

# III. DERECHO PÚBLICO EUROPEO



**EL ILIBERALISMO CONSTITUCIONAL  
HA LLEGADO PARA QUEDARSE. LAS  
EXPERIENCIAS CENTROEUROPEAS**

ADAM KRZYWONÍ

## SUMARIO

1. ¿QUÉ ES EL ILIBERALISMO CONSTITUCIONAL? 2. ILIBERALISMO CONSTITUCIONAL: ¿POR QUÉ HA LLEGADO Y QUÉ PAPEL HA TENIDO LA UE?
3. ¿QUÉ HACEN LOS ILIBERALES PARA MANTENERSE EN EL PODER?
4. TARDÍA, INSUFICIENTE Y PARCIAL REACCIÓN DE LA UE. 5. CONCLUSIONES: POLÍTICA IDENTITARIA EUROPEA Y DERROTA COMO FACTOR DINAMIZANTE.

# EL ILIBERALISMO CONSTITUCIONAL HA LLEGADO PARA QUEDARSE. LAS EXPERIENCIAS CENTROEUROPEAS

ADAM KRZYWON<sup>1</sup>

## 1. ¿QUÉ ES EL ILIBERALISMO CONSTITUCIONAL?

Los países de Europa Central se consideraban como un éxito inequívoco de la transición a la democracia constitucional, adopción de las políticas neoliberales y adhesión a la UE<sup>2</sup>. Son ejemplos de una revolución pacífica, en la cual los *outsiders* han sido capaz de sacar los *insiders* fuera de su autoridad política<sup>3</sup>. Desafortunadamente, en el año 2010 ha empezado un retroceso progresivo de los órdenes constitucionales liberales y pluralistas, primero en Hungría y luego en Polonia. Lo demuestran muy bien los índices democráticos: en 2010 los dos países se consideraban democracias consolidadas, mientras que 11 años más tarde Polonia se encuentra en el grupo de las democracias semi-consolidadas y Hungría se halla clasificada como un régimen transicional/híbrido<sup>4</sup>.

Parece que los actuales gobernantes de estos países están siguiendo el mismo guion, inspirado por la doctrina del «iliberalismo constitucional», que indica cómo —en pocos años— poner en práctica un orden que cuestiona los principios democráticos más importantes, sobre todo el Estado de Derecho<sup>5</sup>. Primero, hay que crear (y dirigir) una plataforma política, reuniendo a los representantes del «verdadero

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Varsovia, investigador en German Research Institute for Public Administration (FÖV), Freiherr-vom-Stein-Straße 2, 67346 Speyer, Alemania. Email: adam.krzywon@gmail.com ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6301-7729>

<sup>2</sup> Véase p.ej. ORENSTEIN, Mitchell (2013). «Reassessing the Neo-Liberal Development Model in Central and Eastern Europe», en SCHMID, V. y THATCHER, M. (eds.), *Resilient Liberalism in Europe's Political Economy*, Cambridge University Press, p. 375.

<sup>3</sup> ACKERMAN, Bruce (2019). *Revolutionary Constitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Harvard University Press, p. 4.

<sup>4</sup> Véase Freedom House, *Freedom in the World 2021. Democracy under Siege*, p. 5, [https://freedomhouse.org/sites/default/files/2021-02/FIW2021\\_World\\_02252021\\_FINAL-web-upload.pdf](https://freedomhouse.org/sites/default/files/2021-02/FIW2021_World_02252021_FINAL-web-upload.pdf).

<sup>5</sup> CASTILLO-ORTIZ, Pablo (2019). «The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe», *European Constitutional Law Review*, 15, pp. 48 y ss.; DRINÓCZI, Tímea y BIEN-KACAŁA, Agnieszka (2019). «Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland», *German Law Journal*, 20, pp. 1141 y ss.

pueblo», que se presenta como víctima del viejo orden elitista. Resulta crucial enfatizar las amenazas externas a la seguridad nacional y la moral. A continuación, se debe encontrar una forma de socavar las instituciones estatales independientes, sobre todo el poder judicial y los medios de comunicación públicos, mediante una combinación de técnicas legislativas, incluyendo nuevos nombramientos, jubilaciones anticipadas e incluso intimidación a los jueces. Los tribunales, sobre todo tribunales constitucionales, secuestrados políticamente son unas herramientas muy útiles para legitimar dudosas acciones del gobierno. Luego, hay que atacar a la sociedad civil, dibujándola como una élite financiada por el extranjero, cuya intención es imponer la ideología contraria a los valores nacionales. Es necesario asegurarse también de que los medios de comunicación privados e independientes se sientan amenazados para no proporcionar un control adecuado. Por último, vale la pena perjudicar a las instituciones académicas, cuestionando su autoridad y reduciendo la financiación<sup>6</sup>. Se trata entonces de crear un rápido efecto acumulativo para un sistema constitucional, por lo cual resulta crucial analizar el conjunto de los cambios legislativos, en vez de tomarlos por separado<sup>7</sup>.

Este guion, según lo indicado, se puso en práctica en Hungría a partir de 2010. En ese momento los iliberales polacos —reunidos en el partido Ley y Justicia— envidiosos de la mayoría constitucional de la que disponía el partido Fidesz y su dirigente Viktor Orbán, soñaban con «Budapest en Varsovia»<sup>8</sup>. Su oportunidad llegó con la mayoría parlamentaria absoluta en 2015, lo que permitió adoptar los mismos métodos, casi «copiar y pegar» de sus homólogos húngaros, y en una legislatura dismantelar el equilibrio constitucional y entrar en conflicto con las instituciones de la Unión Europea.

Teniendo en cuenta lo anterior, el marco teórico para el presente estudio es el mencionado iliberalismo constitucional. En la doctrina actual existen una multitud de conceptos teóricos que sirven para describir la actual crisis del sistema de la democracia constitucional presente en varios países<sup>9</sup>. Sería muy difícil, sino imposible, hacer referencia y comparación de todos, por lo tanto hay que elegir uno que mejor sirva para realizar el objetivo del presente estudio. En este caso es el iliberalismo constitucional, cuyo componente principal es la democracia iliberal. Se trata entonces de regímenes elegidos democráticamente —e incluso frecuentemente reelegidos— que ignoran los límites constitucionales del poder y subestiman los derechos y las libertades fundamen-

---

<sup>6</sup> GINSBURG, Tom y HUQ, Aziz Z. (2018). *How to Save a Constitutional Democracy*, University of Chicago Press, p. 116.

<sup>7</sup> SCHEPPELE, Kim Lane (2017). «Constitutional Coups in EU Law», en ADAMS, M., MEUWESE, A. y BALLIN, E. (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*, Cambridge University Press, pp. 446 y ss.

<sup>8</sup> Son emblemáticas las palabras de Jarosław Kaczyński, líder del partido Ley y Justicia, quien tras las perdidas elecciones generales de 2011 aseguró que «llegará el día en que Budapest estará en Varsovia», véase DRINÓCZI, Tímea y BIENÍ -KACAŁA, Agnieszka, *op. cit.*, p. 1145.

<sup>9</sup> Véase p.ej. LOUGHLIN, Martin (2019). «The Contemporary Crisis of Constitutional Democracy», *Oxford Journal of Legal Studies*, 39(2), pp. 435-454.

tales<sup>10</sup>. En la democracia iliberal el poder político se mantiene gracias a los repetidos procesos electorales, pero el gobierno viola sistemáticamente las libertades del pueblo que representa.

No obstante, según estudios recientes, el concepto del iliberalismo constitucional es más amplio que el de la democracia iliberal, ya que no se trata solo del hecho de que los líderes elegidos democráticamente abusan el poder. El iliberalismo constitucional engloba también una remodelación fluida de todo el sistema constitucional liberal dentro de una comunidad cultural y jurídica europea representada por el ideal occidental de desarrollo jurídico y democrático y que aparece bajo la égida del Consejo de Europa, pero sobre todo de la Unión Europea<sup>11</sup>.

En efecto se trata de una injerencia desproporcionada en los derechos y libertades constitucionales (sobre todo la libertad de expresión, la libertad de reunión, y la protección de minorías), así como en la independencia y autonomía de las instituciones esenciales para el equilibrio constitucional, capaces de oponerse a la consolidación del poder<sup>12</sup>. El iliberalismo constitucional se caracteriza entonces por cuatro rasgos esenciales: primero, siempre pretende aplicar las reglas del juego democráticas, en muchos casos incluso alega que defiende la democracia; segundo, utiliza instrumentalmente la ley ordinaria para obtener ganancias políticas inconstitucionales; tercero, su fuente de legitimidad política es la mayoría parlamentaria; cuarto, recurre a un determinado moral pública, por lo cual apoya las leyes y políticas que corresponden a un modelo particular de la vida individual y social. El principio de Estado de Derecho en estos regímenes se convierte en un concepto puramente formalista<sup>13</sup>.

El concepto del iliberalismo constitucional sirve también para enfatizar que los sistemas polaco y húngaro no son autoritarios, aunque se dirigen hacia esa dirección<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> ZAKARIA, Fareed (1997). «The Rise of Illiberal Democracy», *Foreign Affairs*, 76 (6), pp. 22 y ss.

<sup>11</sup> DRINÓCZI, Tímea y BIEN-KACAŁA, Agnieszka (2021). «Illiberal Constitutionalism and the European Rule of Law», en DRINÓCZI, T. y BIEN-KACAŁA, A. (eds.), *Rule of Law, Common Values, and Illiberal Constitutionalism: Poland and Hungary within the European Union*, Routledge, p. 21.

<sup>12</sup> Véase p.ej. TÓTH, Gábor A. (2019). «Constitutional Markers of Authoritarianism», *Hague Journal on the Rule of Law*, 11, pp. 37 y ss.; ŚLEDZIŃSKA-SIMON, Anna (2020). «Public Reason and Illiberal Democracy», en BELAVUSAU, U. y GLISZCZYŃSKA-GRABIAS, A. (eds.), *Constitutionalism under Stress*, Oxford University Press, pp. 297 y ss.

<sup>13</sup> AVBELJ, Matej (2017). «Pluralism and Systemic Defiance in the EU», en JAKAB, A. y KOCHENOV, D. (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford University Press, pp. 44 y ss.

<sup>14</sup> Varios autores discuten sobre la delimitación entre iliberalismo constitucional (democracia iliberal) y autoritarismo, indicando que un proceso de toma de decisiones que no respeta ningunos límites cuestiona automáticamente el componente democrático, véase DWORKIN, Ronald (2012). «What Democracy Is?», en TÓTH, G. A. (ed.), *Constitution for a Disunited Nation. On Hungary's 2011 Fundamental Law*, Central European University Press, p. 33 y TÓTH, Gábor Attila (2017). «Illiberal Rule of Law? Changing Features of Hungarian Constitutionalism», en en ADAMS, M., MEUWESE, A. y BALLIN, E. (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*, Cambridge University Press, p. 414.

