

LA EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL AUSTRALIANA

El debate sobre la protección jurídica de los derechos y el modelo del diálogo institucional

EDUARDO J. RUIZ VIEYTEZ

1. INTRODUCCIÓN.—2. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL AUSTRALIANO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: 2.1. *El origen del sistema político australiano*. 2.2. *Los derechos en la redacción de la Constitución de 1900*. 2.3. *La protección actual de los derechos en Australia*. 3. EL DEBATE ACTUAL Y PASADO SOBRE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE DERECHOS EN AUSTRALIA.—4. MODELOS DE PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS Y TRADICIÓN BRITÁNICA.—5. LA TEORÍA DEL DIÁLOGO.—6. LA TEORÍA DEL DIÁLOGO Y EL POSIBLE MODELO AUSTRALIANO: 6.1. *La opción por una protección legislativa*. 6.2. *Las dificultades jurídicas del modelo*.—7. CONCLUSIÓN.—8. REFERENCIAS.

1. INTRODUCCIÓN

Australia es el único país occidental que no ha aprobado una norma jurídica declarativa de derechos. Esta «excepcionalidad australiana» (1) es relativamente reciente, por cuanto varios países igualmente inspirados en la tradición político-jurídica británica han adoptado diversas normas de protección de derechos humanos en las últimas décadas.

El debate sobre la adopción de una declaración de derechos no es nuevo en la historia australiana. Sin embargo, en la última década este debate se ha avivado tanto por determinados episodios concretos de gran impacto mediático (2) como por la mayor movilización social y preocupación académica sobre

(1) En expresión de GALLIGAN y MORTON: 17.

(2) El caso Al Kateb, decidido por el Tribunal Superior en 2004, tuvo un gran impacto en los defensores de derechos humanos. Ante la posibilidad de detención indefinida de un inmigrante

la materia. A pesar de que la concreción final del debate está aún en duda, las perspectivas que el mismo ha ido adoptando recientemente resultan sumamente interesantes y en parte sorprendentes desde nuestra perspectiva jurídica. En cualquier caso, su especificidad y el hecho de que la misma se produzca en un país de estructura territorial compleja otorgan mayor interés a su estudio. En este artículo pretendemos exponer el estado actual del debate australiano en su contexto comparado. Para ello, presentaremos en primer lugar la protección jurídica de los derechos en Australia, estudiaremos después los modelos comparados que sirven de referencia principal y finalizaremos con el análisis de lo que se perfila como un futuro modelo australiano de protección y de las dificultades jurídicas que derivan del mismo.

2. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL AUSTRALIANO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1. *El origen del sistema político australiano*

Australia tiene su origen en un conjunto de colonias británicas establecidas a partir de 1788. La primera colonia designada como tal fue Nueva Gales del Sur, a la que seguirían cronológicamente las de Tasmania (1825), Australia Occidental (1829), Australia del Sur (1836), Victoria (1851) y Queensland (1859). La historia política australiana seguiría una línea paralela a la de otras posesiones británicas, pero el más claro paralelismo puede establecerse con Canadá. No en vano, el autogobierno de las colonias australianas emergería a mediados del siglo XIX, siguiendo el camino abierto por *Nova Scotia* en 1847. Las colonias de la América del Norte británica (excluida Terranova) se organizarían en 1867 de acuerdo a un pacto federal, imitado por Australia en 1900, cuando las seis colonias existentes decidieron establecer un nuevo sujeto político, la *Commonwealth of Australia*, regulado por una Constitución, que es la actualmente vigente (3). Su acceso a la condición de Dominio como entidad

apátrida, se llega a señalar que «no es labor del mismo determinar si las decisiones adoptadas por el Parlamento son injustas o contrarias a los derechos humanos básicos»: Caso *Al Kateb v. Godwin* (2004) 219 CLR 562; sentencia de 6 de agosto de 2004, pág. 74.

(3) La Constitución fue aprobada por la ley del Parlamento británico *Commonwealth of Australia Constitution Act*, que otorgaba a las colonias australianas la posibilidad de formar su propio sistema de gobierno común. El texto de la Constitución (incorporada a la cláusula 9 de la ley) fue redactado por representantes de las seis colonias en una serie de convenciones celebradas entre 1890 y 1900, y aceptada por referéndum en cada colonia.

autónoma dentro del Imperio Británico se configuraría en las dos primeras décadas del siglo XX. Será el Estatuto de Westminster de 1931, que no entraría en vigor para Australia hasta 1939, el que consolidaría una situación jurídica de cuasi-independencia. Esto no obstante, y al igual que en el caso de Canadá, los últimos lazos jurídicos entre Australia y el Reino Unido no se extinguieron definitivamente hasta los años ochenta del pasado siglo con la aprobación de las *Australia Acts* por los parlamentos de Londres, Canberra y de cada uno de los estados australianos. Con ello, el sistema constitucional rompía definitivamente todo residuo de dependencia respecto del Reino Unido y «repatriaba» todos sus poderes constitucionales.

Australia y Canadá también muestran un indudable paralelismo en el mantenimiento de un sistema de gobierno típicamente británico, la jefatura de Estado en común con el Reino Unido y la estructura federal del país, con un número relativamente bajo de entidades territoriales [6 estados y 2 territorios en Australia (4) frente a 10 provincias y 3 territorios en Canadá]. En ambos casos la Federación ha experimentado un progresivo reforzamiento de sus poderes, sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial.

2.2. *Los derechos en la redacción de la Constitución de 1900*

Desde una perspectiva de análisis constitucional, la excepcionalidad australiana más notable es la ausencia de una tabla o declaración de derechos comparable a la de cualquier país democrático. La Constitución de 1900 no incluye un listado de derechos ni mucho menos de sus garantías, y los variados intentos por incorporar derechos a la Constitución o al Derecho constitucional de Australia han acabado en sendos fracasos.

La discusión sobre la conveniencia de introducir derechos en la Constitución de 1900 no estuvo totalmente ausente de los debates constituyentes. De hecho, el representante de Tasmania Andrew Inglis Clark realizó una propuesta en este sentido que fue, sin embargo, derrotada (5). Debe recordarse que para entonces los norteamericanos disponían ya de un elenco de derechos constitu-

(4) El Territorio del Norte (*Northern Territory* o NT) y el Territorio de la Capital Australiana (*Australian Capital Territory* o ACT) son los dos territorios «internos» de acuerdo a la distinción establecida en la *Acts Interpretation Act* 1901. Australia dispone también de los siguientes «territorios externos» sin representación en el Parlamento federal: *Australian Antarctic Territory*, *Ashmore and Cartier Islands*, *Territory of Heard Island and McDonald Islands*, *Christmas Island*, *Norfolk Island*, *Cocos (Keeling) Islands* y *Coral Sea Islands Territory*.

(5) CHAPPEL, CHESTERMAN y HILL: 16-17.

cionalmente garantizados y que los jueces estadounidenses llevaban décadas protegiendo los mismos.

Las razones por las cuales los constituyentes australianos no quisieron introducir una tabla de derechos en la Constitución son diversas y responden a la cultura política australiana de aquel momento (6). No puede olvidarse que Australia era entonces un conjunto de colonias británicas modeladas de acuerdo al sistema de Westminster. La mayor parte de los redactores de la Constitución entendían que era más adecuado dejar la protección de los derechos en el ámbito del *common law* y mantener el principio básico de la supremacía del parlamento (7). Otra razón poderosa para explicar la ausencia casi total de derechos es el hecho de que la Constitución australiana no pretendía regular las relaciones entre el poder público y el pueblo. Su cometido principal era el establecimiento de una federación entre las colonias, organizando las instituciones y competencias de la nueva entidad (8), y dejando para los estados las relaciones directas con sus ciudadanos. Por otro lado, la Constitución australiana de 1900 no estaba creando un Estado totalmente independiente y las normas estatutarias del Reino Unido que habían garantizado derechos secularmente, como la *Carta Magna* o el *Bill of Rights* de 1688, seguirían estando presentes y sirviendo de alguna manera de límite al Derecho australiano.

La Constitución de Estados Unidos fue modelo de inspiración para los constituyentes australianos pero no tanto en cuestión de derechos, cuanto en la separación de poderes y en la estructura territorial. Al mismo tiempo, es crucial entender la diferente experiencia histórica que representan los Estados Unidos, por un lado, y Australia, Nueva Zelanda o Canadá, por el otro. En el modelo estadounidense, la Constitución se trazó después de una guerra de independencia legitimada en la defensa de unos derechos básicos frente a un supuesto abuso injustificado del poder británico. Sin embargo, ni en Australia ni en las otras colonias británicas citadas se había vivido una experiencia reciente de tiranía, ni la necesidad de controlar la supremacía del legislativo. En este sentido, el establecimiento de la federación no marca una ruptura abrupta con el pasado ni la voluntad de cuestionar la capacidad del parlamento de legislar en cualquier materia, incluidos los derechos (9).

(6) WILLIAMS (2002): 24-45; BYRNES, CHARLESWORTH y MCKINNON: 24-26.

(7) AITKEN y ORR: 34.

(8) HOLLAND: 155.

(9) MOFFAT: 85; HOLLAND: 155.

2.3. *La protección actual de los derechos en Australia*

La protección jurídica actual de los derechos en Australia puede ser definida como fragmentaria y desigual. Por un lado, Australia se enorgullece de una larga tradición democrática y de un compromiso político con los derechos humanos. Por otra parte, en el plano jurídico sigue faltando un instrumento relevante de protección o un sistema mínimamente articulado que proteja los derechos que la mayor parte de los países democráticos tienden a garantizar constitucionalmente. Australia carece de un listado cerrado de derechos protegidos y su protección jurídica se articula a través de instrumentos o técnicas diferentes. En este sentido, puede distinguirse entre la protección que ofrece el propio texto constitucional y la que se contiene en otros productos normativos.

a) *Protección de derechos por la propia Constitución*

Si bien la Constitución australiana no contiene una tabla de derechos, ello no supone que los derechos estén totalmente ausentes de su texto. En el Derecho constitucional australiano se diferencia entre los derechos expresamente recogidos por la Constitución federal (*express guarantees*) y los derechos implícitos en la misma (*implied guarantees*). En efecto, por varias razones, unos pocos derechos fueron en su momento constitucionalizados, si bien su dispersión a lo largo del texto deja manifiesta la falta de sistematicidad de este reconocimiento y garantía. Otros derechos constitucionales han sido identificados como implícitamente contenidos en la Constitución, aunque el texto literal no aluda a ellos expresamente.

Por lo que se refiere a los derechos explícitos, debe notarse que la mayor parte de las provisiones de la Constitución que limitan el poder legislativo se dirigen solamente al parlamento federal y no a los de los Estados miembros. Los derechos expresamente recogidos en la Constitución de 1900 son los siguientes:

a) El derecho al voto. Según el artículo 41 de la Constitución federal, ningún adulto que haya adquirido el derecho al voto en los parlamentos estatales puede ver restringido su derecho al sufragio en las elecciones federales (10).

b) El derecho a una compensación económica por la expropiación. El artículo 51.31 reconoce como competencia federal la adquisición de propiedad en

(10) Sin embargo, el Tribunal Superior interpretó esta provisión como transitoria, y alusiva exclusivamente a quienes habían adquirido su derecho a votar antes del 12 de junio de 1902: caso *R v. Pearson*; *Ex parte Sipka* (1983) 152 CLR 254; sentencia de 24 de febrero de 1983.

sus justos términos (*on just terms*) a cualquier persona o estado por cualquier motivo respecto del cual el Parlamento federal tiene competencia para aprobar leyes.

c) El juicio ante jurado. Según el artículo 80, los juicios sobre ofensas contra la legislación federal deben realizarse ante jurado y en el estado en el que la presunta ofensa fuera cometida.

d) El derecho a la libertad de comercio y movimiento de bienes entre estados, tanto por tierra como por mar, recogido en el artículo 92.

e) La libertad de religión. El artículo 116 previene el establecimiento oficial de ninguna religión por parte de la Federación, la imposición de cualquier observancia religiosa, la prohibición del libre ejercicio de cualquier religión, y la exigencia de pruebas o requisitos de contenido religioso para el acceso a cualquier posición o cargo público.

f) El derecho a la no discriminación de los nacionales residentes en un estado ajeno al suyo, previsto en el artículo 117.

Como puede comprobarse, el listado de derechos contemplados expresamente en la Constitución es no sólo reducido, sino también asistemático. La ausencia total de otro tipo de derechos o garantías fundamentales ha llevado a los intérpretes del texto constitucional a buscar en el mismo una protección implícita de las mismas. Se ha desarrollado así una teoría paralela sobre los derechos constitucionales implícitos, inicialmente originada en el sistema canadiense (11). En Australia, su primera formulación en sede judicial fue abandonada por el magistrado Murphy en los años setenta y ochenta, pero no conseguiría el apoyo de una mayoría del Tribunal Superior (12) hasta los años noventa, bajo la presidencia del magistrado Mason. Este cambio producido en el Tribunal Superior en los años noventa fue producto de la concurrencia de un grupo de magistrados activos, determinados casos paradigmáticos y nuevos argumentos presentados por un número creciente de grupos de presión para la mejora de los derechos (13).

El logro más destacado en aquella época fue el reconocimiento de que la libertad de expresión (o comunicación) política se halla implícita en los artícu-

(11) La teoría jurisprudencial canadiense de los derechos implícitos tuvo su desarrollo antes de la aprobación de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades de 1982, pero la misma aparece de nuevo citada en la famosa opinión consultiva sobre la posible secesión de Quebec: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *opinion* de 20 de agosto de 1998.

(12) Utilizaremos la expresión castellana «Tribunal Superior» para traducir el término original inglés *High Court*, mientras que denominaremos «Cortes Supremas» a los distintos *Supreme Courts* existentes en los estados y territorios de la federación.

