

**¿EL CONTROL DE RACIONALIDAD  
PROCEDIMENTAL COMO FORMA DE  
DEFERENCIA? PROCESO  
Y CONTENIDO EN  
LA JURISPRUDENCIA RECIENTE  
DEL TRIBUNAL EUROPEO DE  
DERECHOS HUMANOS**

MARISA IGLESIAS VILA

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL GIRO PROCEDIMENTAL EN LA JURISPRUDENCIA DE ESTRASBURGO. III. LEGITIMIDAD Y SUBSIDIARIEDAD: III.1. Subsidiariedad estatista y subsidiariedad cooperativa. IV. CONTROL DE RACIONALIDAD PROCEDIMENTAL Y SUBSIDIARIEDAD COOPERATIVA: IV.1. Revisión procedimental, responsabilidades cooperativas y división del trabajo: a) La responsabilidad de imparcialidad. b) la responsabilidad de consolidar una cultura de la justificación. c) la responsabilidad de adoptar una perspectiva convencional. V. EL GIRO PROCEDIMENTAL Y LAS CONSIDERACIONES SISTÉMICAS.

Fecha recepción: 30.04.2021  
Fecha aceptación: 17.10.2021

# ¿EL CONTROL DE RACIONALIDAD PROCEDIMENTAL COMO FORMA DE DEFERENCIA? PROCESO Y CONTENIDO EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

MARISA IGLESIAS VILA<sup>1</sup>

Universitat Pompeu Fabra

## I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se está advirtiendo un giro en la forma en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante *TEDH*, *Estrasburgo* o *el Tribunal*) desarrolla su función jurisdiccional de protección de los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante *el Convenio*) frente a la interferencia estatal. Este viraje, que suele denominarse «el giro procedimental», y que se centra en lo que algunos etiquetan como «control de racionalidad procedimental», comporta examinar una denuncia de violación del Convenio prestando más atención a cómo las autoridades nacionales han alcanzado la medida impugnada que a la cuestión de si el contenido de esta medida viola derechos convencionales<sup>2</sup>. El giro procedimental

---

<sup>1</sup> Profesora titular de Filosofía del Derecho. Departamento de Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Calle Trías Fargas, 25-27, 08005, Barcelona. Tel: 935422743. Email: marisa.iglesias@upf.edu  
ORCID: 0000-0001-6487-0433

<sup>2</sup> Sobre este giro véanse, en general, Popelier, P. y Van De Heyning, C. (2013). «Procedural Rationality: Giving Teeth to the Proportionality Analysis». *European Constitutional Law Review*, 9 (2), 230-262; Popelier, P. y Dan de Heyning, C. (2017). «Subsidiarity Post-Brighton: Procedural Rationality as Answer?». *Leiden Journal of International Law*, 30 (1), 5-23; Gerards, J. y Brems, E. (eds)

parece ser una respuesta de Estrasburgo a las demandas reiteradas, especialmente desde las conferencias intergubernamentales sobre el futuro del TEDH de Interlaken (2010), Izmir (2011) y Brighton (2012), para fortalecer el principio de subsidiariedad en la aplicación del Convenio. Estas demandas quedaron plasmadas en 2013 en el Protocolo n. 15 al Convenio (que ha entrado en vigor el 1 de agosto de 2021 tras un lento proceso de ratificación), el cual incorpora en el preámbulo de este tratado internacional una mención expresa a que los estados, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, tienen la responsabilidad primaria en la protección de los derechos convencionales y gozan de un margen de apreciación en la aplicación del Convenio<sup>3</sup>. La presión para que el TEDH incorpore un principio robusto de subsidiariedad en su razonamiento tiene dos motivaciones principales. La primera son las quejas que Estrasburgo ha recibido de ciertos gobiernos y comentaristas por lo que han percibido como expresiones de activismo que interfieren de forma ilegítima en la soberanía nacional (por ejemplo, en el tema de la prohibición del voto a los reclusos en los asuntos *Hirst c. Reino Unido (n. 2)* y *Anchugov y Gladkov c. Rusia* o las críticas a la sentencia de la Sala en el asunto *Lautsi c. Italia* por la imposición del crucifijo en las aulas)<sup>4</sup>. La segunda es el número tan elevado de asuntos que están pendientes de resolución en Estrasburgo (a fecha 30 de junio de 2021, 65800 asuntos), problema que demanda una mayor implicación de las autoridades nacionales en la garantía de los derechos humanos para disminuir las denuncias en sede internacional<sup>5</sup>.

Robert Spano, actual presidente del TEDH, considera que el giro procedimental inaugura una segunda fase en la trayectoria de Estrasburgo. En la primera fase, que transcurrió desde los inicios de su andadura hasta las conferencias comentadas, el Tribunal persiguió la consolidación sustantiva de los derechos en el nivel doméstico, y lo hizo revisando las medidas internas desde un análisis independiente de

(2017). *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*. Cambridge: Cambridge University Press; Arnadóttir, O.M. (2017). «The 'Procedural Turn' under the European Convention on Human Rights and Presumptions of Convention compliance». *International Journal of Constitutional Law*, 15 (1), 9–35; Spano, R. (2014). «Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity». *Human Rights Law Review*, 14 (3), 487–502; Spano, R. (2015). «The European Court of Human Rights and National Courts: A Constructive Conversation or a Dialogue of Disrespect?». *Nordic Journal of Human Rights*, 33 (1), 1–10; Spano, R. (2018). «The Future of the European Court of Human Rights-Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law». *Human Rights Law Review*, 18 (3), 473–494; Kleinlein, T. (2019). «The Procedural Approach of the European Court of Human Rights: Between Subsidiarity and Dynamic Evolution». *International and Comparative Law Quarterly*, 68 (1), 91–110; Cumper, P. y Lewis, T. (2019). «Blanket Bans, Subsidiarity, and the Procedural Turn of the European Court Of Human Rights». *International and Comparative Law Quarterly*, 68 (3), 1–28.

<sup>3</sup> Protocol No. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Estrasburgo, 24 de junio de 2013.

<sup>4</sup> *Hirst c. Reino Unido (n. 2)*, STEDH (Gran Sala), de 6 de octubre de 2005; *Anchugov y Gladkov c. Rusia*, STEDH, de 4 de julio de 2013; *Lautsi c. Italia*, STEDH, de 3 de noviembre de 2009.

<sup>5</sup> Sobre el problema del atasco de casos en el TEDH véase, por ejemplo, Queralt Jiménez, A. (2018). «Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Teoría y realidad constitucional*, 42, 395–424, 397–398.

convencionalidad. En esta segunda fase, en cambio, busca orientar a las autoridades nacionales en cómo deben organizarse y funcionar internamente para poder desplegar el rol del estado como responsable primario en la protección de los derechos del Convenio. Ahora, el Tribunal tiende en menor medida a realizar valoraciones sustantivas independientes, preocupándose en mayor grado por el proceso de toma de decisiones que ha conducido a una medida que restringe derechos y por si las autoridades nacionales han sobrepasado su margen de apreciación en la aplicación del Convenio<sup>6</sup>. El propósito en esta segunda fase sería, entonces, asentar un marco de funcionamiento institucional que pueda garantizar una protección razonable de derechos humanos en el interior de cada estado parte<sup>7</sup>.

Estas dos fases coinciden con dos maneras distintas de entender el principio de subsidiariedad en la aplicación del Convenio. En la primera fase ha actuado una idea formal de subsidiariedad, desde la que se asume la prioridad cronológica y procesal de la actuación de las autoridades nacionales, en el sentido de que Estrasburgo solo interviene cuando se han agotado los recursos judiciales internos y con las condiciones formales previstas en el artículo 35<sup>8</sup>. En la segunda fase, en cambio, se está entrando en una idea más robusta de la subsidiariedad que se plasma en una concepción normativa de este principio (que incide en el nivel de prioridad que Estrasburgo debe otorgar al criterio estatal en el momento de aplicar el Convenio). ¿Pero cuál es la concepción normativa adecuada? Averiguar cuál sea la mejor respuesta a esta pregunta ayudará a alcanzar conclusiones razonables sobre los límites a la actuación legítima del TEDH en el momento en que, en aras de la subsidiariedad formal, le corresponde intervenir ejerciendo su función jurisdiccional.

Spano considera que el TEDH está usando el control de racionalidad procedimental para implementar esta noción más robusta de la subsidiariedad y, en este contexto, defiende que el giro procedimental puede mejorar la legitimidad y eficacia del sistema europeo de derechos humanos<sup>9</sup>. ¿Acierta el juez Spano al depositar tanta confianza en el control de racionalidad procedimental? En su versión normativa, el principio de subsidiariedad puede ser entendido de formas diversas, y todas ellas, como se mostrará, tienen algún reflejo en los asuntos que lideran el giro procedimental. Por esta razón, una vez caracterizada la dinámica del control de racionalidad procedimental a través de la jurisprudencia reciente de Estrasburgo, se distinguirán dos concepciones del principio de subsidiariedad, la estatista y la cooperativa, defendiendo que

<sup>6</sup> Como indica Alejandro Sáiz Arnaiz, la principal novedad de este interés del TEDH por los procedimientos internos es la atención al proceso parlamentario. Este autor indica que la preocupación por el debate parlamentario empieza a entrar en la jurisprudencia de Estrasburgo a partir de 2005, con los asuntos *Hirst* (n. 2) y *Maurice c. Francia*, STEDH (Gran Sala), de 6 de octubre de 2005. Véase Sáiz Arnaiz, A. (2018). «Tribunal Europeo de Derechos Humanos y procesos políticos nacionales democracia convencional y margen de apreciación». *Teoría y realidad constitucional*, 42, 221-245, 234-235.

<sup>7</sup> Spano, R. (2018), cit.

<sup>8</sup> Letsas, G. (2006). «Two Concepts of the Margin of Appreciation». *Oxford Journal of Legal Studies*, 26 (4), 705-732, 722.

<sup>9</sup> Spano, R. (2018), cit. 482-494; Spano, R. (2015), cit., 5-7; Spano, R. (2014), cit. 497-499.

son las exigencias de subsidiariedad cooperativa las que debemos usar para valorar si el giro procedimental supone una buena noticia para los derechos humanos. Para dar fundamento a esta conclusión, la sección tercera vincula esta forma de subsidiariedad con los parámetros de legitimidad que ha propuesto Allen Buchanan para los sistemas internacionales de derechos humanos, a los que se denominará «legitimidad sistémica», y que contrastan con otras lecturas diferentes de la legitimidad que suelen utilizarse en este ámbito: la democrática y la contractual. Desde estas premisas, el trabajo pretende defender que el control procedimental debería ocupar un lugar complementario dentro de una teoría de las responsabilidades convencionales de los estados más robusta de lo que Spano parece presuponer. Se concluirá que ésta es la forma de asegurar que el giro procedimental contribuya a la legitimidad del sistema en su conjunto y al avance de los derechos humanos en Europa.

