

¿Tribunales de derechos humanos sin atajos a la democracia? Contestación, conversación y revisión judicial^{**-***}

Human Rights Courts without Shortcuts to Democracy? Contestation, Conversation and Judicial Review

RESUMEN

El artículo valora de forma crítica algunos de los argumentos que Cristina Lafont ofrece para defender que la revisión judicial de constitucionalidad o convencionalidad contribuye al autogobierno democrático. Defiende que su alternativa para una democracia sin atajos es demasiado optimista al menos en dos aspectos: 1) en la conexión que establece entre el derecho a la contestación jurídica, la revisión judicial y el autogobierno ciudadano, y 2) en su pretensión de asignar una función comunicativa a la revisión judicial sin tener que decantarse por una forma débil o fuerte de revisión judicial. Argumenta, en primer lugar, que el derecho a la contestación jurídica en la esfera constitucional ni suele ser un canal tan abierto al ciudadano como Lafont presupone ni, en contextos de fuerte pluralismo y dominación socio-cultural, basta para compatibilizar la protección de los derechos de las minorías con un autogobierno democrático en el que todos se perciban como coautores. También pone en duda que la revisión judicial sea un canal que asegura la constitucionalización del debate político y el empoderamiento comunicativo de la ciudadanía, especialmente cuando se está pensado en

* Profesora titular de Filosofía del Derecho de la Universitat Pompeu Fabra (España).
Contacto: marisa.iglesias@upf.edu ORCID ID: 0000-0001-6487-0433.

** Recibido el 27 de julio de 2022, aprobado el 27 de agosto de 2022.

Para citar el artículo: Iglesias Vila, M. *¿Tribunales de derechos humanos sin atajos a la democracia? Contestación, conversación y revisión judicial*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 55, abril de 2023, 171-190.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n55.10>

*** Este trabajo está enmarcado dentro del proyecto de investigación PID2020-115041GB-I00/AEI/10.13039/501100011033. Una versión anterior del artículo fue presentada en el *Symposium Cristina Lafont: Democracy without Shortcuts*, organizado por Josep Corbí en la Universitat de València el 29 de abril de 2022. Agradezco las respuestas de Cristina Lafont a mis comentarios y la invitación de Ignacio Giuffré a presentar una contribución para este número.

el efecto comunicativo por las razones adecuadas. Por último, sugiere que, con independencia de que podamos evitar o no los atajos a la democracia, el autogobierno democrático no es lo único que importa en la organización legítima de una comunidad política a lo largo del tiempo. Por esta razón, y concentrándose en particular en el rol de los tribunales internacionales de derechos humanos, aboga por una forma de constitucionalismo cooperativo sin últimas palabras en el que la revisión judicial actúa como canalizadora de una conversación en progreso sobre nuestros derechos y libertades.

PALABRAS CLAVE

Revisión judicial, legitimidad sistémica, cooperación institucional, tribunales internacionales de derechos humanos, lógica incremental.

ABSTRACT

In this work I critically assess some of the arguments Cristina Lafont offers when she claims that judicial review contributes to democratic self-government. I argue that her alternative for a democracy without shortcuts is too optimistic in at least two aspects: 1) in the connection she establishes between the right to legal contestation, judicial review, and citizen self-government, and 2) in her claim to assign a communicative function to judicial review without having to opt for a weak or strong form of constitutionalism. I argue in the first place that the right to legal contestation in the constitutional sphere is neither usually a channel as open to the citizen as Lafont presupposes nor, in contexts of strong pluralism and socio-cultural domination, is it enough to make the protection of minority rights compatible with a democratic self-government where all citizens can see themselves as authors of the laws that apply to them. I also doubt that judicial review is usually a channel that ensures the constitutionalization of political debate and the communicative empowerment of citizens, especially when we are thinking of the communicative effects for the rights reasons. Finally, I suggest that, even when accepting shortcuts to democracy may be unavoidable, democratic self-governance is not the only thing that matters in a legitimate organization of a political community over time. For this reason, departing from a systemic idea of legitimacy, I advocate a form of cooperative constitutionalism without final words in which judicial review, especially at the level of international human rights courts, rather than acting as an initiator, has the role of channeling an ongoing conversation about our rights and freedoms.

KEYWORDS

Judicial review, systemic legitimacy, institutional cooperation, international human rights courts, incremental logic.

SUMARIO

Introducción. 1. Contestación jurídica, revisión judicial y autogobierno democrático. 2. El efecto comunicativo de la revisión judicial. 3. Atajos a la democracia y tribunales internacionales de derechos humanos. 4. Revisión de convencionalidad y canalización del debate público. Conclusión. Referencias.

INTRODUCCIÓN

La obra de Cristina Lafont, *Democracy without Shortcuts*¹, supone una gran aportación crítica a las teorías de la democracia. A lo largo de las páginas del libro, la autora muestra de manera impecable cómo muchas concepciones de la democracia no se toman realmente en serio la idea de autogobierno ciudadano. Al buscar fórmulas para resolver los problemas de gestión democrática, estas concepciones acaban sorteando las exigencias de deliberación pública. Su propuesta alternativa para evitar atajos a la democracia es combinar una teoría participativa con la defensa del valor comunicativo de la revisión judicial de constitucionalidad (o de convencionalidad, en el caso de tribunales internacionales de derechos humanos).

La asunción de partida de Lafont es que los conflictos sobre derechos y libertades solo pueden resolverse de forma legítima siguiendo el largo camino de transformar mediante argumentos los corazones y las mentes de la ciudadanía. En este camino, aquellos ciudadanos que creen que sus derechos están siendo violados por las decisiones mayoritarias también pueden ser capaces de sentirse coautores de las normas que les afectan. Ello es así porque poseen el derecho a la contestación jurídica. Este derecho permite que las minorías cuyas reivindicaciones no han sido atendidas o, incluso, han sido ignoradas por la mayoría en el debate político, puedan defender su caso ante un juez. El canal judicial les da acceso a un foro regido por la razón pública, que exige al tribunal examinar el mérito de los argumentos aportados y ofrecer una respuesta basada en los mejores argumentos de principio. Según Lafont, con independencia de que se defienda una concepción débil o fuerte de la revisión judicial, la actuación judicial tiene un efecto comunicativo y democrático porque, siendo impulsada por los propios ciudadanos, constitucionaliza el debate político². El juez constitucional inicia una conversación que prioriza los argumentos de razón pública al tiempo que contribuye a transformar los juicios de la población en juicios considerados en el sentido político³. Estos efectos comunicativos de la intervención judicial también se producen cuando la revisión de constitucionalidad da la razón a la mayoría.