(13) GALLIGAN y MORTON: 23.

los de la Constitución que establecen los principios de gobierno responsable y representativo. Así lo señaló el Tribunal en dos casos resueltos en 1992 (14). En los mismos, el Tribunal declaró inválida una ley federal que intentaba restringir la emisión de publicidad política, por ser inconsistente con el modelo de gobierno representativo establecido en la Constitución y con el consiguiente derecho implícito a la libertad de comunicación en cuestiones políticas. En dos casos posteriores (15), el Tribunal apareció dividido sobre la extensión del derecho implícito a la comunicación política, pero en *Lange* (16), fue otra vez unánime afirmando una libertad de comunicación política, aunque sin insistir en su naturaleza de derecho individual, sino más bien como una limitación del poder legislativo.

Las otras libertades implícitas que han sido señaladas por el Tribunal Superior corresponden al derecho a un juicio justo (*right to procedural fairness*), implícito en el capítulo II de la Constitución (17); el derecho a la buena administración del poder judicial (*right to proper administration of the judicial power*) (18); y el derecho al voto (19). Por último, dos de los magistrados del Tribunal (*Justices* Deane y Toohey) llegaron a señalar la existencia de un derecho a la igualdad (20), si bien su posición fue minoritaria.

La época de reconocimiento de derechos implícitos corresponde fundamentalmente a la primera mitad de los años noventa y dio lugar a una considerable corriente de criticismo a la labor del Tribunal, que fue considerada

(14) Casos *Nationwide News v. Wills* (1992) 177 CLR 1, sentencia de 30 de septiembre de 1992, y *Australian Capital Television v. Commonwealth* (1992) 177 CLR 106, sentencia de 30 de septiembre de 1992.

(15) *Theophanous v. Herald & Weekly Times Ltd* (1994) 182 CLR 104, sentencia de 12 de octubre de 1994; *Stephens v. West Australian Newspapers Ltd* (1994) 182 CLR 211, sentencia de 12 de octubre de 1994.

(16) *Lange v. Australian Broadcasting Corporation* (1997) 189 CLR 520, sentencia de 8 de julio de 1997.

(17) Casos *Chu Kheng Lim v. Minister for Immigration Local Government & Ethnic Affairs* (1992) 176 CLR 1, sentencia de 8 de diciembre de 1992, págs. 27 y 29; *Polyukovich v. The Commonwealth* (1991) 172 CLR 501, sentencia de 14 de agosto de 1992, págs. 607, 614-5, 684-5, 689, 703-4, y *Leeth v. Commonwealth* (1992) 174 CLR 455, sentencia de 25 de junio de 1992, págs. 470, 486-7, 502-3.

(18) Caso *APLA Limited v. Legal Services Commissioner (NSW)* (2005) 224 CLR 322, sentencia de 1 de septiembre de 2005, pág. 432.

(19) Casos *Attorney-General (Cth); Ex rel Mckinlay v. Commonwealth* (1975) 135 CLR 1, sentencia de 1 de diciembre de 1975, pág. 36, y *Roach v. Electoral Commissioner* (2007) 233 CLR 162, sentencia de 26 de septiembre de 2007, págs. 173-4, 198-9, 206.

(20) Caso *Leeth v. Commonwealth* (1992) 174 CLR 455, sentencia de 25 de junio de 1992, págs. 486-488.

como «activismo judicial», cuando no abuso de poder directamente (21). Las críticas recibidas pudieron afectar a la audacia del Tribunal, pero sobre todo lo hicieron los nuevos nombramientos de magistrados tras el acceso al poder del gobierno liberal-nacional de John Howard en 1996. Ello derivaría en un cambio de la jurisprudencia del Tribunal (22). Así, en *Kruger* (23), el Tribunal no aceptó la presunta violación de un derecho implícito a la libertad personal de los aborígenes que habían sido «robados» (*stolen generation*) de sus familias en décadas anteriores, si bien la decisión fue muy ajustada. Del mismo modo, en *McGinty* (24), el Tribunal señaló que el principio del voto igual (*one vote one value*) no podía ser invocado como principio constitucional para cuestionar las diferencias en el tamaño de las circunscripciones electorales de Australia Occidental. La doctrina jurisprudencial de los derechos implícitos sigue viva y puede ser aplicada ocasionalmente (25), pero su potencialidad parece haber quedado seriamente limitada respecto a lo que los primeros años noventa pudieron dar lugar a pensar.

b) *Protección de derechos a través de otras fuentes*

Más allá del propio texto constitucional, el sistema australiano presenta otras vías de protección de los derechos fundamentales. De acuerdo al sistema de fuentes existente en el Derecho constitucional australiano, estas posibilidades derivan del *common law* o de la adopción expresa de nuevas normas de rango superior, tanto en el plano internacional como en el plano doméstico o interno.

Por lo que se refiere a la primera posibilidad, el *common law* ofrece protección a determinados derechos, al igual que sucede en otros países que siguen la tradición jurídica británica. Por ejemplo, suele citarse como caso paradigmático en este sentido la decisión del Tribunal Superior en el asunto *Mabo* (26), en el que se reconoció la existencia de un título indígena a la tierra, desechando la

(21) CRAVEN: 216-242. No debe olvidarse que el caso *Mabo*, citado más abajo, también se resolvió en este período.

(22) GALLIGAN y MORTON: 26.

(23) Caso *Kruger v. Commonwealth* (1997) 190 CLR 1, sentencia de 31 de julio de 1997.

(24) Caso *McGinty v. Western Australia* (1996) 186 CLR 140, sentencia de 28 de marzo de 1996.

(25) Por ejemplo, caso *Roach v. Electoral Commissioner* (2007) 233 CLR 162, sentencia de 26 de septiembre de 2007.

(26) *Mabo v. Queensland* (1992) 175 CLR 1, sentencia de 3 de junio de 1992.

tradicional doctrina que justificaba la ocupación de las tierras aborígenes en su consideración como *terra nullius*. El caso *Mabo* marcó sin duda un momento importante en la evolución jurídica y política de Australia (27). Sin embargo, hay que recordar que las protecciones derivadas del *common law* son bastante limitadas y normalmente no se presentan como declaraciones expresas de derechos. Más bien incluyen presunciones protectoras utilizadas en la interpretación del *statutory law* o asunciones de derechos en áreas en las que dichos derechos no están prohibidos por ley. Estas presunciones son rebatibles y pueden ser superadas por una legislación clara. En casos limitados, el *common law* reconoce derechos sustantivos, por ejemplo, el derecho a un juicio justo, pero incluso estos derechos pueden ser sujetos a una derogación legislativa expresa posterior.

La protección de derechos también puede realizarse a través de la ratificación de instrumentos jurídicos internacionales. De hecho, Australia ha ratificado la mayor parte de los tratados internacionales sobre derechos humanos elaborados en el ámbito institucional de las Naciones Unidas. Sin embargo, el Derecho australiano sigue un modelo dualista en la recepción del Derecho internacional, lo que obstaculiza la aplicación interna de su contenido, posibilitando la existencia de compromisos internacionales incumplidos en el plano interno. En términos generales, puede considerarse que Australia ha mantenido una postura activa en la positivización internacional de los derechos humanos. Igualmente, Australia ha aceptado la posibilidad de que las personas bajo su jurisdicción presenten comunicaciones individuales por violación de los derechos contemplados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en el Convenio para la Eliminación de la Discriminación Racial y en el Convenio contra la Tortura. Así, la primera ocasión en la que el Comité de Derechos Humanos apreció una violación por parte de Australia fue el caso *Toonen*, en 1992 (28), en el que el Comité entendió contrario al derecho a la privacidad del artículo 17 PIDCP que el Código Penal de Tasmania considerara ilegales los actos homosexuales entre adultos. La decisión del asunto contó con el apoyo del Gobierno laborista, y ante la resistencia mantenida por el parlamento de Tasmania a modificar la legislación afectada, el parlamento federal acabó aprobando la *Human Rights (Sexual Conduct) Act 1994*.

A partir de entonces, el número de asuntos contra Australia conocidos por los Comités de Naciones Unidas ha ido en aumento, apreciándose hasta la fecha

(27) El caso exacerbó las críticas al Tribunal Superior en el momento de mayor activismo de éste: *vid.* SOLOMON.

(28) Comité de Derechos Humanos, caso *Toonen versus Australia* (comunicación núm. 488/1992); documento de Naciones Unidas CCPR/C/50/D/488/1992, decisión del 4 de abril de 1994.

más de 20 violaciones de derechos en casos concretos. Sin embargo, la actitud de los gobiernos australianos ante las decisiones desfavorables de los comités no siempre ha sido positiva, y durante la época del Gobierno liberal de John Howard (1996-2007) se rechazaron en numerosas ocasiones los pronunciamientos de los órganos convencionales, muy particularmente en materia de inmigración y trato a personas extranjeras.

Por último, la protección de derechos en el sistema australiano también puede producirse a través de la aprobación de legislación primaria (normas con rango legal), tanto en el ámbito de la federación como en el de los estados. La federación ha ido ampliando progresivamente sus poderes en esta materia, básicamente a través de la competencia sobre relaciones internacionales (art. 51.29 de la Constitución), una vez que Australia es parte de numerosos tratados en la materia (29). De este modo, las leyes hechas por la federación y por los estados en esta área son complementarias (30). El cuerpo de leyes básicas aprobadas en el nivel federal sobre derechos fundamentales se compone de cuatro leyes antidiscriminatorias y una ley institucional. Las primeras son la *Racial Discrimination Act 1975 (Cth)*, la *Sex Discrimination Act 1984 (Cth)*, la *Disability Discrimination Act 1992 (Cth)* y la *Age Discrimination Act 2004 (Cth)*. Junto a ellas, es relevante la *Human Rights and Equal Opportunity Commission Act 1986 (Cth)*, que crea la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades. Este órgano independiente puede investigar y procurar la conciliación en casos que derivan de las discriminaciones contempladas en las leyes sustantivas. La Comisión no tiene un poder ejecutivo o judicial, sino una naturaleza relativamente similar a la de un *ombudsman*, con capacidad para elaborar informes de los casos no resueltos favorablemente y la obligación de exponerlos al Parlamento. Igualmente, la Comisión puede llevar a cabo hacer investigaciones e informes sobre otros temas, a fin de llamar la atención de la opinión pública y de las instituciones sobre los mismos. Por su cantidad, es notorio el trabajo de la Comisión en relación con la situación de los solicitantes de asilo.

Obviamente, las normas con rango de ley aprobadas por el parlamento federal pueden ser modificadas por el mismo, puesto que no gozan de ninguna rigidez especial o de una fuerza jurídica pasiva reforzada. Sin embargo, hasta la fecha no se ha producido ninguna modificación expresa en sentido restrictivo de la, por otra parte, escasa legislación federal en la materia de derechos. Sin

(29) Caso *Koowarta v. Bjelke-Petersen* (1982) 153 CLR 168, sentencia de 11 de mayo de 1982.

(30) AITKEN y ORR: 35.

embargo, ello no excluye que otras leyes sectoriales puedan afectar al contenido de las normas anteriormente mencionadas.

Por lo que se refiere a los estados, sin duda el elemento jurídico más novedoso de los últimos tiempos es la aprobación de leyes o cartas sobre derechos humanos en algunas jurisdicciones. Conforme a la tradición general australiana, los estados no han dispuesto de declaraciones de derechos en sus Constituciones, ni de una legislación expresa en la materia. Sin embargo, en los últimos años, el debate sobre la protección de los derechos fundamentales ha dado lugar a diversas iniciativas de consulta en varios estados y territorios. La primera concreción normativa fue la *Human Rights Act* aprobada en 2004 en el Territorio de la Capital Australiana (ACT), y que incorpora básicamente el contenido del PIDCP. Dos años más tarde, el parlamento de Victoria aprobaba la *Charter of Human Rights and Responsibilities Act*, que contiene un rango de derechos un tanto más amplio que la anterior. Lo relevante de estas normas no es sólo su contenido, sino sobre todo el mecanismo de protección que prevén y que puede servir de claro antecedente para una futura norma de ámbito federal.

3. EL DEBATE ACTUAL Y PASADO SOBRE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE DERECHOS EN AUSTRALIA

Esta fragmentariedad en el reconocimiento constitucional de los derechos ha conducido a que el debate sobre su protección jurídica sea una constante en Australia. Por otro lado, los cambios producidos al respecto en los países que proceden de la misma tradición jurídico-política, han colocado en una situación de singularidad, cuando no de aislamiento, al sistema australiano. El debate sobre esta excepcional carencia, si bien presente desde épocas anteriores, se encuentra hoy en un momento particularmente avanzado y por ello lleno de interés desde la perspectiva jurídico-constitucional.

El debate fundamental se produce entre los partidarios y detractores de aprobar una declaración de derechos (*Bill of Rights*) para Australia. Por extraño que pueda resultar desde otras perspectivas constitucionales, tanto la doctrina como la clase política se encuentran divididas sobre la cuestión y ello ayuda a que proliferen los argumentos a favor y en contra de dicha declaración (31).

Los defensores de una declaración normativa de derechos se basan fundamentalmente en que los derechos humanos se encuentran hoy deficientemente protegidos en el sistema jurídico australiano. Este déficit sólo podría ser paliado

(31) WILLIAMS (2002): 257-258.

mediante el reconocimiento jurídico explícito de los derechos fundamentales y sus correspondientes garantías. La adopción de una declaración formal de derechos serviría al mismo tiempo para ofrecer reconocimiento formal a ciertos derechos universales y para poner a Australia en línea con las restantes democracias del planeta. A ello se añade que el reconocimiento y garantía de determinados derechos humanos constituye una obligación jurídica internacional para Australia, que conlleva necesariamente el desarrollo de la normativa interna correspondiente.

