

III. DERECHO PÚBLICO EUROPEO

**LA NEUTRALIZACIÓN DE LOS
TRIBUNALES CONSTITUCIONALES
EN LOS REGÍMENES POPULISTAS-
ILIBERALES:
UN ANÁLISIS A PARTIR DE LOS
CASOS DE HUNGRÍA Y POLONIA**

FRANCESCO BIAGI

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA PRIMERA FASE: LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES COMO *BLANCOS* DE LOS REGÍMENES POPULISTAS-ILIBERALES. 3. LA SEGUNDA FASE: LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES COMO *ALIADOS* DE LOS REGÍMENES POPULISTAS-ILIBERALES. 4. LA JURISPRUDENCIA POPULISTA-ILIBERAL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. 5. LAS SOLUCIONES PROPUESTAS POR LA DOCTRINA. 5.1. Procesos de nombramiento y composición de los Tribunales constitucionales. 5.2. Modelos alternativos de justicia constitucional. 5.2.A. El modelo difuso. 5.2.B. La «*Weak-form of Judicial Review*». 6. Conclusiones.

Fecha recepción: 7.09.2022
Fecha aceptación: 17.01.2023

LA NEUTRALIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LOS RÉGIMENES POPULISTAS- ILIBERALES: UN ANÁLISIS A PARTIR DE LOS CASOS DE HUNGRÍA Y POLONIA

FRANCESCO BIAGI¹

1. INTRODUCCIÓN

Hasta hace unos años, los Tribunales constitucionales de Hungría y Polonia eran considerados — con razón — órganos de éxito, sobre todo a la luz de su papel decisivo en los procesos de transición y consolidación democrática tras la caída del Muro de Berlín y el colapso del régimen comunista. En ese periodo, pero también en los años siguientes, estos tribunales ejercieron efectivamente el papel «contra-mayoritario» que les habían confiado los textos constitucionales, garantizando una verdadera separación de poderes y una protección efectiva de los derechos fundamentales. En otras palabras, estos órganos contribuyeron a consagrar una clara discontinuidad con respecto al régimen iliberal anterior, evitando el riesgo de encontrarse en una situación de constituciones sin constitucionalismo. Aunque no faltaron sombras en su actuación, no cabe duda de que el juicio sobre el trabajo de estos Tribunales constitucionales durante ese periodo debe ser en gran medida positivo².

¹ Profesor titular de Derecho Público Comparado, Departamento de Estudios Jurídicos de la Universidad de Bolonia. Via Zamboni 27/29, 40126 Bolonia (Italia). E-mail: francesco.biagi4@unibo.it. ORCID: 0000-0002-8645-6791. Nuestro agradecimiento a Josu de Miguel Bárcena y a los dos evaluadores anónimos por sus valiosas aportaciones al borrador de este estudio. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación «La neutralidad institucional en el Estado constitucional» -PID2019 -106043GB - I00, concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

² Véase, por ejemplo, Solyom, L. y Brunner, G. (coords.) (2000). *Constitutional Judiciary in a New Democracy. The Hungarian Constitutional Court*, Ann Arbor, University of Michigan Press; Schwartz, H. (2000). *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, Chicago, University of Chicago Press; Sadurski, W. (coord.) (2002). *Constitutional Justice, East and West. Democratic Legitimacy and*

Los años 2010 y 2015 han marcado, respetivamente para Hungría y Polonia, un hito en la historia de la justicia constitucional de estos dos países. Como es sabido, estas fechas han coincidido con las victorias electorales del partido Fidesz, dirigido por Viktor Orbán, en Hungría, y del partido Ley y Justicia (en adelante PiS), dirigido por Jarosław Kaczyński, en Polonia. A estas victorias les ha seguido, en ambos países, un grave y rápido giro en un sentido no solamente populista, sino también iliberal³. De hecho, a diferencia de algunos países (como por ejemplo Italia)⁴, en los que los populistas en el poder, a pesar de utilizar un léxico nacionalista-identitario y un estilo plebiscitario, han mantenido la estructura democrática del ordenamiento sin cambios sustanciales, en Hungría y Polonia las políticas llevadas a cabo por los Gobiernos de Fidesz y PiS se han traducido en una clara limitación de las libertades fundamentales (por ejemplo, la libertad de expresión e información) y un debilitamiento significativo del principio de separación de poderes y de los mecanismos de frenos y contrapesos⁵. En particular, se han visto afectados los órganos de garantía, incluidos los Tribunales constitucionales, cuyo papel, como veremos, ha sido completamente transformado (y tergiversado).

Este ensayo, al analizar esta nueva era de la justicia constitucional en Hungría y Polonia, tiene como objetivo una mejor comprensión de las relaciones entre los regímenes populistas-iliberales y los Tribunales constitucionales. Se mostrará cómo, en una primera fase, los Tribunales constitucionales han sido *blancos* de los regímenes de Orbán y Kaczyński, los cuales han cambiado la composición de estos órganos y, cuando ha sido posible, han restringido sus competencias y funciones. Posteriormente,

Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective, The Hague, Kluwer Law International; Sólyom, L. (2003). «The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy: With Special Reference to Hungary», *International Sociology*, vol. 18, núm. 1, pp. 133 ss.; Garlicki, L. (2009). «Constitutional Court of Poland: 1982-2009», en Pasquino, P. y Billi, F. (coords.), *The Political Origins of Constitutional Courts. Italy, Germany, France, Poland, Canada, United Kingdom*, Roma, Fondazione Adriano Olivetti, pp. 13 ss.; Sadurski, W. (2014). *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht, Springer.

³ Véase Drinóczi, T. y Bieñ-Kacała, A. (2019). «Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland», *German Law Journal*, vol. 20, núm. 8, pp. 1140 ss.; Orlandi, M. A. (2019). «La democrazia illiberale. Ungheria e Polonia a confronto», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. 1, pp. 167 ss.; Krzywón, A. (2022). «El iliberalismo constitucional ha llegado para quedarse. Las experiencias centroeuropeas», *Revista de Derecho Político*, núm. 113, pp. 165 ss. Hungría y Polonia son considerados ejemplos de «erosión democrática» (Ginsburg, T. y Huq, A. Z. (2018). *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, University of Chicago Press, pp. 46 ss.).

⁴ La referencia es al Gobierno Lega-MoVimento 5 Stelle entre 2018 y 2019. Sobre el caso italiano, véase Martinico, G. (2021). *Filtering Populist Claims to Fight Populism. The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press.

⁵ De hecho, Sadurski, W. (2020). «Constitutional Democracy in the Time of Elected Authoritarians», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 18, núm. 2, pp. 324-325, subraya la diferencia entre los países (entre ellos Hungría y Polonia) en los que «los populistas autoritarios en el poder han conseguido socavar sustancialmente las estructuras institucionales» y los países (entre ellos Italia) en los que, en cambio, «los populistas en el poder [...] trabajan, en general, en las instituciones que han heredado sin dañarlas gravemente o cambiarlas».

una vez *neutralizados*, los Tribunales constitucionales se han convertidos en verdaderos *aliados* de los partidos gobernantes, dejando así de ser órganos de defensa de las minorías para convertirse en órganos de *apoyo de las mayorías*. Así, se ha conservado la *forma* de estas instituciones, pero se ha perdido completamente su *sustancia*. A continuación, se analizará la jurisprudencia populista-iliberal de estos «nuevos» Tribunales constitucionales, mostrando como el *reasoning* de estos órganos (que se basa de una manera instrumental en nociones y conceptos constitucionales, como la soberanía, la dignidad humana y la identidad constitucional) es a menudo muy similar a la retórica de los partidos de Gobierno. En la última parte del ensayo se examinarán y discutirán las principales propuestas planteadas por la doctrina (sobre todo lo relativo a los procesos de nombramiento y composición de los Tribunales constitucionales, así como a la posible adopción de modelos alternativos de justicia constitucional) para evitar, o por lo menos, dificultar, la «captura política» de los Tribunales constitucionales por parte de los regímenes populistas-iliberales. Por último, expondremos algunas observaciones conclusivas.

2. LA PRIMERA FASE: LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES COMO BLANCOS DE LOS REGÍMENES POPULISTAS-ILIBERALES

En una primera fase, tanto en Hungría como en Polonia, los Tribunales constitucionales han sido *blancos* de los regímenes de Orbán y Kaczyński, que inmediatamente han tratado (con éxito) de *neutralizar* estos órganos, cambiando su composición y, cuando ha sido posible, restringiendo sus competencias y funciones. En Hungría, la «domesticación» del Tribunal Constitucional ha tenido lugar, en primer lugar, mediante una operación de *court-packing*. En 2010 se modificó parcialmente el procedimiento de selección de los jueces constitucionales. Estos últimos siguen siendo elegidos por el Parlamento (unicameral) por una mayoría de dos tercios, una mayoría de la que Fidesz ha disfrutado la mayor parte del tiempo desde 2010. Sin embargo, la comisión encargada de presentar los candidatos al cargo de juez constitucional al *pleno* de la Asamblea ya no está formada por todos los grupos políticos de manera paritaria, sino que estos grupos están representados en proporción al número de escaños que tienen en el Parlamento⁶. Por lo tanto, mientras que en el pasado era necesario llegar a un acuerdo entre las diferentes fuerzas políticas, esto ya no es necesario, y la nueva mayoría parlamentaria puede imponer unilateralmente sus candidatos.

La nueva Constitución (denominada «Ley Fundamental»), que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2012, ha previsto el aumento del número de jueces del Tribunal Constitucional de 11 a 15, con un mandato ya no de 9 sino de 12 años,

⁶ Véase Gárdos-Orosz, F. (2019). «Challenges to Constitutional Adjudication in Hungary After 2010», en Belov, M. (coord.), *The Role of Courts in Contemporary Legal Orders*, The Hague, Eleven International Publishing, p. 327.

eliminando la posibilidad de reelección (Art. 24(8)). Además, el Presidente del Tribunal ya no es elegido por tres años por los demás jueces, sino que es seleccionado por el Parlamento para toda la duración de su mandato como juez (Art. 24(8)). Gracias al nuevo sistema de nombramiento, al aumento del número de jueces, y aprovechando las expiraciones ordinarias de los mandatos, Fidesz ha conseguido nombrar a la mayoría de los miembros del Tribunal en sus tres primeros años de gobierno⁷. De hecho, a partir de 2013 el Tribunal se ha convertido en un órgano controlado por el régimen.

Más allá de la cuestión de la composición, la nueva Ley Fundamental húngara y sus siguientes reformas — que son un claro ejemplo de «*abusive constitutionalism*»⁸ — también han afectado a las funciones del Tribunal, limitándolas de forma significativa. Hay que señalar, en particular, las restricciones a la intervención del Tribunal en relación con las leyes presupuestarias y otras leyes fiscales, que, mientras la deuda pública supere el 50% del PIB, no pueden ser revisadas por el Tribunal Constitucional salvo por la violación de determinados derechos fundamentales (Art. 37(4)). Además, la principal modalidad de acceso al Tribunal hasta 2010, es decir, la *actio popularis* (que consistía en el derecho de cada ciudadano a interponer un recurso abstracto ante el Tribunal, independientemente de la existencia de un interés jurídico específico en el caso en cuestión) ha sido sustituida por un recurso individual más similar al recurso de amparo constitucional español y al *Verfassungsbeschwerde* alemán (que, en cambio, requieren la existencia de un interés jurídico específico en el recurso). El golpe de gracia al Tribunal Constitucional se ha producido con la aprobación de la «Cuarta Enmienda» a la Ley Fundamental en marzo de 2013, por la que, además de «constitucionalizar» toda una serie de medidas que previamente habían sido declaradas ilegítimas por el Tribunal, se ha establecido que las decisiones dictadas por el Tribunal Constitucional antes de la entrada en vigor de la Ley Fundamental quedan derogadas, aunque no pierden sus efectos jurídicos (5ª Disposición Final). La finalidad de esta disposición es obvia, a saber: «obligar al Tribunal a cambiar su jurisprudencia, adaptándola a los valores de la nueva mayoría.»⁹ Además, siempre con el objetivo de dar carta blanca al régimen en su actuación, se ha permitido al Tribunal verificar la constitucionalidad de las enmiendas constitucionales exclusivamente desde un punto de vista procedimental, pero no desde un punto de vista sustancial (Art. 24(5)). Según la Comisión de Venecia, la «Cuarta Enmienda» es «el resultado de una visión instrumental de la Constitución como medio político de la mayoría

⁷ Véase Scheppele, K. L. (2014). «Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (With Special Reference to Hungary)», *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 23, núm. 1, pp. 71-72.

