caso de Nueva Zelanda, están consideradas como parte del canon constitucional, pero sin estatus jurídico especial, la *Legislature Act* (Ley del Parlamento) de 1908, la *Constitution Act* (Ley constitucional) de 1986, la *New Zealand Bill of Rights Act* (Ley de Derechos de Nueva Zelanda) de 1990, la *Electoral Act* (Ley electoral) de 1993 y la *Parliamentary Privilege Act* (Ley de privilegios parlamentarios) de 2014, junto al Tratado de Waitangi de 1840 con la población indígena: RISHWORTH (2016: 141).

La *Constitution Act* de 1986 no deja de ser más que otra ley, por lo que su título es más descriptivo que constitutivo, que declara que el Parlamento de Nueva Zelanda «sigue teniendo completo poder para hacer leyes»: RISHWORTH (2016: 142).

lo anterior cierto en términos generales, no puede ignorarse la pugna constante entre el principio de la soberanía parlamentaria, elemento fundamental de la hartiana regla de reconocimiento del Ordenamiento jurídico británico, sobre la que luego volveré, y el principio del *rule of law*<sup>20</sup>, creado por el *common law*<sup>21</sup> y, en definitiva, por los tribunales. Lo anterior, existente con más o menos intensidad desde la gloriosa revolución de 1688<sup>22</sup>, ha adquirido desde mediados del siglo xx una nueva dimensión con la contraposición entre el constitucionalismo político y el constitucionalismo *common law*, al que dedicaré una atención específica en un apartado posterior.

En todo caso, la ley parlamentaria es la fuente principal del Derecho británico y tendría tres formas de producirse:

- 1) Leyes que requieren la aprobación de las dos Cámaras y la sanción regia y que pueden afectar a cualquier materia.
- 2) Leyes que impliquen alteración de los presupuestos, que siguen el procedimiento de la *Parliament Act* de 1911 y que requieren la aprobación solo de la Cámara de los Comunes.
- 3) Leyes aprobadas solo por la Cámara de los Comunes por el procedimiento establecido en las *Parliament Acts* de 1911 y 1949. Su límite es la extensión de la legislatura más allá de los cinco años y la propia modificación de la *Parliament Act* de 1911<sup>23</sup>.

Por otro lado, el art. 21.1 de la *Interpretation Act* (Ley de interpretación normas jurídicas) de 1978 establece que la legislación subordinada está formada por «*Orders in Council* (Órdenes del Consejo Real), *orders* (órdenes), *rules* (normas), *regulations* (reglamentos), *scheme* (esquemas), *warrants* (mandamientos), *byelaws* (estatutos), y otros instrumentos dictados o que pueden dictarse a partir de una ley»<sup>24</sup> y, como se dijo en el caso *The Zamora*<sup>25</sup>: «La idea de que el *King in Council* (rey en Consejo Real), o cualquier órgano del ejecutivo, tiene el poder de prescribir o alterar la ley a aplicar por los tribunales de este país no es acorde con los

---

<sup>20</sup> Aunque normalmente puede traducirse el *rule of law* como equivalente a nuestro concepto de Estado de Derecho, la equivalencia no es absoluta y en este trabajo utilizaré el término inglés.

<sup>21</sup> Sobre el *common law*, véase ITURRALDE (1995). Una descripción menos académica, aunque muy útil, en CUÑADO y GÁMEZ (2017).

<sup>22</sup> En este trabajo he optado por no relatar cada acontecimiento histórico si es suficientemente conocido. Baste aquí señalar que en 1688, tras la huida del rey James II, un grupo informal de Lores, antiguos miembros de los Comunes y autoridades de la *City of London* invitaron a William, príncipe holandés de Orange y casado con Mary, hija de James II, a que convocara una Convención. La Convención declaró vacante el trono y se lo ofreció a William y Mary con la condición de que se sometieran a una *Declaration of Right* (Declaración de derechos) proclamada por la Convención. Aceptado el trono, la Convención aprobó la *Crown and Parliament Recognition Act* (Ley de reconocimiento del Parlamento y de la Corona) de 1689 y el *Bill of Rights* de 1689 (sustancialmente incorporando la anterior *Declaration of Right*), que establecieron la soberanía del Parlamento: MUNRO (2010: 128).