Los defensores del reconocimiento expreso de los derechos señalan que una declaración explícita serviría para situar a los derechos humanos en una posición reforzada, por encima del juego político. Ello sería útil para mejorar o clarificar determinados procesos de toma de decisiones gubernamentales y administrativas. En otro orden de cosas, la proclamación de unos derechos como parámetro de referencia jurídica empoderaría a ciertos australianos pertenecientes a varios tipos de minorías que en la actualidad disfrutaban de escasos recursos o de un difícil acceso al poder o a los debates públicos. Finalmente, una declaración formal de derechos tendría un importante componente educativo y pedagógico social, que serviría para promover la tolerancia y la comprensión mutua en la sociedad.

Por su parte, los oponentes a la declaración de derechos disponen también de un buen número de argumentos tanto políticos como jurídicos. Seguramente, la razón más importante de la oposición se basa en la tradición de un sistema político que tiene a la supremacía parlamentaria como uno de sus pilares fundamentales. Establecer una carta de derechos que pudiera limitar esta supremacía del legislador erosionaría gravemente la propia esencia del modelo y sería visto como antidemocrático. Según este pensamiento, una carta de derechos que condicionara la legislación posterior y quedara bajo la custodia de un tribunal superior, equivaldría a trasladar la decisión sobre aspectos tan importantes como sensibles a un órgano (el Tribunal Superior) no elegido democráticamente y mucho más reducido en su composición que el Parlamento. Así, se consideraría antidemocrático otorgar a unos jueces no elegidos el poder de anular las decisiones de un parlamento democráticamente elegido sobre materias tan relevantes en la ordenación de la vida social. Ello, además de resultar totalmente ajeno a la tradición de Westminster, supondría politizar a la judicatura australiana.

Para los oponentes a una declaración de derechos, éstos ya se encuentran suficientemente protegidos en el sistema australiano a través de la supremacía parlamentaria, el equilibrio entre instituciones o el *common law*. También hacen notar que las listas de derechos que se incluyen en Constituciones o estatutos hacen poca diferencia real a la protección de las libertades fundamentales sobre

el terreno, y que en la práctica el Tribunal Superior ya está protegiendo los derechos a través de su interpretación de la Constitución y su desarrollo del *common law*, lo que haría innecesario una declaración expresa. Según las mismas voces, la división del poder en varias instituciones y el mismo sistema federal ayudan a controlar el ejercicio del mismo.

Otra de las preocupaciones que suscita una posible adopción de un *Bill of Rights* en Australia es su afección a los equilibrios de poder entre la federación y sus componentes. Una carta federal de derechos iría en contra de los poderes de los estados, reduciendo severamente su nivel competencial y afectando así al equilibrio actual. Además, una carta común a toda la federación ignoraría las legítimas diferencias que deberían existir entre las diferentes regiones de Australia.

Otra suerte de argumentos contrarios señala que definir un derecho equivale indefectiblemente a limitarlo. Además, fijar los derechos en un texto jurídico haría imposible, según estas posiciones, tener en cuenta las cambiantes concepciones de aquéllos y protegería algunos derechos que pueden no ser importantes para las futuras generaciones. En cualquier caso, una carta de derechos incorporaría los valores y los prejuicios de sus redactores. Por último, suele alegarse también que una carta de derechos tiende a sobredimensionar el debate sobre los mismos, y muy particularmente los derechos de los grupos minoritarios, dando a éstos un protagonismo excesivo en el debate político. En parte por ello, una declaración formal de derechos implicaría su judicialización, con un importante y oneroso aumento de la litigación sobre los mismos, provocando lo que gráficamente se describe en lengua inglesa como un «*lawyers picnic*».

Los argumentos expuestos tanto a favor como en contra de la adopción de una carta federal de derechos para Australia realmente dividen no sólo a la clase política, sino también a la doctrina académica. Prestigiosos académicos australianos o antiguos miembros de los brazos legislativo, ejecutivo o judicial utilizan algunos de los argumentos anteriores, sin que pueda detectarse sin temor a la equivocación una clara mayoría en un sentido u otro. Así, por ejemplo, Chappell, Chesterman y Hill dicen claramente que los derechos fundamentales no están bien protegidos en Australia (32) y que un *Bill of Rights* es realmente necesario, para lo cual echan de menos un liderazgo político decidido al estilo del que ejercieron en sus respectivos países Pierre Trudeau o Tony Blair en el mismo tema (33). Por su parte, Charlesworth (34) califica el siglo XX en Aus-

(32) CHAPPELL, CHESTERMAN y HILL: 62.

(33) CHAPPELL, CHESTERMAN y HILL: 80.

(34) CHARLESWORTH (2002): 35.

tralia como el siglo del rechazo a los derechos. La tesis más repetida es seguramente la de la insuficiencia actual de garantías jurídicas en comparación a los demás países desarrollados, a la que aluden varios académicos (35). Destaca en este sentido la obra del profesor George Williams, ampliamente dedicada a este vacío del Derecho constitucional australiano (36). De igual modo, participan de la posición favorable otros autores que han escrito ampliamente sobre el tema, como Moshinsky, Debeljak, Tate, Beckett, Webber o Brennan, así como varias instancias universitarias, entre las que destaca el prestigioso Centro Castan de Derechos Humanos de la Universidad Monash, en Melbourne. Otros autores, como McHugh, South, Dixon o Stellios, mostrando una posición favorable, inciden al mismo tiempo en algunas dificultades y obstáculos que la cuestión plantea en el contexto específico de Australia.

La oposición académica a la adopción de una carta de derechos se ve reforzada por autores que provienen de la vida institucional. Estas voces tienden a defender que en Australia ha habido tradicionalmente una adecuada protección de derechos por la vía judicial, que tanto el Derecho constitucional como el Derecho administrativo se encuentran en Australia bien desarrollados y que existe una más que suficiente estructura social de apoyo, lo que resulta tan relevante para una efectiva protección de derechos como la apertura de vías de intervención judicial (37). Particularmente se insiste en el hecho de que los derechos no se protegen mejor incrementando el poder de los jueces (38). El riesgo de una excesiva y costosa judicialización es advertido por otros académicos como McMillan, Stone o Evans (39) y el mismo rechazo está presente en las aproximaciones feministas, que sospechan de la basculación siempre conservadora de los tribunales (40). También se posicionan en contra de una carta de derechos académicos como Barry o Parkinson, o expertos como Hatzistergos, si bien la síntesis más clara de los argumentos contrarios seguramente sea la de Zimmermann (41). Finalmente, Stone defiende que la aprobación de una declaración de derechos no es en sí misma muy relevante, y que no resolvería los problemas de interpretación y oscuridad que se plantean en torno a aquéllos (42).

(35) CASSIDY: 173; WILLIAMS (2002): 24.

(36) Principalmente, WILLIAMS (2004); WILLIAMS (2007).

(37) GALLIGAN y MORTON: 31-37.

(38) CAMPBELL: 320.

(39) Human Rights Consultation Committee (2009): *National Human Rights Consultation Report*, Canberra, Commonwealth of Australia, pág. 295.

(40) IRVING: 87-101.

(41) ZIMMERMAN: 34-44.

(42) STONE: 154-155.

En cualquier caso, el debate sobre la adopción de una tabla de derechos no es nuevo en el contexto australiano. A pesar de la relevancia jurídica de la discusión en el momento actual, pueden identificarse en el pasado cinco intentos de incorporación de una norma protectora de los derechos. Dos de ellos aspiraban a producir una reforma de la Constitución y los otros tres buscaban la aprobación de leyes de protección de los derechos civiles y políticos.

El primer intento de reforma constitucional se produjo en 1944. La *Constitution Alteration (Post-war Reconstruction and Democratic Rights) Bill*, introducida por el ministro laborista Evatt, pretendía extender la protección de la libertad de religión a los estados y prohibir intrusiones en la libertad de expresión en prensa. La propuesta de modificación constitucional fue derrotada en referéndum con un 54 por 100 del voto en contra, aunque obtuvo un apoyo popular mayoritario en los estados de Australia del Sur y Australia Occidental. Cuatro décadas más tarde, en 1988, el Gobierno laborista de Hawke sometió a referéndum cuatro enmiendas a la Constitución, dos de las cuales pretendían garantizar determinados derechos fundamentales. Tampoco en esta ocasión se obtuvo un respaldo popular mayoritario. Australia es seguramente el país occidental en el que resulta más difícil que un referéndum constitucional arroje un resultado positivo, según se infiere de la historia constitucional del país, trufada de propuestas de modificación derrotadas en referéndum.

Los intentos de incorporar una norma de protección de rango legal tampoco llegaron a buen puerto. En 1973, el ministro laborista Murphy introdujo un *Human Rights Bill* en el Senado que habría implementado las obligaciones de Australia bajo el PIDCP. Sin embargo, el *Bill* decayó cuando el parlamento federal fue disuelto en 1974, y la iniciativa no volvió a ser presentada por el nuevo Gobierno. En 1985, se intentó por segunda vez aprobar una *Australian Bill of Rights Act* que sirviera para implementar el PIDCP. Este proyecto fue presentado por el ministro laborista Bowen y aprobado por la Cámara de Representantes, pero fue retirado por el Gobierno, una vez que estaba claro que no superaría la votación en el Senado. Finalmente, en 2001 se presentaron dos proposiciones de ley que se basaban en el proyecto del año 1985. La primera de ellas fue presentada por el líder demócrata Lees bajo el título *Democrats' Parliamentary Charter of Rights and Freedoms*, pero no pudo pasar de la segunda lectura en la Cámara de representantes. El mismo texto fue presentado en el Senado por la senadora demócrata Stott Despoja en 2005 y 2008, con igual resultado. La segunda proposición fue introducida por Andrew Theophanous con el título *Australia Bill of Rights Bill*. Esta propuesta, que añadía protección para los derechos económicos y sociales, tampoco consiguió pasar a la segunda lectura parlamentaria.

A pesar de estos fracasos, el tema no ha decaído, y se encuentra otra vez en el centro del debate político y jurídico australiano. El Gobierno liberal de Howard presentó en 2004 un *National Human Rights Action Plan*, en el que se reafirmaba el compromiso de Australia con la protección y promoción de los derechos humanos. Sin embargo, los partidos de la coalición liberal-nacional se vienen mostrando más bien reacios a cualquier cambio normativo sustancial en la materia. Por el contrario, el partido laborista prometió en la campaña electoral de 2007 realizar un proceso de consulta sobre la cuestión. Coincidiendo con el 60 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el ministro de Justicia, Frobert McClelland, anunció que se instituiría un comité *ad hoc*, presidido por el catedrático de Derecho Frank Brennan. El Comité realizó una ingente labor de consulta que concluyó con la elaboración de un extenso informe final, remitido oficialmente el 30 de septiembre de 2009 (43).

A su vez, el bloqueo en la adopción de cualquier iniciativa normativa a nivel federal ha provocado una dinámica de traslación a los estados del mismo debate. Sea por la percepción de la insuficiente protección de los derechos o por la intención de incidir en el debate federal, lo cierto es que la discusión sobre la adopción de normas protectoras de derechos en Australia prolifera hoy también en el plano interno de los diferentes estados y territorios australianos. Así, en los últimos años se han desarrollado comisiones de consulta sobre cómo proteger mejor los derechos humanos en seis jurisdicciones distintas. Las primeras encuestas fueron las establecidas en Queensland en 1998 y Nueva Gales del Sur en 1999, y conducidas por comités parlamentarios. En los dos casos la recomendación final de los comités fue la de no adoptar ninguna norma jurídica específica, aunque sí otras medidas destinadas a proteger y promover los derechos humanos. Por el contrario, los procesos de consulta establecidos en el ACT en 2002, y en los estados de Victoria en 2005, Tasmania en 2006 y Australia Occidental en 2007, fueron liderados por comisiones independientes. Todas ellas recomendaron la adición de una norma jurídica específica para la protección de los derechos humanos. En el caso del ACT y de Victoria ello dio lugar a la aprobación de las normas ya referidas. Australia Occidental y Tasmania, por su parte, no han adoptado por el momento ninguna iniciativa jurídica al respecto. Ni en el Territorio del Norte ni en Australia del Sur se ha establecido ninguna comisión de consulta equiparable a las anteriormente citadas.

(43) El informe está disponible en la página electrónica del propio Comité: <http://www.humanrightsconsultation.gov.au>.

4. MODELOS DE PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS Y TRADICIÓN BRITÁNICA

El debate sobre la protección de los derechos en Australia es no sólo un debate sobre la conveniencia de disponer de una protección jurídica expresa y sistemática, sino también un debate sobre los modelos en los que ello puede o debe hacerse. En realidad, las posturas existentes no se reducen a dos, una favorable y otra contraria a la positivización de los derechos, sino a tres, puesto que ésta podría realizarse en la propia Constitución o a través de una norma de rango legal. Por lo tanto, junto a la postura contraria, que pretende mantener el *statu quo* existente, nos encontramos con dos modelos diferentes de incorporación de los derechos al Derecho constitucional. Por un lado, cabría optar por la solución más extendida en clave comparada, consistente en reformar la Constitución para que ésta incorporara expresamente los derechos protegidos y sus garantías. Ello debería hacerse a través de lo que se conoce en el lenguaje jurídico anglosajón como una declaración «enraizada» o «incorporada» (*Entrenched Bill of Rights*). En el caso de Australia, implicaría activar los mecanismos de reforma previstos en el capítulo VIII (art. 128) de la Constitución federal (44). La segunda opción consistiría en apostar por una declaración legislativa (*Statutory Bill of Rights*), que equivaldría a aprobar una ley sobre derechos humanos (*Human Rights Act*) por el parlamento federal.

En principio parece bastante claro que la protección de los derechos a través de una reforma constitucional ofrece una mayor fortaleza jurídica. Toda ley posterior que infringiera en todo o en parte el contenido de aquellos derechos podría ser declarada inválida por el Tribunal Superior en virtud del ejercicio de la *judicial review*. Por el contrario, con una norma de rango legal no podría evitarse que el parlamento pudiera legislar de manera restrictiva sobre los derechos, toda vez que cualquier ley posterior prevalecería sobre la ley garantista anterior.