1 Lafont, C. *Democracy without Shortcuts. A Participatory Conception of Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

2 *Ibid.*, 211, 224.

3 Entiéndase “juicios considerados” en el sentido político e interno a una comunidad. Estos juicios son los que, en términos de Lafont, “others who will be subject to them can also

Aunque el ciudadano en minoría fracase en su reivindicación de derechos, a partir de la decisión judicial podrá conocer qué argumentos y evidencias deberá aportar en el futuro para volver a presentar su caso y conseguir cambiar el criterio de los demás⁴. Así, desde la perspectiva holista y diacrónica que el libro propone, incluso cuando los grupos minoritarios se hallen en el presente lejos de que sus reclamaciones tengan algún calado en el foro público, estas minorías no pierden la posibilidad de seguir convenciendo al resto de ciudadanos de que tienen razón, de que la mayoría puede razonablemente aceptar sus razones y consideraciones. En suma, el derecho a la contestación nos permite percibir la intervención judicial como un servicio de empoderamiento ciudadano más que como una intervención experta y, de este modo, posibilita una democracia sin atajos que haga compatibles el autogobierno colectivo con la protección de los derechos de las minorías.

La alternativa que Lafont ofrece es sin duda atractiva y, en términos del ideal de autogobierno democrático, resulta más convincente que las opciones que critica. Sin embargo, creo que el libro es demasiado optimista cuando pretende evitar los atajos a la democracia entendiendo que la revisión judicial actúa como servicio de empoderamiento ciudadano. En el trabajo argumentaré que este optimismo excesivo se evidencia en dos aspectos de su teoría: por una parte, en una asociación demasiado directa entre el derecho a la contestación jurídica, la revisión judicial y el autogobierno ciudadano; por otra parte, en su pretensión de asignar una función comunicativa a la revisión judicial sin tener que decantarse por una forma débil de control de constitucionalidad o convencionalidad. Una vez haya explicado por qué su propuesta tampoco parece evitar el problema de los atajos a la democracia, mantendré que la legitimidad democrática no es lo único importante en la valoración de nuestros arreglos institucionales de carácter cooperativo. Sugeriré, como alternativa, complementar el ideal de autogobierno desde una visión sistémica de la legitimidad. Centrándome en los tribunales internacionales de derechos humanos, concluiré que la revisión judicial, más que ser valiosa como iniciadora de la conversación democrática, es valiosa para el funcionamiento de un sistema democrático de cooperación institucional si sirve para canalizar el debate público orientándolo a la mejora paulatina de sus resultados en términos de derechos.

1. CONTESTACIÓN JURÍDICA, REVISIÓN JUDICIAL Y AUTOGOBIERNO DEMOCRÁTICO

Me detendré, en primer lugar, en el derecho a la contestación jurídica. La posibilidad de contestación es, en efecto, un anclaje importante en la argu-

find acceptable or at least reasonable enough to act accordingly instead of actively opposing them". Ibid., 174.

⁴ *Ibid.*, 212.

mentación de Lafont. Este derecho no solo libera al ciudadano de tener que deferir ciegamente a las decisiones de otros⁵, también asegura que el proceso de justificación pública no será patrimonio de la iniciativa judicial o de otros órganos del Estado. Como he indicado, el impulso ciudadano democratiza la justicia constitucional porque la revisión judicial presta un servicio de empoderamiento comunicativo en un debate de razón pública que persigue la justificación mutua⁶. De ahí que el capítulo 8 sobre revisión judicial de constitucionalidad lleve por título “Citizens in Robes”.

Sin embargo, podríamos preguntarnos hasta qué punto los ciudadanos poseen un derecho a contestar la constitucionalidad de las decisiones mayoritarias, pudiendo así participar en la deliberación pública sobre derechos fundamentales en tanto actores políticos o coautores de las leyes a las que están sujetos. Si atendemos al funcionamiento de nuestros sistemas constitucionales, los ciudadanos no suelen tener tanto protagonismo en el cuestionamiento de la constitucionalidad de las decisiones mayoritarias. Esta potestad tiende a estar más bien en manos de las instituciones, ya sean los jueces u otros actores y organismos de los poderes del Estado. Con frecuencia, los particulares no pueden iniciar la conversación constitucional de forma directa como actores políticos o coautores de la ley en vez de como personas sujetas a la ley. En España, por ejemplo, el recurso de amparo, que es la vía abierta al ciudadano para asegurar que la actuación de las instituciones públicas respeta sus derechos y libertades fundamentales, no comporta, en caso de tener éxito, la invalidez constitucional de una decisión mayoritaria⁷. Lo mismo sucede en la mayor parte de los sistemas jurídicos europeos, y del mundo en general, cuando la justicia constitucional se asigna a un tribunal especializado. Hay algunas excepciones, como la de Colombia o la de algunos países de Centroamérica, por ejemplo, donde los ciudadanos tienen la posibilidad de ejercer una acción pública de inconstitucionalidad. Pero esta posibilidad es más bien

5 *Ibid.*, 13, 237.

6 *Ibid.*, 186-188, 212-213, 227.

7 Como indica el artículo cincuenta y cinco de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional: “1. La sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes: a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos. b) Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado. c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación. 2. En el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes”. Asimismo, su artículo 41.3 dispone que “en el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso”.

anecdótica⁸. Y en Estados Unidos, que es el sistema que Lafont parece tener en mente, tampoco hay un canal tan abierto para el ciudadano. Al tratarse de un sistema de control difuso de constitucionalidad, cualquier juez puede dejar de aplicar una ley al caso particular por considerarla inconstitucional, y aquí son los particulares (o los grupos, en las acciones de clase) los que, en efecto, impulsan este proceso. Pero si su reclamación no es atendida en las diversas instancias judiciales y acuden a la Corte Suprema, este tribunal (generalmente a través del *writ of certiorari*) posee plena discreción para elegir qué casos va a revisar, y acepta cada año una cantidad ínfima de peticiones⁹. Por esta razón, si estamos pensando en los sistemas reales de revisión constitucional, más que en un ideal normativo que debería justificarse, el derecho a la contestación jurídica, que comportaría el impulso ciudadano en el control de constitucionalidad y, por tanto, contribuiría al valor democrático de la revisión judicial, resulta un apoyo débil para las pretensiones del libro¹⁰.