## II. EL GIRO PROCEDIMENTAL EN LA JURISPRUDENCIA DE ESTRASBURGO

El giro procedimental se manifiesta en al menos tres tipos de dinámicas en el razonamiento del TEDH. La primera, que no es novedosa porque ya tiene un largo recorrido en la jurisprudencia de Estrasburgo, es lo que Jonas Christoffersen ha nombrado como «proceduralization of substantive rights», y que consiste en la incorporación de una dimensión procesal en el alcance de un derecho sustantivo o, en otros términos, en la consideración de que respetar ciertas exigencias procesales forma parte del respeto al propio derecho sustantivo<sup>10</sup>. Aquí el Tribunal juzga que la protección deficiente de alguna garantía procesal puede ser suficiente, sin necesidad de entrar a valorar la cuestión de fondo, para concluir que se ha vulnerado un derecho sustantivo del Convenio. Un ejemplo lo encontramos en el asunto *Koch c. Alemania*, de 2012<sup>11</sup>. En este caso se le había denegado al demandante una solicitud para obtener un medicamento letal con el que poner fin a la vida de su esposa, y todas las instancias judiciales internas habían desestimado que pudiera recurrir la decisión del Instituto Federal del Medicamento. Con el argumento del margen de apreciación

<sup>10</sup> Christoffersen, J. (2009). *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 455-478; Brems, E. (2017). «The ‘Logics’ of Procedural-Type Review by the European Court of Human Rights», en Gerards, J y Brems, E. (eds.). *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge: Cambridge University Press, 17-39; Sobre la relación entre procedimiento y contenido en la jurisprudencia del TEDH, aunque sin entrar todavía en la cuestión de la proceduralización de derechos sustantivos, ya escribió, por ejemplo, Strasser, W. (1988). «The Relationship between Substantive Rights and Procedural Rights Guaranteed by the European Convention on Human Rights», en Matscher, F. y Petzold, H. (eds.). *Protecting Human Rights: The European Dimension: Studies in Honour of Gerard J. Wiarda*, Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 595-604.

<sup>11</sup> STEDH, de 19 de julio de 2012. También el asunto A.K. c. Latvia, STEDH, de 24 de junio de 2014.

estatal, Estrasburgo no efectuó un examen sustantivo sobre la denegación del medicamento para proceder a la eutanasia, pero concluyó que el estado había vulnerado el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 del Convenio porque los tribunales alemanes habían rechazado entrar a valorar los méritos de la queja del demandante contra la denegación.

La segunda es la revisión de la calidad deliberativa del proceso que ha conducido a la adopción de la medida general impugnada. A diferencia de la anterior dinámica, en ésta se valora tanto la amplitud y profundidad del debate legislativo que condujo a una medida restrictiva de derechos como la calidad del razonamiento que condujo a los tribunales internos a refrendarla. Estrasburgo ha usado este análisis de racionalidad procedimental tanto para ampliar el margen de apreciación del estado en temas controvertidos como para reducirlo. En *Animal Defenders International c. Reino Unido*, de 2013, Estrasburgo utilizó el control de calidad deliberativa a favor del estado. En este caso se valoraba si la no autorización a una ONG para transmitir por televisión un anuncio contra el maltrato animal por tener carácter político violaba la libertad de expresión del art. 10 del Convenio. El tribunal destacó que los fundamentos de la regulación habían sido revisados de manera muy escrupulosa tanto por el parlamento como por la judicatura, y también indicó que el análisis interno de proporcionalidad había tenido en cuenta la jurisprudencia de Estrasburgo. Una argumentación similar la encontramos en la segunda sentencia *Von Hannover*, en 2012<sup>12</sup>, donde se discute si algunas publicaciones en una revista de fotografías de la princesa Carolina y su familia vulneraron el art. 8 del Convenio. Mientras que, en la primera sentencia de 2004<sup>13</sup>, el TEDH había condenado a Alemania efectuando un examen autónomo de proporcionalidad, en la segunda valora positivamente la profundidad del examen sustantivo que se llevó a cabo en sede nacional. Al mismo tiempo, Estrasburgo destaca la importancia de que los tribunales internos hubieran analizado extensamente su jurisprudencia en la materia y variado su posición siguiendo la primera sentencia *Von Hannover*.

En otros asuntos, por el contrario, los defectos deliberativos han sido utilizados para condenar al estado. En el asunto *Hirst*, por ejemplo, Estrasburgo afirmó que no le constaba que el parlamento hubiera valorado las diversas razones en juego o efectuado un examen de proporcionalidad de la exclusión general del derecho al voto a los reclusos. A la vez, constató que los tribunales internos habían dejado la cuestión en manos del parlamento y, por tanto, renunciado a examinar la proporcionalidad de la medida<sup>14</sup>. También en el asunto *Fabris c. Francia*, de 2013<sup>15</sup>, un caso en el que un hijo calificado como ilegítimo no pudo hacer valer los derechos de herencia, la Gran

---

<sup>12</sup> *Von Hannover c. Alemania* (No. 2), STEDH (Gran Sala), de 7 de febrero de 2012.

<sup>13</sup> *Von Hannover c. Alemania*, STEDH, de 24 de junio de 2004.

<sup>14</sup> Un razonamiento similar ha seguido el Tribunal para condenar a Rusia por la exclusión del derecho de huelga a los trabajadores de los ferrocarriles en *Ognevenko c. Rusia*, STEDH, de 20 de noviembre de 2018.

<sup>15</sup> STEDH (Gran Sala), de 7 de febrero de 2013.

Sala (a diferencia de la Sala que había optado por el margen de apreciación) recriminó a las autoridades nacionales no haber razonado desde una perspectiva de derechos humanos, algo que les hubiera forzado a valorar el problema de la discriminación a los hijos calificados como ilegítimos (art. 14 del Convenio) en vez de priorizar directamente las cuestiones de seguridad jurídica.

La tercera dinámica del giro procedimental es la que se dirige a prestar atención al grado de apoyo democrático del que ha gozado una medida de política general en el momento de decidir el alcance del margen de apreciación del estado. Un ejemplo paradigmático de esta variante del control procedimental lo encontramos en *S.A.S. c. Francia*, en 2014<sup>16</sup>, un asunto en el que se discutía la ley francesa que prohíbe cubrirse el rostro en los espacios públicos y que tiene como efecto impedir el uso del velo integral. En este caso, el Tribunal reconoce por primera vez que todos los argumentos sustantivos que se habían aportado hasta el momento para restringir el uso de este tipo de simbología religiosa (igualdad de género, imposición religiosa, dignidad, seguridad y orden público) no tenían la solidez necesaria para justificar esta interferencia en la libertad religiosa. A pesar de ello, Estrasburgo da la razón a Francia en un giro procedimental que se centra en la representatividad democrática de la regulación más que en su calidad deliberativa, destacando que la prohibición había sido el producto de un largo proceso político que concluyó con la aprobación de la ley en las dos cámaras legislativas, prácticamente por unanimidad, y que el Consejo Constitucional validó la medida. El Tribunal acaba concluyendo que este apoyo democrático fuerte permite afirmar que la prohibición de cubrirse el rostro en público es una decisión de la sociedad francesa, que se ha justificado desde su visión de las exigencias mínimas de la vida en común, «le vivre ensemble», las cuales incluyen no esconder el rostro a los otros en público. Este argumento es legítimo y está justificado, y la medida resulta proporcionada, observa el Tribunal, porque es fruto de un proceso democrático, y los estados, que poseen legitimidad democrática directa, gozan de un amplio margen de apreciación en asuntos de política pública sobre los que puede haber opiniones diferentes y no hay un consenso europeo (§§ 140 a 159).

Este artículo se detendrá especialmente en las formas segunda y tercera del giro procedimental. La principal pregunta que estas dinámicas de razonamiento generan es si no estamos asistiendo a un retroceso en la función garantista del TEDH. Como se ha indicado más arriba, Spano considera que no es así, que estos virajes hacia el procedimiento pueden ser una forma adecuada de desarrollar un principio de subsidiariedad robusto que contribuya de manera positiva a la legitimidad general del sistema. ¿Tiene razón Spano? Para responder a esta pregunta cabe distinguir primero tres enfoques distintos de las consideraciones de legitimidad: el democrático, el contractual y el sistémico. En la sección siguiente se efectuará esta distinción y se explicará por qué debemos relacionar la idea normativa de la subsidiariedad con el enfoque sistémico de la legitimidad.

<sup>16</sup> STEDH (Gran Sala), de 1 de Julio de 2014.

### III. LEGITIMIDAD Y SUBSIDIARIEDAD

La mención del principio de subsidiariedad en el preámbulo del Convenio europeo ha sido alabada por aquellos que entienden que este cambio coloca en el centro del sistema europeo a las instituciones que gozan de legitimidad democrática y, por tanto, de autoridad moral para tomar decisiones vinculantes sobre derechos humanos. Otros, en cambio, la han criticado de forma vehemente porque temen que el TEDH vaya perdiendo protagonismo y acabe siendo un órgano superfluo, lo que puede implicar un retroceso en derechos humanos que aumente la injusticia en la región y rompa el espíritu del propio acuerdo entre estados que legitima este tratado internacional. ¿Pero cuál es la forma adecuada de pensar las cuestiones de legitimidad en el marco de un sistema institucional con diversos actores?<sup>17</sup>

No hay duda de que la legitimidad y los valores democráticos, que contribuyen a la autoridad moral de los estados frente a sus ciudadanos, son centrales en una estructura internacional que hace recaer en las instituciones nacionales las responsabilidades cotidianas de respeto y protección de derechos humanos en entornos de pluralismo. Por esta razón, el propio preámbulo del Convenio indica que para alcanzar los fines convencionales se requieren tanto sistemas verdaderamente democráticos como unidad en la comprensión de los derechos. Esta dualidad axiológica «democracia-derechos» es entonces una parte esencial del sistema europeo de derechos humanos<sup>18</sup>. Ahora bien, que los valores democráticos sean relevantes en la aplicación de este instrumento internacional no implica que la autoridad moral de Estrasburgo para interferir en la voluntad estatal dependa de si este órgano tiene o no legitimidad democrática en comparación con los estados.