⁸ Landau, D. (2013). «Abusive Constitutionalism», *UC Davis Law Review*, vol. 47, pp. 189 ss.

⁹ Szente, Z. (2016). «The Political Orientation of the Members of the Hungarian Constitutional Court Between 2010 and 2014», *Constitutional Studies*, vol. 1, núm. 1, p. 134.

gubernamental y es un signo de la eliminación de la diferencia esencial entre la elaboración de la constitución y la política ordinaria»¹⁰.

En el caso de Polonia, el sometimiento del Tribunal Constitucional al régimen ha sido más complejo, ya que PiS, a diferencia de Fidesz, nunca ha gozado, por lo menos hasta la fecha, de la mayoría necesaria para modificar la Constitución de 1997, y por lo tanto se ha visto obligado a intervenir sólo a través de la legislación ordinaria¹¹. Entre 2015 y 2017, momento en el que PiS ha logrado controlar la mayoría del Tribunal (que consta de quince miembros), el régimen se ha enzarzado en un tenso tira y afloja con el juez constitucional¹². El choque ha abarcado, en particular, el complejo y controvertido nombramiento de cinco jueces constitucionales a finales de 2015;¹³ la adopción de una serie de medidas normativas destinadas a debilitar, cuando no a paralizar, la capacidad de funcionamiento del Tribunal (medidas, como se verá más adelante, declaradas en gran parte inconstitucionales por el mismo Tribunal Constitucional);¹⁴ el procedimiento de nombramiento del Presidente y Vicepresidente del Tribunal; y, por último, la decisión del ejecutivo de no publicar en el Boletín Oficial las sentencias del Tribunal indeseables para la mayoría de Gobierno¹⁵. Los ataques al Tribunal — criticados duramente por la Comisión de Venecia¹⁶ — han cesado en cuanto PiS ha conseguido nombrar la mayoría de los jueces constitucionales, momento en el que los cambios en la legislación «se han olvidado milagro-

¹⁰ Comisión de Venecia (17 junio 2013). *Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary*, p. 32, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2013\)012-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2013)012-e)

¹¹ Sobre este aspecto y el hecho de que Polonia es un excelente ejemplo de cómo es posible una involución iliberal sin afectar al texto constitucional, sino sólo a través de la adopción de leyes ordinarias, véase Sadurski, W. (2019). *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, Oxford University Press, pp. 1 ss.

¹² Véase López Aguilar, J. F. (2016). «El caso de Polonia en la UE: retrocesos democráticos y del Estado de Derecho y 'dilema de Copenhague'», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, pp. 123 ss.

¹³ Este complejo procedimiento de nombramiento es reconstruido y analizado críticamente por Sadurski, W. (2019). *Poland's Constitutional Breakdown*, op. cit., pp. 58 ss. Recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado el procedimiento de nombramiento de tres de estos jueces contrario al Artículo 6 del CEDH (derecho a un proceso equitativo). Véase Sentencia de 7 de mayo de 2021, demanda n. 4907/18, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Polonia* y el comentario a esta decisión de Magaldi, N. (2022). «Nombramiento de jueces y derecho a un tribunal establecido por la ley. El Tribunal Constitucional polaco ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 57, pp. 465 ss.

¹⁴ Véase el apartado 5.2.

¹⁵ Sobre todas estas medidas, véase Garlicki, L. y Derlatka, M. (2019). «Constitutional Court of Poland: 1996-2018», en Arnold, R., Rytel-Warzocho, A. y Szmyt, A. (coords.), *Development of Constitutional Law Through Constitutional Justice: Landmark Decisions and Their Impact on Constitutional Culture*, Gdańsk, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, pp. 157 ss.; Garlicki, L. (2019). «Constitutional Court and Politics: The Polish Crisis», en Landfried, C. (coord.), *Judicial Power. How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 145 ss.

¹⁶ Véase Comisión de Venecia (14 octubre 2016). *Poland. Opinion on the Act of the Constitutional Tribunal*, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)026-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)026-e)

samente al no ser ya necesarios»¹⁷. De hecho, las leyes que rigen actualmente el Tribunal Constitucional representan «en gran medida una restauración del *status quo ante*»¹⁸. La captura del Tribunal en tan poco tiempo (alrededor de un año y medio)¹⁹ se ha visto facilitada, además de por las expiraciones de los mandatos, por el propio procedimiento de nombramiento de los jueces: de hecho, la Constitución establece que los miembros del Tribunal son elegidos por la Cámara Baja (*Sejm*) (art. 194), y el Reglamento del *Sejm* exige para su elección sólo la mayoría absoluta de votos con la presencia de al menos la mitad de los diputados (Arts. 31 y 190).

Hay por lo menos tres razones por las que los Tribunales constitucionales han sido blancos de los ataques de los regímenes populistas-iliberales de Orbán y Kaczyński. La primera razón es de carácter práctico: la mayoría gubernamental debe ser libre de tomar decisiones sin que las medidas adoptadas sean anuladas por el Tribunal, aunque sean *de facto* contrarias al texto constitucional²⁰. De hecho, los Tribunales constitucionales —cuando realmente ejercen su papel de guardianes de la Constitución— son percibidos por Orbán y Kaczyński, así como por muchos otros líderes populistas, como obstáculos para lograr sus objetivos²¹. Forman parte de esos mecanismos de *checks and balances* que hay que eliminar²².

La segunda razón que explica el ataque a los Tribunales constitucionales es ideológica. Los tribunales —incluidos los constitucionales— son acusados por los líderes populistas de ser antidemocráticos, excesivamente activistas, elitistas y de apropiarse *de facto* de poderes que pertenecen al pueblo. En otras palabras, se estaría en presencia de una «juristocracia»²³. Kaczyński, por ejemplo, ha sostenido que los tribunales no tienen nada que ver con la democracia, sino que, por el contrario, son órganos al servicio de las oligarquías²⁴. Además, en la batalla relativa a la identificación de los que deben ser reconocidos como los verdaderos representantes del pueblo, los populistas

¹⁷ Sadurski, W. (2019). «Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler», *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 11, p. 73.

¹⁸ Sadurski, W. (2019). *Poland's Constitutional Breakdown*, op. cit., p. 75. El texto de estas leyes se puede encontrar en el sitio web oficial del Tribunal Constitucional: <https://trybunal.gov.pl/en/about-the-tribunal/legal-basis/the-constitutional-tribunal-act>

¹⁹ Véase Sajó, A. (2021). *Ruling by Cheating. Governance in Illiberal Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 74.

²⁰ Véase Sajó, A. (2021). *Ruling by Cheating. Governance in Illiberal Democracy*, op. cit., p. 75; Sadurski, W. (2019). «Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler», op. cit., p. 64.

²¹ Véase Bugarič, B. y Ginsburg, T. (2016). «The Assault on Postcommunist Courts», *Journal of Democracy*, vol. 27, núm. 3, p. 72.

²² Véase Garlicki, L. (2019). «Constitutional Court and Politics: The Polish Crisis», op. cit., p. 158.

²³ Véase Brzozowski, W. (2021). «Whatever Works: Constitutional Interpretation in Poland in Times of Populism», en Gárdos-Orosz, F. y Szente, Z. (coords.), *Populist Challenges to Constitutional Interpretation in Europe and Beyond*, Abingdon–New York, Routledge, pp. 178-179.

²⁴ Véase Brzozowski, W. (2021). «Whatever Works: Constitutional Interpretation in Poland in Times of Populism», op. cit., p. 179.

ven a los Tribunales constitucionales como sus principales oponentes²⁵. La doctrina también ha expresado críticas similares. András Zs. Varga, por ejemplo, ha hablado del «poder ilimitado» del Tribunal Constitucional húngaro y del hecho de que este órgano ha utilizado el concepto de Estado de Derecho como «varita mágica» para justificar su «activismo» y su «arbitrariedad» en la toma de decisiones²⁶. Ciertamente, el protagonismo y el activismo de los Tribunales constitucionales húngaro y polaco durante el proceso de transición y consolidación democrática tras la caída del régimen comunista han facilitado esta lectura instrumental y han contribuido a suscitar críticas sobre la legitimidad de estos órganos. También László Sólyom —Presidente del Tribunal Constitucional húngaro entre 1990 y 1998 (periodo que ha coincidido con el mayor activismo del Tribunal)— ha reconocido que durante esta fase de transición «algunos Tribunales constitucionales han sido propensos a sustituir el lema *'we the people'* con el lema *'we the courts'*»²⁷. Por lo tanto, desde la perspectiva populista, es necesario que los Tribunales constitucionales pasen del «*judicial activism*» al «*judicial restraint*», mostrando una mayor deferencia hacia la voluntad expresada por la mayoría parlamentaria²⁸.

La tercera razón por la que los Tribunales constitucionales han sido el principal objetivo de los ataques de los regímenes populistas-liberales es de naturaleza teórica. Los Tribunales constitucionales, por definición, son contrarios a la noción «formal» o «procedimental» de democracia, que es como estos regímenes populistas interpretan la democracia. Según esta concepción, explicada por Luigi Ferrajoli²⁹, la democracia consiste únicamente en un método de formación de las decisiones públicas: es decir, el conjunto de las «reglas de juego» que atribuyen a la mayoría del pueblo el poder, directamente o a través de representantes, de tomar estas decisiones, independientemente de su contenido (que también puede ser antiliberal o antidemocrático). Los Tribunales constitucionales, en cambio, representan una de las expresiones más evidentes de la democracia «sustancial» (de nuevo, según la expresión de Ferrajoli), que es un sistema que se funda no sólo en la regla de la mayoría, sino también en el propio contenido de las decisiones, que necesariamente deben respetar algunos principios y valores declarados a nivel constitucional, entre los cuales se encuentra el principio de igualdad, la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, y en particular la protección de las minorías. Precisamente por ello, los Tribunales constitucionales son órganos «contra-mayoritarios».

²⁵ Véase Preuß, U. K. (2019). «Judicial Power in Processes of Transformation», en Landfried, C. (coord.), *Judicial Power. How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, op. cit., p. 364.

²⁶ Varga, A.Z. (2019). *From Ideal to Idol? The Concept of the Rule of Law*, Budapest, Dialóg-Campus.

²⁷ Sólyom, L. (2003). «The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy: With Special Reference to Hungary», op. cit., p. 135.

²⁸ Czarnota, A. (3 de junio 2017). «The Constitutional Tribunal», *VerfassungsBlog*, <https://verfassungsblog.de/the-constitutional-tribunal/>

²⁹ Ferrajoli, L. (2012). «La democrazia costituzionale», *Revus*, vol. 18, pp. 69 ss., <https://journals.openedition.org/revus/2291?lang=sl>

Wojciech Sadurski explica claramente que «[l]a existencia misma de un órgano que pueda invalidar las leyes adoptadas por la mayoría [es un] anatema para el diseño en el que ‘el Soberano’ encarnado en la mayoría parlamentaria puede implementar todos sus deseos políticos. El elemento de contingencia, inestabilidad y revocabilidad de las ‘reformas’ inherente a cualquier sistema robusto de *judicial review*, incontrolable por el ejecutivo y/o la mayoría parlamentaria, es algo que una autoridad iliberal no puede tolerar»³⁰. En realidad se trata de un concepto que ya había sido expresado por Mauro Cappelletti, cuando afirmaba que «ningún régimen dictatorial y opresor ha aceptado jamás un sistema de justicia constitucional efectivo, y no meramente nominal»³¹.

