

# **DESAFÍOS DEL ESTADO DE DERECHO. LAS NUEVAS INMUNIDADES DEL PODER POLÍTICO**

Rafael Bustos Gisbert

*Catedrático de Derecho Constitucional,  
Universidad Complutense de Madrid*

## I. LA CRISIS ILIBERAL TRAS EL TRIUNFO GLOBAL DEL CONSTITUCIONALISMO

El periodo 1990-2010 puede considerarse el más “feliz” de la historia del constitucionalismo. Ha recordado en tal sentido Scheppele que, en 1989, cuando Fukuyama declaraba el fin de la Historia, lo que estaba afirmado era la progresiva mundialización del constitucionalismo liberal. El fin del mundo polarizado suponía la victoria de un determinado modelo: liberal, democrático y constitucional. La aparición de un constitucionalismo global o en red así lo demostraba. Pese a existir múltiples variantes constitucionales existía una homogeneidad constitucional básica mundialmente aceptada en torno a las ideas de respeto al *rule of law*, a los derechos y a una norma constitucional garantizadora de ambos y limitadora del poder. En tal sentido no existiría ningún ámbito de poder inmune al control, bien de las constituciones nacionales, bien del nuevo constitucionalismo global. A ello no obstaba la existencia de excepciones que, con la salvedad de China, no eran más que residuos particularmente brutales de regímenes en franca decadencia.

En ese marco, y así lo dijimos en nuestra monografía sobre el tema en 2005, pensar que los Estados cambiarían su posición en la red global de constituciones, aunque teóricamente posible, resultaba políticamente inviable. Una vez alcanzada la democracia en los Estados de Derecho componentes de un constitucionalismo en red, ningún Estado iniciaría regresiones o pretendería abandonar esa red global en la que los Estados, aun manteniendo un papel esencial, no podían ya aspirar a ejercer los poderes soberanos como en el pasado pues estos ya eran “postsoberanos” o estaban “en transición” hacia su desaparición en la conocida expresión de Walker. Habían aparecido nuevos equilibrios para garantizar la triada mágica del constitucionalismo (*rule of law*, democracia y derechos humanos) en una suerte de *checks and balances* verticales más eficaces que los tradicionales porque no se basaban solo en el necesario respeto a un Derecho heterónimo, sino que eran el fruto natural de las necesidades económicas, culturales y sociales propias de la globalización.

Estábamos claramente equivocados. Por factores externos al propio constitucionalismo la crisis, primero económico-financiera y después sanitaria, de la globalización ha provocado un retorno a los Estados de los que solo son los ejemplos más evidentes el *Brexit* o la posición internacional de Estados Unidos durante la presidencia Trump. La crisis de la integración europea es, en este sentido, también paradigmática. Pero ya antes de estas crisis se apreciaban síntomas de la ineficacia del constitucionalismo pluralista triunfante después de la caída del muro de Berlín.

Sin duda los primeros avisos se manifestaron en el continente americano. Así, fueron antecedentes evidentes las regresiones constitucionales (desde la óptica demoliberal) en Perú con Fujimori (1995), Venezuela con Chávez (1999), Bolivia con Morales (2000) o Ecuador con Correa (2008). Estas rupturas con el concepto de constitucionalismo salido de la caída del muro de Berlín fueron entendidas (erróneamente) como un fenómeno típicamente latinoamericano vinculado a la debilidad institucional del continente, la falta de tradición en el desarrollo de una constitución verdaderamente vinculante, las evidentes desigualdades socioeconómicas y las dificultades para integrar sociedades pluriculturales.

Sin embargo, la evolución en Europa muestra que nos encontramos ante un fenómeno más profundo de crítica al constitucionalismo demoliberal y global. Dejando de lado el caso de Rusia (que quizás nunca acabó de implantar un verdadero constitucionalismo del tipo apuntado) las regresiones han sido muy claras en Hungría con Orban (2010), Polonia con Kaczyński (2015) o en Turquía con Erdogan (especialmente desde el golpe de Estado fallido en 2016). Pero otros Estados miembros del Consejo de Europa han transitado ya el camino de regresión constitucional (Ucrania desde 2010) o incluso entre los miembros de la UE otros Estados parecen seguir parecidos planteamientos a los ya expuestos en Hungría y Polonia como muestra la preocupante evolución en Rumanía, Eslovaquia o Bulgaria.

Finalmente, hasta en las llamadas democracias consolidadas de la UE, los grupos que cuestionan elementos básicos del constitucionalismo demoliberal y global han ido ganando apoyos cada vez más claros en Francia, Italia, Grecia, Países Bajos, Bélgica o España. Las tensiones constitucionales sufridas en el Reino Unido con motivo del Brexit muestran también un progresivo socavamiento de algunos de los elementos del peculiar *rule of law* británico en el marco de crisis provocado por la aparición de cuestionamientos del sistema representativo.

Resulta significativo, y como veremos relevante, que estas regresiones en la aceptación de los valores propios de un constitucionalismo en red se producen cuando en la comunidad internacional se han ido creado instancias de definición de estos mismos valores entre los que, en Europa, destacarían los vinculados al Consejo de Europa (muy especialmente la Comisión de Venecia), o la constitucionalización en el art. 2 del TUE (en su redacción de Lisboa) como valores de la Unión.

## II. EL CONSTITUCIONALISMO ILIBERAL: UN *MODUS OPERANDI* QUE ESCONDE LA NUEVA INMUNIDAD DEL PODER

No resulta sencillo poner un “nombre” al nuevo constitucionalismo que se impone o se pretende imponer en esta amalgama de movimientos críticos con las bases conceptuales del constitucionalismo anterior. Se habla de “retroceso constitucional” (Huq y Ginsburg, 2018), “legalismo autocrático” (Scheppelle, 2018), “constitucionalismo abusivo” o “constitucionalismo populista” (Landau, 2013 y 2018, respectivamente), “capturas constitucionales” (Müller, 2016) o “constitucionalismo autoritario o meramente formal *—mere Rule of Law constitutionalism—*” (Tushnet, 2015).

Lo que estos términos pretenden designar es la aparición de un “constitucionalismo iliberal” (aunque ello parezca un oxímoron, Drinoczi y Bien-Kacala, 2018) que dé cobijo a lo que proféticamente describió Zaccaria en 1997, con una palabra de difícil traducción<sup>1</sup>, como democracias “iliberales” que no son más que la muestra del modo en el que, en la desgarradora denuncia de Sadurski (2018 y 2019), las democracias mueren.

Obviamente la cuestión terminológica es poco relevante para este texto. Al contrario, de lo que debemos dar cuenta en este volumen es de la existencia de formas de aproximarse al constitucionalismo que cuestionan las bases conceptuales manejadas hasta ahora. Estas nuevas fórmulas críticas pueden englobarse bajo el nombre genérico de populismo si entendemos este en un concepto muy amplio. En tal sentido podemos aceptar a los solos efectos de la presente exposición, la definición que de los mismos realiza Landau (2018: 523), quien los entiende como una ideología, estrategia, discurso, estilo de movilización política o práctica política basada en el antagonismo entre “el pueblo” (normalmente representado en el líder populista) y la “élite corrupta”. Es una ideología débil basada en esa distinción que sostiene que la política ha de ser expresión de la voluntad general del pueblo de la que el movimiento se hace portavoz.