<sup>23</sup> Haré posterior referencia a los dos últimos procedimientos por su significación constitucional.

<sup>24</sup> BARBER (2003).

<sup>25</sup> [1916] 2 AC 77, p. 90.

principios de nuestra Constitución. Es cierto que, a partir de numerosas leyes actuales, diversas ramas del ejecutivo tienen poder para elaborar reglamentos con fuerza de ley, pero tales reglamentos derivan su validez de la ley matriz y no del órgano ejecutivo que los dicta»<sup>26</sup>.

A pesar de lo anterior, hay dos de esas normas que puede dictar el Gobierno y que tienen un rango similar a la ley, aunque algo inferior al poder ser controladas por los tribunales en *ultra vires*<sup>27</sup>. Esas normas se dictan bien en materias que, por virtud de la prerrogativa regia a la que luego haré referencia, su normación primaria está en manos del Gobierno, bien normas reglamentarias que pueden realizar modificaciones y derogaciones de leyes. Las primeras son las *Orders in Council made under the Royal Prerogative* (Órdenes del Consejo Real realizadas bajo prerrogativa regia) y las segundas, los *statutory instruments* (reglamentos) amparados por una cláusula Henry VIII.

Las *Orders in Council*, realizadas al amparo de la prerrogativa que analizaré en el siguiente apartado, son fruto de una potestad normativa primaria que permite al Gobierno la modificación de la estructura del Poder ejecutivo central, creando, suprimiendo, fusionando o renombrando departamentos ministeriales y también permite la regulación del estatuto de la función pública. Son emitidas por el *Privy Council* (Consejo Privado Real, aunque de hecho solo por los ministros, no convocándose a los miembros del Consejo Real que no están en el Gobierno, bien de la oposición, bien independientes), y posibilitan al Gobierno legislar con autorización parlamentaria, pero muchas veces en materias que difícilmente previó la ley. Son legislación primaria, ya que su autoridad no deriva de la ley. Así, la HRA (s. 21.1) reconoce que una *Order in Council* amparada en la prerrogativa es legislación primaria a los efectos de su invalidez por incompatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Por ello, una *Order in Council*, autorizada por la *Scotland Act* (Ley de autonomía de Escocia) de 1998, sirvió para excluir el referéndum de las materias reservadas al Parlamento de Westminster y convocar el de independencia de 2014. El *Court of Appeal*<sup>28</sup> encontró en 2008 ilegal una *Order in Council* de 2006 (basada en la *United Nations Act* —Ley de las Naciones Unidas— de 1946, para desarrollar decisiones de la ONU), que permitía confiscar extrajudicialmente a sospechosos de terrorismo sin tutela judicial. El problema son las *Orders in Council* sin delegación legislativa previa y basadas en la prerrogativa, como, por ejemplo, las que regulan todo lo relativo a las colonias británicas<sup>29</sup>.

En el Reino Unido, la ley puede delegar en el Gobierno el desarrollo normativo de la misma, incluyendo la autorización para modificar o

<sup>26</sup> Lord Neuberger (con el que coinciden Lady Hale, Lord Mance, Lord Kerr, Lord Clarke, Lord Wilson, Lord Sumption y Lord Hodge) en *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5 [2017], p. 45.

<sup>27</sup> BARBER (2003).

<sup>28</sup> Máxima instancia judicial civil y penal en Inglaterra y Gales, con apelación al TS-RU.

