

DEFERENCIA Y TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

DEFERENCE AND INTERNATIONAL COURTS OF HUMAN RIGHTS

Marisa Iglesias Vila*

Profesora Titular de Filosofía del Derecho
Universitat Pompeu Fabra

RESUMEN: Este trabajo desarrolla una propuesta acerca de los criterios que debería acoger un tribunal internacional de derechos humanos para valorar qué grado de deferencia cabe otorgar al estado en la aplicación de un convenio regional de derechos humanos. Para ello se sugiere, en primer lugar, que el funcionamiento de una estructura internacional de protección de derechos debe regirse por criterios de legitimidad sistémica en vez de basarse en parámetros de legitimidad democrática o de compromiso. En segundo lugar, se defiende una concepción cooperativa del principio de subsidiariedad, la cual justifica la deferencia a las autoridades nacionales cuando éstas se hallen mejor situadas para adoptar una decisión sobre derechos humanos, pero, al mismo tiempo, condiciona la mejor situación del estado al cumplimiento de tres responsabilidades cooperativas: imparcialidad, cultura de la justificación y perspectiva convencional. Por último, se aplica esta concepción de la subsidiariedad para valorar críticamente dos sentencias en sede internacional, la primera, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto S.A.S. c. Francia, la segunda, la sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el caso Gelman *vs.* Uruguay.

PALABRAS CLAVE: tribunales internacionales de derechos humanos; deferencia; legitimidad sistémica; subsidiariedad cooperativa; cultura de la justificación

* Miembro del BIAP (Barcelona Institute of Analytic Philosophy), Unidad de excelencia “María de Maeztu” (2023–2027). Este trabajo ha sido realizado gracias a la ayuda CEX2021-001169-M, financiada por MCIN/AEI/10.13039/501100011033, y al proyecto de investigación PID2020-115041GB-I00/AEI/10.13039/501100011033. Agradezco los comentarios y sugerencias de las personas organizadoras y participantes del XIX Seminario de Teoría y Método (Universitat de València, 25-26 de mayo de 2023).

ABSTRACT: This work focuses on the criteria that an international court of human rights should adopt to assess the degree of deference to be granted to the state in the application of a regional convention of human rights. It is suggested, first of all, that the functioning of an international structure for the protection of rights should be governed by criteria of systemic legitimacy instead of being based on parameters of democratic legitimacy or contractual legitimacy. Secondly, a cooperative conception of the principle of subsidiarity is defended, which justifies deference to national authorities when they are better placed than an international organ to adopt a decision on human rights, but, at the same time, conditions the better situation of the state to the fulfillment of three cooperative responsibilities: impartiality, culture of justification and convention perspective. Finally, this conception of subsidiarity is applied to critically evaluate two contested holdings at international level, the first, the ruling of the European Court of Human Rights in *S.A.S. v. France*, the second, the ruling of the Inter-American Court of Human Rights in the case of *Gelman vs. Uruguay*.

KEYWORDS: International Courts of Human Rights; Deference; Systemic Legitimacy; Cooperative Subsidiarity; Culture of Justification

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA IDEA DE LEGITIMIDAD Y LAS DIMENSIONES DE LA LEGITIMIDAD INSTITUCIONAL: 2.1. Legitimidad democrática; 2.2. Legitimidad de compromiso; 2.3. Legitimidad sistémica.— 3. DOS APROXIMACIONES A LA DEFERENCIA DEBIDA: SUBSIDIARIEDAD ESTATISTA Y SUBSIDIARIEDAD COOPERATIVA.— 4. DEFERENCIA AL CRITERIO NACIONAL Y RESPONSABILIDADES COOPERATIVAS DE LOS ESTADOS: 4.1. La responsabilidad de imparcialidad; 4.2. La responsabilidad de consolidar una cultura de la justificación; 4.3. La responsabilidad de adoptar una perspectiva convencional.— 5. *S.A.S. C. FRANCIA*.— 6. *GELMAN VS. URUGUAY*.— BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Los tribunales regionales de protección de los derechos humanos están viviendo una época de presión que afecta al futuro de su función jurisdiccional. Cada vez son más frecuentes las reivindicaciones de que estos tribunales deben ir aumentando la deferencia hacia el criterio nacional para mantener su legitimidad en tanto organismos internacionales.

En el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos (*CEDH* o *el Convenio*), la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*TEDH* o *Estrasburgo*) ya reconoce la posibilidad de esta deferencia a través de su conocida doctrina del margen de apreciación nacional, aunque tradicionalmente la ha usado como un principio secundario y aplicado de forma acotada.¹ Pero en Europa las demandas de

¹ Como es bien sabido, la doctrina del margen de apreciación estatal es una creación jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo que ha utilizado para justificar cierta deferencia al criterio nacional en el momento de juzgar las demandas de violación del Convenio. Ya en el asunto *Handyside c. Reino Unido*, STEDH, de 7 de diciembre de 1976, el Tribunal justificó este margen indicando que, en ámbitos tan sensibles como la moralidad o la religión, no hay consenso entre los estados en las formas de regulación

deferencia han ido más allá en los últimos años. Desde las conferencias intergubernamentales sobre el futuro del TEDH de Interlaken (2010), Izmir (2011) y Brighton (2012), hasta la realizada en Copenhague en 2018, las reivindicaciones de deferencia planteadas a Estrasburgo han abogado por reforzar su rol de órgano subsidiario en la protección de los derechos convencionales en Europa. Esta reclamación de subsidiariedad no se refiere, sin embargo, a la obvia subsidiariedad procedimental y cronológica en el ejercicio de su función supervisora sino a una subsidiariedad normativa, que suele definirse como la exigencia general de otorgar una prioridad derrotable al criterio estatal en la aplicación del Convenio (FØLLESDAL, 2016: 148).

Algunos especialistas han afirmado, entre ellos el anterior presidente del TEDH, Robert SPANO (2018: 485-486), que la nueva mención a la subsidiariedad y al margen de apreciación estatal en el preámbulo del CEDH (tras la ratificación del Protocolo 15) debe contemplarse como una apuesta por aumentar el protagonismo de los estados como responsables primarios en la protección de los derechos humanos². Este mayor protagonismo ha sido reclamado por aquellos estados que se han sentido molestos con algunas sentencias condenatorias del TEDH. Pensemos en los asuntos *Hirst c. Reino Unido (n. 2)* y *Anchugov y Gladkov c. Rusia*, por ejemplo, donde se valoraba la prohibición del voto a los reclusos, o en la reacción crítica que generó la sentencia de la Sala en el asunto *Lautsi c. Italia*, por la imposición del crucifijo en las aulas. En todos estos asuntos los estados implicados han percibido las condenas como invasiones ilegítimas en su autonomía y tradiciones.³ Asimismo, y de forma aún más notoria, cabe conectar la necesidad de un mayor protagonismo nacional en la protección de derechos con el número ingente de demandas que están en estos momentos pendientes de algún pronunciamiento en Estrasburgo (71.450, a fecha 30 de noviembre de 2023). Estas cifras pueden aconsejar que el TEDH, en aras de disminuir el número de denuncias en sede internacional, se concentre menos en la consolidación sustantiva de derechos en el nivel doméstico y más en asegurar una mayor diligencia de las autoridades nacionales en la garantía interna de los derechos humanos (SPANNO, 2018: 485).

En el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (*CADH*, la *Convención* o *Pacto de San José*) también se está viviendo lo que podríamos entender

y las autoridades nacionales, al estar en contacto con las fuerzas vitales de su país, suelen estar mejor situadas para conocer su coyuntura social y valorar situaciones conflictivas.

