

# La proporcionalidad en el Reino Unido

C. M. G. Himsworth  
*University of Edimburg*

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN.—LA PROPORCIONALIDAD: EL CONTEXTO DEL REINO UNIDO.—LA PROPORCIONALIDAD: ¿UN AUMENTO DE SU PAPEL?—CONCLUSIONES.

## INTRODUCCIÓN

El mejor aunque hasta ahora poco prometedor punto de partida para un análisis del principio de proporcionalidad en el Reino Unido es su rechazo, en 1991, por la Cámara de los Lores en *R vs. Home Secretary, ex p. Brind*<sup>1</sup>. El tribunal negó que el principio tuviera alguna aplicación en el Derecho administrativo nacional<sup>2</sup>. Se trataba de un principio reconocido y aplicado claramente por los Tribunales en varios países europeos; era un principio reconocido en la jurisprudencia de la Comunidad Europea y en la Convención Europea de Derechos Humanos; la posibilidad de su adopción, en el futuro, dentro del Derecho nacional, se había reconocido des-

---

Traducción de Javier DORADO PORRAS. Universidad Carlos III de Madrid.

<sup>1</sup> (1991) 1 AC 696. Para un mayor análisis y una visión diferente de *Brind*, véase la nota 25, más adelante.

<sup>2</sup> El término «Derecho Administrativo» ha sido algo problemático, en el pasado, en lo que se refiere a su utilización en el Reino Unido. A. V. DICEY (*The Law and the Constitution*, 1885) negaba su existencia, en contraste con las tradiciones europeo-continetales. Allí no existe un sistema de Tribunales Contencioso-Administrativos o de Derecho Administrativo. Derecho Administrativo significa, normalmente, esa rama del Derecho relacionado con el control (principalmente) judicial de los órganos administrativos —algunas veces a través de mecanismos específicos establecidos en la ley, pero sobre todo por principios más generales (*common law*) de *judicial review*—.

de altas instancias<sup>3</sup>; y aun así, no había justificación para reconocerlo como un principio operativo en el presente. Cuando el ministro de Interior promulgaba directivas que prohibían la difusión en radio o televisión de las palabras dichas por personas que representaban o apoyaban organizaciones ilegales como el IRA (y partidos políticos relacionados), tales directivas no podían cuestionarse basándose en que el ministro había actuado «de una forma desproporcionada». También se rechazaron las impugnaciones basadas en otros motivos, incluyendo irrazonabilidad e infracción de la CEDH.

El rechazo de la proporcionalidad como un principio relevante fue todavía más tajante de la mano de lord Lowry<sup>4</sup>. Declaró que no había «ningún argumento de autoridad para decir que la proporcionalidad (...) es parte del *common law* inglés y muchos para lo contrario»<sup>5</sup>. Y continuó diciendo que por lo que a él se refería, esto no era un motivo para lamentarse por varias razones:

«(1) Quienes toman las decisiones, muy a menudo elegidos, son aquellos a los que el Parlamento ha confiado la discrecionalidad, e interferir en esa discrecionalidad más allá de los límites hasta aquí definidos sería un abuso de la jurisdicción de supervisión de los jueces. (2) Los jueces no están equipados, hablando en sentido amplio, con la preparación o experiencia ni con el conocimiento y consejo necesarios para decidir la respuesta a un problema administrativo donde ambos lados de la balanza están equilibrados, sino que tienen mucha mayor posibilidad de alcanzar la respuesta correcta en aquellos casos en los que la cuestión se plantea en la forma que lo hace en *Wednesbury*<sup>6</sup>. Lo mismo ocurre si se recurre la decisión de los jueces. (3) La estabilidad y una cierta seguridad se pondrían en peligro si se impusiera la nueva doctrina, porque casi siempre hay algo que decir contra cualquier decisión administrativa, y aquellos que se sintieran agraviados intentarían, probablemente más que ahora, probar suerte con un recurso de *judicial review* tanto en primera instancia como en apelación. (4) El incremento de los recursos de *judicial review* de la actividad administrativa (inevitable si se baja el umbral de irrazonabilidad) conduciría a un gasto de tiempo y dinero por parte de los litigantes, por no hablar de la prolongación de la situación de inseguridad para todos aquellos relacionados con las decisiones en cuestión, así como el gasto del tiempo del tribunal que podría, en caso contrario, dedicarse a otras cuestiones. Los perdedores, en este sentido, serían los ciudadanos, a quienes los tribunales proporcionan un servicio»<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Vid. Lord DIPLOCK, en *Council of Civil Service Unions vs. Minister for the Civil Service* (1985), AC 374, 410.

<sup>4</sup> Vid. también el discurso de lord Ackner (1991), 1 AC 696, 762-3.

<sup>5</sup> *Ibid.*, 766.

<sup>6</sup> Por ejemplo, la cuestión de si un acto o decisión es tan irrazonable que ningún ministro razonable lo haría. Vid. *Associated Provincial Picture Houses Ltd. vs. Wednesbury Corporation* (1948), 1 KB 223.

<sup>7</sup> *Brind*, 766-67.

El fallo de la Cámara de los Lores en *Brind* permanece como juicio autorizado en cuanto a su rechazo general de la falta de proporcionalidad como una causa de *judicial review* de la actividad administrativa<sup>8</sup>. Por lo tanto, hay muy poco que decir por vía de análisis de la aplicación y desarrollo del concepto en los tribunales del Reino Unido. La discusión y el debate no han alcanzado el nivel de evaluación crítica del propio principio—su significado exacto, los matices de su interpretación— de la forma que lo ha hecho en otras jurisdicciones. El foco de interés ha permanecido en una fase relacionada con el énfasis sobre los argumentos a favor y en contra de un papel más amplio del concepto de proporcionalidad.