<sup>29</sup> FELDMAN (2013: 344-345), SEDLEY (2015: 133-134).

derogar leyes. Esto es posible por el denominado *Statute of Proclamations* de 1539 o cláusula Henry VIII y los reglamentos delegados elaborados por el Gobierno de esta forma no pueden fiscalizarse judicialmente, al ser esa cláusula la que equipara esos reglamentos a las leyes del Parlamento, al acompañarse de la fórmula *statutory instrument shall have effect as if enacted in this Act* (reglamento que tendrá efectos como si fueran los de esta Ley)<sup>30</sup>. La cláusula Henry VIII ha sido criticada en Inglaterra desde comienzos del siglo xx, a pesar de no ser utilizada excesivamente (nueve veces de 1888 a 1929<sup>31</sup> y hasta 2010 sobre un centenar<sup>32</sup>). El *Dounoughmore Committee on Ministers' Powers Report* (Informe del Comité Dounoughmore sobre poderes ministeriales) de 1932 aconsejó la máxima limitación para la utilización de la citada cláusula<sup>33</sup> y así ha sucedido en la práctica, aunque se ha seguido empleando en algunas ocasiones: *Companies Act* (Ley de Sociedades, 1967), *Town and Country Planning Act* (Ley de planificación local, 1971), *Gas Act* (Ley del gas, 1972), *Legal Aid Act* (Ley de ayuda legal, 1988), *Education Reform Act* (Ley de reforma educativa, 1988)<sup>34</sup>. Sobre estos reglamentos bajo cláusula Henry VIII existe un control previo de carácter vinculante, de forma que no entran en vigor hasta que una resolución parlamentaria en un plazo de 28 a 40 días así lo determina (*Statutory Instruments Act*, Ley sobre los Reglamentos, de 1946 y arts. 4.4 y 79 del Reglamento de los Comunes); normativa utilizada especialmente con las delegaciones legislativas con cláusula Henry VIII<sup>35</sup>, lo que es lógico por la soberanía parlamentaria, su monopolio legislativo y el surgimiento de la potestad normativa del Ejecutivo, siempre por delegación parlamentaria, salvo en determinadas facultades propias de la prerrogativa regia<sup>36</sup>; con la salvedad, además de las dificultades de distinguir en el Reino Unido a las delegaciones legislativas, propiamente dichas, de las delegaciones de potestad reglamentaria. En todo caso, hay que tener en cuenta también que la última vez que los Comunes rechazaron un reglamento fue en 1979 y que los Lores lo han hecho en seis ocasiones desde 1968, no existiendo posibilidad de enmienda, sino de aprobación o rechazo en su totalidad<sup>37</sup>.

Un ejemplo de la pervivencia de este tipo de legislación delegada lo encontramos en la *Constitutional Reform and Governance Act* (Ley de reforma constitucional y gobernanza) de 2010, que permite a cualquier ministro, mediante reglamento, «en los términos de la Ley de 1539, infringir, romper o subvertir» esa ley, que es, además, una ley constitucional. El reglamento delegado así emanado por un ministro tendría que

<sup>30</sup> JENNINGS (1970: 474), ALLEN (1969: 851).

<sup>31</sup> JENNINGS (1970: 500).

<sup>32</sup> JUDGE (2016: 2).

<sup>33</sup> JENNINGS (1970: 502-503).

<sup>34</sup> Ch. GORDON [1983: 610, nota g], HAYHURST y WALLINGTON (1988: 573).

<sup>35</sup> JENNINGS (1970: 504).

<sup>36</sup> JENNINGS (1970: 474 y 501 ss.), Ch. GORDON (1983: 613 ss.), ALLEN (1969: 805 ss.).

<sup>37</sup> JUDGE (2016: 11).

ser previamente ratificado por resolución de las dos Cámaras. La *Child-care Act* (Ley de cuidado de la infancia) de 2016, por su lado, es una ley marco para subvencionar el cuidado infantil a los padres trabajadores, con un contenido normativo escaso, pero con una delegación legislativa muy amplia al secretario de Estado, incluyendo once potestades legislativas fiscales, penales, sanciones financieras<sup>38</sup>.

Mientras que las cláusulas Henry VIII retrospectivas están permitidas sin problema<sup>39</sup>, más problemático son las prospectivas que permitirían la modificación gubernamental de leyes futuras<sup>40</sup> y que, en todo caso, han de ser expresas<sup>41</sup>. Como señala el juez Laws en la sentencia *Thoburn* de 2002: «Si su uso a futuro es permitido, solo debe emplearse para cambios menores o modestos de la legislación principal. He reconocido (párrafo 13) que los constitucionalistas y otros juristas han expresado una clara reticencia al uso de cláusulas Henry VIII, ya que transfieren poder legislativo al poder ejecutivo»<sup>42</sup>.