² El nuevo preámbulo del CEDH reza: “las Altas Partes Contratantes, de conformidad con el principio de subsidiariedad, tienen la responsabilidad principal de garantizar los derechos y libertades definidos en el presente Convenio y sus Protocolos, y que al hacerlo disfrutaron de un margen de apreciación, bajo el control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. El preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene una referencia más indeterminada a que la protección internacional es de “naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

³ *Hirst c. Reino Unido (n. 2)*, STEDH (Gran Sala), de 6 de octubre de 2005, ECLI:CE:ECHR:2003:0708DEC007402501; *Anchugov y Gladkov c. Rusia*, STEDH, de 4 de julio de 2013, ECLI:CE:EC HR:2013:0704JUD001115704; *Lautsi c. Italia*, STEDH, de 3 de noviembre de 2009, ECLI:CE:EC HR:2009:1103JUD003081406.

como una explosión de las reivindicaciones de deferencia hacia el criterio nacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Corte IDH*) es un tribunal que quizá ha sido criticado con más ahínco que el TEDH por su carácter intervencionista y propensión al maximalismo (CONTESSÉ, 2016; GARGARELLA, 2016a; ORUNESU, 2020)⁴. Este tribunal tiende a efectuar valoraciones autónomas de convencionalidad sin deferencia explícita al criterio nacional, y no ha articulado ninguna doctrina del margen de apreciación. La explicación de su rechazo general a la deferencia hacia las autoridades domésticas se ha conectado con la historia política convulsa de la región. La Corte IDH y los órganos del sistema interamericano de derechos humanos se han arrogado una función de protectores fuertes de derechos humanos frente a las violaciones masivas producidas desde regímenes totalitarios o democracias poco estables⁵.

Este rechazo a la deferencia por parte de la Corte IDH ha generado importantes reacciones tanto académicas como judiciales y gubernamentales. En la academia, Jorge CONTESSÉ (2016: 145), por ejemplo, ha insistido en que los casos de violaciones masivas de derechos en contextos de dictadura van siendo sustituidos por asuntos relativos a violaciones más cotidianas que se producen en el seno de sistemas democráticos estables. Por esta razón, defiende que la Corte IDH debería replantear su lógica de razonamiento en tanto tribunal internacional y adoptar el principio de subsidiariedad y, como corolario, la doctrina europea del margen de apreciación nacional. En su opinión, este estándar es un instrumento adecuado para obtener una Corte más deferente con el criterio de las autoridades nacionales cuando hay discrepancia entre niveles, deferencia que estaría justificada, dado el nuevo contexto político, por razones de legitimidad democrática.

En lo que afecta a la respuesta judicial, seguramente la reacción más conocida sea la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina de 2017 en

⁴ También son conocidas las críticas que la Corte IDH ha recibido por sus exigencias sobre cómo debe proceder el control de convencionalidad interno desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154). Aquí, la Corte IDH indica que este control debe realizarse de oficio por cualquier autoridad pública, tomando en cuenta no solo la CADH sino también su jurisprudencia y otros tratados internacionales, y que este control puede requerir la supresión de normas internas o su reinterpretación. Estas críticas obligaron a la Corte IDH a matizar sus exigencias indicando que los órganos del poder judicial deben realizar ese control de convencionalidad en el marco de sus competencias y regulación procesal interna.

⁵ Analizando el alcance que la Corte IDH ha dado al margen de apreciación en su jurisprudencia, Francisco BARBOSA ("El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática, en Manuel NÚÑEZ POBLETE y Paola ACOSTA ALVARADO (coord.), *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones Regionales y Nacionales*, UNAM, México, 2012, pp. 51-75), por ejemplo, vincula la justificación del margen de apreciación a la presencia de un estado de Derecho sólido y una democracia profunda y estable. Antonio Augusto CANÇADO TRINDADE (*El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, p. 389), antiguo presidente de la Corte IDH, ha puesto en duda que los estados miembros del sistema interamericano cumplan con las condiciones de democracia, estado de Derecho e independencia del poder judicial que podrían justificar la incorporación de una doctrina del margen de apreciación.

el caso *Fontevicchia*⁶. La CSJN rechazó el requerimiento de la Corte IDH de dejar sin efecto la condena civil a unos periodistas apoyándose, entre otros argumentos, en el principio de subsidiariedad y el margen de apreciación nacional, y alegó, por una parte, la falta de competencia de un tribunal internacional para efectuar tal requerimiento y, por otra parte, la imposibilidad de cumplimiento dados los principios constitucionales del estado argentino que reconocen a la CSJN como autoridad judicial suprema.

A estas reacciones se ha sumado en 2019 la Declaración conjunta que han dirigido a la Corte IDH los estados de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay, donde acuden al principio de subsidiariedad, el margen de apreciación nacional y la aplicación estricta de las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos para reclamar de la Corte IDH el respecto al “legítimo espacio de autonomía del que disponen los Estados para asegurar a todas las personas sometidas a su jurisdicción, a través de sus propios procesos democráticos, los derechos y garantías consagrados en la Convención de conformidad a sus ordenamientos constitucionales”⁷.

Tanto el TEDH como la Corte IDH, entonces, están sufriendo presión para ser órganos más deferentes con el criterio nacional en la protección de derechos humanos. ¿Pero realmente están justificadas tales demandas?, ¿deberían estos tribunales aumentar su nivel de autorrestricción frente a las denuncias de violación?

En este trabajo me preguntaré hasta qué punto y de qué forma puede estar justificado que un tribunal internacional de derechos humanos sea deferente hacia el criterio nacional para asegurar su legitimidad como actor institucional en un convenio regional de derechos humanos. Empezaré desarrollando algunas consideraciones sobre la idea de legitimidad y sus posibles dimensiones para determinar de qué deberíamos estar hablando cuando condicionamos la legitimidad del tribunal internacional de derechos humanos a la deferencia hacia las autoridades nacionales. A partir de aquí sugeriré que enfrentemos esta cuestión desde una concepción que denomino “cooperativa” de la subsidiariedad. Como explicaré, a diferencia de una

⁶ Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “*Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de la SCJN, 14 de febrero de 2017, CSJ 368/1998 (34-M)/CS1. En *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina* (Corte IDH. Caso *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238), la Corte IDH falló que el estado argentino había violado el derecho a la libertad de expresión por la sanción judicial impuesta a Jorge Fontevicchia y Hector D’Amico debido a una publicación que supuestamente habría afectado la vida privada del entonces presidente de Argentina. La información se refería a un hijo no reconocido que Carlos Menem había tenido con una diputada cuando era presidente. En el apartado de reparaciones la Corte IDH dispuso que el estado debía dejar sin efecto la condena, así como todas sus consecuencias, en el plazo de 1 año.

⁷ Declaración sobre el Sistema Interamericano de derechos humanos, 23 de abril de 2019. También es importante recordar el revuelo que en 2017 generó la opinión consultiva solicitada por Costa Rica a la Corte IDH. En esta opinión, la Corte IDH considera que los estados deben dar reflejo a la identidad de género auto-percibida por el individuo y reconocer a las parejas homosexuales los mismos derechos que a las parejas heterosexuales. Opinión consultiva sobre identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, OC-24 / 17, de 24 de noviembre de 2017.

visión estatista de este principio, que aboga por una prioridad fuerte hacia lo doméstico por razones democráticas, la concepción cooperativa vincula la posibilidad de esta deferencia a consideraciones de efectividad en el funcionamiento del sistema de derechos humanos en su conjunto. Esta concepción me servirá para insistir en que la subsidiariedad es una moneda de dos caras que condiciona la prioridad por lo local a la confiabilidad de los estados como cooperadores del sistema y, en concreto, a cómo los estados satisfacen tres responsabilidades cooperativas: la de imparcialidad protectora, la de consolidar una cultura de la justificación y la de mantener una perspectiva convencional. En la última parte del trabajo justificaré el interés de adoptar una visión cooperativa de la subsidiariedad usándola para valorar de forma crítica dos sentencias de tribunales internacionales de derechos humanos. La primera es la sentencia del TEDH en el asunto S.A.S. c. Francia⁸, la segunda, la sentencia de la Corte IDH en el caso *Gelman vs. Uruguay*⁹. Ambas decisiones han generado una amplia controversia sobre el lugar de la deferencia hacia el criterio nacional dentro de un sistema regional de protección de derechos humanos. Por esta razón, su análisis en términos de subsidiariedad me permitirá mostrar las implicaciones de la concepción que sostengo para la deferencia debida.

2. LA IDEA DE LEGITIMIDAD Y LAS DIMENSIONES DE LA LEGITIMIDAD INSTITUCIONAL

Detengámonos un momento en la idea de legitimidad que, por lo que aquí interesa, podríamos entender de forma genérica como la autoridad moral de una institución para adoptar decisiones de carácter vinculante. Esta autoridad moral es lo que dota de *standing* a la institución, haciéndola merecedora de nuestro respeto, reconocimiento o apoyo, incluso cuando la decisión que adopta no coincide con nuestros propios intereses o no la consideramos plenamente justa. La legitimidad conforma un ámbito evaluativo en el que, a diferencia de lo que sucede con la justicia abstracta, tenemos en cuenta la dimensión espacio-temporal en el momento de valorar la justificación de una institución y sus decisiones particulares. Siguiendo a Allen BUCHANAN (2013: cap. 5), 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 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 (BUCHANAN 2013: 193)¹⁰.