Sin embargo, si enfocamos el debate desde la perspectiva de los sistemas jurídicos que emanan de la tradición de Westminster, el debate dista mucho de estar totalmente cerrado, y ello es particularmente cierto para el caso de Australia. Sea por convicción, por pragmatismo o por estrategia, la opción de modificar la constitución parece hoy en día fuera de las posibilidades reales. Ello tiene

(44) La reforma debería ser aprobada en primer lugar por la mayoría absoluta de cada cámara y después ser sometida al correspondiente referéndum, para cuya aprobación se exige una mayoría doble de votos favorables, en el conjunto federal y en la mayoría de los estados miembros.

mucho que ver con la tradición jurídico-política de la que Australia procede, lo que merita que prestemos una cierta atención a los desarrollos producidos en otros países que comparten aquélla.

Si centramos nuestro análisis en los países protagonistas del Estatuto de Westminster de 1931, encontraremos que el panorama de soluciones a la protección jurídica de los derechos es ciertamente plural. De los seis países en liza (45), tres han incorporado los derechos al propio texto constitucional, dos han aprobado normas de rango legal y solamente Australia carece hoy de una normativa específica. Sin embargo, los desarrollos jurídicos de cuatro de los países involucrados son relativamente recientes, lo que refleja la actualidad del debate.

Los dos países del grupo que tienen una forma de gobierno republicana, Irlanda y Sudáfrica, han optado por incorporar los derechos en sus respectivas Constituciones, siguiendo así el modelo más habitual de protección de derechos de otros países occidentales. La Constitución irlandesa data de 1937 e incorpora un listado de derechos en sus artículos 40 a 44. La Constitución de Sudáfrica, por su parte, fue aprobada en 1996 y está vigente desde el año siguiente, incorporando un extenso listado de derechos en su sección segunda (arts. 7 a 36). En ambos países, la Constitución es considerada el Derecho supremo, estando prevista la revisión judicial. Tanto el Tribunal Supremo de Irlanda como el Tribunal Constitucional de Sudáfrica tienen la capacidad de derogar o anular aquellos productos legislativos que supongan una vulneración de los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales. En resumen, el sistema de protección jurídica de los derechos de ambos países no difiere sustancialmente del que nosotros conocemos de cerca.

Por el contrario, el resto de países implicados presenta interesantes diferencias en el modo de garantizar jurídicamente los derechos fundamentales. El caso de Canadá es particularmente interesante, por cuanto ha evolucionado desde la protección de rango legislativo a la protección de rango constitucional. En efecto, en 1960 el parlamento federal canadiense adoptó un *Bill of Rights* legislativo, que sigue vigente parcialmente, a pesar de que una gran parte de su contenido fue superado por la aprobación en 1982 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, incorporada a la Constitución (46). Así pues, desde

(45) Además del propio Reino Unido, los Dominios que participaron en la elaboración y aprobación del Estatuto de Westminster en 1931 eran seis: Canadá, Terranova, Irlanda, Sudáfrica, Australia y Nueva Zelanda. Terranova constituía un dominio diferente de Canadá, pero se integró en la federación canadiense en 1949 como una provincia más.

(46) La Carta Canadiense de Derechos y Libertades comprende la Parte I de la *Constitution Act* de 1982, que a su vez constituye el anexo B de la *Canada Act*, aprobada por el Parlamento británico en 1982.

1982 la tabla de derechos en Canadá tiene rango constitucional y la Corte suprema de aquel país puede declarar inválida la legislación primaria tanto federal como provincial que resulte inconsistente con aquélla.

Sin embargo, la Carta Canadiense fue adoptada en un país con una importante influencia británica y algunas de las críticas pronunciadas en su momento a la Carta Canadiense fueron similares a las hoy utilizadas en el debate australiano. La preocupación por lo que podría ser una erosión a la supremacía parlamentaria y el temor a un excesivo poder en manos de un órgano judicial no elegido motivó que la Carta incorporara lo que se conoce como la cláusula derogatoria (*notwithstanding clause*) en su artículo 33. Este precepto permite que los parlamentos federal o provinciales de Canadá puedan aprobar leyes que sean contrarias a determinadas secciones de la Carta, mediante la adopción de una declaración que puede prolongar sus efectos durante un período de cinco años, con posibilidad de prórroga al término de dicho plazo. Esta anómala cláusula persigue que la Carta Canadiense no sea entendida como un ataque frontal al principio tradicional de supremacía parlamentaria o como una invitación al activismo judicial en materia de derechos.

Por último, Reino Unido y Nueva Zelanda han optado por la protección de derechos a través de una norma de rango legal y han aprobado en los años noventa sendas leyes sobre derechos humanos. En el caso de Nueva Zelanda, la *New Zealand Bill of Rights Act* fue aprobada en 1990, después de un intento frustrado de aprobar una declaración de rango constitucional. La ley neozelandesa se inspira en los derechos del PIDCP y se aplica a los actos de cualquier autoridad pública. Esta ley no establece nuevos remedios judiciales ante la violación de derechos y salvaguarda la supremacía parlamentaria, pero obliga al ministro de Justicia a informar al parlamento cuando presenta proyectos de ley que no sean consistentes con los derechos humanos. En cualquier caso, el parlamento retiene el poder de aprobar legislación inconsistente con los derechos y también el de modificar o derogar la propia ley de 1990. Los tribunales, por su parte, quedan obligados a interpretar los derechos de acuerdo con el *Bill of Rights* si ello es posible (art. 6), pero si un estatuto no puede ser interpretado de acuerdo a los derechos previstos en la ley, ésta no confiere poder a los tribunales para declarar a la disposición impugnada como inválida ni para afectar a su eficacia. A pesar de ello, la ley ha activado un cierto entusiasmo judicial en la materia y su impacto ha sido considerado generalmente como positivo (47).

(47) WILLIAMS (2002): 261-262. Sobre el modelo neozelandés: BLANCHARD (2008); GEIRINGER (2007); HUSCROFT (2007).

Por lo que se refiere al Reino Unido, la *Human Rights Act* fue aprobada en 1998, en un intento de incorporar al Derecho interno las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La ley obliga a los poderes públicos a comportarse de acuerdo a su contenido y hace ilegales los actos incompatibles con la misma, a no ser que dichos actos hayan sido expresamente autorizados por una norma de rango legal. Igualmente, cualquier persona que sea víctima de un acto ilegal de una autoridad pública puede iniciar procedimientos legales encaminados a obtener remedios o reparaciones. La ley británica de 1998 también exige a los tribunales interpretar la legislación de modo que resulte compatible con los derechos del Convenio Europeo en la medida en que ello sea posible (*so far as it is possible to do so*). Si esta interpretación compatible no resulta posible, la ley empodera a ciertos tribunales superiores a hacer una declaración de incompatibilidad, aunque los tribunales no tienen el poder de declarar inválida la legislación inconsistente. Por el contrario, los tribunales pueden negar efectos a la legislación subordinada o de desarrollo que sea incompatible con los derechos reconocidos, salvo que esta legislación de desarrollo venga directamente exigida por la ley de la que deriva (su *parent statute*). Al igual que sucede en el modelo neozelandés, cuando un proyecto de ley es presentado al parlamento, el ministro responsable debe hacer una declaración sobre la compatibilidad del mismo con los derechos humanos o anunciar que el gobierno solicita convertir en ley el proyecto a pesar de dicha incompatibilidad (*notwithstanding*). Finalmente, en el caso de que los tribunales adopten una declaración de incompatibilidad respecto de una ley determinada, el Gobierno puede decidir ignorar la declaración judicial o atenderla, enmendando la ley a través de un procedimiento sumario que no consiste en una tramitación parlamentaria, sino en la adopción por el ministro de una *executive order* (art. 10).

En Australia ninguno de los modelos señalados ha sido adoptado hasta el momento en el plano federal, pero, como ya hemos señalado, dos de sus entidades políticas han adoptado normas de protección de los derechos humanos. El ACT aprobó en 2004 una *Human Rights Act*, inspirada en la ley británica de 1998 (48) y el estado de Victoria adoptó en 2006 una Carta de Derechos Humanos y Responsabilidades (*Charter of Human Rights and Responsibilities Act*) (49). Ambas leyes tienen vigencia solamente en el interior de sus respectivos ámbitos territoriales y en relación con el Derecho estatal respectivo. Las dos son normas de rango legal, no incorporadas a la respectiva constitución o ley de

(48) Sobre esta ley, BYRNES, CHARLESWORTH y MCKINNON: 73-107; STELLIOS (2005).

(49) Sobre la misma, CHARLESWORTH (2006): 289-304; BYRNES, CHARLESWORTH y MCKINNON: 108-138; ALLAN (2008); WILLIAMS (2006); DEBELJAK (2008).

autogobierno. Ello supone en buena lógica que ambas pueden ser modificadas o derogadas por los respectivos parlamentos. La estructura de las dos leyes es también relativamente similar, conteniendo fundamentalmente derechos de naturaleza civil y política. Ambas obligan a los tribunales a interpretar el resto de la legislación, hasta donde sea posible, de forma compatible con los derechos que protegen. Como en el caso británico, en ambas leyes se impone la obligación de fiscalizar las nuevas propuestas legislativas al objeto de comprobar que sean consistentes con los derechos previstos en las mismas. La ley del ACT señala que los derechos que protege no son absolutos, si bien los límites que se establezcan sobre ellos deben ser razonables y justificados para una sociedad libre y democrática (*can be demonstrably justified in a free and democratic society*), una fórmula prestada de la Carta de Derechos canadiense. En el caso de la ley de Victoria, los derechos allí recogidos sólo pueden ser limitados en un grado que pueda justificarse en una sociedad libre y democrática (*to an extent justified in a free and democratic society*). En cualquier caso, el respectivo parlamento puede optar por legislar en contra (*override*) de la ley respectiva.

Por su parte, los tribunales superiores de Victoria y ACT pueden formular sus reservas si entienden que una ley es incompatible con los derechos protegidos. En el caso de Victoria, esta posibilidad recibe el nombre de «declaración de interpretación inconsistente» (art. 36), y en el caso del ACT «declaración de incompatibilidad» (art. 32). Estas declaraciones judiciales no afectan a la validez y eficacia de la legislación inconsistente. El Parlamento aludido puede optar por enmendar la legislación inconsistente, pero no está obligado a ello. Por último, estas leyes no prevén remedios o acciones individuales específicos por la violación de los derechos. Quizás en parte por ello, no parecen haber estimulado una especial judicialización de los derechos y su mayor impacto ha podido notarse en los procesos parlamentarios de adopción de nuevas leyes.

Así las cosas, podemos dibujar un mapa comparativo de los diferentes modelos aludidos. Todos ellos comparten una misma tradición jurídica, pero la situación actual de unos y otros difiere sustancialmente conforme a los parámetros básicos que ya hemos explicado y que resumimos en la tabla número 2. Así, por una parte, es relevante desde el punto de vista jurídico constatar que tres de los países disponen de una protección de derechos en normas de rango constitucional, mientras otros dos disponen de normas de rango legal. La evolución reciente, mostrada en la tabla 1, nos indica que el número de países con una norma expresa de protección de los derechos civiles y políticos ha ido en aumento, a lo que se añade que en el caso de Canadá, la evolución ha transcurrido en dos pasos consecutivos, a través de ambos modelos.

TABLA 1

Evolución de la protección constitucional (C) o legislativa (L) de los derechos fundamentales en los países parte del Estatuto de Westminster

Países	1955	1965	1975	1985	1995	2005
R. Unido	—	—	—	—	—	L
Irlanda	C	C	C	C	C	C
Canadá	—	L	L	C	C	C
Sudáfrica	—	—	—	—	C	C
N. Zelanda	—	—	—	—	L	L
Australia	—	—	—	—	—	(L en ACT y Victoria)
Total	1 (1C+0L)	2 (1C+1L)	2 (1C+1L)	2 (2C+0L)	4 (3C+1L)	5 (3C+2L)

En segundo lugar, podemos atender al papel que las respectivas normas otorgan al poder judicial respecto a la legislación que pudiera resultar contraria a los derechos protegidos. En Irlanda, Sudáfrica o Canadá la revisión judicial incluye la posibilidad de declarar inválida la legislación incompatible con los derechos, mientras que en los modelos británico y neozelandés, los tribunales no gozan de tal posibilidad y su opinión no afecta a la validez de las leyes en cuestión. En el caso británico se prevé expresamente la emisión por los tribunales de una declaración de incompatibilidad que la ley neozelandesa no señala expresamente, aunque el Tribunal Supremo de este país ha reconocido la facultad de los tribunales neozelandeses de indicar informalmente la existencia de inconsistencias legislativas, en lo que se ha entendido como una capacidad implícita de formular indirectamente declaraciones de incompatibilidad al estilo de la ley británica (50).

Por último, es también relevante comprobar el margen de reacción jurídica del que dispone el parlamento en caso de que los órganos judiciales declaren una norma con rango de ley incompatible con los derechos. En Irlanda y Sudáfrica, el parlamento no tiene más opción que legislar de acuerdo a los derechos protegidos en el orden constitucional, pero en el caso de Canadá la propia Carta establece la posibilidad de que el parlamento pueda obviar la incompatibilidad, lo que puede realizarse con carácter previo o *a posteriori* de una decisión judicial negativa. Por último, tanto en Reino Unido como en Nueva Zelanda, el

(50) Caso R v. Hansen (2007) 3 NZLR 1; *vid.* GEIRINGER (2009).

parlamento no está obligado a atender lo que los tribunales hayan podido indicar respecto a la compatibilidad con los derechos. Esta ordenación puede llevarnos a la conclusión de que sólo los modelos canadiense, británico y neozelandés (y obviamente el australiano actual) respetan el principio tradicional de Westminster de la supremacía parlamentaria.