En este artículo se analizan esos argumentos, no tanto con la visión de adoptar una posición firme a favor o en contra de un papel más amplio de la proporcionalidad, sino para situar los argumentos dentro de asuntos más generales del Derecho público del Reino Unido y para discutir la dirección en la que es probable que éstos hagan avanzar el debate sobre la proporcionalidad. La conclusión final será que van a aumentar las presiones tendentes a una mayor adopción del principio de proporcionalidad en la *judicial review*, pero que todavía puede quedar alguna base para resistirse a ellas.

## LA PROPORCIONALIDAD: EL CONTEXTO DEL REINO UNIDO

En «Proportionality: Neither Novel Nor Dangerous», un artículo bien conocido, publicado en 1988<sup>9</sup>, los profesores Jeffrey JOWELL y Anthony (ahora lord) LESTER, mantenían que la proporcionalidad, que se había descrito recientemente por un juez del Tribunal Supremo inglés como «una doctrina nueva y peligrosa»<sup>10</sup>, no era, «de ninguna forma, nueva. Se había utilizado, a menudo bajo otros nombres, en algunas áreas del Derecho inglés. Lejos de ser peligrosa, encarna un principio básico de justicia, cuyo reconocimiento explícito creemos que fortalecería enormemente la coherencia de nuestro sistema de Derecho Administrativo, aún en desarrollo»<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> La *judicial review* de la actividad administrativa (extendiéndose también a la revisión de la legislación subordinada) es el proceso por el cual todos los órganos públicos están, en principio, sujetos a control por el Tribunal Supremo (en el caso de Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte) y al Tribunal de Sesión (en el caso de Escocia). En sentido amplio, las causas de *judicial review* derivan del concepto de *ultra vires*; así, las autoridades actúan ilegalmente si lo hacen más allá de sus poderes (normalmente reconocidos a través de ley). En el famoso caso de *CSSU vs. Minister for the Civil Service* (1985), AC 374, 410, lord Diplock resumió las causas para la *judicial review* en la «ilegalidad» (incluyendo, por ejemplo, el uso de poderes para un propósito inadecuado o habiendo tomado en cuenta una consideración irrelevante o con mala fe), «inadecuación procesal» (incluyendo la infracción de las reglas de justicia natural) e «irracionalidad».

<sup>9</sup> Vid. J. L. JOWELL y D. OLIVER (eds.), *New Directions in Judicial Review* (1988).

<sup>10</sup> Juez Millet, en *Allied Dunbar (Frank Weisinger) Ltd. vs. Weisinger* (1988), IRLR, 60, 65. El contexto en el que el juez rechazaba tan enérgicamente la aplicación de la doctrina de la proporcionalidad se refería a una cláusula restrictiva en un contrato de trabajo.

<sup>11</sup> *New Directions in Judicial Review*, citada en nota 9, pág. 51.

Volveremos a analizar este argumento, pero antes podría ser de utilidad observar que el argumento contra la «novedad» de la proporcionalidad puede llevarse mucho más lejos. El que una persona mantenga que los tribunales no deberían extender las causas de *judicial review* para incluir la falta de proporcionalidad, no debería interpretarse como que esa persona defiende un comportamiento desproporcionado por parte de la Administración u otros. Por supuesto, los órganos administrativos deberían actuar «proporcionadamente», al igual que deberían hacerlo de forma imparcial, razonable, sensible y en concordancia general con los cánones de la buena administración. Y esta obligación general no se limita a las actividades de la Administración. De los jueces también se espera que actúen proporcionalmente en algunas de sus funciones. El caso más claro es cuando los jueces ejercen la discrecionalidad de la que disponen en los casos penales para imponer una sanción sobre los acusados. Pueden decidir imponerles una multa o encarcelarlos o imponerles otra forma de sanción. Pueden poner totalmente en libertad al acusado. Pero deben, en cualquier caso, hacer que la sanción se ajuste al delito. Deben considerar todas las circunstancias y elaborar una respuesta proporcionada.

En estos casos de administración de sanciones en los casos penales, el lenguaje de la proporcionalidad es bastante familiar. En otros casos, la articulación explícita del principio puede ser menos familiar, pero se está reconociendo de manera bastante clara, aunque sea tácitamente. Debe aplicarse, por ejemplo, a las sentencias que establecen *remedios* civiles<sup>12</sup>. Decisiones sobre la cuantificación de indemnizaciones (especialmente, indemnizaciones «ejemplarizantes»)<sup>13</sup>; sobre si una persona está obligada por mandatos imperativos tales como *injunctions*<sup>14</sup> o interdictos, en qué campo de actividad y por cuánto tiempo; sobre la reducción o anulación de las escrituras u otros instrumentos (privados o públicos), son todas decisiones que demandan una respuesta «proporcionada».