No obstante, los gobernantes se preocupan por el amplio apoyo social. En cambio, la noción de autoritarismo se puede aplicar a los regímenes que son indiferentes hacia el apoyo social y gobiernan mediante el uso masivo de la violencia, la opresión y la coerción<sup>15</sup>. Los iliberales quieren ser amados por sus seguidores y están pendientes de las encuestas de opinión para comprobar sus índices de popularidad<sup>16</sup>.

Vale la pena enfatizar que entre la actual situación de Polonia y Hungría existen algunas diferencias significativas. En particular, Hungría desde 2012 cuenta con una nueva constitución, lo que no fue posible en Polonia debido a la falta de mayoría constitucional calificada. Además, la oposición parece muy débil en Hungría, mientras que sigue siendo algo más fuerte en Polonia. Asimismo, la influencia de los oligarcas se considera mucho más significativa en Hungría («estado mafioso postcomunista»)<sup>17</sup>. Los dos países tienen diferente estructura social e inclinación hacia los valores tradicionales (religión). Es distinta también la relación con la UE, ya que en Hungría es más pragmática, mientras que en Polonia parece tener carácter más emocional. Pese a esto, puede justificarse el análisis conjunto de estos dos países. Los cambios de los últimos años son muy similares, de carácter transformador, con el fin de construir un constitucionalismo iliberal, un Estado fuerte y eficaz, y una nación homogénea donde los derechos de las minorías carecen de importancia. En efecto, Polonia y Hungría son dos Estados miembros de la UE, cuya transformación constitucional ha logrado un punto casi incompatible con los valores europeos<sup>18</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, el objetivo de este artículo es —primero— explicar brevemente por qué el iliberalismo constitucional ha tenido tanto éxito en estos dos países y mostrar las técnicas legislativas que se han utilizado para cuestionar el equilibrio institucional establecido en la ley fundamental polaca y húngara. Este artículo adopta una perspectiva legal (constitucional); se centra en la dimensión global de los cambios en el sistema legal que refuerzan el secuestro político de varias instituciones del Estado, sobre todo del poder judicial. En segundo lugar, resulta necesario analizar la postura de la Unión Europea, incluyendo el uso de las herramientas de naturaleza jurídica y política.

Se formulan dos hipótesis principales. La primera predicción es que Hungría y Polonia han avanzado tanto en su camino hacia el iliberalismo constitucional, que resulta extremadamente difícil indicar técnicas legislativas simples que permitan un rápido regreso a la democracia liberal. En los últimos años las mayorías parlamentarias de los dos países han adoptado una multitud de leyes, causando un profundo efecto

<sup>15</sup> BUGARIĆ, Bojan (2020). «The Rise of Nationalist-Authoritarian Populism and the Crisis of Liberal Democracy in Central and Eastern Europe», en BELAVUSAU, U. y GLISZCZYŃSKA-GRABIAS, A. (eds.), *Constitutionalism under Stress*, Oxford University Press, p. 23.

<sup>16</sup> SADURSKI, Wojciech (2020). «Populism and Human Rights in Poland», en NEUMAN, G. L. (ed.), *Human Rights in a Time of Populism: Challenges and Responses*, Cambridge University Press, pp. 62-64.

<sup>17</sup> MAGYAR, Bálint (2016). *Post-communist Mafia State. The Case of Hungary*, CEU Press.

<sup>18</sup> DRINÓCZI, Tímea y BIEN-KACAŁA, Agnieszka, *op. cit.* (2019), p. 1142 y ss.



transformador y creando asimismo un sistema iliberal estable y autosuficiente. En otras palabras, pese al posible cambio político en Europa Central en el futuro, teniendo en cuenta la dimensión cuantitativa y cualitativa de los cambios legales acometidos, regresar a las vías del constitucionalismo liberal y reestablecer el Estado de Derecho resultará un proceso largo y complicado. Ni en la doctrina legal, ni en la práctica existen soluciones simples y rápidas para poder volver a transformar los sistemas iliberales centroeuropeos. La segunda hipótesis hace referencia a la Unión Europea que —después de haber eliminado todos los mecanismos internos del control y equilibrio en Polonia y Hungría— es el único actor que dispone de los instrumentos legales capaces de frenar el deterioro democrático en estos dos países. El profundo cambio iliberal y la objetiva dificultad de reestablecer el equilibrio constitucional no significan que no haya una necesidad de buscar modos de combatir los sistemas que violan constantemente los valores europeos comunes, establecidos y definidos en el derecho de la UE.

## 2. ILIBERALISMO CONSTITUCIONAL: ¿POR QUÉ HA LLEGADO Y QUÉ PAPEL HA TENIDO LA UE?

Determinar el catálogo completo las razones sociales que han llevado a este florecimiento de los órdenes iliberales centroeuropeos exige un estudio más complejo que, por lo general, queda fuera del ámbito del presente artículo. No obstante, vale la pena enfatizar que el cambio sistémico en Hungría y Polonia se debe más a factores socio-culturales, ideológicos (religiosos) y emocionales que económicos, aunque puede resultar también de la combinación de todos ellos<sup>19</sup>. La Gran Recesión de 2008-2014 no fue tan intensa en esta región, por lo que las raíces se hallan sobre todo en la «revolución silenciosa en los valores culturales»<sup>20</sup> y en la política identitaria<sup>21</sup>. El éxito del iliberalismo se debe a la aplicación de cierta retórica, las teorías de conspiración y la industria de las noticias falsas<sup>22</sup>. Un carismático líder político es capaz de inventar un «drama social» y movilizar las emociones de los electores a través de los temas que interpone y problemas que crea él mismo.

En gran parte este cambio se atribuye al miedo a lo extranjero y la necesidad de reconocer la cultura jurídica extranjera como superior a la propia. Lo que también contribuye al iliberalismo es una preocupación demográfica, relacionada con el envejecimiento de la población, las bajas tasas de natalidad, y la masiva emigración, provo-

---

<sup>19</sup> SADURSKI, Wojciech (2019a). *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford University Press, p. 169.

<sup>20</sup> NORRIS, Pippa y INGLEHART, Ronald (2018). *Cultural Backlash Trump, Brexit, and the Rise of Authoritarian Populism*, Cambridge University Press.

<sup>21</sup> FYKUYAMA, Francis (2018). *Identity: The Demand for Dignity and the Politics of Resentment*, Farrar, Straus and Giroux.

<sup>22</sup> KREKÓ, Péter y ENYEDI, Zsolt (2018). «Explaining Eastern Europe: Orbán's Laboratory of Illiberalism», *Journal of Democracy*, 29 (3), p. 39.

cando un temor a una llegada de extranjeros inasimilable, susceptible de diluir la identidad nacional y dañar la cohesión social<sup>23</sup>. Por estas razones el discurso antinmigrante ha tenido tanto éxito en Europa Central, provocando al mismo tiempo una reacción por parte de las instituciones de la UE, incluyendo el TJUE<sup>24</sup>.

Parece que, en Polonia, antes de 2015, no había una clara demanda social para un cambio hacia el iliberalismo constitucional<sup>25</sup>. No obstante, una considerable parte de la sociedad se sentía políticamente abandonada, por lo cual resultó tan rentable crear una atractiva «oferta» política —una conversión ideológica— basada en la inclusión social. Uno de los factores decisivos fue el aumento general de las aspiraciones sociales, combinado con el reconocimiento del Estado como un actor activo y fuerte. La manifestación práctica de este fenómeno la demuestra el éxito de una generosa política social (familiar) realizada consecuentemente a partir de 2015 por el gobierno polaco<sup>26</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, fueron los políticos quienes facilitaron esta revolución sociocultural que provocó en pocos años una transformación profunda del sistema legal y constitucional. Pese a esto, resulta razonable formular la pregunta de si institucionalmente hay alguien responsable del éxito de los iliberalismos húngaro y polaco. O, mejor dicho, ¿tiene parcialmente culpa la UE y su alegado «déficit democrático»? Existen autores que argumentan que se trata de un fenómeno más amplio y del fracaso del propio proceso de integración europea, que habría provocado el crecimiento de los

<sup>23</sup> KRASTEY, Ivan y HOLMES, Stephen (2018). «Explaining Eastern Europe: Imitation and Its Discontents», *Journal of Democracy*, 29 (3), p. 117.

<sup>24</sup> El mejor ejemplo de esta postura es Hungría donde el ambiente antinmigrante es particularmente fuerte. Lo demuestra bien el referéndum, celebrado el 2 de octubre de 2016, sobre las cuotas propuestas por la UE para la reubicación de los refugiados. Hay que mencionar también que en esta esfera existen varios dictámenes del TJUE. Primero, la sentencia del TJUE de 25 de enero de 2018, F/Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal, C-473/16, EU:C:2018:36, en la cual el Tribunal ha cuestionado la práctica de las autoridades húngaras de someter a un solicitante de asilo a un examen psicológico para determinar su orientación sexual. Segundo, la sentencia de 2 de abril de 2020, Comisión/Polonia, Hungría, República Checa, asuntos acumulados C-715/17, C-718/17 y C-719/17, EU:C:2020:257, en la cual el TJUE declaró que, al negarse a atenerse al mecanismo temporal de reubicación de solicitantes de protección internacional, Polonia, Hungría y República Checa incumplieron sus obligaciones derivadas del derecho de la UE. Tercero, la sentencia de 14 de mayo de 2020, Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság, asuntos acumulados C-924/19 PPU y C-925/19 PPU, EU:C:2020:367, en la cual el TJUE declaró que no se puede detener a los refugiados en un centro de tránsito cerrado. Cuarto, la sentencia de 17 de diciembre de 2020, Comisión/Hungría, C-808/18, EU:C:2020:1029, en el cual el TJUE declaró el incumplimiento por parte de Hungría del derecho de la UE en materia de procedimientos relativos a la concesión de protección internacional y de retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

<sup>25</sup> MARKOWSKI, Ryszard (2019). «Creating Authoritarian Clientelism: Poland After 2015», *Hague Journal on the Rule of Law*, 11, p. 112.