Lo relevante desde el punto de vista constitucional no es la ideología, pues tales movimientos se articulan en torno a ideologías totalmente diversas según los elementos específicos de cada Estado. Se nutren de planteamientos enormemente variados que abarcan desde las ideologías conectadas con la lucha contra las desigualdades socioeconómicas hasta las de identidad nacional e histórica pasando

---

1 El término funde la palabra inglesa “ill” (enfermo) con liberal. De este modo lo descrito no solo es un sistema contrario al sistema liberal (iliberal) sino también una muestra de que el régimen liberal está enfermo (ill). La traducción más correcta sería, probablemente, anti-liberal.

por elementos vinculados a ideas de índole religiosa, cultural o, incluso étnica. Tampoco parece existir detrás de estos movimientos un concepto de constitucionalismo muy elaborado que sirva de base a sus planteamientos pese a que emparenten (y con cierta frecuencia se refieran) con el llamado *political constitutionalism* de origen británico y representado, por ejemplo, por Bellamy en aras de la defensa de la ausencia de límites al proceso democrático.

Lo importante desde el punto de vista constitucional es el “*modus operandi*” de estos movimientos. Y ello porque utilizan el cambio constitucional como mecanismo básico de su ascenso y permanencia en el poder. El guion, apunta Scheppele, es muy familiar en estos movimientos. El movimiento (con un líder fuerte al frente) gana las elecciones libres de acuerdo con el régimen constitucional anterior. A veces se aprovechan de crisis nacionales o internacionales para ello. Armado con un mandato electoral claro y hablando en nombre de la voluntad popular realiza cambios en la organización del Estado para consolidarse en el poder rápidamente. En ocasiones, incluso, se procede directamente a la convocatoria de asambleas constituyentes para la elaboración de nuevas constituciones, en otras situaciones son enmiendas constitucionales o incluso puramente legales. Pero siempre se trata de la producción de cambios estructurales relevantes en las instituciones constitucionales clave. También es común aprovechar la regulación constitucional precedente para “capturar” dichas instituciones a través del nombramiento secundario de sus miembros. Sea cual sea el modo, los objetivos son claros: controlar el poder judicial independiente, en especial el Tribunal Constitucional si existe, los medios de comunicación, las agencias independientes y los órganos de la sociedad civil controlados por la minoría. Finalmente, las reformas se “blindan” exigiendo mayorías cualificadas para su modificación. Toda esta operación de control se realizará, es importante subrayarlo, con el respeto de la legalidad vigente.

De este modo puede describirse (Landau, Scheppele) el proyecto populista a partir de su forma de utilizar la constitución para imponer sus planteamientos. En un primer momento todo movimiento populista pretende realizar una “deconstrucción” del orden constitucional existente. Por ello, sus propuestas desde el principio son profundamente críticas de aspectos esenciales del régimen constitucional vigente porque los poderes del Estado han sido secuestrados por una élite-oligarquía-casta corrupta. La sustitución del orden constitucional preexistente adopta la forma de deconstrucción y a menudo se apoyará en otros factores como pueden ser la desinstitucionalización del sistema de partidos, la alta percepción de la corrupción, una fuerte crisis económica o la existencia de tensiones nacionales o étnicas. Estos movimientos, es importante reseñarlo, acceden al poder con las reglas propias de la Constitución que pretenden destruir. Son pues gobiernos elegidos de forma constitucional y democrática.

La deconstrucción progresiva del régimen lleva a la generación de un momento constituyente (en el sentido Ackermaniano) en el que es posible proponer respuestas radicales a momentos de crisis. En este punto los movimientos populistas se presentan como los únicos representantes reales de la voluntad general frente a aquellos que de una forma u otra han provocado la degeneración del sistema constitucional anterior. El momento constituyente propuesto no es ya un momento de general colaboración entre todos los grupos, como se ha sostenido en el constitucionalismo occidental europeo desde las aproximaciones pluralistas de Zagrebelsky o Häberle. Ahora el momento constituyente sirve a los miembros del proyecto populista para imponer su determinada forma de entender la Constitución elaborando de manera no consensuada una nueva constitución o introduciendo enmiendas constitucionales que cambian de manera sustancial la norma suprema anterior. Es pues característico de estos movimientos la opción por la imposición unilateral y no consensual de las nuevas normas constitucionales pues no ha de negociarse con las élites corruptas anteriores. Por ello el mecanismo del referéndum siempre es preferido a la discusión parlamentaria con otros grupos políticos.

En aquellas situaciones en las que el movimiento no alcanza la mayoría suficiente para realizar la reforma constitucional de manera formalmente aceptable, se procede a debilitar los órganos de control externo. De este modo los Tribunales Constitucionales allí donde existen y los poderes judiciales se convierten en objetivo inmediato de los populistas que proceden a modificar sus leyes para reducir el mandato de magistrados constitucionales, aumentar el número de los mismos, concentrar su nombramiento en manos de órganos políticos controlados por el movimiento hasta culminar el “*packing*”<sup>2</sup> de los órganos constitucionales de control, así como los órganos de gobierno, en su caso, de los poderes judiciales.

El diseño constitucional de los movimientos populistas pretende garantizar su permanencia en el poder y asegurar la inexistencia real de límites a su ejercicio en cuanto consideran que solo ellos son la expresión de la voluntad del pueblo. Por ello, adoptan mecanismos constitucionales que erosionen la separación de poderes y debilitan al máximo la posición de las minorías. Se produce así un generalizado reforzamiento del ejecutivo, se articula un fuerte control sobre los

---

2 El término “packing” es difícil de traducir. Designa el conocido fenómeno (al menos desde el conflicto entre Roosevelt y el Tribunal Supremo norteamericano) de proceder a cambiar artificialmente las mayorías en los tribunales supremos, constitucionales y consejos judiciales de manera que se sustituyen los anteriores miembros por otros totalmente fieles a la mayoría de forma que aunque existan mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes y control judicial de la administración no resultarán eficaces en la práctica frente a las reformas propuestas por el movimiento en el poder.

nombramientos para los órganos constitucionales, se aprueba un endurecimiento del estatuto disciplinario de los jueces, se crean o capturan mecanismos de control de los medios de comunicación social, de las organizaciones sociales e incluso de las confesiones religiosas, se desnivela el campo electoral en su favor, y un largo etcétera.

Esta aversión al control externo (presentado como antidemocrático por contradecir la voluntad mayoritaria que el movimiento pretende encarnar) genera en todos ellos un fuerte rechazo a las fórmulas de integración internacional pues se etiquetan como mecanismos de intervención externa e ilegítima en la voluntad popular. De este modo todos los movimientos populistas se oponen a la integración. En nuestro continente el antieuropeísmo será pues uno de los rasgos distintivos de los movimientos populistas y por ello se opondrán de manera frontal y radical a cualquier intento de limitación de sus constituciones populistas como consecuencia de la pertenencia a la red europea de constituciones. El constitucionalismo iliberal es, antes que nada, la negación de la propia idea de pluralismo constitucional propia de la globalización tal y como se entendía a principios del milenio.