3. LA SEGUNDA FASE: LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES COMO ALIADOS DE LOS RÉGIMENES POPULISTAS-ILIBERALES

Llegados a este punto surge la pregunta: ¿por qué Orbán y Kaczyński, en lugar de limitarse a neutralizar y domesticar los Tribunales constitucionales, no han eliminado de una vez estos órganos?³² En el caso húngaro, Fidesz habría podido proceder a la supresión de este organismo no contemplándolo en la nueva Ley Fundamental, o eliminándolo en una posterior reforma constitucional. En el caso polaco, la abolición del Tribunal Constitucional no habría sido posible, ya que PiS nunca ha tenido la mayoría para modificar la Constitución, pero incluso si la hubiera tenido — como se demostrará ahora — habría dejado con toda probabilidad el Tribunal en su sitio. Todo esto contrasta con la decisión tomada, sobre todo en el pasado, por muchos líderes autoritarios, que han demostrado claramente su intolerancia hacía el control de constitucionalidad de las leyes. Basta pensar en la eliminación de la justicia constitucional en la Alemania de Hitler, o en Austria tras el *Anschluss* de 1938³³. Lo mismo ocurrió en España, donde el Tribunal de las Garantías Constitucionales dejó de funcionar en 1939, al final de la Guerra Civil.

¿Cómo explicar entonces esta decisión de los regímenes populistas-iliberales de Hungría y Polonia de no suprimir los Tribunales constitucionales? Una primera razón es ciertamente formal y tiene que ver con las *apariencias* que estos regímenes desean conservar. De hecho, es cierto que líderes populistas como Orbán y

³⁰ Sadurski, W. (2019). «Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler», op. cit., pp. 64-65.

³¹ Cappelletti, M. (1994). *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee. Studi di diritto giudiziario comparato*, Bologna, il Mulino, p. 69.

³² Esta cuestión también la plantea Arato, A. (2019). «Populism, Constitutional Courts, and Civil Society», en Landfried, C. (coord.), *Judicial Power. How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, op. cit., p. 332. Sin embargo, el Autor responde a esta pregunta con argumentos que sólo en parte coinciden con los que expongo yo en este párrafo.

³³ Sin embargo, ya en 1934, las condiciones políticas impedían un control efectivo de la constitucionalidad de las leyes.

Kaczyński han expresado a menudo su orgullo al describir a sus países como Estados «no liberales»³⁴. Sin embargo, ellos no quieren admitir de ninguna manera que están rompiendo las reglas: «su proyecto puede ser revolucionario en términos legales, pero la *apariencia de legalidad* no puede ser abandonada» (énfasis añadido)³⁵. El enfoque seguido por estos regímenes, por lo tanto, es el de la «*appearance of constitutionality*»³⁶. Y precisamente porque quieren que sus acciones parezcan conformes a lo que establece el texto constitucional, «el botón nuclear»³⁷ de eliminar la justicia constitucional no es viable. Además, este sería un camino muy difícil de recorrer, entre otras cosas porque el prestigio y la *auctoritas* de los Tribunales constitucionales han crecido significativamente en las últimas décadas en gran parte del mundo. Sin embargo, lo que sí puede ser eliminado (y de hecho *es* eliminado) por los regímenes populistas es el control de constitucionalidad *real y efectivo*.

Consideremos, pues, otro aspecto estrechamente relacionado con lo que acabamos de destacar. La eliminación del Tribunal constitucional representaría una medida extrema que correría el riesgo de ser duramente criticada incluso por los partidarios del régimen. De hecho, podría hacerles sospechar que su Gobierno es realmente antidemocrático (o incluso autoritario), como argumentan quienes se oponen a él. El riesgo, por lo tanto, sería debilitar la propia legitimidad del régimen, que en cambio se basa precisamente en el apoyo de la población. Añádase el hecho de que una medida de este tipo acabaría inevitablemente por hacer, si cabe, aún más complejas las relaciones con las instituciones supranacionales (y en particular con la Unión Europea)³⁸, con la posibilidad real de incurrir en sanciones económicas. Basta pensar, por ejemplo, en la adopción del nuevo «régimen de condicionalidad», introducido con el Reglamento 2020/2092, de 16 de diciembre de 2020, cuyo objetivo es proteger el presupuesto de la Unión «en caso de vulneración de los principios del Estado de Derecho en los Estados miembros» (Art. 1). Si ya ahora, con los ataques a la independencia del poder judicial y de los Tribunales constitucionales, Hungría y Polonia corren el riesgo de ser sometidas a las medidas del artículo 5 del Reglamento, parece

³⁴ Basta pensar en el famoso discurso de Orbán del 26 de julio de 2014 («Prime Minister Viktor Orbán's Speech at the 25th Bálványos Summer Free University and Student Camp», Tusnádfürdő (Báile Tuşnad), Romania, http://2010-2015.miniszterelnok.hu/in_english_article/_prime_minister_viktor_orban_s_speech_at_the_25th_balvanyos_summer_free_university_and_student_camp).

³⁵ Brzozowski, W. (2021). «Whatever Works: Constitutional Interpretation in Poland in Times of Populism», op. cit., p. 190.

³⁶ Garlicki, L. (2019). «Constitutional Court and Politics: The Polish Crisis», op. cit., p. 161, que se refiere a Polonia, pero el concepto se aplica perfectamente también a Hungría.

³⁷ Sajó, A. (2021). *Ruling by Cheating. Governance in Illiberal Democracy*, op. cit., p. 67.

³⁸ Véanse los informes anuales sobre el Estado de Derecho publicados a partir de 2020 por la Comisión europea sobre cada Estado miembro. Los informes sobre Hungría y Polonia muestran las fuertes preocupaciones de la Comisión en particular por lo que se refiere a la independencia del sistema judicial, a la lucha contra la corrupción, al pluralismo de los medios de comunicación y a otras cuestiones institucionales relativas a los mecanismos de *checks and balances*. Véase, por ejemplo, https://commission.europa.eu/publications/2022-rule-law-report-communication-and-country-chapters_en

claro que la eliminación *tout court* del órgano de justicia constitucional haría aún más probable la aplicación de dichas sanciones. Entre otras cosas, hay que recordar que, mientras que Hungría y Polonia han conseguido hasta ahora evitar las sanciones previstas en el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea (TUE) por violación de los principios y valores establecidos en el artículo 2 del TUE al poder acogerse al veto mutuo, el Reglamento sobre el «régimen de condicionalidad» prevé que las medidas sancionadoras se apliquen tras una decisión del Consejo adoptada *por mayoría cualificada* (Art. 6(11)), lo que impide a estos países protegerse mutuamente.

Sin embargo, hay otra razón, aún más importante, por la que los Tribunales constitucionales no han sido abolidos. La razón radica en que estos órganos son *funcionales* a los regímenes populistas-iliberales: los Tribunales constitucionales sirven a las nuevas mayorías en el poder para legitimar sus acciones y políticas, así como para darles una imagen, un «*look*» constitucional. Así, en la primera fase, los Tribunales constitucionales son neutralizados y domesticados, para que luego se conviertan en verdaderos *aliados* de los partidos en el poder, dejando así de ser órganos de defensa de las minorías para convertirse en órganos *de apoyo a las mayorías*³⁹. En otras palabras, de *hostis* el Tribunal constitucional se convierte en *amicus*. Se trata de una clara demostración de «*abusive judicial review*», según la expresión de David Landau y Rosalind Dixon:⁴⁰ en lugar de defender el constitucionalismo, estos tribunales lo atacan en sus principios cardinales, como la separación de poderes, los derechos fundamentales, el pluralismo, la independencia del poder judicial, etc. La deferencia hacia el legislador es casi absoluta: la regla que siguen estos órganos ahora es la del respeto incondicional a la voluntad del Parlamento como órgano representativo del pueblo⁴¹.

Aunque desde un punto de vista formal los Tribunales constitucionales húngaro y polaco siguen erigiéndose en guardianes de la Constitución, en realidad su papel se ha convertido en el de los abogados de la mayoría de Gobierno. Hasta la fecha estos órganos han cumplido plenamente esta nueva tarea. En el caso de Hungría, por ejemplo, un análisis de las decisiones del Tribunal Constitucional tomadas entre 2010 y 2014 ha mostrado que en casi todos los casos los jueces nombrados por Fidesz han apoyado las medidas adoptadas por el Gobierno (y viceversa: los jueces que no eran expresión de la mayoría casi siempre han votado en contra de las medidas del

³⁹ Sobre esta doble fase, véase, con referencia a Polonia, Sadurski, W. (2019). *Poland's Constitutional Breakdown*, op. cit., pp. 58 ss.; Sadurski, W. (2019). «Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralyzed Tribunal, to a Governmental Enabler», op. cit., pp. 63 ss. Como señala Müller, J.-W. (2017). «Populism and Constitutionalism», en Rovira Kaltwasser, C., Taggart, P., Ochoa Espejo, P. y Ostiguy, P. (coords.), *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford, Oxford University Press, p. 598, los populistas en el poder están contentos con las instituciones del Estado siempre que sean «*sus* instituciones» (énfasis en el texto).

⁴⁰ Landau, D. y Dixon, R. (2020). «Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy», *UC Davis Law Review*, vol. 53, pp. 1313 ss.

⁴¹ Véase Sajó, A. (2021). *Ruling by Cheating. Governance in Illiberal Democracy*, op. cit., p. 184.

Gobierno)⁴², lo que ha llevado al autor de la investigación a señalar que «una Constitución partidista también requiere un guardián partidista»⁴³. La jurisprudencia de los años siguientes ha confirmado que el Tribunal se ha convertido en una importante herramienta en las manos de la mayoría de Gobierno para lograr sus objetivos⁴⁴. Se pueden hacer reflexiones similares para el Tribunal Constitucional polaco, que «ha abandonado la apariencia de neutralidad política y ahora se pone, casi abiertamente, del lado del Gobierno»⁴⁵. Este órgano ha pasado así por tres fases: de ser un «tribunal activista», ha pasado a ser un «tribunal paralizado» para finalmente convertirse en un «facilitador del Gobierno»⁴⁶.

Por lo tanto, puede decirse que tanto en Hungría como en Polonia se ha conservado la *forma* de los Tribunales constitucionales, pero se ha perdido completamente su *sustancia*. Esto confirma lo que ha señalado Nadia Urbinati, según la cual el populismo es similar a un «parásito», ya que «se desarrolla dentro de las instituciones democráticas a las que transforma, pero nunca sustituye por completo»⁴⁷. Los populismos se han desarrollado también en el seno de los Tribunales constitucionales, y los han utilizado para conseguir sus objetivos, a menudo inconstitucionales. Los Tribunales constitucionales salen así completamente «desfigurados»⁴⁸.

4. LA JURISPRUDENCIA POPULISTA-ILIBERAL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Al analizar la jurisprudencia de los «nuevos» Tribunales constitucionales húngaro y polaco, hay un aspecto que emerge con fuerza: la interpretación constitucional ejercida por estos órganos no se basa en ninguna teoría específica. El enfoque del Tribunal Constitucional polaco, por ejemplo, ha sido descrito como «*cherry picking*»,

⁴² Véase Szente, Z. (2016). «The Political Orientation of the Members of the Hungarian Constitutional Court Between 2010 and 2014», op. cit., pp. 134 ss.