<sup>26</sup> GDULA, Maciej (2017). «Dobra zmiana w Miastku. Neoautorytaryzm w polskiej polityce z perspektywy małego miasta», *Krytyka Polityczna*, Friedrich Ebert Stiftung, <https://krytykapolityczna.pl/file/sites/4/2017/10/Dobra-zmiana-w-Miastku.pdf>

nacionalismos eurofóbicos<sup>27</sup>. Por lo anterior, para muchos políticos y sus seguidores, la UE sirve como símbolo de todos los males y personifica a banqueros codiciosos y a tecnócratas que imponen la austeridad, el dumping social, la inmigración incontrolada, el pluralismo y el multiculturalismo forzados. Se responsabiliza también a los tribunales, incluyendo tribunales supranacionales como el TJUE. Además, una parte de la doctrina alega que, en la práctica, existía una desconexión entre estos órganos y la sociedad, combinada con la sustitución de la deliberación parlamentaria por la justificación judicial. Los tribunales pueden tanto contribuir a la recuperación de los proyectos constitucionales supranacionales como a la creación de un sentimiento de inferioridad o superioridad que puede exacerbar las tensiones sociales<sup>28</sup>.

Además, algunos argumentan que el enfoque tecnocrático, sobre todo en lo que se refiere al sistema de la separación (división) de poderes —promovido en Europa Central antes de la adhesión de varios países de esta región a la UE en 2004— ha fallado y es causa parcial del presente éxito del constitucionalismo iliberal. Según estos autores, pese a la falta de las tradiciones constitucionales, la UE ha presionado fuertemente para adoptar el mismo modelo en todos los nuevos miembros, lo que incluía poderosos tribunales constitucionales, el autogobierno judicial (consejos del poder judicial) y otros organismos públicos autónomos que se habilitaron a expensas de las instituciones políticas<sup>29</sup>. Los países de Europa Central adoptaron sin resistencia esta «talla única», lo que permitió que el poder judicial —aprovechándose del apoyo de las élites intelectuales— optara por una activa reinterpretación de las normas constitucionales, reduciendo la discrecionalidad de los poderes políticos y judicializando prácticamente todos los aspectos de la vida política. Casi dos décadas más tarde esta despolitización forzosa facilitó a los iliberales el ataque a la separación de poderes, en particular a su componente de control y equilibrio. En otras palabras, una reacción (o exigencia) excesiva, junto con la debilidad de la sociedad civil que acababa salir del periodo del comunismo, las imperfecciones de la educación pública y otros factores sociológicos, produjo otra reacción excesiva<sup>30</sup>.

No obstante, el éxito del constitucionalismo iliberal es difícil de explicar a través del prisma del alegado «déficit democrático» de la UE. Es verdad que el marco legal (constitucional) europeo no se ha construido para abordar el problema de los Estados Miembros que se retiran del compromiso de respetar los valores comunes, sino al revés. Es la configuración institucional de la misma UE la que permite a los Estados controlar

<sup>27</sup> HABERMAS, Jürgen (2018). «'New' Perspectives for Europe», *Social Europe*, <https://www.socialeurope.eu/new-perspectives-for-europe>.

<sup>28</sup> PIN, Andrea (2019). «The transnational drivers of populist backlash in Europe: The role of courts», *German Law Journal*, 20, pp. 225 y ss.

<sup>29</sup> KOSAR, David; BAROŠ, Jiří y DUFEK, Pavel (2019). «The Twin Challenges to Separation of Powers in Central Europe: Technocratic Governance and Populism», *European Constitutional Law Review*, 15, pp. 443-450.

<sup>30</sup> TÓTH, Gábor Attila, *op. cit.* (2017), p. 396.

las acciones de los órganos europeos<sup>31</sup>. El iliberalismo centroeuropeo cambia esta perspectiva, ya que demuestra que puede existir un grave déficit democrático en el nivel nacional y que la UE debe desempeñar un papel activo e importante para solucionar estos problemas<sup>32</sup>. Se trata pues de los fenómenos que subestiman el núcleo esencial de la integración europea: confianza mutua entre los Estados Miembros y sus órganos/instituciones que permite el funcionamiento eficaz del mercado común y el espacio europeo de justicia<sup>33</sup>. Además, el debate sobre el «déficit democrático» de la UE se enfoca erróneamente en la legitimidad institucional de la UE, mientras que lo crucial resulta su legitimidad normativa: el sistema de valores que personifica la Unión. En consecuencia, el desafío a estos fundamentos axiológicos debería provocar el seguimiento por parte de la UE de una línea dura, ya que su principio legitimador está en peligro.

En este contexto, convence más la explicación de que no es la cuestión de la arquitectura institucional de la UE y su «déficit democrático», sino parcialmente la «desconexión democrática»<sup>34</sup> y la falta de la confianza entre varios actores<sup>35</sup>. Se trata más bien de un déficit de una determinada política, debido a la segmentación de los espacios públicos por la debilidad de los actores políticos<sup>36</sup>. En varios campos, tales como la política económica, la migración y la seguridad interna, en el último decenio había una demanda de más activismo por parte de la UE, mientras que la Unión se ha basado casi exclusivamente en las capacidades nacionales para resolver estos problemas. Por lo anterior, es razonable reclamar una política más participativa y más acción social, no solo con ocasión de la reforma de los Tratados, sino en el funcionamiento ordinario de la UE<sup>37</sup>.

Además, vale la pena indicar dos posturas de las sociedades centroeuropeas. Primero, los estudios recientes no demuestran que en esta región haya un descontento relacionado con la pertenencia a la UE o con su funcionamiento institucional. Según

<sup>31</sup> SCHEPPELE, Kim Lane y KELEMEN, R. Daniel (2020). «Defending Democracy in EU Member States: Beyond Article 7 TEU», en BIGNAMI, F. (ed.), *EU Law in Populist Times: Crises and Prospects*, Cambridge University Press, p. 415.

<sup>32</sup> KELEMEN, R. Daniel (2017). «Europe's Other Democratic Deficit: National Authoritarianism in Europe's Democratic Union», *Government and Opposition*, 52 (2), pp. 211-212.

<sup>33</sup> MAGEN, Amichai y PECH, Laurent (2018). «The rule of law and the European Union», en MAY, C. y WINCHESTER, A. (eds.), *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar Publishing, p. 256.

<sup>34</sup> LINDSETH, Peter L. (2020). «The Democratic Disconnect, the Power-Legitimacy Nexus, and the Future of EU Governance», en BIGNAMI, F. (ed.), *op. cit.*, p. 505.

<sup>35</sup> MÖLLERS, Christoph (2018). «Constitutional State of the European Union», en SCHÜTZE, R. (ed.), *Globalisation and Governance: International Problems, European Solutions*, Cambridge University Press, p. 255.

<sup>36</sup> ARES, Cristina y BOUZA, Luis (2019). «Nuevos enfoques teóricos en los análisis de la UE», en ARES, C. y BOUZA, L. (eds.), *Política de la Unión Europea. Crisis y continuidad*, Centro de Investigaciones Sociológicas, p. 23.

<sup>37</sup> PERNICE, Ingolf (2015). «Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe», *European Constitutional Law Review*, 11, p. 541. Véase también MOSER Carolyn y RITTBERGER (2021). «The CJEU and EU (De)constitutionalization – Unpacking Jurisprudential Responses», *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper*, 2021-09, pp. 8-12.

el Eurobarómetro, el apoyo a la pertenencia a la UE, tanto en Polonia, como en Hungría, sigue siendo muy alto, por encima de la mediana europea. El 68% de polacos y el 71% de húngaros lo consideran como un hecho positivo para su país; el 86% de polacos y el 84% de húngaros creen que sus países se han beneficiado de la pertenencia a la UE<sup>38</sup>. Segundo, la mayoría de los polacos y los húngaros es consciente de que los actuales acontecimientos políticos debilitan los principios democráticos y el Estado de Derecho. Según *Democracy Perception Index 2021*, solo el 31% de los polacos y el 29% de los húngaros piensan que sus países continúan siendo democráticos<sup>39</sup>.

Resultaría precipitado concluir que para los ciudadanos húngaros y polacos los valores democráticos no tienen importancia. Sin duda, los argumentos y datos presentados demuestran que es crucial una política de inclusión, un cierto activismo institucional en solucionar los problemas sociales y la participación ciudadana. Es lo que ha funcionado a nivel nacional desde 2010 (Hungría) y 2015 (Polonia), por lo que puede tener éxito también en el contexto supranacional. La Unión Europea debería utilizar los mismos métodos, aprovechando además el fuerte apoyo que tiene en las sociedades centroeuropeas.

### 3. ¿QUÉ HACEN LOS ILIBERALES PARA MANTENERSE EN EL PODER?

Esta sección analiza las técnicas legislativas utilizadas por los iliberales para cambiar profundamente el sistema constitucional. Me centraré en las modificaciones que estabilizan la dimensión iliberal, convirtiéndole en un régimen autosuficiente. Este examen no pretende ser exhaustivo, ya que existe una gran cantidad de cambios, minuciosamente estudiados en la doctrina de derecho sobre Polonia<sup>40</sup> y sobre Hungría<sup>41</sup>. Hay que recordar también, como se ha mencionado antes, que la diferencia entre estos dos países consiste en que en Hungría la mayoría de los cambios se produjo a través de una reforma constitucional, que respetaba las normas procedimentales vigentes, en parti-

---

<sup>38</sup> Véase los resultados de la encuesta de Eurobarómetro para Polonia: <https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/files/be-heard/eurobarometer/2019/post-election-survey-2019-complete-results/national-factsheets/pl-pl-post-election-survey-2019-factsheet.pdf>; y para Hungría: <https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/files/be-heard/eurobarometer/2019/post-election-survey-2019-complete-results/national-factsheets/hu-hu-post-election-survey-2019-factsheet.pdf>.

<sup>39</sup> Democracy Perception Index 2021: <https://latana.com/democracy-perception-index-report-2021>.

<sup>40</sup> Véase p.ej. SADURSKI, Wojcech, *op. cit.* (2019a).

<sup>41</sup> Véase p.ej. UITZ, Renáta (2015). «Can you tell when an illiberal democracy is in the making? An appeal to comparative constitutional scholarship from Hungary», *International Journal of Constitutional Law*, 13 (1), pp. 279-300. Véase también el debate *Restoring Constitutionalism* en *Verfassungsblog*: <https://verfassungsblog.de/category/debates/restoring-constitutionalism>.

cular, el requerimiento de una mayoría constitucional<sup>42</sup>; mientras en Polonia, donde Ley y Justicia, tanto en las elecciones parlamentarias de 2015 como en 2019 no obtuvo suficientes escaños, las normas constitucionales se modifican oficiosamente mediante la legislación ordinaria<sup>43</sup>.