Pero el principio penetra mucho más profundamente, más allá del Derecho procesal y del establecimiento de *remedios*, en el Derecho sustantivo. Gran parte del Derecho administrado por los tribunales en los campos de la responsabilidad civil y penal está profundamente imbuido de las ideas de proporcionalidad. Cuando se examina la razonabilidad de un

<sup>12</sup> La palabra inglesa *remedies* ha sido traducida al castellano en este texto con el término *remedios*. Sin embargo, sus posibles acepciones son múltiples, pudiendo traducirse también como solución jurídica, medio, recurso, derecho, acción, satisfacción, vías de satisfacción, rectificación, superación, subsanación, etc., ya que con este término se alude en el Derecho inglés «a los medios, recursos o procedimientos con que cuenta el Derecho para la aplicación de una ley, para el amparo de derechos o para la recuperación de los mismos, que el demandante normalmente solicita a los tribunales», E. ALCARAZ VARÓ y B. HUGHES, *Diccionario de términos jurídicos* (Inglés-español, español-inglés), Ed. Ariel, Barcelona, 1997, pág. 324 (*N. del T.*).

<sup>13</sup> La cuestión de la proporcionalidad en las indemnizaciones por difamación se ha analizado en el contexto específico de la DEDH, en *Rantzen vs. Mirror Group Newspapers Ltd.* (1993), 4 All ER 975, pero el principio opera plenamente en un ámbito más amplio.

<sup>14</sup> Orden de los tribunales ingleses equivalente a los interdictos en Escocia, por la que se ordena a una persona no actuar de una determinada forma para no infringir el Derecho.

comportamiento, la previsibilidad de su resultado, o si un «deber de cuidado» opera en un caso y si se ha cumplido, o si alguien actuó de buena fe, a menudo se realiza una operación de ponderación entre medios y fines de forma proporcionada al caso que se examina. Estoy seguro de que se asume que «el hombre del autobús de Clapham»<sup>15</sup> actúa proporcionadamente, y el papel de los tribunales es, preeminentemente, analizar si los individuos se han comportado, de hecho, de forma razonable (esto es, proporcionadamente) en unas circunstancias particulares. Ésta no es una situación que produzca malestar a los jueces o a sus críticos. Por supuesto, en ciertos casos, se critica a un tribunal por alcanzar una decisión errónea sobre algún asunto. Por supuesto, las decisiones de los tribunales inferiores se revocan a menudo por tribunales superiores, donde otros jueces las consideran erróneas. Pero son pocos los que mantienen que los tribunales no deberían desempeñar las funciones que llevan a cabo en este campo. Pocos sugerirían que es inherentemente erróneo que los tribunales juzguen *a posteriori* las decisiones de las partes en casos como éstos. Y éste no es un enfoque limitado a las situaciones que surgen bajo el *common law*. Se extiende también a la interpretación de estándares de comportamiento prescritos legalmente<sup>16</sup>.

Podría mantenerse que estas actitudes más enérgicas se adoptan por los tribunales cuando la suya es una función primaria de toma de decisiones. Deben juzgar casos bajo el Derecho penal y castigar cuando sea apropiado. Deben determinar las disputas civiles y establecer *remedios* para ellas. En estas circunstancias, está claro que deberían decidir imparcial y proporcionadamente. En la medida en que están revisando necesariamente el comportamiento de otras personas, cuando los tribunales ejercen estas funciones se trata de personas que son, en la mayoría de los casos, individuos frente a los que se alega que han actuado en vulneración del Derecho civil o penal. No son organismos públicos y el control de sus acciones no plantea ningún tema de sensibilidad constitucional. Sin embargo, éste no es siempre el caso.

<sup>15</sup> Se refiere aquí el autor al hombre razonable, tal y como se define por lord Devlin en su polémica con H. L. A. Hart. Devlin, después de preguntarse cómo han de averiguarse las opiniones morales de la sociedad —o, dicho de otra forma, cómo ha de averiguar el legislador los dictámenes morales de la sociedad— mantiene que el Derecho inglés cuenta con un criterio para llevar a cabo esta labor. Según él, es el criterio «del hombre razonable, que no hay que confundir con el hombre racional. No se le pide que razone sobre un tema, y su dictamen puede ser principalmente cuestión de sensibilidad. Éste es el punto de vista del hombre de la calle o —utilizando una imagen conocida de todos los juristas— «el hombre del autobús de Clapham». Se le podría llamar también el hombre de mente recta. Para el fin que me propongo, prefiero denominarle el hombre de la tribuna del jurado, porque el dictamen moral de la sociedad debe ser una opinión sobre la que es de esperar que doce hombres o mujeres elegidos al azar puedan, tras un debate, llegar a un acuerdo unánime». P. DEVLIN, «La Moral y el Derecho Penal», en *La Filosofía del Derecho*, ed. a cargo de R. Dworkin, trad. de J. Sáinz de los Terreros, FCE, México, 1980, pág. 150 (*N. del T.*).

<sup>16</sup> Por ley, por ejemplo, se crea el concepto de «despido improcedente» en el Derecho laboral y es claramente función de los tribunales, combinando el análisis de hechos y derecho, juzgar la procedencia del despido. ¿Era la respuesta del empresario proporcional a la alegada mala conducta del trabajador?