⁴³ Szente, Z. (2016). «The Political Orientation of the Members of the Hungarian Constitutional Court Between 2010 and 2014», op. cit., p. 146.

⁴⁴ Véase Gárdos-Orosz, F. (2019). «Challenges to Constitutional Adjudication in Hungary After 2010», op. cit., pp. 336 ss.

⁴⁵ Brzozowski, W. (2019). «Can the Constitutional Court Accelerate Democratic Backsliding? Lessons from the Polish Experience», en Belov, M. (coord.), *The Role of Courts in Contemporary Legal Orders*, op. cit., p. 377.

⁴⁶ Sadurski, W. (2019). «Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler», op. cit., pp. 63 ss.

⁴⁷ Urbinati, N. (2020). *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Bologna, il Mulino, p. 35, que a su vez toma esta imagen de Ardit, B. (2007). *Politics on the Edges of Liberalism: Difference, Populism, Revolution, Agitation*, Edinburgh, Edinburgh University Press.

⁴⁸ Urbinati, N. (2016). *Democrazia sfigurata. Il popolo fra opinione e verità*, Milano, Università Bocconi Editore.

«*whatever works*» y «*result oriented*»⁴⁹, con una combinación de herramientas interpretativas antiguas y nuevas que se utilizan con el único fin de alcanzar los objetivos (iliberales) establecidos según los casos. Un discurso similar puede hacerse para el Tribunal Constitucional húngaro, a pesar de que la nueva Ley Fundamental establece expresamente los criterios a seguir en la interpretación de la Constitución:⁵⁰ de hecho, las decisiones emitidas por el Tribunal a favor de la mayoría populista utilizan «un método ecléctico de interpretación y un conjunto ecléctico de métodos clásicos y nuevos conceptos sustanciales»⁵¹. En otras palabras, cualquier técnica argumentativa está bien, siempre que beneficie al partido en el poder.

En el análisis del *reasoning* de estos Tribunales constitucionales, otro aspecto que merece la pena destacar es el hecho de que los argumentos de estos órganos se hacen eco muy a menudo de los utilizados por los exponentes populistas en sus discursos, hasta el punto de dar la impresión de que los Tribunales se han convertido en «un instrumento de transmisión de la voluntad política al ámbito del derecho»⁵². De hecho, el léxico de sus decisiones es el típico léxico populista-iliberal, caracterizado por una constante instrumentalización de conceptos y principios constitucionales, como los de dignidad humana, identidad constitucional y soberanía. Los ejemplos son múltiples. Piénsese, por ejemplo, en la sentencia n° 19/2019 del Tribunal Constitucional húngaro, en la que se han rechazados una serie de recursos relativos a la constitucionalidad de una norma que sanciona con amonestación, trabajos comunitarios o detención a una persona que permanezca habitualmente en una zona pública. El núcleo del razonamiento gira en torno al concepto de dignidad humana, interpretado como «la dignidad del individuo que vive en una sociedad y que acepta la responsabilidad de la convivencia social». De hecho, el Tribunal afirma que «según el sistema de valores de la Ley Fundamental, nadie tiene derecho a ser indigente o a no tener hogar; esta condición no forma parte del derecho a la dignidad humana. Por el contrario, tal estado deriva de las disfunciones interconectadas de la convivencia social y de la vida individual, que una sociedad fundada en la lealtad, la fe y el amor debe gestionar y, posiblemente, eliminar sobre la base del respeto de esos valores». Según el Tribunal, el Estado húngaro tiene la obligación constitucional de crear y mantener un sistema de asistencia a las personas sin hogar (consagrado en el Artículo

⁴⁹ Brzozowski, W. (2021). «Whatever Works: Constitutional Interpretation in Poland in Times of Populism», op. cit., pp. 188 y 193.

⁵⁰ Por ejemplo, el Artículo R(3) establece que «las disposiciones de la Ley Fundamental se interpretarán de acuerdo con la finalidad que persiguen, con el Credo Nacional [es decir, el preámbulo de la Constitución] de la Ley Fundamental y con los logros de nuestra constitución histórica».

⁵¹ Gárdos-Orosz, F. (2021). «Constitutional Interpretation Under the New Fundamental Law of Hungary», en Gárdos-Orosz, F. y Szente, Z. (coords.), *Populist Challenges to Constitutional Interpretation in Europe and Beyond*, Abingdon–New York, Routledge, p. 159.

⁵² Véase Gersdorf, M. y Pilich, M. (2020). «Judges and Representatives of the People: A Polish Perspective», *European Constitutional Law Review*, vol. 16, p. 355. La referencia es al Tribunal Constitucional polaco, pero la observación se aplica perfectamente también al Tribunal Constitucional húngaro.

XXII(2) de la Ley Fundamental), pero el cumplimiento de esta obligación sólo es posible si las personas en cuestión cooperan con el Estado⁵³.

Hay que destacar que la interpretación del concepto de dignidad humana que ofrece el «nuevo» Tribunal Constitucional húngaro contrasta con la desarrollada por el Tribunal en los años 90, que se basaba, en cambio, en ideales de solidaridad⁵⁴. El Tribunal húngaro se había inspirado fuertemente en el principio de dignidad humana tal y como lo había interpretado el *Bundesverfassungsgericht* alemán, luego desarrollando su propio concepto independiente⁵⁵. Esta interpretación solidaria ha representado también la base de la sentencia n° 28/2012, en la que el Tribunal había abordado por primera vez los derechos de las personas sin hogar. En esta sentencia, dictada cuando el Tribunal era todavía un órgano independiente del poder político, los jueces constitucionales habían declarado la inconstitucionalidad de una norma similar a la declarada conforme a la Constitución en la sentencia n° 19/2019, afirmando que era «incompatible con la protección de la dignidad humana sancionar a personas que han perdido su vivienda por una razón ajena a ellos y que, por lo tanto, viven en un espacio público, pero no violan los derechos de los demás, no causan daños y no cometen otras irregularidades». Para entender la razón de la decisión diametralmente opuesta tomada en 2019, es necesario considerar no sólo la nueva composición del Tribunal, sino también el hecho de que la Constitución ha sido modificada entretanto. De hecho, con la «Séptima Enmienda» de 2018, el «nuevo» artículo XXII(3), establece que «está prohibido residir habitualmente en un espacio público». Se trata de un claro ejemplo de «constitucionalización» de una medida que previamente había sido declarada inconstitucional por el Tribunal⁵⁶.

Otro ejemplo de instrumentalización de los principios constitucionales se refiere al concepto de identidad constitucional, al que se han referido los Tribunales constitucionales de varios países europeos en los últimos años⁵⁷. En la sentencia n° 22/2016, el Tribunal Constitucional húngaro se ha referido a este mismo concepto para justificar el rechazo del Gobierno de Orbán a aplicar el programa de la Unión Europea de reubicación de refugiados en Hungría. De hecho, el Consejo de la Unión Europea había previsto la reubicación de decenas de miles de solicitantes de protección internacional

⁵³ Sobre esta sentencia, véase Chronowski, N. y Halmai, G. (11 junio 2019). «Human Dignity for Good Hungarians Only. The Constitutional Court's Decision on the Criminalization of Homelessness», *VerfassungsBlog*, <https://verfassungsblog.de/human-dignity-for-good-hungarians-only/>

⁵⁴ Sobre el diferente uso del principio de dignidad humana antes y después del giro antiliberal de 2010, véase Halmai, G. y Chronowski, N. (2022). «The Decline of Human Dignity and Solidarity Through the Misuse of Constitutional Identity: The Case of Hungary Since 2010», en Bedford, D., Dupré, C., Halmai, G. y Kapotas, P. (coords.), *Human Dignity and Democracy in Europe*, Cheltenham, Edward Elgar, pp. 177 ss.

⁵⁵ Véase Dupré, C. (2003). *Importing the Law in Post-Communist Transitions. The Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity*, Oxford, Hart Publishing.

⁵⁶ Véase el apartado 2.

⁵⁷ Véase Faraguna, P. (2016). «Taking Constitutional Identities Away from the Courts», *Brooklin Journal of International Law*, vol. 41, núm. 2, pp. 491 ss.

desde Italia y Grecia a otros Estados miembros de la UE, entre los que, por supuesto, se encontraba Hungría. El Tribunal Constitucional ha interpretado el concepto de identidad constitucional como «la identidad propia de Hungría», subrayando que su contenido debe identificarse «caso por caso, sobre la base de la totalidad de la Ley Fundamental y de algunas de sus disposiciones, de acuerdo con el Credo Nacional [es decir, el preámbulo de la Constitución] y los logros de nuestra constitución histórica, tal como exige el artículo R (3) de la Ley Fundamental». El concepto de identidad constitucional queda así indefinido, también por el hecho de que está vinculado al de «constitución histórica», que a su vez es decididamente vago y propenso a una fácil instrumentalización⁵⁸. Con la aprobación de la «Octava Enmienda», esta jurisprudencia del Tribunal ha sido reconocida expresamente en la Constitución: el *Credo Nacional* establece ahora que «la protección de nuestra identidad, enraizada en nuestra constitución histórica, es un deber fundamental del Estado». En esta sentencia, el Tribunal también ha señalado que «la identidad constitucional de Hungría es un valor fundamental que no ha sido creado por la Ley Fundamental, sino que simplemente ha sido reconocido por la misma, y en consecuencia la identidad constitucional no puede ser derogada a través de un tratado internacional». Por lo tanto, siempre según los jueces constitucionales, «la protección de la identidad constitucional seguirá siendo un deber del Tribunal Constitucional mientras Hungría sea un Estado soberano». El (ab)uso del concepto de identidad constitucional con fines puramente nacionalistas y en función anti-UE es muy evidente, y no es casualidad que se haya calificado como una forma de «constitucionalismo de campanario»⁵⁹.

También la noción de soberanía ha pasado a formar parte del léxico populista de los jueces constitucionales húngaros y polacos. Un ejemplo reciente lo ofrece la sentencia K 3/21 del Tribunal Constitucional polaco, de 7 de octubre de 2021, en la que algunas disposiciones del Tratado de la Unión Europea han sido declaradas contrarias al texto constitucional⁶⁰, consagrando así la primacía de la Constitución nacional sobre el derecho europeo⁶¹. En esta sentencia, el Tribunal ha declarado ex-

⁵⁸ Sobre los riesgos del uso del concepto de «constitución histórica», véase Szente, Z. (2023). «How Not to Use History in Constitutional Interpretation. The Aborted Resurrection of the Historical Constitution in Hungary», en Biagi, F., Frosini, J. O. y Mazzone, J. (coords.), *Comparative Constitutional History. Volume Two: Uses of History in Constitutional Adjudication*, Leiden, Brill, pp. 311 ss.

⁵⁹ Halmai, G. (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*, vol. 43, núm. 1, p. 42. También Uitz, R. (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*, vol. 13, núm. 1, p. 296, habla de «constitucionalismo de campanario».

⁶⁰ Cabe señalar que la sentencia es de naturaleza interpretativa: las disposiciones del Tratado de la Unión Europea no han sido declaradas incompatibles con la Constitución en su totalidad, sino «en la medida en que». Véase Brzozowski, W. (2021). «C'è del marcio in Polonia? Il significato autentico della sentenza costituzionale 7 ottobre 2021», *Quaderni costituzionali*, núm. 4, p. 973.