La suma de estos tres elementos definitorios nos permite agrupar a los países analizados en torno a tres modelos finales que podrían inspirar el debate en curso en Australia. Conforme se expresa en la tabla 2, Irlanda y Sudáfrica ofrecerían ejemplos de un modelo CAN, al que una buena parte de los países occidentales estamos acostumbrados, con protección de rango constitucional y plena revisión judicial. Por su parte, tanto Reino Unido como Nueva Zelanda presentan modelos LDS, ambos relativamente recientes, y aparentemente más respetuosos con la tradición westminsteriana. Por último, Canadá respondería a un modelo CAS relativamente original, si bien puede ser interesante recordar que el mismo tuvo su antecedente en un modelo cercano al tipo LDS. Australia carece por el momento de un modelo al que referirnos, pero los desarrollos producidos en Victoria y en el ACT responderían, en un plano infrafederal, a un modelo del tipo LDS.

TABLA 2

Modelos de protección jurídica de los derechos fundamentales en los países parte del Estatuto de Westminster

<i>Países</i>	<i>Rango normativo de la protección de derechos (C=constitucional; L = legislativo)</i>	<i>Intervención judicial sobre la legislación incompatible (A = anulación; D = declaración)</i>	<i>Capacidad parlamentaria de superar u obviar la posición judicial (S = Sí; N = No)</i>	<i>Modelo resultante</i>
R. Unido	L	D	S	LDS
Irlanda	C	A	N	CAN
Canadá	C	A	S	CAS
Sudáfrica	C	A	N	CAN
N. Zelanda	L	D (implícita)	S	LDS
Australia	—	—	—	<i>(LDS en ACT y Victoria)</i>

5. LA TEORÍA DEL DIÁLOGO

En el apartado anterior hemos definido tres modelos de protección jurídica de los derechos, identificados con los acrónimos CAN, CAS y LDS. Desde nuestra perspectiva constitucional, la no protección de derechos en el máximo rango normativo supone ciertamente una curiosidad. Sin embargo, hemos comprobado que en los países de tradición británica, el modelo CAN no es el más extendido. La apuesta de los países más tradicionalmente británicos por evitar un modelo CAN responde a tres razones fundamentales. En primer lugar, al intento por mantener vigente el principio de supremacía parlamentaria que ha presidido la evolución política del Reino Unido desde el siglo XVII. En segundo lugar, al recelo respecto a una posible preeminencia de los órganos judiciales en la adopción de políticas sobre los derechos. Por último, a las peculiaridades de sus respectivas Constituciones. Concretamente en el caso australiano, a la dificultad de llevar a cabo reformas constitucionales. Por su parte, ni el Reino Unido ni Nueva Zelanda disponen de una Constitución escrita, y tampoco puede olvidarse que tanto Canadá como Nueva Zelanda y Australia no «repatriaron» definitivamente sus poderes constitucionales hasta los años ochenta.

Así, desde la perspectiva de este grupo de países, se puede afirmar que la historia reciente de la protección interna de los derechos humanos revela un movimiento que se aleja del sistema americano, que da excesiva importancia a los tribunales, y se acerca a un modelo que preserva el papel del legislativo a la hora de decidir la mejor protección de aquellos derechos (51). Estas creaciones más modernas, que nosotros hemos identificado como modelos CAS o LDS, son a veces llamadas «Declaraciones de derechos para el diálogo» (*dialogue Bill of Rights*), porque lo que impulsan es precisamente que se entable una conversación sobre la protección de los derechos entre la judicatura, el poder legislativo y el ejecutivo.

Como ya se ha señalado, sólo Canadá ha transitado desde un modelo LDS a uno del tipo CAS, con la adopción en 1982 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. Sin embargo, este desarrollo se encontró con las tradicionales críticas de la tradición westminsteriana, temerosa de rehacer el equilibrio de poderes en beneficio del poder judicial y en perjuicio del parlamento, y de dar lugar a un sistema de protección que se considera desde esta perspectiva menos democrático. Ello explica básicamente la introducción en la Carta de la cláusula derogatoria del artículo 33, como un intento de salvaguardar la supremacía par-

(51) BYRNES, CHARLESWORTH y MCKINNON: 51.

lamentaria en la definición de los derechos reconocidos constitucionalmente e impedir el activismo judicial. Pero esta solución jurídica, ciertamente peculiar, no apagó el debate precedente en Canadá, y ello dio lugar al desarrollo de la teoría del diálogo.

La metáfora del diálogo fue introducida por vez primera en 1997 por el preeminente constitucionalista canadiense Peter Hogg y por Allison Bushell en relación con la Carta canadiense y era un intento de responder a la crítica de que la facultad de revisión judicial creaba un sistema antidemocrático (52). La tesis fundamental de Hogg y Bushell consiste en recordar que la Carta permite a los parlamentos canadienses legislar obviando el contenido de la propia Carta, a pesar de su rango normativo, y que ello otorga al legislativo un poderoso instrumento mediante el cual no está obligado a someterse a las interpretaciones judiciales, sino que permite a ambas partes entablar un diálogo en aquellos supuestos en los que sus posiciones sobre el contenido o extensión de un determinado derecho no son coincidentes. Ello desharía las acusaciones de falta de legitimidad en el sistema establecido por la Carta, salvaguardando la preeminencia parlamentaria y la democraticidad del sistema.

La base de esta teoría reside en la cláusula derogatoria, que distingue un sistema CAN de uno de tipo CAS. Según sus defensores, en este último, las decisiones de los tribunales dejan margen para una respuesta legislativa y normalmente dan lugar a dicha respuesta, sea en clave de aceptación o de desacuerdo a través de la cláusula derogatoria. De este modo, se crea un diálogo o interacción entre los poderes, más que imponer la visión de uno de ellos. Para Hogg y Bushell no es posible negar la legitimidad democrática de la Carta. Claro que jueces no elegidos democráticamente están decidiendo sobre normas adoptadas en un parlamento elegido, pero lo que en realidad hacen aquéllos es abrir un proceso de diálogo que permite al parlamento responder en un sentido u otro (53). Sin embargo, la teoría del diálogo de Hogg y Bushell fue pronto criticada por Manfredi y Kelly, quienes ironizan sobre las consecuencias prácticas del modelo canadiense, del que señalan que ha conducido no tanto a un verdadero diálogo, sino más bien a un monólogo judicial o a una suerte de ventriloquismo, dado el sometimiento práctico del parlamento (54). El debate sobre la teoría del diálogo se ha mantenido activo a lo largo de la última década (55).

(52) HOGG y BUSHELL (1997).

(53) HOGG y BUSHELL (1997): 105.

(54) MANFREDI y KELLY (1999): 520-521.

(55) Un número monográfico especial a los diez años de la primera aparición de la teoría se contiene en la *Osgoode Hall Law Journal*, núm. 45 («Charter Dialogue: Ten Years Later», págs. 1-202, e incluye HOGG, BUSHELL y WRIGHT (2007).

Los impulsores de las leyes adoptadas más recientemente en el Reino Unido y en Nueva Zelanda, así como las del ACT y Victoria, han asumido la noción del diálogo para enfatizar que en ellas la judicatura no es el árbitro final ni principal sobre si determinadas leyes o políticas son consistentes con los derechos humanos. En estos modelos del tipo LDS, los tribunales no tienen capacidad de declarar la legislación primaria o estatutaria inconstitucional. En caso de discrepancia judicial, el tema vuelve al legislativo y al ejecutivo para que éstos puedan en su caso analizar si responden a las apreciaciones de los tribunales.

Lo que es común a las legislaciones vigentes hoy en Reino Unido, Nueva Zelanda, Victoria y ACT es que todas ellas pretenden crear un modelo de diálogo entre los tres brazos del poder, fijando obligaciones y facultades para cada uno de ellos. Al poder legislativo se le pide verificar a través de comités parlamentarios la consistencia de la legislación que se aprueba con los derechos protegidos, avisar en el caso de que pretenda aprobar legislación incompatible con los derechos protegidos y, en su caso, modificar la legislación declarada incompatible por los tribunales. Por su parte, el ejecutivo está obligado a actuar de forma consistente con los derechos humanos protegidos, a acompañar cada iniciativa legislativa que presenta con una declaración de compatibilidad (*statement of compliance*) con los derechos protegidos y a responder razonadamente en caso de que se haya producido una declaración judicial de incompatibilidad. Por último, los órganos judiciales deben interpretar la legislación de manera consistente con los derechos protegidos hasta donde ello resulte posible, remediar las violaciones de derechos producidas por el ejecutivo o la Administración y formular en su caso declaraciones de incompatibilidad sobre las leyes inconsistentes con los derechos protegidos. De este modo, los tres poderes tienen la capacidad de responderse recíprocamente, generando así una conversación institucional sobre los derechos y evitando una preeminencia judicial excesiva que puede ser entendida como insuficientemente democrática. Por ello se considera que las leyes de derechos humanos del Reino Unido, Nueva Zelanda, ACT y Victoria rehacen el equilibrio a favor del poder legislativo (56). Por otro lado, según los defensores de este modelo LDS, el mismo favorece una más amplia participación en los procesos de decisión sobre los derechos que los modelos constitucionalizados de tipo CAN (57).

Una descripción somera de la experiencia generada por la ley británica de derechos humanos de 1998 puede resultar en este punto ilustrativa. Según el último informe publicado al efecto por el Ministerio de Justicia del Reino Uni-

(56) HETTIARACHI: 89-90.

(57) DEBELJAK (2007): 22-35.

do (58), desde la entrada en vigor de la *Human Rights Act* el 2 de octubre de 2000, se han producido por los tribunales competentes un total de 27 declaraciones de incompatibilidad sobre leyes, de las que 19 han sido confirmadas en todo o en parte y otras ocho han sido desestimadas después de su apelación. Doce de estas declaraciones han dado lugar a la aprobación en vía parlamentaria de nueva legislación teniendo en cuenta las consideraciones judiciales realizadas; dos de ellas motivaron la utilización del procedimiento ejecutivo abreviado para enmendar la legislación afectada; otras cuatro declaraciones se referían a preceptos que al tiempo de la formulación de la declaración ya habían sido enmendadas por vía de modificación legislativa; finalmente, otra declaración se hallaba en ese momento pendiente de consideración por el ejecutivo. De estos datos puede colegirse que transcurrida una década desde la entrada en vigor de la ley, el número de declaraciones finales de incompatibilidad no es ni despreciable ni exagerado y que parece existir hasta la fecha un fluido diálogo entre los tres poderes, que conlleva que dichas declaraciones hayan sido mayoritariamente atendidas, más allá de que los poderes ejecutivo o legislativo no estén jurídicamente obligados a ello. En consecuencia, el modelo británico sería en la práctica un ejemplo interesante a considerar en el ámbito australiano, al igual que se viene reconociendo del modelo neozelandés.

Si bien la teoría del diálogo se origina en el seno de un modelo CAS como el canadiense, hoy en día la tendencia es ligar la noción del diálogo más bien con los modelos LDS. A ello ayudan las críticas formuladas en Canadá por los opositores de la protección de los derechos en sede constitucional. En este sentido, resulta especialmente interesante la crítica construida por el profesor Manfredi, sobre la base de la experiencia práctica del modelo de aquel país (59).

Manfredi comienza por subrayar que los tribunales superiores o supremos (constitucionales en algunos países) son también instituciones políticas y que consiguientemente también hacen política. Manfredi plantea el supuesto diálogo de la Carta canadiense como un juego que fundamentalmente se entabla entre la Corte Suprema y el Parlamento. El juego comienza cuando alguien cuestiona la constitucionalidad de una ley ante la Corte Suprema. En tal caso, el máximo tribunal tiene a su disposición tres posibles opciones. En primer lugar, puede mostrarse de acuerdo con la constitucionalidad de la legislación impugnada, lo que equivale a mantener el *statu quo* y no afectar a la validez de

(58) Ministry of Justice (2011): *Responding to human rights judgments. (Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government's response to human rights judgments 2010-11)*, septiembre de 2011, pág. 5.

(59) MANFREDI (2006): 252-257.

aquella (identificaremos esta solución como SQ). La segunda opción que tiene el tribunal es la de declarar la inconstitucionalidad de la legislación, lo que equivale en tal sistema a señalar su invalidez. La tercera opción para la Corte es la de imponer una determinada interpretación de la legislación, por considerar que sólo la misma es compatible con lo establecido en la Carta de Derechos.

Ante las dos últimas opciones, el parlamento puede reaccionar a su vez de diversas maneras. Si la Corte declara la inconstitucionalidad de la norma, el parlamento puede en primer lugar plegarse a dicha decisión judicial y no reaccionar activamente, lo que daría como resultado práctico un vacío normativo en la materia correspondiente (solución V). El parlamento también podría volver a legislar sobre la misma materia pero con un contenido diferente al inicial. En tal caso, nos encontraríamos ante un nuevo *statu quo* (NSQ) que a su vez podría ser cuestionado ante la Corte Suprema, reiniciándose el juego. En tercer lugar, el parlamento podría optar por acogerse al artículo 33 de la Carta y legislar de nuevo con el mismo contenido, sin perjuicio de que ello contradiga otras secciones de la propia Carta. El resultado de esta tercera apuesta parlamentaria sería que el *statu quo* inicial quedaría institucionalmente reforzado (SQR) e inmune así a una declaración judicial de inconstitucionalidad. Por último, para el supuesto de que la Corte haya optado por imponer una determinada interpretación de la norma impugnada, el parlamento puede optar entre plegarse a la decisión judicial, lo genera en la práctica la definición de la política por el propio tribunal (usaremos para esta solución el acrónimo IJ, de interpretación judicial), y recurrir al uso de la cláusula derogatoria para imponer la interpretación de la norma no admitida por el tribunal, dando lugar a una nueva situación de *statu quo* reforzado (SQR).