En segundo lugar, cuando se producen desacuerdos profundos entre minorías y mayorías, y en especial entre una minoría cultural o religiosa y una mayoría cuyas prácticas dominan el *statu quo* socio-cultural, cabe preguntarse hasta qué punto el derecho a la contestación jurídica puede servir al autogobierno democrático. Salvando las diferencias, este derecho acaba actuando de modo parecido al derecho a concurrir a unas elecciones, que está también a disposición de las minorías disidentes para que su ideario pueda orientar las políticas públicas. Aunque el derecho a la contestación en el que piensa Lafont dirija a un debate de argumentos, en el caso de minorías enquistadas el camino para transformar los juicios de la mayoría puede ser tan incierto o largo que el optimismo tenga poco sentido. Como ha observado Seyla Benhabib para otros propósitos, el riesgo es acabar colocando sobre los hombros de los más vulnerables y los que menos voz poseen la pesada carga de la defensa de sus propios derechos¹¹. Así, la contestación jurídica es un instrumento cuya eficacia no es aislable del contexto social y económico en el que se ejerce, y en estructuras de imperialismo cultural es

8 Para un mapa detallado de las vías de acceso a los altos tribunales véase, por ejemplo, Linares, S. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008, esp. cap. 4 y 282-289. Sobre la acción pública de inconstitucionalidad, véase, en especial, Roa Roa, J. E. *Control de constitucionalidad deliberativo: el ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial del legislador*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, cap. 2.

9 La Corte Suprema suele recibir entre 7.000 y 8.000 peticiones de revisión al año y acepta una media de 80 casos. Sobre este dato véase: https://www.supremecourt.gov/about/faq_general.aspx

10 Para una defensa de que el mecanismo de la acción pública de inconstitucionalidad puede contribuir a aumentar la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad, véase Roa Roa. *Control de constitucionalidad deliberativo*, cit., caps. 4 y 5.

11 Benhabib, S. *Exile, Statelessness, and Migration: Playing Chess with History from Hannah Arendt to Isaiah Berlin*. Princeton: Princeton University Press, 2018, 120.

poco probable que tales minorías puedan percibir que están transitando un camino hacia la coautoría democrática¹². Lo más probable, como se suele denunciar desde la filosofía crítica respecto del canal judicial en la protección de derechos humanos, es que estas minorías acaben percibiendo su derecho a la contestación como una forma de domesticar sus posibles resistencias a la dominación de grupo¹³. Al mismo tiempo, es de tener presente que este recorrido siempre será más cómodo para la mayoría dominante, que sale beneficiada con el mantenimiento del *statu quo* y no requiere el alto coste en términos de tiempo, dinero o energía que la contestación jurídica implica.

Más complejo, si cabe, se vuelve este camino hacia el autogobierno con la tesis de Lafont de que los desacuerdos sobre cuestiones de derechos no pueden cerrarse hasta que no se haya expandido una visión conjunta a través de la ciudadanía¹⁴. Con la idealización del ciudadano razonable, comprometido con la democracia constitucional, la justificación mutua, el deber de civilidad y la razón pública, quizá podríamos proyectar escenarios de acuerdo. Pero la autora también está pensando en la viabilidad de aplicar su teoría a una ciudadanía de carne y hueso en las democracias que tenemos. Por esa razón, aunque fuera cierto que la intervención judicial asegura que hasta las ideas más impopulares e idiosincráticas recibirán un “mínimo intercambio deliberativo”¹⁵, ello no conlleva que los defensores de estas ideas sean capaces de sentir como propio el proyecto colectivo, por mucho que sí suponga reconocerles como ciudadanos¹⁶. De esta guisa, aunque el derecho a la contestación alivie el problema de tener que deferir de forma ciega a las

12 Sobre los efectos del imperialismo cultural, véase Young, I. M. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton: Princeton University Press, 1990, cap. 2.

13 Como observa Costas Douzinas, “las reivindicaciones y luchas de derechos humanos sacan a la superficie la exclusión, dominación y explotación, la contienda inescapable que permea la vida social y política. Pero, al mismo tiempo, encubren las raíces profundas del conflicto y la dominación al constreñir la lucha y la resistencia a los términos de soluciones jurídicas e individuales que, en el caso de tener éxito, dirigen a pequeñas mejoras individuales y a una reorganización marginal del edificio social”. Douzinas, C. *The Paradoxes of Human Rights*. En *Constellations*. 20(1), 2013, 61; trad. libre.

14 Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., 192-193.

15 *Ibid.*, 212.

16 También parece muy optimista Lafont cuando afirma que las ideas más impopulares e idiosincráticas recibirán en el foro judicial un mínimo intercambio deliberativo. De forma previa a una decisión judicial sobre el fondo de la cuestión, cualquier demanda, queja o denuncia deberá ser admitida a trámite, y aquí los tribunales pueden desestimarla sin apenas justificación. En España, por ejemplo, es habitual que la sección correspondiente del Tribunal Constitucional que inadmite a trámite un recurso de amparo lo haga con la lacónica referencia a que no se aprecia en el recurso la especial trascendencia constitucional que exige el artículo 50.1.b de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional como condición de admisión. Algo parecido sucede con la inadmisión a trámite de una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que puede resolverse con una parca argumentación en la que se constate que la demanda no reúne los requisitos previstos en el artículo 35 CEDH, por ejemplo, que la demanda es incompatible con las disposiciones del Convenio, es abusiva o está manifiestamente mal fundada.

decisiones de otros, no es claro que tenga una conexión directa con el autogobierno democrático. Diría, en este sentido, que hay un espacio conceptual entre la ausencia de deferencia ciega y la coautoría democrática.