Se han dado cuatro argumentos para justificar estas cláusulas prospectivas: 1) la necesidad de flexibilidad por los avances técnicos (*Electronic Communications Act*, Ley de comunicaciones electrónicas, 2000; *Finance Act*, Ley financiera, 1998); 2) la urgencia por crisis o emergencias que no pueden esperar al procedimiento legislativo (HRA 1998, para que el Gobierno modifique leyes que entran en conflicto con el CEDH); 3) para impulsar el proceso democrático (*European Communities Act-ECA*, Ley de las Comunidades Europeas, 1972, que permite al Gobierno modificar leyes británicas que entren en conflicto con el Derecho de la UE y *Devolution Acts* —Leyes de devolución de poderes— a favor de los Parlamentos regionales, sobre las que evidentemente el Parlamento británico conserva la potestad de derogarlas, aunque eso sea políticamente casi imposible), y 4) como mecanismo de defensa contra el Parlamento británico (*Parliament Acts* de 1911 y 1949, aprobación solo por los Comunes en determinados supuestos; *Devolution Acts*; ECA, o HRA)<sup>43</sup>.

Dicho lo anterior, en estos momentos habría tres tipos de delegaciones legislativas en el Reino Unido: 1) las que permiten el cambio de leyes previas y las aprobadas en el mismo periodo de sesiones (la primera vez fue con la *London Government Act*, Ley de gobierno de Londres, de 1963); 2) las que habilitan para modificar rápidamente en el futuro leyes, que suelen incluir un límite temporal de forma que solo se puedan cambiar leyes aprobadas hasta dos años antes de la Orden delegada (la primera fue la *Deregulation and Contracting Out Act*, Ley de desregulación y externalización, de 1994; por ejemplo la *Finance Act*, Ley fi-

<sup>38</sup> JUDGE (2016: 6-7).

<sup>39</sup> La ley con cláusula Henry VIII permite modificar leyes anteriores y los reglamentos gubernamentales que lo hagan se entienden parte de la ley delegante.

<sup>40</sup> BARBER (2003).

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> *Thoburn v. Sunderland City Council* [2002] EWHC 195, p. 73.

<sup>43</sup> BARBER (2003).

nanciera, de 1998 permite la modificación de leyes posteriores si así lo requiere la adopción del euro por otros países; la HRA también permite al Gobierno modificar leyes y hacerlas compatibles con el CEDH si ha habido sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o una declaración de incompatibilidad por los jueces británicos), y 3) las que permiten la delegación en otra institución con respaldo democrático (por ejemplo, a los Parlamentos regionales en las *Devolution Acts* para modificar leyes británicas posteriores en materias de su competencia: en la *Northern Ireland Act*, Ley de autonomía de Irlanda del Norte, de 1998, *Scotland Act* de 1998, *Government of Wales Act*, Ley de autonomía de Gales, de 1998, aunque en este último caso haya muchas dudas de que pueda modificar legislación británica posterior)<sup>44</sup>.

## 2. LA PRERROGATIVA REGIA

La prerrogativa regia es el residuo que va quedando a través de los siglos de la antigua omnipotencia del rey y que en la actualidad ejerce el Gabinete en nombre del soberano<sup>45</sup>, es decir, en palabras de la sentencia *Miller* del TS-RU sobre el *Brexit*, la más importante sentencia del TS-RU en materia constitucional desde su creación en 2009<sup>46</sup>, «engloba el residuo de poderes que permanecen bajo la Corona y que son ejercidos por los ministros, siempre que ese ejercicio sea consistente con la legislación parlamentaria»<sup>47</sup>. O, como decía Dicey en su momento, es «el residuo de la autoridad discrecional o arbitraria, que en el algún momento histórico estuvo en manos de la Corona»<sup>48</sup>, lo que no deja de ser problemático desde el punto de vista democrático<sup>49</sup>.