George Letsas, uno de los juristas que se han preguntado por las cuestiones de legitimidad dentro del sistema europeo de derechos humanos, ha defendido que en este ámbito deberíamos concentrarnos en la legitimidad que proviene de la moralidad de compromiso (esto es, de las exigencias morales derivadas de un pacto o contrato previo). Lo que para este autor debe tenerse en cuenta es el hecho de que los estados que han firmado el Convenio han aceptado sujetarse a la jurisdicción de

---

<sup>17</sup> En términos generales, se entenderá por «legitimidad» la autoridad moral de una institución para adoptar decisiones de carácter vinculante. A diferencia de las consideraciones de justicia abstracta, los juicios de legitimidad se mueven dentro de una práctica de valoración en la que buscamos alcanzar un compromiso entre el funcionamiento institucional óptimo y la necesidad de asegurar el apoyo que una institución necesita para poder dar ciertos frutos sin costes excesivos. De este modo, la legitimidad, que hace a una institución merecedora de respeto y apoyo, no pediría tanto como que la institución obtenga siempre resultados justos ni tan poco como que simplemente sea mejor tener esa institución que no tenerla. Sobre esta forma de distinguir entre justicia y legitimidad véase Buchanan, A. (2013). *The Heart of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, cap. 5.

<sup>18</sup> Arai-Takahashi, Y. (2002). *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Oxford: Intersentia, cap. 13.

Estrasburgo, la cual abarca, según el artículo 32, todos los asuntos relativos a la aplicación e interpretación del Convenio<sup>19</sup>.

Aunque la moralidad de compromiso pueda ser relevante en muchas ocasiones, este argumento resulta débil para valorar la legitimidad de un tribunal internacional. Hace depender la legitimidad de una cuestión demasiado vidriosa, la de a qué se comprometen los estados en el momento de aceptar la jurisdicción de Estrasburgo. En el caso de Letsas, por ejemplo, él parte de esta moralidad de compromiso para rechazar la doctrina del margen de apreciación. También utiliza el argumento del compromiso para defender que el Tribunal debe efectuar una lectura moral autónoma de los derechos convencionales y utilizar la doctrina del instrumento vivo para ir haciendo efectivos los valores comunes en derechos humanos<sup>20</sup>. Pero si lo que nos importa es la moralidad de compromiso, una posición como la de Letsas debe poder justificar que, de hecho, los estados se comprometieron a aceptar esta lectura expansiva del Convenio, algo que han puesto en duda otros juristas con el mismo tipo de argumentos<sup>21</sup>. Al mismo tiempo, la reforma a partir del Protocolo 15 del Preámbulo de este documento internacional incorporando, como se ha indicado, el principio de subsidiariedad y el margen de apreciación estatal en la aplicación del Convenio, comporta un cambio en el compromiso moral de los estados.

Una alternativa a estos dos enfoques es valorar la legitimidad de los sistemas internacionales de derechos humanos como una cuestión «ecológica», tal como ha propuesto Allen Buchanan<sup>22</sup>. Un sistema como el europeo está configurado desde la actuación coordinada de diferentes instituciones, y su propia operatividad requiere el reconocimiento mutuo entre los actores involucrados, reconocimiento que, a su vez, hace posible la cooperación que debe darse para alcanzar los fines del Convenio. Si se adopta este punto de partida, no cabe determinar si una institución es legítima observando solo sus propias características, es decir, valorándola de forma aislada. Su legitimidad dependerá de cómo interactúa con el resto de actores del sistema.

Desde esta comprensión buchanaiana de la legitimidad, a la que en este trabajo se denominará «legitimidad sistémica», se está pensando en estructuras complejas con diversos actores y se valora la autoridad moral de cada institución de modo relacional. Lo relevante es qué tipo de interrelación y distribución de funciones contribuye a reforzar la legitimidad de cada una de ellas y del sistema en su conjunto<sup>23</sup>. Aunque la idea de reparto funcional en la tutela de los derechos convencionales forma parte

<sup>19</sup> Letsas, G. (2013). «The ECHR as a living instrument: Its meaning and legitimacy», en Føllesdal, A., Peters, B. y Ulfstein, G. (eds.). *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge: Cambridge University Press, 106-141.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> Brauch, J. (2005). «The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law». *Columbia Journal of European Law*, 11, 113-150.

<sup>22</sup> Buchanan, A. (2013), cit., cap. 5.

<sup>23</sup> Ibid.

del propio diseño institucional del sistema europeo, esta perspectiva también condiciona el juicio de legitimidad al modo en que cada órgano va ejerciendo a lo largo del tiempo las funciones asignadas en tal diseño. La legitimidad sistémica demanda a los estados y al Tribunal ejercer sus funciones desde una preocupación activa por el reconocimiento mutuo y la eficacia protectora (que aseguran la cooperación a largo plazo). Por esta razón, el hecho de que el TEDH tenga algún déficit de legitimidad democrática no implica que también lo tenga de legitimidad sistémica y, del mismo modo, que un estado tenga legitimidad democrática no comporta que también tenga legitimidad sistémica dentro de la estructura del Convenio.

En lo que sigue se asumirá el enfoque de la legitimidad sistémica para distinguir y valorar dos formas de aproximarse a la subsidiariedad como principio normativo y, por tanto, como estándar que va más allá del sentido formal de la subsidiariedad que se mencionó al inicio del trabajo.

### *III.1. Subsidiariedad estatista y subsidiariedad cooperativa*

Tanto las voces que en los últimos años han reclamado un Tribunal más deferente con la voluntad estatal como las preocupadas por el exceso de casos han propuesto acoger una lectura normativa del principio de subsidiariedad, que establece una prioridad derrotable por el criterio local en el momento de juzgar una denuncia por violación del Convenio<sup>24</sup>. Esta idea normativa ya se canalizaba de forma implícita a través de la doctrina del margen de apreciación<sup>25</sup>, pero los aires críticos con la poca deferencia que en algunos casos Estrasburgo ha mostrado para con los estados parecen dirigirse a dar más fuerza a esta prioridad con argumentos de legitimidad democrática. La propuesta de Samantha Besson de una idea de subsidiariedad como complementariedad expresa bien esta posición. Para esta jurista, la justificación de la subsidiariedad en el sistema de Estrasburgo tiene carácter democrático, en un ámbito donde son los estados los únicos órganos con legitimidad democrática. Por esta razón, opina que el TEDH debería limitarse a ser un facilitador de las propias concepciones de los derechos humanos que poseen los estados democráticos, ayudándoles a cristalizar y consolidar sus interpretaciones y prácticas de derechos humanos. Así, defiende que es el consenso entre los estados el que debe fijar el contenido de la protección mínima que el Convenio garantiza y, una vez este estándar mínimo se ha asentado en las prácticas internas de los estados miembros, el Tribunal, siguiendo un

---

<sup>24</sup> Føllesdal, A. (2016). «Subsidiarity and International Human-Rights Courts: Respecting Self-Governance and Protecting Human Rights-Or Neither?». *Law and Contemporary Problems*, 79 (2), 147-163, 148.

<sup>25</sup> Sobre la conocida doctrina del margen de apreciación nacional véase, en especial, el estudio pionero en nuestro país de García Roca, J. (2007). «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración». *Teoría y realidad constitucional*, 20, 117-143.

razonamiento de abajo hacia arriba, puede utilizar este contenido para justificar sus interferencias<sup>26</sup>.

Esta lectura de la subsidiariedad que podría denominarse «estatista» suele tener como trasfondo una comprensión también estatista de los derechos humanos, que los considera en esencia un asunto de cada estado<sup>27</sup>. Las autoridades nacionales poseen la responsabilidad de proteger los derechos de su propia población, y la intervención externa se justifica únicamente si el estado ha puesto en peligro la relación de ciudadanía y con el objetivo de restablecerla (esta relación es considerada la relevante en términos de moralidad política). El estatismo suele unir este presupuesto con la asunción de que es en un estado democrático donde los derechos humanos se desarrollan adecuadamente. Partiendo de estas premisas, percibe el control externo por parte de autoridades sin legitimidad democrática directa como una intervención sospechosa en una relación moralmente valiosa. La concepción de la subsidiariedad de Besson refleja esta aproximación. Esta autora circunscribe la función de un tribunal de derechos humanos a la garantía de que las autoridades nacionales respeten los derechos de participación democrática y no discriminación de la ciudadanía, dado que estos derechos son la base de la relación de ciudadanía como relación política entre iguales. Al mismo tiempo, Besson incide en que la legitimidad de la interferencia externa para proteger estos derechos requiere que la determinación de su contenido salga de las propias prácticas internas de los estados<sup>28</sup>.

Aunque la visión estatista de la subsidiariedad tiene varias deficiencias de base, en este trabajo interesa destacar que tal aproximación acaba siendo una forma indirecta de impugnar la legitimidad del propio sistema del Convenio, y que esta impugnación la realiza desde una valoración aislada de las características morales del estado como institución. Sin embargo, aquí no estamos en un contexto doméstico de valoración política sino en el marco de una estructura internacional que ha nacido para la cooperación entre instituciones diversas para un fin común. Si se juzga el funcionamiento de esta estructura desde los parámetros de la legitimidad sistémica, sin pensar solo en términos democráticos, el centro de atención en cada caso será qué relación institucional puede reforzar la autoridad de todos los órganos involucrados en la estructura de protección. Como comenta Buchanan, los actores de un sistema de derechos humanos se legitiman recíprocamente. La función que desempeña el tribunal internacional contribuye a la legitimidad de los estados porque refuerza la implementación doméstica de los derechos y mitiga los defectos del funcionamiento democrático para los grupos minoritarios. Al tiempo, los estados democráticos

<sup>26</sup> Besson, S. (2016). «Subsidiarity in International Human Rights Law-What is Subsidiarity about Human Rights?». *The American Journal of Jurisprudence*, 61 (1), 69-107, 100, 107.

<sup>27</sup> Véanse Cohen, J.L. (2008). «Rethinking Human Rights, Democracy, and Sovereignty in the Age of Globalization». *Political Theory*, 36 (4), 578-606; Besson, S. (2017). «Human Rights as Transnational Constitutional Law», en Anthony. L y Antje, W. (eds.). *Handbook on Global Constitutionalism*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 234-247.