Una de las primeras y principales esferas, donde el asalto iliberal se mostró con toda su fuerza, fue el poder judicial<sup>44</sup>. Se trata de ataques frontales contra la estabilidad y la autonomía de los tribunales con el fin de subordinar su funcionamiento a la política<sup>45</sup>. La estrategia esencial es el *courtpacking*; consiste en incrementar el número de jueces, permitiendo a la mayoría política de turno presentar sus candidatos y controlar el proceso de nombramiento<sup>46</sup>. Simultáneamente, se puede observar una politización profunda de las designaciones judiciales. Los liberales tampoco dudan a la hora de utilizar otros mecanismos, tales como una simple destitución de los jueces<sup>47</sup>. Debe mencionarse además la prórroga o la reducción del mandato del juez o la manipulación de la edad de la jubilación<sup>48</sup>.

Esta metodología fue utilizada tanto en Hungría, como en Polonia. Primero, los liberales comprendieron que al desplazar a los tribunales constitucionales —instituciones fundamentales para el Estado de Derecho— eliminaban el principal obstáculo para el cumplimiento de sus aspiraciones políticas. En Hungría, la nueva constitución limitó los poderes del Tribunal Constitucional, aumentó el número de jueces y cambió el procedimiento para su nombramiento. Es lo que permitió a Victor Orbán llenar el Tribunal húngaro con sus protegidos<sup>49</sup>. La razón de limitar sus competencias fue

<sup>42</sup> JAKAB, András (2019). «El fracaso en Hungría del fortalecimiento institucional constitucional: los elementos institucionales informales como precondiciones y como consecuencias de la eficacia formal de las normas jurídicas», *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, pp. 161-191.

<sup>43</sup> BERNATT, Maciej y ZIÓŁKOWSKI, Michał (2019). «Statutory Anti-Constitutionalism», *Washington International Law Journal*, 28 (2), pp. 487 y ss.

<sup>44</sup> Los actuales problemas relacionados con la independencia judicial han sido detalladamente presentados en los Informes de la Comisión Europea de 20 de julio de 2021 sobre la situación del Estado de Derecho en Hungría (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021SC0714>) y en Polonia (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021SC0722>).

<sup>45</sup> FAGGIANI, Valentina (2019). «La ‘rule of law backsliding’ como categoría interpretativa del declive del constitucionalismo en la UE», *Revista Española de Derecho Europeo*, 71, pp. 57 y ss.

<sup>46</sup> CHANG, Wen-Chen (2019). «Back into the political? Rethinking judicial, legal, and transnational constitutionalism», *International Journal of Constitutional Law*, 17 (2), pp. 456-457.

<sup>47</sup> BRZOZOWSKI, Wojciech (2018). «The Removal of Judges and the Rule of Law», en BELOV, M. (ed.), *Rule of Law at the Beginning of the Twenty-First Century*, Eleven International Publishing, pp. 275-292.

<sup>48</sup> La jubilación forzosa de los jueces húngaros y polacos fue cuestionada por el TJUE en las sentencias de 24 de junio de 2019, Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo), C-619/18, EU:C:2019:531 y 5 de noviembre de 2019, Comisión/Polonia (Independencia de los Tribunales Ordinarios), C-192/19, EU:C:2019:924, así como en la sentencia de 6 de noviembre de 2012, Comisión/Hungría, C-286/12, EU:C:2012:687.

<sup>49</sup> HALMAI, Gabor (2012). «From the ‘Rule of Law Revolution’ to the Constitutional Counter-Revolution in Hungary», en BEDENEK, W. (ed.), *European Yearbook of Human Rights*, Intersentia,

garantizar que el Tribunal húngaro no impida la introducción de las leyes y enmiendas específicas y políticamente importantes (*targeted legislation*)<sup>50</sup>. En Polonia, la neutralización, y luego el secuestro político, del Tribunal Constitucional se realizó en varias etapas y contenía diferentes aspectos (personal, institucional y procedimental)<sup>51</sup>. El actual Tribunal polaco es un actor político altamente intervencionista<sup>52</sup>, dispuesto —a petición del ejecutivo— a legitimar literalmente cualquier de los controvertidos cambios legislativos<sup>53</sup>. La falta de su independencia, relacionada con la violación grave de las normas constitucionales y ordinarias correspondientes al nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional polaco ha sido confirmada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH)<sup>54</sup>. En general, el diseño institucional y las funciones que desempeñan los tribunales constitucionales de Hungría y Polonia son incompatibles con los fundamentos normativos del constitucionalismo jurídico y político<sup>55</sup>.

Tras neutralizar a los tribunales constitucionales, los liberales centroeuropeos continuaron con los ataques a los tribunales ordinarios. Como se ha mencionado, se ha destituido a los presidentes de los tribunales<sup>56</sup> y se ha manipulado la edad de jubilación de los jueces, introduciendo mecanismos de prórroga que permitían al ejecutivo decidir discrecionalmente si un juez, al alcanzar cierta edad, podía continuar desempeñando sus funciones. En Polonia, se produjo también un asalto al Tribunal Supremo (TS) y

pp. 367-384; TUSHNET, Mark (2015). «Authoritarian Constitutionalism», *Cornell Law Review*, 100, pp. 433-435.

<sup>50</sup> BAKÓ, Beáta (2021), «Hungary's Latest Experiences with Article 2 TEU: The Need for 'Informed' EU Sanctions» en VON BOGDANDY, A. et al. (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Springer, p. 38.

<sup>51</sup> Véase KRZYWOŃ, Adam (2018). «La crisis constitucional en Polonia (2015-2017): Como cuestionar el sistema del equilibrio constitucional en dos años», *Teoría y Realidad Constitucional*, 41, pp. 361-369.

<sup>52</sup> BROWN, Nathan J. y WALLER, Julian G. (2016). «Constitutional courts and political uncertainty: Constitutional ruptures and the rule of judges», *International Journal of Constitutional Law*, 14 (4), pp. 817 y ss.

<sup>53</sup> GARLICKI, Leszek (2019). «Constitutional Court and Politics. The Polish Crisis», en LANDFREID, C. (ed.), *Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, Cambridge University Press, pp. 141-162; SADURSKI, Wojciech (2019b). «Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler», *Hague Journal on the Rule of Law*, 11 (1), pp. 63-84; BRZOZOWSKI, Wojciech (2019). «Can the Constitutional Court Accelerate the Democratic Backsliding? Lessons from the Polish Experience», en BELOV, M. (ed.), *The Role of Courts in Contemporary Legal Orders*, Eleven International Publishing, pp. 371-382.

<sup>54</sup> Véase la sentencia del TEDH de 7 de mayo de 2021, Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Polonia, 4907/18.

<sup>55</sup> CASTILLO-ORTIZ, Pablo, *op. cit.*, pp. 48-72.

<sup>56</sup> Véase las sentencias del TEDH de 23 de junio de 2016, Baka v. Hungría, 20261/12 y de 29 de junio 2021, Broda y Bojara v. Polonia, 26691/18 y 27367/18. En esas dos sentencias relacionadas respectivamente con la destitución (terminación prematura del mandato) del presidente del Tribunal Supremo en Hungría y los vicepresidentes de los tribunales ordinarios en Polonia, el TEDH declaró la violación del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Consejo Nacional del Poder Judicial (CNPJ). Después de haber establecido una nueva estructura del TS y haber secuestrado políticamente el CNPJ<sup>57</sup>, la mayoría parlamentaria ganó la posibilidad de nombrar a sus protegidos<sup>58</sup>. Además, los ataques al poder judicial polaco tienen una dimensión individual. Para ello se utilizan varios instrumentos que violan las garantías constitucionales e internacionales de la independencia judicial (p.ej. el principio de inamovilidad<sup>59</sup>), sobre todo los mecanismos de responsabilidad disciplinaria<sup>60</sup>. Lo anterior provoca una seria preocupación en la UE<sup>61</sup>, cuyos órganos utilizaron incluso los instrumentos financieros<sup>62</sup>. Además, los liberales pola-

<sup>57</sup> SADURSKI, Wojciech, *op. cit.* (2019a), pp. 97-126.

<sup>58</sup> Véase la sentencia del TJUE de 19 de noviembre de 2019, A.K. (Independencia de la Cámara Disciplinaria del Tribunal Supremo), asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18, EU:C:2019:982, donde el TJUE indicó, entre otras cuestiones, que el CNPJ en su nueva composición se constituyó mediante un acortamiento del mandato constitucional de 4 años en curso de los miembros que hasta entonces lo componían y que 23 de los 28 miembros del CNPJ procedían directamente de los poderes políticos o habían sido elegidos por estos. Lo anterior ha sido confirmado por el TEDH en la sentencia de 22 de julio de 2021, *Reczkowicz v. Polonia*, 43447/19, donde ha constatado graves irregularidades en el nombramiento de los jueces de la recién creada Sala Disciplinaria del TS tras la reforma legislativa. La recomendación de los candidatos para el nombramiento judicial se ha confiado al CNPJ, un órgano que carecía de suficientes garantías de independencia respecto al poder legislativo y al ejecutivo (una influencia externa indebida). Véase también la sentencia del TEDH de 8 de noviembre de 2021, *Dolińska-Ficek y Ozimek v. Polonia*, 49868/19 y 57511/19.

<sup>59</sup> Véase la sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2021, *W.Ż.*, C-487/19, EU:C:2021:798.

<sup>60</sup> MAGALDI, Nuria (2020). «Una nueva advertencia a Polonia sobre la (in)dependencia de su poder judicial. A propósito de la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2020, *Miasto Łowicz y otros*», *Revista General de Derecho Europeo*, 52, pp. 8-15; ZOLL, Fryderyk y WORTHAM, Leah (2021). «Weaponizing judicial discipline: Poland», en DEVLIN R. y WILDEMAN S. (eds.), *Disciplining Judges: Contemporary Challenges and Controversies*, Edward Elgar Publishing, pp. 278-306.

<sup>61</sup> Véase la sentencia del TJUE de 15 de julio de 2021, Comisión/Polonia (Régimen disciplinario de jueces), C-791/19, EU:C:2021:596, donde el TJUE ha confirmado que la totalidad del sistema de responsabilidad disciplinaria de los jueces en Polonia violaba el derecho de la UE. En este asunto el TJUE había dictado también un auto (del 8 de abril de 2020, C-791/19 R, EU:C:2020:277), suspendiendo la nueva Cámara Disciplinaria del TS, indicando que hasta la sentencia final no se puede garantizar que los procedimientos disciplinarios respeten la independencia judicial. Las autoridades polacas ignoraron completamente esta suspensión. La misma Cámara Disciplinaria ha dirigido al TC polaco una cuestión de constitucionalidad, preguntando si la obligación de ejecutar las medidas provisionales del TJUE, que se refieren al funcionamiento de los órganos constitucionales, viola las previsiones de la ley fundamental polaca. En la sentencia de 14 de julio de 2021, P 7/20 el TC polaco ha declarado que el art. 4 apartado 3 TUE, en relación con el art. 279 TFUE, le permiten al TJUE imponer *ultra vires* las obligaciones a Polonia, por lo tanto violan la Constitución polaca. Es una de las mejores muestras de la autosuficiencia y el auto-refuerzo del iliberalismo constitucional. Véase también PECH, Laurent (2021). «Protecting Polish judges from Poland's Disciplinary "Star Chamber": *Commission v. Poland (Interim proceedings)*», *Common Market Law Review*, 58(1), pp. 137 y ss.