En particular, la responsabilidad civil (derivada de ilícitos civiles o delitos) de organismos públicos por sus actividades supuestamente ilegales o los actos ilegales de sus empleados ha producido algunos de los asuntos más tensos con los que los tribunales se han enfrentado. En busca de los «dineros» de organismos públicos, los litigantes han intentado que se les considerase responsables por la infracción de sus obligaciones legales o derivadas del *common law*, y en una serie de casos de los últimos años los tribunales se han visto obligados a decidir en qué medida los deberes de cuidado preexistentes en el *common law* se han visto desplazados por los poderes y deberes de los organismos públicos establecidos por la ley; en qué medida las funciones establecidas por la ley crean nuevos deberes de cuidado de los organismos públicos respecto de los ciudadanos; y, cada vez más, hasta qué punto el número de las obligaciones impuestas sobre los organismos públicos puede determinarse por referencia a los recursos financieros de que disponen. En la decisión de estas cuestiones, en las que se reflejan temas muy importantes de responsabilidad legal, la idea y el lenguaje de la proporcionalidad se encuentran sólo bajo la superficie. Los tribunales están muy involucrados en la determinación de los medios y los fines, en la ponderación de las consideraciones de política pública sobre desgracias o perjuicios de particulares frente al «interés público», pero como en las circunstancias, más simples, de sanción y de los aspectos procesales y sustantivos de la responsabilidad civil y penal, no surge aquí ninguna cuestión particularmente difícil sobre la legitimidad de la función judicial.

## LA PROPORCIONALIDAD: ¿UN AUMENTO DE SU PAPEL?

¿Por qué, entonces, tan pronto como nos trasladamos al campo de la *judicial review* de la actividad administrativa<sup>17</sup>, surgen cuestiones sobre un papel (aparentemente) más extenso de los tribunales? ¿Por qué la función de los tribunales de juzgar la proporcionalidad del comportamiento en esas otras áreas no supone ningún desafío mientras que cuando pasamos al campo de la *judicial review* se convierte en problemática? Surgen cuestiones sobre la «justiciabilidad» de los asuntos, sobre la legitimidad de la práctica de los tribunales, ¿por qué ocurre esto?

Antes de entrar en esta discusión, debería observarse que no es sólo el tema de la proporcionalidad lo que provoca estas cuestiones. En este sentido, la proporcionalidad es un derivado del tema mucho más amplio del

<sup>17</sup> Para un análisis general de la *judicial review* en el Reino Unido, incluidas las causas de revisión y, dentro de éstas, la posición de la proporcionalidad, Vid. S. A. DE SMITH, LORD WOOLF Y J. JOWELL, *Judicial Review in administrative Action* (5.ª ed., 1995); P. P. CRAIG, *Administrative Law* (3.ª ed., 1996); H. W. R. WADE y C. F. FORSYTH, *Administrative Law* (7.ª ed., 1994); M. SUPPERSTONE y J. GOUDIE (Eds.), *Judicial Review* (2.ª ed., 1997); A. W. BRADLEY y K. D. EWING, *Constitutional and Administrative Law* (12.ª ed., 1997). Un nuevo trabajo —E. D. ELLIS (Ed.), *Proportionality*—, se publicará en breve.

carácter expansionista de la *judicial review* en general. *Cualquier* tendencia de aumentar las causas de *judicial review*, de incrementar las bases de la *judicial review* «sustantiva»<sup>18</sup>, de extender las categorías de «imparcialidad», de aumentar la noción de «expectativa legítima», especialmente en una dirección sustantiva más que meramente procesal<sup>19</sup>, todas ellas, han hecho surgir cuestiones sobre la legitimidad de la función de los tribunales. Como un nuevo ejemplo que cada vez se da más, deberíamos añadir la clara ambición de algunos jueces de incluir dentro del ámbito de la *judicial review* una obligación fundamental de los tribunales de asegurar la protección de los «derechos humanos fundamentales» construidos judicialmente, derechos no establecidos por una Constitución o por una declaración de derechos promulgada a través de una ley porque, hasta hace poco, ninguna de estas categorías se había reconocido de forma significativa en los sistemas jurídicos del Reino Unido, sino que los jueces las «imaginaban» como existentes en su desarrollo del *common law*. La iniciativa actual relativa al reconocimiento a través de ley de la DEDH (y la consecuente subordinación de estas figuras del *common law*) es algo sobre lo que volveremos.

Cuando una persona se cuestiona la justiciabilidad de temas que surgirían si se admitiera la *judicial review* basada en la falta de proporcionalidad, puede tener en mente cualquiera o ambas de las siguientes objeciones. Las mismas se encuentran implícitamente reflejadas en el *dicta* de lord Lowry en *Brind*, pero mezcladas. Puede ser útil distinguirlas.

Tenemos, por un lado, la objeción de que no hay ningún apoyo autorizado, en un sentido legal y formal, para recurrir a la *judicial review* por causas diferentes a aquellas claramente reconocidas por los tribunales hasta ahora<sup>20</sup>. En términos de los sistemas legales del Reino Unido, esto significa que, en efecto, hace falta la intervención a través de una ley del Parlamento o la decisión de algún otro órgano creador de Derecho para alterar esta posición. Lord Lowry se refiere a ello diciendo que «no hay ningún argumento de autoridad» para decir que la proporcionalidad es parte del Derecho presente y que interferir en la discrecionalidad otorgada por el Parlamento a los órganos de decisión más allá de los límites definidos hasta ahora «sería un abuso de la jurisdicción de supervisión de los jueces»<sup>21</sup>. Se trata de una objeción formal que depende de la situación actual del Derecho. Si ese Derecho se cambiara de forma autorizada por una ley del Parlamento, la objeción desaparecería. La *judicial review* se basa, en general, en la autoridad implícita y la protección del Parlamento. Su legi-

<sup>18</sup> *Vid.*, por ejemplo, J. JOWELL y A. LESTER, «Beyond Wednesbury Substantive Principles of Administrative Law» (1987), *Public Law*, pág. 368.