La prerrogativa se ha ido reduciendo progresivamente desde el siglo xvii<sup>50</sup> y a comienzos de ese siglo todavía se mantenía como poder de la Corona que podía en determinadas condiciones situarse por encima del Parlamento, y así en 1606 el *Court of Exchequer*<sup>51</sup> autorizó a que Ja-

<sup>44</sup> BARBER (2003).

<sup>45</sup> ALBERT, LANDAU, FARAGUNA y DRUGDA (2017: 221-222).

<sup>46</sup> *Miller* es la primera sentencia en la que el TS-RU, desde su nacimiento en 2009, se reúne en pleno con los once miembros en activo (de doce componentes) y, también, la primera vez en que se usa el recurso especial de apelación que permite saltarse el *Court of Appeal* por razones de «importancia nacional». La sentencia decide el procedimiento de activación del art. 50 TUE para la salida del Reino Unido de la UE, como consecuencia de la victoria en ese sentido en el referéndum de 2016 (*Brexit*). Como es lógico, en este trabajo no voy a detenerme en los aspectos relativos a la salida en sí del Reino Unido sino solo a los que afectan al entendimiento de la Constitución británica, terreno en el que hay muy interesantes afirmaciones, pero sin variar el concepto constitucional.

<sup>47</sup> Lord Neuberger (con el que coinciden Lady Hale, Lord Mance, Lord Kerr, Lord Clarke, Lord Wilson, Lord Sumption y Lord Hodge) en *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, p. 47.

<sup>48</sup> Robert CRAIG (2016b: 1043).

<sup>49</sup> FREDMAN (2017).

<sup>50</sup> FREDMAN (2017).

<sup>51</sup> Tribunal de apelación que dejó de funcionar en el siglo xix.

mes I estableciera impuestos sin autorización parlamentaria o en 1637 a Charles I para recaudar dinero y equipar a la marina. El Parlamento Largo de 1640 revirtió esa situación y reafirmó el poder parlamentario sobre los impuestos. Con la Restauración, James II, con el consentimiento de los tribunales, inaplicó las leyes del Parlamento hasta que el *Bill of Rights* pone fin a esa práctica y establece definitivamente la restricción del poder monárquico<sup>52</sup>. A partir de lo que puede calificarse de momento constituyente de 1688, la Constitución no codificada reconoce el residuo de la prerrogativa regia (o *Ministerial executive powers*, poderes ejecutivos ministeriales, como una Comisión parlamentaria los ha denominado), que es ejercido por el Gobierno responsable ante el Parlamento y que ha ido reduciéndose progresivamente<sup>53</sup>. A la reducción de la prerrogativa regia ayuda que, a partir de la *Act of Settlement*, Ley de establecimiento, de 1700, los jueces no pueden ya ser cesados por voluntad de la Corona. Así, por ejemplo, en el caso *Godden v. Hales* de 1686<sup>54</sup>, sobre la autorización real para que los católicos tuvieran cargos militares, el rey señala al *Chief Justice of Common Pleas*<sup>55</sup>, Sir Thomas Jones, que o convalidaba la decisión o sería cesado, lo que este ignora ya que «estoy viejo y agotado al servicio de la Corona»<sup>56</sup>.

Tanto el *Case of Proclamations* de 1610<sup>57</sup> como la sentencia *De Keyser* de 1920<sup>58</sup> establecen los principios que delimitan las esferas de actuación del legislativo y del ejecutivo. Los límites a la prerrogativa en ambos casos protegen a la soberanía del Parlamento, de forma que es este el legítimo legislador. El *Case of Proclamations* protege la soberanía parlamentaria directamente, impidiendo el cambio de la ley por la prerrogativa, y *De Keyser* lo hace indirectamente al impedir el uso de la prerrogativa que formalmente no afecta a la ley, pero que sí lo hace efectivamente<sup>59</sup>.