<sup>62</sup> Véase el asunto pendiente ante el TJUE, Comisión/Polonia, C-204/21. En este asunto, a través de un auto de 14 de julio de 2021, C-204/21 R, EU:C:2021:593, el TJUE también ha suspendido la Cámara Disciplinaria del TS. Debido a la falta de ejecución de esta medida provisional, en el auto de 27 de octubre de 2021, C-204/12 R, EU:C:2021:878, el TJUE ha dictado una multa coercitiva de 1 millón euros por cada día del funcionamiento de la suspendida Cámara. Las autoridades polacas siguen igno-



cos, junto al poder judicial, secuestraron políticamente también la fiscalía, por lo cual no existe allí una justicia penal neutral y eficaz<sup>63</sup>.

No solo el poder judicial está bajo una presión política muy fuerte, el iliberalismo constitucional convierte también el parlamento nacional en instrumento al servicio de ejecutivo. El legislativo no cumple su papel de centro de debate político y supervisión del gobierno. Tener una mayoría absoluta permite hacer literalmente todo, sin ningún tipo de límites institucionales, ni procedimentales. El proceso legislativo ha perdido su carácter deliberativo, ya que la mayoría parlamentaria es capaz de promulgar una ley en unos días o incluso en horas<sup>64</sup>. El sistema iliberal demuestra así su capacidad para solucionar de manera inmediata y eficaz cualquier problema social o jurídico. Tampoco se respetan los derechos de la oposición, lo que bien evidencia el ejemplo de excluir a los diputados polacos opositores de la sesión parlamentaria y su cambio de lugar —fuera de la cámara principal y con acceso restringido— durante el proceso de aprobación del presupuesto general del Estado en 2016, así como el ejemplo húngaro de limitar la libertad de expresión de los diputados de la oposición, a través de multas financieras y regímenes de responsabilidad<sup>65</sup>.

Por último, vale la pena mencionar los medios de comunicación públicos que se convirtieron en portavoces del gobierno, una herramienta de una propaganda torpe y campaña negativa hacia la oposición y las minorías. De hecho, fue uno de los primeros cambios introducidos tanto en Hungría (en 2010 el partido Fidesz aseguró un mayor control del ejecutivo sobre los nombramientos de las autoridades reguladoras de la televisión y la radio<sup>66</sup>), como en Polonia (en 2015, se aprobó una ley destituyendo las autoridades de la radio y la televisión públicas —pese al requisito de periodicidad de sus mandatos— y en 2016 se efectuó un cambio institucional que consistía en la marginalización de la función sistémica del órgano constitucional responsable de la vigilancia por la libertad de expresión, el derecho a la información y el interés público en los medios de comunicación<sup>67</sup>). Al mismo tiempo, los medios privados han estado sometidos a una presión política muy fuerte, incluyendo instrumentos económicos. Se trata de un fenómeno de *subsidized speech*, cuando p.ej. la publicidad de las empresas

---

rando todas estas medidas y su única reacción fue una moción al TC polaco (K 8/21, asunto pendiente) donde cuestionan la competencia del TJUE de imponer multas coercitivas por el incumplimiento de las medidas provisionales (art. 279 TFUE y art. 39 del Estatuto del TJUE).

<sup>63</sup> RYAN, Andrea (2016). «Comparative procedural traditions: Poland's journey from socialist to 'adversarial' system», *The International Journal of Evidence & Proof*, 20 (4), pp. 305 y ss.

<sup>64</sup> El mejor ejemplo son las leyes del Tribunal Constitucional polaco; entre noviembre de 2015 y diciembre de 2016 se promulgaron nada menos que 5 leyes reguladoras de la condición del TC y del régimen de procedimiento ante el mismo; véase KRZYWOŃ, Adam, *op. cit.* (2018), p. 362.

<sup>65</sup> Véanse las sentencias del TEDH de 17 de mayo de 2016, Karácsony y otros v. Hungría, 42461/13 y 44357/13; de 8 de noviembre de 2018, Szanyi v. Hungría, 35493/13.

<sup>66</sup> BAJOMI-LÁZÁR, Péter (2015). «Political Actors and the Colonization of the Media» en ZIELONKA, J. (ed.), *Media and Politics in New Democracies: Europe in a Comparative Perspective*, Oxford University Press, p. 69.

<sup>67</sup> Véase KRZYWOŃ, Adam, *op. cit.* (2018), pp. 372-375.

controladas por el Estado esta redirigida exclusivamente hacia los medios de comunicación controlados y apoyados por el gobierno<sup>68</sup>.

En este contexto está claro que los cambios presentados estabilizan la dimensión iliberal de los sistemas húngaro y polaco. En los dos países se ha creado un orden autosuficiente que con el paso de tiempo se refuerza a sí mismo. Basta recordar que en el TC polaco hay magistrados elegidos para estos cargos de forma ilícita (denominados «dobles de magistrados»<sup>69</sup>), que participan en la emisión de las sentencias, cuyo efecto puede ser la derogación de una norma del sistema legal. Igualmente, en el TS y en algunos tribunales ordinarios en Polonia hay personas elegidas por un órgano que no cumple con la exigencia constitucional de independencia, por lo cual el mismo órgano jurisdiccional tampoco lo es. Lo anterior despierta serias incertidumbres acerca de la validez de las decisiones judiciales tanto de carácter general (TC), como individual (algunos tribunales ordinarios y TS). Desde la perspectiva interna, esto crea un futuro reto relacionado con la necesidad de responder a la pregunta de qué hacer con las sentencias dictadas por personas que —a la luz de la constitución, el derecho de la UE y el sistema del CEDH— no detentan la condición de jueces. Como se ha mencionado, ni en la teoría, ni en la práctica jurídica existen soluciones legislativas para este tipo de situaciones. Los daños a los principios constitucionales en este campo no son reparables con una simple ley que pueda ejecutarse fácilmente en poco tiempo.

Los tribunales constitucionales controlados políticamente —aunque no solo ellos— tienen la oportunidad de promover y abusar de la idea de identidad constitucional. Este concepto ha sido mal empleado para justificar el incumplimiento de las obligaciones del derecho de la UE, ya que resulta obvio que las violaciones tanto de las bases axiológicas de la UE (art. 2 TUE), como de los derechos fundamentales, no se pueden explicar recurriendo a la especificidad del sistema nacional<sup>70</sup>. Actuando con mala fe, los iliberales húngaros —apoyados por el Tribunal Constitucional— alegaban la legitimidad de rechazar el plan de la UE sobre la reubicación de los refugiados<sup>71</sup>, mientras que los polacos siguen argumentando que gozan de discrecionalidad total para configurar su sistema de Administración de Justicia<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> SHINAR, Adam (2021). «Democratic Backsliding, Subsidized Speech, and the New Majoritarian Entrenchment», *The American Journal of Comparative Law*, 20, pp. 13-24.

<sup>69</sup> Véase KRZYWON, Adam, *op. cit.* (2018), p. 366 y la sentencia del TEDH de 7 de mayo de 2021, Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Polonia, 4907/18.

<sup>70</sup> TOGGENBURG, Gabriel N. y GRIMHEDEN, Jonas (2016). «The Rule of Law and the Role of Fundamental Rights» en CLOSA, C. y KOCHENOV, D. (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, pp. 149.

<sup>71</sup> HALMAI, Gabor (2018). «Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law», *Review of Central and East European Law*, 43, pp. 23-42.

<sup>72</sup> KRZYWON, Adam (2020a). «La defensa y el desarrollo del principio de independencia judicial en la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 119, p. 90; KELEMEN, R. Daniel y PECH, Laurent (2019). «The Uses and Abuses of Constitutional Pluralism: Undermining the Rule

El mejor ejemplo de este abuso de la identidad constitucional es la sentencia del TC polaco de 7 de octubre de 2021, K 3/21. Pese a las serias dudas formales, relacionados con la composición del Tribunal polaco (participación de los «dobles de magistrados»), vale la pena analizar brevemente esta respuesta del iliberalismo polaco al desarrollo de las garantías de la independencia judicial en la Unión Europea. El TC, utilizando el argumento de la primacía de la Constitución sobre el derecho de la UE, ha cuestionado directamente la jurisprudencia del TJUE, alegando la violación de la soberanía e identidad nacional. En realidad, el Tribunal polaco pretende a solucionar un conflicto falso, ya que tanto la Constitución polaca, como el derecho de la UE establecen el mismo nivel de protección de la independencia judicial. Según estas dos fuentes no es posible conseguir el mencionado efecto acumulativo del secuestro político de la judicatura como ocurrido en Polonia. Por lo tanto, se trata del conflicto entre las inconstitucionales leyes ordinarias y el derecho de la UE. No cabe ninguna duda como resolverlo, ya que la primacía del derecho internacional está garantizada *expressis verbis* en la ley fundamental polaca (art. 91 apdo. 2 y 3). Otra manifestación de estas técnicas primitivas de argumentación judicial es la sentencia del TC polaco de 24 de noviembre de 2021, K 6/21, declarando la inconstitucionalidad del art. 6 CEDH, en cuanto permita que el TEDH examine la independencia del Tribunal Constitucional. El TC polaco alega que no es un «tribunal» según sus provisiones, lo que constituye una respuesta al creciente volumen de las sentencias del TEDH relativas a la independencia judicial en Polonia<sup>73</sup>.

Todo lo anterior, son manifestaciones de técnicas abusivas de interpretación de las normas legales, «gobernar haciendo trampas», algo frecuente actualmente en Europa Central<sup>74</sup>. Esta metodología se utiliza junto al abuso del derecho comparado para justificar la injerencia profunda en los principios constitucionales y democráticos<sup>75</sup>. La inspiración de las ideologías y los valores liberales, presente en esta región durante los últimos treinta años, fue sustituida últimamente por la técnica de utilizar el argumento comparativo de una manera superficial, selectiva y fuera de contexto.