<sup>19</sup> *Vid.*, por ejemplo, *R vs. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex p. Hamble (Offshore) Fisheries Ltd.* (1995), 2 All ER 714 (discutido por C. M. G. HIMSWORTH en «Legitimately expecting Proportionality?» (1996), *Public Law*, pág. 590, y también *R vs. Home Secretary ex p. Hargreaves* (1997), 1 All ER 397.

<sup>20</sup> A saber, como las de la clasificación de lord Diplock mencionada más atrás, en la nota 8.

<sup>21</sup> (1991), 1 AC 696, 766-767.

timidad se sostiene sólo en tanto en cuanto lo hace la intención del Parlamento. Los límites legales de las causas de *judicial review*<sup>22</sup> representarán siempre un equilibrio conflictivo entre la discrecionalidad administrativa y la discrecionalidad judicial, y la aprobación implícita de este equilibrio por el Parlamento. Con este esquema, debe, por tanto, presumirse que el Parlamento, a la hora de otorgar poderes a los organismos públicos, considera que los jueces sólo deben interferir en el ejercicio de tales poderes por causas bien conocidas. Si el Parlamento desea un resultado diferente debe establecerlo de forma expresa, y en casos específicos lo hace, cuando establece a través de ley un recurso ante un tribunal por causas específicas<sup>23</sup>. Una alternativa sería una reformulación exhaustiva de las causas de *judicial review* —algo que ha causado poco entusiasmo hasta ahora—. Sin embargo, si hubiera una revisión completa de las reglas y una expansión explícita de las causas de *judicial review* para incluir la proporcionalidad, desaparecería esta objeción a la proporcionalidad, meramente contingente. Es una objeción importante pero, a través de una vía formalmente autorizada, podría eliminarse.

Las otras objeciones de lord Lowry, sin embargo, van más allá. Reconocerían la posibilidad formal del cambio, pero mantienen que éste no debería tener lugar. En parte, por razones de un nivel pragmático relativamente bajo como la presión que surgiría sobre los tribunales y los recursos. El menor umbral de la *judicial review* y la mayor inseguridad de resultado producirían más asuntos, y esto podría ser demasiado gravoso. Sin embargo, estas objeciones apelan sobre todo a una visión más fundamental de la función judicial. Desde esta visión, la función de los tribunales es mantener el imperio de la ley, y esa función no se realiza adecuadamente cuando los tribunales se enzarzan en la determinación de asuntos que simplemente no son «tarea de los jueces»<sup>24</sup>. Éste no es un enfoque completamente esencialista. En otras palabras, no es tan arrogante como para sugerir que vistos globalmente y analizando todos los «sistemas legales» en los que operan los funcionarios designados como jueces, no pudiera haber nunca una situación en la que un juez pudiera determinar propiamente la proporcionalidad de la conducta de un funcionario público. Sin embargo, sugiere, de un modo más limitado, que la introducción de la trampa de la proporcionalidad daría al traste con el núcleo de presunciones que sostiene los sistemas de constitucionalismo y gobierno del Reino Unido. No sería coherente con los sistemas legales y de gobierno que lo mantienen y

<sup>22</sup> *Vid.* notas 8 y 18, más atrás. Por «límites legales» se hace referencia al Derecho tal y como ha sido establecido y reafirmado por los jueces en casos sucesivos. Las causas de *judicial review* no están fijadas por ley, pero son (perfectamente) conocidas y (perfectamente) claras.

<sup>23</sup> Tales recursos establecidos legalmente son muy comunes en las jurisdicciones del Reino Unido. Las fórmulas usadas para otorgar la competencia de apelación al tribunal varían mucho, pero raramente van más allá de las competencias que se otorgan, por mecanismos diferentes a las leyes, en la *judicial review*.

<sup>24</sup> Ésta fue la frase que utilizó lord Cockburn en el caso escocés del siglo XIX, *Pryde vs. Heritors and Kirk- Session of Ceres* (1843) 5 D 552, 560.



continuaría siendo así aunque la introducción de la proporcionalidad como causa de *judicial review* se ordenase formalmente y de forma autorizada por una ley del Parlamento. Si esto ocurriese, las objeciones sobre el uso de la proporcionalidad basadas en la carencia de autoridad formal desaparecerían. Pero a pesar de tal autoridad formal, las objeciones basadas en que «no es tarea de los jueces» podrían mantenerse todavía. Sin embargo, habría grandes dificultades para mantener tales objeciones porque, por supuesto, las dos fuentes de legitimidad del razonamiento legal, a pesar de una buena justificación analítica para distinguirlas, están interrelacionadas. Cuanto más se permita formalmente a los jueces desempeñar nuevas funciones o realizar las mismas funciones con nuevas competencias, más probable es que se acepte que esas nuevas funciones o competencias son parte de una visión revisada de la «tarea de los jueces». Será una nueva faceta de la «tarea de los jueces» pero, en un sentido reflexivo, alcanzará su propia admisibilidad para los jueces y, como se verán atrapados en la misma lógica, sus críticos.