⁶¹ Sobre esta decisión, véase el simposio de I-CONNECT: Baraggia, A. y Ragone, G. (15 octubre 2021). «Symposium. Introduction. The Polish Constitutional Tribunal Decision on the Primacy of EU Law: Alea Iacta Est. Now What?», *I-Connect*, <http://www.iconnectblog.com/2021/10/symposium->

presamente, *inter alia*, que la integración europea ha alcanzado una «nueva etapa» (no bien especificada) que afecta a la soberanía y al carácter democrático del país. En particular, el Tribunal ha establecido que: «a) los órganos de la Unión Europea actúan más allá de los límites de las competencias delegadas por la República de Polonia en los Tratados, b) la Constitución ya no es la ley suprema de la República de Polonia, que prevalece, en cuanto a su obligatoriedad y aplicación, c) la República de Polonia ya no puede funcionar como Estado soberano y democrático». El choque con las instituciones supranacionales ha continuado con la sentencia K 6-21 del 24 de noviembre de 2021, en la que el Tribunal Constitucional polaco se ha pronunciado sobre la compatibilidad del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a un proceso equitativo) con la Constitución. El resultado ha sido similar: el artículo 6 ha sido declarado inconstitucional «en la medida en que el concepto de tribunal incluye al Tribunal Constitucional» y «en la medida en que atribuye al Tribunal Europeo de Derechos Humanos la competencia para controlar la legalidad de la elección de los jueces del Tribunal Constitucional». Respecto al pasado se ha producido una verdadera inversión de las perspectivas: durante mucho tiempo los Tribunales constitucionales húngaro y polaco —así como muchos otros Tribunales constitucionales de Europa Central y Oriental— se han remitido constantemente al derecho europeo y a la jurisprudencia de los tribunales supranacionales (Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos)⁶², también para fortalecer la legitimidad de sus propias decisiones. El enfoque actual, en cambio, se basa en el recelo y la desconfianza hacia las fuentes y los organismos supranacionales, lo que explica, por ejemplo, la voluntad de consagrar la primacía del derecho interno sobre el derecho de la UE y el CEDH. No es casualidad, pues, que la Ley Fundamental húngara, al indicar los criterios interpretativos que deben seguir los tribunales, no indique las obligaciones derivadas del derecho internacional.

Se ha señalado con razón que la mencionada reinterpretación en sentido populista-iliberal de conceptos y principios constitucionales ha dado lugar a una «desnormativización» de las constituciones, en el sentido de que «las disposiciones constitucionales ya no tienen un significado independiente del que el Gobierno iliberal, con la ayuda del Tribunal constitucional, les obliga a tener. Aunque las disputas políticas sobre [ese] significado siempre han influido en la interpretación constitucional, lo que estamos presenciando en estos casos es un control político, indirecto pero fuerte, por parte del Gobierno de la actividad interpretativa, un control que erosiona la naturaleza normativa de las constituciones como limitación jurídica del poder»⁶³. Se trata de un notable retroceso si se tiene en cuenta que uno de los grandes logros del cons-

introduction-the-polish-constitutional-tribunal-decision-on-the-primacy-of-eu-law-alea-iacta-est-now-what/

⁶² Véase Martinico, G. y Pollicino, O. (coords.) (2010). *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws: A Comparative Constitutional Perspective*, Groningen, Europa Law Publishing.

⁶³ Castillo-Ortiz, P. (2019). «The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe», *European Constitutional Law Review*, vol. 15, p. 69.

titucionalismo en el siglo pasado, tras la caída de los regímenes autoritarios en Europa, ha sido precisamente el pleno reconocimiento de la Constitución como norma jurídica sobre todo gracias al papel ejercido por los Tribunales constitucionales⁶⁴.

5. LAS SOLUCIONES PROPUESTAS POR LA DOCTRINA

En los últimos años, la doctrina se ha preguntado a menudo sobre las posibles soluciones a adoptar, desde una perspectiva de *constitutional design*, para evitar, o por lo menos dificultar, la captura de los órganos de justicia constitucional por parte de los regímenes populistas-iliberales. Como se explica más en detalle en los párrafos siguientes, las propuestas abarcan dos ámbitos principales: uno relacionado con los procesos de nombramiento y la composición de los Tribunales constitucionales, y otro con el uso de modelos alternativos de justicia constitucional.

5.1. Procesos de nombramiento y composición de los Tribunales constitucionales

La primera propuesta presentada en la doctrina, como se acaba de mencionar, se refiere a los procesos de nombramiento y composición de los Tribunales constitucionales, una propuesta que se explica en gran medida a la luz del hecho de que una de las técnicas más utilizadas por las fuerzas populistas-iliberales (incluidas las de Hungría y Polonia) es la del *court-packing*. Tanto en Hungría como en Polonia, todos los jueces constitucionales son seleccionados por el mismo órgano, es decir, el Parlamento, lo que facilita enormemente el proceso de sometimiento del Tribunal al partido de Gobierno. Se trata de un sistema basado en el principio del «*winner takes all*»⁶⁵. Por eso se ha sugerido que se involucren diferentes organismos en el proceso de nombramiento⁶⁶. Esta ha sido también la recomendación de la Comisión de Venecia. De hecho, refiriéndose al caso polaco (pero la observación parece ser perfectamente válida también para el caso húngaro), la Comisión ha sugerido la introducción de un sistema en el que los jueces constitucionales sean seleccionados por los tres poderes del Estado de forma paritaria: un tercio por el Presidente de la República, un tercio por el Parlamento y un tercio por el poder judicial⁶⁷. Este sistema recuerda mucho al

⁶⁴ García de Enterría, E. (2006). *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Cizur Menor, Aranzadi.

⁶⁵ Sadurski, W. (2020). «Constitutional Democracy in the Time of Elected Authoritarians», op. cit., p. 330.

⁶⁶ Véase Landau, D. y Dixon, R. (2020). «Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy», op. cit., p. 1376, que proponen involucrar también organismos de garantía como los órganos de autogobierno de la magistratura o los *ombudspersons*.

⁶⁷ Comisión de Venecia (11 marzo 2016). *Opinion on Amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland*, p. 25, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)001-e)

modelo adoptado, por ejemplo, en Italia, aunque la forma de gobierno es diferente (semi-presidencial en Polonia, parlamentaria en Italia). Además, la Comisión de Venecia ha subrayado acertadamente la necesidad de que el componente parlamentario de los jueces no se elija por mayoría simple (como se prevé ahora en Polonia), sino por mayoría cualificada, con el fin de buscar el mayor consenso posible sobre los candidatos seleccionados⁶⁸. En este sentido, el caso polaco muestra también otra debilidad procedimental evidente: de hecho, la mayoría requerida para la elección de los jueces constitucionales está prevista en el Reglamento del *Sejm*. En cambio, como ha puesto de relieve la doctrina, sería deseable que los aspectos más importantes y delicados relativos al proceso de nombramiento y a la composición de los Tribunales constitucionales se regularan directamente en la Constitución⁶⁹. Y como esto puede no ser suficiente (como enseña el caso húngaro), para la modificación de estas normas se podrían exigirse mayorías hípercualificadas o la ratificación a través de un referéndum⁷⁰.

Las hipótesis anteriores son, en gran medida, satisfactorias, pero difícilmente podrían evitar la captura de los Tribunales por parte de las fuerzas populistas. Lo más probable es que puedan entorpecerla y ralentizarla, lo que en cualquier caso sería un logro que no debe subestimarse. El sistema de nombramiento de los jueces constitucionales en Hungría y Polonia, tal y como está regulado ahora, deja ciertamente que desear, pero al final no se aleja demasiado del de Alemania, donde, sin embargo, el Tribunal Constitucional es un órgano realmente autónomo e independiente del poder político⁷¹. Lo que marca la diferencia, por lo tanto, no es tanto el modelo elegido para la selección de jueces (por importante que sea), sino la cultura constitucional y la voluntad política.

5.2. Modelos alternativos de justicia constitucional

El sistema actual de justicia constitucional en Hungría y Polonia es de tipo centralizado, en el que la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes recae en un órgano *ad hoc*, el Tribunal Constitucional. El modelo es de clara inspiración kelseniana, fuertemente influenciado por el *Bundesverfassungsgericht* alemán. Se trata de una «*strong-form of judicial review*» (a diferencia de las «*weak-forms of judicial*

⁶⁸ Véase Comisión de Venecia (11 marzo 2016). *Opinion on Amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland*, op. cit., p. 25.

⁶⁹ Véase Landau, D. y Dixon, R. (2020). «Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy», op. cit., p. 1377.

⁷⁰ Véase Landau, D. y Dixon, R. (2020). «Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy», op. cit., p. 1378.

⁷¹ En Alemania, los jueces constitucionales son nombrados a medias por el *Bundestag* y a medias por el *Bundesrat* por mayoría de dos tercios. Sobre las diferencias jurídicas y políticas respecto a los sistemas húngaro y polaco, véase Delledonne, G. (2019). «Appointing and Electing Constitutional Judges: An Evolving Comparative Landscape», en Belov, M. (coord.), *The Role of Courts in Contemporary Legal Orders*, op. cit., pp. 160-162.

review»), principalmente porque, como se verá mejor a continuación⁷², las decisiones adoptadas por el Tribunal son definitivas y no pueden ser superadas por el Parlamento. Estos Tribunales constitucionales, que han tenido un enorme éxito durante los procesos de transición democrática que han seguido al colapso del régimen comunista, han sido, sin embargo, incapaces de frenar la deriva populista-iliberal de los últimos años. Desde este punto de vista, se les ha calificado de organismos «frágiles» y «débiles»⁷³, y los reformistas del periodo poscomunista que han depositado una gran confianza en ellos han sido considerados, en retrospectiva, como «ingenuos»⁷⁴. A la luz de la impotencia que han demostrado, algunos autores se han preguntado si realmente vale la pena preservar estos órganos⁷⁵, y si incluso podrían «acelerar»⁷⁶ los procesos de deterioro democrático.

Antes de examinar si otros modelos de justicia constitucional podrían desempeñar un papel más eficaz en la protección contra las derivas populistas, cabe señalar que existen importantes razones a favor del mantenimiento del modelo actual. La primera razón consiste en el hecho de que los Tribunales Constitucionales húngaro y polaco, aunque no han logrado impedir una transición iliberal, sí han conseguido ralentizar este proceso, hasta el punto de que han sido equiparados a «reductores de velocidad» (*speed-bumps*)⁷⁷. De hecho, antes de pasar a estar bajo el control de los partidos gobernantes, perdiendo así toda autonomía e independencia, estos órganos han logrado desempeñar su papel «contramayoritario» con bastante eficacia, emitiendo decisiones destinadas a proteger el sistema liberal-democrático en clara oposición a las políticas populistas. En el caso de Hungría, el Tribunal Constitucional, especialmente entre 2010 y 2012, «ha reaccionado agresivamente», tratando de resistir el «golpe constitucional»⁷⁸. En octubre de 2010, por ejemplo, ha sido declarado inconstitucional un impuesto retroactivo del 98% sobre las indemnizaciones por despido de los trabajadores del sector público que superaban los dos millones de florines, por violación del principio de irretroactividad⁷⁹. La inconstitucionalidad de

⁷² Sobre esta distinción, véase el apartado 5.2.B.

⁷³ Bugarič, B. (2019). «Can Law Protect Democracy? Legal Institutions as ‘Speed Bumps’», *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 11, p. 448.

⁷⁴ Bugarič, B. y Ginsburg, T. (2016). «The Assault on Postcommunist Courts», op. cit., p. 74.

⁷⁵ Véase Szente, Z. (2016). «The Political Orientation of the Members of the Hungarian Constitutional Court Between 2010 and 2014», op. cit., p. 147. El Autor se refiere al Tribunal Constitucional húngaro, pero sus observaciones parecen perfectamente válidas también para el Tribunal Constitucional polaco.

⁷⁶ Brzozowski, W. (2019). «Can the Constitutional Court Accelerate Democratic Backsliding? Lessons from the Polish Experience», op. cit., pp. 371 ss.