<sup>28</sup> *Ibid.*, 238.

contribuyen a la legitimidad del Tribunal porque, de una parte, participan en esta estructura internacional aportando su pedigrí democrático (participación que también les aporta a ellos mayor legitimidad por su disponibilidad al control externo) y, de otra parte, porque los estados retienen las funciones de creación normativa y ejecución, evitando así que el Tribunal vaya más allá de sus capacidades, lo que disminuiría su legitimidad<sup>29</sup>.

Las consideraciones de legitimidad sistémica y legitimación recíproca también son trasladables al día a día de la aplicación del Convenio por parte del Tribunal. Si la idea estatista de la subsidiariedad fuera la predominante en la segunda etapa de la trayectoria de Estrasburgo, el sistema correría el riesgo de no poder cumplir su función de contrarrestar los defectos de nuestras democracias representativas, en especial aquellos defectos que provienen de resistencias culturales y moralistas al avance en derechos humanos. La incapacidad de contrarrestar estos defectos erosionaría la autoridad moral de Estrasburgo y, a la vez, erosionaría la legitimidad sistémica de los estados.

Pero la comprensión estatista de la subsidiariedad no es la única opción disponible. La propuesta de este artículo es confrontarla con una concepción que se denominará «cooperativa». La subsidiariedad cooperativa también ofrece una lectura normativa y no meramente formal de este principio, pero condiciona la prioridad por lo local a que se produzca un equilibrio entre autonomía del estado y supervisión internacional que optimice el sistema en su conjunto. Para desarrollar esta noción podemos percibir la subsidiariedad como una moneda de dos caras<sup>30</sup>. La metáfora de las dos caras pretende reflejar la idea de que el sistema del Convenio establece un marco de responsabilidades compartidas, por lo que, cuando hablamos de subsidiariedad en la aplicación del Convenio, nos fijamos tanto en las responsabilidades del Tribunal como en las de los estados<sup>31</sup>. Esta lectura de la subsidiariedad persigue la efectividad del sistema partiendo de que los estados deben actuar en primer lugar y que el Tribunal, cuando le corresponde jurídicamente entrar en escena, debe hacerlo desde esta lógica de responsabilidad compartida y no de forma autónoma. Para llevar a cabo esta tarea, Estrasburgo adquiere tanto deberes de no interferencia como de-

---

<sup>29</sup> Buchanan, A. (2013), cit., 197-198, 217-218; Føllesdal, A. (2014). «Much Ado about Nothing? International Judicial Review of Human Rights in Well Functioning Democracies», en Føllesdal, A., Schaffer, J. y Ulfstein, G. (eds.). *The Legitimacy of International Human Rights Regimes*, Cambridge: Cambridge University Press, 272-299.

<sup>30</sup> Véase el documento, «Subsidiarity: a Two-Sided Coin», *Dialogue between Judges 2015*, ECtHR, Council of Europe.

<sup>31</sup> Sauvé, J.M. (2015). «Statement». En *Subsidiarity: a Two-Sided Coin?*, *Dialogue Between Judges*, European Court of Human Rights, Council of Europe, 25; Gerards, J. (2014). «The European Court of Human Rights and the national courts – giving shape to the notion of ‘shared responsibility’», en Gerards, E y Fleuren, J. (eds.). *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case law. A comparative analysis*, Antwerp: Intersentia, 13-94.

beres de intervención, deberes que se han asociado a una dimensión negativa y una dimensión positiva de la subsidiariedad<sup>32</sup>.

La dimensión negativa de la subsidiariedad asume que la institución internacional no puede arrogarse aquellas funciones que las autoridades locales pueden realizar de forma adecuada o con más eficacia. Esta dimensión negativa pide al Tribunal, de un lado, no interferir en las formas nacionales de protección cuando la no interferencia vaya en beneficio del sistema en su conjunto. El estado toca la realidad cotidiana de la gente y puede estar mejor situado para resolver ciertos conflictos sensibles. Por ello, una de las razones de más peso para que Estrasburgo sea deferente con el criterio estatal es que las instituciones internas, por su cercanía con los ciudadanos y cuando funcionan adecuadamente, pueden estar mejor situadas para decidir sobre derechos humanos que un órgano internacional. De otro lado, el Tribunal debe tener presente que la protección de derechos humanos no es la única función de un estado. Hay otras finalidades valiosas que el estado persigue como estructura compleja, consideración que ya está incorporada, por ejemplo, en las cláusulas de limitación de los artículos 8 a 11 del Convenio.

La dimensión positiva de la subsidiariedad, en cambio, refuerza la responsabilidad judicial del TEDH cuando las autoridades nacionales resultan incapaces de satisfacer mínimamente los derechos convencionales. También la refuerza cuando las instituciones domésticas no están cumpliendo sus responsabilidades compartidas en el mantenimiento del sistema europeo de Derecho humanos. Aquí es donde entra en juego la otra cara de la moneda de la subsidiariedad, la que mira a las responsabilidades de los estados en el funcionamiento de la estructura de protección<sup>33</sup>. Como se desarrollará más adelante, además de la obligación general de respetar y proteger los derechos humanos, podría indicarse que las autoridades nacionales están sujetas a tres tipos de responsabilidades de carácter cooperativo. La primera es una responsabilidad de imparcialidad en cuanto a los derechos humanos, la segunda es la de crear o consolidar lo que suele denominarse una «cultura de la justificación» y la tercera es la responsabilidad de adoptar una perspectiva convencional.

La comprensión cooperativa del principio de subsidiariedad, en definitiva, conduce a un marco de expectativas mutuas de que cada actor hará su parte en el sistema europeo de derechos humanos. Para ello se persigue armonizar adecuadamente las responsabilidades de los estados con el papel también cooperativo que le corresponde desempeñar al Tribunal en aras de la eficacia garantista de la estructura en su conjunto. En los apartados siguientes, se utilizará esta lectura de la subsidiariedad para

<sup>32</sup> Endo, K. (1994). «The Principle of Subsidiarity: From Johannes Althusius to Jacques Delors». *Hokkaido Law Review*, 46 (6), 553-652; Carozza, P. (2003). «Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law», *The American Journal of International Law*, 97 (1), 38-79.

<sup>33</sup> El TEDH también utiliza la idea de subsidiariedad para referirse a los deberes de los estados. Véase Mowbray, A. (2015). «Subsidiarity and the European Convention on Human Rights». *Human Rights Law Review*, 15 (2), 313-341, 332, 340.

valorar en qué medida el control de racionalidad procedimental puede contribuir a la legitimidad sistémica en el funcionamiento del Convenio.

#### IV. CONTROL DE RACIONALIDAD PROCEDIMENTAL Y SUBSIDIARIEDAD COOPERATIVA

En la literatura especializada, se ha defendido de diversas maneras que Estrasburgo efectúe un control de racionalidad procedimental. Algunos lo avalan como un mecanismo de control que actuaría de forma previa al examen sustantivo de proporcionalidad. Janneke Gerards, por ejemplo, desde un modelo de legitimidad democrática de corte procedimentalista, observa que la función primaria del TEDH debería consistir en supervisar la calidad de los procesos nacionales, lo cual le evitaría tener que tomar partido en temas sensibles sobre los que puede haber desacuerdos razonables dentro de una sociedad<sup>34</sup>. Para esta autora, el Tribunal debería primero examinar qué procesos internos se han seguido, y solo en el caso de que el procedimiento interno resulte deficiente estaría justificado efectuar un análisis sustantivo de la medida impugnada<sup>35</sup>.

Otros han defendido la revisión procedimental como una forma de evitar dar carta blanca a los estados en aquellos supuestos en los que el Tribunal reconoce un amplio margen de apreciación a las autoridades nacionales. En la línea del asunto *Koch c. Alemania* que se ha comentado, aunque en un caso particular el TEDH haya renunciado a entrar en el fondo de la cuestión, seguiría manteniendo un rol fiscalizador en lo que atañe a la seriedad con la que las autoridades internas regulan y tratan jurídicamente sus interferencias en los derechos humanos. La revisión de cómo estas autoridades han alcanzado una determinada decisión compensaría, entonces, la ausencia de un examen sustantivo de proporcionalidad cuando Estrasburgo otorgue prioridad al criterio estatal. Patricia Popelier y Catherine Van De Heyning han observado que el control procedimental sería una exigencia de racionalidad institucional que también está en la base del examen de proporcionalidad, que trata de impedir que se produzcan actuaciones arbitrarias. Estas autoras tienen en mente la dinámica tradicional de la proporcionalidad en el ejercicio de la actividad administrativa de carácter discrecional, donde la proporcionalidad actúa como instrumento para controlar que la discreción administrativa se ejerce de forma racional y que, por tanto, se evitan las arbitrariedades. Aplicando esta perspectiva al sistema europeo de derechos humanos, defienden que la legitimidad de resultados y la *accountability* que acompañan a una concepción democrática del ejercicio del poder justifican el control

---

<sup>34</sup> Gerards, J. (2014), cit., 62; Gerards, J. (2012). «The prism of fundamental rights». *European Constitutional Law Review*, 8 (2), 173-202, 197-198.

<sup>35</sup> Lazarus, L. y Simonsen, N. (2015). «Judicial Review and Parliamentary Debate: Enhancing the Doctrine of Due Deference», en Hunt, M., Hooper, H. y Yowell, P. (eds.). *Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit*, Oxford: Hart Publishing, 392, 401.

de racionalidad procedimental incluso cuando el estado disfrute de una amplia discreción de contenido<sup>36</sup>.

Por último, también se ha defendido el control de racionalidad procedimental como un mecanismo para modular el margen de apreciación que cabe otorgar al estado en la aplicación del Convenio, ya sea como un elemento central de tal modulación o como un elemento complementario. Spano ha defendido esta posición en su justificación de la dinámica de la revisión procedimental como expresión de un principio robusto de subsidiariedad. En sus términos:

when examining whether and to what extent the Court should grant a member state a margin of appreciation as to the latter's assessment of the necessity and proportionality of a restriction on human rights, the quality of decision-making, both at the legislative stage and before the courts, is crucial and may ultimately be decisive in borderline cases»<sup>37</sup>.