Es importante reiterar que toda la operación de deconstrucción se hace con un pleno respeto formal al ordenamiento jurídico constitucional anterior y posterior. Los movimientos populistas actúan dentro de los límites de la constitucionalidad y legalidad nacional. De hecho, esta es una de sus características más novedosas. No abandonan la Constitución. La utilizan para realizar su concreto proyecto político y mantenerse en el poder. Más aún, no abandonan los conceptos constitucionales que son habitualmente utilizados en el marco del constitucionalismo en red. En el desarrollo de su agenda de cambio, estos movimientos se presentan como versiones mejoradas del anterior régimen demoliberal mientras proceden a su demolición con sus propios instrumentos.

El uso de estos mecanismos se realiza para garantizar la existencia de una “legitimación constitucional” de los cambios, aunque se nieguen muchos de los valores básicos del constitucionalismo. Este respeto a la forma constitucional (los nuevos gobernantes actúan “como si” respetaran la Constitución según proceden a destruirla) permite establecer la conexión entre el régimen anterior y el nuevo en una suerte de continuidad histórica que aleja el proceso de los viejos golpes de Estado. Por ello, se describen a menudo como “golpes constitucionales” pues respetando la legalidad constitucional existente proceden a alterarla en sus bases sustanciales.

Paradójicamente, esa legitimidad constitucional requiere, muy especialmente en el caso de los miembros del Consejo de Europa y de la UE, que las reformas le-

gales y constitucionales sean aceptadas (o, al menos, no frontalmente rechazadas) por las instancias de integración supraestatal que han desarrollado el discurso constitucional típico del constitucionalismo en red no estatal (instancias que, a su vez, son rechazadas por el discurso populista pero a las que las autoridades no se pueden enfrentar de modo directo si quieren mantener su legitimidad constitucional). Ello exige a dichos movimientos ser muy cuidadosos y evitar las formas más burdas de lesión a los valores constitucionales. Se trata, en fin, de regresiones constitucionales menos drásticas y dolorosas que crean sistemas que, aunque sea formalmente, pueden seguir apelando a la *auctoritas* que supone ser considerado una “democracia constitucional”.

En este sentido, resulta significativo que los casos en los que se ha intentado instaurar nuevas constituciones populistas (o aprobar enmiendas en tal sentido) sin respetar las propias normas constitucionales se produce la reacción clara de las instancias internacionales. No así cuando se han cumplido los estándares constitucionales nacionales para realizar una transformación regresiva del constitucionalismo nacional. La diferente reacción en la UE frente a Polonia y frente a Hungría resulta extremadamente significativa, como también lo es la evolución de la regresión turca en función del respeto o no de la forma (que no de la sustancia) constitucional.

Para alcanzar el objetivo de mantener la legitimidad constitucional “internacional”, apunta con claridad meridiana Scheppele comentando distintos casos, seleccionan en sus reformas mecanismos constitucionales aceptados en las instancias internacionales de supervisión del Estado de Derecho. De este modo, proceden a utilizar diseños institucionales válidos en otros sistemas, pero que, al ser importados de manera conjunta a una nueva constitución (o a un conjunto sistemático de reformas constitucionales y/o legales), producen efectos demoledores sobre la democraticidad del sistema o sobre el respeto a los valores constitucionales universalmente aceptados. Existiría así una suerte de uso de “malas prácticas constitucionales” que habiendo sido aceptadas en otros países (singularmente en democracias consolidadas) son trasladadas para ejercer el control de, sobre todo, las instituciones constitucionales encargadas de contrapesar el poder del ejecutivo. Las reformas introducidas no son, en sí mismas, repugnantes o inaceptables desde el punto de vista de un constitucionalismo global, pero conjuntamente acaban creando, en la expresión de la propia Scheppele, un “*frankenestado*”.

De este modo en su trayectoria, el constitucionalismo populista se enmascara tras una democracia liberal para, a largo plazo, crear formas de gobierno claramente iliberales y crecientemente antidemocráticas. Sin embargo, los nuevos gobernantes seguirán celebrando elecciones razonablemente libres y respetarán los



derechos esenciales de los ciudadanos. En este punto, la regresión constitucional descrita también resulta mucho menos radical que las del pasado. Ciertamente, las nuevas reglas constitucionales les favorecerán y resultará muy difícil su salida del poder. Igualmente, las instancias de control de su poder, capturadas por el propio movimiento, no opondrán ninguna oposición a las decisiones adoptadas, ni repararán o evitarán las lesiones a los derechos fundamentales que eventualmente puedan ser necesarias para asegurar su permanencia en el poder. Pero ello no supondrá ni la suspensión de las elecciones, ni de los derechos políticos de los ciudadanos, ni la desaparición de la división formal de poderes incluida la existencia, en su caso, de un Tribunal Constitucional, ni, por supuesto, la disminución en el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos. Se trata de “demoduras” en las que el movimiento con un apoyo popular reiterado a través de elecciones más o menos libres actúa sin los contrapesos institucionales típicos de la división de poderes en aras del respeto a la voluntad popular interpretada por el propio movimiento populista y ratificada mediante las elecciones periódicas. Aquí es donde cobra sentido la expresión de Tushnet (2015): se trata de un “*mere rule-of-Law Constitutionalism*”. Un Estado de Derecho meramente formal diferente de otras manifestaciones actuales del constitucionalismo como el absolutista o el autoritario. Un Estado en el que el poder está limitado por el Derecho, pero en el que el movimiento en el poder carece realmente de límites a la hora de determinar el contenido sustantivo del Derecho que aplican unos jueces razonablemente independientes pero estrictamente sometidos a la ley (bajo la amenaza de sanciones disciplinarias y, en su caso, la expulsión) aprobada por Parlamentos y gobiernos controlados por la misma mayoría.

No estamos hablando, por tanto, de regímenes que simplemente rechazan las bases del constitucionalismo liberal (los tipos comunista o islamista) pues estos se sitúan fuera de los propios conceptos constitucionales que manejamos. Nos referimos a regímenes que se toman el constitucionalismo lo suficientemente en serio como para tratar de justificarse desde él. No son dictaduras en el sentido tradicional del término. Se trata de regímenes creados por gobernantes que accedieron al poder con las reglas de constitucionalismo democrático y que quieren mantenerse en él modificando dichas reglas, pero manteniendo la fachada del respeto a los valores constitucionales generalizados en el mundo a finales del siglo XX.