2. EL EFECTO COMUNICATIVO DE LA REVISIÓN JUDICIAL

Otra cuestión relevante para el autogobierno colectivo es el efecto comunicativo de la revisión judicial y el rol, en especial de las cortes supremas o los tribunales constitucionales, de iniciadores de conversación. Para mostrar este efecto comunicativo, Lafont acude al debate sobre el matrimonio igualitario y a la sentencia de la *High Court of Justice* de Irlanda en el caso *Zappone v. Revenue Commissioners*, de 14 de diciembre de 2006¹⁷, donde el tribunal declaró que el no reconocimiento del matrimonio igualitario no vulneraba los derechos de las personas homosexuales¹⁸. En su opinión, esta sentencia tuvo efecto comunicativo porque incitó el debate político y contribuyó a una evolución de la opinión pública sobre el matrimonio igualitario, proceso que culminó con el referéndum de 2015 y la reforma constitucional para permitirlo (referéndum con el 62% de los votantes a favor de la permisón). Con independencia ahora de si es legítimo que una cuestión de derechos se decida mediante un referéndum, parece correcto afirmar que este fallo judicial tuvo efectos comunicativos. Ahora bien, lo que Lafont no parece advertir es que esta sentencia no tuvo efectos comunicativos porque constitucionalizara el debate político sobre derechos. Más bien hizo lo contrario. La *High Court* irlandesa declaró que la decisión sobre el reconocimiento del matrimonio igualitario no era una cuestión de derechos (una línea similar a la que mantuvo el Tribunal Constitucional español en 2012)¹⁹. En su sentencia de perfil bajo, el tribunal irlandés, a pesar de descartar que hubiera derechos involucrados, reconoció que en la actualidad las parejas homosexuales enfrentan dificultades importantes, y que por ello era de esperar que se produjeran cambios legislativos para mejorar su situación. Pero concluyó que corresponde al legislador decidir en qué medida deben realizarse estos cambios y cuáles deben realizarse²⁰. ¿Empoderó el fallo a los que reclamaban la protección de sus derechos? No estoy segura de que la respuesta a esta cuestión deba ser afirmativa desde el momento en que la desconstitucionalización de una demanda de derechos rechaza que esté justificado imponer un determinado límite al legislador ordinario, aunque sí es cierto que la sentencia tuvo algún efecto comunicativo en el debate público.

17 *Zappone & Gilligan v. Revenue Commissioners & Ors*, [2006] IEHC 404.

18 Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., 220-221.

19 STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012.

20 *Zappone v. Revenue Commissioners* (68-69).

Esta decisión judicial podríamos compararla con una sentencia muy distinta como es la que dictó la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Obergefell v. Hodges*²¹. Aquí el tribunal sí constitucionalizó el debate político, aunque lo hizo para cerrar la conversación y no para abrirla, y no cerró la discusión de si era constitucional permitir el matrimonio igualitario, que es la pregunta que respondió un tribunal constitucional como el español, sino la de si era inconstitucional no hacerlo. La sentencia se basa en el derecho fundamental a la igualdad y a la igual dignidad para establecer que hay un derecho constitucional al matrimonio con independencia del sexo de la pareja²². ¿Posee esta sentencia efectos comunicativos aun cuando su pretensión haya sido cerrar el debate político? Es posible que aquellos que sigan creyendo que rechazar el matrimonio igualitario no afecta a los derechos de las personas homosexuales puedan en un futuro encontrar nuevos argumentos o evidencias que rebatan los argumentos ofrecidos por la Corte Suprema. Quizá puedan volver a contestar la decisión e incluso ganar el caso con otra mayoría en el tribunal (la sentencia contó con una mayoría muy ajustada, de 5 a 4)²³. Pero es menos probable que se pueda revertir una decisión judicial tan ambiciosa y diáfana en términos de derechos que una decisión de perfil más bajo. Y si no lo consiguen, y el matrimonio igualitario queda instalado en el sistema como derecho fundamental, resultará difícil concluir que los disidentes siguen siendo capaces de verse como coautores y hacer suya esta regulación dado que siempre podrán volver a contestarla. Cada generación tiene un tiempo para el éxito comunicativo, y si este tiempo pasa sin haber conseguido convencer a otros, deberá ser ya otra generación la que pueda volver a intentarlo.

De este modo, una cosa es sostener que los detractores del matrimonio igualitario deberían aceptar que esta regulación es razonable porque tiene a su favor los mejores argumentos, que es lo que muchos creemos, y otra distinta que sea razonable para ellos aceptarla cuando tienen un desacuerdo profundo con su contenido. Claro que podemos remitirnos a qué diría una ciudadanía ideal en un debate público idealizado. ¿Pero no sería esta, acaso, otra forma de seguir un atajo en el camino de cambiar las mentes y los corazones de los ciudadanos? Es cierto que Lafont está pensando en el efecto

21 *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

22 *Obergefell v. Hodges* (10-27).

23 Así ha sucedido, por ejemplo, con la histórica decisión adoptada por la Corte Suprema el 24 de junio de 2022 en el caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, n.º 19-1392, 597 U.S. (2022). Con esta sentencia, los detractores de un derecho constitucional al aborto han conseguido devolver esta cuestión al debate mayoritario dentro de cada estado federado, aunque al coste de desempoderar comunicativamente a las mujeres y, en particular, a aquellas que carecen de movilidad por falta de recursos. Está por ver qué efectos acabará teniendo esta sentencia en una sociedad tan polarizada como la estadounidense.

comunicativo de la revisión judicial desde una perspectiva diacrónica²⁴, pero nada garantiza que un ejercicio de revisión judicial tendrá ese efecto. Incluso se podría afirmar que las peores decisiones judiciales tienen mayor probabilidad de generar efectos comunicativos por la reacción pública que pueden provocar. La cuestión es si lo que importa para el autogobierno democrático es que el efecto comunicativo de la revisión judicial se produzca por las razones adecuadas. Si es así, me parece que la tesis del efecto comunicativo solo resulta convincente desde una concepción débil de la revisión de constitucionalidad. En este sentido, y volviendo al matrimonio igualitario, la sentencia irlandesa, que es de perfil bajo porque deja la cuestión en manos del legislativo, parece más en consonancia con el autogobierno democrático que la sentencia de perfil alto de la Corte Suprema de Estados Unidos, que pretende cerrar el debate político con una argumentación autónoma basada en el mejor argumento de principio.