⁸ STEDH (Gran Sala), de 1 de Julio de 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0701JUD004383511.

⁹ Corte idh, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2001. Serie C. N.º 221.

¹⁰ Aunque no trataré esta cuestión con mayor profundidad, cabría afirmar que esta idea de legitimidad puede encajar con la concepción reconstructiva de la legitimidad de Jürgen Habermas, que la presenta como alternativa tanto a una comprensión fáctica (lo legítimo es lo que de hecho es aceptado

Si estas consideraciones generales acerca de la legitimidad las trasladamos a la aplicación de un convenio regional de derechos humanos, surgen algunas preguntas que demandan respuesta: ¿De qué depende el *standing* moral del tribunal internacional de derechos humanos cuando se condiciona su legitimidad a la deferencia hacia las autoridades nacionales?, ¿cuál es la forma adecuada de pensar las cuestiones de legitimidad en el marco de un sistema institucional con diversos actores? Ciertamente, la reivindicación de deferencia hacia el criterio nacional suele apelar a la legitimidad democrática del estado y al déficit de legitimidad democrática de los tribunales internacionales. ¿Pero es esta dimensión de la legitimidad la que debe considerarse relevante en el momento de valorar el funcionamiento de un sistema regional de derechos humanos?

Para responder a estas cuestiones es importante distinguir tres dimensiones diferentes de la legitimidad: la legitimidad democrática, la legitimidad de compromiso y la legitimidad sistémica.

2.1. Legitimidad democrática

Por lo que respecta a esta primera dimensión de la legitimidad, no hay duda de que la legitimidad democrática es central en la justificación de la autoridad moral de los estados frente a sus ciudadanos. Los valores democráticos también 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 CEDH, por ejemplo, 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 una parte esencial de un sistema regional de derechos humanos (ARAI-TAKAHASHI, 2002: cap. 3, 243), que también se refleja en las disposiciones de derechos convencionales que contienen cláusulas de limitación, las cuales, especialmente en el CEDH, permiten, de forma condicionada, la restricción de algunos derechos convencionales cuando ello sea necesario en una “sociedad democrática”.¹¹

Aun así, el hecho de que los valores democráticos sean relevantes en la aplicación de un convenio regional no implica que la autoridad moral del tribunal internacio-

o impuesto) como a una comprensión normativista (lo legítimo es lo justo o lo moralmente correcto). Jürgen HABERMAS (“Problemas de legitimación en el Estado moderno”, en *La reconstrucción del materialismo histórico*, Taurus, Madrid, 1981, p. 143) define la idea de legitimidad como el reconocimiento que un orden institucional merece y la hace depender de que la pretensión del orden institucional de ser juzgado como justo o correcto obedezca a buenas razones, algo que solo cabe valorar desde la participación discursiva en la comunidad política.

¹¹ La CADH, además de referirse también a una sociedad democrática en alguna de sus cláusulas de limitación (arts. 15, 16 y 22) prevé como referencia general en su art. 32.2 que “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

nal, cuando ejerce la función jurisdiccional que tiene asignada, deba medirse comparando su legitimidad democrática con la de las autoridades nacionales.

2.2. Legitimidad de compromiso

Otra dimensión de la legitimidad que tiene un claro protagonismo en el funcionamiento de un convenio de derechos humanos en tanto tratado internacional es la legitimidad de compromiso o contractual, que gira en torno a las responsabilidades que los estados han adquirido de forma voluntaria al ratificar el CEDH o la CADH. Las consideraciones de legitimidad son aquí relativas a la lógica del principio *pacta sunt servanda*, e incluyen tanto la obligación de cumplimiento como exigencias morales de respeto mutuo, transparencia y buena fe.

¿Es ésta la dimensión de la legitimidad relevante para condicionar la autoridad moral de la justicia convencional y el alcance de la deferencia debida? Si nos fijamos de nuevo en el CEDH, George LETSAS (2013: 139-141) ha argumentado que la legitimidad de la actuación del TEDH depende de la moralidad de compromiso, que surge del hecho de que los estados que han firmado el Convenio han aceptado sujetarse a la jurisdicción de Estrasburgo, la cual abarca, según el art. 32, todos los asuntos relativos a la aplicación e interpretación del Convenio. Aunque la moralidad de compromiso pueda ser relevante en muchas ocasiones, me parece que éste es un argumento débil para valorar la legitimidad de la actuación de un tribunal internacional. Esta dimensión condiciona la legitimidad a una cuestión demasiado vidriosa: a qué se comprometen los estados en el momento de aceptar la jurisdicción de Estrasburgo. En el caso de Letsas, este autor 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 (LETSAS, 2013: 140-141). 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 (BRAUCH, 2005: 146). Y desde esta visión contractualista también podríamos afirmar que, a partir del Protocolo 15, el preámbulo del Convenio expresa un nuevo compromiso moral que dirige a una mayor deferencia hacia el criterio nacional.

Lo mismo sucede en el marco de la CADH. Si nos detenemos en la controversia generada por las exigencias que ha establecido la Corte IDH en el control doméstico de convencionalidad, el argumento de los compromisos internacionales asumidos por los estados ha sido usado tanto para reivindicar la legitimidad de la disputada doctrina de la Corte IDH como para criticarla. Por esta razón, y dado el carácter abierto de las disposiciones convencionales, los argumentos textuales para defender una u otra posición sobre las decisiones de un tribunal internacional de derechos humanos suelen tener poco recorrido.

2.3. Legitimidad sistémica

La idea general de legitimidad no nos compele a vincular el *standing* moral de un tribunal internacional o bien a su pedigrí democrático o bien a la aceptación de su jurisdicción por parte de los estados. Aunque las credenciales democráticas y los compromisos que una institución acepta pueden ser relevantes para alcanzar el equilibrio entre contenido y apoyo que la idea de legitimidad demanda, en un contexto normativo donde diversas instituciones interactúan con una finalidad compartida, valorar la legitimidad de los diversos actores implicados demanda una aproximación más compleja.

Una estructura regional para la garantía de los derechos humanos está configurada desde la actuación coordinada de diferentes instituciones y, su propia operatividad, requiere el reconocimiento mutuo, el cual a su vez facilita la cooperación que debe producirse para asegurar la centralidad regional de los derechos humanos. Si adoptamos este punto de partida, la pregunta por la legitimidad adquiere un carácter sistémico¹². No podemos determinar si cada una de las instituciones involucradas actúa de forma 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 y, en definitiva, de la eficacia de esta interacción para la consecución del fin compartido.

Por consiguiente, cuando nos preocupamos por la legitimidad de carácter sistémico, examinamos el funcionamiento de un entramado institucional complejo y valoramos la autoridad moral de cada institución de modo relacional, preguntando por qué formas de interrelación y división del trabajo contribuyen a reforzar la legitimidad de cada una de ellas y de la estructura en su conjunto. Aunque la idea de reparto funcional en la tutela de los derechos convencionales forma parte del propio diseño de los convenios regionales de derechos humanos, 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 que los estados y el órgano internacional ejerzan sus funciones desde una preocupación activa por el reconocimiento mutuo y la eficacia protectora. Por esta razón, para esta perspectiva sistémica de la autoridad moral, tanto la legitimidad democrática de los estados como la legitimidad del propio convenio regional por haber sido ratificado por estos estados juegan un papel instrumental. Su importancia tiene aquí que ser juzgada en función de su contribución a la eficacia protectora del sistema en su conjunto. Sobre la base de este juicio, el hecho de que un tribunal internacional tenga algún déficit de legitimidad democrática es compatible con que su actividad goce de legitimidad sistémica y, del mismo modo, que las autoridades nacionales posean un

¹² Aunque utilizaré aquí la nomenclatura “legitimidad sistémica”, parto de la propuesta de Allen BUCHANAN (*The Heart of Human Rights*. Oxford University Press, Oxford, 2013, cap. 5) de entender la legitimidad en un sistema de derechos humanos como una cuestión “ecológica”.

mayor grado de legitimidad democrática no comporta que su funcionamiento específico también posea legitimidad sistémica (BUCHANAN 2013: 193-195).