Este constitucionalismo “populista” ataca las bases mismas de la idea de constitución como el orden jurídico fundamental de la comunidad asentado sobre un triple elemento (constitutivo, material y formal). Los proyectos constitucionales recién descritos respetan el elemento formal de manera evidente (mantienen la legalidad formal del cambio constitucional) y provocan momentos constituyentes de cambio cuando es necesario (aunque omiten su carácter consensual). Pero no

respetan, sino que enmascaran, el elemento material de la idea de Constitución. Este exige el respeto a los principios del Estado de Derecho, la vigencia de los derechos fundamentales y la democracia.

### III. LA CONSTITUCIÓN COMO CONTROL DEL PODER: UNA NECESARIA ACTUALIZACIÓN

De estos movimientos que hemos tratado de describir brevemente en las últimas páginas se deduce que para defender la idea de Constitución como mecanismo limitador del poder tal y como han defendido Sajó y Huitz (2019) es necesario reivindicar la idea normativa de constitución y la pervivencia de sus valores sustantivos. Para ello hemos de apuntalar algunos de los elementos básicos de la propia idea de Constitución y apuntar cuáles pueden ser los mecanismos a través de los que pueda actuar contra las *immunitates* del poder iliberal.

En primer lugar, es necesario insistir en el manejo de un concepto de constitución de índole sustancial y no solo formal. Esto es, debemos insistir más en un constitucionalismo sustantivo y no meramente procedimental. Constitucionalismo sustancial que no ha de identificarse con la vieja constitución histórica o material de los doctrinarios decimonónicos españoles, sino con el respeto a los valores básicos que conforman la homogeneidad de base del constitucionalismo en red de la era global (en crisis) que vivimos. Aquí los dos actores no estatales del Derecho Constitucional europeo son sin duda esenciales para la definición y concreción de los límites del constitucionalismo estatal. Tanto el contenido del art. 2 del TUE como los elementos básicos del Tratado de Londres y del CEDH muestran que el constitucionalismo europeo se asienta en el respeto a los valores sustanciales (no solo formales) del Estado de Derecho, la democracia y el respeto a los derechos fundamentales. Cualquier constitucionalismo que se aleje de tales valores ha de considerarse autoexcluido de un concepto aceptable de constitución.

En segundo lugar, la praxis de los movimientos populistas exige destacar la recuperada importancia de los mecanismos de creación y cambio constitucional también ahora desde una perspectiva no meramente procedimental. En tal sentido es necesario evaluar críticamente la teoría y la praxis del cambio constitucional para evitar la deriva hacia su manipulación por mayorías creadas en momentos de crisis nacional o internacional. El cambio constitucional ha de ser expresión de consensos, de colaboración general entre grupos y no resultado de mayorías coyunturales. Esto exige abordar la cuestión de la rigidez de las constituciones desde la perspectiva de la búsqueda de tales acuerdos. No deja de ser significativo que la puerta a las reformas constitucionales en Hungría fuera la derogación de un precepto (el antiguo art. 24.5) que cumplía parecidas funciones a las desempe-

ñadas por el actual art. 168 de la CE al exigir cuatro quintos del parlamento para la elaboración de una nueva constitución. Eliminada la super-rigidez de determinados aspectos de la constitución húngara, su deconstrucción por la mayoría populista fue relativamente sencilla. Pero, si la teoría aconseja mantener la rigidez constitucional, la praxis muestra la necesidad de que tal super-rigidez no sea utilizada como un mecanismo de bloqueo de los cambios constitucionales necesarios para la adaptación de la Constitución al tiempo. Tan dañino puede ser para la vigencia de una constitución la desaparición de los procedimientos agravados de reforma, como el ciego bloqueo en la práctica de la misma por parte de los actores constitucionales. El bloqueo de la reforma constitucional consensuada puede conducir a su ruptura por una mayoría no dispuesta a negociar. La reforma de la Constitución se convierte así, de nuevo, en uno de los aspectos esenciales de la teoría constitucional de nuestro tiempo.

En tercer lugar, es necesario clarificar y concretar los mecanismos de control y de contrapeso del constitucionalismo en red frente a las regresiones estatales en el respeto a los valores propios del constitucionalismo. Esto es, debemos intentar desarrollar mecanismos de pesos y contrapesos eficaces entre los diferentes nudos de la red de constituciones. La regresión constitucional en un Estado afecta a todos los componentes de la red y en particular a los que se sitúan en los niveles territoriales superiores. ¿Cómo pueden establecerse mecanismos de cooperación policial o judicial con Estados que sufren regresiones en el respeto a los derechos, a la democracia o al Estado de Derecho? ¿cómo se puede discutir sobre la vigencia de los principios de la democracia con quien no los respeta en el ámbito nacional? ¿cómo garantizar derechos a nivel europeo si los jueces nacionales no son independientes? Los mecanismos hasta ahora existentes son de naturaleza consultiva y extremadamente deferentes con las prácticas constitucionales de los Estados miembros. Es necesario que dichos mecanismos sean cada vez más incisivos y sustantivos. Incisivos porque han de valorar no una institución constitucional concreta con motivo de singulares cambios constitucionales, sino que han de evaluar globalmente (no a través de *checklists* individualizadas) la conformidad de la Constitución de un Estado con los valores propios del constitucionalismo. Y sustantivos porque han de identificar las “malas prácticas constitucionales” aceptadas por motivos históricos y de singularidad constitucional y proceder a establecer sus límites para evitar su imposición como “prácticas constitucionalmente asumidas en democracias consolidadas”. Malas prácticas que pueden no ser derivaciones de normas jurídicas, sino de la interpretación que de ellas se hacen en los Estados. La lista es larga: captura partidista de los nombramientos de los miembros de los Tribunales Constitucionales o de las magistraturas más altas del poder judicial; control político de los órganos de gobierno del poder judicial; sistemas electorales injustos; fiscalías dependientes funcionalmente del ejecutivo; in-

suficiencia de la investigación de la corrupción pública; ocupación partitocrática de los altos puestos de la administración pública; ausencia de control financiero de los partidos políticos, límites excesivos a la responsabilidad penal, administrativa y contable de los titulares o miembros de determinados poderes del Estado; intervención política en agencias independientes o en instituciones de la sociedad civil; y un larguísimo etcétera.

En definitiva, un concepto de constitución adecuado a nuestro tiempo requiere ser extremadamente críticos con todas aquellas malas prácticas toleradas tanto a nivel internacional, como nacional. Malas prácticas que podrán permitir enmascarar, tras una pátina de legitimidad, la adopción de textos formalmente constitucionales, pero asentados en valores totalmente contrarios a los que han inspirado y deben inspirar el constitucionalismo actual. Por ello su identificación, denuncia y crítica es sin duda una de las tareas de todo constitucionalista.

#### IV. LOS MECANISMOS CONSTITUCIONALES EUROPEOS FRENTE A LOS MOVIMIENTOS ILIBERALES: LOS NUEVOS *CHECKS AND BALANCES*

El problema sin duda es como embridar las nuevas inmunidades del poder en regímenes en los que los partidos iliberales controlan todos los resortes de este y además ganan elecciones de manera continuada. Los controles constitucionales como elemento básico del constitucionalismo se fundamentan en contrapesos constitucionalmente impuestos. Pero ¿cómo hacerlos efectivos si un solo movimiento político controla ejecutivo, legislativo, la jurisdicción constitucional, los órganos de gobierno judiciales o incluso, en el peor de los casos, tiene mayorías suficientes para reformar la constitución? La inmunidad del poder se convierte, desde este punto de vista, en una evidencia imposible de desafiar.