En conclusión, con los ejemplos aportados he pretendido mostrar que la mera existencia de un control judicial de constitucionalidad contribuye poco al objetivo de salvaguardar sin atajos el ideal de autogobierno democrático en contextos de pluralismo valorativo. El argumento de Lafont necesita algo más. A mi juicio necesita abogar por una forma de diseño institucional y una dinámica de razonamiento para los altos tribunales que hagan al menos probable que su intervención posea efectos comunicativos; no basta la mera posibilidad de que esto ocurra. Si no he comprendido mal las pretensiones de Lafont, el valor democrático que asigna a la revisión judicial es un valor instrumental que ella hace descansar en los efectos comunicativos de una actuación judicial impulsada por los ciudadanos a través de su derecho a la contestación jurídica. De ahí que la tesis del efecto comunicativo debamos entenderla como una generalización (usando los términos de Frederick Schauer²⁵). Una generalización es un enunciado que utilizamos en el intercambio lingüístico como si fuera verdadero o correcto porque sabemos que en la mayoría de los casos es verdadero o correcto y, por ello, suele servir a nuestros propósitos (por ejemplo, la afirmación “fumar acorta la vida” en el contexto de las consideraciones acerca de la salud). Entendiendo el juicio de Lafont sobre el efecto comunicativo de la revisión judicial como una generalización, he tratado de mostrar que no sería un juicio útil en el momento de predicar el valor democrático del control de constitucionalidad porque, a diferencia del juicio “fumar acorta la vida”, no hay una alta probabilidad de que resulte verdadero o correcto²⁶.

24 Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., 225.

25 Schauer, F. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 1990.

26 Estas consideraciones se aplican también a las referencias de Lafont al derecho de los ciudadanos a la contestación jurídica que he comentado en la sección anterior.

3. ATAJOS A LA DEMOCRACIA Y TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Cuando pasamos a la esfera de la protección internacional de derechos humanos, las consideraciones que he efectuado en la sección anterior adquieren todavía mayor relevancia. En su excelente trabajo, Lafont defiende el efecto comunicativo de la revisión judicial tanto de los tribunales internos como de los tribunales internacionales de derechos humanos²⁷. Los tribunales internacionales empoderan a las minorías cuyas reivindicaciones de derechos no han sido atendidas en el ámbito doméstico, evitando de este modo que mayorías o tribunales internos, cooptados por alguna visión comprensiva, ejerzan la última palabra. La revisión judicial en el nivel convencional posee efecto comunicativo porque las minorías podrán seguir forzando el intercambio de razones sobre derechos en un foro de principio, accediendo a una esfera pública ampliada que incluye a los ciudadanos de otros Estados.

¿Poseen este efecto empoderador los tribunales internacionales de derechos humanos? Para introducir esta cuestión pensemos en las prohibiciones del velo islámico en Europa. Lafont aplaude el rol que un tribunal constitucional como el alemán desempeñó para constitucionalizar la discusión sobre si las profesoras de escuelas públicas podían usar el velo islámico en clase. Es cierto que en este caso la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 2015, pone el foco en los derechos y libertades fundamentales de las profesoras afectadas, y no considera que el argumento del daño abstracto sea una razón suficiente para justificar la prohibición²⁸. Ello limita la posibilidad de una decisión mayoritaria apoyada solo con razones comprensivas. Pero si acudimos a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, Tribunal Europeo), su papel en la constitucionalización del debate sobre el velo islámico ha sido muy diferente. A mi juicio, su jurisprudencia ha contribuido a desempoderar a estas minorías religiosas a través de una doctrina muy deferente hacia el criterio estatal²⁹. Esto ha sido así en lo que afecta a las prohibiciones del uso del velo islámico por parte de estudiantes, donde siempre ha dejado la decisión a la discreción del Estado denunciado. Lo mismo ha sucedido con la prohibición francesa del velo integral en público. En el asunto *S.A.S. vs. Francia*, de 2014³⁰, el Tribunal Europeo reconoce que la prohibición afecta de manera intensa la libertad religiosa

27 Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., 240-242.

28 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Januar 2015- 1 BvR 471/10 -, Rn. 1-31.

29 Para una aproximación crítica a esta jurisprudencia véase, por ejemplo, Martínez-Torrón, J. *The (Un)protection of Individual Religious Identity in the Strasbourg Case Law*. En *Oxford Journal of Law and Religion*. 1(2), 2012, 363-385; Brems, E. *S.A.S. v. France: A Reality Check*. En *Nottingham Law Journal*. Vol. 25, 2016, 58-72.

30 STEDH (Gran Sala), de 7 de febrero de 2013.

de las mujeres concernidas³¹. A pesar de ello, considera que se trata de una cuestión de política general sobre la que puede haber diversas opiniones y, en estos casos, el criterio de autoridades nacionales con legitimación democrática directa debe gozar de un peso especial³². Por esta razón, la obligación francesa de mostrar el rostro a los otros en público en tanto exigencia de la vida en común en una sociedad laica (decisión que fue adoptada con un gran respaldo democrático) debe ser respetada, según el Tribunal, como una elección de la sociedad francesa³³.

La sentencia del asunto *S.A.S vs. Francia* tuvo efectos, por supuesto, pero no el de empoderar comunicativamente a las mujeres que usan el velo integral en Francia. El efecto ha sido más bien el opuesto. Gracias a esta doctrina deferente, otros Estados (Bélgica, Austria, Bulgaria, Luxemburgo, Dinamarca, Holanda, Suiza) han seguido el ejemplo de Francia y adoptado la misma prohibición, y no han necesitado mayor argumento que la vaga idea de las exigencias de la vida en común y el apoyo mayoritario de la decisión. Lafont podría indicar que esta jurisprudencia del Tribunal Europeo permite a la minoría religiosa conocer los argumentos y evidencias que deberá ofrecer para transformar en el futuro la opinión de los ciudadanos de estos países. Sin embargo, aunque sea cierto que el pequeño número de mujeres afectadas podrá volver a presentar su caso ante los tribunales internos, la doctrina del Tribunal Europeo les ha puesto más difícil que sus reclamaciones vuelvan a centrar el debate nacional sobre derechos o un debate público ampliado³⁴; y en el ínterin, las autoridades de estos Estados pueden estar forzando a que esas mujeres adultas no salgan de sus casas, con lo que la interacción institucional está contribuyendo a silenciar su voz.

Ahora bien, el Tribunal Europeo podría haber dado la razón a estas mujeres argumentando, tal como han denunciado múltiples organizaciones de derechos humanos, que tales prohibiciones violan su libertad religiosa³⁵. Si hubiera llegado a esta conclusión, su pretensión habría sido la de ir cerrando las conversaciones abiertas en Europa sobre la prohibición del uso público del velo integral, de modo paralelo a como el Tribunal Europeo ha ido cerrando

31 § 146-149.

32 § 129.

33 § 153.

34 Aquí la sentencia deferente del Tribunal Europeo tiene un efecto parecido al que comenta Lafont que provoca una mayoría cuando, a través del mecanismo democrático, alcanza una determinada decisión habiendo ignorado la voz y los argumentos de la minoría cuyos derechos se han visto afectados. Sin otra institución que pueda orientar el debate democrático hacia la razón pública se hace más difícil que las razones de la minoría vuelvan a ser escuchadas y enfrentadas por la mayoría en una deliberación que persiga la justificación mutua de las decisiones políticas.