Mi sugerencia en este trabajo es que usemos la dimensión sistémica de la legitimidad para valorar la justicia convencional y las crecientes demandas de deferencia hacia el criterio de las autoridades nacionales¹³. Propongo, en la siguiente sección, usar el enfoque de la legitimidad sistémica para distinguir y valorar dos formas de aproximarse a la deferencia debida desde el principio de subsidiariedad.

3. DOS APROXIMACIONES A LA DEFERENCIA DEBIDA: SUBSIDIARIEDAD ESTADISTA Y SUBSIDIARIEDAD COOPERATIVA

Indicaba más arriba que muchas reivindicaciones de deferencia que se dirigen hoy a los tribunales internacionales acogen una lectura normativa del principio de subsidiariedad, la cual, a diferencia de una idea procedimental o cronológica, justifica una prioridad condicionada y derrotable hacia el criterio nacional en la aplicación del CEDH o la CADH. 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. Besson defiende que es el consenso entre los estados lo 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 razonamiento de abajo hacia arriba, puede utilizar tal contenido para justificar sus interferencias (BESSON, 2016: 100, 107).¹⁴

Esta lectura de la subsidiariedad, que podría denominarse “estadista”, suele tener como trasfondo una comprensión también estadista de los derechos humanos,

¹³ No debe confundirse esta visión sistémica de la legitimidad con la aproximación sistémica a la legitimidad democrática que proponen algunas teorías de la democracia deliberativa. Para estas teorías, la legitimidad democrática no requiere que cualquier interacción sea el producto de un proceso deliberativo entre los ciudadanos, sino que es el sistema en su conjunto el que debe poseer cualidades deliberativas (Jane MANSBRIDGE, James BOHMAN, Simone CHAMBERS, et al., “A systemic approach to deliberative democracy, en John PARKINSON y Jane MANSBRIDGE (eds.), *Deliberative Systems: Deliberative Democracy at the Large Scale. Theories of Institutional Design*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 1-26).

¹⁴ También Jorge CONTESSE (“Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System”, *Law and Contemporary Problems*, 79 (2), 2016, p. 125) vincula la necesidad de un principio de subsidiariedad al déficit de legitimidad democrática de la Corte IDH y a la necesidad de que el tribunal internacional respete el principio de autodeterminación. En el mismo sentido, véase, también, Claudina ORUNESU, “Conventionality Control and International Judicial Supremacy”, *Revus*, 40, 2020, pp. 45-62.

que los considera en esencia un asunto de cada estado (COHEN, 2008; BESSON, 2017). 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 (ésta sería la relación relevante en términos de moralidad política). El estatismo suele unir este presupuesto con la asunción de que es en un estado democrático, que garantiza una relación política entre iguales, 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.

Aunque la visión estatista de la subsidiariedad tiene varias deficiencias de base,¹⁵ en este trabajo interesa destacar que tal aproximación acaba siendo una forma indirecta de impugnar la legitimidad de un convenio regional de derechos humanos, y que esta impugnación se realiza desde una valoración aislada de las características morales del estado como institución. No estamos aquí sin embargo en el contexto doméstico de moralidad política. El marco en el que debemos pensar es el de una estructura internacional que ha nacido para la cooperación entre instituciones diversas para un fin común. Esto nos conduce a preguntarnos por la legitimidad sistémica, que nos dirige a valorar en cada situación qué relación institucional refuerza la autoridad de los diversos actores y de la estructura en su conjunto. 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 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 (BUCHANAN, 2013: 197-198 y 217; FØLLESDAL, 2014: 272).

Las consideraciones de legitimidad sistémica y legitimación recíproca también son trasladables al día a día de la aplicación de un convenio regional de derechos humanos. Si la idea estatista de la subsidiariedad fuera la predominante para determinar el alcance de la deferencia al criterio nacional, el CEDH y la CADH correrían 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 órganos internacionales como el TEDH y la Corte IDH y, al mismo tiempo, erosionaría la legitimidad sistémica de los estados.

¹⁵ La concepción estatista de la subsidiariedad acaba conduciendo a una priorización no instrumental del ámbito doméstico sin una justificación convincente y, también, diluye la distinción funcional entre derechos constitucionales y derechos humanos, lo que dificulta la comprensión del carácter global de estos últimos.

Pero la comprensión estatista de la subsidiariedad no es la única opción disponible. Mi propuesta es confrontarla con una concepción de la subsidiariedad que en algunos trabajos he denominado “cooperativa”. La subsidiariedad cooperativa también ofrece una lectura normativa y no meramente formal de este principio, aunque condiciona la prioridad por lo doméstico a que se produzca un equilibrio entre la autonomía del estado y la supervisión internacional que optimice la estructura regional en su conjunto. Para desarrollar esta noción podemos percibir la subsidiariedad como una moneda de dos caras.¹⁶ La metáfora de las dos caras pretende reflejar la idea de que tanto el CEDH como la CADH establecen un marco de responsabilidades compartidas, por lo que, cuando hablamos de subsidiariedad en la aplicación de estos instrumentos internacionales, nos fijamos tanto en las responsabilidades del órgano internacional como en las de los estados (SAUVÉ, 2015: 23-24; GERARDS, 2014). Esta lectura de la subsidiariedad persigue la efectividad del sistema de protección asumiendo que los estados son los que deben actuar en primer lugar y que, cuando le corresponde al tribunal internacional entrar en escena, debe hacerlo desde esta lógica de responsabilidad compartida y no de forma autónoma. Para llevar a cabo esta tarea, el órgano internacional adquiere tanto deberes de no interferencia como deberes de intervención, deberes que se han asociado a una dimensión negativa y una dimensión positiva de la subsidiariedad (CAROZZA, 2003: 44).

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 mayor eficacia. Esta dimensión negativa pide al órgano internacional, 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 un tribunal de derechos humanos 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. Por otro lado, el órgano internacional 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 suele quedar reflejada en las propias cláusulas de limitación previstas convencionalmente.

La dimensión positiva de la subsidiariedad, en cambio, refuerza la responsabilidad judicial del órgano internacional 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 regional de derechos 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

¹⁶ Véase el documento, “Subsidiarity: a Two-Sided Coin”, Dialogue between Judges 2015, ECtHR, Council of Europe.

protección.¹⁷ En lo que sigue analizaré qué responsabilidades cooperativas podemos asignar a los estados desde esta concepción de la subsidiariedad.

4. DEFERENCIA AL CRITERIO NACIONAL Y RESPONSABILIDADES COOPERATIVAS DE LOS ESTADOS

En la aplicación de un convenio regional, la razón más importante para justificar la deferencia al estado es que las autoridades nacionales pueden estar mejor situadas que un órgano internacional para decidir sobre los conflictos relativos a derechos humanos (SPIELMANN, 2012: 393-394).¹⁸ Si el tribunal internacional percibe que la valoración de una situación conflictiva requiere un conocimiento profundo de las circunstancias particulares de una determinada sociedad, adquiere 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 deferir al criterio nacional desde un principio cooperativo de subsidiariedad. La fuerza de este argumento, no obstante, está condicionada a la confiabilidad del estado en la protección de los derechos convencionales, y esta confiabilidad, a su vez, depende en gran medida de que las autoridades nacionales satisfagan sus responsabilidades cooperativas.

Además de la obligación general de respetar y proteger los derechos humanos, podríamos indicar que las autoridades nacionales poseen tres tipos de responsabilidades de carácter cooperativo. La primera es una responsabilidad de imparcialidad en la protección de derechos humanos, la segunda es la de consolidar lo que suele denominarse una “cultura de la justificación” y la tercera es la responsabilidad de adoptar una perspectiva convencional. Analizaré brevemente cada una de ellas¹⁹.

¹⁷ El TEDH también utiliza la idea de subsidiariedad para referirse a los deberes de los estados (Alastair MOWBRAY, “Subsidiarity and the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 15 (2), 2015, p. 340)

¹⁸ 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.

¹⁹ Cabe advertir que en este artículo mi interés es la relación cooperativa entre los ámbitos doméstico e internacional, y por ello suelo referirme al estado o a las autoridades nacionales en su conjunto. Sin embargo, el principio de subsidiariedad en un sistema regional de derechos humanos involucra todos los niveles institucionales y, por tanto, también se aplica al interior de cada estado. Además de incorporar las responsabilidades estatales que se sintetizan a continuación, un análisis exhaustivo de las exigencias de subsidiariedad también requeriría examinar (desde una lógica cooperativa) qué dinámicas de interacción doméstica entre los diversos poderes del estado, y de estos con los órganos internacionales de protección, pueden contribuir a la legitimidad sistémica del conjunto y de cada actor participante. Dejo este estudio para un trabajo posterior.