¿Son convincentes estas defensas del uso del control de racionalidad procedimental y del lugar que éste debería ocupar en el razonamiento del TEDH? Es obvio que siempre habrá elementos de procedimiento interno y calidad deliberativa incorporados en el examen de proporcionalidad de Estrasburgo. Sin embargo, la cuestión que se plantea en este debate es si el control procedimental debe tener un protagonismo especial en la aplicación del Convenio más allá de los aspectos técnicos en los pasos del examen de proporcionalidad o del respeto a los derechos convencionales de carácter procesal (por ejemplo, los derechos a un proceso equitativo del art. 6 o a un recurso efectivo del art. 13). Como respuestas a esta cuestión, ni la propuesta de Gerards ni la de Popelier y Van De Heyning resultan convincentes. Aunque más adelante se ofrecerán algunos argumentos adicionales, desde una preocupación por la legitimidad sistémica cabría decir que la primera limita en exceso la función judicial dentro de un sistema de carácter cooperativo que busca optimizar la protección de derechos humanos en la región. La responsabilidad primaria del Tribunal es garantizar un estándar mínimo de protección en colaboración con los estados y, por tanto, el examen sustantivo de las medidas impugnadas debe ser el punto de partida de su actividad jurisdiccional. La segunda propuesta, por su parte, no es convincente en la medida en que ni resulta obvio que la lógica de la proporcionalidad administrativa sea la que debe regir la revisión procedimental, ni que el Tribunal tenga legitimidad para controlar las dinámicas domésticas de funcionamiento institucional más allá de la fiscalización del respeto a los derechos del Convenio, ni que este tipo control deba actuar cuando el estado tiene margen de apreciación en vez de para modular ese margen.

La propuesta de Spano, en cambio, podría ser más prometedora. Percibir el control procedimental como modulador del margen de apreciación desde un principio normativo de subsidiariedad podría ser una buena forma de canalizar la división del

<sup>36</sup> Popelier, P. y Van De Heyning, C. (2013), cit., 249-260.

<sup>37</sup> Spano, R. (2015), cit., 5. En sentido similar, véase Sáiz Arnaiz, A. (2018), cit., 244.

trabajo en la protección del Convenio, siempre y cuando, claro está, no derive en una rendición al voluntarismo estatal. El principio robusto por el que aboga este jurista podría acabar derivando en un enfoque estatista de la subsidiariedad y, como se explicará más adelante, hay varios aspectos de la jurisprudencia reciente del TEDH que abalarían esta posibilidad.

¿Debemos confiar entonces en el potencial del giro procedimental para canalizar la demanda de subsidiariedad sin provocar un retroceso en el sistema europeo de derechos humanos? El juez Spano es optimista y piensa que este giro no conlleva disminuir el estándar de protección sino que, al contrario, permite aumentarlo al incentivar que las autoridades nacionales cumplan sus obligaciones de garantizar los derechos convencionales. ¿Pero está justificado este optimismo?

Una idea estatista de la subsidiariedad podría poseer un optimismo ambivalente respecto al giro procedimental. Para una visión estatista, la forma de control que el Tribunal ejerció en *SAS* sería acertada porque se respetó la voluntad democrática del estado. Como indicó Estrasburgo, la prohibición del velo integral es una elección de la sociedad francesa. Pero el argumento democrático podría acabar girando en contra de otorgar una prioridad fuerte al criterio nacional. Pensemos, por ejemplo, en el asunto *Lautsi c. Italia*. En este caso el pedigrí democrático de la imposición del crucifijo en las aulas era débil, provenía en parte de reglamentos de la época fascista, no fue discutida en sede parlamentaria y el Tribunal Constitucional no entró a valorar su constitucionalidad. A pesar de ello, muchas voces críticas con la sentencia de la Sala, que había condenado inicialmente a Italia, se quejaron de la falta de legitimidad democrática de Estrasburgo para adoptar esa decisión, que la Gran Sala rectificó convenientemente en 2011<sup>38</sup>. El problema que se le plantea a la concepción estatista de la subsidiariedad es que si este giro solo sirve para constatar el carácter y funcionamiento democrático del estado no supone casi ningún tipo de control. Para evitar este resultado, se podría utilizar la calidad democrática como condicionante. Si los parámetros de legitimidad democrática van acompañados de una teoría más exigente, en la que se evalúa la calidad de la deliberación pública y el nivel de igualdad política de la ciudadanía, tendremos un elemento de control, aunque la prioridad del estado y su margen de apreciación serán más limitados, y la intervención externa podría estar justificada en muchos casos. Pero no solo eso. Como han observado algunos juristas, si para determinar la amplitud del margen de apreciación el Tribunal es exigente con la calidad democrática de la medida estatal estará interfiriendo en asuntos de organización institucional interna que quedan fuera del marco del Convenio<sup>39</sup>. Por tanto, vía el giro procedimental, podríamos estar ampliando las competencias de control de Estrasburgo, otorgándole funciones de fiscalizador general de las democracias europeas, algo que una aproximación estatista no debería ver con buenos ojos.

---

<sup>38</sup> Lautsi y otros c. Italia, STEDH (Gran Sala), de 18 de marzo de 2011.

<sup>39</sup> Popelier, P. y Dan de Heyning, C. (2017), cit., 20; Brems, E. (2014), cit.; Brems, E. (2017), cit.; Kleinlein, T. (2019), cit., 104.

¿Debería compartir el optimismo de Spano una concepción cooperativa de la subsidiariedad? Para dar una respuesta a esta pregunta es necesario valorar si el control procedimental puede contribuir a una interacción entre los actores del sistema del Convenio que, por una parte, favorezca la confiabilidad institucional y, por otra parte, posibilite un avance eficaz en la protección de derechos humanos en la región.

#### *IV.1. Revisión procedimental, responsabilidades cooperativas y división del trabajo*

Como se ha apuntado, la razón más importante para ubicar el criterio nacional en el centro de gravedad de la aplicación del Convenio es la posibilidad de que el estado esté mejor situado que un órgano internacional para adoptar decisiones sobre derechos humanos<sup>40</sup>. El TEDH puede percibir que la valoración de una situación conflictiva requiere un conocimiento profundo de las circunstancias particulares de una determinada sociedad. En ese caso tendrá una razón fuerte para ejercer un nivel de escrutinio menor del balance axiológico alcanzado por el estado. De ahí que la mejor posición de las instituciones internas sea la principal razón para priorizar el criterio nacional desde un principio cooperativo de subsidiariedad. La fuerza de este argumento, sin embargo, está condicionada a la confiabilidad del estado en la protección de los derechos del Convenio, y esta confiabilidad, a su vez, depende en gran medida de que las autoridades nacionales satisfagan las tres responsabilidades cooperativas que he mencionado: imparcialidad, cultura de la justificación y perspectiva convencional. Así, analizar con más detalle estas responsabilidades será útil para encontrar el lugar que debería corresponder al giro procedimental en el futuro del sistema de Estrasburgo.

##### a) La responsabilidad de imparcialidad

Una primera demanda cooperativa que cabe dirigir a los estados dentro del sistema del Convenio es la de su imparcialidad o neutralidad en el momento de interferir en derechos humanos. La imparcialidad, en el sentido básico que aquí me importa, exige a las autoridades nacionales dejar a un lado prejuicios y sesgos hacia ciertos grupos y personas para proteger derechos humanos de la forma más objetiva posible. El cumplimiento de este deber evita que un estado entorpezca la obtención de la finalidad compartida que expresa el propio preámbulo del Convenio de «asegurar la ga-

---

<sup>40</sup> Spielmann, D. (2012). «Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?». Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 14, 381-418. En ámbitos como la valoración de prueba o la ejecución de fallos con medidas de reparación y prevención, este argumento tiene un peso especial porque las decisiones que deben ser adoptadas dependen de factores técnicos, procedimentales y de estructura jurídica que un tribunal internacional no parece en principio el mejor posicionado para dirimir.

rantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal». Asimismo, permite distinguir un criterio razonable pero que puede estar equivocado de una interferencia arbitraria o de mala fe.

La imparcialidad estatal se ve comprometida cuando el estado tiende a privilegiar a un determinado grupo social, adopta doctrinas comprensivas o cede ante la presión de la moralidad dominante. En estas situaciones el estado pierde confiabilidad como garante de derechos humanos y deja de estar mejor situado que un órgano internacional para resolver la conflictividad interna que su falta de imparcialidad pueda comportar. La dimensión positiva de la subsidiariedad cooperativa demandará aquí que Estrasburgo efectúe una fiscalización estricta del contenido de la medida nacional impugnada.

Siguiendo la órbita del argumento de la mejor situación del estado, en su giro procedimental Estrasburgo se ha apoyado en parte en la importancia de la imparcialidad estatal para canalizar el principio de subsidiariedad. El TEDH tiende a priorizar la revisión procedimental sobre el análisis sustantivo, ampliando el margen de apreciación del estado, en medidas de carácter general (que denomina «general measures» o medidas de «social policy»)<sup>41</sup>. En *Animal Defenders*, por ejemplo, el Tribunal define una medida general como «rules which apply to pre-defined situations regardless of the individual facts of each case even if this might result in individual hard cases (...). A general measure is to be distinguished from a prior restraint imposed on an individual act of expression» (§ 106). La asunción del Tribunal es que estas medidas son imparciales en su afectación a derechos humanos porque no muestran ningún sesgo ni prejuicio hacia un determinado grupo social. Así, aunque estas normas generales puedan afectar a unos grupos o individuos más que a otros, no están pensadas para limitar la libertad de los grupos o individuos perjudicados. Un ejemplo tradicional de estas medidas son las leyes seculares que no persiguen objetivos religiosos (normativas escolares, sanitarias, laborales, etc.) pero cuyo efecto puede ser la limitación de la libertad religiosa de ciertos grupos. El TEDH asume en *Animal Defenders* que el estado suele estar mejor situado para valorar la necesidad de estas medidas, y condiciona su proporcionalidad o razonabilidad a dos cuestiones vinculadas a las elecciones legislativas que subyacen a la decisión: 1) la calidad de la revisión parlamentaria y judicial de su necesidad, y 2) el riesgo que puede percibir el estado de abuso o incertidumbre si la medida general se relajara o se sustituyera por una solución caso a caso, lo que incluye también el riesgo de judicialización excesiva, los costes y posibles retrasos (§ 108). De este modo, afirma el Tribunal, «It follows that the more convincing the general justifications for the general measure are, the less importance the Court will attach to its impact in the particular case» (§ 109).