Los mencionados fenómenos del refuerzo y de la autosuficiencia de los sistemas iliberales se deben también al cambio de las técnicas de comunicación y al secuestro político de los medios públicos y de la fiscalía. Como se ha indicado, los medios de

---

of Law in the Name of Constitutional Identity in Hungary and Poland», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 21, pp. 59 y ss.

<sup>73</sup> Véase SPANO, Robert (2021). «El Estado de Derecho como Estrella Polar de la Convención Europea de Derechos Humanos: El Tribunal de Estrasburgo y la independencia del poder judicial», *Revista de Derecho Político*, 112, pp. 265–296. Además, en el TC polaco está pendiente una moción de inconstitucionalidad (K 7/21) relativa la totalidad del art. 6 CEDH en cuanto permita examinar las leyes nacionales desde la perspectiva de la independencia judicial, lo que constituye otro ejemplo de la autosuficiencia y el auto-refuerzo del iliberalismo constitucional.

<sup>74</sup> SAJÓ, András (2021). *Ruling by Cheating: Governance in Illiberal Democracy*, Cambridge University Press, pp. 66 y ss.

<sup>75</sup> DIXON, Rosalind y LANDAU, David (2019). «1989-2019: From democratic to abusive constitutional borrowing», *International Journal of Constitutional Law*, 17 (2), pp. 489-490.

comunicación están colonizados por los partidos políticos. No sólo es una forma de clientelismo, que socava el funcionamiento eficiente del Estado, sino también un ejemplo de la corrupción por la que los recursos públicos se cambian por lealtades partidistas<sup>76</sup>. Además, los iliberalismos centroeuropeos crean un fuerte «efecto congelador», ya que son muchos los grupos sociales y profesionales que abandonan el ejercicio de algunos derechos por la amenaza de una sanción legal. En Polonia afecta sobre todo a los jueces, intimidados por el nuevo régimen disciplinario, mientras que en Hungría perturba más a las organizaciones no gubernamentales e incluso a las universidades<sup>77</sup>. Por otro lado, en el contexto de la politización de la fiscalía polaca es complejo reclamar responsabilidad por cualquier abuso de poder por parte de los políticos o funcionarios leales al sistema.

#### 4. TARDÍA, INSUFICIENTE Y PARCIAL REACCIÓN DE LA UE

En el contexto de esta toma iliberal de los sistemas constitucionales de Hungría y Polonia no cabe ninguna duda de que es necesaria la reacción firme de la UE, debido a sus fundamentos axiológicos (dignidad, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho, derechos humanos; art. 2 TUE). Todos los cambios mencionados afectan a la confianza mutua entre los Estados Miembros y tienen un impacto negativo no solo para los ciudadanos de la UE, sino también para todas las personas (físicas y jurídicas) que operan en el territorio europeo<sup>78</sup>. Además, el deterioro democrático perjudica la calidad de los procesos de toma de decisiones en la UE, ya que participan en ellos los representantes de los Estados que no cumplen con sus obligaciones<sup>79</sup>. La UE posee entonces un mandato fuerte para vigilar si los valores mencionados se respetan a nivel nacional<sup>80</sup>. Sobre todo, hay obligación de reacción si la Administración de Justicia de un Estado Miembro está en peligro, ya que la protección judicial de todas las personas se considera

<sup>76</sup> BAJOMI-LÁZÁR, Péter, *op. cit.*, p. 80.

<sup>77</sup> En este contexto hay que mencionar que el TJUE en la sentencia de 18 de junio de 2020, Comisión/Hungría (Transparencia asociativa), C-78/18, EU:C:2020:476 declaró que las restricciones impuestas por Hungría a la financiación de las organizaciones civiles por parte de personas domiciliadas fuera de este país son discriminatorias e injustificadas, por lo cual violan el derecho de la UE. Igualmente, en la sentencia de 6 de octubre de 2020, Comisión/Hungría (Enseignement supérieur), C-66/18, EU:C:2020:792, el TJUE declaró incompatible con el derecho de la UE la ley húngara de enseñanza superior, que discriminaba las universidades extranjeras que querían ofrecer sus servicios en el territorio de este país.

<sup>78</sup> BAZYLIŃSKA-NAGLER, Justyna (2021). «Polonia ante el principio de confianza mutua en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE», *Revista de Derecho Político*, 110, p. 324-325.

<sup>79</sup> CLOSA, Carlos (2016). «Reinforcing EU Monitoring of the Rule of Law», en CLOSA, C. y KOCHENOV, D. (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, pp. 15-35.

<sup>80</sup> MAGEN, Amichai y PECH, Laurent (2018). «The rule of law and the European Union», en MAY, Ch. y WINCHESTER, A. (eds.), *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar Publishing, pp. 235 y ss.

como una metanorma en la arquitectura jurídica de la UE<sup>81</sup>. Obviamente, las acciones de la UE no deben ser precipitadas y resulta preciso determinar bien el momento de la intervención. Algunos indican que no es tarea nada sencilla precisar cuándo un Estado Miembro traspasa con su progresivo deterioro democrático la fina línea que separa lo asumible de lo ya inaceptable<sup>82</sup>. Sin duda, teniendo en cuenta la calidad y la cantidad de cambios, en el caso de Hungría y Polonia sería difícil de cuestionar que las cosas han llegado demasiado lejos.

La UE tiene a su disposición las herramientas necesarias para defender sus valores fundamentales. Tal vez algunos aspectos todavía necesiten ser precisados en la práctica, pero el Tratado de Lisboa ha reforzado sustancialmente el cumplimiento del Estado de Derecho y del marco constitucional de la Unión<sup>83</sup>. Son justificadas las alegaciones de que no fueron las deficiencias jurídicas las que impidieron a la UE abordar adecuadamente la crisis democrática en Europa Central, sino más bien la falta de voluntad política y de tradiciones institucionales<sup>84</sup>. Además, es preferible buscar estos instrumentos en las previsiones existentes, ya que cualquier modificación de los Tratados exige la unanimidad de los Estados Miembros, lo que parece poco probable en la situación actual<sup>85</sup>.

Parecería que la principal herramienta a disposición de la UE para este tipo de situaciones está prevista en el art. 7 TUE. En realidad, sus disposiciones prevén dos procedimientos diferentes. El primero es el mecanismo preventivo (apdo. 1), aplicable cuando existe riesgo claro de una violación grave de los valores contemplados en el art. 2 TUE. El segundo tiene carácter sancionador (apdo. 2 y 3), ya que permite suspender determinados derechos derivados de la aplicación del Derecho de la Unión al Estado Miembro de que se trate. Las dos vías descansan en el elemento de la discrecionalidad de los órganos de la UE, sobre todo de la Comisión Europea (CE), y tienen naturaleza política.

Este carácter político influyó en el uso práctico de las disposiciones del art. 7 apdo. 1 TUE. Fueron utilizadas por la CE por primera vez el 20 de diciembre de 2017, cuando se inició el procedimiento para declarar un claro riesgo de violación grave del Estado de Derecho por parte de Polonia y se formularon demandas concretas con respecto a la legislación nacional<sup>86</sup>. Después, el 12 de septiembre de 2018, las mismas acciones fueron

<sup>81</sup> ROEBEN, Volker (2020). «Judicial Protection as the Meta-norm in the EU Judicial Architecture», *Hague Journal on the Rule of Law*, 12, pp. 29 y ss.; MAGALDI, Nuria, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

<sup>82</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José (2019). «La Unión Europea como comunidad de valores: a vueltas con la crisis de la democracia y del Estado de Derecho», *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, p. 157.

<sup>83</sup> PECH, Laurent (2010). «A Union Founded on the Rule of Law: Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law», *European Constitutional Law Review*, 6, pp. 360-361.

<sup>84</sup> HEGEDŰS, Daniel (2019). «What Role for EU Institutions in Confronting Europe's Democracy and Rule of Law Crisis?», *GMFUS Policy Paper*, 4, p. 3, <http://www.gmfus.org/listings/research/type/publication>.

<sup>85</sup> SCHEPPELE, Kim Lane y KELEMEN, R. Daniel, *op. cit.*, pp. 415-416.

<sup>86</sup> Véase Propuesta de la Comisión Europea de decisión del Consejo relativa a la constatación de un riesgo claro de la violación grave del Estado de Derecho por parte de la República de Polonia,

emprendidas por el Parlamento Europeo (PE) contra Hungría<sup>87</sup>. Pese a que fue Hungría el precursor del cambio iliberal y del deterioro democrático, el art. 7 apdo. 1 TUE ha sido utilizado primero contra Polonia y después contra Hungría, cuando el partido Fidesz ya había acabado con los mecanismos de control y equilibrio en su país. En vez de reaccionar categóricamente cuando existían todas las indicaciones de que había un riesgo claro de una violación grave de una serie de valores comunes, la CE en 2014 respondió con una reforma del procedimiento, creando un proceso adicional (*Rule of Law Framework Mechanism*) mediante el cual se podría entablar un diálogo con un Estado Miembro antes de decidir recomendar al Consejo la aplicación del art. 7 apdo. 1 TUE.

La doctrina ha buscado explicaciones de esta situación, alegando que la reacción de la UE fue parcial y tardía. Se han indicado varias razones, entre ellas el mayor tamaño e importancia estratégica de Polonia y el hecho de que el gobierno de Viktor Orbán tenía la mayoría suficiente para efectuar una reforma constitucional y lo hizo respetando las normas procedimentales<sup>88</sup>. Además, al principio el gobierno húngaro daba una imagen de disposición para entablar un diálogo, mientras que el gobierno de Ley y Justicia adoptó una posición rígida y se negó a abordar las preocupaciones de la CE de manera constructiva<sup>89</sup>.

Luego se ha indicado que fue la falta de un diseño constitucional de la CE (*constitutional mindset*), lo que provocó un enfoque selectivo y superficial, así como las luchas interinstitucionales entre la CE y el Consejo por el monopolio en la interpretación de los valores europeos<sup>90</sup>. Finalmente, la razón más problemática de esta diferenciación de los dos países centroeuropeos es que detrás las decisiones de la CE estaban presentes los intereses partidistas. La respuesta más lenta y menos firme hacia Hungría se debía supuestamente a que el partido húngaro Fidesz formaba parte del poderoso Grupo del Partido Popular Europeo<sup>91</sup>, mientras que Ley y Justicia pertenece al menos influyente Grupo de los Conservadores y Reformistas Europeos, por lo tanto, no tan capaz de controlar las acciones de las instituciones de la UE<sup>92</sup>.