⁷⁷ Bugarič, B. (2019). «Can Law Protect Democracy? Legal Institutions as ‘Speed Bumps’», op. cit., p. 449, que a su vez toma prestada una expresión de Huq, A., Ginsburg, T. y Versteeg, M. (2018). «The Coming Demise of Liberal Constitutionalism?», *University of Chicago Law Review*, vol. 85, p. 253.

⁷⁸ Scheppele, K. L. (2014). «Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (With Special Reference to Hungary)», op. cit., p. 72.

⁷⁹ Decisión de 28 de octubre de 2010, MK.184/2010.

este impuesto (esta vez por violación del principio de dignidad humana) ha sido reafirmada por el Tribunal en octubre de 2011, después de que el Parlamento modificara la Constitución restringiendo la competencia del Tribunal en materia presupuestaria y tributaria⁸⁰.

El Tribunal Constitucional húngaro declaró la ilegitimidad constitucionalidad de muchas otras medidas adoptadas por la mayoría de Gobierno. En junio de 2012, por ejemplo, declaró contraria a la Constitución una definición muy restrictiva de familia que excluía las uniones del mismo sexo y otras familias no «tradicionales»⁸¹. Después, en julio de 2012, el Tribunal declaró inconstitucional la reducción de la edad de jubilación de los jueces ordinarios de 70 a 62 años⁸². En noviembre de 2012 se anuló la disposición (mencionada anteriormente) que criminalizaba a las personas sin hogar⁸³, y en diciembre de 2012 declaró inconstitucionales las «Normas Transitorias» de la Constitución⁸⁴. El Gobierno respondió a estas (y otras similares) sentencias del Tribunal⁸⁵ adoptando la «Cuarta Enmienda» en marzo de 2013, a través de la cual (como se ha explicado antes) fue «constitucionalizada» la mayoría de las medidas previamente declaradas inconstitucionales por el Tribunal, y se estipuló la derogación de las decisiones dictadas por el Tribunal antes de la entrada en vigor de la Ley Fundamental⁸⁶.

En el caso de Polonia, entre los ejemplos más evidentes de resistencia a la deriva iliberal se encuentran las sentencias del Tribunal Constitucional de marzo⁸⁷ y agosto de 2016⁸⁸, que declararon inconstitucionales las modificaciones de la Ley del Tribunal Constitucional por ser contrarias al principio de separación de poderes y a la autonomía e independencia del poder judicial. Luego, en noviembre de 2016, el Tribunal anuló las nuevas disposiciones sobre la elección del Presidente y Vicepresidente del Tribunal⁸⁹. En todos estos casos, el Gobierno se opuso incluso a la publicación de las sentencias en el Boletín Oficial, una medida que, según Marek Safjan (ex Presidente del Tribunal Constitucional y actualmente juez polaco del Tribunal de Justicia de la Unión Europea), habría conducido al fin del Estado de Derecho en Polonia⁹⁰. El Gobierno consintió la publicación de estas sentencias solo

⁸⁰ Decisión de 5 de mayo de 2011, MK.37/2011.

⁸¹ Decisión de 11 de junio de 2012, MK.43/2012.

⁸² Decisión de 16 de julio de 2012, MK.33/2012. Véase, con más detalle, apartado 5.2.A.

⁸³ Decisión de 12 de noviembre de 2012, MK.38/2012.

⁸⁴ Decisión de 28 de diciembre de 2012, MK.45/2012.

⁸⁵ Sobre estas (y otras similares) sentencias véase, con más detalle, Scheppele, K. L. (2014). «Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (With Special Reference to Hungary)», op. cit., pp. 72 ss.

⁸⁶ Véase apartado 2.

⁸⁷ Decisión de 9 de marzo de 2016, K 47/15.

⁸⁸ Decisión de 11 de agosto de 2016, K 39/16.

⁸⁹ Decisión de 7 de noviembre de 2016, K 44/16.

⁹⁰ Lo reporta Sadurski, W. (2019). *Poland's Constitutional Breakdown*, op. cit., p. 77.

dos años después, el 5 de junio de 2018, tras una fuerte presión de la Comisión Europea⁹¹.

Además de la capacidad de los Tribunales constitucionales de frenar el proceso de deterioro democrático, hay otra razón política a favor del mantenimiento del sistema centralizado en su forma actual de «*strong judicial review*». Así como en un período de tiempo relativamente corto los Tribunales constitucionales han perdido su independencia y se han convertido en herramientas en las manos de las fuerzas populistas, una vez que estos regímenes hayan caído, podrían volver a su naturaleza de órganos «contra-mayoritarios». De hecho, la historia, incluso la reciente, muestra que «el afianzamiento y la resistencia del populismo autoritario no es inevitable»⁹². Además, no se puede dar por sentado que los Tribunales constitucionales seguirán siendo para siempre fieles aliados de las fuerzas de Gobierno. Hubo casos en el pasado, como el de Egipto bajo Mubarak⁹³ o el de Chile bajo Pinochet⁹⁴, en los que los Tribunales constitucionales, concebidos como instrumentos en las manos de un régimen autocrático, se han transformado con el tiempo en órganos que realmente han ejercido, al menos en parte, un papel de oposición a las políticas iliberales del ejecutivo.

5.2.A. El modelo difuso

Un modelo de justicia constitucional que podría adoptarse en lugar del centralizado es el modelo difuso o descentralizado, similar al de Estados Unidos, en el que cada juez, incluso los de menor rango, tiene la facultad de verificar la constitucionalidad de las leyes. El sistema centralizado que caracteriza actualmente a Hungría y Polonia (un sistema similar, por ejemplo, a los italiano, español y alemán), en cambio, prevé que los jueces, si consideran que la ley que tiene que ser aplicada al caso concreto es contraria a la Constitución, deben suspender el caso y plantear la cuestión de constitucionalidad al Tribunal constitucional, a través de un recurso «incidental». La adopción de un sistema difuso parece ofrecer mayores garantías que el modelo centralizado ya que, para un régimen iliberal, es mucho más complicado poner bajo su control cientos o miles de tribunales que un único órgano formado por un número muy limitado de personas, como un Tribunal constitucional⁹⁵. De hecho, «si se

⁹¹ Sobre estas decisiones y sobre el rechazo del Gobierno a publicar las sentencias en el Boletín Oficial, véase Sadurski, W. (2019). *Poland's Constitutional Breakdown*, op. cit., pp. 70-79.

⁹² Sadurski, W. (2020). «Constitutional Democracy in the Time of Elected Authoritarians», op. cit., p. 333, que toma prestada algunas consideraciones de Takis S. Pappas.

⁹³ Véase Moustafa, T. (2007). *The Struggle for Constitutional Power: Law, Politics and Economic Development in Egypt*, Cambridge, Cambridge University Press.

⁹⁴ Véase Barros, R. (2002). *Constitutionalism and Dictatorship. Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press.

⁹⁵ Véase Moustafa, T. y Ginsburg, T. (2008). «Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Politics», en Ginsburg, T. y Moustafa, T. (coords.), *Rule by Law. The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 19.

deposita toda la confianza en un pequeño órgano formado por quince personas para soportar la enorme carga del control de constitucionalidad [.], es fácil para los populistas dismantelar rápidamente el sistema golpeando su núcleo⁹⁶. La «dispersión» del control de constitucionalidad en las manos de los jueces ordinarios sería, pues, una forma de impedir la instrumentalización de la justicia constitucional por parte del régimen iliberal. El modelo difuso, además, traería consigo otra ventaja, la de «responsabilizar» más a la magistratura ordinaria en el proceso de implementación constitucional. De hecho, un sistema centralizado corre el riesgo, incluso involuntariamente, de transmitir la idea de que los Tribunales constitucionales deben ser los únicos responsables de dicha implementación⁹⁷.

En Polonia, una parte de la doctrina y de la magistratura sostiene desde hace tiempo que los jueces ordinarios deberían negarse a aplicar las leyes que consideren contrarias a la Constitución, creando así una forma de «dispersión» del control de constitucionalidad⁹⁸. Habría también un punto de apoyo textual preciso en la Constitución, a saber, el Artículo 8(2), que establece que las disposiciones constitucionales «se aplican directamente». Además, ya hubo algunos casos en el pasado en los que los jueces se han negado a aplicar leyes consideradas inconstitucionales⁹⁹. El debate ha resurgido con fuerza en los últimos años, tras la involución del país en un sentido iliberal, y varios autores se han pronunciado claramente a favor de esta forma de difusión del control¹⁰⁰. Además, se ha observado que esta difusión estaría en consonancia con la obligación de los tribunales de no aplicar la legislación nacional cuando esta entre en conflicto con el derecho UE¹⁰¹. Así, los jueces estarían llamados a valorar más el parámetro supranacional (que naturalmente incluye también el Con-

⁹⁶ Sadurski, W. (2019). *Poland's Constitutional Breakdown*, op. cit., p. 86.

⁹⁷ Véase Sadurski, W. (2010). «Constitutional Courts and Constitutional Culture in Central and Eastern European Countries», en Febbrajo, A. y Sadurski, W. (coords.), *Central and Eastern Europe after Transition. Towards a New Socio-legal Semantics*, Aldershot, Ashgate, p. 118.

⁹⁸ Véase Garlicki, L. (2007). «Constitutional Courts Versus Supreme Courts», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, núm. 1, pp. 57-59.

⁹⁹ Piénsense, por ejemplo, en algunas sentencias de la Sala laboral del Tribunal Supremo. Véase Garlicki, L. (2007). «Constitutional Courts Versus Supreme Courts», op. cit., p. 58.

¹⁰⁰ Sobre este debate véase Garlicki, L. y Derlatka, M. (2019). «Constitutional Court of Poland: 1996-2018», op. cit., pp. 166-167; Sadurski, W. (2019). *Poland's Constitutional Breakdown*, op. cit., p. 86; Sadurski, W. (2019). «Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler», op. cit., pp. 83-84; Koncewicz, T. T. (2020). «'The Symbolic Jurisprudence': Theorizing Constitutional (Re)capture, Testing the Limits of Separation of Powers and Reimagining the Judicial Review», en Baraggia, A., Fasone, C. y Vanoni, L. P. (coords.), *New Challenges to the Separation of Powers. Dividing Power*, Cheltenham, Edward Elgar, pp. 180 ss.; Granat, M. (2022). «On the Experiences of a Constitutional Court in an Illiberal Democracy. Incapacitated but Necessary», en Castellà Andreu, J. M. y Simonelli, M. A. (coords.), *Populism and Contemporary Democracy in Europe. Old Problems and New Challenges*, Cham, Palgrave Macmillan, pp. 137 ss.

¹⁰¹ Véase Koncewicz, T. T. (2020). «'The Symbolic Jurisprudence': Theorizing Constitutional (Re)capture, Testing the Limits of Separation of Powers and Reimagining the Judicial Review», op. cit., pp. 189-191.

venio Europeo de Derechos Humanos), siempre con el objetivo de eludir al Tribunal Constitucional¹⁰².

Aunque la adopción de un sistema difuso (o análogo al difuso) parece una solución convincente en muchos aspectos, hay que tener en cuenta algunos factores. En primer lugar, es importante recordar que, en muchos ordenamientos europeos, la elección de un modelo centralizado por parte de los constituyentes estaba vinculada a la falta de confianza en la magistratura ordinaria. De hecho, en Alemania, Italia, España y (aunque en menor medida) en los países de Europa Central y Oriental, no había sido llevado a cabo un proceso efectivo de purga del poder judicial, y por lo tanto muchos de los jueces más comprometidos con los precedentes regímenes autoritarios no habían sido destituidos¹⁰³. Por lo tanto, en un contexto de este tipo, difícilmente podría adoptarse un sistema difuso *ab initio*, sino que sólo se podría considerar en un momento sucesivo, en presencia de jueces más sensibles a los nuevos principios y valores constitucionales¹⁰⁴.