Si el control interno no es posible, solo queda intentar articular fórmulas de control externo-internacional sobre las constituciones nacionales que aseguren el respeto de los principios constitucionales sustantivos a los que hacíamos referencia en el apartado anterior. Aquí es donde la idea del pluralismo constitucional (Macormick; Walker) ofrece soluciones novedosas. Recientemente hemos defendido (Bustos, 2022) que la pertenencia a organizaciones internacionales de integración supone la asunción de límites al poder constituyente que solo pueden ser eliminados si se optara por abandonar dichas organizaciones. La tesis central es que la decisión de pertenencia a la UE o al Consejo de Europa son decisiones constituyentes que suponen la asunción de los valores constitucionales en ellos consagrados y que solo pueden ser derogadas por decisiones constituyentes posteriores de

igual calado. El ejemplo obvio es el *Brexit* y el evidente valor constitucional que ha supuesto para el Reino Unido la decisión de abandonar la UE.

En este sentido resulta muy interesante comprobar cómo en el marco de la integración y ante los movimientos iliberales no solo se ha producido la aparición de controles judiciales sobre las reformas constitucionales, sino que también han aparecido nuevas formas de control inexistentes en la tradición constitucional europea.

## 1. Controles judiciales

Al primero hemos dedicado un capítulo monográfico junto a Juan Ignacio Ugarte-mendía en el marco del estudio de las identidades nacional y europea (Ugarte-mendía y Bustos, 2022) en el que recogemos los casos en los que tanto el TJUE como el TEDH han controlado la conformidad de las Constituciones nacionales y sus reformas y cómo en la inmensa mayoría de los supuestos las normas europeas han acabado imponiendo su vigencia bien mediante interpretaciones conformes con las normas europeas (en la línea ya anunciada por Saiz Arnaiz en 1999), bien mediante la reforma de la constitución nacional.

La jurisprudencia del TEDH ya numerosa y asentada<sup>3</sup>, fue claramente aplicada a las regresiones iliberales en el Estado de Derecho en *Baka c Hungría*, de 26

---

3 Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda, de 29 de octubre de 1992 (sobre las restricciones constitucionales excesivas a la libertad de expresión en materia de aborto), Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía resuelto el 30 de enero de 1998 (a los que habría que sumar los casos Partido Socialista y otros, de 25 de mayo de 1998, Partido de la libertad y de la Democracia, de 8 de diciembre de 1999, Yazar, Karatas Asly y el Partido laboralista del Pueblo, de 9 de abril de 2002, Partido democrático del Tigris, de 10 de diciembre de 2002, Partido Socialista de Turquía y otros, de 12 de noviembre de 2003, Partido de la Democracia y el Cambio y otros, de 26 de abril de 2005 y EmekPartisi&Senoi, de 31 de mayo de 2005, obviamente todos contra Turquía) (sobre la prohibición constitucional de partidos políticos), Wille c. Liechtenstein, de 29 de octubre de 1999 (sobre la inviolabilidad de actos regios de nombramiento de jueces), Victor-Emmanuel de Saboya c. Italia, demanda 53360/99 admitida mediante auto de 13 de diciembre de 2001 (sobre las limitaciones a los derechos al anterior rey de Italia por la Constitución), Lykourazos c Grecia, de 15 junio de 2006 (sobre prohibición de actividades privadas a los parlamentarios), Sejdic & Finci c Bosnia Herzegovina, de 22 de diciembre de 2009 (sobre limitaciones del sufragio pasivo para personas no pertenecientes a los pueblos constituyentes, caso al que habría que sumar otros de parecido contenido contra Bosnia Herzegovina), Alajos Kriss Group c Hungría, 20 de mayo de 2010 (sobre restricciones generalizadas del derecho a voto de los discapacitados), Anchugov y Glackov c. Rusia, de 4 de julio de 2013 (sobre restricción generalizada del derecho de sufragio activo a los condenados penalmente En idéntico sentido en el supuesto de hecho, los motivos constitucionales de la violación y la respuesta del TEDH puede consultarse en Kulinski y Sabev c. Bulgaria, de 21 de julio de 2016 y Ramishvili c Georgia, de 31 de mayo de 2018.

de junio de 2016. El alto grado de respeto a las decisiones de Estrasburgo puede observarse en los seguimientos del cumplimiento de las sentencias por parte del Comité de Ministros donde es fácil comprobar que, aunque con significativas excepciones como en el recién citado caso húngaro, los Estados están acatando las decisiones incluso cuando afectan al texto literal de sus Constituciones (Ugartamendía y Bustos, 2022).

En el caso del TJUE su doctrina sobre la primacía incondicionada por cualquier obstáculo interno, incluso constitucional, se ha mantenido incólume desde *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970, C-11/70, si bien aceptando que ello no puede afectar a la identidad constitucional de los Estados miembros tal y como apuntaron los Tribunales Constitucionales nacionales y se incluyó en el art. 4.2 TUE. La sujeción de la constitución nacional al Derecho de la UE se ha aplicado con una claridad inusual en el marco de la lucha por el Estado de Derecho en la Sentencia de Gran Sala del TJUE *Republika*, de 20 de abril de 2021, C-896/19.

Precisamente esta sentencia constituye la mejor descripción del planteamiento del TJUE respecto a los retrocesos en el Estado de Derecho.

El asunto resuelve una cuestión prejudicial planteada por un tribunal maltés como consecuencia de una reforma constitucional reguladora del nombramiento de los jueces. Para resolver el asunto el TJUE aplica su doctrina sobre independencia judicial (creada en los múltiples casos polacos) y conecta la vigencia de la independencia judicial no solo con el art. 2 TUE, sino también con el art. 49 TUE para afirmar una novedosa e importante regla de no regresión incluso a nivel constitucional. El art. 49 TUE precisa que todo Estado candidato a ingresar en la UE ha de cumplir los valores del art. 2 TUE incluido el respeto al Estado de Derecho: “Por lo tanto, un Estado miembro no puede modificar su legislación de modo que dé lugar a una reducción al valor del Estado de Derecho” (par 63) de modo que los Estados: “deben velar por evitar, en relación con este valor, cualquier regresión de su legislación en materia de organización de la Administración de Justicia, absteniéndose de adoptar medidas que puedan menoscabar la independencia judicial” (par 64).

---

Obviamente todos estos casos han de leerse en el contexto de las dificultades generadas por el caso *Hirst(2)* c Reino Unido que no hemos incluido en el texto por tratarse de un conflicto que, aún siendo de naturaleza constitucional, presenta a los efectos del texto las dificultades propias de la ausencia de constitución escrita en el Reino Unido), *Tanisma* c. Turquía, de 17 de noviembre de 2015 (presencia de jueces militares en la Alta Corte Administrativa) y *Baka* c. Hungría, de 23 de junio de 2016.