En el asunto *S.A.S.*, el Tribunal asocia su giro procedimental a las medidas de política general. Así, indica: «In matters of general policy, on which opinions within

<sup>41</sup> Sobre estas medidas véanse Kleinlein, T. (2019), cit., 95-97; Cumper, P. y Lewis, T. (2019), cit.; Sáiz Arnaiz, A. (2018), cit., 233-234.

a democratic society may reasonably differ widely, the role of the domestic policy-maker should be given special weight (...). This is the case, in particular, where questions concerning the relationship between State and religions are at stake» (§ 129).

El problema que plantea la doctrina de Estrasburgo sobre las medidas generales es que no podemos presuponer que su carácter general las convierta en medidas imparciales. Más bien al contrario; no es el carácter general si no la efectiva imparcialidad del estado la que puede justificar confiar en su criterio y relajar el análisis sustantivo en favor de una revisión procedimental. Si cabe poner esta imparcialidad en duda, habría razones para invertir la carga de la prueba sobre la necesidad de la medida, de forma análoga a lo previsto en la UE cuando una demanda por discriminación indirecta ha constatado la presencia de un impacto negativo. Cuando la imparcialidad no es clara, el estado debería demostrar fehacientemente la justificación de una medida que limita los derechos convencionales de ciertos grupos o personas.

Desde estas premisas, volvamos al razonamiento en *S.A.S. c. Francia*. El juez Spano defiende que el Tribunal se limitara en este asunto a una revisión procedimental porque se trata de una medida de política general que tiene una larga trayectoria en Francia y ha gozado de un apoyo democrático unánime. ¿Pero bastan estas consideraciones para que esté justificado que Estrasburgo relaje su análisis sustantivo?, ¿cabría decir que el estado francés ha respetado el deber cooperativo de imparcialidad con esta prohibición del velo integral en público?

La línea tan restrictiva que Francia ha seguido respecto a la expresión religiosa en público tiene su anclaje en una opción ideológica de estado que no es neutral frente a su pluralismo interno. La ley 2010-1192, cuestionada en *S.A.S.*, forma parte de una política regulativa con largo recorrido en Francia, y de un laicismo militante bien conocido, que ha despertado muchas polémicas. En esta línea se inscriben la ley anterior, de 2004, que prohibió el uso de símbolos religiosos notorios en las escuelas públicas, y los intentos municipales de impedir el uso de la prenda de baño denominada «burkini» en playas y piscinas. Esta forma de laicismo militante, que desplaza la expresión religiosa al ámbito de lo privado, está lejos de ser una opción imparcial de respetar y proteger el derecho a la libertad religiosa en una sociedad. Aunque el estado francés ha argumentado que estas prohibiciones son necesarias para mantener el pluralismo, la tolerancia y la armonía religiosa en Francia, el propio Tribunal en *S.A.S.* pone tímidamente en duda esta asunción observando: «It is admittedly not for the Court to rule on whether legislation is desirable in such matters. It would, however, emphasise that a State which enters into a legislative process of this kind takes the risk of contributing to the consolidation of the stereotypes which affect certain categories of the population and of encouraging the expression of intolerance, when it has a duty, on the contrary, to promote tolerance».

A pesar de ello, Estrasburgo acepta que el laicismo de estado, concretado en las exigencias de la vida en común que obligan a mostrar el rostro a otros, es una decisión legítima de la sociedad francesa que no vulnera sus compromisos interna-

cionales. Pero esta laxitud es muy peligrosa. Por una parte, tiene un efecto profundo para el ejercicio de la libertad religiosa de las mujeres adultas afectadas, ya que puede llegar a impedirles salir de sus casas. Por otra parte, el hecho de que el TEDH no haya exigido imparcialidad ni argumentos sustantivos más sólidos para justificar este tipo de restricciones, sino que, por contra, haya dado un margen de apreciación amplio a los estados, está contribuyendo al aumento de legislaciones restrictivas y, de ahí, a un retroceso en el nivel de protección del derecho a la libertad religiosa en Europa. Por último, con el giro procedimental en estos casos el Tribunal tiende a ir aumentando la laxitud ante restricciones cada vez más intensas. Esto es lo que ha sucedido con su decisión en 2017 de conceder de nuevo un amplio margen al estado en los asuntos *Dakir c. Belgica* y *Belcacemi y Oussar c. Belgica*, relativos a la prohibición más reciente del velo integral en Bélgica<sup>42</sup>. El estado belga también ha utilizado el argumento de las exigencias de la vida en común para justificar la prohibición, aunque, como bien observa de forma crítica Eva Brems, a diferencia de la regulación francesa, la belga no castiga a quien fuerce a alguien a cubrir su rostro sino que solamente penaliza a quien lo lleva cubierto. Al mismo tiempo, el proceso que ha precedido a la regulación belga ha sido mucho menos elaborado que el francés, sin la intervención de expertos o asesoramiento en derechos humanos y sin discusión en las dos cámaras del parlamento<sup>43</sup>.

Ser estrictos con la exigencia de imparcialidad desde un principio de subsidiariedad cooperativa puede impedir que se caiga en un estatismo que, a la postre, incentive la canalización doméstica de resistencias culturales o ideológicas que menoscaban los derechos de las minorías. La sugerencia de este trabajo es que, en el marco del Convenio, la posible legitimidad democrática de estas normativas debe quedar supeditada a su legitimidad sistémica. Por esta razón, las medidas generales o de política pública solamente deberían dar pie a priorizar un control procedimental como el realizado en S.A.S. cuando su imparcialidad nos permita confiar en que el estado está cumpliendo sus compromisos convencionales<sup>44</sup>. Cuando esto no pueda presuponerse, precisamente el hecho de que estemos ante una medida general que no es sensible a las variaciones del caso particular, debería tener como respuesta un escrutinio sustantivo mucho más estricto en vez de una revisión del carácter democrático del procedimiento<sup>45</sup>. En caso contrario, el sistema del Estrasburgo dejará de servir al objetivo por el que fue creado, que no es otro que corregir las deficiencias de la democracia mayoritaria en detrimento de los derechos de las minorías vulnerables.

<sup>42</sup> *Dakir c. Belgica*, STEDH, de 11 de julio de 2017; *Belcacemi y Oussar c. Belgica*, STEDH, de 11 de julio de 2017.

<sup>43</sup> Brems, E., (2016). «SAS v. France: A Reality Check». *Nottingham Law Journal*, 25, 58-72, 71, 72.

<sup>44</sup> La misma imparcialidad es exigible cuando se trate de una decisión sobre un caso individual. Véase, por ejemplo, las diferencias con el intento de acomodación en *Osmanoglu y Kocabas c. Suiza*, STEDH, de 10 de enero de 2017.

<sup>45</sup> En este caso una «general measure» pasa fácilmente a ser una «blanket ban», el tipo de medidas que han sido tomadas por el Tribunal como normativas peligrosas por constituir prohibiciones muy estrictas.

## b) La responsabilidad de consolidar una cultura de la justificación

La segunda responsabilidad cooperativa que se ha apuntado es la de consolidar una cultura de la justificación, que sujeta a cualquier institución pública (ya sea legislativa, administrativa o judicial) a la exigencia de dar fundamento a sus políticas y medidas desde el objetivo de proteger derechos humanos y fundamentales. En los términos de David Dyzenhaus:

A culture of justification is not only one in which parliamentarians offer political justifications to the electorate for their laws, but is also one in which they offer legal justifications in terms of the values set out in the bill of rights. That is a kind of political justification. But it is more than a justification of why one policy is better than another since it is also a justification of why the policy is consistent with the legally protected rights of those it affects<sup>46</sup>.

En el nivel europeo de la subsidiariedad cooperativa, la división del trabajo en derechos humanos exigiría consolidar esta cultura en dos dimensiones: una dimensión pasiva, en la que las autoridades nacionales se comprometen a justificar que su programa de gobierno no es incompatible con los derechos humanos, y una dimensión activa, en la que las autoridades se comprometen a justificar que sus políticas públicas e instrumentos jurídicos contribuyen a mejorar estos derechos.

Estrasburgo puede apreciar la presencia de una buena cultura de la justificación examinando la calidad deliberativa del proceso que ha precedido a la medida impugnada, que es a lo que se dirige la principal dinámica de razonamiento del giro procedimental. Utilizando los términos de Roberto Gargarella, la calidad deliberativa depende del grado de amplitud y profundidad del debate interno previo a la decisión del estado<sup>47</sup>. En cuanto a la amplitud, esta calidad se produce cuando las autoridades nacionales, tanto en la fase de creación normativa como a lo largo de proceso judicial, han escuchado e incorporado las voces y los intereses de todos los afectados. Esta inclusión contribuye a la imparcialidad del proceso y evita el voluntarismo estatal. Volviendo al asunto *Koch*, aun cuando se trate de un caso de proceduralización de derechos sustantivos, también ejemplifica una condena de Estrasburgo por un defecto de inclusión, al negarse los tribunales alemanes a valorar los méritos de la queja del demandante contra la denegación del medicamento. Respecto a la profundidad del debate interno, la calidad deliberativa requiere que se hayan ponderado de buena fe todas las razones en juego, con un examen a fondo de proporcionalidad. Como se ha indicado, *Animal Defenders* y *Hirst* son ejemplos paradigmáticos de este examen de profundidad deliberativa, el primero, para el Tribunal, un caso de profundidad

<sup>46</sup> Dyzenhaus, D. (2015). «What is a 'Democratic Culture of Justification'?», en Hunt, M., Cooper, H. y Yowell, P. (eds.). *Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit*, Oxford: Hart Publishing, 425-446, 425.

<sup>47</sup> Gargarella, R. (2016). «Tribunales internacionales y democracia: enfoques deferentes o de interferencia». *Revista Latinoamericana de derecho internacional*, 4.

argumentativa excepcional (§ 114), y el segundo, en cambio, un caso sin ninguna muestra de debate sustantivo por parte de las autoridades nacionales (§ 79).