Lo anterior forma parte de un fenómeno más amplio. A medida que la política en la UE se vuelve más democrática y partidista, con los partidos políticos en el PE ganan-

---

COM(2017) 835 final, 2017/0360(NLE); disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017PC0835&from=EN>.

<sup>87</sup> Véase Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2018, sobre una propuesta en la que solicita al Consejo que, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, constata la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión, (2017/2131(INL)); disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0340\\_ES.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0340_ES.html).

<sup>88</sup> KELEMEN, R. Daniel, *op. cit.*, p. 229.

<sup>89</sup> BATORY, Agnes (2016). «Defying the Commission: Creative Compliance and Respect for the Rule of Law in the EU», *Public Administration*, 94 (3), pp. 685 y ss.

<sup>90</sup> HEGEDŰS, Daniel, *op. cit.*, p. 3.

<sup>91</sup> Desde marzo de 2019 el partido Fidesz estaba suspendido como miembro del Partido Popular Europeo y en marzo 2021 decidió de salir de este grupo político.

<sup>92</sup> SCHEPPELE, Kim Lane y KELEMEN, R. Daniel, *op. cit.*, pp. 427-428.

do poder, se intensifican los incentivos para que sus dirigentes protejan a los autócratas nacionales que dan votos a las coaliciones europeas<sup>93</sup>. El partidismo en las federaciones puede ayudar a sostener regímenes autocráticos a nivel estatal, ya que los dirigentes democráticos federales pueden llegar a depender de los políticos locales, no tan democráticos, para sostener sus coaliciones<sup>94</sup>.

Los procedimientos preventivos contra Polonia y Hungría todavía no están concluidos; es decir el Consejo todavía no ha tomado la decisión final sobre la existencia de un riesgo claro de violación grave, tampoco se pasó a la etapa sancionadora (art. 7 apdo. 2 TUE). Todo esto confirma las dudas de que, hasta el momento, la aplicación del art. 7 TUE por parte de las instituciones de la UE no ha sido correcta<sup>95</sup>. Los dos países no han tenido que hacer frente a repercusiones por la vulneración del Estado de Derecho. El mecanismo preventivo (art. 7 apdo. 1 TUE) tuvo sobre todo un significado político, permitió que los gobiernos entraran en polémica con la UE y no llevó a la adopción de nuevas leyes que reestablecieran el equilibrio constitucional. Además, resulta inaceptable que la aplicación de una herramienta tan fundamental dependa de factores políticos o del tamaño o importancia del país de que se trate.

En la lucha contra el deterioro democrático en Europa Central resultaron algo más eficaces otros instrumentos, de naturaleza jurídica, establecidos en los Tratados. Se trata tanto de los recursos de incumplimiento (art. 258 TFUE), como de las cuestiones prejudiciales (art. 267 TFUE), que llevaron —sobre todo— a formular un estándar común de la independencia judicial y a convertirlo en un principio europeo mucho más operativo.

La aplicación del art. 258 TFUE fue evolutiva, ya que al principio la CE iniciaba los procedimientos de incumplimiento relacionados con el asalto al poder judicial en Hungría basando sus alegaciones en la prohibición de discriminación<sup>96</sup>. No obstante, la práctica cambió a partir del dictamen en el cual el TJUE abrió la posibilidad de cues-

<sup>93</sup> KELEMEN, R. Daniel, *op. cit.*, p. 229-231.

<sup>94</sup> GIBSON, Edward L. (2005). «Boundary Control: Subnational Authoritarianism in Democratic Countries», *World Politics*, 58 (1), p. 107.

<sup>95</sup> PECH, Laurent (2020). «Article 7 TEU: From 'Nuclear Option' to 'Sisyphean Procedure'?», en BELAVUSAU, U. y GLISZCZYŃSKA-GRABIAS, A. (eds.), *Constitutionalism under Stress*, Oxford University Press, pp. 167-173.

<sup>96</sup> Lo demuestra el ejemplo de la sentencia del TJUE de 6 de noviembre de 2012, Comisión/Hungría, C-286/12, EU:C:2012:687, sobre el cese de la actividad de los jueces, fiscales y notarios que habían alcanzado la edad de 62 años. En este caso la CE reclamó el incumplimiento de las obligaciones relativas al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. El TJUE confirmó la violación de estos principios. Desafortunadamente, la consecuencia de la sentencia fue únicamente la indemnización para la mayoría de los funcionarios jubilados de la forma ilegal, sin ofrecer la posibilidad de que todos ellos regresaran a su actividad profesional anterior. Una consecuencia parecida la tenía la sentencia del TJUE de 8 de abril de 2014, Comisión/Hungría, C-288/12, EU:C:2014:237, donde se trataba de la independencia del Supervisor de Protección de Datos. Pese a la declaración inequívoca por parte del TJUE de que la terminación anticipada de su mandato violaba el Derecho de la UE, el gobierno húngaro no reincorporó al antiguo Supervisor, pagándole solamente una indemnización. No cabe ninguna duda de que en esta situación los liberales lograron su objetivo de

tionar directamente las deficiencias en la independencia judicial y alegar que un ordenamiento jurídico nacional no cumple con los requisitos de la independencia, integrada en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>97</sup>. Esta evolución permitió a la CE cuestionar directamente las disposiciones de la ley polaca que —como su precedente húngaro— reducía arbitrariamente la edad de jubilación de los jueces. En este caso el gobierno polaco, bajo una fuerte presión, después del auto del TJUE sobre las medidas provisionales y antes de la sentencia final<sup>98</sup>, cambió la legislación y permitió que los jueces afectados pudiesen continuar ejerciendo sus funciones en los mismos puestos y disfrutando de los mismos derechos, condiciones de empleo y estatuto que antes<sup>99</sup>.

Lo anterior confirma que el recurso de incumplimiento tiene el potencial de ser un instrumento maduro y eficaz a la hora de un control europeo directo sobre si la legislación nacional respeta el estándar común<sup>100</sup>. El TJUE puede asumir el papel de un actor de la constitucionalidad en los sistemas donde —como en Hungría y Polonia— hubo un secuestro político de los tribunales constitucionales. Además, para incrementar la eficacia del procedimiento, se puede solicitar el procedimiento acelerado<sup>101</sup> y la adopción de las medidas provisionales<sup>102</sup>. No obstante, lo importante es, primero, la correcta formulación de las alegaciones por parte de la CE<sup>103</sup>. Segundo, resulta crucial la forma en que las instituciones de la UE detallen las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia que declare el incumplimiento. Lo demuestra bien el caso de los jueces húngaros y del Supervisor de Protección de Datos, cuando — pese a la sentencia del TJUE— no se les reincorporó. Fue una victoria puramente formal de la UE, ya que los nuevos funcionarios, leales al gobierno, quedaron en sus puestos y siguen ejerciendo sus funciones<sup>104</sup>. Por otro lado, resulta difícil de comprender que el pago de la indemnización sustituyera la independencia sustantiva de los tribunales y otros valores comu-

---

eliminar a los funcionarios independientes. Al mismo tiempo el pago de la indemnización no les causó ningún problema.

<sup>97</sup> La sentencia del TJUE de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117; véase también KRZYWON, Adam, *op. cit.* (2020a), pp. 94-96.

<sup>98</sup> El TJUE dictó las medidas provisionales el 17 de diciembre de 2018. La sentencia final, confirmando la violación del Derecho de la UE, se emitió el 24 de junio de 2019, *Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, C-619/18, EU:C:2019:531; véase KRZYWON, Adam (2020b). «La justicia europea contra la reducción arbitraria de la edad de jubilación de los jueces. Comentario a la sentencia del TJUE de 24 de junio de 2019, *Comisión/Polonia*, C-619/18», *LEGAL – Revista del Parlamento Vasco*, 1, pp. 164-175.

<sup>99</sup> KRZYWON, Adam, *op. cit.*, (2020b), pp. 166-167.

<sup>100</sup> PRETE, Luca y SMULDERS, Ben (2021). «The Age of Maturity of Infringement Proceedings», *Common Market Law Review*, 58(2), p. 285 y ss.

<sup>101</sup> Véase art. 133, apdo. 1, del Reglamento del Procedimiento del Tribunal de Justicia

<sup>102</sup> Véase art. 160, apdo. 2 y 7, del Reglamento del Procedimiento del Tribunal de Justicia.

<sup>103</sup> MÜLLER, Jan-Werner (2015). «Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law inside Member States?», *European Law Journal*, 21 (2), p. 147.

<sup>104</sup> HALMAI, Gabor (2017). «The Early Retirement Age of the Hungarian Judges», en NICOLA, F. y DAVIES, B. (eds.), *EU Law Stories: Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, Cambridge University Press, pp. 471 y ss.



nes<sup>105</sup>. La práctica de los recursos de incumplimiento contra Polonia parece algo más positiva, por lo menos en el ámbito de la jubilación forzosa de los jueces. En otros asuntos relacionados con el deterioro democrático y la independencia judicial —como ya mencionado— las autoridades polacas, utilizando su TC marioneta, hacen todo lo posible para cuestionar la legitimidad del TJUE.

Hay que mencionar también las cuestiones prejudiciales (art. 267 TFUE). A diferencia de los mecanismos anteriores, su eficacia para combatir los iliberalismos depende sobre todo de la actividad de los tribunales nacionales. Los que se mantienen independientes, tomando el ejemplo de tribunales polacos<sup>106</sup>, pueden preguntar al TJUE sobre la independencia de unos nuevos órganos creados en la Administración de Justicia u otros cambios institucionales, que suscitan dudas desde el punto de vista de la axiología de la UE. En este caso el TJUE no puede declarar expresamente las deficiencias de un sistema judicial, sino proporcionar a los tribunales remitentes la metodología adecuada para evaluar la independencia judicial, conforme a las previsiones del art. 267 TFUE. Este último faculta al TJUE a interpretar las normas del Derecho de la Unión (no aplicarlas al caso concreto pendiente ante un tribunal nacional) y constituye un instrumento de cooperación judicial dentro de la UE. El procedimiento de las cuestiones prejudiciales puede ser entonces un recurso eficaz para la protección de la independencia judicial, sobre todo cuando el sistema de control de constitucionalidad ha sido políticamente tomado. En este contexto no puede extrañar que los tribunales de otros Estados Miembros también pregunten al TJUE por sus respectivas garantías de independencia<sup>107</sup>. Tampoco extraña que los liberales hagan todo lo posible para distorsionar el funcionamiento de las cuestiones prejudiciales<sup>108</sup>.