4.1. La responsabilidad de imparcialidad

Una primera demanda cooperativa que cabe dirigir a los estados parte del CEDH o de la CADH es que se embarquen en una protección imparcial y objetiva de 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. Ello permite distinguir un criterio razonable que puede estar equivocado de una interferencia negligente, arbitraria o de mala fe.

La imparcialidad se ve comprometida cuando el estado tiende a privilegiar a un determinado grupo social, cede ante la presión de la moralidad dominante en detrimento de sus minorías o se deja llevar por razones coyunturales. 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 contribuye a generar. En situaciones como éstas el tribunal internacional debe realizar una fiscalización estricta de la medida nacional impugnada.

4.2. La responsabilidad de consolidar una cultura de la justificación

La segunda responsabilidad cooperativa es la de consolidar una cultura de la justificación, que sujeta a cualquier institución pública (ya sea legislativa, ejecutiva, administrativa o judicial) a la exigencia de dar fundamento a sus políticas y medidas desde el objetivo de proteger derechos humanos y fundamentales, mostrando que han incorporado los derechos humanos en sus razones para la acción. 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 (DYZENHAUS, 2015: 425).

En un sistema regional de derechos humanos, una cultura de la justificación posee 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.

El tribunal internacional puede apreciar la presencia de una buena cultura de la justificación examinando la calidad deliberativa del proceso que ha precedido a la medida impugnada. Utilizando los términos de Roberto GARGARELLA (2016a: 4), la calidad deliberativa depende del grado de amplitud y profundidad del debate interno previo a la decisión del estado. En cuanto a la amplitud, esta calidad se pro-

duce 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. Respecto a la profundidad del debate interno, la calidad deliberativa requiere que se hayan ponderado de buena fe todas las razones en juego en un examen profundo de proporcionalidad.

En los últimos años, el TEDH, en lo que es comúnmente conocido como “el giro procedimental” (ARNARDÓTTIR, 2017), está concediendo una importancia decisiva a la presencia de una cultura doméstica de la justificación en el momento de ejercer su función jurisdiccional. Estrasburgo efectúa en numerosas ocasiones un control de racionalidad procedimental, que comporta examinar una denuncia de violación del Convenio prestando más atención a cómo las autoridades nacionales han llegado a la medida impugnada que a la cuestión de si el contenido de esta medida viola derechos convencionales. Robert Spano, anterior presidente del TEDH, y que ha abogado por un principio robusto de subsidiariedad en la aplicación del CEDH, defiende la importancia de este giro procedimental para orientar a las autoridades nacionales sobre cómo deben ejercer su responsabilidad primaria en la protección de derechos humanos y disminuir así el número de denuncias (SPANO, 2014; 2018).

4.3. 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 levantar la mirada y adoptar una perspectiva externa de su actividad institucional cotidiana. Su responsabilidad es incorporar en la toma de decisiones el punto de vista del CEDH o la CADH y ejercer, por tanto, la autorregulación convencional. Desde la idea de subsidiariedad que estoy manejando, la perspectiva convencional no debería ser patrimonio del tribunal internacional sino una aproximación que comparten todos los actores que cooperan para la efectividad del sistema de derechos humanos. Como ha observado acertadamente Jean-Marc Sauvé, los estados requieren poseer un punto de vista doble: “national characteristics and traditions, and also European standards and consensus” (SAUVÉ, 2015: 25). 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, en no usar argumentos *ad hoc* o *ex post facto* para defender la posición del estado en sede internacional (SPANO, 2015: 7) y en la presencia de un control interno de convencionalidad atento a la jurisprudencia del tribunal internacional y al estado de los estándares de protección en la región.²⁰

²⁰ La exigencia de un control interno de convencionalidad de la actividad reguladora se trataría más bien de un deber de resultado, que deje en manos del estado, en función de sus tradiciones jurídicas y estructuración interna, la decisión sobre los medios adecuados para llevarlo a cabo. Ya he comentado

Cuando va unida a la imparcialidad estatal y a una cultura de la justificación, la satisfacción de la responsabilidad de adoptar una perspectiva convencional permite a las autoridades nacionales cooperar adecuadamente en la eficacia del sistema de protección y, en consecuencia, contribuye a su confiabilidad como garantes primarios. Ahora bien, cabe también destacar que las responsabilidades cooperativas de los estados son dinámicas. A medida que el reconocimiento mutuo se consolida y las posibilidades de cooperación se amplían también puede aumentar la exigibilidad respecto a la calidad en la protección de derechos humanos. Aunque la importancia del consenso entre estados suele ser defendida desde una subsidiariedad estatista, el alineamiento sustantivo de los estados también adquiere relevancia, bajo ciertas condiciones, para un principio cooperativo de subsidiariedad que percibe un convenio regional como un instrumento vivo. Podríamos decir que, en este aspecto, el órgano internacional tiene una función o responsabilidad doble. Por una parte, en una lógica de abajo arriba, le corresponde reflejar la formación de consensos de mejora entre los estados, esto es, incorporar una interpretación evolutiva del convenio en términos sociológicos y comparativos cuando ello implique un aumento del estándar de protección. Por otra parte, desde una lógica de arriba abajo (KLEINLEIN, 2019: 107-108), un tribunal internacional de derechos humanos tiene la función de impulsar la consolidación de nuevos consensos de mejora. Aquí el órgano internacional debería percibir la dinámica evolutiva no como una cuestión sociológica sino como una exigencia normativa dirigida a un conjunto de instituciones que cooperan 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 del tribunal internacional en tanto actor del sistema que, a diferencia de los estados, tiene esencialmente una perspectiva convencional. Por esta razón, cuando se va logrando asentar un progreso en el mínimo de protección de un derecho (un ejemplo claro en el CEDH lo encontramos en la evolución de los derechos de las personas homosexuales y transexuales), el hecho de que una medida menos protectora sea el fruto de un proceso interno con calidad deliberativa es un argumento débil para deferir al 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. De esta suerte, el consenso de mejora y el incrementalismo pueden contemplarse como instrumentos de presión legítima por parte del resto de estados y actores del CEDH o la CADH, una presión que va aumentando de forma gradual para facilitar el progreso colectivo hacia el objetivo común.

En la próxima sección me detendré en dos sentencias controvertidas, una del TEDH, el asunto S.A.S c. Francia (2014), y otra de la Corte IDH, el caso *Gelman vs. Uruguay* (2001), para mostrar qué formas concretas de razonamiento exigiría una concepción cooperativa de la subsidiariedad a un tribunal internacional de derechos humanos.

que la Corte IDH ha recibido numerosas críticas por su intervencionismo en torno al modo y alcance del control de convencionalidad doméstico que puede exigirse a los estados. El TEDH, en cambio, deja en este ámbito una mayor discreción a las autoridades nacionales.

5. S.A.S. C. FRANCIA

La sentencia del TEDH en el asunto *S.A.S. c. Francia*, de 2014, es uno de los casos más conocidos en los que el TEDH ha justificado su deferencia al criterio estatal apoyándose en la legitimidad democrática del proceso de adopción de una medida restrictiva de derechos convencionales. En este asunto se discute la ley francesa que prohíbe ocultar el rostro en los espacios públicos, y que ha tenido como efecto principal impedir el uso del velo integral en público²¹. Una de las peculiaridades de este caso es que Estrasburgo reconoce por primera vez que todos los argumentos sustantivos aportados hasta el momento para restringir el uso de velos como simbología religiosa (igualdad de género, imposición religiosa, dignidad, seguridad y orden público) carecen de la solidez necesaria para justificar tal interferencia en la libertad religiosa. A pesar de ello, Estrasburgo da la razón a Francia, centrándose en referencias genéricas al principio de subsidiariedad, la mejor posición del estado y la falta de consenso en la materia, e incidiendo, especialmente, en la representatividad democrática de la medida. El TEDH destaca que la prohibición es el producto de un largo proceso político que concluyó con la aprobación de la ley en las dos cámaras legislativas, casi por unanimidad, y que el Consejo Constitucional validó la norma. El tribunal acaba concluyendo que este apoyo democrático fuerte permite afirmar que la prohibición de cubrirse el rostro en público es una “elección” de la sociedad francesa (§ 153). Esta elección, dice Estrasburgo, se ha justificado en la visión francesa de las exigencias mínimas de la vida en común, “le vivre ensemble”, las cuales incluyen no esconder el rostro a los otros en público, con lo que se trata de una medida legítima y proporcionada en una sociedad democrática (§§ 140 a 159).