Una alta calidad deliberativa contribuye sin duda a la confiabilidad de las instituciones domésticas y podría justificar en ciertos casos la ampliación del margen de apreciación estatal. Ahora bien, una primera cuestión es cuándo estamos ante un supuesto de alta calidad deliberativa. En el asunto *Animal Defenders*, por ejemplo, algunos comentaristas han insistido en que el Tribunal demandó muy poco de las autoridades nacionales en términos de profundidad de razonamiento<sup>48</sup>. Se ha criticado en este sentido que Estrasburgo se excedió al alabar la calidad deliberativa del proceso interno y utilizar ese argumento para ampliar el margen de apreciación, teniendo en cuenta, por una parte, que la prohibición constituía una restricción importante a la libertad de expresión y, por otra parte, que había dos precedentes contrarios, los asuntos *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (n. 2) c. Suiza*, de 2009, y *TV Vestv Rogaland y Pensioners Party c. Noruega*, de 2008. En el primero también se trataba de una asociación animalista con un anuncio contra la industria cárnica y el segundo era un anuncio de propaganda de un pequeño partido de pensionistas. En ambos casos, el Tribunal consideró que, si bien la prohibición de anuncios de carácter político para evitar el desequilibrio entre grupos en función de su poder financiero no atenta por sí misma contra el art. 10 del Convenio, los estados denunciados no habían mostrado que estas prohibiciones particulares eran necesarias y proporcionadas en una sociedad democrática. En *Animal Defenders*, en cambio, el Tribunal se inclina por el control procedimental sin exigir al estado justificar ningún resultado sustantivo concreto respecto a la necesidad de la prohibición ni demandarle una mayor atención a las particularidades del caso. Además, al tratarse de un fallo obtenido con mayoría muy ajustada (nueve votos contra ocho), la opinión de los jueces sobre la calidad deliberativa del proceso nacional se encuentra dividida. En los votos disidentes se objeta que las autoridades internas no valoraron si había opciones menos restrictivas que pudieran haber sido aplicadas sin arbitrariedad. También objetan que no examinaron con detalle el impacto particular de la prohibición, dirigida a evitar la desigualdad en el discurso político en función de la capacidad económica, para los grupos de causa social y sin poder financiero<sup>49</sup>. Ello puede poner en duda que incluso *Animal Defenders*, usado siempre como ejemplo en la promoción del giro procedimental, sea un caso de clara calidad deliberativa.

Más problemático resulta en este sentido el proceso interno en el asunto *S.A.S.* Aunque sea cierto, como indica el propio Tribunal, que la medida impugnada fue el fruto de un largo proceso de debate político, este debate siempre estuvo sesgado por la opción ideológica de la mayoría democrática. Tampoco se aseguró la amplitud

<sup>48</sup> Popelier, P. (2019). «Procedural Rationality Review after Animal Defenders International: A Constructively Critical Approach». *European Constitutional Law Review*, 15 (2), 272-293.

<sup>49</sup> Popelier, P. (2019), cit.; Cumper, P. y Lewis, T. (2019), cit. Cumper, P. y Lewis, T. (2019), cit. 23.

deliberativa, pues durante el proceso no se buscó en ningún momento escuchar la voz de las mujeres afectadas ni incorporar su perspectiva en el debate<sup>50</sup>. Al mismo tiempo, el Consejo Constitucional declaró que la normativa no era inconstitucional, excepto para los lugares públicos de culto, pero con una parca argumentación, y sin hacer balance con los derechos humanos en juego. De esta suerte, todo apunta a que el proceso de gestación de la ley francesa está lejos de ser un caso claro de buena calidad deliberativa, incluso habiendo recibido unanimidad política. La exigencia de ver el rostro del otro como condición de la vida en común, que sería una simple imposición moralista si no encontrara asidero en las causas objetivas que justifican la restricción de los derechos reconocidos en los artículos 8 y 9 del Convenio, con el giro procedimental pasa, sin apenas argumentos, a ser un caso en el que se afectan los derechos y libertades de los demás, la única causa objetiva que podía justificar la prohibición del velo integral una vez descartados el orden público y la igualdad de género.

Por ello cabe plantearse si una fórmula de control procedimental como la de *S.A.S c. Francia* es aceptable en términos de legitimidad sistémica o si, por el contrario, supone más bien una rendición de Estrasburgo al voluntarismo estatal. Spano ha defendido el razonamiento de la Gran Sala en este asunto como un ejemplo de revisión procedimental basada en la subsidiariedad y que promueve «a constructive conversation with the national authorities»<sup>51</sup>. Este juez observa que, para el Tribunal, cuando está en juego un derecho balanceable, el respaldo democrático a la medida, su carácter de política general y la mejor situación de las autoridades nacionales son tres elementos que justifican un amplio margen de apreciación al estado en aras de la subsidiariedad. Pero el fallo en *S.A.S.* ha sido muy cuestionado, más incluso que su jurisprudencia anterior sobre el velo islámico. Como se ha indicado, en este asunto la Gran Sala reconoce que los argumentos que anteriormente había aceptado para justificar las restricciones nacionales al uso de velos religiosos no eran sólidos. Pero con este giro procedimental ya no considera necesario que se ofrezca una razón sustantiva de peso para justificar que la prohibición del velo integral es necesaria en una sociedad democrática. En una restricción a la libertad todavía más intensa que las anteriores, el Tribunal asume que el laicismo de estado y un indefinido derecho de los otros a preservar las condiciones para la vida en común bastan para justificar esa necesidad.

Por esta razón, si nos tomamos en serio el deber de mantener una cultura de la justificación, el giro procedimental de Estrasburgo debería contemplarse con precauciones. De un lado, sin una doctrina clara en torno a qué elementos del procedimiento doméstico deben considerarse relevantes, en qué medida deben darse y qué cuenta como un buen debate interno, el giro procedimental puede generar mucha

<sup>50</sup> Brems, E., (2016), cit.

<sup>51</sup> Spano, R. (2015), cit., 6.

inseguridad y dobles estándares<sup>52</sup>. De otro lado, la revisión procedimental puede funcionar bien en casos obvios de buena o mala calidad deliberativa, pero resultará débil en los supuestos intermedios, que pueden ser una gran parte de los asuntos que llegan a Estrasburgo.

c) La responsabilidad de adoptar una perspectiva convencional

Esta tercera responsabilidad cooperativa condiciona la mejor posición del estado a que las autoridades nacionales sean capaces de adoptar una perspectiva externa en su actividad institucional cotidiana, el punto de vista del Convenio, podríamos decir, y ejercer la autorregulación convencional. Además de la trascendencia que esta autorregulación pueda poseer para prevenir la avalancha de asuntos sometidos al TEDH, en la idea de subsidiariedad que se está manejando la perspectiva del Convenio no es patrimonio de Estrasburgo sino una perspectiva que comparten todos los actores que cooperan para la efectividad del sistema europeo. Los estados, observa Jean-Marc Sauvé, requieren poseer un punto de vista doble: «national characteristics and traditions, and also European standards and consensus»<sup>53</sup>. Esta dualidad es exigible tanto al parlamento como a los órganos ejecutivos y al aparato judicial, y se muestra, por ejemplo, en la disponibilidad hacia el control externo para corregir déficits del mayoritarismo democrático, en el interés por recabar asesoramiento de comités y organismos expertos en derechos humanos y, como observa Spano, en no usar argumentos *ad hoc* o *ex post facto* para defender la posición del estado en sede internacional<sup>54</sup>. Centrándonos ahora en los tribunales domésticos, junto con la importancia de usar la jurisprudencia de Estrasburgo como recurso interpretativo, esta responsabilidad puede concretarse en la presencia de un control de convencionalidad de la actividad reguladora, al menos como deber de resultado (que deje en manos del estado, en función de sus tradiciones jurídicas y estructuración interna, la decisión sobre los medios para llevarlo a cabo). Estas exigencias las encontramos claramente en los asuntos *Fabris* o *Hirst*, pongamos por caso, donde el Tribunal reclamaba una perspectiva convencional al juez interno. También son las que utiliza Estrasburgo en el asunto *Von Hannover (n. 2)* en favor del estado y, en general, en muchos otros casos donde hay un conflicto entre derechos convencionales<sup>55</sup>.

Cuando va unida a la imparcialidad estatal y a una cultura de la justificación, el cumplimiento de la responsabilidad de adoptar una perspectiva convencional permite a las autoridades nacionales cooperar adecuadamente para la eficacia del Convenio y, por tanto, contribuye a su confiabilidad como garantes primarios. Pero el Tribunal debe ser riguroso con los estados en la satisfacción de este deber. Si regresamos de

---

<sup>52</sup> Cumper, P. y Lewis, T. (2019), cit., 18-24.

<sup>53</sup> Sauvé, J.M. (2015), cit., 25.

<sup>54</sup> Spano, R. (2015), cit., 7.

<sup>55</sup> Cumper, P. y Lewis, T. (2019), cit., 10.

nuevo al asunto *S.A.S*, Estrasburgo ha sido poco exigente en su giro procedimental con las deficiencias de la decisión francesa en este aspecto. Para resaltar algunas: el legislativo francés no recabó ninguna información empírica sobre los efectos, en términos de derechos humanos, que la prohibición pudiera acarrear; tampoco atendió las opiniones de su Comisión nacional consultiva de derechos humanos ni la del Consejo de Estado, las dos contrarias a una prohibición total del velo integral. Por último, el estado francés desoyó todas las opiniones claramente contrarias a la prohibición, y preocupadas por su impacto en las mujeres afectadas, que vertieron muchos organismos e instituciones de derechos humanos, entre ellos el propio comisionado de derechos humanos del Consejo de Europa<sup>56</sup>. Es verdad que en este asunto no podría decirse que las autoridades nacionales dejaron de lado la jurisprudencia de Estrasburgo. Pero, como ya se ha observado, su jurisprudencia en simbología religiosa ha sido tan deferente hacia el criterio nacional que difícilmente puede orientar sobre un estándar mínimo de protección de la libertad religiosa más allá de la voluntad de las instituciones internas.

En suma, la sugerencia de este trabajo es que la legitimidad del giro procedimental debe estar asociada al argumento de la mejor situación del estado, y que el peso de este argumento, a su vez, está condicionado a que las autoridades internas satisfagan las tres responsabilidades cooperativas. Si se dan estas condiciones, la revisión procedimental podría ser una buena opción para canalizar el principio de subsidiariedad. Ahora bien, cabría decir que el lugar que debería ocupar es más bien como complemento que como sustitución del balance de razones sustantivas que Estrasburgo tiene la función de emprender ante una denuncia de violación de derechos convencionales. De este modo, la valoración de la calidad deliberativa interna no sería algo previo o independiente del examen de proporcionalidad que deba reemplazarlo si el Estado posee un buen registro en este aspecto. Tampoco debería verse como un factor determinante para ampliar el margen de apreciación del estado, sino como un factor más que debe ser considerado para justificar un examen sustantivo más flexible o superficial. En la última sección se ofrecerán algunas razones para justificar este juicio.