De este modo, el TJUE utiliza un análisis en fases. Asume que todos los Estados miembros satisfacen *ab initio* las exigencias de los valores constitucionales de la UE como consecuencia de los controles en la adhesión *ex art. 49 TUE*. No evalúa, por tanto, la situación constitucional vigente excepto si se producen modificaciones con posterioridad. Y en ese caso aplicará una regla clara: no caben retrocesos en la vigencia del *rule of law y del resto de valores del art. 2* en los Estados miembros.

El principio de no regresión ha sido utilizado con posterioridad en el asunto, C-83/19 (y otros seis casos), Asociación Judicial Foro de Rumanía (AJFR) y en C-791/19, Comisión c Polonia (Régimen disciplinario de los jueces).

Esta regla hunde sus raíces en la propia lógica del sistema de la UE. Un Estado al adherirse a la UE ha de tener una organización constitucional conforme con los valores propios del Estado de Derecho a los que además se adhiere explícitamente. Por ese motivo, cualquier retroceso en su organización interna que suponga una reducción de la independencia judicial será considerada contraria al Derecho de la UE.

Es importante destacar respecto a esta regla que no impone una determinada organización constitucional en los Estados. Lo que prohíbe es que en las reformas constitucionales posteriores al ingreso en la UE se produzcan modificaciones que supongan un claro retroceso en los valores compartidos y constitucionalizados en el art. 2 TUE. Introduce, por tanto, un elemento contextual relevante porque de lo que se trata no es de que todos los Estados miembros deban concretar del mismo modo el principio de Estado de Derecho. Lo que pretende es evitar retrocesos respecto al nivel inicial. Ello sin duda permite respetar las tradiciones constitucionales específicas de los Estados a la vez que reduce *pro futuro* el margen de autonomía constitucional reconocido a los Estados.

## **2. Las nuevas formas de control de las regresiones en las Constituciones nacionales**

### *a) El Consejo de Europa: la Comisión de Venecia*

Pero junto a los controles de naturaleza judicial realizados por el TEDH y el TJUE, ambas organizaciones internacionales han puesto en marcha fórmulas de control del respeto a los principios básicos de Estado de Derecho, democracia y derechos humanos absolutamente novedosas en la tradición constitucional.

En el marco del Consejo de Europa este ha sido uno de los papeles esenciales desarrollados en los últimos años por la Comisión de Venecia entre cuyas compe-

tencias se encuentra realizar, a petición de los Estados o de los órganos del Consejo de Europa, una función consultiva en virtud de la cual emite su opinión sobre proyectos de reforma en los Estados o bien informes generales sobre cuestiones relevantes para la garantía del Estado de Derecho y de la Democracia.

En este contexto, la Comisión ha desarrollado una intensa labor respecto a la reforma constitucional en los Estados miembros en dos niveles. Desde un nivel general, la Comisión abordó y estableció los estándares europeos relativos a las normas nacionales reguladoras de la reforma de la Constitución. A ello dedicó su informe sobre las normas relativas a la reforma constitucional<sup>4</sup>. Curiosamente se trata de un informe aprobado *motu proprio* por la Comisión (algo muy inhabitual en su funcionamiento) sobre la base de una petición de reflexión sobre el asunto lanzada por el Foro sobre el futuro de la democracia del Consejo de Europa en 2007. El texto, se centra en los estándares relativos a cómo deben prever su propia reforma las constituciones nacionales tras un amplio estudio de Derecho comparado entre los Estados miembros. Los estándares afrontan la cuestión de la finalidad del compromiso constitucional, los mecanismos para garantizar la estabilidad de la constitución, las fórmulas para establecer un adecuado equilibrio entre rigidez y flexibilidad y las cláusulas de intangibilidad de las constituciones lo que incluirá el control de constitucionalidad de las reformas. Este informe ha de leerse junto a la Compilación de las opiniones de la Comisión relativas a las previsiones constitucionales de reforma de la constitución<sup>5</sup> que recoge hasta 24 opiniones sobre proyectos de reforma constitucional y 5 sobre las constituciones vigentes emitidas entre 1999 y 2015. La compilación, planteada desde una óptica más práctica que teórica, aborda a partir de una mínima base general las cuestiones más problemáticas en toda reforma constitucional como son el procedimiento de reforma, los límites a las reformas y la revisión de las reformas por los Tribunales Constitucionales.

Desde 2015 las opiniones de la Comisión han analizado diversos proyectos de reforma constitucional fundamentalmente en el Este de Europa y los Balcanes, pero también en algún caso en las democracias consolidadas, como Francia<sup>6</sup> o

---

4 *Report on Constitutional Amendments*, CDL-AD(2010)001, adoptado en la Reunión Plenaria de la Comisión de 11-12 de diciembre de 2009.

5 *Compilation of Venice Commission Opinions Concerning Constitutional Provisions for Amending the Constitution*, CDL-PI(2015)023 de 22 de diciembre de 2015.

6 CDL-REF(2016)017.



Luxemburgo<sup>7</sup>, o incluso de Estados no europeos como es el caso de Venezuela<sup>8</sup>, a petición de la Organización de Estados Americanos. En las cerca de 50 opiniones sobre reformas constitucionales emitidas por la Comisión de Venecia se ha evaluado, por una parte, la conformidad de las propuestas de reforma con los estándares europeos en materia de garantía de la democracia y del Estado de Derecho y se han realizado, por la otra, las sugerencias oportunas respecto tanto al procedimiento de reforma, como al contenido concreto de la misma.

Con carácter general estas opiniones son adoptadas a petición de las autoridades nacionales antes de la adopción del texto objeto del dictamen. Esto es, lo habitual en estos casos es que estando en tramitación una reforma constitucional el propio Estado recaba la opinión de la Comisión de Venecia. De este modo, cada vez más se está insertando en el proceso de reforma constitucional nacional un control previo (consultivo) por parte de la Comisión de Venecia. Informes que no siendo vinculantes tendrán un indudable peso en el proceso de adopción de la reforma (aunque puede no ser determinante) y constituirán punto de referencia en el caso de surgir alguna disputa judicial sobre el tema.

Sin embargo, en este esquema hay algunas variantes interesantes en dos sentidos. En primer lugar, en ocasiones el informe no es solicitado por las autoridades nacionales, sino por órganos del propio Consejo de Europa. En segundo lugar, también ha ocurrido que el dictamen verse no sobre un proyecto de reforma, sino en general sobre la adecuación de la constitución vigente con los estándares del Consejo de Europa en materia de Estado de Derecho y Democracia. En esta línea han de destacarse algunos hitos relevantes:

- (i) el informe sobre la reforma del art. 195<sup>9</sup> de la Constitución belga instado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa como consecuencia de la iniciativa de políticos belgas de la oposición (y una vez ya se había producido la reforma).
- (ii) El papel del *Monitoring Committee* de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa solicitando informes sobre el respeto a los estándares europeos por parte de las constituciones de los Estados miembros que ha provocado

---

7 CDL-AD(2019)003.

8 CDL-AD(2017)024.

9 CDL-AD(2012)010.

informes sobre la controvertida nueva constitución húngara de 2010<sup>10</sup>, sobre el equilibrio de poderes en la Constitución y legislación del principado de Mónaco<sup>11</sup>, sobre la Constitución de Bulgaria<sup>12</sup>, y la nueva constitución de Serbia<sup>13</sup>.