Si analizamos el fallo del TEDH desde la subsidiariedad cooperativa deberemos preguntarnos si en este caso el estado francés se ha mostrado como un cooperador confiable en la protección de derechos humanos. ¿Se han satisfecho las tres responsabilidades cooperativas que he comentado? En lo que afecta a la cultura de la justificación, no consta que el proceso de gestación de la ley posea amplitud deliberativa, pues no se buscó escuchar la voz de las mujeres afectadas ni incorporar su perspectiva en el debate. Lo mismo sucede con la profundidad de la deliberación. En el proceso legislativo se insistió en que el uso del velo integral no encajaba con los valores de la república francesa y que suponía un atentado contra la igualdad y dignidad de las mujeres afectadas. Pero no hubo un trabajo de ponderación con su libertad religiosa ni se profundizó en el controvertido argumento de la igualdad de género como límite a esa libertad. También fue notoria la parquedad argumentativa con la que el Consejo Constitucional francés, sin efectuar un balance con los derechos humanos en juego, declaró que la ley era constitucional excepto para los lugares públicos de culto. Con todo, el TEDH no realizó un control de calidad deliberativa al valorar el proceso que desembocó en la prohibición francesa.

²¹ Ley N° 2010-1192, de 11 de octubre de 2010.

He indicado antes que una cuestión central desde una idea cooperativa de la subsidiariedad es la de si el estado está mejor situado para decidir sobre una determinada restricción de derechos humanos. En SAS, Estrasburgo indica que la prohibición de ocultar el rostro en público es una medida de política general y que, “in matters of general policy, on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely, the role of the domestic policy-maker should be given special weight (§ 129). Ahora bien, el argumento de la mejor situación de las autoridades nacionales es dependiente de la confiabilidad del estado como cooperador en un sistema regional y, como he indicado, una de sus responsabilidades dentro de este sistema es mantener la imparcialidad en la protección de derechos humanos. La línea tan restrictiva que Francia ha seguido respecto a la expresión religiosa en público tiene su anclaje en una bien conocida ideología estatal de la *laïcité* que está lejos de ser neutral frente a su pluralismo interno. Al igual que la Ley 2010-1192, impugnada en SAS, otras prohibiciones e intentos de prohibición del velo islámico en escuelas, playas y piscinas públicas francesas han recibido múltiples críticas externas por esa falta de imparcialidad en la protección del derecho a la libertad religiosa. Aun cuando el estado francés siempre ha argumentado que estas prohibiciones son necesarias para mantener el pluralismo, la tolerancia y la armonía religiosa en Francia, el propio TEDH pone tímidamente en duda esta asunción observando que:

“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” (§ 149).

A pesar de estas prevenciones, el TEDH sigue asumiendo el margen de apreciación de Francia por tratarse de una medida de política general donde el estado está mejor situado para decidir. El problema de esta conclusión es que, cuando cabe dudar de la imparcialidad de una medida general, también cabe dudar de que quien la adopta y mantiene esté mejor situado que el órgano internacional para valorar su ajuste a derechos humanos. Así, cuando asumimos que la finalidad del Convenio es la protección efectiva de estos derechos en Europa, la confiabilidad de las instituciones encargadas de su protección debe ganarse más que presuponerse. Por ello, en el caso de una prohibición absoluta como la francesa, dirigida por sus efectos a una minoría religiosa, el TEDH debería haber exigido una justificación detallada y sólida de su necesidad en una sociedad democrática. Estrasburgo, en cambio, acaba aceptando que el laicismo militante, 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 internacionales. Pero esta laxitud es muy peligrosa para la protección efectiva de derechos y para la efectividad del sistema en su conjunto. Por una parte, tiene un efecto profundo sobre el ejercicio de la libertad religiosa de las mujeres 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 prohibiciones ha contribuido al aumento de legislaciones restrictivas (Bulgaria, 2016, Austria, 2017, Luxemburgo y Dinamarca, 2018, Holanda, 2019 y Suiza, 2021). El resultado es un retroceso en el nivel de

protección del derecho a la libertad religiosa en Europa. Por último, después de su sentencia deferente con la medida francesa, el Tribunal ha tendido a ir aumentando la laxitud frente a restricciones cada vez más intensas y menos representativas. 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 Bélgica²². 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 (BREMS, 2016: 71-72).

Sobre la responsabilidad de adoptar una perspectiva convencional, la medida francesa tampoco se caracteriza por haber levantado la mirada. Para resaltar algunas de sus deficiencias en este aspecto: el legislativo francés no recabó ninguna información empírica sobre los efectos, en términos de derechos humanos, que la prohibición pudiera acarrear; tampoco confrontó con seriedad las opiniones de su Comisión Nacional Asesora de derechos humanos ni las del Consejo de Estado, ambos contrarios a una prohibición total del velo integral por violar la libertad religiosa. 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 Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa. Es verdad que en este asunto no podría decirse que las autoridades nacionales dejaron de lado la jurisprudencia del TEDH. Pero, como es bien sabido, su jurisprudencia sobre el velo islámico ha sido tan deferente hacia el criterio nacional que apenas puede orientar sobre un estándar mínimo de protección de la libertad religiosa más allá de la voluntad estatal y el carácter democrático de la medida²³.

A diferencia de lo que piensa un jurista como Spano, que percibe esta sentencia como una “constructive conversation with the national authorities” y un ejemplo de buen uso de la subsidiariedad (SPANO, 2015: 6), creo que la deferencia mostrada por el TEDH hacia la prohibición francesa, que solo puede entenderse desde una subsidiariedad estatista, debería verse como una oportunidad perdida. Estrasburgo podría haber ejercido un rol subsidiario más cooperativo si, sin realizar una valora-

²² *Dakir c. Belgica*, STEDH, de 11 de julio de 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0711JUD000461912; *Belcacemi y Oussar c. Belgica*, STEDH, de 11 de julio de 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0711JUD003779813. De hecho, la ley belga se aprobó inicialmente en marzo de 2010, antes que la francesa, pero una crisis gubernamental impidió su entrada en vigor. La ley volvió a ser debatida en el parlamento al año siguiente, siendo finalmente aprobada el 1 de junio de 2011.

²³ Para un buen estudio crítico de la jurisprudencia del TEDH sobre el velo islámico, véase, por ejemplo, Javier MARTÍNEZ TORRÓN, “The (Un)protection of Individual Religious Identity in the Strasbourg Case Law”. *Oxford Journal of Law and Religion*, 1 (2), 2012, pp. 363-385.

ción autónoma de compatibilidad de espaldas al criterio nacional, hubiera exigido una deliberación doméstica de calidad para justificar la prohibición. No haberlo hecho perjudica en mi opinión la protección efectiva de un derecho del CEDH y la legitimidad sistémica de esta estructura institucional.

6. GELMAN VS. URUGUAY

La sentencia de la Corte IDH en el caso *Gelman vs. Uruguay*, de 2011, es un ejemplo de decisión controvertida por su falta de deferencia en la aplicación de la CADH (GARGARELLA, 2013; CONTESSE, 2016)²⁴. En este asunto se valoraba la convencionalidad de la Ley de Caducidad uruguaya, una disposición que tenía como efecto la plena amnistía de los involucrados en violaciones graves de derechos humanos durante la dictadura militar (prolongada entre 1973 a 1985)²⁵. La peculiaridad histórica de esta norma es que, tras su promulgación en 1986, fue objeto de un intenso debate político que se extendió durante muchos años, con decisiones dispares de la Suprema Corte Nacional sobre su constitucionalidad, una gran implicación popular, episodios de manifestación en las calles con la ciudadanía mostrando sus discrepancias, múltiples artículos de opinión a favor y en contra y dos consultas populares favorables al mantenimiento de la ley. En su sentencia, la Corte IDH no tuvo en cuenta el apoyo popular a la norma ni el largo período de debate interno, y valoró en abstracto el contenido de la ley. Su conclusión fue diáfana: la Ley de Caducidad deja impunes graves atentados contra los derechos humanos, lo cual supone una violación de los derechos de las víctimas y sus familiares, y el estado, en consecuencia, está incumpliendo su responsabilidad internacional de perseguir esos delitos (§ 225-246).