35 En *S.A.S.*, el Tribunal Europeo detalla las recomendaciones y opiniones de organismos internacionales contrarios a esta prohibición, incluyendo la del propio Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, el cual considera la prohibición general del velo integral como una violación de derechos humanos. Véase § 37.

la posibilidad de restricciones jurídicas a los derechos de las personas homosexuales³⁶. Ante una eventual sentencia condenatoria, la mayoría nacional disidente habría tenido pocas opciones de reabrir el debate en el futuro, a no ser que el propio Tribunal Europeo cambiara de criterio. Para reabrir la discusión interna sobre la prohibición, el Estado necesitaría adoptar medidas drásticas: o bien denunciar y abandonar el Convenio, o bien desobedecer explícitamente la sentencia de Estrasburgo.

En pocas palabras, la intervención de un tribunal internacional puede tener efectos muy variados y, por tanto, no afirmaré, como sí hace Lafont, que la revisión judicial tenderá a abrir una conversación política donde se priorice la razón pública. Como he observado, a veces tendrá el efecto contrario y la posibilidad de contestación no estará disponible sin costes muy altos. De ahí que, en sociedades complejas y plurales, quizá no haya forma de ser optimista respecto al autogobierno democrático sin asumir algún tipo de atajo, al menos en la forma de idealizaciones o modelos normativos de ciudadanía y de función institucional. De todos modos, cuando se insiste en buscar atajos a la democracia es porque, en realidad, la legitimidad democrática no es lo único que importa en la organización legítima de una comunidad política a lo largo del tiempo³⁷. Es frecuente recordar que también nos preocupan la calidad y la mejora progresiva de los resultados que obtenemos del debate público. Esto es especialmente así cuando contemplamos una comunidad política como una estructura de cooperación razonable entre iguales que se orienta hacia el beneficio mutuo, idea que Lafont comparte³⁸. Esta aproximación al sentido de una comunidad política exige una organización institucional que persiga tanto la eficacia cooperativa (ya que la cooperación no tendría sentido si no resulta eficaz para alcanzar los fines comunes) como el reconocimiento mutuo entre los actores (que contribuye a la continuidad de esta cooperación a lo largo de tiempo). Por esta razón, más que buscar atajos al

36 Sobre la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derechos de las personas homosexuales, véase Johnson, P. *Homosexuality and the European Court of Human Rights*. London: Routledge, 2013. Para una crítica de la insuficiencia de esta evolución por no haber incorporado el derecho convencional al matrimonio igualitario, véase Bribosia, E.; Rorive, I. y Van den Eynde, L. *Same-Sex Marriage: Building an Argument before the European Court of Human Rights in Light of the US Experience*. En *Berkeley Journal of International Law*. 32(1), 2014, 1-43.

37 Entenderé la idea de legitimidad como la autoridad moral de una institución para adoptar decisiones de carácter vinculante. Siguiendo a Allen Buchanan, cabría indicar que, 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. Por esta razón, 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. Véase Buchanan, A. *The Heart of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2013, cap. 5.

38 Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., 97.

ideal de autogobierno democrático, deberíamos pensar en complementar ese ideal desde una visión sistémica de la legitimidad, donde la autoridad moral de cada institución involucrada no se juzga observando sus características aisladas sino de modo relacional, valorando cómo interactúan los diversos actores en la consecución de un fin común.

4. REVISIÓN DE CONVENCIONALIDAD Y CANALIZACIÓN DEL DEBATE PÚBLICO

Los tribunales internacionales de derechos humanos pueden contribuir a la tarea de complementación del ideal de autogobierno cuando su actuación sirve, no ya para iniciar una conversación constitucional o convencional, sino para canalizar la conversación en progreso sobre nuestros derechos. Podemos ilustrar esta idea tomando como ejemplo la conocida sentencia de 2011 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), en el caso *Gelman vs. Uruguay*, una decisión que ha recibido numerosas críticas de teóricos de la democracia por su carácter contramayoritario³⁹. En este asunto se valoraba la convencionalidad de la Ley de Caducidad uruguaya, una disposición que preveía la plena amnistía de los involucrados en violaciones graves de derechos humanos durante la dictadura militar (prolongada de 1973 a 1985)⁴⁰. La Corte consideró que el mantenimiento de esta ley vulneraba la Convención Interamericana de Derechos Humanos. La historia peculiar 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 constitucionalidad⁴¹, 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, una en 1989, que fue favorable

39 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n.º 221. 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. Sobre estas críticas véase, por ejemplo, Gargarella, R. *Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman*. En *SELA Papers*. 125, 2013.

40 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.

41 Mientras que en 1988 la Suprema Corte de Justicia de Uruguay consideró que la Ley de Caducidad era constitucional (sentencia n.º 184 de 2 de mayo), en el caso *Nibia Sabalsagaray* (sentencia n.º 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.

a la Ley de Caducidad, con un 57.6% de apoyo, y otra en 2009, que también fue favorable a mantener la ley, con un 52.3% de apoyo⁴².

En su sentencia, la Corte IDH no tuvo en cuenta el apoyo popular que esta norma obtuvo ni el largo período de debate interno, y valoró en abstracto el contenido de la ley⁴³. 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 delitos⁴⁴.

Esta sentencia es otro ejemplo de revisión judicial de perfil alto que realiza una valoración autónoma de convencionalidad sobre la base de argumentos de principio. La pretensión de la Corte IDH ha sido cerrar un largo camino de debate público sobre la constitucionalidad de esta ley. También ha pretendido cerrar, con ello, la discusión regional sobre la posibilidad de cualquier amnistía o perdón por las atrocidades producidas en el pasado. Dados los compromisos internacionales adquiridos por Uruguay al firmar el Pacto de San José, continuar el debate público interno a pesar de la sentencia denegatoria tendría costes altos para el Estado. Y contribuiría, además, a desestabilizar esta estructura internacional de derechos humanos.

¿Deberíamos asumir, entonces, que la Corte IDH dicte la última palabra en esta cuestión? Desde una lógica cooperativa, la preocupación por quién retiene la última palabra solo puede poseer un valor instrumental vinculado a la cuestión más específica de qué órgano está mejor situado en cada caso para garantizar una protección eficaz de los derechos. Pero el valor de la mejor situación de un órgano institucional también depende de su confiabilidad como cooperador. ¿De qué manera cabría incorporar estas consideraciones cuando pensamos en cómo asegurar un efecto comunicativo a la revisión judicial?