Sin embargo, la verdadera objeción a la eficacia del sistema difuso está relacionada principalmente con el hecho de que, tanto en Hungría como en Polonia, los regímenes populistas han logrado con bastante rapidez no sólo «capturar» los Tribunales constitucionales, sino también restringir gravemente la autonomía e independencia de los jueces ordinarios¹⁰⁵. En ambos países, por ejemplo, se han introducido profundas reformas en relación con los órganos de autogobierno de la magistratura, que han sido puestos bajo el control del poder político. Por lo tanto, las fuerzas populistas están ahora *de facto* en condiciones de decidir sobre los nombramientos, las promociones y las sanciones disciplinarias de los magistrados¹⁰⁶. Es evidente que en un contexto de este tipo, los jueces que, a través de su actividad interpretativa, adoptan decisiones contrarias a la dirección de la mayoría de Gobierno corren el riesgo de ser sancionados disciplinariamente (o incluso penalmente)¹⁰⁷. La Comisión de Venecia

¹⁰² Véase Garlicki, L. y Derlatka, M. (2019). «Constitutional Court of Poland: 1996-2018», op. cit., p. 167.

¹⁰³ Véase Biagi, F. (2020). *European Constitutional Courts and Transitions to Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 49, 98 y 148-149.

¹⁰⁴ En Italia, por ejemplo, en el período 1948-1956, es decir, después de la aprobación de la Constitución, pero antes de la creación del Tribunal Constitucional, se aplicó un sistema difuso (en virtud de la 7ª disposición transitoria y final de la Constitución), pero este sistema funcionó poco y mal. Véase Biagi, F. (2020). *European Constitutional Courts and Transitions to Democracy*, op. cit., pp. 50 ss.

¹⁰⁵ Véase Bartole, S. (2018). «I casi di Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa ed Unione Europea», *Quaderni costituzionali*, núm. 2, pp. 295 ss.

¹⁰⁶ Sobre el caso de Hungría, véase Penasa, S. (2020). «L'amministrazione della giustizia in Ungheria: un sistema istituzionale 'bicefalo' di derivazione 'democratico-illiberale'», *DPCE online*, núm. 4, pp. 4937 ss. Sobre el caso polaco, véase Mazza, M. (2020). «Le garanzie istituzionali della magistratura in Polonia: un presente difficile, un futuro incerto», *DPCE online*, núm. 4, pp. 4969 ss.; Śledzińska-Simon, A. (2018). «The Rise and Fall of Judicial Self-Government in Poland: On Judicial Reform Reversing Democratic Transition», *German Law Journal*, vol. 19, núm. 7, pp. 1839 ss.

¹⁰⁷ Véase Gersdorf, M. y Pilich, M. (2020). «Judges and Representatives of the People: A Polish Perspective», op. cit., p. 360. Por ejemplo, hay casos de jueces que han sido objeto de un procedimiento

ha criticado duramente el nuevo sistema de administración de justicia en Hungría, especialmente por lo que se refiere a su (in)dependencia¹⁰⁸. Además, numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁰⁹ y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹⁰ han establecido la incompatibilidad de muchas de estas medidas con el derecho de la UE y el CEDH, respectivamente.

La otra estrategia utilizada por las mayorías populistas para poner el poder judicial bajo su control ha sido reducir la edad de jubilación de los jueces para sustituir a los que estaban en funciones por otros más cercanos a las políticas del régimen. En Hungría, la edad se ha reducido de 70 a 62 años para los jueces ordinarios; en Polonia, de 70 a 60 años para las juezas y de 70 a 65 años para los jueces, así como de 70 a 65 años para los magistrados del Tribunal Supremo. Aunque estas medidas han sido declaradas inconstitucionales (como se indica a continuación) o incompatibles con el derecho europeo¹¹¹,

disciplinario por haber planteado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (véase nota núm. 109).

¹⁰⁸ Véase Comisión de Venecia (19 marzo 2012). *Opinion on Act CLXII of 2011 on the Legal Status and Remuneration of Judges and Act CLXI of 2011 on the Organisation and Administration of Courts of Hungary*, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2012\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2012)001-e).

¹⁰⁹ Piénsense, por ejemplo, en la cuestión de la responsabilidad disciplinaria de los magistrados. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha fallado recientemente a favor del juez húngaro Csaba Vasvári, que había sido objeto de un procedimiento disciplinario por haber planteado una cuestión prejudicial, acto considerado «ilegal» por el Tribunal Supremo húngaro. Véase Sentencia de 23 de noviembre de 2021, *IS (Ilegalidad de la orden de referencia)*, asunto C-564/19, ECLI:EU:C:2021:949. Aún más esclarecedor en este sentido es el enfrentamiento que se ha producido entre el TJUE y Polonia en relación con la creación de la Sala disciplinaria en el seno del Tribunal Supremo polaco. Anteriormente el TJUE ha exigido que no se planteen «dudas legítimas» respecto a la independencia de la Sala Disciplinaria, y posteriormente ha ordenado la suspensión de la Sala, cuya creación ha sido considerada incompatible con el derecho de la Unión. Véanse Sentencia de 19 de noviembre de 2019, *A.K. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême)*, asuntos reunidos C-585/18, C-624/18 y C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982; Auto de 8 de abril de 2020, *Comisión c. Polonia*, asunto C-791/19 R, ECLI:EU:C:2020:277; Sentencia de 15 de julio de 2021, *Comisión c. Polonia*, asunto C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596; Auto de 27 de octubre de 2021, *Comisión c. Polonia*, asunto C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:878.

¹¹⁰ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), remitiéndose a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia citada en la nota anterior, ha establecido que debido a la «excesiva influencia de los poderes legislativo y ejecutivo» la Sala disciplinaria del Tribunal Supremo polaco no podía considerarse un «tribunal establecido por ley», así como previsto en el artículo 6 del CEDH. Véase, TEDH, Sentencia de 22 de julio de 2021, demanda n. 43447/19, *Reczkowicz c. Polonia*; Sentencia de 8 de noviembre de 2021, demandas n. 49868/19 y 57511/19, *Dolinska-Ficek y Ozimek c. Polonia*. Hay también otras sentencias que ofrecen claros indicios del respeto por parte de Hungría y Polonia del Estado de Derecho en el contexto del artículo 6 del Convenio. Véase, por ejemplo, Sentencia de 23 de junio de 2016, demanda n. 20261/12, *Baka c. Hungría*; Sentencia de 29 de junio de 2021, demandas n. 26691/18 y 27367/18, *Broda y Bojara c. Polonia*.

¹¹¹ En el caso de Hungría, la referencia es a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de noviembre de 2012, *Comisión c. Hungría*, asunto C-286/12, ECLI:EU:C:2012:687. En cuanto a Polonia, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre la reforma de la edad de jubilación de los jueces del Tribunal Supremo y de los tribunales ordinarios. Véanse Sentencia de 24 de junio de 2019, *Comisión c. Polonia*, asunto C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 y Sentencia de 5 de noviembre de 2019,

sin embargo han logrado en gran medida desplegar sus efectos. Tomemos, por ejemplo, el caso de Hungría. La reducción de la edad de jubilación de 70 a 62 años ha provocado la sustitución de un tercio de los jueces (274) en un plazo de seis meses, incluidos 20 de los 27 jueces del Tribunal Supremo (*Kuria*). En 2012 el Tribunal Constitucional (cuando aún era un órgano independiente) declaró la inconstitucionalidad de esta medida¹¹², y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la declaró contraria al derecho UE¹¹³. Como consecuencia, el Parlamento aprobó la Ley nº 20 de 2013, que ha introducido cambios en el régimen de jubilación de los jueces, contemplando una reducción gradual de la edad de jubilación a los 65 años en 2023. Al mismo tiempo, la ley preveía la posibilidad de que los jueces cesados se podían reincorporar a sus puestos de trabajo tras el pronunciamiento de un juez laboral¹¹⁴. Sin embargo, varias investigaciones han mostrado que muchos de estos jueces nunca han vuelto a sus puestos, especialmente en el caso de los tribunales de nivel más alto, y que algunos de ellos han preferido recibir una indemnización en lugar de ser reincorporados a sus puestos¹¹⁵.

Aunque no hay certezas al respecto, a la luz de lo anterior parece legítimo plantear la hipótesis de que un sistema descentralizado, o en todo caso la previsión de una mayor «dispersión» del control de constitucionalidad, puede *frenar aún más* un proceso de deterioro democrático, quizás más de lo que podría hacerlo un sistema centralizado. Al mismo tiempo, sin embargo, es necesario no hacerse demasiadas ilusiones, ya que, como demuestran claramente los casos de Hungría y Polonia, los regímenes iliberales disponen de técnicas eficaces para domesticar con bastante rapidez también la magistratura ordinaria.

5.2.B. La «Weak-form of Judicial Review»

Además de la distinción clásica entre un modelo centralizado y uno difuso, también es posible distinguir entre una «*strong-form of judicial review*» y una «*weak-form*»

Comisión c. Polonia, asunto C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924. En estos casos, el Tribunal ha encontrado restricciones desproporcionadas al principio de inamovilidad de los jueces. Véase también Sentencia de 2 de marzo de 2021, A.B. y otros (*Nomination des juges à la Cour suprême – Recours*), asunto C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153.

¹¹² Decisión de 16 de julio de 2012, MK.33/2012.

¹¹³ Sentencia de 6 de noviembre de 2012, *Comisión c. Hungría*, asunto C-286/12, ECLI:EU:C:2012:687.

¹¹⁴ Sobre esta cuestión relativa a la reducción de la edad de jubilación, véase Halmi, G. (2017). «The Early Retirement Age of the Hungarian Judges», en Nicola, F. y Davies, B. (coords.), *EU Law Stories. Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 471 ss.

¹¹⁵ Véanse Bar Association's Human Rights Institute (IBAHRI) (octubre 2015). *Still Under Threat: The Independence of the Judiciary and the Rule of Law in Hungary*, p. 27, <https://www.ajoa.asn.au/wp-content/uploads/2015/08/Hungary-report.pdf>; Amnesty International y Hungarian-Helsinki Committee (2019). *Timeline of Undermining the Independence of the Judiciary in Hungary 2012-2019*, https://helsinki.hu/wp-content/uploads/Hungary_judiciary_timeline_AI-HHC_2012-2019.pdf

of judicial review». La diferencia fundamental entre estos dos últimos modelos de justicia constitucional radica en que en el primer caso («*strong-form*»), las sentencias que establecen la inconstitucionalidad de las leyes son definitivas y vinculantes, mientras que en el segundo caso («*weak-form*»), estas sentencias *no* son definitivas y pueden ser superadas por el Parlamento¹¹⁶. En la actualidad, estas «*weak-forms of judicial review*» caracterizan, en particular, a algunos países de la Commonwealth, como Canadá, Nueva Zelanda, el Reino Unido y algunas experiencias a nivel estatal en Australia (Australian Capital Territory y el Estado de Victoria)¹¹⁷. Estas formas de justicia constitucional difieren bastante entre ellas, aunque están unidas por el hecho de que es el legislador el que tiene la última palabra. En Canadá, por ejemplo, el artículo 33 de la Carta de Derechos y Libertades prevé la llamada «*notwithstanding clause*», mediante la cual el legislador puede, a través de una declaración explícita, mantener en vigor durante un periodo de cinco años, prorrogable, una ley contraria a muchos de los derechos reconocidos en la Carta. Así, el legislador está autorizado a sustraer las leyes del control de constitucionalidad, así como superar, mediante la aprobación de una nueva ley con esta cláusula, las decisiones de inconstitucionalidad de una ley anterior. Sin embargo, hay que destacar que la «*notwithstanding clause*» se ha utilizado hasta ahora en muy pocas ocasiones¹¹⁸.