- (iii) El informe de la Comisión, a petición del ministro de justicia, sobre la adecuación de la Constitución de Finlandia a los estándares europeos y la eventual necesidad de su reforma<sup>14</sup>.

En definitiva, en el seno del Consejo de Europa se ha ido creando un sistema de control de la adecuación de las constituciones y de sus reformas a las exigencias propias de la propia organización internacional. Control normalmente previo y a instancia de las propias autoridades nacionales. Pero también, en ocasiones, instado desde la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y no solo frente a proyectos, sino también frente a Constituciones ya vigentes.

*b) La UE: el marco de reforzamiento del Estado de Derecho*

Las regresiones en el Estado de Derecho que alcanzan a la UE en 2010 han generado no solo la reacción judicial recién expuesta en lo que se refiere a las reformas constitucionales, sino también una actuación de tipo preventivo para evitar que las situaciones de retroceso en los valores del art. 2 TUE puedan consolidarse. Ello ha llevado, al final, a la creación de un esquema de supervisión de cumplimiento de los estándares en materia de Estado de Derecho. Esquema que, sin duda, detectará y provocará la actuación de las instituciones europeas en el caso de que alguno de los Estados inicie reformas que puedan suponer un retroceso en dichos valores. El sistema comienza con el primer plan de acción de la Comisión en 2014 para el fortalecimiento del *rule of law* en la UE, aprobado el 11 de marzo de 2014 en forma de Comunicación al Parlamento y al Consejo bajo el título “Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho”<sup>15</sup>. La experiencia obtenida y los resultados (y fracasos) alcanzados en la aplicación del Plan de

10 CDL-AD(2011)016.

11 CDL-AD(2013)018.

12 CDL-AD(2008)009.

13 CDL-AD(2007)004.

14 CDL-AD(2008)010.

15 COM(2014)158 final, 11 de marzo de 2014.

Acción anterior y las concretas relaciones establecidas con distintos órganos en los últimos años y descritas más arriba han servido para diseñar un plan de acción futuro incorporándose a la Comunicación de la Comisión Europea “Refuerzo del Estado de Derecho en la Unión”, aprobada el 17 de julio de 2019<sup>16</sup>. El punto de partida es, como señaló Crabit (2019) en la presentación del texto final, que el tradicional sobrentendido de que los Estados miembros de la UE respetaban los elementos esenciales del Estado de Derecho, ha desaparecido.

La actuación de la Comisión en la defensa del Estado de Derecho se sitúa en tres ejes fundamentales: promoción, prevención y reacción.

En tal sentido propone la creación de un Ciclo de Revisión del Estado de Derecho. Este ciclo cubrirá todos los componentes del Estado de Derecho con especial atención a la independencia judicial (ataques a la independencia, a jueces individuales o al poder judicial en su conjunto), la lucha contra la corrupción y la ejecución correcta del Derecho de la UE.

El ciclo incluirá como resultado más relevante la aprobación de un Informe anual sobre Estado de Derecho resumiendo la situación en los distintos Estados miembros que incluya una síntesis de los desarrollos y peligros más significativos en todos los Estados y en la UE.

En el marco de este Plan de Acción la Comisión ya ha aprobado tres informes sobre la vigencia del Estado de Derecho en los países miembros de la UE<sup>17</sup>. Basta asomarse a los informes de Hungría y de Polonia (especialmente los correspondientes a 2021 y 2022) para darse cuenta de que la Comisión ha puesto en marcha un sistema de supervisión del cumplimiento de los estándares constitucionales europeos en materia no solo de *rule of law*, sino también de democracia y derechos fundamentales. Cualquier intento de regresión en ellos mediante una reforma constitucional será detectado y pondrá en marcha los mecanismos judiciales o no para reaccionar frente a ellos. Es igualmente destacable cómo la Comisión, en su informe, frecuentemente insta a los Estados a seguir las recomendaciones establecidas por la Comisión de Venecia tanto en sus informes generales como en los particulares dirigidos a Estados concretos produciéndose una muy interesante

---

16 COM(2019)343 final, 17 de julio de 2019.

17 Informe sobre el Estado de Derecho en 2020. Situación del Estado de Derecho en la Unión Europea, COM(2020)580 final, 30 septiembre de 2020. Informe sobre el Estado de Derecho en 2021. Situación del Estado de Derecho en la Unión Europea, COM(2021)700 final, 20 de julio de 2021. Informe sobre el Estado de Derecho en 2022. Situación del Estado de Derecho en la Unión Europea COM(2022)500 final, de 13 de julio de 2022.

sinergia entre ambos mecanismos que contribuye a reforzar mínimamente su débil vinculatoriedad para los Estados.

El sistema se cierra con el mecanismo de condicionalidad aprobado mediante Reglamento 2020/2092 de 16 de diciembre cuya conformidad con los Tratados ha sido avalada recientemente por el TJUE<sup>18</sup> y que permitirá la negación de subvenciones de la UE a Estados que incumplan los mínimos en materia de respeto al Estado de Derecho.

A partir de este análisis cabe pues afirmar la existencia de controles judiciales y políticos, previos y sucesivos, supraestatales sobre las reformas constitucionales o de naturaleza constitucional para asegurar su coherencia con la integración europea y evitar regresiones en sus valores fundantes lo que incluye el Estado de Derecho, la democracia y el respeto a los derechos. Ello viene a significar que un Estado miembro de las organizaciones de integración ve limitada su capacidad para reformar la Constitución al deberse garantizar el cumplimiento de unos mínimos en aspectos tan “constitucionales” como “democracia, Estado de Derecho y garantía de los derechos” que son susceptibles de ser revisados de manera previa pero no vinculante (*soft*) por órganos del CoE y de la UE, como de manera sucesiva y vinculante (*hard*) por el TJUE y por el TEDH.

## V. REFLEXIÓN FINAL

La batalla contra los movimientos iliberales y la consiguiente lucha contra las nuevas inmunidades del poder resulta particularmente difícil dado el *modus operandi* de estos movimientos y la consiguiente captura de las constituciones y/o de los mecanismos de control constitucional. Los *checks and balances* nacionales no funcionan precisamente porque a su desactivación y desmembramiento es a lo que se dirigen las políticas de estos movimientos.