Por último, a finales del año 2020 se ha aprobado un instrumento económico que establece un régimen de condicionalidad de los fondos europeos al respeto del Estado de Derecho<sup>109</sup>. Es una regla, cuyo funcionamiento práctico y capacidad de frenar el deterioro democrático de los Estados Miembros todavía no pueden ser evaluados. No

<sup>105</sup> KOCHENOV, Dimitry (2017). «The EU and the Rule of Law - Naïveté or a Grand Design?», en ADAMS, M., MEUWESE, A. y BALLIN, E. (eds.), *op. cit.*, , p. 441.

<sup>106</sup> Se trata sobre todo de la sentencia de 19 de noviembre de 2019, A.K. (Independencia de la Cámara Disciplinaria del Tribunal Supremo), asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18, EU:C:2019:982.

<sup>107</sup> Véase las sentencias del TJUE relativas a Hungría (sentencia de 23 de noviembre de 2021, C-564/19, EU:C:2021:949) y Rumanía (sentencia de 18 de mayo de 2021, asuntos acumulados C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 i C-397/19, EU:C:2021:393). Vale la pena mencionar también la sentencia del TJUE de 20 de abril de 2021, Repubblika/Il-Prim Ministru, C-896/19, EU:C:2021:311 en la cual —respondiendo a una cuestión prejudicial de un tribunal de Malta— el TJUE examinaba las disposiciones nacionales sobre los nombramientos judiciales.

<sup>108</sup> Lo demuestra bien la moción del gobierno polaco pendiente ante el TC de 23 de agosto de 2018, K 7/18, alegando la inconstitucionalidad del art. 267 TFUE. Otro ejemplo de la autosuficiencia y auto-refuerzo del iliberalismo constitucional.

<sup>109</sup> Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX%3A32020R2092>.

obstante, parece que este mecanismo tiene un gran potencial, debido a que sería aplicable no solo en caso de mala gestión directa de los fondos derivados de corrupción o fraude, sino también frente a las infracciones sistémicas de valores comunes, tales como la independencia del poder judicial, cuando esas vulneraciones afecten a la gestión de los fondos europeos<sup>110</sup>. Además, la eficacia de esta herramienta está garantizada por el hecho de que la suspensión de los fondos se votará en el Consejo por mayoría cualificada —lo que significa que ningún país tendrá poder de veto— y que el reglamento prevé un marco temporal claro para el proceso de toma de decisiones. Estos dos últimos elementos diferencian este nuevo instrumento del procedimiento político previsto en el art. 7 TUE. En este contexto no extraña que los liberales busquen la posibilidad de cuestionar estas normas europeas, utilizando los mismos métodos que antes, es decir un Tribunal Constitucional capturado políticamente<sup>111</sup>.

## 5. CONCLUSIONES: POLÍTICA IDENTITARIA EUROPEA Y DERROTA COMO FACTOR DINAMIZANTE

El objetivo de este artículo fue demostrar el efecto acumulativo para el sistema legal del asalto iliberal que ha tenido lugar en Hungría y Polonia en los últimos años, explicar sus causas y presentar un análisis crítico de la respectiva reacción de la UE y del uso de las herramientas previstas en los Tratados. Se ha evidenciado que los gobiernos polaco y húngaro aplican los mismos métodos y se inspiran mutuamente. El iliberalismo constitucional centroeuropeo está diseñado para ser autosuficiente y gracias a las constantes «reformas» del sistema legal, así como los tribunales constitucionales controlados políticamente, seguir el camino de auto-refuerzo. Se ha confirmado también la hipótesis de que, aunque los estándares europeos que deben cumplirse sean meridianos y los discursos sobre las líneas rojas algo más claros, esto no significa que los Estados que más los incumplen estén por la labor de regresar al camino del liberalismo constitucional.

La reacción de la UE, algo tardía, no ha cambiado automáticamente este panorama. Parece que las instituciones de la UE, por lo menos al principio, no creían que el camino que había elegido Hungría en 2010 fuera real y algo serio. Por lo tanto, son justificadas sus críticas, alegando la falta de imparcialidad y pasividad, aunque hay que admitir

<sup>110</sup> LACNY, Justyna (2021). «Suspension of EU Funds Paid to Member States Breaching the Rule of Law: Is the Commission's Proposal Legal?», en VON BOGDANDY, A. et al. (eds.), *op.cit.*, p. 270.

<sup>111</sup> Véase la moción del gobierno polaco pendiente ante el TC de 23 de diciembre de 2021, K 1/22, alegando la inconstitucionalidad del régimen de condicionalidad. Además, Hungría y Polonia intentaron cuestionar este mecanismo ante el TJUE. En la sentencia de 17 de febrero de 2022 (C-156/21 y C-157/21, EU:C:2022:97 y EU:C:2022:98) el TJUE rechazó las alegaciones de los dos países, indicando que el mecanismo de condicionalidad se adoptó sobre una base jurídica adecuada, es compatible con el procedimiento establecido en el art. 7 del TUE y respeta, en particular, los límites de las competencias atribuidas a la UE y el principio de seguridad jurídica.

que para la UE fue también un proceso de aprendizaje. Indudablemente, los mecanismos políticos, sobre todo el art. 7 TUE, han funcionado peor que las herramientas jurídicas. Son estas últimas las que permitieron dar un paso hacia la consagración de la independencia judicial como un principio estructural de la UE<sup>112</sup>. No obstante, es peligroso confiar en que el TJUE, por sí solo, pueda rescatar a Europa Central y restablecer la división de poderes, el Estado de Derecho y el equilibrio constitucional. Son necesarias varias acciones emprendidas conjuntamente por las instituciones de la UE<sup>113</sup>. El futuro próximo traerá también la respuesta acerca de la eficacia del nuevo mecanismo de condicionalidad para la protección del presupuesto de la UE.

Parece que es necesario un cambio más profundo y para ello, paradójicamente, la UE podría tomar el ejemplo de los liberales húngaros y polacos. Para el éxito de estos últimos, como indicó el historiador británico Timothy Garton Ash durante su ponencia en Varsovia en 2019, resultó esencial el anhelo de una verdadera comunidad e identidad, y de solidaridad e igualdad. No hay ningún obstáculo para que la UE, gozando de amplio apoyo social en Europa Central, adopte este enfoque, promoviendo más eficazmente una política identitaria europea, basada en la estrategia ascendente (*bottom-up*). Resulta crucial también desarrollar las posibilidades de la aplicabilidad judicial de los valores consagrados en el art. 2 TUE, haciendo sus disposiciones más operativas<sup>114</sup>. Los dirigentes liberales son conscientes de que es lo único que puede poner el peligro su proyecto antidemocrático, por lo cual no extrañan los discursos que dibujan la UE como una «comunidad imaginaria»<sup>115</sup>. En lo que se refiere a las sociedades centroeuropeas, bien dice el poeta polaco Adam Zagajewski: «es verdad que solo sabemos vivir en la derrota». Ojalá la actual derrota del constitucionalismo liberal sea un factor que reestablezca la fe en los valores defendidos tan vehemente desde la caída del comunismo en 1989.

<sup>112</sup> MAGALDI, Nuria, *op. cit.*, p. 24.

<sup>113</sup> VON BOGDANDY, Armin (2020). «Principles of a systemic deficiencies doctrine: How to protect checks and balances in the Member States», *Common Market Law Review*, 57(3), pp. 705 y ss. Véase también PECH, Laurent et al. (2021). «Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action», *Hague Journal on the Rule of Law*, 13, pp. 38-40.

<sup>114</sup> PIEKER, Luke D. (2021). «Defending Union Values in Judicial Proceedings. On How to Turn Article 2 TEU into a Judicially Applicable Provision» en VON BOGDANDY, A. et al. (eds.), *op. cit.*, pp. 237 y ss.

<sup>115</sup> Es la expresión del Presidente de la República de Polonia, Andrzej Duda, quien en 2018 atacó la UE alegando que no debería «meterse en asuntos internos» y «dejarnos arreglar Polonia». Tampoco faltaron unas emocionales referencias históricas de que existe el «derecho a tener expectativas hacia Europa —especialmente hacia la Europa que nos dejó como presa de los rusos en 1945— pero sobre todo tenemos derecho a gobernarnos a nosotros mismos aquí por nuestra cuenta y decidir qué forma debe tener Polonia», véase <https://www.ft.com/content/3675c1d8-b673-11e8-b3ef-799c8613f4a1>.

### Title

Constitutional Illiberalism Has Come to Stay. The Central European Experiences

### Summary

1. WHAT IS ILLIBERAL CONSTITUTIONALISM? 2. CONSTITUTIONAL ILLIBERALISM: WHY HAS IT ARRIVED AND WHAT ROLE HAS THE EU PLAYED? 3. WHAT DO THE ILLIBERALS DO TO STAY IN POWER? 4. LATE, INSUFFICIENT AND PARTIAL REACTION OF THE EU. 5. CONCLUSIONS: EUROPEAN IDENTITY POLITICS AND DEFEAT AS A DYNAMIZING FACTOR.

### Resumen

En Europa Central, sobre todo en Hungría y en Polonia, en los últimos años se evidencian varios problemas relacionados con la democracia, el equilibrio constitucional y el Estado de Derecho. En poco tiempo, los dirigentes políticos iliberales pusieron en práctica un orden que cuestiona directamente varios principios que forman parte del fundamento axiológico de la Unión Europea. El presente artículo explica por qué el iliberalismo ha tenido tanto éxito en esta región y que técnicas se han utilizado para el refuerzo del secuestro político de varias instituciones del Estado, sobre todo el poder judicial. El artículo contiene también un análisis crítico de la postura y la reacción de la Unión Europea. Una de las principales hipótesis del presente estudio es que Hungría y Polonia han avanzado tanto en su camino hacia el iliberalismo constitucional que resulta extremadamente difícil indicar técnicas legislativas simples para el rápido restablecimiento de la democracia liberal en estos dos países.

### Abstract

In Central Europe, especially in Hungary and Poland, over the last years there are serious problems related to democracy, constitutional balance and the rule of law. In a short time, the illiberal political leaders put into practice an order that calls into question principles that form part of the axiological foundation of the European Union. This article explains why illiberalism has been so successful in this region and which techniques have been used to reinforce the political capture of various state institutions, especially the judiciary. The article also contains a critical analysis of the European Union's attitude towards Hungarian and Polish illiberalism. The general hypothesis of this study is that Hungary and Poland have gone so far towards constitutional illiberalism, that it is extremely difficult to indicate the simple legal remedies for rapid return of these countries to liberal democracy.

**Palabras clave**

Iliberalismo constitucional; democracia liberal; Unión Europea; Polonia; Hungría; Estado de Derecho; poder judicial

**Keywords**

Constitutional illiberalism; liberal democracy; European Union; Poland; Hungary; rule of law; judiciary