Jorge CONTESSE (2016: 136-137) es uno de los juristas que ha criticado esta sentencia por su carácter contramayoritario. Acudiendo a la legitimidad democrática, ha observado que la Corte IDH debería haber sido más deferente con la Ley de Caducidad y haber tenido presente que, a diferencia de otras normas de autoamnistía en la región, la ley uruguaya había sido creada y mantenida a lo largo del tiempo a través de procesos democráticos. Otra crítica diferente, pero también de base democrática, es la que realiza Roberto GARGARELLA (2013; 2016a). Me detendré brevemente en su argumentación.

Gargarella mantiene una visión exigente con la legitimidad democrática de una medida nacional, defendiendo que esta legitimidad está condicionada a que la medida

²⁴ En este asunto se juzgaba la responsabilidad internacional del Estado de Uruguay por hechos acaecidos en 1976 durante la dictadura militar, en concreto, la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, y la supresión y sustitución de la identidad de su hija María Macarena Gelman García.

²⁵ Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (Ley 15.848), promulgada el 22 de diciembre de 1986, por la que se decreta la caducidad del ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1 de marzo de 1985.

en cuestión sea una decisión democrática fuerte, esto es, el fruto de un proceso con calidad deliberativa tanto en amplitud como en profundidad. Su tesis es que la decisión uruguaya cumple con estas exigencias. En sus palabras, “el pueblo uruguayo, de forma colectiva, estableció su visión de un tópico extremadamente difícil, luego de un cuidadoso, detallado y amplio debate”, con lo que “una comunidad democrática logró producir un acuerdo excepcionalmente democrático” (GARGARELLA, 2016a: 10). ¿Pero son estas consideraciones suficientes para afirmar que Uruguay en este caso ha satisfecho su responsabilidad de consolidar una cultura de la justificación?

Aunque Gargarella ha destacado el apoyo popular a la ley y la participación ciudadana en el proceso, si nos centramos en la amplitud deliberativa, el respaldo ciudadano podría ser relativizado, en particular si tenemos en cuenta que los resultados en las dos consultas populares fueron ajustados (con 57.6 por cien de apoyo a la ley en 1989 y un 52.3 por cien en 2009) y que este apoyo había disminuido con el tiempo. Lo que muestran estos resultados es que la sociedad uruguaya está dividida en torno a la cuestión de dejar atrás el pasado a través de una amnistía, y que con los años esta división ha persistido.

Si nos fijamos en la profundidad deliberativa, Gargarella pasa esta cuestión muy por encima, contentándose con afirmar que hubo una intensa discusión en los medios y que el debate, además de tener una amplia participación, fue transparente y limpio (GARGARELLA, 2013; 2016a)²⁶. Pero la calidad deliberativa parece exigir más. Desde su promulgación en 1986 la Ley de Caducidad había tenido sin duda una vida convulsa, con debates cíclicos sobre su validez y legitimidad, intentos de anulación y derogación, consultas populares y fallos dispares de la Corte Suprema de Justicia sobre su constitucionalidad²⁷. En este sentido, resulta obvio que estamos ante una medida sobre la que ha habido un amplio debate social. No obstante, la cuestión relevante es si, a lo largo de este debate, una norma que decreta la caducidad del ejercicio de la pretensión punitiva del estado para los delitos políticos cometidos en la dictadura se ha sujetado a este examen minucioso de proporcionalidad. ¿Se valoraron otras alternativas menos gravosas para los derechos humanos que pudieran permitir dejar atrás el pasado? Dado mi desconocimiento del contexto, no entraré a analizar esta cuestión, pero cabe indicar que ninguna de las alegaciones del estado en el caso Gelman va en la dirección de justificar con argumentos sustantivos por qué se creó y mantuvo la Ley de Caducidad. Atendiendo a la historia de esta norma en el siglo XXI, el debate argumentativo interno parece haber ido en la dirección contraria, la de considerar que se trata de una norma inconstitucional que atenta contra el Derecho

²⁶ Dejo al margen otro argumento que Gargarella ha manejado contra la sentencia de la Corte IDH que es la cuestión de si el punitivismo debe verse como la única respuesta posible a las violaciones masivas de derechos humanos.

²⁷ Con respecto a estos fallos, mientras que en 1988 la Suprema Corte de Justicia de Uruguay consideró que la Ley de Caducidad era constitucional (sentencia N° 184, de 2 de mayo), en el caso Nibia Sabalsagaray (sentencia N° 365, de 19 de octubre de 2009) y otros casos posteriores, la Suprema Corte declaró que la ley era inconstitucional, posibilitando la investigación de esos atentados contra derechos humanos.

internacional, al menos si atendemos a los sucesivos fallos de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay entre 2009 y 2011 declarando su inconstitucionalidad. Dado el contenido de estos fallos, cabe tener presente que si el sistema de justicia constitucional uruguayo hubiera sido diferente, y la declaración de inconstitucionalidad no hubiera tenido solo efectos de inaplicación de la norma al caso particular, la Ley de Caducidad llevaría años expulsada del ordenamiento por inconstitucional. Por estas razones, mi hipótesis es que si este debate profundo no tuvo lugar, especialmente con un resultado favorable a la norma, la exigencia de calidad deliberativa no apoyaría la deferencia de la Corte IDH.

Por lo que respecta a la imparcialidad en la protección de derechos, cabría distinguir dos tipos de decisiones democráticas diferentes en un marco de pluralismo razonable. Una es la decisión que expresa una determinada forma de interpretar el contenido de un derecho humano, otra es la decisión que persigue un fin colectivo que afecta a los derechos humanos reconocidos en la Convención. Es este segundo tipo de decisión el que está sujeto a debate en el caso Gelman, y aquí el estado no puede ser contemplado por defecto como un protector imparcial de los derechos humanos bajo una determinada interpretación de sus exigencias. Cuando es la urgencia de dejar atrás el pasado la razón por la que se exige un sacrificio tan intenso en términos de derechos humanos es el estado quien debería poseer la carga de probar la imparcialidad de su decisión. Solo cuando esta medida pueda presentarse como resultado de un ejercicio razonable de proporcionalidad que ha dado su justo peso a todas las razones de derechos humanos relevantes, la carga de la prueba de la confiabilidad del estado como cooperador del sistema interamericano puede verse satisfecha.

Por último, ¿satisizo el proceso interno la responsabilidad de adoptar una perspectiva convencional?, ¿se realizó un ejercicio de autorregulación en este sentido? Una de las cuestiones que podríamos plantear es si, en el proceso interno, las autoridades nacionales se tomaron en serio la jurisprudencia de la Corte IDH sobre amnistías generales. Si así hubiera sido, se podrían haber valorado alternativas a la amnistía plena que, permitiendo dejar atrás el pasado, fueran menos gravosas para los derechos humanos. Comparemos por un momento la Ley de Caducidad con la amnistía condicionada y el sistema penal alternativo previstos en el Acuerdo de Paz colombiano para las violaciones masivas de derechos humanos producidas durante el largo período de conflicto. El acuerdo de Paz contempla un conjunto complejo de medidas que son el producto de un intenso debate institucional y ciudadano sobre cómo alcanzar un equilibrio entre la necesidad imperiosa de paz y el respeto a los derechos humanos de las víctimas. Lo que me interesa destacar aquí, siguiendo las observaciones de Andrés CERVANTES (2020), es que la propia jurisprudencia de la Corte IDH sobre amnistías generales ha servido para que Colombia evitara un modelo de amnistía o indulto en términos absolutos. Además de la participación de actores internacionales en el proceso de paz, la posición firme de la Corte IDH y de otras instancias internacionales rechazando la validez de estas amnistías, incluso en regímenes democráticos, ha servido para que las instituciones colombianas tuvieran que realizar un mayor esfuerzo deliberativo y adoptar una perspectiva convencional en la configuración de las