En ese contexto la única vía ha sido la que las organizaciones de integración en Europa han ido abriendo trabajosamente en los últimos años. Pero estas vías pueden actuar en solo en dos de los tres vectores claves de la garantía del control del poder: el Estado de Derecho y los derechos fundamentales. Falta un tercero sobre el que sus posibilidades de actuación son mucho menores por la carencia de competencias y por su vínculo estricto con la propia idea de soberanía: la democracia. En este tercer vector el trabajo que pueden realizar tanto la UE como el Consejo de Europa es muy limitado y fácilmente rechazable desde la óptica de los movimientos populistas alegando un injustificado ataque a la soberanía

---

18 Sentencias C-156/21 y C-157/21 de 16 de febrero de 2022.

popular. Y no lo olvidemos, estos movimientos se asientan en la apropiación de la voluntad popular por lo que les resulta relativamente sencillo oponer su identidad democrática a cualquier intento exterior de intervenir en aspectos esenciales de la regulación de la formación de la voluntad popular a nivel nacional. Además, de nuevo es pertinente recordarlo, reforman sus sistemas electorales en su propio beneficio y “blindan” con mayorías cualificadas las posiciones de poder adquiridas durante su gobierno.

Desde el punto de vista de los controles europeos el camino sin duda ha sido el de recordar el indisoluble vínculo entre democracia y Estado de Derecho. En este sentido es de reseñar el trabajo realizado por el TEDH en la construcción de lo que García Roca (2021) ha denominado un Estatuto jurídico reforzado del parlamentario y de la oposición política. Esto es, el reforzamiento del conjunto de derechos de los opositores políticos de los movimientos iliberales para competir en elecciones libres y participar en un auténtico proceso político democrático. Sin duda ese es uno de los caminos, pero quizás resulta insuficiente sin una política más global de reforzamiento de la democracia en los Estados paralela a las ya emprendidas de reforzamiento del Estado de Derecho y de los derechos humanos.

Es una batalla en curso. Se está librando a nivel europeo. Es una lucha contra las nuevas inmunidades del poder iliberal cuyo resultado dista mucho de ser claro.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGH, A., «Decline of Democracy in the ECE and the Core-Periphery Divide: Rule of Law Conflicts of Poland and Hungary Within the EU», en: *Journal of Comparative Politics*, vol 11, num 2, 2018.
- BELLAMY, R., *Political Constitutionalism, A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, 2007.
- BUSTOS GISBERT, R., *La Constitución Red. Un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Vitoria, IVAP, 2005.
  - «Límites externos a la reforma constitucional. Cuatro tesis a debatir», en: UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., (ed) *Transformación y reforma constitucional. Desafíos y límites*. IVAP, Vitoria, 2022.
- CRABIT, E., «Developing the EU Policy on Rule of Law», en: CRAIG, P. y otros, *Rule of Law in Europe: Perspective from practitioners and academics*. European Judicial Training Network, Bruselas 2019.

- DALY T. G., «Between Fear and Hope: Poland’s Democratic Lessons for Europe (and Beyond)», en: *European Constitutional Law*, 15, 2019.
- DRINOCZI, T y BIEN-KACALA, A., «Illiberal Constitutionalism: the case of Hungary and Poland», en: *German Law Journal*, 20, 2019.
- FAGGIANI, V., «La “rule of law backsliding” como categoría interpretativa del declive del constitucionalismo en la UE», en: *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, 71, 2019.
- GARCÍA ROCA, F. J., «Principio democrático, elecciones y Estado de Derecho: la cultura del constitucionalismo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Unión Europea», en: RIOS VEGA, L. E., y otros, *Los Derechos en el Siglo XXI, Tomo IV: los derechos civiles y políticos*, Academia Interamericana de Derechos Humanos-Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2021.
- GARCÍA ROCA, F. J. y BUSTOS GISBERT, R. (coords.), *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*. Thompson Reuters, Madrid, 2022.
- GINSBURG, T. y HUQ, A. Z., *How to save a Constitutional Democracy*, Chicago Univ. Press, Chicago/Londres, 2018.
- GINSBURG, T., HUQ, A. Z. y VERSTEEG, M., «The Coming Demise of Liberal Constitutionalism (Symposium)», en: *University of Chicago Law Review*, 85, 2018.
- LANDAU, D., «Abusive constitutionalism», en: *UC Davies Law Review*, 47, 2013.
- «Populist Constitutionalism», en: *University of Chicago Law Review*, 85, 2018.
- LOUGHLIN, M. y WALKER, N. (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constituent form*, Oxford Univ. Press, 2008.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La Unión Europea como comunidad de valores: a vueltas con crisis de la Democracia y del Estado de Derecho», en: *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 2019.
- MacCORMICK, N., «Beyond the Sovereign State», en: *The Modern Law Review*, 56, 1993.

- *Questioning Sovereignty. Law, State and Practical Reason*, Oxford, 1999.
- MÜLLER, J. W., «Protecting the Rule of Law (and Democracy) in the EU», en: CLOSA, C. y KOCHENOV, D., *Reinforcing Rule of Law. Oversight in the EU*. Cambridge Univ. Press, 2016.
- RÖBEN, V., *Constitutionalism of Inverse Hierarchy: the Case of the European Union*, Jena Monnet Working Paper, 8/03, Nueva York, 2003.
- SADURSKI, W., *Poland's constitutional breakdown*, Oxford univ. Press, 2019.
  - «How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding», Sidney Law School, Legal Studies Research Paper, 18/01, 2018.
- SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, 1999.
- SAIZ ARNAIZ, A. y ALCOBERRO, C. *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, 2013.
- SAJO, A. y HUITZ, R., *The Constitution of freedom. An Introduction to legal Constitutionalism*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2019.
- SCHEPPELE, K. L., «Autocratic Legalism», *University of Chicago Law Review*, 85, 2018.
  - «Constitutional coups and Judicial Review. How Transnational Institutions can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (with special reference to Hungary)», en *Transnational Law and Contemporary Problems*, 23, 2014.
  - «Worst practices and the Transnational Legal Order (or How to build a Constitutional “Democratship” in Plain Sight)», Working Paper 2016, consultado en: <https://perma.cc/Q266-MJEK><https://perma.cc/Q266-MJEK>
- SCHEPPELE, K. L. y PECH, L., *“Illiberalism Within” the Rule of Law Backsliding in the EU*, Cambridge Yearbook of Legal Studies, 2017.
- TUSHNET, M., «Authoritarian Constitutionalism», en: *Cornell Law Review*, 100/2, 2015.

- UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I. y BUSTOS GISBERT, R., «El control supraestatal de las normas constitucionales: los confines europeos de la identidad constitucional», en: GARCÍA ROCA, F. J. y BUSTOS GISBERT, R. (coords.), *Identities europeas, subsidiariedad e integración*. Thompson Reuters, Madrid, 2022.
- WALKER, N. (ed), *Sovereignty in Transition*, Oxford/Pórtland, 2003.
- WALKER, N., *The Idea of Constitutional Pluralism*, EUI Working Paper, 2002/1, Florencia, 2002.
- VON BOGDANDY, A. «Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales», en: *Revista General de Derecho Europeo*, 22, 2010.
- ZAKARIA, F. «The rise of illiberal democracy», en: *Foreign Affairs*, 76, 1997.