Aunque de momento no hay una perspectiva inmediata de incorporación directa, por el Parlamento, de la falta de proporcionalidad como una nueva causa de *judicial review*, ha habido tres fuentes de presión, todas apoyadas por una medida con base legal, que están forzando un desarrollo en este sentido. La primera lleva funcionando desde que hace un cuarto de siglo el Reino Unido accedió a la Comunidad Europea. La proporcionalidad es un principio claramente reconocido en el Derecho Comunitario<sup>25</sup> y, por supuesto, debe aplicarse en los tribunales del Reino Unido de igual forma que en los tribunales nacionales de otros Estados miembros. Y así ha ocurrido<sup>26</sup>. Los jueces británicos no pueden ya alegar una completa falta de familiaridad con la proporcionalidad como principio legal. En su faceta como jueces de la Comunidad, el conocimiento de su contenido y aplicaciones es simplemente parte de su trabajo.

En segundo lugar, están esos elementos de la proporcionalidad que se exige que se tengan en cuenta por los tribunales en su aplicación de la rama del Derecho relativa a los derechos humanos. Como ya se ha mencionado, éste ha sido un estudio casuístico muy interesante en el período anterior a la incorporación, a través de ley, de la DEDH, que ha demostrado que cuando hay una intención judicial de que así sea, se puede encontrar legitimidad al razonamiento que mantiene, tanto que los derechos «fundamentales» deberían poder protegerse judicialmente bajo el *common law* como, alternativamente, que los derechos garantizados por la DEDH deberían poder ser utilizados por los tribunales como una ayuda interpre-

<sup>25</sup> *Vid.*, por ejemplo, G. DE BURCA, «The Principle of Proportionality and its Application in EC Law» (1993), *Yearbook of European Law*, pág. 105.

<sup>26</sup> *Vid.*, por ejemplo, *Torfaen Borough Council vs. B & Q plc* (1990), 2 QB 19; *Stoke-on-Trent City Council vs. B & Q plc* (1993), AC 900; *R vs. Chief Constable of Sussex, ex p. International Trader's Ferry Ltd* (1997), 2 All ER 65; *Walkingshaw vs. Marshall* (1992), SLT 1167.

tativa sin necesidad de una incorporación formal<sup>27</sup>. En cualquier caso, hay un proceso necesario de ponderación, característico de la aplicación del principio de proporcionalidad<sup>28</sup>, entre un derecho humano individual (por ejemplo, de libertad personal) y la justificación alegada para su vulneración. Pero aunque haya sido interesante observar los desarrollos producidos por la ingeniosa forma de razonamiento a través de la cual se han utilizado los materiales proporcionados por el *common law*, éste se verá pronto superado por el impacto de la *Human Rights Act* de 1998<sup>29</sup>. Cuando entre en vigor, no habrá forma de evitar la incorporación de las formas de razonamiento del Tribunal de Estrasburgo junto con la propia Convención. Los tribunales ingleses tendrán un nuevo argumento de autoridad para aplicar los principios de proporcionalidad en el contexto de los derechos humanos.

En tercer lugar, nos encontramos con la delegación de poderes y, especialmente, con la delegación de la competencia legislativa al Parlamento escocés. En la época de la *Scotland Act* de 1978 (que no se ha llegado a ejecutar), la decisión de delegar esta competencia, en primer lugar, con una lista de competencias específicas, dejando todas las demás reservadas a Westminster, y, en segundo lugar, definiendo las competencias específicamente cedidas con una precisión increíble, pudo hacer que el Gobierno, y quizá algunos otros, pensarán que la interpretación por los tribunales de los límites de las competencias delegadas no sería diferente de la interpretación legal «normal». Sin embargo, bajo el modelo de delegación de competencias adoptado por la *Scotland Act* de 1998<sup>30</sup>, no se podrá disimular el poder creador de los tribunales. Bajo la nueva ley, el Parlamento escocés tendrá competencia legislativa plena con excepción de ciertas materias «reservadas» al Parlamento de Westminster<sup>31</sup>. La lista de «reservas» es la que se hubiera aplicado en la Ley de 1978, pero lo que es más importante es que se trata de una lista realizada en términos más generales y

<sup>27</sup> Para un estudio más exhaustivo de estos desarrollos, *Vid.* M. HUNT, *Using Human Rights Law in English Courts* (1997). En su análisis de *Brind*, hay un caso en el que la mayoría del tribunal, lejos de rechazar la doctrina de la proporcionalidad, la mantuvo, como una ayuda para la interpretación de los derechos humanos en la *judicial review*.

<sup>28</sup> La cuestión de si la interferencia con un derecho tiene que ver con una «necesidad social acuciante». *Vid.*, por ejemplo, lord ACKNER, en *Brind*, 762.

<sup>29</sup> La *Human Rights Act* de 1998 «incorpora», por primera vez, la Convención Europea de Derechos Humanos al Derecho nacional del Reino Unido y probablemente entre en vigor en el año 2000. Proporciona una nueva base para recurrir los actos de los organismos públicos basándose en que sean contrarios a los derechos de la Convención. De igual modo, prevé un mecanismo para declarar las leyes del Parlamento incompatibles con la Convención y, como consecuencia de ello, requerir al Parlamento sobre la necesidad de enmendar o revocar tales leyes.

<sup>30</sup> La *Scotland Act* de 1998 establece un modelo de gobierno delegado para Escocia. En mayo de 1999 se elegirá un nuevo Parlamento escocés, con competencia para legislar en la mayoría de las áreas de Derecho nacional. También habrá un nuevo poder ejecutivo, presidido por un «primer ministro» y otros ministros escoceses, responsables frente al Parlamento. Al mismo tiempo, se está llevando a cabo una delegación «administrativa» más débil para Gales a través de la *Government of Wales Act*, de 1998.