Descritas las posibles derivadas de los diversos movimientos del juego, Manfredi analiza cuál es la solución ideal para cada uno de los «contendientes». En el caso de la Corte Suprema, parece claro que la solución más deseable es aquella que le permite imponer una determinada política concreta sobre los derechos (IJ), lo que coincide con su mayor dosis de activismo. Por el contrario, la hipótesis menos deseable para el tribunal es el establecimiento de un *statu quo* reforzado (SQR), al que ha mostrado expresamente su oposición. Desde el punto de vista del Parlamento, la hipótesis más deseable es la que no invalida ni restringe la legislación que el mismo aprueba (SQ). La principal contribución de la investigación de Manfredi consiste en señalar que en la práctica el Parlamento no parece cómodo con la solución que genera un *statu quo* reforzado y que, de alguna forma, lo deja en evidencia política, lo que ha ido relegando esta opción al último lugar de sus preferencias.

En efecto, analizando el desarrollo práctico del modelo canadiense, se constata que la cláusula derogatoria apenas es utilizada por los distintos parlamentos. Salvo un período inicial en el que el Parlamento de Quebec expresó a través de ella su disgusto con la situación constitucional y algunos otros usos puntuales del mismo, lo cierto es que la cláusula derogatoria apenas se utiliza hoy, lo que plantea serias dudas sobre su virtualidad para un presunto modelo de diálogo. Así, según Manfredi, la jerarquía de soluciones preferidas por la Corte Suprema ha permanecido inalterable, mientras que en el caso del Parlamento, tras la fase inicial se ha establecido una jerarquía diferente, que puede visualizarse de la siguiente forma para ambas instituciones (60):

- a) Antes de 1988:
 - a. La Corte Suprema: IJ>NSQ>V>SQ>SQR
 - b. El Parlamento: SQ>NSQ>V>SQR>IJ
- b) Después de 1988:
 - a. La Corte Suprema: IJ>NSQ>V>SQ>SQR
 - b. El Parlamento: SQ>NSQ>IJ>V>SQR

Según este cuadro, el equilibrio inicialmente pretendido ha sido alterado en favor de la Corte Suprema. El Parlamento ya no está cómodo con la solución SQR, lo que deriva en que no se utilice el artículo 33. Al decaer en desuso el instrumento pensado para garantizar el mantenimiento del principio de la supremacía parlamentaria, el modelo habría fracasado en su pretensión de mantenerlo vigente, habiéndose «americanizado» en la práctica el conjunto del sistema. En nuestro propio lenguaje, el modelo CAS se habría acercado en la práctica a un modelo CAN, dejando la tesis del diálogo institucional más bien reducida a modelos del tipo LDS. La conclusión de Manfredi (61) es clara, los *Bills of Rights* con rango constitucional inevitablemente conducen a la preeminencia judicial. A pesar de la teoría del diálogo, el mecanismo del artículo 33 ha sido insuficiente para evitar una posición de preeminencia práctica del poder judicial que no fomenta el diálogo y que implica dudas sobre su legitimación democrática, al menos desde el pensamiento tradicional de los sistemas de inspiración británica.

(60) MANFREDI: 256.

(61) MANFREDI: 257.

6. LA TEORÍA DEL DIÁLOGO Y EL POSIBLE MODELO AUSTRALIANO

6.1. *La opción por una protección legislativa*

Como ya hemos comprobado, la cultura política australiana y su tradición constitucional no resultan favorables para la adopción de un modelo CAN de protección de derechos. En opinión de Webber, hay buenas razones para la adopción de una declaración constitucional de derechos cuando concurren en un país circunstancias específicas, como el establecimiento de una nueva ética tras una larga historia de abusos, o cuando la propia declaración es un elemento esencial de un arreglo constitucional para una comunidad dividida. Éste sería el caso, por ejemplo, de la República Sudafricana, cuya Constitución se adopta tras largas décadas de *apartheid*. Sin embargo, según el mismo autor, las declaraciones constitucionales de derechos no son apropiadas en países que disponen de una sólida tradición de protección de los derechos (62). Por su parte, el modelo canadiense actual CAS, basado presuntamente en un marco de diálogo entre los poderes judicial y legislativo, parece haber evolucionado en la práctica en una forma muy parecida a los modelos CAN, al caer en desuso la cláusula derogatoria prevista en la Carta de Derechos de 1982.

Así las cosas, el debate actual en Australia se centra fundamentalmente entre partidarios y detractores de la adopción de una ley federal de derechos humanos, que respondería a un modelo LDS. Cuando el Comité Nacional de Consulta sobre Derechos Humanos (Comité Brennan) fue establecido en diciembre de 2008, los términos de referencia del mismo establecían claramente que las opciones a considerar deberían en todo caso preservar la supremacía del Parlamento y no incluir la propuesta de una declaración de derechos en sede constitucional (63).

Puede señalarse que existe un amplio consenso entre los que defienden la necesidad de una protección jurídica expresa de los derechos, en favor de la adopción de un instrumento de naturaleza legislativa (64), de acuerdo a un modelo de diálogo entre poderes. Ésta es también la opción de la campaña «*Human Rights Act for Australia*», que coincide con la mayor parte de las propuestas formuladas por el Comité Brennan en 2009. En esencia, éste recomendaba la adopción de una ley federal de derechos humanos inspirada en los modelos bri-

(62) WEBBER: 264.

(63) TATE (2009): 29.

(64) Por todos, WEBBER: 284 y WILLIAMS (2002): 262.

tánico y neozelandés, que incluiría nuevos requisitos en el proceso legislativo, como informes de compatibilidad presentados por el proponente de la iniciativa y el visado de un comité parlamentario. El Comité también recomendaba que los tribunales pudieran realizar declaraciones de incompatibilidad cuando la interpretación consistente no resultara posible. Estas declaraciones judiciales podrían dar lugar a una respuesta parlamentaria en formas variadas, pero en todo caso se salvaguardaría la validez de la legislación declarada incompatible y la capacidad del Parlamento de legislar incluso en contradicción con el contenido de la ley de derechos humanos (65).

Frente a este marco de propuestas basadas en los modelos LDS, algunos autores han presentado posibles variaciones. Así, Michael McHugh, antiguo magistrado del Tribunal Superior, se ha posicionado en favor de adoptar como modelo la ley canadiense de derechos humanos de 1960 (66). En muchos aspectos, el modelo sería similar al propuesto por el Comité Brennan, pero existiría una diferencia en cuanto a la validez de las leyes declaradas incompatibles por el Tribunal Superior. Según este modelo, la declaración de incompatibilidad supondría la invalidez de la ley afectada, en tanto en cuanto el Parlamento no respondiera expresamente utilizando su poder de «evitar» o «derogar» puntualmente la Declaración. Es decir, la carga de mantener válida la legislación incompatible recaería en el Parlamento, que tendría la facultad de superar la incompatibilidad, a diferencia de los modelos actuales LDS en los que la declaración judicial de incompatibilidad no supone de por sí la nulidad o invalidez de la legislación afectada (67). Además, la referencia de la ley canadiense de 1960 plantea otra importante alternativa, puesto que en ella la formulación de derechos se realiza a través de lo que se conoce como una «*manner-and-form limitation*». Según el artículo 2 de aquella ley, el Parlamento federal queda obligado a legislar de manera consistente con los derechos previstos, salvo que sea expresamente declarado por una ley que ésta operará sin perjuicio (*notwithstanding*) de la declaración de derechos. Esta cláusula, que constituye el antecedente del artículo 33 de la Carta de Derechos de 1982, implica que las leyes que quieran excepcionar el contenido de la declaración deben hacerlo de una manera y forma predeterminada. A través de una ley de estas características, el Parlamento australiano se autoobligaría a hacer leyes inconsistentes con la declaración de derechos sólo en una especificada manera y forma. Para algunos, ello conduce a que en realidad este tipo de normas de protección de derechos estén jurídica-

(65) Véase un resumen de las notas principales en MEAGHER: 15.

(66) MCHUGH: 86-105.

(67) Esta modalidad se conoce como la doctrina de la *implied repeal*.

mente reforzadas (*entrenched statute*) y a que toda ley posterior contradictoria sería inválida salvo que contuviera la declaración expresamente descrita en su artículo 2 (*the exemption clause*). Ello supone una diferencia jurídica notoria con el modelo LDS del Comité Brennan (68).

Otros autores, como Campbell, prefieren insistir en la mejora de los mecanismos parlamentarios a la hora de adoptar una ley protectora de derechos en Australia. Campbell recuerda que es poco probable un cambio constitucional en este país, y que una declaración legislativa de derechos sería positiva, insistiendo en la conveniencia de establecer un nuevo comité parlamentario de derechos humanos, que fomentara la participación popular en la materia, y evitara que el debate sobre los derechos pudiera acabar protagonizado por los tribunales (69).

Por último, dentro del marco general de apoyos a una norma legislativa, Winterton formula una propuesta más original. Frente a la posición clásica que mantiene que si el poder político debe someterse a una declaración de derechos, no hay otra institución a la que se pueda otorgar ese poder que a los tribunales, Winterton analiza otras posibles alternativas. En particular, desecha la idea de un comité parlamentario específico en la materia porque ello no ayuda a equilibrar el juego entre el Parlamento y los tribunales, dando demasiada preeminencia al primero. Por el contrario, Winterton propone el establecimiento de un Consejo Australiano de Derechos (*Australian Rights Council*), inspirado en parte en el Consejo Constitucional francés. Este Consejo llevaría a cabo una revisión y control cuasijudicial y *a priori* de la legislación, analizando las leyes cuando ya están aprobadas, pero antes de entrar en vigor, a petición de órganos relevantes, incluyendo cualquier miembro del Parlamento. Winterton no propone exactamente que la opinión de este órgano sea vinculante, pero sí que pueda producir una suerte de veto, que podría superar el Parlamento a través de una mayoría cualificada de dos tercios en cada cámara (70). No obstante, la mayor dificultad de la idea de Winterton es que, con toda seguridad, su implementación precisaría de una reforma constitucional, con las dificultades formales y políticas que ello supone en el contexto australiano.

(68) TATE (2009): 35-36.

(69) CAMPBELL: 337-338.

(70) WINTERTON (2006): 310-314.

6.2. *Las dificultades jurídicas del modelo*

En definitiva, en las condiciones actuales en Australia parece que sólo resulta viable una propuesta de adopción de una norma legislativa de protección de los derechos humanos, encaminada a establecer un modelo de diálogo del tipo LDS. Las soluciones consistentes en aprobar reformas constitucionales encierran hoy por hoy insuperables problemas políticos. Sin embargo, las soluciones legislativas también plantean importantes problemas jurídicos en el ordenamiento australiano. Tampoco puede olvidarse que la adopción de un sistema LDS no sería fácilmente entendida fuera de las fronteras de Australia. Ello puede comprobarse al recordar que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha recomendado tanto a Nueva Zelanda como al Reino Unido que revisen la legislación sobre derechos humanos a fin de permitir que los tribunales puedan anular o derogar la legislación inconsistente con los derechos previstos en el PIDCP (71), algo que se excluye de entrada en las propuestas que se vienen contemplando para su adopción en Australia.

Por lo que respecta al ordenamiento constitucional australiano, podemos sintetizar los problemas que plantea una ley de derechos humanos en torno a dos grupos de cuestiones, uno relativo a la capacidad de intervención judicial y otro a la estructura federal australiana.

a) *El ámbito de intervención judicial*

En relación con el ámbito de intervención judicial en el marco de una ley federal de derechos humanos, dos son los problemas que pueden identificarse. En realidad, ambos están conectados al capítulo III de la Constitución y a la estricta separación de poderes que establece la misma, influenciada por el modelo norteamericano en este punto. Conforme a la misma, el Tribunal Superior australiano tiene que ejercer única y exclusivamente poder judicial, de modo que cualquier legislación sobre derechos humanos que permita al Tribunal Superior ejercer otras funciones que vayan más allá del estricto ejercicio del poder

(71) UN Human Rights Committee, *Concluding Observations, New Zealand*, documento de Naciones Unidas A/50/40 (1995), pág. 176; UN Human Rights Committee, *Concluding Observations, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, documento de Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.55, pág. 20.

judicial, sería incompatible con la Constitución y podría ser invalidada por el propio Tribunal Superior.

El primer motivo de preocupación en este sentido es el alcance de la interpretación que los tribunales deben realizar para adecuar la lectura de las leyes a los derechos humanos protegidos en la futurible declaración. McHugh señala que una ley similar a la británica, tal y como ha sido interpretada por la Cámara de los Lores, no podría ser considerada válida en Australia, al atentar contra la separación de poderes y la exclusividad judicial prevista en el capítulo III de la Constitución federal (72). La preocupación deriva de la doctrina establecida por los lores en el caso *Godin-Mendoza*, en el que se analizaba el alcance del artículo 3 de la *Human Rights Act*, que obliga a los tribunales a realizar una interpretación de las normas compatible con los derechos previstos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Según los Lores, esta obligación interpretativa presenta una naturaleza inusual y de amplias consecuencias y requiere que un tribunal se pueda incluso separar del significado que el legislador quiso dar a la norma interpretada (73).

El temor a un excesivo activismo judicial está muy presente en Australia, donde la posición de los Lores en el caso precitado es vista con mucho recelo (74). La doctrina defiende la distinción entre la obligación legal de interpretar las normas de acuerdo a los derechos, hasta donde ello sea posible, y una actividad vedada a los jueces de normación (*law-making*) camuflada en una cláusula de interpretación. La posición mayoritaria, incluida la del Comité Brennan (75), es que la ley federal debería seguir en este punto el ejemplo de las leyes ya adoptadas en Victoria y el ACT y ser compatible con el principio de supremacía parlamentaria (76). Ningún principio de «necesidad operativa» podría ser alegado por el Tribunal Superior para exceder la función meramente interpretativa (77). Salvaguardado este aspecto, insertar en una ley federal de derechos humanos la obligación de interpretar las normas conforme a los derechos no rompe la doctrina de la separación de poderes que la Constitución australiana estrictamente establece (78).