## V. EL GIRO PROCEDIMENTAL Y LAS CONSIDERACIONES SISTÉMICAS

Además de los problemas que se han comentado acerca del nivel de calidad deliberativa exigible para que la revisión procedimental pueda justificar una ampliación del margen de apreciación, hay otras cuestiones que deben ser consideradas desde la lógica de la subsidiariedad cooperativa para determinar el lugar del giro procedimental en el razonamiento de Estrasburgo.

Respecto del alcance que cabe otorgar al giro procedimental, el examen de calidad deliberativa tiene poco sentido para derechos convencionales resistentes al balan-

<sup>56</sup> Brems, E., (2016), cit.

ce con otras consideraciones. Cuando, por ejemplo, las protecciones internas contra la tortura (art. 3) o la esclavitud (art. 4.1) han fallado, la idea de legitimidad como compromiso es suficiente para justificar la intervención de Estrasburgo. Algo similar podría decirse en casos de interferencia muy intensa en los derechos convencionales. Estos casos mostrarán también déficits de calidad deliberativa y perspectiva convencional que justifican una valoración independiente de proporcionalidad<sup>57</sup>.

Otra cuestión que cabe tener presente es que el aspecto procedimental del caso particular no puede ser el único factor relevante para un principio de subsidiariedad. Hay consideraciones sistémicas que el examen de Estrasburgo también debe incorporar. Una primera consideración es la importancia de atender al nivel general de protección que el estado ofrece al derecho afectado. Dado que el sistema del Convenio persigue ir mejorando la eficacia protectora a partir de la división del trabajo, si este nivel es alto en términos globales y la afectación puntual al derecho no es muy intensa, el Tribunal tiene una razón para confiar en el criterio del estado y respetar sus tiempos, especialmente si se observa una línea de progreso garantista. Por el contrario, si el nivel general es bajo y no hay muestras de evolución al respeto, Estrasburgo tendría que reforzar su rol supervisor incluso si la medida particular no tuviera especiales problemas deliberativos. En este sentido, más allá del caso particular y del debate interno que lo ha rodeado, la posición institucional y las prácticas previas también marcan una diferencia en la confiabilidad del estado.

Otras dos consideraciones están vinculadas al hecho de que el sistema europeo es una estructura de cooperación para el avance colectivo en derechos humanos. Por esta razón, cuando se está pensando en la legitimidad sistémica de esta estructura, no basta con poner el foco en la interacción bilateral entre cada estado y el Tribunal. Del mismo modo, deben incorporarse consideraciones globales que involucran al conjunto de actores. La legitimidad del giro procedimental, entonces, no depende únicamente de si cabe dar más prioridad a la forma en que el estado llegó a la medida impugnada que a su proporcionalidad sustantiva, también es importante incluir en este juicio razones generales acerca del funcionamiento óptimo de sistema europeo de derechos humanos. La primera es la evolución del consenso europeo en la materia. Aunque la importancia del consenso entre estados suele ser defendida desde una subsidiariedad estatista reticente a priorizar el criterio de Estrasburgo, también adquiere relevancia, bajo ciertas condiciones, para un principio cooperativo de subsidiariedad que percibe el Convenio como un instrumento vivo. Podríamos decir que, en este aspecto, el Tribunal tiene una función o responsabilidad doble. Por una parte, en una lógica «abajo-arriba», le corresponde reflejar la formación de lo que cabría denominar «consensos de mejora» entre los estados, esto es, incorporar una interpretación evolutiva del convenio en términos sociológicos y comparativos

---

<sup>57</sup> Al mismo tiempo, y dado que Estrasburgo no actúa como una cuarta instancia, la poca calidad deliberativa del debate interno no tiene que cerrar la puerta a que el Tribunal, por razones sustantivas, pueda concluir que no ha habido violación del Convenio.

cuando ello implique un aumento del estándar de protección<sup>58</sup>. Por otra parte, desde una lógica «arriba-abajo»<sup>59</sup>, el TEDH tiene la función de impulsar la consolidación de nuevos consensos de mejora. Aquí el Tribunal debería percibir la dinámica evolutiva, no como una cuestión sociológica, sino como una exigencia normativa dirigida a un conjunto de instituciones que coopera en la protección de derechos humanos. Un incrementalismo paulatino que combine la mejora sustantiva con una garantía razonable de la seguridad jurídica podría contemplarse como una de las responsabilidades de Estrasburgo en tanto actor del sistema que, a diferencia de los estados, posee esencialmente una perspectiva convencional. Por ello, cuando se va logrando asentar este progreso en el mínimo de protección de un derecho (ejemplos claros los tenemos en los derechos de las personas homosexuales y transexuales), que una medida menos protectora sea el fruto de un proceso interno con calidad deliberativa es un argumento débil para priorizar el criterio del estado, a no ser, claro está, que el estado muestre que la regulación nacional es proporcionada en función de circunstancias locales muy específicas. En este sentido, el consenso de mejora y el incrementalismo pueden contemplarse como instrumentos de presión legítima por parte del resto de estados y actores del sistema del Convenio, una presión que va aumentando gradualmente para facilitar el progreso colectivo hacia un objetivo común.

El tercer factor es la necesidad de coherencia y doctrina general en la jurisprudencia de Estrasburgo. Si bien el principio de subsidiariedad y el argumento de la mejor situación del estado piden tener en cuenta el contexto jurídico y social de la medida impugnada, dando pie a la posibilidad de que casos similares puedan tener respuestas diferentes dentro del marco europeo, el peligro del giro procedimental es el enfoque excesivo en el caso particular. El abuso en este giro podría conducir al Tribunal a carecer de doctrinas sustantivas que asienten el estándar mínimo de protección de los derechos convencionales en los que se priorice la revisión procedimental.<sup>60</sup> Si Estrasburgo se limita a exigir a cada estado una buena deliberación interna pero ningún resultado de contenido en particular, podría dejar de tener incluso un cuerpo jurisprudencial sustantivo que oriente a los estados en su cumplimiento del deber de adoptar una perspectiva convencional. Como se ha indicado, la eficacia del sistema depende en gran parte de la autorregulación convencional, y Estrasburgo contribuye a esta finalidad cuando la producción de doctrina es tan importante

<sup>58</sup> La subsidiariedad cooperativa no podría admitir, en cambio, que se tenga en cuenta el nivel del consenso entre estados para disminuir el estándar regional de protección porque entonces estaríamos ante una cooperación que no sirve a los objetivos axiológicos del sistema del Convenio. Cfr. Dzehtsiarou, K. (2015). *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, cap. 5. Sobre la idea de que la evolución del consenso europeo no tiene por qué conllevar un avance en la protección de los derechos convencionales véase, también, Brauch (2005: 146).

<sup>59</sup> Utilizo aquí la nomenclatura de Kleinlein, T. (2019), cit., 107-108.

<sup>60</sup> A generar este cuerpo sustantivo tan necesario también puede contribuir el procedimiento de opinión consultiva previsto en el Protocolo 16 al Convenio.

como la búsqueda de soluciones particulares razonables.<sup>61</sup> A la vez, la producción de doctrina europea es una parte central de la actividad jurisdiccional de Estrasburgo por ser el órgano mejor posicionado para tener la aproximación más generalista en la aplicación del Convenio.

En conclusión, el control de racionalidad procedimental debería tomarse como un recurso complementario en el razonamiento de Estrasburgo, en un balance constante con otras razones sustantivas y sistémicas. Si se valora este tipo de control desde un principio de subsidiariedad cooperativo y nos preocupa la legitimidad sistémica, al Tribunal le corresponde utilizar este recurso con cautela, teniendo presente que, para servir a los objetivos del sistema del Convenio, es necesario evitar que acabe siendo una forma de deferencia que contribuya al retroceso de los derechos humanos en Europa.

**Title**

The Procedural Rationality Review as a Form of Deference? Process and Content in the Recent Case Law of the European Court of Human Rights.

**Summary:**

I. INTRODUCTION II. THE PROCEDURAL TURN IN THE STRASBOURG CASE LAW. III. LEGITIMACY AND SUBSIDIARITY: III.1. Statist subsidiarity and cooperative subsidiarity. IV. THE PROCEDURAL RATIONALITY CONTROL AND COOPERATIVE SUBSIDIARITY: IV.1. Procedural review, cooperative responsibilities, and division of labour: a) The responsibility of impartiality. b) The responsibility of consolidating a culture of justification. c) The responsibility of adopting a conventional perspective. V. THE PROCEDURAL TURN AND SYSTEMIC CONSIDERATIONS.

**Resumen:**

Este trabajo examina el giro procedimental que está dando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tras las demandas de que Estrasburgo ejerza su función jurisdiccional desde un principio más robusto de subsidiariedad. Una vez caracterizadas las diversas dinámicas del

---

<sup>61</sup> Véanse McHarg, A. (1999). «Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights». *The Modern Law Review*, 62, 671-696; Greer, S. (2003). «Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights». *Oxford Journal of Legal Studies*, 23 (3), 405-433, 413.

control de racionalidad procedimental, se distinguen dos concepciones del principio de subsidiariedad, la estatista y la cooperativa, y se mantiene que son las exigencias de subsidiariedad cooperativa las que debemos usar para juzgar si el giro procedimental supone una buena noticia para los derechos humanos en Europa. Se defiende que el control procedimental puede contribuir a la legitimidad y eficacia del sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos siempre que sirva para fiscalizar el cumplimiento de tres responsabilidades cooperativas de los estados: imparcialidad, cultura de la justificación y perspectiva convencional. También se aportan algunas consideraciones sistémicas para concluir que la revisión procedimental debería ocupar un lugar complementario en la aplicación del Convenio.

**Abstract:**

The paper examines the procedural turn of the Strasbourg case law in response to the claim that the European Court of Human Rights should have a more subsidiary role in the exercise of its function. After outlining the varied dynamics of the procedural rationality control, I distinguish two conceptions of the subsidiarity principle, the statist and the cooperative conception, and I argue that we should focus on the demands of cooperative subsidiarity to assess whether the procedural turn is good news for human rights in Europe. The article's main claim is that such procedural control may contribute to the legitimacy and efficacy of the system of the European Convention on Human Rights insofar as it proves to be useful to ensure compliance with three member states cooperative responsibilities: impartiality, culture of justification and conventional perspective. At the same time, I argue that some systemic considerations allow us to conclude that the procedural review should only have a complementary place in the application of the Convention.

**Palabras clave:**

Racionalidad procedimental; legitimidad; subsidiariedad cooperativa; cultura de la justificación

**Keywords:**

Procedural rationality; legitimacy; cooperative subsidiarity; culture of justification.