medidas. Este rechazo ha incentivado que se buscaran fórmulas de justicia transicional que permitieran alcanzar el mayor equilibrio posible entre los derechos humanos y el objetivo de la paz. En este sentido, se ha establecido un sistema penal complejo, que se aplica por igual a las conductas criminales de todos los actores del conflicto (que hayan suscrito el acuerdo). Tal sistema incluye amnistías condicionadas a la deposición de armas y a la colaboración con el establecimiento de la verdad, la limitación de crímenes amnistiables, el diseño de penas reducidas y especiales (sin prisión), así como la selección y priorización de casos. Este sistema penal especial, sea acertado o no, puede ser contemplado como un ejercicio con mayor grado de imparcialidad, mirada convencional y calidad deliberativa que la medida uruguaya. En lo que respecta a la legitimidad democrática, en cambio, hay una diferencia que no es menor entre el caso uruguayo y el colombiano. Como es bien sabido, el Acuerdo de Paz también fue sometido a consulta popular, con un plebiscito en el que venció el rechazo al Acuerdo por un 50.21 por cien frente a un 49.79 por cien. A su vez, el propio GARGARELLA (2016b), que ha alabado la fortaleza democrática de las consultas en Uruguay, ha criticado el déficit democrático de la consulta colombiana por las múltiples debilidades deliberativas del proceso (falta de información, decisión binaria para un acuerdo muy complejo, sin apenas tiempo para el debate, etc.). A pesar de ello, el rechazo ciudadano obligó a replantear y renegociar el pacto, incorporando cambios propuestos por los defensores del “no”. El Acuerdo Final fue firmado entre el gobierno y las FARC-EP y ratificado por el parlamento sin ser sometido de nuevo a consulta popular.

Si el principio de subsidiariedad se centrara solo en la legitimidad democrática, la Ley de Caducidad merecería mayor deferencia internacional que la amnistía condicionada prevista en el Acuerdo de Paz colombiano, pero no resulta así si lo que nos preocupa es la legitimidad sistémica y la subsidiariedad cooperativa. Es cierto que la Corte IDH en el caso Gelman se limitó a efectuar una valoración autónoma de compatibilidad convencional. Podríamos criticar que rechazara la deferencia al estado centrándose solo en si el contenido de la decisión pública, con independencia de su origen y proceso interno, era compatible con el respeto a los derechos humanos. El fallo de la Corte IDH carece en este sentido de la flexibilidad que el principio de subsidiariedad cooperativa demanda. Como actor de un sistema de cooperación a largo plazo, la Corte IDH podría haber buscado un mejor equilibrio entre la protección eficaz de derechos y el reconocimiento mutuo. Sin embargo, mi impresión es que desde los parámetros de la subsidiariedad cooperativa también podríamos inferir, por otro camino, que la Ley de Caducidad, tal como fue pensada y mantenida, viola el Pacto de San José. Cabe alcanzar esta conclusión, en definitiva, porque Uruguay podría haber realizado un esfuerzo mayor (exitoso o no) para buscar alternativas a una amnistía plena.

BIBLIOGRAFÍA

- Yutaka ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersetia, Oxford, 2002.
- Oddný Mjöll ARNARDÓTTIR, “The ‘Procedural Turn’ under the European Convention on Human Rights and Presumptions of Convention compliance”, *International Journal of Constitutional Law*, 15 (1), 2017, pp. 9-35.
- Francisco BARBOSA DELGADO, “El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática”, en Manuel NÚÑEZ POBLETE y Paola ACOSTA ALVARADO (coord.), *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones Regionales y Nacionales*, UNAM, México, 2012, pp. 51-75.
- Samantha BESSON, “Subsidiarity in International Human Rights Law-What is Subsidiarity about Human Rights?”, *The American Journal of Jurisprudence*, 61 (1), 2016, pp. 69-107.
- Samantha BESSON, “Human Rights as Transnational Constitutional Law”, en L. ANTHONY y W. ANTJE (eds.), *Handbook on Global Constitutionalism*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, pp. 234-247.
- Jeffrey A. BRAUCH, “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, 2005, pp. 113-150.
- Eva BREMS, “SAS v. France: A Reality Check”, *Nottingham Law Journal*, 25, 2016, pp. 58-72.
- Allen BUCHANAN, *The Heart of Human Rights*. Oxford University Press, Oxford, 2013.
- Antonio Augusto CANÇADO TRINDADE, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.
- Paolo CAROZZA, “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, *The American Journal of International Law*, 97 (1), 2003, pp. 38-79.
- Andrés Armando CERVANTES VALAREZO, *El impacto del sistema interamericano de protección de derechos humanos en la justicia transicional. ¿Existe un lugar legítimo para el perdón?* Tesis doctoral, UPF, 2020.
- Jean L. COHEN, “Rethinking Human Rights, Democracy, and Sovereignty in the Age of Globalization”. *Political Theory*, 36 (4), 2008, pp. 578-606.
- Jorge CONTESSE, “Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System”, *Law and Contemporary Problems*, 79 (2), 2016, pp. 124-145.
- David DYZENHAUS, “What is a ‘Democratic Culture of Justification?’”, en Murray HUNT, Hayley COOPER y Paul YOWELL (eds.), *Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit*, Hart Publishing, Oxford, 2015, pp. 425-446.
- Andreas FØLLESDAL, “Much Ado about Nothing? International Judicial Review of Human Rights in Well Functioning Democracies”, en Andreas FØLLESDAL, Johan Karlsson SCHAFFER y Geir ULFSTEIN (eds.), *The Legitimacy of International Human Rights Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 272-299.
- Andreas FØLLESDAL, “Subsidiarity and International Human-Rights Courts: Respecting Self-Governance and Protecting Human Rights-Or Neither?”, *Law and Contemporary Problems*, 79 (2), 2016, pp. 147-163.
- Roberto GARGARELLA, “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”, en Marisa IGLESIAS et al., *Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos*, Librería, Buenos Aires, 2013, pp. 125-147.
- Roberto GARGARELLA, “Tribunales internacionales y democracia: enfoques deferentes o de interferencia”, *Revista Latinoamericana de derecho internacional*, 4, 2016a.
- Roberto GARGARELLA, “Meditaciones democráticas. Consideraciones en tono a los Acuerdos de Paz”, en *Semana*, 30 de noviembre de 2016b. Disponible en <https://www.semana.com/opinion/articulo/acuerdo-de-paz-meditaciones-democraticas-por-roberto-gargarella/507511>

- Janneke H. GERARDS, “The European Court of Human Rights and the national courts – giving shape to the notion of ‘shared responsibility’”, en Janneke H. GERARDS y Joseph FLEUREN (eds.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgments of the ECtHR in National Case Law. A Comparative Analysis*, Intersentia, Antwerp, 2014, pp. 13-94.
- Jürgen HABERMAS, “Problemas de legitimación en el Estado moderno”, en *La reconstrucción del materialismo histórico*, Taurus, Madrid, 1981.
- Thomas KLEINLEIN, “The Procedural Approach of the European Court of Human Rights: Between Subsidiarity and Dynamic Evolution”, *International and Comparative Law Quarterly*, 68 (1), 2019, pp. 91-110.
- George LETSAS, “The ECHR as a living instrument: Its meaning and legitimacy”, en Andreas FØLLESDAL, Birgit PETERS y Geir ULFSTEIN (eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 106-141.
- Jane MANSBRIDGE, James BOHMAN, Simone CHAMBERS, et al., “A systemic approach to deliberative democracy”, en John PARKINSON y Jane MANSBRIDGE (eds.), *Deliberative Systems: Deliberative Democracy at the Large Scale. Theories of Institutional Design*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 1-26.
- Javier MARTÍNEZ TORRÓN, “The (Un)protection of Individual Religious Identity in the Strasbourg Case Law”. *Oxford Journal of Law and Religion*, 1 (2), 2012, pp. 363-385.
- Alastair MOWBRAY, “Subsidiarity and the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 15 (2), 2015, pp. 313-341.
- Claudina ORUNESU, “Conventionality Control and International Judicial Supremacy”, *Revus*, 40, 2020, pp. 45-62.
- Robert SPANO, “Universality or Diversity of Human Rights?: Strasbourg in the Age of Subsidiarity”, *Human Rights Law Review*, 14 (3), 2014, pp. 487-502.
- Robert SPANO, “The European Court of Human Rights and National Courts: A Constructive Conversation or a Dialogue of Disrespect?”, *Nordic Journal of Human Rights*, 33 (1), 2015, pp. 1-10.
- Robert SPANO, “The Future of the European Court of Human Rights—Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law”, *Human Rights Law Review*, 18 (3), 2018, pp. 473-494.
- Dean SPIELMANN, “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, 2012, pp. 381-418.