(72) MCHUGH: 89.

(73) House of Lords, Ghaidan (Appellant) v. Godin-Mendoza (FC) (Respondent) [2004] UKHL 30, sentencia de 21 de junio de 2004, pág. 30.

(74) SOUTH (2009): 144.

(75) Human Rights Consultation Committee (2009): 325-326.

(76) TAYLOR: 77.

(77) SOUTH (2009): 143.

(78) TATE (2009): 32.

El segundo ámbito de preocupación relativo a la intervención judicial se refiere a la posibilidad de que el Tribunal Superior pueda formular declaraciones de incompatibilidad en los supuestos en los que no encuentre para una ley concreta ninguna interpretación consistente con los derechos protegidos (79). En este punto, el problema no es el efecto que dichas declaraciones tendrían, dado que no supondrían la invalidez de las normas afectadas. La duda se plantea respecto de si el Tribunal Superior puede ostentar la facultad de realizar estas declaraciones, toda vez que sólo puede ejercer jurisdicción originaria sobre alguno de los asuntos (*matters*) previstos en el capítulo III. A diferencia de la Corte Suprema de Canadá, el Tribunal Superior australiano no está investido de la facultad de emitir opiniones consultivas.

Con base en esta falta de previsión expresa constitucional, algunos autores señalan que no es posible conferir al Tribunal Superior la facultad de emitir declaraciones de incompatibilidad sobre las leyes (80). Emitir una declaración de incompatibilidad no sería un ejercicio del poder judicial y tampoco constituiría un «asunto» a los efectos de la Constitución. McHugh señala, no obstante, que hay argumentos para defender lo contrario, pero es de la opinión de que el Tribunal Superior, ante la eventualidad de una ley federal de protección de derechos, adoptaría una interpretación reducida de «asunto» e invalidaría el mecanismo de la declaración de incompatibilidad (81).

Otros, sin embargo, se muestran más optimistas a este respecto. Tate señala que otorgar a un tribunal el poder de hacer declaraciones de incompatibilidad no equivale a autorizarlo a dar opiniones consultivas o a dilucidar cuestiones hipotéticas. Estas declaraciones hay que entenderlas en el contexto de un litigio concreto en el que las dos partes pelean por una determinada interpretación legal (82). En una línea parecida, Moshinsky entiende que la decisión de un tribunal de adoptar una declaración de incompatibilidad sería vinculante para las partes del proceso, lo que alejaría la declaración de la mera opinión consultiva para incluirla claramente dentro del ejercicio del poder judicial (83). Para Moshinsky no debería haber mucha dificultad en entender la adopción o la negativa a adoptar una declaración de incompatibilidad como parte del ejercicio del poder judicial, dado que existe una controversia real entre dos partes (normalmente un individuo en un lado y el Gobierno en el otro) sobre si una provisión legal es o no compatible con los derechos humanos. En añadidura, no hay nada hipotético

(79) Human Rights Consultation Committee (2009): 327-329.

(80) SOUTH (2007).

(81) MCHUGH: 104.

(82) TATE (2009): 34.

(83) MOSHINSKY: 11.

en la petición de una declaración de incompatibilidad, lo que permite entenderlo como un «asunto» a los efectos del capítulo III. Por último, este ejercicio no difiere mucho del que realiza el Tribunal Superior al determinar si una legislación estatal es constitucional o no, o si es consistente con el reparto competencial, a los efectos del artículo 109 de la Constitución (84).

Finalmente, Tate nos recuerda que, en el peor de los casos, el poder de hacer una declaración de incompatibilidad no es esencial para la adopción de un modelo de diálogo, como prueba la experiencia desarrollada en Nueva Zelanda (85). En definitiva, desde esta perspectiva, la posible inclusión de las declaraciones de incompatibilidad no debería constituir un obstáculo para la adopción de una ley federal de derechos humanos en Australia. Si finalmente se decide que constitucionalmente no son posibles, el diálogo podría seguir siendo eficaz a través de declaraciones implícitas, puesto que los Gobiernos y los Parlamentos podrían comprobar indirectamente cuando el Tribunal Superior no ha conseguido llegar a una interpretación consistente con los derechos humanos.

b) *El encaje en la estructura federal*

El segundo grupo de problemas jurídicos que debe enfrentar una ley federal de derechos en el sistema australiano guarda relación con la forma federal del Estado. Del conjunto de países de tradición británica que hemos comparado, tres de ellos se estructuran de acuerdo a un modelo federal (Canadá, Sudáfrica y Australia), dos son modelos unitarios puros (Irlanda y Nueva Zelanda) y el Reino Unido es un Estado unitario con descentralización política parcial y desigual para tres territorios. Lo que resulta relevante a nuestros efectos es que si Australia optara por un modelo de protección del tipo LDS, sería el único país federal en hacerlo, toda vez que tanto Sudáfrica como Canadá han constitucionalizado sus respectivas declaraciones de derechos. El análisis de cómo la estructura federal afectaría a la protección legal de los derechos genera toda una batería de cuestiones que no están plenamente resueltas y sobre las que no existe un claro modelo comparado al que poder referirse. Por ello, estas cuestiones han comenzado a plantearse en el debate sobre la adopción de una ley australiana de derechos humanos (86).

(84) MOSHINSKY: 12-13.

(85) TATE (2009): 35.

(86) Por ejemplo, STELLIOS (2008); DALLA-POZZA y WILLIAMS (2007); WILKINS (2007); SOUTH (2007); DIXON (2009).

Dixon considera que la opinión mayoritaria se ha volcado en favor de una norma legislativa frente a la opción constitucional por considerarla más viable y menos alejada del sistema actual, en lo que denomina como opción minimalista. Sin embargo, señala que la supuesta opción minimalista no lo es tanto, pues las consecuencias de aplicar el modelo británico a un sistema federal como el australiano son realmente complejas (87). En la misma línea, Stellios advierte de que las leyes adoptadas en Victoria y el ACT han sido redactadas sobre la premisa de un sistema legal unitario, como el del Reino Unido, y sobre la idea de que exista un diálogo entre «un» Parlamento y «un» tribunal. El problema de trasladar miméticamente estos desarrollos a una ley australiana es que el sistema constitucional del país es federal, lo que no está reflejado en estas leyes ni en la política de su aplicación (88).

La cuestión aparentemente más sencilla de dilucidar es la del título competencial en el que el poder legislativo federal podría basarse para la adopción de la futura ley de derechos humanos. Parece claro que ello debería hacerse sobre la base del poder federal en materia de relaciones internacionales, que confiere a los poderes centrales la facultad de implementar las obligaciones contraídas por Australia a través del Derecho internacional, lo que incluiría, entre otras normas, al PIDCP. El problema fundamental es que este título competencial horizontal ofrece numerosas zonas secantes con otros títulos como vivienda, educación, salud, o incluso Derecho penal, que entran en el campo de acción legislativa y ejecutiva de los estados, con las consiguientes dificultades operativas que ello plantea (89).

Otro aspecto que debe ser subrayado es que en el supuesto de adopción de un modelo LDS, las consecuencias de la incompatibilidad legislativa serían diferentes para la legislación estatal y federal, generándose una asimetría jurídica entre ambos niveles de poder. En el supuesto de que los tribunales entendieran que una ley estatal es contraria a un derecho establecido en la ley federal de derechos humanos, la declaración de incompatibilidad de los tribunales sobre esa ley equivaldría a que la misma quedara invalidada en la medida de dicha incompatibilidad, por aplicación del artículo 109 de la Constitución, que establece la cláusula de prevalencia del Derecho federal sobre el estatal. Por el contrario, en el caso de que la incompatibilidad se aprecie respecto de una ley federal, la declaración judicial no invalidaría la ley, y esperaríamos en su caso a la respuesta que el Parlamento federal pudiera ofrecer a la declaración, de acuerdo

(87) DIXON: 336.

(88) STELLIOS (2008): 52.

(89) Human Rights Consultation Committee (2009): 304.

al modelo de diálogo que se pretende instaurar. Todo ello conlleva que la ley federal sobre derechos humanos produzca uniformidad respecto a los derechos protegidos, pero asimetría respecto a las consecuencias jurídicas o políticas de su incumplimiento.

A estas dificultades propias de la aprobación de una ley federal, debe añadirse que en Australia existen ya dos leyes de protección de derechos humanos para Victoria y el ACT que prevén la posibilidad de emisión de declaraciones judiciales de incompatibilidad sobre leyes de ámbito estatal o territorial, pero no federal. Ello plantea una nueva cuestión sobre el recorrido judicial de dichas declaraciones. El dilema fundamental consiste en determinar si las declaraciones de incompatibilidad adoptadas por las Cortes Supremas de los estados o territorios pueden ser recurridas en apelación ante el Tribunal Superior. El asunto es, como señala Wilkins, crítico, puesto que una respuesta negativa a la pregunta significaría que la jurisprudencia sobre derechos humanos se desarrollaría de manera independiente en cada estado o territorio y a su vez, respecto del marco federal, lo que generaría una gran inseguridad jurídica (90). En relación con otras cuestiones relativas a leyes estatales, el Tribunal Superior ejerce su jurisdicción como último tribunal de apelación. Respecto a las declaraciones de incompatibilidad previstas en las leyes estatales o territoriales, una vez más, la clave del asunto está en determinar si dicha apelación da lugar a un «asunto» en el sentido que la Constitución requiere en su capítulo III (91).

Finalmente, es necesario también resolver las cuestiones que generaría la interrelación de la futura ley federal con las actuales o futuras leyes estatales o territoriales de derechos humanos. A diferencia de lo que sucede en el Reino Unido o en Nueva Zelanda, en Australia nos encontraríamos, al menos en un primer momento, con una pluralidad de normas de rango legal que protegerían los derechos humanos. Este panorama sería relativamente similar al existente en Canadá hoy en día. Sin embargo, en este último país, la Corte Suprema tiene la facultad de ejercer su revisión judicial sobre cualquier legislación primaria aprobada por cualquier Parlamento y consiguientemente de invalidar (*strike down*) cualquier precepto inconsistente con la Carta Canadiense de Derechos, salvo que se haya hecho uso expreso de la cláusula derogatoria del artículo 33. En este sentido, en Canadá resulta también posible que la Corte Suprema contradiga una decisión judicial previa dictada por el máximo órgano judicial de

(90) WILKINS: 432.

(91) El primer caso en que se producirá la intervención del Tribunal Superior es *R v. Momcilovic*, procedente del estado de Victoria. Habrá de verse si el Tribunal acepta su competencia para revisar la declaración realizada por la Corte Suprema de Victoria.

cualquier provincia, puesto que aquélla actúa como máximo órgano judicial de apelación no sólo respecto al Derecho federal, sino también en relación con el Derecho provincial. Lógicamente, en el caso de conflicto entre la interpretación de la Corte Suprema sobre una ley provincial de derechos humanos y la interpretación de cualquier otro tribunal, aquélla prevalece. Finalmente, en el caso canadiense es posible también declarar inválida en parte una ley provincial de derechos humanos si la misma vulnera la Carta Canadiense de Derechos, dado el carácter constitucional de ésta (92).

El problema de la referencia a Canadá como país federal es que sigue un modelo de protección jurídica del tipo CAS, mientras en Australia el debate se centra sobre la adopción de un modelo LDS, lo que conlleva significativas diferencias jurídicas. La ventaja es que en Australia también el Tribunal Superior actúa como último tribunal de apelación para todo el ordenamiento, pero ello no obsta a la necesidad de encontrar una cierta consistencia entre la posible ley federal de derechos humanos y las leyes que los estados o los territorios pudieran aprobar en el mismo ámbito. Así, como señala South, las diversas leyes estatales de derechos no deben en ningún caso conferir un poder amplio de interpretación que pudiera poner en riesgo el mandato del Tribunal Superior, constitucionalmente limitado, de hacer determinaciones finales y conclusivas sobre el significado y validez de las leyes estatales (93). El poder judicial en Australia debe mantenerse como un sistema integrado, con el Tribunal Superior en su cúspide, y que engloba dentro del mismo a las Cortes Supremas de los estados y territorios (94). Dixon también apunta las dificultades que la estructura federal genera frente a los modelos británico o neozelandés y advierte de que en Australia no es posible establecer como remedio una cláusula similar al artículo 33 de la Carta Canadiense, toda vez que para ello sería necesario modificar expresamente el artículo 109 de la Constitución (95).

Algunas cuestiones de la articulación territorial podrían parecer resueltas limitando los efectos de una futura ley de derechos al ámbito del Derecho federal. Sin embargo, la operatividad de la cláusula de prevalencia del artículo 109 de la Constitución seguiría generando dudas respecto a tal limitación. Por otro lado, es necesario considerar que una buena parte del Derecho federal es en la

(92) Así sucedió de hecho en el asunto *Vriend v. Alberta* [1998] 1 S.C.R. 493; sentencia de 2 de abril de 1998, en relación con la *Alberta Human Rights Act*, por la no inclusión de la orientación sexual entre los elementos que prohíben todo tipo de discriminación.

(93) SOUTH (2009): 143.

(94) Así lo determinó el Tribunal Superior en el caso *Kable v. Director of Public Prosecutions for NSW* (1996) 189 CLR 51, sentencia de 12 de septiembre de 1996.

(95) DIXON: 361.

práctica implementado y aplicado por las autoridades estatales y territoriales. Finalmente, la redacción de la ley federal a través de expresiones del tipo «toda persona tiene derecho a X» podría tener unos efectos expansivos sobre el resto de la legislación si no se adoptan cláusulas limitativas expresas (96).