La prerrogativa regia puede definirse en la actualidad como los poderes del Ejecutivo inherentes y de *common law*. Inherentes por no haber surgido de la ley, sino del ejercicio de poderes propios del ejecutivo antes ejercidos por el rey, y de *common law* ya que son los tribunales los que establecen si existe la prerrogativa y sus condiciones de aplicación<sup>60</sup>, lo que ya estableció Coke en 1611<sup>61</sup>. Es la base de los actos discrecionales del Gobierno e incluye todo lo que históricamente podía hacer discrecionalmente la Corona y que ahora ejerce el Gobierno, y que sería todo lo que puede realizar sin autorización de una ley del Parlamento (fun-

<sup>52</sup> SEDLEY (2015: 130).

<sup>53</sup> FREDMAN (2017).

<sup>54</sup> *Godden v. Hales*, 11 St Tr 1166.

<sup>55</sup> Presidente del Tribunal de causas civiles del *common law* hasta finales del siglo XIX.

<sup>56</sup> SEDLEY (2015: 131).

<sup>57</sup> *The Case of Proclamations* [1610] EWHC KB J22 77.

<sup>58</sup> *Attorney General v. De Keyser's Royal Hotel Ltd.* [1920] UKHL 1.

<sup>59</sup> HEUSTON (1964: 60-61), Paul CRAIG (2017a: 15).

<sup>60</sup> POOLE (2016).

<sup>61</sup> SEDLEY (2015: 128).



damentalmente, relaciones internacionales, Tratados, guerra y paz)<sup>62</sup>, materias en las que es necesaria una actuación uniforme, fuerte y rápida, conectando con la máxima de *salus populi* (así, en la sentencia *Chandler v. Director of Public Prosecutions* de 1964)<sup>63</sup>, terreno, además, en el que las convenciones constitucionales, que trataré en el siguiente apartado, juegan un papel fundamental. Desde el siglo XIX engloba algunos actos realizados directamente por el rey, aquellos pactados (en mayor medida de lo que los constitucionalistas británicos quieren reconocer) entre el rey y el Gobierno, y los realizados por el Gobierno en nombre del rey<sup>64</sup>.

Como antes señalaba, el terreno por excelencia de la prerrogativa es el de las relaciones internacionales: «El sector más significativo en que los ministros ejercen la prerrogativa regia es el de las relaciones internacionales del Reino Unido»<sup>65</sup> y «la regla general es que el poder de hacer o no hacer tratados internacionales no exige autorización parlamentaria y que el ejercicio de tal poder no es revisable por los tribunales [...], que, aunque comprometen al Reino Unido desde el punto de vista del Derecho internacional, los tratados no son parte del Derecho del Reino Unido y no crean derechos u obligaciones en el Derecho interno»<sup>66</sup>. Esta presencia decisiva de la prerrogativa en las relaciones internacionales está muy conectada al sistema dualista británico que exige ley interna para dar eficacia a los tratados negociados por el Gobierno<sup>67</sup>. La prerrogativa en relaciones internacionales, sin embargo, está sometida a reglas que no se aplican a todas las prerrogativas. Antes de *GCHQ* de 1983<sup>68</sup>, el poder gubernamental para concluir tratados no era controlable judicialmente. En *R (Rees Mogg) v. Foreign Secretary* de 1993, el juez Lord Lloyd, en el *Court of Appeal*, decía que era un «solecismo constitucional» hablar de ratificación parlamentaria de un tratado, pero la sentencia en *Rees Mogg* no era correcta. La conclusión de Lord Lloyd ignoraba los precedentes vinculantes. En *Laker v. Board of Trade* de 1976, Lord Denning señalaba que la ley no puede ser desplazada por la prerrogativa y la sentencia *Laker* es argumento para entender que la prerrogativa en

<sup>62</sup> «Hay áreas de actividad gubernamental que, tanto hoy como en el pasado, son esenciales para la efectiva operación del Estado y que no están reguladas, o al menos no completamente reguladas, por la ley. Algunas de esas áreas, como la diplomacia o la guerra, están por su propia naturaleza reservadas a los ministros tanto en tiempos modernos como en el pasado»: Lord Neuberger (con el que coinciden Lady Hale, Lord Mance, Lord Kerr, Lord Clarke, Lord Wilson, Lord Sumption y Lord Hodge) en *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, p. 49.