No obstante cerrar el debate sobre la posibilidad de estas amnistías y perdones, la sentencia de la Corte IDH posee un efecto comunicativo que podemos observar y valorar cuando adoptamos, tal como propone Lafont, una aproximación diacrónica a la justicia convencional. Este efecto es el de canalizar la conversación regional sobre cómo dejar atrás un pasado totalitario sin ignorar los derechos humanos de las víctimas. La decisión veta una vía determinada por falta de proporcionalidad en el balance de razones: el camino de la amnistía plena. Sin embargo, ello no impide que los Estados parte

42 Para los detalles de todo este proceso véase, por ejemplo, la reciente contribución de Sauca, J. M. *Deliberación, deferencia y Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso Gelman vs. Uruguay*. En *Araucaria*. 23(46), 2021, 529-551.

43 A pesar de ello, podría decirse que el resultado fue muy ajustado y que el apoyo popular disminuyó entre 1989 y 2009, con lo que sería razonable concluir que la sociedad uruguaya está dividida sobre la posibilidad para dejar atrás el pasado dictatorial a través de una amnistía plena.

44 *Caso Gelman vs. Uruguay*, esp. § 225-246.

puedan dejar atrás el pasado de otros modos, siempre que lo hagan a través de un debate político que persiga un mejor equilibrio de las razones en juego.

Ese efecto canalizador de la revisión judicial ha quedado plasmado, por ejemplo, en el Acuerdo de Paz de Colombia de 2016^[45]. Excluida la posibilidad de amnistía, los colombianos han requerido una deliberación más profunda sobre cómo compaginar la necesidad de paz con los derechos humanos de las víctimas del conflicto armado. Fruto de este debate público, ampliado también con la opinión de varios organismos internacionales, se ha previsto un sistema penal alternativo a la amnistía plena. Este sistema incluye amnistías condicionadas a dejar las armas y a colaborar en la averiguación de la verdad, la limitación de los crímenes amnistiables, el diseño de penas reducidas y especiales, que pueden no incluir prisión, así como la selección y priorización de casos⁴⁶.

A diferencia de la Ley de Caducidad uruguaya, los Acuerdos de Paz entre el gobierno nacional de Colombia y las FARC-EP, que también fueron sometidos a consulta popular, recibieron el rechazo de la ciudadanía por un estrecho margen, con el 50.21% de votos en contra. El Acuerdo de Paz acabó siendo alcanzado de todos modos, pero este rechazo ciudadano forzó el replanteamiento y la renegociación del pacto, y tuvo como efecto la incorporación en el Acuerdo Final de cambios propuestos por sus detractores. Si nos preguntamos por la coautoría democrática, no diría que este proceso asegura que los disidentes podrán sentirse coautores del Acuerdo Final, aunque, como apuntaba antes, el autogobierno democrático no es lo único relevante. Un sistema regional de derechos humanos es también una estructura institucional de cooperación para un fin común. Por esta razón, el buen funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos requiere tanto eficacia cooperativa como reconocimiento mutuo, y el Acuerdo de Paz en Colombia, a diferencia de la Ley de Caducidad uruguaya, parece mostrar un equilibrio cooperativo más razonable⁴⁷.

Sin embargo, con esta reflexión no pretendo defender el razonamiento de la Corte IDH en el caso *Gelman*. La sentencia tuvo, sin duda, el efecto de canalizar el debate público, pero ya he observado que nos interesan los efectos comunicativos por las razones adecuadas. Al limitarse a valorar en abstracto la Ley de Caducidad, la decisión de la Corte IDH resulta a mi juicio deficiente en términos cooperativos. Aunque no podré desarrollar esta cuestión, en algunos trabajos he defendido que estos tribunales internacionales deberían

45 Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, firmado en La Habana el 12 de noviembre de 2016.

46 Sobre esta cuestión véase, especialmente, Cervantes, A. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la justicia transicional*. México: Porrúa, 2021.

47 He desarrollado con mayor profundidad esta tesis en Iglesias Vila, M. *¿Conduce el constitucionalismo dialógico a cuestionar el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman?* En *Revista Derecho del Estado*. N.º 49, 2021, 91-110.

ejercer un rol más complejo, que contribuya a una adecuada distribución del trabajo colaborativo⁴⁸. En gran parte, este rol consiste en fiscalizar que los Estados resultan confiables como responsables primarios en la aplicación de un convenio de derechos humanos. Para llevar a cabo esta labor, el tribunal internacional debería tener una preocupación central por valorar si las autoridades nacionales a) actúan de forma imparcial en la protección de derechos humanos, b) muestran una cultura de la justificación que demanda incluir el respeto y satisfacción de derechos en las razones institucionales para la acción⁴⁹ y c) adoptan una mirada convencional y no meramente doméstica.

Pero aquí solo me detendré en destacar la importancia de que la revisión judicial persiga canalizar las conversaciones nacionales sobre derechos. Un tribunal internacional canaliza esta conversación cuando, por una parte, examina si el debate político previo a la decisión mayoritaria que se impugna ha gozado de una calidad deliberativa razonable, lo que conlleva que el tribunal se preocupe más por cómo las autoridades nacionales han alcanzado una medida restrictiva de derechos que por el propio contenido de esta medida⁵⁰. Por otra parte, también la canaliza cuando, en tanto órgano que posee la perspectiva más general dentro del sistema, maneja una lógica incremental en el momento de fiscalizar si los derechos reciben un mínimo estándar de protección nacional.

Cabría decir que ambas tareas se retroalimentan. A medida que se constitucionaliza el debate político en los diversos Estados, se van dando también las condiciones para aumentar las exigencias de calidad respecto de las razones con las que se restringen derechos humanos. Por este motivo, la revisión judicial, desde una aproximación cooperativa y diacrónica, tiene como finalidad combinar dos miradas en el control de convencionalidad. La primera es una mirada de abajo arriba (*bottom-up*), en la que el tribunal reconoce los procesos de reflexión domésticos y refleja la formación de consensos de mejora entre los Estados⁵¹. La segunda es una mirada de arriba abajo (*top-*

48 Sobre este punto véase Iglesias Vila, M. *Subsidiariedad y tribunales internacionales de derechos humanos: ¿deferencia hacia los estados o división cooperativa del trabajo?* En *Derecho PUCP*. N.º 79, 2017, 191-221.