En definitiva, la adopción de una ley federal de derechos humanos en Australia podría generar varios modelos normativos. El más sencillo supondría una ley federal única aplicable a todos los niveles de poder, pero ello implicaría la necesidad de derogar las dos leyes ya aprobadas en Victoria y el ACT y aceptar políticamente el poder federal único en la materia. La segunda opción, hoy en día más plausible, supone que la ley federal debe convivir con las leyes estatales o territoriales de derechos humanos. Es también probable que no todos los estados o territorios adopten una ley de derechos humanos, lo que provocaría una cierta asimetría en el modelo final. En este caso, la referencia comparativa más evidente es la canadiense, donde conviven leyes provinciales reforzadas de derechos con la Carta de rango constitucional. La diferencia en Australia sería el menor rango normativo de estos productos. La separación estricta de la aplicación de las leyes estatales y federal presentaría en la práctica algunas dificultades y posiblemente el desarrollo final del modelo conduciría a que las leyes provinciales tuvieran relevancia sólo respecto a aquel ámbito de protección que excediera el comprendido en la ley federal. En cualquier caso, lo que se plantea en esta segunda hipótesis es un modelo aún no explorado en perspectiva comparada, que implica la convivencia de varios sistemas LDS en un mismo marco federal. La coherencia de este panorama exigiría en todo caso que las declaraciones de incompatibilidad adoptadas por las Cortes Supremas de los diferentes estados o territorios pudieran ser apeladas ante el Tribunal Superior.

7. CONCLUSIÓN

La carencia de una protección jurídica de los derechos sigue protagonizando un vivo debate en el ámbito académico australiano. Desde el punto de vista doctrinal, los defensores de una futura declaración de derechos han confluído progresivamente en torno a un modelo de protección legislativa inspirado en la noción del diálogo institucional y estimulado por las experiencias británica y neozelandesa. Esto no obstante, el carácter federal del sistema australiano puede implicar algunas dificultades jurídicas serias en la articulación de un modelo coherente para todos los niveles de gobierno.

(96) Human Rights Consultation Committee (2009): 305-306.

En todo caso, la progresiva definición de un posible modelo debe ir acompañada de la correspondiente voluntad política que pueda impulsar la adopción del mismo en el nivel federal. Este factor se echa en falta en el momento actual. Tras el impulso inicial otorgado al proceso por el Gobierno laborista de Rudd, el entusiasmo político por el mismo se ha enfriado considerablemente. En las últimas elecciones federales celebradas en agosto de 2010, el tema de una posible declaración de derechos ha estado más bien ausente del debate político. Si los grandes líderes políticos actuales no perciben un claro interés ciudadano en la cuestión, existe el riesgo cierto de que la excepcionalidad australiana se prolongue en el tiempo. En todo caso, y cualquiera que sea el resultado final del debate, el modelo australiano de protección de derechos en un país federal planteará sin duda cuestiones teóricas y prácticas de gran interés para futuros análisis comparados.

8. REFERENCIAS

- AITKEN, Guy, y ORR, Robert (2002): *The Australian Constitution*, 3.^a ed., Barton ACT, Australian Government Solicitor.
- ALLAN, James (2008): «The Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities», *New Zealand Law Journal*, mayo, págs. 173-176.
- BLANCHARD, Peter (2008): «The New Zealand Bill of Rights: Where Have We Got To After 16 Years?», *New Zealand Law Review*, núm. II, págs. 263-282.
- BYRNES, Andrew; CHARLESWORTH, Hilary, y MCKINNON, Gabrielle (2009): *Bills of Rights in Australia, History, Politics and Law*, Sydney, University of New South Wales.
- CAMPBELL, Tom (2006): «Human Rights Strategies: An Australian Alternative», en CAMPBELL, Tom; GOLDSWORTHY, Jeffrey, y STONE, Adrienne (eds.): *Protecting Rights Without a Bill of Rights, Institutional Performance and Reform in Australia*, Aldershot, Ashgate, págs. 319-341.
- CASSIDY, Julie (2008): «Hollow Avowals of Human Rights Protection - Time for and Australian Federal Bill of Rights?», *Deakin Law Review*, núm. 13-2, págs. 131-176.
- CHAPPELL, Louise; CHESTERMAN, John, y HILL, Lisa (2009): *The Politics of Human Rights in Australia*, Cambridge, Cambridge University Press.
- CHARLESWORTH, Hilary (2002): *Writing in Rights: Australia and the Protection of Human Rights*, Sidney, University of New South Wales.
- (2006): «Australia's First Bill of Rights: The Australian Capital Territory's *Human Rights Act*», en CAMPBELL, Tom; GOLDSWORTHY, Jeffrey, y STONE, Adrienne (eds.): *Protecting Rights Without a Bill of Rights, Institutional Performance and Reform in Australia*, Aldershot, Ashgate, págs. 289-304.
- CRAVEN, G. (1999): «The High Court of Australia: A Study in the Abuse of Power», *University of New South Wales Law Journal*, vol. 22, núm. 1, págs. 216-242.

- DALLA-POZZA, Dominique, y WILLIAMS, George (2007): «The Constitutional Validity of Declarations of incompatibility in Australian Charters of human Rights», *Deakin Law Review*, núm. 12, págs. 1-39.
- DEBELJAK, Julie (2007): «Parliamentary Sovereignty and Dialogue under the *Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities*: Drawing the Line between Judicial Interpretation and Judicial Law-Making», *Monash University Law Review*, núm. 33-1, págs. 9-71.
- (2008): «Balancing Rights in a Democracy: The problems with Limitations and Overrides of Rights under the *Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006*», *Melbourne University Law Review*, núm. 32, págs. 422-469.
- DIXON, Rosalind (2009): «A Minimalist Charter of Rights for Australia: The UK or Canada as a model?», *Federal Law Review*, núm. 37-3, págs. 335-362.
- GALLIGAN, Brian, y MORTON, Ted (2006): «Australian Exceptionalism: Rights Protection Without a Bill of Rights», en CAMPBELL, Tom; GOLDSWORTHY, Jeffrey, y STONE, Adrienne (eds.): *Protecting Rights Without a Bill of Rights, Institutional Performance and Reform in Australia*, Aldershot, Ashgate, págs. 17-39.
- GEIRINGER, Claudia (2007): «The Dead Hand of the Bill of Rights? Is the New Zealand Bill of Rights Act 1990 a Substantive Legal Constraint on Parliament's Power to Legislate?», *Otago Law Review*, núm. 11-3, págs. 389-416.
- (2009): «On a Road to Nowhere: Implied Declarations of Inconsistency and the New Zealand Bill of Rights Act», *Victoria University of Wellington Law Review*, núm. 40, págs. 613-648.
- HETTIARACHI, Priyanga (2007): «Some things borrowed, some things new: An overview of judicial review of legislation under the Charter of Human Rights and Responsibilities», *Oxford University Commonwealth Law Journal*, núm. 7, págs. 61-92.
- HOGG, Peter, y BUSHELL, Allison (1997): «The Charter Dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all)», *Osgoode Hall Law Journal*, núm. 35, págs. 75-105.
- HOGG, Peter; BUSHELL, Allison, y WRIGHT, Wade (2007): «Charter Dialogue revisited - or "much ado about metaphors"», *Osgoode Hall Law Journal*, núm. 45-1, págs. 1-65.
- HOLLAND, Alison (2005): «The common bond? Australian citizenship», en LYONS, Martyn, y RUSSELL, Penny, *Australia's History. Themes and Debates*, Sydney, University of New South Wales Press, págs. 152-171.
- HUSCROFT, Grant (2002): «Protecting Rights and Parliamentary Sovereignty: New Zealand's Experience with a Charter-Inspired, Statutory Bill of Rights», *Windsor Yearbook of Access to Justice*, núm. 21, págs. 111-127.
- IRVING, Helen (1996): «The Republic is a Feminist Issue», *Feminist Review*, núm. 52-1, págs. 87-101.
- MANFREDI, Christopher (2006): «The Unfulfilled Promise of Dialogic Constitutionalism: Judicial-Legislative Relationships Under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*», en CAMPBELL, Tom; GOLDSWORTHY, Jeffrey, y STONE, Adrienne (eds.): *Protecting Rights Without a Bill of Rights, Institutional Performance and Reform in Australia*, Aldershot, Ashgate, págs. 239-258.

- MANFREDI, Christopher, y KELLY, James (1999), «Six degrees of dialogue: A response to Hogg and Bushell», *Osgoode Hall Law Journal*, núm. 37, págs. 513 y 520-521.
- MCHUGH, Michael (2009): «A Human Rights Act, the Courts and the Constitution», *Constitutional Law and Policy Review*, núm. 11-1, págs. 86-105.
- MEAGHER, Dan (2010): «The significance of *Al-kateb v Godwin* for the Australian Bill of Rights Debate», *Constitutional Law and Policy Review*, núm. 12-1, págs. 15-25.
- MOFFAT, R. L. C. (1965): «Philosophical Foundations of the Australian Constitutional Tradition», *Sydney Law Review*, núm. 5, págs. 59-88.
- MOSHINSKY, Mark (2009): «The Constitution and a Human Rights Act. Are Declarations of Incompatibility incompatible with Chapter III?», Ponencia presentada en el Joint Seminar organizado por el Centre for Comparative Constitutional Studies y la Australian Human Rights Commission en la Facultad de Derecho de la Universidad de Melbourne, el 28 de abril de 2009.
- SOLOMON, David (1999): *The Political High Court. How the High Court shapes Politics*, St Leonards NSW, Allen & Unwin.
- SOUTH, Jim (2007): «The Campaign for a National Bill of Rights: Would ‘Declarations of Incompatibility’ be Compatible with the Constitution?», *Constitutional Law and Policy Review*, núm. 9, págs. 2-7.
- (2009): «Potential Constitutional and Statutory Limitations of the Scope of the Interpretative Obligation imposed by s(32)1 of the Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006 (Vic)», *The University of Queensland Law Journal*, núm. 28-1, págs. 143-166.
- STELLIOS, James (2005): «Federal Dimensions to the ACT Human Rights Act», *AIAL Forum*, núm. 47, págs. 33-41.
- (2008): «State/Territory human rights legislation in a federal judicial system», *Public Law Review*, núm. 19-1, págs. 52-77.
- STONE, Adrienne (2006): «Australia’s Constitutional Rights and the Problem of Interpretive Disagreement», en CAMPBELL, Tom; GOLDSWORTHY, Jeffrey, y STONE, Adrienne (eds.): *Protecting Rights Without a Bill of Rights, Institutional Performance and Reform in Australia*, Aldershot, Ashgate, págs. 137 a 157.
- TATE, Pamela (2009): «A National Charter on Human Rights in Australia?: Views from Victoria», *Journal of the Commonwealth’s Lawyers Association*, núm. 18-2, págs. 27-36.
- TAYLOR, Julie (2004): «Human Rights Protection in Australia: Interpretation Provisions and Parliamentary Supremacy», *Federal Law Review*, núm. 32, págs. 57-77.
- WEBBER, Jeremy (2006): «A Modest (but Robust) Defence of Statutory Bills of Rights», en CAMPBELL, Tom; GOLDSWORTHY, Jeffrey, y STONE, Adrienne (eds.): *Protecting Rights Without a Bill of Rights, Institutional Performance and Reform in Australia*, Aldershot, Ashgate, págs. 263-287.
- WILKINS, Stefanie (2007): «Constitutional Limits on Bill of Rights Introduced by a State or Territory», *Federal Law Review*, núm. 35, págs. 431-465.
- WILLIAMS, George (2002): *Human Rights under the Australian Constitution*, Melbourne, Oxford University Press.

- (2004): *The case for an Australian Bill of Rights. Freedom in the war on terror*, Sydney, University of New South Wales.
- (2006): «The Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities: Origin and Scope», *Melbourne University Law Review*, núm. 30, págs. 880-905.
- (2007): *A Charter of Rights for Australia*, Sydney, University of New South Wales.
- WINTERTON, George (2006): «An Australian Rights Council», en CAMPBELL, Tom; GOLDSWORTHY, Jeffrey, y STONE, Adrienne (eds.): *Protecting Rights Without a Bill of Rights, Institutional Performance and Reform in Australia*, Aldershot, Ashgate, págs. 305-317.
- ZIMMERMANN, August (2009): «Eight reasons why Australia should not have a federal charter of rights», *National Observer*, núm. 7, págs. 34-44.

RESUMEN

Australia se mantiene como el único país occidental que no dispone de una norma jurídica protectora de los derechos humanos. Esta excepcionalidad australiana ha dado lugar a interesantes debates en aquel país sobre la necesidad de incorporar una declaración expresa de derechos y sobre el instrumento jurídico a través del cual ello debe hacerse. La tradición jurídico-política británica a la que Australia pertenece condiciona estos debates, que apuntan en la actualidad hacia la adopción de un modelo de diálogo institucional similar al ya vigente en el Reino Unido o Nueva Zelanda. Por otro lado, tanto la propia Constitución australiana como la estructura federal del país plantean algunas dificultades jurídicas de cara a la adopción de un modelo de protección legislativa de los derechos.

PALABRAS CLAVE: Australia; declaración de derechos; protección normativa; diálogo institucional; supremacía parlamentaria.

ABSTRACT

Australia is the only western country lacking a constitutionally entrenched or statutory bill of rights. This Australian exceptionality has opened the way to suggesting debates on the need of adopting an express declaration of rights and on the most suitable legal instrument through which this can be achieved. The British legal-political tradition of Australia shapes the dominant positions in this debate, which leads today to the adoption of a dialogue bill of rights similar to those already in force in the United Kingdom and New Zealand. At the same time, the current Australian Constitution and the federal structure of the country imply additional legal difficulties for the possible adoption of a statutory bill of rights in the Australian constitutional system.

KEY WORDS: Australia; bill of rights; legal protection; institutional dialogue; parliamentary sovereignty.