<sup>63</sup> *Chandler v. Director of Public Prosecutions* [1964] AC 763.

<sup>64</sup> DICEY (1915: 283).

<sup>65</sup> Lord Neuberger (con el que coinciden Lady Hale, Lord Mance, Lord Kerr, Lord Clarke, Lord Wilson, Lord Sumption y Lord Hodge) en *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, p. 54.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>67</sup> FREDMAN (2017).

<sup>68</sup> *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1983] UKHL 6, conocido como caso *GCHQ*, por afectar al *Government Communications Headquarters* (*GCHQ*, Centro General de Comunicaciones Gubernamentales), sede de los servicios británicos de inteligencia dedicados a la vigilancia electrónica y de comunicaciones.

tratados no puede eliminar derechos consagrados en la ley y, si lo hace, los tribunales lo declararían ilícito<sup>69</sup>.

Como dice Lord Neuberger, por la mayoría en la reciente sentencia *Miller* de 24 de enero de 2017, «estos poderes de prerrogativa, colectivamente conocidos como la prerrogativa regia, han sido progresivamente reducidos a la par que se desarrollaba la democracia parlamentaria y el *rule of law*. Para finales del siglo xx, la gran mayoría de lo que fueron los poderes de prerrogativa regia, al menos en materias internas del Reino Unido, han sido transferidos a los tres órganos principales del Estado, el legislativo (las dos Cámaras del Parlamento), el ejecutivo (los ministros y el gobierno en general) y el judicial (los jueces). Es posible identificar los acontecimientos señeros en esta historia, pero son de particular importancia jurídica una serie de leyes en los veinte años que van de 1688 a 1707. Esas leyes son el *Bill of Rights* (1688-1689) y la *Act of Settlement* (1701) en Inglaterra y Gales, la *Claim of Right* (1689) en Escocia y las *Acts of Union* (1706 y 1707) en Inglaterra y Gales, y Escocia, respectivamente (Irlanda del Norte se unió al Reino Unido por las *Acts of Union* 1800 de Gran Bretaña e Irlanda)»<sup>70</sup>. Y ha de tenerse en cuenta también que «estamos viendo cómo surge una convención constitucional en la que los poderes de prerrogativa se someten a aprobación parlamentaria, como muestran el voto en los Comunes sobre Siria en agosto de 2013. En segundo lugar, dado que será necesaria una mayoría parlamentaria para rechazar/modificar la ECA, y que puede transcurrir cierto tiempo hasta la apertura de negociaciones formales, momento en el que habrá un nuevo gobierno, habrá entonces, por lo menos, un requerimiento político de aprobación parlamentaria»<sup>71</sup>.

A la hora de aplicar una prerrogativa, hay tres fases. La primera es si la prerrogativa existe. Eso es evidente en sentido positivo en relaciones internacionales y Derecho de los tratados o en sentido negativo en la regulación del mercado. La segunda es el alcance concreto de la prerrogativa, que debe establecerse por los tribunales casuísticamente a partir de la legislación previa existente. De esta forma, los tribunales han determinado que no puede modificar leyes o afectar a derechos, sobre lo que luego me detendré. La tercera es en la forma de aplicar una prerrogativa existente, en lo que no solían entrar los tribunales hasta el caso *GCHQ* de 1983 antes citado, en el que los Lores señalaron que la forma de aplicarse la prerrogativa debe controlarse como se hace con las leyes, de forma que sea irrelevante el poder que lo ejerce<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> SMITH (2016).

<sup>70</sup> Lord Neuberger (con el que coinciden Lady Hale, Lord Mance, Lord Kerr, Lord Clarke, Lord Wilson, Lord Sumption y Lord Hodge) en *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, p. 41.

<sup>71</sup> DOUGLAS-SCOTT (2016a).

<sup>72</sup> Paul CRAIG (2017a: 4), WILLIAMS (2017), BARBER, HICKMAN y KING (2016).