<sup>31</sup> *Scotland Act*, 1998, ss. 27-29, y apéndices 4, 5.

que, por tanto, otorga una gran responsabilidad interpretativa a los tribunales a la hora de fijar los límites de las competencias delegadas. Una ley del Parlamento escocés carecerá de efectos jurídicos cuando exceda los límites de la competencia legislativa delegada. La propia *Scotland Act* parece hacer la tarea de los tribunales más clara, si no más fácil, al exigir que las leyes escocesas «se interpreten, en tanto en cuanto sea posible, de forma que estén dentro de la competencia legislativa del Parlamento»<sup>32</sup>. Sin embargo, se ha reconocido que la extensión de la labor interpretativa que se concede a los tribunales será nueva en la práctica del Reino Unido<sup>33</sup>. La cuestión de si una norma particular forma parte o no de los poderes del Parlamento escocés involucra a los tribunales en el mismo tipo de proceso de ponderación que es habitual en otras jurisdicciones federales y cuasi-federales. Puede que no sea esencial para los tribunales adoptar explícitamente el lenguaje de la proporcionalidad, pero se encontrarán envueltos en un proceso que comparte muchas de sus características.

Por tanto, tenemos en el Derecho Público del Reino Unido al menos tres innovaciones aparecidas recientemente o cuya aparición se espera de forma inminente. Dos conllevan un reconocimiento bastante explícito de la necesidad de que los tribunales apliquen el principio de proporcionalidad. En el tercer caso, el de la delegación, el principio no es parte explícita del bloque constitucional, pero tiene una gran implicación. Sin embargo, ninguno de los tres —la inclusión del Derecho Comunitario, la incorporación de la DEDH y la delegación de competencias al Parlamento escocés— demanda formalmente la adopción de la proporcionalidad como un principio de aplicación general en el ámbito de la *judicial review* en el Reino Unido. Puede ser, por lo tanto, que siga habiendo resistencia a una mayor aplicación de la proporcionalidad y que los tribunales sigan insistiendo en mantenerla dentro de unos límites estrechos. Además, es interesante observar que el juez del Tribunal Supremo inglés que hace dos décadas calificó a la proporcionalidad de «nueva y peligrosa» es ahora un nuevo miembro de la Cámara de los Lores y, de esta forma, al igual que lord Millett, está en una posición aún más fuerte para impedir su desarrollo.

Sin embargo, no es probable que esto sea lo que ocurra, porque hay al menos dos formas secundarias de presión que tenderán a forzar desarrollos en la línea de un papel más extenso de la proporcionalidad. La primera es lo que ha venido a llamarse el efecto de «trasvase», que se ha aplicado con gran impacto hasta ahora en relación con la frontera entre aquellas áreas de Derecho Administrativo que tienen un componente de Derecho Comunitario y las que no. Se ha mantenido de forma insistente, en un ar-

<sup>32</sup> S. 28.

<sup>33</sup> Es verdad que la *Government of Ireland Act* de 1920 asignó a los tribunales una labor de alguna forma similar en relación con el Parlamento de Irlanda del Norte en el período que llega hasta 1972, y que las decisiones que se tomaron conforme a esta ley se consideran como un modelo de *judicial review* ampliado. Sin embargo, el número real de casos fue muy pequeño.

gumento que sirve tanto para cualquier otro Estado miembro de la Comunidad Europea como para el Reino Unido, que si aquellos sectores del Derecho Administrativo nacional que tienen un componente de Derecho Comunitario y aquellos que no lo tienen se desarrollarán de forma diferente, se produciría una gran inconsistencia e incoherencia. Si, por ejemplo, el concepto de «expectativa legítima» se reconoce en los dos sectores, hay fuertes razones doctrinales por las que el concepto debería tener el mismo significado en ambos. Esto no es algo que pueda exigirse por el TJCE en interés de la uniformidad de la aplicación del Derecho Comunitario en todos los Estados miembros. Más bien es algo que debe perseguirse por los propios Estados miembros para evitar que surja un «desajuste»<sup>34</sup> entre dos sectores de sus propios sistemas legales y, de ese modo, promover la coherencia dentro de su propia jurisdicción. El principio —la conveniencia de eliminar tales desajustes— supone no sólo dar el mismo significado a conceptos y términos comunes, sino también extender los principios y procedimientos exigidos por el Derecho Comunitario al sector no-comunitario. Este punto se ha puesto ya en práctica en el Reino Unido en relación con la concesión de *remedios* contra la Corona de acuerdo con el caso *Factortame*<sup>35</sup>, pero puede aplicarse de la misma forma en relación a las doctrinas aprobadas por la Comunidad Europea tales como la proporcionalidad<sup>36</sup>.

Aunque el argumento de mantenimiento de la coherencia opera de forma más fuerte en relación a la frontera entre sector de Derecho Administrativo con componente de Derecho Comunitario/sector de Derecho Administrativo sin componente de Derecho Comunitario, quizá podría invocarse con una fuerza similar en relación con las ideas de proporcionalidad en los campos de la DEDH y de la delegación de competencias. También puede esperarse aquí que se produzca un «trasvase» del razonamiento legal. En la medida en que la función de eliminar o evitar tales desajustes se lleva a cabo por los tribunales en cualquiera de estas áreas, ese proceso conseguirá su legitimidad formal no por la autoridad expresa del Parlamento, sino a través de los cánones generales del razonamiento legal. En este sentido, la coherencia y consistencia del sistema legal en conjunto se satisfará mejor con la proliferación de la proporcionalidad en todos los sectores del Derecho constitucional y administrativo.