No hay que olvidar que «*weak-forms of judicial review*» estaban previstas en el pasado también en Hungría y Polonia. En Hungría, se creó en 1984 un Consejo de Derecho Constitucional (un órgano análogo a una «comisión parlamentaria especializada»)¹¹⁹ para revisar la constitucionalidad de las leyes y de los actos infra-legislativos. Sin embargo, este Consejo no tenía poderes de anulación, sino que sólo podía señalar la inconstitucionalidad del acto al órgano que lo había promulgado¹²⁰. En Polonia, desde 1985 (año de creación del Tribunal Constitucional) hasta 1997 (año de aprobación de la nueva Constitución), el Parlamento tenía la facultad de rechazar, a través de una mayoría de dos tercios, las sentencias de inconstitucionalidad dictadas por el Tribunal¹²¹.

¹¹⁶ Sobre esta distinción, véase Tushnet, M. (2008). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press; Gardbaum, S. (2013). *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press.

¹¹⁷ Sobre la justicia constitucional en estos países, véase Gardbaum, S. (2013). *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, op. cit., pp. 95 ss.

¹¹⁸ Véase Centre for Constitutional Studies (4 julio 2019). *Notwithstanding Clause*, <https://www.constitutionalstudies.ca/2019/07/notwithstanding-clause/>

¹¹⁹ Garlicki, L. (1986-1987). «Constitutional and Administrative Courts as Custodians of the State Constitutions. The Experience of East European Countries», *Tulane Law Review*, vol. 61, núm. 6, pp. 1302-1303.

¹²⁰ Véase Racz, G. (1985). «L'introduction du contrôle constitutionnel des normes juridiques en Hongrie», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 37, núm. 1, pp. 136 ss.

¹²¹ Véase Garlicki, L. (2009). «Constitutional Court of Poland: 1982-2009», op. cit., pp. 26-27; Garlicki, L. (2002). «The Experience of the Polish Constitutional Court», op. cit., pp. 279-281.

Stephen Gardbaum, que ya se había expresado a favor de la adopción de «*weak-forms of judicial review*» en las democracias consolidadas¹²², ha argumentado recientemente que dicho modelo de justicia constitucional también sería apropiado en las «nuevas» democracias o en las democracias frágiles y no consolidadas. Esta teoría evidentemente se puede aplicar a los casos de Hungría y Polonia. Según Gardbaum, una «*weak-form of judicial review*» tendría la ventaja de limitar los contrastes y las tensiones entre los tribunales y la mayoría de Gobierno, con el efecto de reducir el riesgo de captura de los tribunales o, en todo caso, de una limitación de su independencia¹²³. En realidad estos argumentos parecen validos mientras los tribunales actúen en una democracia consolidada, o por lo menos en un contexto en el que el nivel de tensión y confrontación entre los tribunales y la mayoría de Gobierno sea bastante limitado¹²⁴. En un régimen populista-iliberal, en cambio, es razonable suponer que la mayoría no tendría ningún reparo en abusar de su poder para superar las decisiones de los tribunales, especialmente en los casos políticamente más sensibles. Tania Groppi señala acertadamente que cuando se está en presencia de un sistema «débil» de justicia constitucional, «sólo la presencia de una opinión publica constitucional atenta y vigilante y de un legislador dotado de un alto grado de sensibilidad constitucional puede impedir el vaciamiento de uno de los grandes logros del constitucionalismo, a saber, la garantía de las minorías frente a las mayorías políticas contingentes»¹²⁵. En cambio, en Hungría y Polonia, así como en contextos populistas-iliberales similares, tales condiciones (especialmente la existencia de un «legislador dotado de un alto grado de sensibilidad constitucional») están casi totalmente ausentes.

También hay que tener en cuenta otro elemento. Como se ha apuntado anteriormente, para un régimen populista-iliberal es esencial que los tribunales, incluidos los constitucionales, proporcionen un marco constitucional para su actuación. De hecho, la tarea de estos órganos es *legitimar* la acción de la mayoría de Gobierno, que, por lo tanto, difícilmente se conformaría con tener la última palabra. Verse obligado a superar las decisiones tomadas por los tribunales acabaría debilitando la legitimidad del propio régimen. Así, es muy probable que la domesticación de los tribunales tendría lugar de todas formas, incluso en presencia de una «*weak-form of judicial review*».

¹²² Véase Gardbaum, S. (2013). *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, op. cit.

¹²³ Véase Gardbaum, S. (2015). «Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies?», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 53, pp. 311 ss.

¹²⁴ Véase Sadurski, W. (2019). *Poland's Constitutional Breakdown*, op. cit., pp. 87-88.

¹²⁵ Groppi, T. (2020). «La legittimazione della giustizia costituzionale. Una prospettiva comparata», in Groppi, T., *Menopaggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Bologna, il Mulino, pp. 276-277.

6. CONCLUSIONES

En este ensayo mis reflexiones sobre Tribunales constitucionales, retrocesos democráticos y regímenes populistas se han referido en particular a los casos de Hungría y Polonia. Es evidente que lo que ha sucedido, y lo que todavía está pasando, en estos dos países no necesariamente se ha producido, o se va a producir, en otros países. Cada Estado tiene su historia. Mi impresión, sin embargo, es que los casos de Hungría y Polonia pueden servir como excelentes laboratorios para comprender dinámicas y tendencias en los regímenes populistas-iliberales, y también pueden servir como punto de inicio para la identificación de similitudes y diferencias con otros países. Estos casos de estudio han demostrado, en primer lugar, que los Tribunales constitucionales que operan en un régimen populista-iliberal pueden transformarse rápidamente de blancos de los Gobiernos a importantes aliados de las mayorías en el poder. En ese punto, el *reasoning* de dichos órganos puede parecerse muy a menudo a la retórica que utilizan las fuerzas populistas.

Otra lección importante que ofrece el análisis de los casos húngaro y polaco es que las posibles soluciones que se han planteado, desde una perspectiva de *constitutional design* (especialmente en lo que se refiere a los procesos de nombramiento y composición de los Tribunales constitucionales, así como a la adopción de modelos alternativos de justicia constitucional), para evitar, o por lo menos dificultar, la captura de los órganos de justicia constitucional por parte de los regímenes populistas-iliberales, tienen algunos puntos fuertes, pero también debilidades evidentes. Esto confirma el hecho de que en ausencia de factores extraconstitucionales como una cultura constitucional consolidada y un fuerte respeto por parte de las instituciones y de la sociedad civil de los principios del Estado de Derecho, es difícil frenar una deriva antiliberal, por muy bien pensado que esté un sistema constitucional. Sin embargo, una ayuda a los Tribunales constitucionales, pero también a la magistratura ordinaria, puede provenir del apoyo de las instituciones supranacionales. En este sentido, basta pensar no sólo en los dictámenes de la Comisión de Venecia y en las sentencias emitidas en los últimos años por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en defensa de la autonomía e independencia de los Tribunales constitucionales y del poder judicial en Hungría y Polonia¹²⁶, sino también, más recientemente, en el nuevo «régimen de condicionalidad» introducido con el Reglamento 2020/2092, destinado precisamente a proteger los principios en los que se basa el Estado de Derecho¹²⁷.

Sería un error, no obstante, pensar que el estudio del papel de los tribunales en los regímenes populistas-iliberales no es también de interés para las democracias consolidadas, donde los Tribunales constitucionales, la magistratura y, en general, todos los órganos de garantía son actualmente suficientemente autónomos e

¹²⁶ Véase apartado 5.2.A.

¹²⁷ Véase apartado 3.

independientes del poder político. El riesgo, por supuesto, es dar por sentado ciertos logros democráticos. Por el contrario, las experiencias de Hungría, Polonia y otros casos similares (piénsese en Turquía)¹²⁸, pueden poner de manifiesto las fragilidades y debilidades de los organismos que operan dentro de sistemas ya establecidos, debilidades que de otro modo serían más difíciles de advertir¹²⁹. Estudiar el papel de los tribunales en contextos populistas-iliberales significa, en última instancia, estudiar cómo proteger de manera general un sistema democrático¹³⁰.

Title:

The Neutralization of Constitutional Courts in Illiberal-Populist Regimes. An Analysis From the Cases of Hungary and Poland

Summary

1. INTRODUCTION. 2. THE FIRST PHASE: CONSTITUTIONAL COURTS AS TARGETS OF POPULIST-ILIBERAL REGIMES. 3. THE SECOND PHASE: CONSTITUTIONAL COURTS AS ALLIES OF POPULIST-ILIBERAL REGIMES. 4. THE POPULIST-ILIBERAL JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURTS. 5. THE SOLUTIONS PROPOSED BY THE DOCTRINE. 5.1. Appointment processes and composition of constitutional courts. 5.2. Alternative models of constitutional justice. 5.2.A. The diffuse model. 5.2.B. The “Weak-form of Judicial Review”. 6. Conclusions.

Resumen:

En este artículo se analizan las relaciones entre los regímenes populistas-iliberales y los Tribunales constitucionales, a partir de los casos de Hungría y Polonia. Estos casos de estudio demuestran que los Tribunales constitucionales que operan en un régimen populista-iliberal pueden transfor-

¹²⁸ Muchas de las medidas tomadas por Recep Tayyip Erdoğan en Turquía en los últimos años para neutralizar el Tribunal Constitucional se parecen a las medidas tomadas por Orbán y Kaczyński de las que hemos hablado en este ensayo. Sobre las similitudes entre los casos de Hungría y Polonia y el de Turquía, véase Castillo-Ortiz, P. (2019). «The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe», op. cit., pp. 56 ss.

¹²⁹ Véase Moustafa, T. (2014). «Law and Courts in Authoritarian Regimes», *Annual Review of Law and Social Science*, p. 295, que a su vez recoge algunas consideraciones de Law, D. (2011). «How to Rig the Federal Courts», *The Georgetown Law Journal*, vol. 99, pp. 834-835.

¹³⁰ En este sentido, piénsense en las reflexiones de Rosanvallon, P. (2017). *Pensare il populismo*, Roma, Castelvecchi, p. 17: «Profundizar en la cuestión del populismo lleva a comprender mejor la democracia con sus riesgos de desviación, de confiscación, sus ambigüedades y también su incompletud».

marse rápidamente de blancos de los Gobiernos a importantes aliados de las mayorías en el poder. En ese punto, el *reasoning* de dichos órganos puede parecerse muy a menudo a la retórica que utilizan las fuerzas populistas. Otra lección importante que ofrece el análisis de los casos húngaro y polaco es que las posibles soluciones que se han planteado, desde una perspectiva de *constitutional design* (especialmente en lo que se refiere a los procesos de nombramiento y composición de los Tribunales constitucionales, así como a la adopción de modelos alternativos de justicia constitucional), para evitar, o por lo menos dificultar, la captura de los órganos de justicia constitucional por parte de los regímenes populistas-iliberales, tienen sí algunos puntos fuertes, pero también debilidades evidentes.

Abstract:

This article analyzes the relationship between illiberal-populist regimes and constitutional courts, based on the cases of Hungary and Poland. These case studies show that constitutional courts operating in an illiberal-populist regime can quickly turn from targets of the Government into important allies of the majority in power. At that point, the reasoning of these bodies can very often resemble the rhetoric of populist forces. Another important lesson offered by the analysis of the Hungarian and Polish cases is that the possible solutions that have been put forward, from a constitutional design perspective (especially with regard to the appointment processes and composition of constitutional courts, as well as the adoption of alternative models of constitutional justice), to prevent, or at least hinder, the capture of constitutional review bodies by illiberal-populist regimes, do have some strengths, but also evident weaknesses.

Palabras clave:

Tribunales constitucionales, populismo, regímenes iliberales, neutralización, modelos alternativos de justicia constitucional

Key words:

Constitutional courts, populism, illiberal regimes, neutralization, alternative models of constitutional justice