49 Cultura en la que también cabe incluir a los ciudadanos a través del deber de civilidad que Lafont adopta de la teoría rawlsiana. Véase Lafont. *Democracy without Shortcuts*, cit., 180. Sobre la idea de una cultura democrática de la justificación véase, en especial, Dyzenhaus, D. *What is a Democratic Culture of Justification?* En Hunt, M.; Hooper, H. y Yowell, P. (eds.), *Parliament and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit*. Oxford: Hart, 2015, 425-445.

50 Sobre lo que suele denominarse “control de racionalidad procedimental” o “revisión procedimental” véanse, por ejemplo, Gerards, J. y Brems, E. (eds.). *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017; Spano, R. *The Future of the European Court of Human Rights. Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law*. En *Human Rights Law Review*. 18(3), 2018, 473-494.

51 Sobre las lógicas “*bottom-up*” y “*top-down*” en la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) véase Kleinlein, T. *The Procedural Approach of the European Court of Human Rights: Between Subsidiarity and Dynamic Evolution*. En *International and Comparative Law Quarterly*. 68(1), 2019, 91-110.

down), en la que el tribunal impulsa la consolidación de nuevos consensos de mejora y busca asegurar la eficacia cooperativa en la protección de derechos (impulso cuya aceptación por parte de los Estados también muestra su reconocimiento del tribunal con el que cooperan y su preocupación por la eficacia cooperativa del sistema)⁵².

CONCLUSIÓN

A lo largo de estas páginas he pretendido aportar algunas consideraciones críticas a la forma de constitucionalismo participativo que Cristina Lafont nos ofrece en *Democracy without Shortcuts*, un proyecto que resulta francamente prometedor a pesar de las limitaciones que he ido mencionando. He argumentado que su propuesta sería más poderosa si incluyera una posición normativa sobre el control de constitucionalidad o convencionalidad, abogando por alguna forma débil de revisión judicial⁵³, pero también si asumiera que el autogobierno democrático no es lo único que importa en la organización legítima de una comunidad política a lo largo del tiempo. Mi sugerencia ha sido que la revisión judicial, y aquí me he detenido especialmente en la que efectúan los tribunales internacionales de derechos humanos, puede contribuir al empoderamiento ciudadano si estos tribunales están bien integrados en una estructura institucional de carácter cooperativo que consolide su legitimidad sistémica y si, en definitiva, su actividad jurisdiccional sirve para canalizar el debate público orientándolo hacia la mejora paulatina de sus resultados en términos de derechos.

REFERENCIAS

Benhabib, S. *Exile, Statelessness, and Migration: Playing Chess with History from Hannah Arendt to Isaiah Berlin*. Princeton: Princeton University Press, 2018.

Brems, E. *S.A.S. v. France: A Reality Check*. En *Nottingham Law Journal*. Vol. 25, 2016, 58-72.

52 Aquí se asume, en definitiva, que un convenio de derechos humanos, al igual que una Constitución, son instrumentos vivos cuya aplicación requiere manejar una dinámica de interpretación evolutiva que combine una aproximación de carácter sociológico, que esté atenta a la evolución social de las convicciones morales de una sociedad, con una aproximación normativa incremental, que vaya aumentando las exigencias protectoras a medida que vayan mejorando las condiciones cooperativas. Sobre la idea de que el CEDH un instrumento vivo o la de una Constitución como un árbol vivo véanse Letsas, G. *The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy*. En Føllesdal, A.; Birgit P. y Geir U. (eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 2013, 106-141; Waluchow, W. J. *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 2007.

53 Véase, por ejemplo, Tushnet, M. *Alternative Forms of Judicial Review*. En *Michigan Law Review*. 101(8), 2003, 2781-2802.

- Bribosia, E.; Rorive, I. y Van den Eynde, L. *Same-Sex Marriage: Building an Argument before the European Court of Human Rights in Light of the US Experience*. En *Berkeley Journal of International Law*. 32(1), 2014, 1-43.
- Buchanan, A. *The Heart of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Cervantes, A. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la justicia transicional*. México: Porrúa, 2021.
- Douzinas, C. *The Paradoxes of Human Rights*. En *Constellations*. 20(1), 2013, 61.
- Dyzenhaus, D. *What is a Democratic Culture of Justification?* En Hunt, M.; Hooper, H. y Yowell, P. (eds.), *Parliament and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit*. Oxford: Hart, 2015, 425-445.
- Gargarella, R. *Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman*. En *SELA Papers*. 125, 2013.
- Gerards, J. y Brems, E. (eds.). *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Iglesias Vila, M. *¿Conduce el constitucionalismo dialógico a cuestionar el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman?* En *Revista Derecho del Estado*. N.º 49, 2021, 91-110.
- Iglesias Vila, M. *Subsidiariedad y tribunales internacionales de derechos humanos: ¿deferencia hacia los estados o división cooperativa del trabajo?* En *Derecho PUCP*. N.º 79, 2017, 191-221.
- Johnson, P. *Homosexuality and the European Court of Human Rights*. London: Routledge, 2013.
- Kleinlein, T. *The Procedural Approach of the European Court of Human Rights: Between Subsidiarity and Dynamic Evolution*. En *International and Comparative Law Quarterly*. 68(1), 2019, 91-110.
- Lafont, C. *Democracy without Shortcuts. A Participatory Conception of Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- Letsas, G. *The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy*. En Føllesdal, A.; Birgit, P. y Geir, U. (eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 2013, 106-141.
- Linares, S. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- Martínez-Torrón, J. *The (Un)protection of Individual Religious Identity in the Strasbourg Case Law*. En *Oxford Journal of Law and Religion*. 1(2), 2012, 363-385.
- Roa Roa, J. E., *Control de constitucionalidad deliberativo. El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial del legislador*. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2019.

- Sauca, J. M. *Deliberación, deferencia y Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso Gelman vs. Uruguay*. En *Araucaria*. 23(46), 2021, 529-551.
- Schauer, F. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 1990.
- Spano, R. *The Future of the European Court of Human Rights. Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law*. En *Human Rights Law Review*. 18(3), 2018, 473-494.
- Tushnet, M. *Alternative Forms of Judicial Review*. En *Michigan Law Review*. 101(8), 2003, 2781-2802.
- Waluchow, W. J. *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 2007.
- Young, I. M. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton: Princeton University Press, 1990.