Junto a esta primera forma de presión secundaria para un reconocimiento más amplio de la proporcionalidad, tenemos otra con un origen bastante diferente. Se trata de la forma de presión que, según se mantiene, ha surgido de un cambio general en la noción sobre el papel de los tribu-

<sup>34</sup> W. VAN GERVEN, «Bridging the Gap between Community and National Laws» (1992), 32 *CML Rev.*, p. 679.

<sup>35</sup> *R vs. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame Ltd. (No. 2)* (1991), 1 AC 603. *Vid. LORD WOOLF*, en *M vs. Home Office* (1994), 1 AC 377, 422.

<sup>36</sup> *Vid.*, por ejemplo, la discusión de J. SEDLEY, en *R vs. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex p. Hamble (offshore) Fisheries Ltd.* (1995), 2 All ER 714.

nales en el Reino Unido. Contra un sistema que ha subordinado los tribunales a un Parlamento supremo y que ha preferido la forma de responsabilidad del ejecutivo frente al Parlamento, en vez de frente a los tribunales, hay quien mantiene que está surgiendo la doctrina de la preeminencia de los tribunales. Algunos podrán argumentar que esto refleja o es causa de la debilitación del poder, autonomía y legitimidad del Parlamento, lo que exige un papel más fuerte del control judicial de la responsabilidad frente al control político<sup>37</sup>. Hay quien sugiere que los tribunales están reclamando un papel del que sólo fueron temporalmente destituidos<sup>38</sup>. En cualquier caso, un papel más amplio de los tribunales aporta legitimidad a la extensión de las causas de *judicial review*. El argumento para confinar a los tribunales a una *judicial review* basada en un número más estrecho de causas se ha debilitado. La *judicial review* «sustantiva» pasa a ser mucho más aceptable, y con ella, la basada en la falta de proporcionalidad.

## CONCLUSIONES

Si uno empieza a analizar todos estos argumentos de forma conjunta, todos apuntan en la dirección de una mayor adopción de la proporcionalidad como un principio del Derecho del Reino Unido en la *judicial review*. En el caso *Brind*, lord Lowry dijo que no había ningún argumento de autoridad para el reconocimiento de la proporcionalidad como un elemento de la doctrina legal. De hecho, el Parlamento había confiado el juicio de la proporcionalidad de los actos del ejecutivo al propio ejecutivo. Sin embargo, cada vez más, el ámbito del Derecho Comunitario se ha ampliado, y con él, la posibilidad de una extensión razonada de los principios de la Comunidad Europea, incluida la proporcionalidad, a las áreas del Derecho sin un componente de Derecho Comunitario. Además, el Parlamento ha autorizado específicamente la incorporación de la DEDH y la delegación de competencias, lo cual supone el reconocimiento de la propia proporcionalidad o de un principio muy similar. Como el Derecho Comunitario, ambas tienen un potencial de «trasvase», un potencial para extender la proporcionalidad a otras áreas. Pronto será casi imposible mantener que no hay argumentos para el uso de la doctrina de la proporcionalidad. Pronto, también, será mucho más difícil mantener que no se puede esperar de los jueces, por su preparación y experiencia, la realización de la ponderación de consideraciones no legales en el ejercicio de sus poderes. Este tipo de ponderación se esperará de ellos constantemente y,

<sup>37</sup> Se puede encontrar una bella presentación de este argumento, desde el punto de vista de un viejo juez, en el fallo de lord Mustill, en *R vs. Home Secretary, ex. p. Fire Brigades Union* (1995), 2 AC 513, 567-8.

<sup>38</sup> *Vid.*, por ejemplo, J. JOWELL, «Restraining the State: Politics, Principle and Judicial Review» (1997), *Current Legal Problems*, pág. 189.

para bien o para mal, la llevarán a cabo. Será parte de su experiencia —si no, con el tiempo, de su preparación—.

Esto no quiere decir, no obstante, que los contraargumentos más conservadores perderán toda su fuerza. Es cierto que continuará habiendo un importante grupo de oposición a lo que se verá como un aumento indeseable del poder e influencia de los jueces en comparación con los poderes «político» y «democrático» del Estado. Continuará habiendo mucho escepticismo sobre un indeseable aumento del gobierno de los jueces<sup>39</sup>. En particular, la labor de los jueces durante los primeros años de la incorporación de la DEDH atraerá, indudablemente, un examen muy crítico y, con toda seguridad, mucha controversia. Bajo estas condiciones, los tribunales pueden ser más moderados en su entusiasmo por fomentar un gran «trasvase» de sus nuevas responsabilidades derivadas del Derecho Comunitario y de la DEDH a la *judicial review* en general. La estrella de la proporcionalidad ha surgido como parte de una campaña para dar reconocimiento a ciertos derechos humanos antes de que esos derechos fueran incorporados a través de ley. Ahora que la incorporación legal ha tenido lugar, ¿no se necesita ya esa campaña y puede abandonarse el argumento en favor de un reconocimiento más amplio de la proporcionalidad en el Derecho Administrativo del Reino Unido?

---

<sup>39</sup> En los últimos años este escepticismo ha sido expresado muy mordazmente por el profesor Griffith, en sucesivas ediciones de su crítica a los jueces británicos. Vid. J. A. G. GRIFFITH, *The politics of the Judiciary* (5.ª ed., 1997).